

# A EVOLUÇÃO DOS PODERES DO PRETOR NA HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL ROMANO

Handel Martins DIAS<sup>1</sup>

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

**RESUMO:** Este trabalho realiza uma análise perfunctória, por meio de pesquisa em fontes de cognição técnicas e não técnicas, mormente na doutrina romanística pátria e italiana, da evolução lenta e contínua dos poderes do pretor na história do processo civil romano. *Ab initio*, durante o período das ações da lei, a atuação do pretor era diminuta, praticamente se limitando a nomear o *iudex*. Após o fim da República, ampliaram-se seus poderes, passando a redigir a fórmula e, assim, determinar os limites objetivos da controvérsia. Depois, a partir do principado, o próprio pretor passou a conhecer do mérito dos litígios, completando o ciclo histórico da transposição da justiça de privada para pública. O produto dessa evolução havida na antiga Roma influenciou decisivamente o Direito Processual, permanecendo até hoje viva a construção lógica e sistemática constituída no período da *cognitio extra ordinem*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil. Romano. História. Pretor. Poderes. *Cognitio extra ordinem*.

## 1 INTRODUÇÃO

Ainda hoje, quiçá para sempre, ecoam fortemente na humanidade efeitos da antiga civilização romana. No âmbito do direito, essa influência aufere contornos próprios e consistentes. A codificação de Justiniano no século VI d.C., resultado de treze séculos de evolução do Direito Romano desde a fundação de Roma (VIII a.C.), delinea a base do direito dos povos do Ocidente, inclusive do brasileiro<sup>2</sup>. Essa ascendência compreende de forma bastante especial o processo civil, na medida em que a construção lógica do processo atual foi desenvolvida senão em Roma. E sendo o método moderno de resolução de conflitos resultado dessa longa experiência, mostra-se imprescindível o estudo da evolução histórica do processo romano para se compreendê-lo mais profunda e adequadamente<sup>3</sup>, visto que o estudo retrospectivo

<sup>1</sup> Advogado em Porto Alegre-RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UFRGS. Mestre em Direito Processual pela UFRGS. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário Metodista e professor visitante da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

<sup>2</sup> Em ALVES, José Carlos Moreira. As bases romanísticas do direito brasileiro. In: Tavares, Ana Lúcia de Lyra (org.). *Direito público romano e política*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 9-21, no qual resume do ponto de vista histórico essa ascendência do direito romano sobre o direito brasileiro, sublinha José Carlos Moreira Alves que, no âmbito do direito civil, o ordenamento jurídico pátrio encontra-se paradoxalmente mais romanizado do que o próprio direito lusitano atual. Isso porque, a partir do século XIX, sobretudo após a independência do Brasil, Portugal sofreu forte influência da legislação civil francesa, a ponto de seu Código Civil de 1867 ter-se afastado de princípios romanos, diferentemente do que ocorreu no Brasil.

<sup>3</sup> Para o estudo dessa temática, recomenda-se TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Esta obra, referencial teórico para o presente ensaio, abarca o conteúdo programático do primeiro semestre da cadeira de "História do processo romano, canônico e lusitano" no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

constitui o único caminho para a compreensão da essência do Direito, como sublinha José Manuel Pérez-Prendes y Muñoz de Arracó<sup>4</sup>.

Dentre tantos pontos de interesse do direito romano, merece destaque o estudo da evolução dos poderes do pretor<sup>5</sup>, na medida em que traduz o recrudescimento do próprio Estado<sup>6</sup> frente aos conflitos interindividuais intercorrentes na sociedade. Nas fases primitivas da civilização dos povos, o Estado não tinha força suficiente para suplantar os ímpetos individualistas dos homens e impor-lhes o direito. A mentalidade da época não admitia a ingerência estatal nos negócios dos particulares, motivo pelo qual se evoluiu do regime da autotutela para o da arbitragem. Contudo, à medida que foi se afirmando, o Estado foi gradativamente ampliando a sua participação por meio do pretor, até se impor aos particulares e absorver, de vez, o poder de determinar as soluções para os conflitos de interesses. Destarte, foi pelas mãos do pretor romano que nasceu a jurisdição<sup>7</sup>.

O objetivo do presente ensaio é examinar, posto que de forma perfunctória, a evolução dos poderes do pretor até a assunção da atividade jurisdicional. A análise será segmentada tendo em vista os três grandes períodos do processo civil romano convencionados pela doutrina moderna: o das *legis actiones*, o *per formulas* e o da *extraordinaria cognitio*. De início, abarca-se a instituição do pretor e os poderes por ele auferidos durante a fase das ações da lei, compreendido desde a fundação de Roma (754 a.C.) até o fim da República (27 a.C.). Em um segundo momento, examina-se a evolução dos poderes pretorianos no ínterim do período formular, que teria sido introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a.C) e vigorante, já de forma esporádica, até o governo de Diocleciano (285-305 d.C). Concluídos os exames dos dois períodos que consubstanciam o *ordo iudiciorum privatorum*, analisa-se, por fim, o da *cognitio extra*

---

<sup>4</sup> A respeito da relevância do estudo histórico do direito, veja-se AZEVEDO, Luiz Carlos de. História do direito, ciência e disciplina. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997. v. 92, p. 31-49. E especificamente sobre a importância do estudo do direito romano, veja-se ALVES, José Carlos Moreira. Universidade, cultura e direito romano. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, Jurid Vellenich, 1994. v. 121, p. 9-28.

<sup>5</sup> Sobre a terminologia técnica do vocábulo "pretor", veja-se FERRI, Enrico. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1986. v. 35, p. 373-380.

<sup>6</sup> A cidade de Roma era o próprio Estado, como ressalta CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *De statu civitatis*: alguns aspectos da cidadania romana. São Paulo, 1963, p. 11. Todavia, não se constituía propriamente em um Estado na compreensão contemporânea. É comumente classificado como Estado antigo, o mais remoto antecedente do que se convencionou chamar de Estado moderno. Em MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2003. t. I: O Estado e os sistemas constitucionais, p. 56-57, Jorge Miranda destaca como peculiaridades do Estado romano o desenvolvimento da noção de poder político; a consciência da separação entre o poder público (do Estado) e o poder privado (do *pater familias*); a distinção entre direito público e direito privado; a consideração de direitos básicos do cidadão romano como o direito de celebração de atos jurídicos (*jus commercii*), o direito de casamento legítimo (*jus connubii*), o direito de eleger (*jus suffragii*) e o direito de acesso às magistraturas (*jus honorum*); a progressiva atribuição de direitos aos estrangeiros e a formação de um conjunto de normas reguladoras das relações em que eles intervinham (*jus gentium*); e a expansão da cidadania num largo espaço territorial, em contraste com o caráter meramente territorial das monarquias orientais e o caráter pessoal restrito das Cidades-Estados gregas. Sobre o Estado romano, veja-se ainda JELLINEK, Geog. *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954, 215/234-237.

<sup>7</sup> Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23. Para TUCCI, José Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 21, a jurisdição nasce como atividade exclusiva dos pontífices, voltada a disciplinar a autocomposição entre os cidadãos. No mesmo sentido: TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 41.

*ordinem*, que iniciou com o principado (27 a.C.) e perdurou até a queda do Império Romano no Ocidente (476 d.C.)<sup>8</sup>.

## 2 PERÍODO DAS AÇÕES DA LEI

O processo é um fato social, na medida em que nele se reflete a cultura, a ideologia e o estado da civilização em que consubstancia<sup>9</sup>. Esta máxima auferida especial realce no contexto do processo civil romano, que se conformou sobremaneira com os valores e as mentalidades reinantes em cada época. Nos primórdios de Roma, em que a defesa privada ainda tinha larga utilização e a segurança dos cidadãos romanos dependia mais do grupo a que pertenciam do que da Cidade-Estado, a religião e o misticismo eram elementos marcantes<sup>10</sup>. Naturalmente, toda essa religiosidade e primitividade influenciaram fortemente o pioneiro sistema processual romano – o sistema das ações da lei – que perdurou durante a época régia (fundação de Roma até a expulsão dos reis em 510 a.C.) e republicana (510-27 a.C.). Eram inclusive os pontífices quem ditavam, com o auxílio do rei, o comportamento dos cidadãos e o solene ritual, evadido de simbolismo, que deveria ser observado pelas partes<sup>11</sup>.

Eram cinco as ações da lei: a *sacramentum*<sup>12</sup>, a *iudicis postulatio*<sup>13</sup>, a *condictio*<sup>14</sup>, a *manus iniectio*<sup>15</sup> e a *pignoris capio*<sup>16</sup>, sendo a primeira a mais importante

<sup>8</sup> Como ressaltam TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 39-40, essa demarcação é apenas convencional, pois houve coexistência de sistemas processuais durante a transição de um sistema para outro, além da existência de fases ou mesmo ulteriores sistemas particulares dentro de cada um dos períodos. Por conta disso, ainda que presentes três períodos bem nítidos, resta realmente impreciso quando e em que medida cada qual deixou de vigor, cedendo passo ao subsequente.

<sup>9</sup> LACERDA, Galeano. Processo e cultura, in *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 74-86, 1961, anota acertadamente que o processo é um fato cultural, na medida em que nele se reflete toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivência de ordem espiritual e material que singularizam determinada época de uma sociedade. Por isso, nada mais natural que sua função varie conforme a época e a mentalidade reinante (p. 74-75). Este fato também foi consignado por Cappelletti em seu conhecido ensaio CAPPELLETTI, Mauro *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*. Bologna: Il Molino, 1969, p. 3-54.

<sup>10</sup> Veja-se PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. Roma: Ricerche, 1961-2. v. I: *Le legis actiones*, p. 27 e segs.

<sup>11</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 41. Segundo os dois autores, *idem, ibidem*, esse íntimo relacionamento entre direito (*ius*) e religião (*fas*) foi motivo determinante não apenas para que a estrutura jurídica das *legis actiones* fosse por demais formalista, mas também para a incerteza entre os romanistas quanto à delimitação dos poderes do rei.

<sup>12</sup> É a mais antiga ação da lei, a par da *manus iniectio*, e a primeira forma institucionalizada de processo. Por meio dela, permitia-se tanto o exercício de direitos de natureza pessoal (*actio sacramento in personam*) como o exercício de direitos de natureza real (*actio sacramento in rem*). Sobre a *legis actio per sacramentum*, veja-se CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *De actione sacramento*. São Paulo: [s.n.], 1960.

<sup>13</sup> A *legis actio per iudicis arbitri postulationem* foi uma ação pessoal instituída pela Lei das XII Tábuas. Era cabível para a cobrança de dívida originada de promessa de pagamento, bem como para partilha de herança e divisão de coisa comum: hipótese esta prevista posteriormente pela Lei Licínia (Gaio, *l.*, 4.17a.).

<sup>14</sup> Nova ação pessoal instituída pelas leis Sília e Calpúrnia, respectivamente para cobrar quantia certa devida ou crédito decorrente de coisa certa (*certa re*). Gaio referenciou que era objeto de polêmica a criação desta ação porque as suas duas hipóteses de cabimento permitiam o *sacramentum* ou ainda, conforme o caso, a *iudicis postulatio* (Gaio, *l.*, 4.20). Ao encontro do defendido por Lévy-Bruhl, esposam TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 67-68, que provavelmente a *legis actio per condictioem* foi instituída em substituição à *legis actio sacramento in personam*, por ser formalmente menos complicada e mais evoluída do que aquela.

<sup>15</sup> Era uma típica ação de execução, pois era cabível basicamente quando não havia o adimplemento da obrigação originada de sentença (*iudicatus*) ou confissão (*confessus*). Depois, foram editadas leis, como é o caso das Leis Fúria e Márcia, prevendo a *manus iniectio* para outras situações, não decorrentes da coisa julgada. A propósito, veja-se Gaio, *l.*, 4.21-23.

<sup>16</sup> Conforme Gaio (*l.*, 4.26-29), a ação da lei *per pignoris capionem* consistia na concretização de um penhor, efetuado pelo credor mediante a pronúncia de determinadas palavras. Cabia em casos restritos, por força dos

porque era aplicada a todos os casos para os quais a lei não estabelecia uma ação específica<sup>17</sup>. As *legis actiones* eram assim denominadas por estarem as ações, ou as situações jurídicas que se pretendia por meio delas tutelar, expressamente previstas em leis<sup>18-19</sup>. Os seus procedimentos eram caracterizados por um rígido formalismo, solenidade, oralidade, simbolismos e rituais. No início formado pela praxe, os seus princípios fundamentais foram estabelecidos pela Lei XII Tábuas<sup>20</sup> e, posteriormente, por outras leis. O princípio fundamental em que descansava essa atividade primeva, rigorosamente regulada, consistia em que o menor equívoco das partes ao pronunciar as fórmulas solenes, constitutivas de qualquer ato processual, implicava a perda do poder correspondente e, algumas vezes, até a da causa<sup>21</sup>. Nas *Institutas*, Gaio exemplificava esse rigorismo referindo que perdia a causa aquele que, num caso de videiras cortadas, empregava o termo videiras (*vites*) ao invés de árvores (*arboribus*), porquanto a Lei das XII Tábuas, na qual se fundamentava a ação, empregava a expressão *árvores cortadas*<sup>22-23</sup>.

Na qualidade de único detentor da *potestas publica*, era o rei quem exercia *ab initio* o papel de *iudex*, julgando em única instância os litígios<sup>24</sup>. Essa concentração de poder justificava-se pelo fato de que o rei era considerado uma designação dos deuses, sendo a imagem viva de Júpiter, o deus da Roma<sup>25</sup>. Nesse contexto de forte influência religiosa, ninguém melhor do que ele para saber a vontade dos deuses

---

costumes e, em outros, por determinação legal. Foi instituída pela Lei das XII Tábuas contra quem comprasse a vítima dada em sacrifício sem lhe pagar o preço e também contra quem não pagasse o aluguel de animal de carga para aplicar-lhe o preço nos sacrifícios religiosos. Pela lei reguladora da função dos censores, também se facultou a *pignoris capio* aos cobradores de impostos contra as pessoas que, por força de alguma lei, devessem ao fisco.

<sup>17</sup> Gaio, *I.*, 4.12-13.

<sup>18</sup> Gaio, *I.*, 4.11.

<sup>19</sup> TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 45-46, observam com proficiência que o sistema das *legis actiones* era um sistema de ações antes que um sistema de direitos subjetivos, uma vez que estes não se configuravam pelo aspecto de seu conteúdo substancial, mas, sim, pela ótica das ações com as quais os titulares podiam tutelá-los contra possíveis ofensas. Tanto é assim que os romanos anunciavam, ao *agere*, que tinham uma ação, e não um direito.

<sup>20</sup> Segundo a tradição, foi um tribuno da plebe, Terentílio Arsa, quem teria proposto a organização de uma comissão em 462 a.C. para redigir leis que pusessem fim às lutas entre o patriciado e a plebe, bem assim os arbitrios dos cônsules. Após muita protelação do senado e dos cônsules, uma viagem à Grécia de uma comitiva a fim de estudar as leis de Sólon, foi instituído um decenvirato que, sob a presidência de Ápio Cláudio, teria elaborado dez tábuas da lei e, depois, mais duas, culminando na Lei das XII Tábuas. Este marco legislativo, aprovado e imposto no ano de 455 a.C., traz em sua tábua primeira relevantes regras de natureza processual, sobretudo quanto ao chamamento ao juízo do réu. Sobre a Lei das XII Tábuas, recomenda-se, por tantos, MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1966, e MEIRA, Sílvio A. B. *A lei das XII tábuas*: fonte do direito público e privado. Belém: [s.n.], 1956.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 12/16.

<sup>22</sup> Gaio, *I.*, 4.11.

<sup>23</sup> TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 31-32, Gaio foi um professor de direito em Roma no século II. Ele escreveu, de forma clara e didática, um comentário em quatro livros (*Institutas*), para servir de compêndio objetivando o estudo do direito no primeiro ano das escolas em Roma e, particularmente, nas províncias, até a reforma do ensino promovida por Justiniano nos meados do século VI. Os *Gai institutionum commentarii quattuor* consubstanciam um das principais fontes jurídicas autênticas pré-justinianéias, mormente para o estudo do processo civil romano, uma vez que seu quarto livro dedica-se a vários institutos processuais e da praxe jurídica observada nas épocas arcaica e clássica. Sobre a biografia de Gaio, veja-se COSTA, Moacyr Lobo da. *Gaio*: estudo biobibliográfico. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>24</sup> O conceito de *imperium* não pode ser confundido com o de *iurisdictio*. Segundo ACCARIAS, Calixte. *Précis de droit romain*. Paris: Pichon, 1886-1891. v. II, p. 646-647, a *iurisdictio* consiste em um aspecto do *imperium*, que significa de maneira geral o direito de comandar e de recorrer à força, de que são investidos todos os grandes magistrados romanos (L. 32, De inj., XLVII, 10-L.L. 214 e 215. De verb. Sign. L. 16). Quando a *iurisdictio* se contrapõe ao *imperium*, é porque esta toma um a significação mais restrita e exclui os poderes relativos à administração da justiça civil.

<sup>25</sup> GRIMAL, Pierre. *Histoire de Rome*. Paris: Fayard, 2003, destaca que o poder do rei era considerado o reflexo absoluto do poder de Júpiter.

diante de um conflito de interesses entre os “mortais”. Com a queda da realeza e a instituição da República<sup>26</sup>, este poder foi assumido pelos dois cônsules<sup>27</sup> eleitos anualmente entre os patrícios pela Assembleia dos Centúrias, assembleia popular controlada pela nobreza. Eram os chefes de governo, cumprindo-lhes não apenas o conhecimento dos litígios, mas também a iniciativa de criação das leis.

Supõe-se que, em decorrência do rápido desenvolvimento da riqueza, do comércio e de outros setores da vida social de Roma, o número e complexidade dos litígios privados tornaram imprescindível a criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais<sup>28-29</sup>. Com a distribuição da *iurisdictio* entre diversos magistrados a partir da República<sup>30</sup>, nasce a figura do pretor<sup>31</sup>. O pretor urbano tinha inicialmente competência apenas na Cidade, estendendo-se, depois, também para o território da Itália<sup>32</sup>. De início, poderiam ser alçados à condição de pretor apenas patrícios, ou seja, os integrantes das famílias em que tradicionalmente se recrutavam senadores,

<sup>26</sup> Foram setes os reis romanos: Rômulo, Numa, Tullus Hostilius, Ancus Martius, Lúcio Tarquínio, Servius Tullius e Tarquínio, o Soberbo. A realeza ruíu em um momento de instabilidade política, tendo como estopim um estupro praticado pelo filho de Tarquínio, que se refugiou em Chiusi. Ante a crise e a fuga do rei, os senadores tomaram o poder, tendo o povo aceitado a instituição do regime republicano. Embora a chefia de governo pertencesse a dois cônsules eleitos entre os patrícios, eram os senadores que na prática sucederam o rei em face de seus poderes e prerrogativas.

<sup>27</sup> ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. Boston: Little Brown, 1927, p. 254; COSTA, Emilio. *Storia del diritto romano pubblico*. Firenze: Barbéra, 1920. Manuali Barbéra, v. VII, p. 135.

<sup>28</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 42.

<sup>29</sup> MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da realeza e da república. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 100, p. 3-19, os dois cônsules, co-chefes de governo, eram chamados de Magistrados Epônimos, consistindo na primeira espécie de magistratura. Concentrava o mando militar, o controle da polícia interna e da segurança pública, o gerenciamento dos serviços estatais e do funcionalismo público, a gestão do erário ou tesouro público, e, finalmente, a administração da justiça e o exercício da atividade jurisdicional. Em razão do acúmulo de atribuições, do progresso de Roma e da conquista de novos territórios, a pressão política da plebe, entre outros fatores, os cônsules-patrícios foram obrigados a delegar poderes paulatinamente. Assim, o Consulado é desmembrado, surgindo, pouco a pouco, uma série de novas magistraturas, máxime a Questura, a Censura, a Edilidade, a Ditadura, o Tribunato da Plebe e a Pretura, esta para administrar a justiça em matéria fundamentalmente civil, dirimindo conflitos entre romanos (*praetor urbanus*) ou entre romanos e estrangeiros ou só entre estes (*praetor peregrinus*). Sobre as magistraturas, desde a monarquia, veja-se MOMMSEN, Theodor. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Impulso, 1942, p. 113 e segs.

<sup>30</sup> ENGELMANN, *A history...* p. 254, dicotomiza o *imperium*, destacando que foi transferido aos pretores *imperium mixtum*: “the ‘jurisdiction’ was thereupon delegated to the praetor. As, however, he possessed not alone the ‘jurisdiction’ but with it also the ‘imperium’, a distinction came to be made between ‘imperium merum’ and ‘imperium mixtum’. ‘Merum imperium’, according to Ulpian, is: ‘habere gladii potestatem ad animadverndum in facionerosos homines, quod etiam potestas appellatur’, – hence criminal jurisdiction. That which was conferred upon the praetor was the ‘mixtum imperium, quod iurisdictioni cohaeret’, ‘cui etiam iurisdictioni inest’, – thus, a power which is associated with and embraces ‘jurisdiction’. It results from this contrast that ‘jurisdiction’ signifies only civil jurisdiction”.

<sup>31</sup> Consoante COSTA, Emilio. *Perfil storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918, p. 15-16, “la *iurisdiction* compete nell’età primitiva al Re, ed in seguito ai Consuli; poi, dopo il secolo IV di R., ad un terzo magistrato consolare istituito con la funzione specifica della *iurisdiction* (*praetor urbanus*) che ha competenza prima sul territorio dell’*Urbs*, poi su quello d’Italia; nel quale per altro egli esercita la *iurisdiction* per mezzo di appositi suoi rappresentanti (*praefecti iuri dicundo*) residenti in alcune delle più ragguardevoli città (*praefecturae*), mentre per le minori controversie nelle singole città la *iurisdiction* è rimessa ai magistrati locali (*duoviri iuri dicundo*). Per le controversie tra stranieri ammessi in Roma alla partecipazione del *commercium*, e fra stranieri e cittadini, la *iurisdiction* compete, dopo il 512 d. R., ad un apposito *praetor peregrinus*”.

<sup>32</sup> Baseado nos depoimentos de Dionísio de Halicarnasso e Aulo Gélio, sustenta Fustel de Coulanges, em *La cité antique*, p. 218, que o rei Servius Tullius (578-534 a.C) – escravo e filho adotivo do rei Lucio Tarquínio que foi alçado à condição de *rex* –, ao promover a distinção entre as causas públicas e privadas e reservar para si o *imperium* apenas sobre as causas de natureza criminal, teria instituído os pretores para julgar as causas cíveis. Contudo, muito provavelmente o pretor surgiu durante a República, quando houve a divisão de instância. Como afirma o romanista MEIRA, Sílvio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Max Limonad, 1971. 2 v., p. 653, Dionísio (X, I) e Pompônio (D. I, II, § 16) desautorizam essa tese, porquanto fazem alusão aos poderes dos cônsules como sendo semelhantes aos dos reis. Em sentido contrário de que a divisão entre o direito público e o direito privado tem origem romana: SURGIK, Aloísio. Anotações histórico-críticas em torno do binômio direito público-direito privado. In: *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*, São Paulo: Saraiva, 1982. p. 23-42.

integrantes da aristocracia rural. Sendo a *iurisdictio* uma manifestação da *potestas publica*, não constituía poder autônomo, mas uma função de natureza administrativa.

A atuação do pretor era bastante limitada, para além da restrição imposta pelo rígido formalismo próprio do sistema das ações da lei. Não compreendia as suas funções o julgamento do litígio, tal como o faziam o *rex* e, após, os cônsules. A *iurisdictio* conferida ao *praetor* consistia somente no poder de declarar a norma jurídica aplicável no julgamento. Quicá com uma forma de mitigar a novel delegação da *iurisdictio*, houve uma divisão da função de julgar os litígios entre dois órgãos, dicotomizando, assim, o processo civil romano em duas fases. Havia uma primeira fase chamada *in iure*, perante o pretor, e uma segunda denominada *apud iudicem*, perante o *iudex unus*, um cidadão romano que atuava como árbitro<sup>33</sup>. Apenas quando o litígio era travado entre romanos e estrangeiros ou o objeto da controvérsia versava sobre posse ou sucessão hereditária, a fase *apud iudicem* ocorria junto aos tribunais dos *recuperatores* e *centumviri*, respectivamente, e não perante o *iudex unus*. Era na segunda fase do processo, da qual não participava o pretor, que se dava o julgamento.

Na fase *in iure* das ações da lei, cumpria ao autor exercer a sua pretensão perante o pretor, indicando a respectiva *actio*. Diante do pedido, o pretor aprazava uma audiência para ouvir as partes. A convocação do réu para comparecer no *comitium* ou no *forum*, mediante a *in ius vocatio*, era responsabilidade exclusiva do autor<sup>34</sup>, sendo que a presença do réu na audiência constituía pressuposto para a continuidade da *actio*, salvo na diferenciada *legis actio per pignoris capionem*, a qual se efetivava sem a presença do magistrado e, não raro, do próprio réu<sup>35</sup>. A Lei das XII Tábuas previa que o autor deveria inclusive prender o réu, perante testemunhas, caso ele não comparecesse na audiência<sup>36</sup>. Na hipótese de tentativa de engano ou fuga do réu, o autor deveria segurá-lo, conduzindo-o de forma forçada ao pretor<sup>37</sup>. Posto que pareçam reprováveis tais previsões nos dias de hoje, a importância que se atribuía ao contraditório representava evidente avanço considerando a realidade daquela época<sup>38</sup>.

Na audiência, as partes manifestavam as suas posições perante o pretor por meio do emprego de fórmulas verbais solenes e previamente estabelecidas, de acordo

---

<sup>33</sup> Na *legis actio per iudicis arbitrium postulationem*, não era escolhido um *iudex*, mas um *arbitrator* para a fase *apud iudicem* quando tinha por objeto partilha de herança ou divisão de coisa comum. Como ressaltam TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 67, dada a natureza da ação nesses dois casos, a tarefa do julgador não se restringia à aplicação das normas jurídicas, mas à medição e avaliação de glebas de terra, de animais e de vários outros bens que compunham o patrimônio a ser dividido, o que reclamava experiência e conhecimento extrajudicial.

<sup>34</sup> Gaio, *I.*, 4.183.

<sup>35</sup> Conforme, Gaio (*I.*, 4.29), por se realizar perante o pretor, havia celeuma entre os juristas romanos sobre a classificação da *pignoris capio* como ação da lei: "(...) o penhor se efetuava, pronunciando-se determinadas palavras, motivo pelo qual muito achavam que fosse também uma ação da lei. Outros, porém, entendiam o contrário, em primeiro lugar, pelo fato de a *pignoris capio* realizar-se *extra ius*, isto é, sem a presença do pretor, e, muitas vezes, até na ausência do adversário, enquanto as demais ações somente poderiam ser propostas perante o pretor na presença do réu. Depois, porque se podia realizar o penhor também nos dias nefastos, isto é, quando não era permitido mover a ação da lei".

<sup>36</sup> XII Tábuas, 1.2.

<sup>37</sup> XII Tábuas, 1.3.

<sup>38</sup> Sobre a *in ius vocatio*, veja-se AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado: perfil histórico*. São Paulo: Resenha Universitária, 1980.

com a respectiva ação da lei. Se o réu não resistisse à pretensão, reconhecendo a veracidade de suas alegações (*confessus*), o litígio resolvia-se perante o próprio pretor. O processo não ingressava na fase *apud iudicem*, procedendo-se de imediato a execução, mediante um provimento de *addictio* da coisa reivindicada ou do próprio réu em se tratando de procedimento *in personam*<sup>39</sup>. Esta hipótese também era possível quando as partes se conciliassem antes da própria audiência ou no seu curso, perante o pretor. Provavelmente, ainda que não tivesse o compromisso, o pretor tinha o poder de conciliar as partes<sup>40</sup>. O pretor ainda poderia denegar a ação (*denegare legis actionem*), quando a mesma já tivesse sido aforada anteriormente<sup>41</sup>.

Não havendo *confessus* ou acordo, era necessário, a partir da Lei Pinária, um novo colóquio no prazo de trinta dias, mais uma vez frente o pretor. O escopo da segunda audiência era a fixação dos limites objetivos da causa, a escolha do *iudex* e a celebração, por força da total oralidade do procedimento, da *litis contestatio*, que encerrava a fase *in iure*. A *litis contestatio* consistia no chamamento dos presentes como testemunhas das declarações já feitas, pedindo-se-lhes que conservassem tais declarações na memória para proferi-las perante o *iudex*, na fase *apud iudicem*. Desse modo, vincularia definitivamente as partes às declarações prestadas e impediria que a questão já deduzida em juízo voltasse a ser proposta, visto que as declarações integravam o compromisso de submissão ao *decisum* a ser proferido pelo *iudex*<sup>42</sup>. Eram, pois, as testemunhas que garantiam os termos do litígio fixados<sup>43</sup> e a *res acta*<sup>44</sup>.

Dessarte, em caso de resistência do réu à pretensão do autor, o pretor se cingia a conduzir a fixação, pelas próprias partes, dos termos da controvérsia e a determinar o cidadão romano que atuaria como *iudex* na fase *apud iudicem*. Na maior parte dos casos, a escolha se dava pela vontade comum das partes; residualmente, por indicação do pretor ou por sorteio dentre aqueles cidadãos constantes de um álbum

---

<sup>39</sup> TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 52-53, concluem proficientemente que as ações da lei de natureza cognitivas nascem como forma de oposição aos atos executivos de natureza privada, haja vista que as ações mais antigas – *per sacramentum in rem e manus iniectio* – iniciavam-se por atos tipicamente executivos em época primitiva. Na primeira, o demandante se apoderava da coisa, objeto do litígio, e a portava perante o magistrado, ou, tratando-se de bem imóvel, tentava adentrá-lo; na segunda, ou seja, na *manus iniectio*, o autor, poderia agarrar o réu e conduzi-lo ao tribunal.

<sup>40</sup> A importância da conciliação estava claramente expressada na Lei das XII Tábuas, que previa na sua Primeira Tábua, item 8, que “se as partes encontram em acordo em caminho, a causa estaria encerrada”. A continuidade da *actio* só acontecia em caso de fracasso na conciliação, uma vez que “*nita pactum, in comitio aut in fora ante medidiam causam conscito*”.

<sup>41</sup> Veja-se PUGLIESE, *Il processo...*, p. 381.

<sup>42</sup> Cf. SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990, p. 64. Veja-se, do mesmo autor, SURGIK, Aloísio. “Litiscontestatio”. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, 2001, n. 19, p. 153-157.

<sup>43</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Las Acciones en el derecho privado romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945, p. 28-29, refere que os romanos atribuíam uma enorme importância para a determinação do litígio. Fazia-se a *litis contestatio* convidando aos cidadãos que se encontravam ante o tribunal para que recordassem exatamente o que havia acontecido na sua presença. Esta é justamente a causa pela qual cada parte se fazia acompanhar por seus parentes e amigos.

<sup>44</sup> TUCCI, *A causa petendi...*, p. 29, dentre os importantíssimos efeitos decorrentes da *litis contestatio*, a *novatio* necessária ensejava a extinção da relação de direito material (obrigação originária) deduzida em juízo, dando origem a uma nova relação (obrigação processual derivada), o que vedada, por força da *bis de eadem re ne sit actio*, o ajuizamento de outra ação lastreada na mesma relação jurídica substancial. O óbice à propositura de nova ação era declarado com a *denegatio actionis* pelo magistrado, mediante simples prova, levada a cabo pelo magistrado, de que a mesma relação de direito material já havia sido trazida a juízo.

existente no tribunal. Era o *iudex* quem tomava conhecimento do litígio e julgava soberanamente em nome do povo romano, sem subordinação a qualquer órgão postado em superior grau hierárquico<sup>45</sup>. Não comparendo as partes nesta segunda audiência, é provável que o pretor extinguisse a *actio*; presente apenas uma delas, julgava causa depois do meio-dia. Tratava-se de hipótese excepcional em que o próprio pretor julgava o litígio, conquanto com evidente limitação. De acordo com a Lei das XII Tábuas, o pretor deveria julgar favoravelmente àquele que comparecesse na audiência<sup>46</sup>.

Na *legis actio per manus iniectioem*, que tinha natureza eminentemente executiva, cabível quando havia o inadimplemento da obrigação originada de sentença ou *confessus*, a atuação do pretor revelava-se mais importante, não dividindo funções com o *iudex*. Caso o devedor não cumprisse sua obrigação, nem oferecesse um *vindex* – parente ou amigo do devedor que intervinha em seu favor, garantindo, em nome próprio a obrigação<sup>47</sup> –, o pretor determinava a *manus iniectio*. Ele próprio admitia a versão do credor ao pronunciar a palavra *addico*, autorizando-lhe a exercer seu direito sobre a pessoa do devedor insolvente (*manus iniectioem*) ou sobre os seus bens (*missio in bona rei servandae causae*), de acordo com a natureza da causa precedente<sup>48</sup>. Logo, era o pretor quem determinava diretamente os atos executivos.

Em caso de *manus iniectioem*, o devedor era levado pelo credor e colocado à venda em três sucessivos mercados perante o pretor. Não sendo resgatada a dívida, tampouco comprado o devedor, este poderia ser morto ou vendido escravo aos etruscos pelo credor<sup>49</sup>. Tais possibilidades resumem bem o quão eram primitivas e, às vezes, cruéis as ações da lei. Ainda que representasse um avanço para a época, sobretudo pela institucionalização de procedimentos em lei, o sistema *legis actiones* tornou-se superado e impeditivo de ulterior progresso com o passar do tempo. Mormente em razão do exagerado formalismo, este sistema foi sendo paulatinamente abandonado, até a sua abolição definitiva por meio da *lex Aebutia* e das *lex Juliae*<sup>50</sup>. Passou a preponderar, então, um novo sistema, permanecendo admissíveis as ações da lei apenas em dois casos, a saber, no da ação por dano iminente (*damni infecti*) e no das ações perante os tribunais dos centúviro<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 44.

<sup>46</sup> XII Tábuas, 1.10.

<sup>47</sup> Após, foram editadas leis prevendo a *manus iniectio* para outras situações, não decorrentes da coisa julgada. Eram as chamadas *manus iniectio pura*, as quais permitiam que o próprio devedor se defendesse pessoalmente, sem a necessidade de indicação de um *vindex* (Gaio, *I*, 4.23-24).

<sup>48</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 61.

<sup>49</sup> *Idem, ibidem*, p. 70, em 326 a.C. foi promulgada a *lex poetelia papiria*, que proibiu a cadeia, o grilhão, a morte ou a venda do devedor como escravo, passando a admitir, em substituição à execução pessoal, que a mesma recaísse sobre o patrimônio do devedor quando fosse ele solvente.

<sup>50</sup> Gaio registra de forma expressa no Livro IV das *Institutas* – notadamente a mais importante fonte para a reconstituição do processo no período das ações da lei – que estas se tornaram “odiosas” senão em razão do exagerado formalismo, pois aquele que cometesse um mínimo erro perdia a causa (Gaio, *I*, 4.30).

<sup>51</sup> Cf. Gaio, *I*, 4.31.

### 3 PERÍODO FORMULAR

O segundo sistema processual romano teria sido introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a.C.), mas oficializado de forma definitiva somente em 17 a.C., pelas *lex Juliae*<sup>52</sup>. O novel sistema sobreveio como uma alternativa mais moderna em relação às ações da lei, por ser menos formalista e mais ágil e funcional do que aquele<sup>53</sup>, sendo grande parte dessa evolução fruto do denominado *ius honorarium*, isto é, do direito pretoriano<sup>54</sup>. Representaram significativos progressos a utilização parcial da escrita, a participação mais intensa do pretor e das partes nos atos procedimentais e a instituição da natureza condenatória das sentenças, mesmo nas ações reais. O processo formular não era formado por diferentes formas de ação, mas por um rito padrão, o qual, embora também fosse igualmente bipartido – instância *in iure*, perante o pretor, e *apud iudicem*, perante o *iudex* –, não exigia uma segunda audiência para a designação do *iudex*, tal como era imposto pela *lex Pinaria* para as ações da lei<sup>55</sup>.

O procedimento *in iure* do processo formular principiava pela *editio formula*, consistente na comunicação prévia do réu, oralmente ou por escrito, mediante a entrega de um *instrumentum* com esse fim, da pretensão do autor (*intentio*). Tratava-se de ato extraprocessual preliminar que deveria preceder a *in ius vocatio*. Caso não fosse observada a referida formalidade, a ação seria indeferida pelo pretor. Procedida à *editio formula*, o autor deveria realizar a citação do réu, sendo-lhe defeso concretizá-la doravante com o emprego da força. Caso o réu não comparecesse em juízo, nem fornecesse um *vindex*, o pretor tinha o poder de conceder ao autor uma *actio in factum*<sup>56</sup>. Substituiu-se a primitiva violência, ficando, todavia, o réu sujeito ao pagamento de multa, à penhora e até à perda de seus bens caso insistisse em não se apresentar<sup>57-58</sup>. Como se vê, por conta da complexidade que auferiu o princípio do processo civil

<sup>52</sup> KASER, Max. *Derecho romano privado*. Versión directa de la 5ª edición alemana por Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Reus, 1968, p. 357, uma ampla reforma foi levada a cabo por Otaviano Augusto, com suas leis *Iuliae iudiciorum privatorum y publicorum* (17 a.C.), as quais aboliram totalmente as *legis actiones*, permitindo o emprego do procedimento formulário para fazer valer toda classe de pretensões e assim instaurando esta forma de processo no *ius civile*.

<sup>53</sup> KASER, *Derecho romano*..., p. 356, a aplicabilidade do procedimento formular não se limitou apenas aos cidadãos romanos, mas, também, aos peregrinos. Ressalta que talvez tenha sido criado justamente para litígios havidos entre romanos e peregrinos ou entre peregrinos, pela prática do *praetor peregrinus*, instituído em 242 a.C.

<sup>54</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições*..., p. 79, amparando-se, em princípio, nos fundamentos do *ius civile*, conservando deste a objetividade e precisão, trouxe o direito honorário um novo sentido ao processo e à organização judiciária, dilatando o espectro da proteção individual e fornecendo flexibilidade necessária à melhor distribuição da justiça.

<sup>55</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições*..., p. 76-78.

<sup>56</sup> Caso o réu comparecesse, mas não fosse possível o julgamento no mesmo dia, ele deveria prestar *vadimonium*, isto é, comprometer-se a comparecer no dia aprazado. Em alguns casos, era necessária uma caução ou um juramento (Gaio, *I.*, 4.184-185). Posteriormente, o *vadimonium* desvirtuou-se de tal maneira que passou a substituir a *in ius vocatio* em inúmeras hipóteses, permitindo que o processo encetasse pela promessa do demandado de que compareceria em juízo. A propósito, o vocábulo *vadimonium* é abarcado pelo romanista Emilio Costa no interessante ensaio COSTA, Emilio. *Il diritto nei poeti di Roma*. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1898, em que trata de expressões jurídicas empregadas em poemas romanos da época (p. 15-16).

<sup>57</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições*..., p. 80-81.

<sup>58</sup> Para ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, p. 295, o autor poderia ainda teoricamente usar da força para conduzir o réu até o pretor, embora, na prática, devesse ser mais comum a solicitação de uma ação *in factum* contra o réu, para que fosse condenado a pagar ao autor uma multa.

romano, incrementaram-se sensivelmente as atribuições do pretor. É provável que, além de impor sanções ao réu que não comparecesse em juízo nem indicasse um *vindex*, fosse também sua função observar a realização da *edito formula*, da *in ius vocatio* e admitir o *vindex* indicado pelo réu.

Presentes as partes perante o pretor, por si ou acompanhadas por seus respectivos *advocatus*<sup>59</sup>, deveria primeiramente o autor formalizar a sua pretensão (*editio actionis*), designando a fórmula do edito<sup>60</sup> em que se embasava a sua pretensão (*postulatio actionis*). Feito isso, cumpria ao pretor verificar se a *intentio* estava de fato contemplada em seu edito e se reunia os pressupostos, materiais e processuais. Não estando prevista no edito ou faltando algum pressuposto, bem como nos casos em que a mesma relação jurídica processual já havia sido objeto de ação anterior (*bis de eadem re ne sit actio*), o próprio pretor, no exercício de seu *imperium*, denegava a ação (*denegatio actionis*). Por outro lado, caso constatasse a pertinência da pretensão deduzida, o pretor deferia o pleito preambular do autor (*datio actionis*), abonando a continuidade do processo. Essa decisão do pretor de “conceder a ação ao autor”, ou seja, de reconhecer o seu direito de mover a demanda contra o réu, constituía verdadeiro juízo de admissibilidade.

Deferida a ação, oportunizava-se ao réu proceder à sua defesa. Era-lhe lícito tanto realizar a defesa material como a processual, bem como formular um pedido autônomo (*iudicium contrarium*) relacionado ao mesmo negócio jurídico em questão nos casos de ações *bona fidei*. Neste caso, o processo assumia natureza dúplice, ambas as partes passavam a ser, concomitantemente, autor e réu. Na hipótese em que o réu reconhecia o direito do autor a um crédito certo (*confessio in iure*), sua manifestação equivalia a uma condenação<sup>61</sup>. Não havia, pois, necessidade de sentença, encetando de imediato a execução se não houvesse o pagamento. Equiparava-se ao réu confesso o que não comparecia em juízo para se defender ou que não se defendia quando comparecesse (*indefensus*), pois, tal como aquele, era considerado como se condenado fosse, permitindo imediatamente a execução. O mesmo acontecia na hipótese em que o autor requeria juramento de dívida. Se o réu não jurasse a sua inexistência, o pretor autorizava, ato contínuo, a execução da dívida sobre os bens do réu.

---

<sup>59</sup> Passou-se a admitir no processo formulário a representação processual (Gaio, *l.*, 4.82-84) e jurídica. KASER, *Derecho romano...*, p. 369-370, esclarece que tanto o autor como o réu poderiam ser representados por um *cognitor*, representante nomeado publicamente e na presença da parte contrária ou por um *procurator*, representante não designado dessa forma. Havia também o *tutor*, o *curator* e um órgão facultado legalmente a ostentar a representação processual de corporações e município. Ademais, as partes poderiam ser assistidas por *oratores*, *patroni advocati*, que colaboravam com os seus conhecimentos técnicos na fase *in iure* do processo e com as suas faculdades oratórias na fase *apud iudicem*. Veja-se COSTA, E., *Perfil histórico...*, p. 121-131.

<sup>60</sup> Ao assumir o cargo, o pretor publicava o seu programa (*edito*), pelo qual revelava como atuaria durante aquele ano em que exerceria a pretoria. Veja-se a nota 67.

<sup>61</sup> Nos casos em que a *confessio* fosse sobre valor indeterminado e não houve a indicação da soma na confissão, esta não equivalia ao reconhecimento do pedido. Nesta hipótese, era dado prosseguimento ao processo, constituindo a confissão meio de prova.

Apresentada a defesa pelo réu, era o momento de se designar o *iudex*. A escolha do cidadão romano que julgaria a causa, de ordinário dentre aqueles integrantes do *album iudicium*, era feita conjuntamente entre os sujeitos processuais, sendo que o pretor não tinha, como dantes, o poder de impor às partes a sua vontade. Se houvesse recusa de uma indicação, fosse proveniente de uma das partes ou do pretor, outra deveria ser realizada, até que se alcançasse um consenso sobre a pessoa que deveria desempenhar aquele *munus*. Escolhido o *iudex unus*, passava-se à redação da fórmula. Consistia num documento escrito, elaborado pelo pretor conjuntamente com as partes, em que se fixava o objeto da demanda, definindo os limites do litígio<sup>62</sup>. A fórmula deveria ser levada para o julgamento da controvérsia ao *iudex* eleito, que ficava vinculado aos seus termos<sup>63</sup>.

Concluída a redação da fórmula, era chegado o momento da *litis contestatio*, isto é, de as partes comprometerem-se a dar prosseguimento à contenda nos termos e nos limites expressados na fórmula, bem como a submeter ao julgamento que fosse proferido pelo *iudex*. Assim, efetivada a *litis contestatio*, o pretor providenciava a *translatio* do *iudicium*, para que o processo prosseguisse na fase *apud iudicem*<sup>64</sup>. Não era mais possível a propositura de nova ação fundada na mesma relação jurídica substancial (*bis de eadem re ne sit actio*)<sup>65</sup>, tampouco a modificação da fórmula. Apenas excepcionalmente, quando fosse imprescindível a modificação dos elementos objetivos da lide, era possível a redação de uma nova fórmula, a qual era concedida ao interessado pelo pretor, no bojo de outro processo, mediante a *restitutio in integrum*. E embora permanecesse sendo mister do *iudex* o julgamento da causa<sup>66</sup>, o pretor passou a ter influência também na fase *apud iudicem*. Além de contornar os limites da causa ao redigir a fórmula com as partes, o pretor passou naturalmente a exercer uma supervisão do processo, podendo prestar informações complementares e determinar

---

<sup>62</sup> ENGELMANN, *A history...*, p. 288-294, esclarece que eram quatro as *partes formularum*, a saber, *intentio* (em que o autor expõe a sua pretensão), *demonstratio* (em que traz elementos para se determinar o *quidquid* nos casos em que a *intentio* é incerta), *adjudicatio* (em que se permite ao juiz adjudicar a coisa a alguma das partes) e *condemnatio* (em que se dá ao *iudex* o poder para condenar ou absolver o réu). Contudo, ressalva que "this does not mean that every formula must have all these parts, or that it may not have other parts, by way of addition. But the four mentioned are the regular parts of the formula".

<sup>63</sup> Sobre o ônus probatório na fase *apud iudicem* do processo formular, veja-se PUGLIESE, Giovanni. Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano *per formulas*. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova: CEDAM, 1958. v. III, p. 577-617.

<sup>64</sup> Tanto sobre o procedimento *in iure* do processo formular, é imprescindível a leitura de PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. Milano: Giuffrè, 1963. v. II: Il processo formular, p. 259 e segs.

<sup>65</sup> SURGIK, "Litiscontestatio"..., 154, a *litis contestatio* importa a consumação do direito deduzido na lide e a novação de tal direito em outro de obter, em caso de êxito do *iudicium*, a condenação do demandado na soma de dinheiro que constitui seu objeto. Por isto, depois da *litis contestatio*, o autor não pode mais repropor o mesmo direito.

<sup>66</sup> Caso a sentença proferida pelo *iudex* não fosse cumprida pelo devedor, era cabível, após trinta dias, a *actio iudicati*. Não consistia em uma execução, mas numa nova ação que tinha como pedido o cumprimento *obligatio iudicati*. Seguiam-se todas as etapas do procedimento formular supramencionado, ressalvada a restrição às possibilidades de defesa do devedor (*infinitatio*), por força da *res iudicata*, e a necessidade de oferecimento de uma caução para garantir o eventual cumprimento do julgado *a posteriori*. Caso fosse rejeitada a *infinitatio*, era o devedor condenado a pagar o dobro da quantia determinada na primeira sentença, salvo se não se depreendesse dolo em sua resistência. Os atos executivos recairiam, então, sobre a pessoa ou os bens do réu, e eram determinados pelo pretor, não pelo *iudex*. A fim de reprimir o inadimplemento, o pretor podia inclusive ordenar a *missio in bona rei servandae causa*, isto é, autorizar o credor a se imitar na posse da totalidade do patrimônio do devedor, para, depois, publicar os editais (*proscriptiones*) e vendê-los.

medidas incidentais, além de determinar, conforme o caso, alteração do *iudex* ou de uma das partes<sup>67</sup>.

Sem embargo, o fomento do papel do pretor no exercício da *iurisdictio* no período formular não se resumiu a tal. Ele incorporou uma novel e importantíssima competência, qual seja, a de produzir direitos. Ao assumir o cargo, o pretor publicava o seu programa (*edito*), por que revelava como atuaria durante aquele ano em que exerceria a pretoria, realizando autêntica atividade normativa<sup>68</sup>. Dessarte, embora sem derogar as regras do direito quirítário, os pretores passaram discricionariamente a prever direitos que não estavam previstos ou a modificar os já existentes no *ius quirítium*. Isso permitiu que os pretores, forte no seu poder de *imperium*, denegassem ações mesmo quando as tutelas jurídicas pretendidas estivessem insculpidas no direito quirítário ou, ao contrário, concedessem ações quando as pretensões não estivessem previstas no *ius civile*. Esse direito, produzido e elaborado pelo pretor, era chamado de *ius honorarium*.

O *ius honorarium* instituído com o escopo de corrigir iniquidades ou suprir lacunas do antigo direito quirítário não se cingia a tratar do direito subjetivo. Por meio dos editos, os pretores também passaram a determinar a praxe processual, promovendo modificações que considerassem necessárias ou oportunas<sup>69</sup>. São originárias do direito pretoriano, *v.g.*, a *editio actionis*, a *exceptio rei in iudicium deductae vel rei iudicatae*, a *actio in factum* e o *iudicium contrarium*. Toda essa atividade criadora do pretor prodigalizou flexibilidade para o sistema e uma evolução da técnica processual que erigiu o processo para outro patamar. Inclusive meios processuais complementares de tutela foram criados pelos pretores com o fito de suprir a lacuna existente a partir das novas exigências sociais advindas com o desenvolvimento de Roma, tais como as *stipulationes praetoriae*<sup>70</sup>, as *missiones in possessionem*<sup>71</sup>, os *interdicta* e as *restitutiones in integrum*.

<sup>67</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 108.

<sup>68</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 67-68, salienta que o valor do *ius edicendi* começa, à época do Império, a preocupar os príncipes, pois a estes interessava concentrar o direito em suas mãos; a atividade judiciária dos imperadores vai, assim, cada vez mais se intensificando, a ponto de intervirem eles diretamente na administração da justiça. Era natural, portanto, que não vissem com bons olhos a tarefa dos pretores no tocante à criação do direito; além disso enorme tornara-se o acervo de editos, não se apresentando fácil a sua utilização; urgia, pois, fossem os editos reunidos em uma única coletânea, de caráter definitivo. Na primeira metade do século II, o Imperador Adriano encarregou o juriconsulto Sálvio Juliano de codificar o edito do pretor. Então, chefe da escola dos sabinos adota e escolhe, para tal fim, as disposições que lhe pareceram corresponder às necessidades de seu tempo, rejeitando, por outro lado, aquelas que já haviam caído em desuso: o trabalho de composição e coordenação de todos os editos passados veio a se chamar, mais tarde, *Edito Perpétuo*. O que Adriano pretendeu foi dar ao edito de Sálvio Juliano o caráter de perpetuidade, e Código do Império; para tanto, foi o edito sancionado por um *senatus consultus*, que o tornou obrigatório nos tribunais.

<sup>69</sup> Sobre os editos dos pretores e o *ius honorarium*, veja-se COSTA, *Storia...*, p. 36-44.

<sup>70</sup> ARANGIO-RUIZ, *Las Acciones...*, p. 28-29, era um contrato formal, suscetível a toda a sorte de prestações, da qual se servia o pretor para instituir obrigações jurídicas em hipóteses em que elas não existiam, quando considerava uma situação digna de ser protegida. Assim, dois cidadãos romanos obrigavam-se voluntariamente entre si, perante o pretor, celebrando uma avença verbal.

<sup>71</sup> ARANGIO-RUIZ, *Las Acciones...*, p. 112, existia quando o pretor emitia um indivíduo na posse de uma coisa ou de um patrimônio pertencente a outra pessoa. Os romanos falavam de *missio in rem* quando se tratava de uma coisa determinada e de *missio in bona*, quando se tratava de todo o patrimônio. Na maioria das ocasiões a emissão na posse era uma sanção imposta à alguém que não tinha obedecido uma ordem expressa do magistrado.

Por oportuno, destacam-se os dois últimos. Os interditos consistiam em tutelas de natureza mandamental. Poderiam ser proibitório (proibição da prática de um ato), restitutivo (restituição de alguma coisa ou pessoa) ou exhibitório (exibição de alguma coisa ou pessoa). Realizada oralmente a *postulatio interdicti*, o próprio pretor examinava os fatos alegados e, de plano, mediante cognição sumária, julgava o pedido<sup>72</sup>. Caso denegasse o pedido (*denegatio interdicti*), a decisão era definitiva. A questão também restava encerrada quando fosse concedido o interdito (*editio interdicti*) e o mesmo fosse observado pelo réu. Porém, caso não houvesse o cumprimento da ordem, o autor deveria, amparado na decisão do pretor, reapresentar o seu pedido de interdito via processo *per formulas* ordinário, denominado *actio ex interdicto*. Assim, o *iudex* poderia revogar a ordem emanada anteriormente pelo pretor ou ratificá-la.

Já a *restitutio in integrum* consubstanciava-se em uma tutela de natureza preponderantemente desconstitutiva. Tinha o condão de anular atos ou negócios jurídicos, ou ainda sentenças notoriamente injustas, repondo às partes ao estado anterior, ainda que fossem válidos à luz do *ius civile*<sup>73</sup>. Eram pressupostos para a *restitutio in integrum* a existência de justa causa, a ocorrência de dano, a ausência de outro meio processual que pudesse tutelar os efeitos prejudiciais decorrentes do ato impugnado e a formulação do pedido no prazo de um ano. Caso acolhesse os argumentos deduzidos pelo interessado, o próprio pretor rescindia, mediante decreto, o ato impugnado (*iudicium rescindens*). Porém, caso a *restitutio in integrum* não fosse suficiente, sendo necessária decisão para redefinir aquela relação jurídica desconstituída, o processo ingressava em um novo estágio (*iudicium rescissorium*). Como de ordinário, era redigida uma fórmula, realizada a *litis contestatio* e encaminhadas as partes ao *iudex*<sup>74</sup>.

Curiosamente, a derrocada do sistema processual formular iniciou, ainda que timidamente, pelas mesmas leis que o oficializaram, as *lex Juliae*, promulgadas poucos anos após o início do principado (17 a.C.), quando os poderes se concentraram nas mãos do príncipe. Assim como oficializaram o processo formular, as Leis Júlias estabeleceram a *cognitio extraordinaria* do *princeps* ou de seus delegados. Cômico de que o processo constitui instrumento de poder, o gênio político Otaviano Augusto impôs

---

<sup>72</sup> Para a maioria da doutrina romanista, a concessão de interdito pelo pretor não compreendia jurisdição, por se constituir em uma ordem, portanto, ato de vontade, não um ato de inteligência, o que é criticado por Ovídio Baptista da Silva, que não aceita o pensamento de conceber a jurisdição como declaração de direitos, separando *judgmento* e *ordem* e reduzindo as ações às três espécies: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Sobre o conceito romano de jurisdição, veja-se SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 25-47.

<sup>73</sup> MEIRA, *Instituições...*, p. 732, o Edito do Pretor consignava oito hipóteses em que a *restitutio* poderia operar-se: 1) menoridade de 25 anos; 2) *metus*; 3) *dolus*; 4) *error*; 5) ausência *reipublicae causa*; 6) *capitis deminutio*; 7) *alienatio iudicii mutandi causa* (alienação dolosa com objetivo de alterar as condições da ação a intentar); a a 8) cláusula geral para os casos em que parecesse justa ao magistrado a restituição. Os principais casos em que o pretor poderia decretar a restituição por inteiro eram o do menor de 25 anos prejudicado por um negócio ruinoso; o do ausente que perdeu o direito de propriedade por usucapião; a *capitis deminutio* de devedor; e o ato jurídico praticado com erro, dolo, coação ou fraude a credores.

<sup>74</sup> Sobre a *restitutio in integrum*, veja-se COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença: gênese e genealogia*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25-81.

que determinadas causas tramitariam, do início ao fim, perante uma única autoridade estatal, ele próprio ou um delegado seu. Estava lançada a gênese de um novo sistema processual que, pouco a pouco, foi substituindo o processo formular até o governo de Diocleciano (285-305 d.C.), quando se extinguiu de vez o *ordo iudiciorum privatorum*. Era chegada a hora de um novo sistema que perduraria até os últimos dias do Império Romano no Ocidente<sup>75</sup>.

#### 4 PERÍODO DA *EXTRAORDINARIA COGNITIO*

No período do *cognitio extra ordinem*, que perdurou por mais de quinhentos anos, o processo civil romano experimentou inúmeras e substanciais transformações<sup>76</sup>. E o resultado dessa evolução foi um sistema processual altamente sofisticado, que serviu de modelo durante toda a Idade Média e, até hoje, permanece como referência para instituições processuais<sup>77</sup>. Certamente, a mais importante alteração havida entrementes foi a consagração da eliminação da bipartição de instâncias, concentrando na figura do pretor o poder de resolver os conflitos de interesses<sup>78</sup>. Com efeito, ele próprio passou, em uma fase una, a julgar o mérito dos litígios, ao invés de nomear um árbitro para fazê-lo<sup>79</sup>. Já suficientemente fortalecido, o Estado passou a impor aos particulares, autoritariamente, por meio do pretor, a sua solução para os conflitos, a despeito de qualquer submissão voluntária. Completava-se, dessarte, o ciclo histórico da transposição da justiça de privada para pública<sup>80</sup>.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, com a gradativa oficialização das instituições processuais em consequência da consolidação da *cognitio extraordinaria*, o magistrado, agora também juiz, passa a ser o titular do poder-dever de examinar as provas e proferir sentença, a qual, pela primeira vez na

<sup>75</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição "civil law"- "common law": apontamentos histórico-comparativos. Traduzido por Daniel Ustároz e Handel Martins Dias. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, 2005, n. 100 (edição histórica), p. 409-442, faz uma interessante comparação entre o processo romano clássico e os dos países de *common law*. Para ele, há mais afinidades com esses ordenamentos dos países da Europa continental e, em geral, do que nos países de *civil law*, dentre os quais estão compreendidos, por exemplo, todos os países da América Latina.

<sup>76</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, a involução do processo *per formulas* e a sua final absorção pelo novo procedimento determinaram uma ulterior difusão do termo *cognitio*, mas, ao mesmo tempo, uma desfiguração, pois resultou praticamente em sinônimo de *judicium* e de *causa* (p. 50). Ressalve-se que a utilização da expressão *cognitio extra ordinem* para classificar o processo civil romano nesse entretanto é apenas uma convenção da historiografia moderna em virtude da origem desse novo processo que se delineou a partir do principado, quando o *princeps* assumiu uma *cognitio extraordinaria* para determinadas causas. Com efeito, nada tinha de extraordinário a *cognitio* para o pretor. Ao contrário, a principal marca desse período foi justamente o fato de ter assumido a função jurisdicional.

<sup>77</sup> Sobre a introdução e desenvolvimento do processo da *cognitio extra ordinem*, veja-se COSTA, E., *Perfil histórico...*, p. 121-131.

<sup>78</sup> TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 155, a despeito da atribuição de funções delegadas aos seus subordinados, o imperador reservava para si a qualidade de único intérprete do direito e supremo magistrado em qualquer grau de jurisdição, e, portanto, legitimado a reexaminar toda e qualquer decisão judicial.

<sup>79</sup> CAPPELLETTI, *O processo civil...*, p. 419, em contrapartida, como consequência da centralização dos poderes nas mãos do príncipe, a função criadora do direito confiada aos *praetores* e aos seus *edicta* foi progressivamente restringida com a fusão do *ius praetorium* e do *ius civile*, e com a sobreposição a esses de um direito, por assim dizer, estatutário, de direta emanção imperial.

<sup>80</sup> Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...*, p. 23.

história do processo civil romano, não mais consistia num ato exclusivo do cidadão romano, não tinha caráter arbitral, mas, sim, consubstanciava-se numa atuação em que era exprimida a vontade do soberano (*ex auctoritate principis*). Mesmo ainda persistindo a possibilidade de o magistrado, num determinado caso, atribuir funções jurisdicionais a um juiz delegado (*iudex datus*), a investidura deste deixava de ser subordinada à vontade das partes, uma vez que decorria exclusivamente de ato da autoridade judicial. As vantagens do novo procedimento, a maior autoridade conferida ao juiz e o abandono dos resquícios de formalismo, determinaram a sua expansão, chegando, em pouco tempo, a ser aplicada tanto nas províncias quanto na metrópole<sup>81</sup>.

Após inúmeros aprimoramentos, o processo civil romano alcançou o seu clímax no século VI<sup>82</sup>. Positivado na codificação de Justiniano, é o resultado de séculos de evolução da experiência romana. Assim, o processo iniciava com o *libellus conventionis*, pelo qual o autor dirigia petição ao pretor, com várias cópias, expondo-lhe a pretensão e os seus fundamentos<sup>83</sup>. O autor ainda deveria prestar caução mediante depósito em dinheiro, a fim de garantir o pagamento das despesas do processo em caso de sucumbimento ou de contumácia<sup>84</sup>. A *postulatio* sofria um exame sumário pelo pretor, podendo ser denegada *in limine* caso a julgasse infundada (*denegatio actionis*). Superado esse juízo de admissibilidade prefacial, o pretor determinava a citação do réu, bem como a sua intimação para comparecer na data aprazada para a audiência. O réu tinha o prazo de vinte dias para responder a demanda por escrito (*libellus contradictionis*), bem como oferecer caução, comprometendo-se a acompanhar o feito e comparecer na audiência aprazada. Na audiência pública, definiam-se os temas da controvérsia (*litis contestatio*)<sup>85</sup> e, em seguida, era realizada a instrução pelos meios probatórios habituais (documentos, confissão testemunhas etc.)<sup>86</sup>.

Concluída a atividade instrutória, o pretor sentenciava observando as alegações das partes e a prova produzida nos autos, tendo, contudo, plena liberdade

---

<sup>81</sup> Cf. TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 140-141.

<sup>82</sup> Em LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – obra que reúne uma seleção de trabalhos e aulas desse célebre processualista gaúcho –, Galeno Lacerda refere, ao tratar do caráter instrumental do processo, que este sistema processual romano é um exemplo histórico, pois conseguiu conciliar a rapidez do método oral com um sadio anseio de justiça. Aduz que “outra coisa não fez a reforma dos processos austríaco e alemão, em fins do século dezoito, a qual reintroduziu no Ocidente, como o demonstrou Chiovenda, a sabedoria e eficiência dos princípios informadores da última fase do processo romano, forjada após onze séculos de contínua dedicação ao labor jurídico” (p. 18).

<sup>83</sup> Já no início do período da *cognitio extra ordinem* a citação passou a depender da autorização do pretor, perdendo, assim, a natureza puramente privatística (*evocatio*). Durante o dominato, por força de uma constituição de Constantino, a citação passou a ser efetivada pelo próprio pretor ou por um funcionário do tribunal (*litis denuntiatio*). Conseqüência dessa publicização foi a instituição da contumácia, tanto para o autor como para o réu, ressalvando-se que o pretor não ficava obrigado a acolher a demanda quando o réu não comparecia.

<sup>84</sup> O depósito poderia ser dispensado pelo pretor, bastando a “caução juratória”, em caso de idoneidade ou abastança do autor ou, ao contrário, de sua hipossuficiência.

<sup>85</sup> Não havia mais *litis contestatio* na forma como era conhecida, uma vez que as partes estavam agora autoritariamente submetidas à jurisdição do pretor. Contudo, como esclarecem TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 146, a locução *litis contestatio* continuou sendo empregada no âmbito da *cognitio* para designar o momento em que era fixado o *thema decidendum*, produzindo somente os efeitos de interromper a prescrição e de tornar hereditária uma *actio* acerca de direito indisponível.

<sup>86</sup> Sublinha CAPPELLETTI, *O processo...*, p. 419, que começaram a penetrar no sistema probatório do processo civil romano pós-clássico os primeiros sinais do método “numérico” e apriorístico de valoração das provas (acompanhado de uma progressiva desconfiança da prova testemunhal e da preferência pela prova escrita: método esse que alcançaria o seu máximo triunfo no processo medieval.

para aplicar o direito que considerasse cabível (*iura novit curia*)<sup>87</sup>. Provavelmente motivada, a sentença deveria ser escrita e prolatada em audiência pública, mediante leitura diante das partes. Era classificada como definitiva quando resolvia toda a controvérsia e interlocutória aquela decidia apenas questão preliminar. A parte inconformada com a justiça da decisão poderia requerer a sua revisão no prazo de dez dias por meio da *appellatio*<sup>88</sup>, que era julgada por um magistrado de instância superior, ou da *supplicatio*, caso a decisão fosse proferida pelo prefeito do pretório (*praefectus praetorio*)<sup>89</sup>. A organização judiciária delineou-se em uma estrutura complexa, integrada por inúmeros órgãos judiciários hierarquizados e de competências variadas<sup>90</sup>. Não sendo impugnada no prazo legal, a sentença adquiria a autoridade de coisa julgada e tornava-se passível de execução perante o mesmo pretor que havia decidido a causa.

## 5 CONCLUSÃO

Mesmo após a queda do Império Romano no Ocidente, a Europa Ocidental permaneceu sob sua subjugação por vários séculos<sup>91</sup>. Esse fato decorreu não apenas

---

<sup>87</sup> SURGIK, Aloísio. Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz no direito romano e na atualidade. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, 1996, n. 2, p. 454-465, comparando a cognição que era exercida pelo *iudex* com a do pretor no *ordo iudiciorum privatorum*, sustenta que um empobrecimento de poderes. Aduz que o pretor não podia, na valoração das provas aduzidas pelas partes, proceder com aquela mesma liberdade com que o *iudex* procedia no período precedente, em que intervinha com caráter arbitral (p. 456).

<sup>88</sup> Em princípio, era cabível apenas contra as sentenças definitivas, conquanto formalmente válidas. A suposta injustiça da decisão legitimava a *appellatio*, que poderia ser interposta oralmente, na própria audiência em que era proferida ou depois, ou ainda por petição escrita.

<sup>89</sup> José Rogério Cruz e Tucci ensina que a *supplicatio* consistia num meio extraordinário de impugnação da sentença definitiva inapelável do *praefectus praetorio*, cujo escopo era a obtenção de uma ordem imperial àquele alto funcionário para que procedesse ao reexame da controvérsia. Mesmo podendo ser equiparada, quanto ao aspecto funcional, à *appellatio*, dada a sua estrutura de todo anômala, a *supplicatio* tinha natureza de recurso processual extraordinário. Sobre a *supplicatio*, veja-se, por tantos, TUCCI, José Rogério Cruz. *Jurisdição e poder*. contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo, 1987, especialmente p. 58-81.

<sup>90</sup> Pela didática, transcreve-se a sistematização elaborada por ACCARIAS, *Précis...*, v. II, p. 667-668, quanto à organização judiciária no período do processo da *cognitio extra ordinem*: "Je rappellerai d'abord que Constantin divisa l'empire en quatre préfectures (Orient, Illyrie, Italie, Gaules), chaque préfecture en diocèse, et chaque diocèse en provinces, mais que Rome et Constantinople restèrent en dehors de ces deux subdivisions. Chaque préfecture eut à sa tête un préfet du prétoire, chaque diocèse un *vicarius* et chaque province un gouverneur. Ce gouverneur porte le nom générique de *rector provinciae*; selon son rang personnel ou l'importance de sa province, on l'appelle plus spécialement *proconsul*, *consularis*, *corrector* ou *praeses*. A Roma et à Constantinople, le magistrat principal fut le *Praefectus urbi* dont les attributions s'étaient développées aux dépens de celles des autres magistrats et en particulier fu Prêtreur. Ceci dit, il faut distinguer trois sortes de juges: 1<sup>o</sup>) les juges ou magistrats ordinaires – A Rome et à Constantinople, c'est le *Praefectus urbi* et le Prêtreur. Dans les provinces, c'est le gouverneur. 2<sup>o</sup>) Les juges supérieurs – Le plus haut placé est l'empereur. Au-dessous viennent les préfets du prétoire, puis les *vicarii*. Régulièrement les juges supérieurs ne connaissent que des appels. Mais, pour raisons particulières, ils peuvent évoquer une cause à leur tribunal et statuer même en premier ressort. Des préfets du prétoire on dit qu'ils jugent *vice sacra*, c'est-à-dire comme représentants du prince, ce que a pour signification pratique que leurs décisions n'admettent pas d'appel (L. 16, C. Th., *De app.*, XI, 30. – L. 19, C., *De app.* VII, 62). 3<sup>o</sup>) Les juges inférieurs – ici, en dehors des magistrats municipaux déjà signalés pour l'époque précédente, je dois mentionner les *defensores civitatis* et les *judices pedanei* (...)"

<sup>91</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 202-207, chama a atenção para o renascimento do direito romano no século XIII, influenciando de forma notável a quase totalidade dos sistemas jurídicos da Europa, mesmo o *common law* inglês e os direitos dos países de tendência comunista. Explica o historiador belga que o elemento comum foi a influência exercida pela ciência do direito elaborada nas universidades a partir do século XII. O ensino do direito era quase exclusivamente baseado no estudo do direito romano, mais especialmente da codificação da época de Justiniano, então batizado de *Corpus Iuris Civilis*. O sistema jurídico que elaboravam era teórico, erudito, muito mais próximo do direito romano do que dos direitos positivos locais de sua época. Esse direito erudito apresentava vantagens em relação às centenas ou milhares de direitos locais: era escrito; era comum a todos; era mais completo que os direitos locais; e era mais evoluído.

em razão do extenso tempo de imperialismo romano, mas pela sofisticação política, administrativa e jurídica atingida por aquela civilização romana. A codificação justinianéia amparou toda a evolução posterior dos direitos europeus, persistindo, até os dias de hoje, as marcas da obra de Justiniano nos códigos modernos. No âmbito processual, não é diferente. O processo civil romano auferido ao final do período da *cognitio extra ordinem* serviu de modelo para os sistemas processuais medievais e permanece como referencial dos sistemas contemporâneos. Toda essa excelência não se deu por acaso. Foi resultado de um longo e continuado tempo de experiências, repleto de marchas e contramarchas, dessa notável civilização. Uma das melhores maneiras de se constatar tal desenvolvimento do processo civil romano é, sem dúvida, por meio da análise da evolução dos poderes do pretor, que desvela, na verdade, a evolução do papel do próprio Estado na resolução dos conflitos de interesses.

No primeiro sistema, das ações da lei, a atuação do pretor era ínfima, praticamente se limitando a nomear o cidadão romano que julgaria a causa. Nessa época, a ação do pretor era destinada, principalmente, a impedir o turbamento da paz pública. A atuação do direito, e assim o escopo específico e típico do processo, era entregue à vontade privada das partes<sup>92</sup>. De todo o modo, já representava um avanço participar um agente do Estado da resolução de conflitos entre cidadãos romanos. Após o fim da República, no período formular, os poderes do pretor ampliaram-se em alguma medida, passando a redigir a fórmula junto com as partes e, assim, determinar os limites objetivos da controvérsia. Mas o mais importante nesse interregno foi a assunção do poder de criar direito por meio de seus editos. O pretor inclusive concebeu novos meios de tutela, dentre os quais se destacam os interditos e a *restitutio in integrum*. Em ambos os procedimentos, conformaram-se possibilidades de o próprio pretor julgar o pedido de per si, sem submetê-lo ao *iudex*. Estava se antecipando, assim, o derradeiro sistema processual romano, o da *cognitio extraordinaria*, no qual se eliminou a fase *apud iudicem* do procedimento. O pretor passou a conhecer do mérito dos litígios, completando o ciclo da transposição da justiça de privada para pública.

A construção lógica e sistemática do processo civil romano constituída no período da *cognitio extra ordinem*, bem como grande parte de sua apurada técnica processual, permanece viva até hoje. Elencar aqui exemplos de institutos presentes no direito processual civil brasileiro que têm origem no processo civil romano constituiria uma tarefa enfadonha e praticamente invencível<sup>93</sup>. Por isso, e em razão da imprescindibilidade do estudo histórico para uma compreensão mais aprofundada,

---

<sup>92</sup> Cf. OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 16.

<sup>93</sup> Por tantos, especialmente pela "modernidade", cita-se o exemplo consignado por MORAES, José Rubens de. Cumprimento de sentença e execução: uma breve abordagem histórica. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v. 345 (jul. 2006), p. 29-43, em uma análise do novo procedimento de cumprimento de sentença: a multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil. Assinala o ilustre professor José Rubens de Moraes que o antigo processo romano já conhecia similar concessão de dilação temporal para o oferecimento de pagamento voluntário (*tempus iudicati*).

sempre é tempo de se revisitar o processo romano, pois sempre é tempo de melhor conhecer nossas instituições processuais.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCARIAS, Calixte. *Précis de droit romain*. Paris: Pichon, 1886-1891. 2 v.

ALVES, José Carlos Moreira. As bases romanísticas do direito brasileiro. In: Tavares, Ana Lúcia de Lyra (org.). *Direito público romano e política*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 9-21.

\_\_\_\_\_. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I.

\_\_\_\_\_. Universidade, cultura e direito romano. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, Juríd Vellenich, 1994. v. 121, p. 9-28.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Las Acciones en el derecho privado romano*. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto romano*. Napoli: Jovene, 1952.

\_\_\_\_\_. *Storia del diritto romano*. Napoli: Jovene, 1968.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado: perfil histórico*. São Paulo: Resenha Universitária, 1980.

\_\_\_\_\_. História do direito, ciência e disciplina. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997. v. 92, p. 31-49.

\_\_\_\_\_. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *Iurisdictio praetoria: história do pretor das origens aos edito perpétuo*. 2008. 188p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição “civil law”- “common law”: apontamentos histórico-comparativos. Traduzido por Daniel Ustároz e Handel Martins Dias. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, 2005, n. 100 (edição histórica), p. 409-442.

\_\_\_\_\_. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Molino, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *De actione sacramento*. São Paulo: [s.n.], 1960.

\_\_\_\_\_. *De statu civitatis*: alguns aspectos da cidadania romana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

\_\_\_\_\_; CRETELA JÚNIOR, José. *Dicionário latino-português*. São Paulo: Anchieta, 1947.

\_\_\_\_\_. *De statu civitatis*: alguns aspectos da cidadania romana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

COSTA, Emilio. *Corso di storia del diritto romano: dalle origini alle compilazioni giustiniane*. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1901.

- \_\_\_\_\_. *Il diritto nei poeti di Roma*. Bologna: Ditta Nicola Zanichelli, 1898.
- \_\_\_\_\_. *Perfilho storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918.
- \_\_\_\_\_. *Storia del diritto romano pubblico*. Firenze: Barbéra, 1920. (Manuali Barbéra, v. VII).
- COSTA, Moacyr Lobo da. *Gaio: estudo biobibliográfico*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. *A revogação da sentença: gênese e genealogia*. São Paulo: Ícone, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I.
- ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*. Boston: Little Brown, 1927. (The continental legal history series, v. VII).
- FERRI, Enrico. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1986. v. 35.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas técnicas para o trabalho científico: explicitação das normas da ABNT*. 15. ed. Porto Alegre: s.n., 2009.
- GAIUS. *Institutas do jurisconsulto Gaio*. Tradução e J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- GRIMAL, Pierre. *Histoire de Rome*. Paris: Fayard, 2003.
- JELLINEK, Geog. *Teoría general del estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de Los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1954.
- LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 74-86, 1961.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Métodos em Direito, v. 1).
- KASER, Max. *Derecho romano privado*. Versión directa de la 5ª edición alemana por Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Reus, 1968.
- MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da realeza e da república. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 100, p. 3-19.
- MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do estado*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MEIRA, Sílvio A. B. *História e fontes do direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1966.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Max Limonad, 1971. 2 v.
- \_\_\_\_\_. *A lei das xii tábuas: fonte do direito público e privado*. Belém: [s.n.], 1956.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2003. t. I: O Estado e os sistemas constitucionais.
- MOMMSEN, Theodor. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Impulso, 1942.
- MORAES, José Rubens de. Cumprimento de sentença e execução: uma breve abordagem histórica. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v. 345 (jul. 2006), p. 29-43.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PILATI, José Isaac. Função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, Tribunal de Justiça, v. 106, p. 177-195, 2004/2005.
- PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. Roma: Ricerche, 1961-2. v. I: Le legis actiones.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Milano: Giuffrè, 1963. v. II: Il processo formulare.
- \_\_\_\_\_. Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano per formulas. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova: CEDAM, 1958. v. III, p. 577-617.
- SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português*. Rio de Janeiro: Garnier, 1927.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SURGIK, Aloísio. Anotações histórico-críticas em torno do binômio direito público-direito privado. In: *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*, São Paulo: Saraiva, 1982. p. 23-42.
- \_\_\_\_\_. Da iniciativa das provas e dos poderes do juiz no direito romano e na atualidade. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, 1996, n. 2, p. 454-465.
- \_\_\_\_\_. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990.
- \_\_\_\_\_. "Litiscontestatio". *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, 2001, n. 19, p. 153-157.
- TUCCI, José Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo, 1987.
- \_\_\_\_\_; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

**Recebido em 29/06/2011**  
**Parecer em 11/10/2011**  
**Aceito em 20/10/2011**