Alienação da *ACTIO* em relação ao indivíduo no direito Romano

Renato Sedano Onofri¹

Recebido em: 06/04/2013. Aprovado em: 22/05/2013. Disponibilizado em: 26/06/2013

1. Renato Sedano Onofre compõe o quadro de Professores do Curso de Direito da FICS – Faculdades integradas Campos Salles. É pesquisador da Oficina de artigos da instituição.

Resumo

O presente artigo tem como finalidade promover a discussão a respeito do desenvolvimento do conceito de *actio* ao longo da história do processo civil romano. Longe de ser um assunto de relicário, o estudo da *actio* romana permite a reflexão sobre o moderno conceito de ação, cuja formulação permite entrever não apenas a concepção que se tem de processo, mas também das relações entre Estado e indivíduo.

Palavras-chave: Desenvolvimento, *actio*; processo civil romano

Abstract

This article intends to discuss the development of the concept of actio throughout the history of the Roman Law. Far from being a research concerning only a relic of the past, the study on actio enables to reflect about the contemporary concept of action, whose statement allows comprehending not only the idea about the legal process, but also the idea that one has about the relations between State and individual.

Keywords: Development, *actio*, Roman law.

Introdução

Todos são iguais perante a lei, prescreve a Constituição Federal. Essa afirmação tem como base o Princípio da Isonomia, entende-se que esse princípio não se restringe a equiparar os cidadãos diante da norma posta, mas principalmente que a própria lei não pode ser elaborada em desconformidade com a isonomia. (MELLO, 2010, p. 9)

A *actio* no direito romano figura como um tema clássico para o estudioso, pelo menos desde a célebre polêmica entre Bernard Windscheid e Theodor Muther, em meados do século XIX¹.

Não obstante a vasta bibliografia que se produziu em torno do problema, não deixa de ser um desafio para o pesquisador enfrentar a questão. Contudo, a importância da *actio*, para a teorização do direito processual e suas implicações no âmbito do direito material, justificam o seu estudo, a despeito de, contemporaneamente, haver resistência quanto a se colocar em discussão o conceito de ação.

A leitura da monografia de Bernard Windscheid² causa certa angústia ao pesquisador, pois o autor procura aproximar a figura da *actio* romana ao da moderna *pretensão*. Parece-nos uma aproximação duvidosa, já que, pelo que entendemos ser a *actio*, contém ela algo de material (*agere*), enquanto que a *pretensão*, em termos

modernos, é um poder jurídico (poder de exigir) que, embora tenha um dado material, já que seu exercício se passa no plano fático, encontra sua fenomenologia eficaz no plano eidético³.

Mas, essa angústia inicial converteu-se em indagação: corresponderia a *actio* romana a alguma figura dogmática moderna? Haveria no direito subjetivo, na ação processual, ou naquela ação, dita material, do art. 75 do nosso revogado Código Civil, correspondência possível com o conceito (ou conceitos) de *actio* em direito romano? Cremos que tal indagação não pode ser respondida sem que se passe pela discussão que se travou e, de certa forma, ainda se trava entre *abstrativismo* e *concretismo*, o que certamente estaria fora dos propósitos do presente trabalho.

Contudo, pareceu-nos útil proceder a uma investigação que seria preliminar àquela indicada no parágrafo imediatamente acima. Como teria sido o desenvolvimento da *actio* no âmbito do próprio direito romano? Tanto quanto não se pode estudar o processo civil romano de modo uniforme, pelas variações que ao longo da história lhe foram imprimidas, igualmente, não pode a *actio* ser tratada de forma unitária ao longo de todo desenvolvimento do processo romano. Ou, pelo menos, não é possível admitir que tenha tido o mesmo tratamento ao longo dos dois períodos que compõem o *ordo priuatorum iudiciorum* e o período da *extraordinária cognitio*.

Temos em mente, ao propor uma investigação nos termos sugeridos acima, aquilo que é apontado por Giovanni Pugliese, em sua obra *Actio e Diritto*

¹ Para manuseio dos textos da polêmica foi utilizado o volume organizado Giovanni Pugliese, que reúne todos os textos de Windscheid e Muther em tradução para o italiano (PUGLIESE, Giovanni. *Polemica intorno all'actio*, Firenze: Sansoni, 1954).

² WINDSCHEID, Bernard. *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf: Verlag von J. Buddeus, 1856 (trad. It. Ernest Heinitz e Giovanni Pugliese, in *Polemica intorno all'actio*, Firenze: Sansoni, 1954).

³ Pontes de Miranda definiu a *pretensão* como “posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. tomo V. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974, pág. 451).

*Subietivo*⁴, como processo de *abstração* da *actio*⁵. Para o autor, a multiplicação das acepções de *actio*, se deveu a um processo de abstração, que pode ser sintetizado em quatro momentos: 1) ato material (entendido como exercício privado e violento das próprias razões; 2) ato material reconhecido juridicamente ou, pelo menos, reconhecido socialmente – portanto, defesa privada regulada em suas formas exteriores); 3) tipo de procedimento ou esquema processual (meio para o *agere* – formula); 4) poder de agir, seja exercitando a autodefesa, seja utilizando-se de um esquema processual pré-definido.

É notório, portanto, que o desenvolvimento de Roma, avançando de uma *ciuitas* para um império verdadeiramente centralizado política e juridicamente, ocorreu também no sentido de subtrair do indivíduo o poder de agir por si mesmo para tornar efetivo o seu direito, ou seja, de subtrair do indivíduo o exercício da *actio*⁶.

⁴PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subietivo*. Milano: Giuffrè, 1939.

⁵Idem, Ibidem, pág. 19, nota de rodapé n. 02.

⁶Ao que nos parece, por ocorrer, verdadeiramente, uma subtração ao indivíduo do poder de exercitar por si mesmo a *actio*, agindo, ao invés, a *ciuitas* romana em seu lugar a partir do impulso privado, talvez seja mais apropriado chamar o desenvolvimento a que Pugliese nomeia *abstração* de processo de *alienação* em relação à *actio*. Isso porque cremos – e as fontes o revelam – que, muito embora o indivíduo não pudesse mais exercer por si mesmo os atos necessário para tornar efetivo o seu direito, a titularidade da *actio* nunca deixou de estar em sua esfera jurídica. Por essa razão, preferiremos utilizar o termo *alienação* da *actio* em relação ao indivíduo, e não *abstração*. *Alienação* tem aqui o sentido de a *ciuitas* interferir, por meio da administração da justiça, de modo a evitar o exercício privado da violência, exercício que de pouco em pouco, foi sendo concentrado nas mãos de um poder central, em nome de um interesse público.

Talvez seja possível vislumbrar uma demonstração de que a *actio* permanecia sob titularidade privada por meio de algumas passagens do Digesto em que,

Ao que parece, a *actio*, ao longo do apontado desenvolvimento, não deixou de ser uma posição jurídica atinente à esfera jurídica do titular privado. Não passou a *actio* de um poder privado para um poder público. Ocorreu que o poder central romano gradualmente substituiu, por meio do aparelhamento da *ciuitas*, o indivíduo no seu exercício.

O trabalho procurará demonstrar, por meio da análise das fontes, o *iter* histórico por que ocorreu a referida alienação. Dividiremos a exposição em quatro partes, sendo a primeira delas dedicada a uma breve nota sobre o conceito de *actio*; a segunda, ao primeiro período do *ordo priuatorum iudiciorum*, qual seja o das *legis actiones*; na terceira parte trataremos do processo formulário; e, finalmente, na quarta parte, debruçaremos sobre a *extraordinaria cognitio*.

Ao longo da exposição, dedicaremos especial atenção aos meios de execução de sentença, pois parece ser esse campo o mais

excepcionalmente, o próprio indivíduo poderia utilizar-se de seus meios para defesa de seus interesses. Veja-se, por exemplo, D. 47, 8, 2, 1; nesse passo, Ulpiano, comentando o Edito, afirma que o pretor teria concedido ação pública àquele que provasse ter sido vítima de violência. Contudo, continua ele, ainda que se cause prejuízo à ação da *Lex Iulia de vi priuata*, não se pode denegar ação a quem tenha elegido a persecução privada. Vemos, portanto, um caso excepcional, admitido ainda no direito justinianeu, de utilização da força privada para persecução do próprio interesse, a despeito da existência de uma ação a ser concedida pelo poder público. Tem-se um exemplo de situação em que o regramento processual deixou uma abertura para o exercício particular, muito embora possa a vítima de violência optar pelo *agir* publicamente. O impedimento de agir privadamente que foi gradualmente sendo imposto ao indivíduo, conforme pretendemos demonstrar, torna o exercício privado da *actio* mera concessão, permissão da *ciuitas* ou do Império. Está o indivíduo, portanto, *alienado* em relação ao exercício da *actio*. Essa, por sua vez, enquanto posição jurídica que não deixa de estar sob sua titularidade.

fértil ao estudo da invasão da *ciuitas* sobre o *agere* privado.

1. Consideração preliminar: breve nota sobre o conceito de ACTIO.

Encontra-se, nas fontes de direito romano, uma única definição do termo *actio*, extraída dos escritos de Celso e reproduzida nas *Institutas* de Justiniano (I.4, 6) e no *Digesto* (D.44, 7, 51): “*Nibil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi*”⁷.

Parece-nos, contudo, como já acenado na introdução, que tal definição não pode ser acolhida sem reservas para qualquer período do direito romano de que se trate. É uma definição adequada para o estágio mais avançado do direito, em que já havia se estruturado o império, centralizando-se o poder de prestação jurisdicional nas mãos da *ciuitas* e, porque não dizer, do Estado.

Para períodos anteriores a esse, que coincide, grosso modo, com a instauração da *extraordinária cognitio*, soa inapropriado definir *actio* como *ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi*. A maioria dos estudiosos atesta a autenticidade do passo de Celso. Contudo, entendemos que tal autenticidade não interfira na inadequação da definição aos estágios mais primitivos do direito romano.

Tal inadequação parece emergir da expressão *iudicio persequendi*. Perseguir algo em juízo supõe uma organização estatal e judiciária avançadas, o que não é o caso dos primeiros graus de desenvolvimento do direito na Roma antiga. Pode-se apontar, com Giuseppe Provera, que por tempos a afirmação da *ciuitas* como organização soberana não teve sensível influência sobre a

vida e sobre o modo de ser dos grupos menores, que a essa (*ciuitas*) preexistiam⁸.

Resistiu por um longo período de tempo no processo civil romano, em seu tipo genuíno, o caráter voluntário e privado, desde o início do procedimento até a execução; passaram-se mil anos, talvez mais, de evolução, para que o processo ficasse totalmente nas mãos da autoridade pública e do magistrado⁹.

Desse modo, embora houvesse uma organização social maior, que, em tese, se sobrepunha às tribos e famílias, a forma de vida e a experiência jurídica continuaram, por muito, vinculadas à estrutura familiar, calcada no poder do *paterfamilias*. Em verdade, tudo gravitava em torno dessa figura, por relação de *pertinência* a ele. É possível falar em *pertinência* tanto em relação a pessoas (filhos, mulher, escravos), quanto em relação a coisas¹⁰.

Fala-se, para ilustrar a relação de *pertinência* ao *paterfamilias* nesse estágio primitivo de desenvolvimento do direito romano, na noção do “*meu*”. A noção de “*meu*” fornecia à mentalidade primitiva um elementar instrumento conceitual, idôneo a expressar em sua essência o significado normativo da estrutura familiar¹¹.

Ora, nesse primeiro momento, em que não se pode falar ainda de uma organização soberana da *ciuitas* sobrepondo-se às organizações privadas, é difícil que se possa

⁷O trecho pode ser traduzido como: “Ação nada mais é do que o direito de se perseguir em juízo aquilo que lhe é devido”.

⁸PROVERA, Giuseppe. Diritto e azione nell’esperienza giuridica romana, in Studi in onore di Arnaldo Biscardi, vol. IV, Milano: Cisalpino, 1983 (agora in PROVERA, Giuseppe. Scritti giuridici - Collana della Rivista di Diritto Romano, disponível em <<http://www.ledonline.it/revistadirittoromano/scritti-provera.html>>. Acesso em 12 de junho de 2009).

⁹BONFANTE, Pietro. Diritto romano, Firenze: Fratelli Cammelli, 1900, pág. 486.

¹⁰PROVERA, Giuseppe, *op. cit.* (nota 8), pág. 02.

¹¹Idem, *Ibidem*, pág. 03.

adequar o conceito de *actio* atribuído a Celso. Nesse contexto, como indica Volterra, *actio* está mais relacionada com o estado de coisas em que o indivíduo ofendido atuava diretamente contra aquele que tinha lhe causado uma lesão física ou patrimonial¹².

Com o avançar dos tempos, passa a *ciuitas* a limitar e regular as reações privadas; posteriormente, passa a autorizar a reação privada; avançando-se um pouco mais, passa-se a um estágio evolutivo em que a *ciuitas* passa a executar, por meio de seus órgãos, a aplicação das sanções, reservando-se o poder de decidir previamente sobre a titularidade dos direitos subjetivos e sobre sua violação¹³. Apenas nesse último estágio de evolução apontado por Volterra é que se pode definir, satisfatoriamente, *actio* como *ius iudicio persequendi*.

Esse desenrolar histórico, que foi gradualmente substituindo o exercício privado da *actio* pela mera iniciativa da parte para que a *ciuitas* pusesse em movimento seus órgãos para tornar efetivo o direito do indivíduo, implica na relatividade do próprio conceito de *actio*, de modo similar àquele enunciado por Calamandrei, em seu precioso artigo *La relatività del concetto d'azione*¹⁴.

É evidente que o contexto trabalhado por Calamandrei em seu escrito é completamente diverso daquele que aqui tratamos. Não obstante, cremos que a preocupação do autor com a relatividade conceitual de ação pode servir para entender, também, a relatividade do conceito de *actio*¹⁵.

A questão que é, no fundo, tratada pelo autor, é aquela da relação entre indivíduo e Estado. As diversas noções do que seja ação encontram suas justificações históricas no momento presente, no quanto cada uma delas deve ser entendida como correspondente a uma entre as diversas concepções (poder-se-ia dizer, também, entre os diversos graus de maturação) das relações entre indivíduo e Estado. Cada teoria não pode ser dita em si como absolutamente verdadeira, nem como

cujo núcleo central é se o processo é um serviço posto pelo Estado a serviço do indivíduo, para que esse possa fazer atuar seu direito subjetivo, ou se é um serviço prestado pelo indivíduo ao Estado, aquele fornecendo a esse a ocasião para fazer atuar o direito objetivo. Tendo em vista a relatividade do conceito de ação, o autor analisa diferentes acepções do termo, contrapondo duas delas: a teoria do *Rechtsschutzanspruch* e a do direito abstrato de agir. A primeira corrente concebe a ação como um direito subjetivo dirigido contra o Estado, não para se alcançar imediatamente o adimplemento do devedor, mas para uma prestação diversa: a tutela jurisdicional. A relação não se passa, portanto, entre dois indivíduos, mas entre indivíduo e Estado; o Estado está, aqui, como sujeito passivo, “devedor” de certa conduta. É uma teoria, portanto, de índole extremamente privatista. A segunda corrente, a do direito abstrato de agir, é expressão típica da concepção autoritária da justiça civil. Há uma total dissolução do direito individual no interesse público. O interesse que move a ação concebida em sentido abstrato não deriva da posição individual que o autor se encontra em certa relação de direito material, acerca de que poderia esperar um provimento favorável a si, mas se confunde com aquele interesse genérico e, poder-se-ia dizer, “desinteressado”, que todo indivíduo tem pelo funcionamento da justiça. Tal interesse não é outro que o do Estado à atuação do direito objetivo. Tem-se, aqui teoria de índole bastante publicística, que aproxima, inclusive, a jurisdição civil da jurisdição penal. Tomando as duas correntes opostas a que acima aludimos como pontos por que passa uma curva ideal, ter-se-ia no vértice a teoria de Chiovenda, vista por Calamandrei como perfeito meio-termo entre os dois extremos. Chiovenda concebe a ação como direito potestativo, não havendo prevalência entre interesse público e privado, mas coordenação harmônica dos dois.

¹²VOLTERRA, Edoardo. *Instituciones de derecho privado romano* (trad. esp. Jesús Daza Martínez). Madrid: Civitas, 1986, pág. 217.

¹³Idem, *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁴CALAMANDREI, P. *La relatività del concetto d'azione*, in *Opere Giuridiche*, vol.I. Napoli: Morano, 1965.

¹⁵Calamandrei trata da polêmica entre a orientação publicística e a orientação privatista do processo,

absolutamente falsa, porque serve a colher de seu ponto de vista uma diversa parcela de verdade, e a “fazer brilhar um instante, antes que seja superada, uma das inúmeras facetas daquele metal ainda em fusão que se põe para compor a armadura do Estado¹⁶”.

Ora, também ao longo da evolução do direito romano, pode-se falar em diferentes concepções de relação entre o indivíduo e uma esfera de poder que se coloca acima dele. Não cremos ser apropriado falar em “Estado romano”, nos moldes em que se concebe Estado hodiernamente; mas já em Roma a tensão entre indivíduo e *ciuitas*, nos moldes em que hoje encontramos o conflito entre Estado e indivíduo, pode ser detectado.

Ao longo de toda a história de Roma, fez-se sentir diferentes soluções para tal tensão, o que tem reflexo no processo civil e, do mesmo modo, no conceito de *actio*. Se, num primeiro momento, *actio* (*agere*) “corresponde ao uso da própria força para recuperar ou para obter alguma coisa de outrem¹⁷”, prevalecendo, assim, o caráter privado do processo e do próprio direito romano, posteriormente chegou-se à concepção de Celso, no sentido de que *actio* nada mais seria que o poder de colocar em movimento a burocracia da administração da justiça para que a própria *ciuitas* (ou o império) realizasse os atos necessários para a consecução do bem da vida para o autor.

Houve, portanto, uma contínua publicização do processo, com a *ciuitas* progressivamente invadindo a esfera privada, revelando, nas palavras de Pietro Bonfante, uma insensível transformação da função de pacificação social em função de justiça, de intervenção quase mecânica e indiferente do

Estado em atividade administrativa para fins éticos¹⁸.

Nessa medida, portanto, consideramos serem aplicáveis às palavras de Calamandrei em relação à evolução do processo civil romano: não há possibilidade de se tomar como universalmente verdadeiro o conceito de Celso, conforme exposto no Digesto, uma vez que ele adere a uma determinada concepção de processo e de equilíbrio entre indivíduo e poder público que não permaneceu o mesmo no devir histórico de Roma.

Correspondem às diferentes situações de equilíbrio e a um constante aparelhamento da *ciuitas* frente ao indivíduo as três fases em que se costuma dividir o estudo do processo civil romano: as duas que compõem o *ordo priuatorum iudiciorum* (*legis actiones* e o processo formulário) e a *extraordinária cognitio*.

Do mesmo modo, corresponde a essa progressiva invasão da *ciuitas* sobre o privado aquele processo de alienação (ou *abstração*) da *actio* a que aludimos acima, com Giovanni Pugliese.

Tentaremos, daqui para frente, demonstrar, de maneira breve, de que forma ocorreu tal alienação, procurando nas fontes as evidências que denotam como o aparelhamento burocrático de Roma foi retirando do indivíduo a seu poder de agir por si mesmo.

2. O período das *legis actiones*: reminiscências da justiça estritamente privada.

2.1. Caráter geral do período.

Vicenzo Arangio-Ruiz aponta que a mais antiga forma de processo em Roma

¹⁶CALAMANDREI, Piero, *op. cit.*, pág. 431.

¹⁷TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: RT, 2001, pág. 46.

¹⁸BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 488.

está ligada à atuação das partes, enquanto defesa privada dos próprios direitos. Tal caráter manifesta-se, ainda, no período das *legis actiones*: a derivação do nome *agere* e a sua aplicação exclusiva à atividade das partes, enquanto dá ideia da máxima relevância de tal atividade no conduzir do processo, remete o pensamento a uma época primordial, em que, não intervindo ainda a cidade na decisão das controvérsias, essas encontram as suas resoluções na defesa privada¹⁹.

As *actiones* precedem, portanto, a qualquer lei; a Lei das XII Tábuas e as leis que a ela se seguiram estabeleceram formulas e as *actiones* mudaram de caráter, de modo que se passou a chamar *legis actiones* para diferenciá-las das mais antigas²⁰. Assim, esse antigo processo romano está ligado à declaração formal e solene do próprio direito.

Nesse período, a função do poder público é ainda muito limitada; o magistrado não julga, embora as partes lhe apresentem a controvérsia. Isso ocorria devido à bipartição de instâncias: a controvérsia era apresentada ao magistrado (instância *in iure*), mas o julgamento final era realizado pelo *iudex*, indivíduo escolhido ou, pelo menos, aceito pelas partes²¹.

¹⁹ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituzioni di diritto romano**. 11ª ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1952, pág. 110.

²⁰Idem, Ibidem, *loc. cit.*

²¹Todavia, cumpre observar, conforme aponta Silvio Meira, que a bipartição de instâncias (*in iure* e *apud iudicem*) no processo civil romano só teria ocorrido com a instalação da República. Quer dizer, nem sempre, ao longo da existência do sistema das *legis actiones*, houve o julgamento privado pelo *iudex*. Apoiando-se no passo de Pompônio (D. 1, 2, 2, 14) e na República de Cícero, o autor afirma que, até a República, o poder de julgar concentrava-se todo na mãos do *rex*. Apenas com a rebelião comandada por Júnio Bruto, a adoção do novo regime e o desdobramento do poder entre dois cônsules, é que teria passado a existir a bipartição

As *Institutas* de Gaio testemunham o caráter imutável e rigidamente formal das ações da lei, por meio do anedótico caso do autor que haveria perdido a ação por ter mencionado a palavra *videiras*, agindo em caso de videiras cortadas, enquanto que a Lei das XII Tábuas falava de árvores cortadas em geral²²; ao contrário do período posterior, qual seja, o do processo formulário, as ações da lei eram escassas e marcadas pela tipicidade²³. Não passavam de cinco: *sacramentum*, *iudicis postulatio*, *condictio*, *manus iniectio* e *pignoris capio*.

Conforme já salientado, no período das *legis actiones* a função do magistrado era pequena, ressaltando-se a “vivíssima atividade das partes e a função passiva do magistrado, cuja atuação se limitava a impedir as vias de fato²⁴”.

Contudo, já neste período não se trata mais de atuação do direito pelo mero exercício da defesa privada; já é possível encontrar evidências que anunciam a invasão da *ciuitas* no processo privado. O próprio regramento das ações, no intento de limitar a atividade dos indivíduos, é uma demonstração da maior participação do poder público na resolução de controvérsias;

(MEIRA, Silvio A.B. Processo civil romano. 2ª ed. Belém: Falanzola, 1962, pág. 12).

Isso, em certa medida, confirma as palavras de Pietro Bonfante, no sentido de que, desde o início, poderia ter a *ciuitas* se arrogado toda a função jurisdicional, mas que, a certa altura da história, teria aberto mão de parcela de tal função, pois tinha em vista não a administração da justiça, como ocorreria posteriormente, mas sim o ideal de pacificação social. Seus órgãos não intervinham, exceto quando fosse necessário para salvaguardar a paz pública (BONFANTE, *op. cit.*, pág. 487).

²²Para o manuseio das *Institutas* de Gaio, utilizamos a tradução efetuada por CORREA, Alexandre; CASTRO CORREA, Alexandre Augusto; SCIASCIA, Gaetano. Manual de direito romano, vol. II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

²³TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 53.

²⁴BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 490.

é possível apontar, também, a criação de alguns colegiados com função judicante, com competência limitada a algumas poucas matérias: é o caso do tribunal dos *centumviri* que, aparentemente, foram introduzidos depois da elevação das tribos a 35 (trinta e cinco), aproximadamente em 241 a.C.; e os *decenviri litibus iudicantes*²⁵.

É incerta a competência dos *centumviri*, mas há indícios, não obstante um obscuro texto de Cícero, que a eles foram atribuídas pela Lei Glicia apenas as controvérsias em matéria de hereditariedade; os *decenviri* julgavam controvérsias em matéria de liberdade²⁶.

Todavia, a despeito desses pontos de invasão da *ciuitas*, prevalecia, de um modo geral, o caráter privado do processo, tanto que o procedimento executivo da sentença era, ainda, inteiramente privado. Servia a operar a execução a *legis actio per manus iniectioem*.

2.2.A *manus iniectio* e os vestígios do primitivo agere.

Para o estudo da alienação da *actio* em relação ao indivíduo e a cada vez maior invasão da *ciuitas* no processo civil, será de grande valia o estudo das diferentes modalidades de execução que surgiram ao longo do direito romano. Assim, terão especial atenção a *manus iniectio*, a *actio iudicati*, e a execução no processo *extra ordine*.

Arangio-Ruiz aponta que, talvez, fosse a *manus iniectio* a mais antiga entre as *legis actiones*. Para o autor, a própria *manus iniectio* e a *sacramentum in rem*, sendo as duas ações da lei mais antigas, nada mais representam que

a *formalização* ou a *estilização* das condutas elementares de defesa do próprio direito²⁷.

No mesmo sentido, Pietro Bonfante, para quem a *manus iniectio* e a *pignoris capio* representam, provavelmente, os institutos antigos, que remontam, ainda, ao período da defesa privada, mas que no período civil permaneceram, apenas, como procedimento executivo²⁸.

A descrição do procedimento dessa ação da lei está em Gaio, I. 4, 21. “O autor dizia: “VISTO NÃO ME HAVERES PAGO OS DEZ MIL SESTÉRCIOS, A QUE FOSTE CONDENADO A PAGAR-ME, EU LANÇO A MÃO SOBRE TI, POR CAUSA DOS DEZ MIL SESTÉRCIOS; ao mesmo tempo pegava uma parte qualquer do corpo do devedor. Nem era permitido ao condenado repelir a mão que o prendia e agir pessoalmente; mas nomeava um representando (*uindex*), para agir por ele; quem não tivesse representante era levado à

²⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *op. cit.*, pág. 111.

²⁸ BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 489. Cumpre esclarecer, antes de prosseguir, que a despeito de os autores indicados darem notícias de outras ações, como a *pignoris capio* ou a *sacramentum in rem*, enquanto exemplos de reminiscências da antiga defesa privada, optamos por apresentar apenas a *manus iniectio*, por entender que a sua transmutação em *actio iudicati*, no período do processo formulário, é demonstrativo da forma com que a atuação das partes foi sendo tolhida e substituída pela atuação da *ciuitas*, de acordo com o processo de alienação da *actio* acima indicado. Apenas para adiantar ao leitor o que queremos demonstrar, revela-se na *actio iudicati* uma atividade das partes mais limitada em relação à *manus iniectio*, em que os atos executivos, como o aprisionamento do devedor, o ato de matá-lo ou vendê-lo, ficavam sempre a cargo do autor. Na *actio iudicati*, o aprisionamento do devedor continuava a cargo do autor, mas, por efeito da *Lex Poetelia*, o vencedor não mais poderia matar ou vender o devedor. Para nós, essa é uma clara demonstração da diminuição da possibilidade de por independentemente do poder público no processo formular.

²⁵ Idem, Ibidem, pág. 491.

²⁶ Idem, Ibidem, págs. 491-492.

casa do autor e posto a ferros²⁹”. Gaio informa (I. 4, 23), ainda, que certas leis, como a Fúria testamentária, estabeleceram a utilização da *manus iniectio* pura, ou seja, que não se baseava em um julgamento precedente.

Também a Lei das XII Tábuas (tábua III) fornece importante subsídio para o estudo do procedimento de execução no período das *legis actiones*. Estabelece a tábua terceira, n.4, que aquele que confessa a dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 (trinta) dias para pagar; esgotados os 30 (trinta) dias e não tendo pagado, que seja agarrado e levado à presença do magistrado³⁰.

Estabelece o n. 6 que, não sendo paga a dívida, nem se apresentando fiador, o devedor deveria ser levado pelo credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 (quinze) libras; ou menos, se assim o quisesse o credor.

Não havendo o acordo, ficaria o devedor preso por 60 (sessenta) dias, durante os quais seria conduzido em 3 (três) dias de feira ao *comitium*, onde se proclamasse em altas vozes o valor da dívida (n. 8). Costumava-se apontar que esse procedimento tinha por finalidade verificar se haveria pessoa disposta a socorrer o devedor, evitando o passo seguinte da execução: após o terceiro dia de feira, era permitido aos credores (havendo, portanto, mais de um), dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos fossem, não importando cortar mais ou menos³¹; se

os credores preferissem, poderiam vender o devedor a um estrangeiro, além do rio Tíbre (n. 9).

O estudo do procedimento executório acima revela um processo eivado, ainda, de traços típicos da defesa privada, que se mostram, especialmente, na demonstração de força física de que parte a *manus iniectio*: o lançar mão sobre o qualquer parte do corpo da vítima é uma “manifestação externa de força física, autorizada e legítima”, que “constituía, por certo, um vestígio característico da vingança privada que desaparecera há não muito tempo³²”.

Chamam a atenção dois aspectos: a) a demonstração de força, manifestação característica da vingança privada, denota uma concepção de *actio* ainda muito permeada pela ideia de *agere*, no sentido de realização de atos materiais por parte do autor para fazer efetivo o seu direito. O ato de segurar o demandado por qualquer parte do corpo mantê-lo preso como escravo, sustentado por seus próprios meios ou pelo credor, e o próprio esartejamento do devedor são dados que demonstram a violência do procedimento, ainda muito ligado ao período primitivo, mas agora já

XII Tábuas. Indica o autor que Franciosi (Pates secanto tra magia e diritto, in Labeo, vol. 24, 1978, págs. 263-275) aduz ser o procedimento um ritual mágico que se destinava a promover a fertilidade nos campos dos credores, sepultando-se neles as partes esartejadas da vítima; indica, também, Cannata (Tertiis nundinis partis secanto, in Studi in onore di Arnaldo Biscardi, vol. IV, págs. 59 e 71), para quem o preceito das XII tábuas dizia respeito à execução da pena de talião; por fim, Guarino (*Iusculum Iuris*) aponta a existência da tese segundo a qual *pars*, no texto da Lei decenviral, significava *pars uirilil*, tendo assim o credor único o direito de castrar o devedor publicamente por esbirros, o que explicaria o plural *secanto* (cfr. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**, vol. I. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág 203, nota de rodapé n. 65).

³²TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 69.

²⁹Tradução conforme CORREA, Alexandre; CASTRO CORREA, Alexandre Augusto; SCIASCIA, Gaetano, *op. cit.*, pág. 231.

³⁰Para o manuseio da Lei das XII Tábuas, utilizamo-nos da tradução realizada por MEIRA, Silvio A.B. A lei das XII tábuas: fonte do direito público e privado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

³¹José Carlos Moreira Alves indica algumas possíveis interpretações para o trecho da Lei das

regulado pela *ciuitas*; b), além disso, é notório que quase todos os atos do procedimento de execução da *manus iniectio* são realizados pelo próprio credor. A atuação desse não se limita da pleitear perante a *ciuitas* a prestação jurisdicional; pelo contrário, o autor é quem impulsiona o processo, assistido pela *ciuitas*, o que é também visível por meio da *in ius vocatio*, por que o autor leva o réu ao juízo por sua própria força.

Com isso, pretendemos ter posto em evidência a feição primitiva da *actio*, integrada por atos materiais exercidos pelo próprio autor. Evidencia-se, no período das *legis actiones*, uma reduzida interferência da *ciuitas*, mas que já é, sem dúvida, maior que no período anterior, em que o poder público não tinha condições de se sobrepor aos poderes privados (tribos e famílias). As ações da lei são, portanto, o primeiro passo no caminho em direção à alienação do indivíduo em relação à *actio*, caminho esse que só foi completado pelo império romano, no período da *extraordinaria cognitio*³³.

3. O período do processo formulário.

O estudo do processo civil romano na época do processo formulário revela já uma maior invasão da *ciuitas* nos procedimentos quase que exclusivamente privados até então observados. Desse modo, observa-se uma maior concentração de poderes nas mãos dos pretores e uma menor esfera de

possibilidade de atuação da parte e do *iudex* privado, como passamos a ver.

3.1. Caráter geral do período.

O sistema das *legis actiones* apresentava certas desvantagens, pois fazia o sistema processual pouco sensível às mudanças da consciência jurídica e tolhia o magistrado de qualquer iniciativa, uma vez que declarações predeterminadas e imutáveis vinculavam as partes e o magistrado³⁴.

Contudo, uma brecha no antigo sistema processual foi aberta pela atuação do *praetor peregrinus*, que se defrontou com os negócios do *ius gentium*. A tutela de tais negócios não podia se desenvolver na forma das ações da lei, seja porque não tratavam de negócios do *ius civile*, seja porque o pretor peregrino tinha jurisdição limitada às relações entre romanos e estrangeiros ou entre estrangeiros apenas³⁵. Com efeito, cronologicamente, o processo formular teria surgido na época da expansão mediterrânea de Roma, no século III a.C. (1ª Guerra Púnica, de 264 a 241 a.C.) coincidindo com os problemas gerados pelo comércio internacional³⁶.

Desse modo, o pretor peregrino, não podendo nomear um *iudex* estrangeiro, redigia instruções aos *recuperatores*, que julgariam a controvérsia com base no *ius gentium* e não no *ius civile*.

A forma processual mais oportuna para adaptação às novas necessidades foi aquela da *legis actio per iudicis postulationem*, utilizada para partilha da herança e divisão da coisa comum. Era requerida ao magistrado a nomeação de um árbitro, com experiência extrajudicial, capaz de realizar a medição e avaliação das glebas de terra. A diferença é

³³Não está entre nossos propósitos discordar daqueles, como o próprio Arangio-Ruiz, conceituam a *actio* no período das ações da lei como a declaração formal feita pela parte na fase *in iure*. O que pretendemos é demonstrar que a *actio*, naquele período ainda bastante ligada à defesa privada, era integrada por uma série de atos materiais exercíveis pelo próprio autor, sem os quais esse não poderia ver efetivado o seu direito. Nessa medida, temos a *actio* no período das *legis actiones* menos alienada em relação ao indivíduo do que no período formular e da *extraordinaria cognitio*.

³⁴Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *op. cit.*, pág. 120.

³⁵Idem, *Ibidem*, pág. 121.

³⁶TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 76.

que os estrangeiros não tinham uma declaração solene à disposição; aqueles homens exprimiam os seus desideratos na forma e também na língua em que fosse mais cômodo. Daí a necessidade de fixar os termos da controvérsia em uma declaração, não mais inicial, como nas ações da lei, mas final, comum a ambas as partes, conforme um modelo preparado pelo pretor, a respeito de que, sob o controle do magistrado, as partes deveriam entrar em acordo. Posteriormente, quando os negócios do *ius gentium* foram recebidos no *ius civile* e praticáveis também pelos romanos, o pretor urbano não pôde mais que imitar do colega peregrino os modos do procedimento³⁷.

Tudo isso preparou o terreno para a reforma que seria levada a efeito pela *Lex Aebutia* e pelas *Leges Iuliae iudiciorum priuatorum*.

É difícil precisar as datas e os conteúdos da *Lex Aebutia* e das *Leges Iuliae*. Moreira Alves indica que há três opiniões divergentes: alguns (e.g. Bekker e Jobbè-Duval) afirmam que a *Lex Aebutia* teria estabelecido a acumulação do processo das ações da lei com a fórmula, isto é, as partes cumpriam as formalidades das ações da lei diante do magistrado e, em seguida, solicitavam ao magistrado uma fórmula em que se fixava o ponto litigioso e se dava poder ao juiz popular para condenar ou absolver o réu.

Outra hipótese, esta, conforme Moreira Alves, a mais aceita entre os romanistas, é sustentada por Wlassak e Girard, no sentido de que a *Lex Aebutia* teria autorizado os litigantes a escolher entre o sistema das *legis actiones* e novo *per formulas*.

Por último há a hipótese de Eisele e Cuq, para quem a *Lex Aebutia* teria autorizado o emprego da fórmula apenas

nos casos que até então davam margem à *condictio*, uma vez que essa *actio* era mal vista pelos comerciantes romanos em virtude do prazo de trinta dias para a designação do juiz popular, retardando a solução do litígio³⁸.

Em relação ao processo das ações da lei, o processo formular apresenta algumas diferenças importantes, não obstante tenha sido mantida a bipartição de instâncias do primeiro período. Dentre tais diferenças, podemos apontar que o processo formular é: *a)* menos formalista e mais rápido; *b)* é mitigado o caráter estritamente oral das ações da lei, em vista da redação da fórmula; *c)* maior atuação do magistrado no processo; e *d)* a condenação passa a ser exclusivamente pecuniária³⁹.

Além disso, a fase *in iure* deixa de ser dúplice, pois apenas o autor alega seu direito, ficando o demandado em uma posição de defesa, sem alegar, portanto, ter o mesmo direito do autor⁴⁰.

Como já apontado logo acima, com a introdução do processo *per formulas*, passa o magistrado a dispor de maior poder de atuação frente à controvérsia que a ele era apresentada. Tanto que as ações deixaram de ser poucos tipos de declaração solene, adaptáveis cada uma delas a uma vasta categoria de controvérsias, para se tornarem incontáveis fórmulas contidas no edito, correspondentes às pretensões típicas reconhecidas pelo direito objetivo⁴¹.

Ao final da fase *in iure*, o magistrado entregava às partes litigantes um documento, comumente denominado fórmula⁴², que

³⁸MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 206.

³⁹A organização tópica das diferenças entre os dois tipos de processo, como apresentada no texto, encontra-se em MOREIRA ALVES, *op. cit.*, pág. 207.

⁴⁰ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *op. cit.*, pág. 125.

⁴¹Idem, *Ibidem*, pág. 126.

⁴²Utilizamos a expressão *comumente denominada*, pois alguns, como Arangio Ruiz, preferem a palavra *iudicium* para designar o documento

devia ser apresentado ao *iudex* que julgaria o caso. A redação da fórmula trazia como primeiro item a *nominatio iudex*, que era, justamente, o *datio iudicii*, a nomeação do indivíduo que iria atuar como árbitro. Geralmente, a fórmula era composta por quatro partes (Gaio, I. 4, 39): *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* e *condemnatio*. No entanto, podia ser que faltassem algumas delas, pois havia casos em que se encontrava apenas a *intentio*, como nas fórmulas prejudiciais (Gaio, I. 4, 44), ou que se acrescentavam partes adjetas, quais fossem a *praescriptio*, a *exceptio*, e a *replicatio*, *uplicatio* e a *triplicatio*⁴³.

Nesse contexto, ganha importância a *litis contestatio*. Muito embora houvesse incremento do poder do magistrado, o julgamento final ainda era dado por um *iudex* escolhido ou aceito pelas partes.

A *litis contestatio* era um “comportamento processual das partes, dirigido a um escopo comum, qual seja o compromisso de participarem do juízo *apud iudicem* e acatarem o respectivo julgamento⁴⁴”. Arangio-Ruiz aponta como principal eficácia da *litis contestatio* a novação da relação jurídica levada a juízo: destruíam-se (*consumere*) a relação deduzida para substituí-la por uma relação nova⁴⁵. Contudo, pode-se apontar, pelo menos, mais dois efeitos: a) o efeito conservativo, em razão de que ocorria a estabilização da lide, não podendo haver, a partir de então, qualquer modificação objetiva da fórmula; b) o efeito extintivo, por meio de que ocorria a preclusão da ação, impedindo, *ipso iure* ou *ope exceptionis*, que se

propusesse ou que fosse julgada novamente ação fundada na mesma relação jurídica⁴⁶.

3.2. Indicativos da maior invasão da *ciuitas* nas decisões de controvérsias no processo formular

Gostaríamos de apontar, com Pietro Bonfante, alguns aspectos do processo formulário que parecem indicar, no sentido do que vimos até aqui expondo, uma maior invasão do poder público sobre as decisões de controvérsias, resultando em uma maior alienação da *actio* em relação ao indivíduo.

⁴³TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 101. Ainda no que se refere à *litis contestatio*, é conhecida a grande controvérsia formada em torno de sua natureza jurídica, controvérsia essa que se confunde com outra: a de se saber se prevalece no processo formular um caráter privado ou público. Podem-se apontar três correntes de opinião a esse respeito: a) a mais antiga é encabeçada por Keller, para quem o processo *per formulas* é de natureza eminentemente pública, limitando-se as partes a expor o conflito, cabendo ao magistrado redigir a fórmula contendo as instruções ao *iudex*, cujo poder não iria além de condenar ou absolver o réu (MOREIRA ALVES, *op. cit.*, pág. 208); nesse contexto, a *litis contestatio* seria apenas um momento ideal, conclusivo da fase *in iure*, em que o magistrado concedia a fórmula, por decreto, em emanção do poder público; b) Wlassak, por sua vez, encabeça corrente que se opõe diametralmente àquela de Keller. Para esse autor, quem redige a fórmula é o autor, tendo o réu o direito de fazer inserir nela certas cláusulas bem como de debater com o autor o ponto litigioso a ser fixado; a *litis contestatio* seria, então, um contrato formal celebrado exclusivamente entre as partes, concordando com os termos da fórmula, limitando-se o magistrado a autorizar o *iudicium* (MOREIRA ALVES, *op. cit. loc. cit.*); c) há, por fim, uma corrente intermediária, em que figuram autores como Arangio-Ruiz, cujo entendimento vai no sentido de que a fórmula era elaborada em conjunto pelas partes e pelo magistrado, e mesmo a *litis contestatio* resultaria de um entrecruzamento de acordos de declarações vontade partidas das partes e do magistrado sobre a fórmula a ser remetida ao juiz popular (MOREIRA ALVES, *op. cit. loc. cit.*).

confeccionado pelo magistrado ao fim da fase *in iure*, reservando o vocábulo *fórmula* apenas para o esquema pré-definido pelo pretor no edito.

⁴⁴TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 95.

⁴⁵Idem, *Ibidem*, págs. 98-99.

⁴⁶ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *op. cit.*, pág. 136.

Com efeito, Bonfante afirma que o sistema das *legis actiones* teve de ceder lugar ao novo processo *per formulas* em vista do incremento da potência e atividade do Estado (ou, como preferimos, da *civitas*)⁴⁷. No período em tela, o pretor desempenha uma atividade mais direta e invasiva na formação e aplicação do direito.

3.2.1. A *exceptio*

Nas palavras de Gaio, as *exceptiones* foram introduzidas em defesa dos réus (I. 4, 115), para evitar condenações iníquas (I. 4, 116).

Cabem exceções tanto nas ações *in personam* quanto naquelas *in rem*, podendo ser instituídas por meio do edito, ou concedidas conforme o exame da causa. Originam-se das leis, das deliberações com força de lei, ou da jurisdição pretoriana (I. 4, 118). Tinha a *exceptio*, portanto, natureza de defesa material do réu⁴⁸.

Era a exceção, desse modo, uma parte adjeta da fórmula, em que se negavam as alegações do autor, já que todas as *exceptiones* eram opostas pelo réu e inseridas na fórmula de modo a tornar condicional a condenação, isto é, afim de o *index* condenar o réu apenas no caso de o autor não ser responsável por qualquer procedimento doloso (I. 4, 119-120).

Bonfante enxerga na figura da *exceptio* uma novidade do processo formulário que representa um incremento no poder do magistrado, não apenas no sentido de que cria novo direito, valendo-se das exceções como meio para eliminar a iniquidade da lei, mas no sentido de que o *index* privado é reduzido a um autômato nas mãos do

magistrado⁴⁹. O autor crê que, ao longo do período do processo *per legis actiones*, não existindo as *exceptiones*, o *index* tinha o poder de levar em conta todas as réplicas do demandado, fundadas na lei ou nos costumes. Contudo, no sistema do processo formulário, a exceções a serem levadas em conta seriam apenas aquelas postas na fórmula, ou cuja colocação foi autorizada pelo magistrado⁵⁰.

Aceita a hipótese de Bonfante, teríamos, então, um deslocamento do poder do *index* para analisar todas as exceções que por ventura lhe trouxesse o réu, para o magistrado, que lhe facultaria tal análise apenas nas situações expressamente designadas na fórmula.

Teríamos, com isso, como já acenado, uma maior invasão do magistrado, enquanto representante do poder público, na aplicação do direito, subtraindo do particular, fosse enquanto parte, fosse enquanto *index*, parcela de sua esfera de atuação. Dessa forma, reduzindo-se a atuação privada em detrimento da atuação pública dos órgãos da *civitas*, contribui-se para redução da possibilidade de *agere*, mitigando-se, ainda que pela via indireta no caso da *exceptio*, a possibilidade de o indivíduo exercer por si mesmo a *actio*.

3.2.2. A substituição da *manus iniectio* pela *actio iudicati*.

Detivemo-nos, logo acima, a respeito de alguns aspectos da *legis actio per manus iniunctionem* que revelavam reminiscências do período da defesa estritamente privada, mas que já apresentavam caracteres de uma regulação da *civitas* sobre o procedimento executório.

⁴⁷BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 493.

⁴⁸TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 97.

⁴⁹BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 498.

⁵⁰Idem, *Ibidem*, *loc. cit.*

No período do processo formulário, a *manus iniectio* foi substituída pela *actio indicati*, procedimento menos violento, com papel do autor mais reduzido, e uma maior atuação do poder público.

Sendo condenado o réu por sentença, tinha ele o prazo de 30 (trinta) dias para cumprir o julgamento. Se não o fizesse, o autor intentava contra ele a *actio indicati*. A *actio indicati* não diferia da ação condenatória quanto ao procedimento. Contudo, conforme indica Moreira Alves⁵¹, normalmente terminava na fase *in iure*, pois o réu, levado ao magistrado, poderia: a) confessar o não cumprimento da sentença, pagando, então, o valor correspondente à condenação, ou, não o pagando, o magistrado autorizava a execução da sentença; b) podia o réu, por outro lado, utilizar-se de uma atitude ofensiva, alegando não ser devedor, aduzindo inexistência da sentença, ou a sua nulidade. Nesse caso, era designado novo *iudex* e o réu deveria oferecer garantia de que poderia cumprir a nova condenação. Punia-se a temeridade do réu por meio de pena pecuniária aplicada pelo pretor aos réus recalcitrantes, sob a forma de *actio dupli*: caso suas alegações fossem infundadas, poderia o réu ser condenado a pagar valor correspondente ao dobro da primeira (Gaio. I, 4, 171).

No caso em que fosse deferida a execução de sentença, poder-se-ia ir contra a pessoa do réu ou contra seus bens, em caráter opcional⁵². A execução contra o patrimônio do devedor coincidia com uma série de reformas que se foram introduzindo no sistema processual, por obra da atividade pretoriana. Assim, muito embora ainda fosse admitida a execução pessoal, especialmente em casos em que o patrimônio do réu fosse insuficiente para saldar o débito, o pretor

ordenava a *missio in bona rei seruandae causa*, que imitia o credor na posse de todo o patrimônio do devedor. Em princípio, teria alcançado apenas os devedores do erário, contra os quais eram enviados os questores do tesouro, mas, posteriormente, passou a ser utilizada também contra devedores particulares⁵³.

Bonfante indica, contudo, que a transferência da titularidade de todo o patrimônio do devedor não tinha o viés de satisfazer diretamente o credor, mas constranger o obrigado a pagar o débito, ou, ainda, colocar o patrimônio sob titularidade de pessoa mais apta a satisfazer o crédito. Por isso, a imissão nos bens do devedor era geral⁵⁴.

Além do caráter coercitivo, a medida tinha o intuito de impedir que tivessem o valor depreciado e a alienação dos bens a terceiros, garantindo, assim, o sucesso da execução⁵⁵.

Seguia-se a publicação dos editais, para que se informassem os interessados, e, em seguida, ocorria a *bonorum venditio*.

No caso de execução direta sobre a pessoa, por efeito da *Lex Poetelia*, não era mais dado ao credor a possibilidade de matar o devedor ou vendê-lo além do Tibre, muito

⁵³Idem, Ibidem, pág. 134.

⁵⁴BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 500. Contudo, com o passar do tempo, já período humanização do *ius ciuile*, sob influência do estoicismo e do cristianismo, passou-se a admitir a execução parcial do débito, por meio do instrumento processual modernamente denominado *beneficium competentiae*. Para o devedor, o benefício evitava a execução pessoal e a imissão total do credor em seu patrimônio, além, é claro, de obviar os indesejáveis efeitos da *venditio bonorum*, incluindo a infâmia. Cfr. POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. A execução do devedor no direito romano: *beneficium competentiae*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

⁵⁵TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 134.

⁵¹MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 226.

⁵²TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 133.

embora ainda pudesse mantê-lo prisioneiro de forma privada.

O caráter privado da execução ainda ressalta, uma vez que, além da possibilidade de aprisionamento, tratando-se de execução patrimonial, o credor deveria proceder por si mesmo para obter a posse dos bens do réu, do mesmo modo que na *in ius vocatio*⁵⁶.

Percebe-se, com isso, que no período do processo formulário, muito embora ainda impusesse rigorosos efeitos ao devedor, a execução já encontrava barreiras no regramento da *ciuitas*, abrandando-se, na *actio iudicati*, os rigores ora observados na *manus iniectio*.

Conforme já apontado, cremos encontrar nas diferenças entre a *manus iniectio* e a *actio iudicati* um demonstrativo do maior avanço da *ciuitas* no procedimento executório, de modo a mitigar o âmbito de possibilidade de atuação do autor, revelando, no sentido aqui já exposto, uma maior alienação desse em relação à *actio*. Estamos em um grau de evolução e aparelhamento da *ciuitas* que não torna adequada, ainda, a conceituação de *actio* elaborada por Celso e reproduzida nas *Institutas* de Justiniano (I.4, 6) e no *Digesto* (D.44, 7, 51), mas que já revelam uma menor gama de atos integrativos da *actio* realizados pelo autor.⁵⁷

⁵⁶Idem, Ibidem, pág. 135.

⁵⁷Arangio-Ruiz aduz que a palavra *actio*, que já havia designado as declarações solenes das partes *in iure* no período das *legis actiones*, serve agora, no processo formulário, para designar o *iudicium* mesmo (sobretudo nos casos em que se retomava uma preexistente *legis actio*), ou, ainda, para designar toda a atividade desenvolvida pelo autor para a efetivação de seu direito subjetivo; designa, por fim, a faculdade respeitante ao suposto titular de um direito subjetivo de convidar a contraparte a aceitar o processo com base em um programa determinado (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *op. cit.*, pág. 123). No mesmo sentido do que fora exposto acima (nota de rodapé n. 32), não queremos discordar de tal conceituação, mas demonstrar

3.2.3. Meios de tutela pretoriana extra ordinem.

Durante o período do processo formulário, observa-se uma maior participação dos pretores na aplicação e criação do direito. Prova disso, como já salientado, são, por exemplo, as *exceptiones*, além das *actiones in factum*.

Outra demonstração desse incremento de poder é que, nem sempre, os magistrados observavam o *ordo priuatorum iudiciorum*. Utilizando-se do *imperium* e da *aequitas*, os pretores forjaram alguns meios que dispensavam os litigantes de comparecer diante do *iudex*, a fim de evitar que surgisse uma demanda judicial, para melhor prepará-la, ou para assegurar os resultados já alcançados em um pleito⁵⁸.

Justamente por abdicarem da fase *apud iudicem*, constituindo ordens emitidas pelo magistrado dirigidas imediatamente às partes, e não ao *iudex*, os meios complementares de tutela podem ser considerados como antecipações do período da *extraordinaria cognitio*⁵⁹.

As fontes indicam a existência de 5 (cinco) desses instrumentos excepcionais: os *interdicta*, as *stipulationes praetoriae*, as *missiones in possessionem* e as *restitutiones in integrum*. Escapa ao objeto do presente trabalho a análise em separado de cada um dos meios *extra ordinem*. Entretanto, para evidenciar aquele processo de alienação em relação à *actio* em que vimos insistindo – que

como há uma menor participação da atividade exclusivamente privada no conjunto de atos destinados a efetivar o direito.

⁵⁸Cfr. BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 501; MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 235; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 111.

⁵⁹Neste sentido, BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 501.

encontra, a nosso ver, grande expressão nos meios *extra ordinem* –, tomemos como exemplo o *interdicto*.

A origem dos interditos é difícil de precisar. Tinham aplicabilidade a várias situações de fato previstas no edito, pressupondo, assim, a veracidade dos fatos alegados pelo litigante que demandara a ordem⁶⁰. Consistia em uma ordem emitida a alguém pelo magistrado *in iure*, conforme requisito de um indivíduo, para que se fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa⁶¹.

O procedimento era caracterizado por sua rapidez, já que o magistrado realizava cognição sumária dos fatos, concedendo ou denegando, em seguida, o interdito⁶². A ordem era emitida na forma escrita, muito semelhante, inclusive, à *formula actionis*, sem conter, todavia, a *nominatio iudex*, já que era comando dirigido a uma das partes⁶³.

Concedida a ordem, poderia ela ser respeitada, pondo fim ao litígio, ou a parte interessada poderia iniciar novo processo *per formulas*, que poderia revogá-la. Resulta disso a sua provisoriedade⁶⁴. Moreira Alves indica que, em regra, os interditos não decidiam definitivamente os litígios⁶⁵.

Para esclarecer as questões de fato e confirmar ou revogar a ordem emitida pelo magistrado, costumava-se utilizar de dois tipos de processo:

a) o processo *per sponsionem*, o único utilizável em caso de interdito proibitório, iniciava-se com a presença dos litigantes em juízo menos de um ano depois da concessão da ordem; aquele que desrespeitara o

interdito promete, por meio de uma *sponsio*, pagar determinada quantia ao outro, a título de pena, caso ficasse provado que os pressupostos da concessão do interdito eram falsos; por sua vez, o que obtivera o interdito, por meio de uma *restipulatio*, prometia pagar igual quantia caso se provasse o contrário. Redigia-se uma fórmula para cada uma dessas promessas, além de uma terceira, que estabelecia que, se o fosse provado que o réu havia desrespeitado o interdito, deveria ele pagar certa importância a título de indenização. Dessas três fórmulas remetidas ao *iudex* ou aos *recuperatores*, resultavam, sempre, três sentenças⁶⁶;

b) o processo *per formulam arbitriariam*, aplicável em se tratando de interditos restitutórios ou exibitórios. O procedimento era mais simples que *per sponsionem*. Somente era cabível caso imediatamente após o magistrado ter concedido o edito fosse requisitado um *iudex* para apurar a veracidade dos fatos em que se baseavam a ordem. Redigia-se uma fórmula *in factum concepta*, em cuja *intentio* estavam mencionados os fatos em que o magistrado havia se baseado para emitir a ordem. Caso o *iudex* verificasse que os fatos eram verdadeiros, convidaria o réu a cumprir o ordenado no interdito; em caso de recusa, o condenaria a pagar quantia estimada, por juramento, pelo autor⁶⁷.

Vemos, portanto, que os meios de tutela *extra ordinem*, especificamente os *interdicta*, embora não derogassem o *ordo priuatorum iudiciorum*, eram exceções a ela, que já revelavam preocupação com interesses públicos e com a administração da justiça.

Cremos ser importante chamar atenção para a circunstância de que o interdito, por exemplo, “quando ordena não se faça violência a quem possui sem vício (...)”

⁶⁰Cfr. MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 235.

⁶¹TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 112-113.

⁶²Idem, *Ibidem*, pág. 114.

⁶³Idem, *Ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁴Idem, *Ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁵MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 236.

⁶⁶Idem, *Ibidem*, págs. 236 - 237.

⁶⁷Idem, *Ibidem*, pág. 237.

(Gaio, I, 4, 140), pode estar a mitigar o exercício da *actio* por aquele que tenha direito à posse da coisa, o que revela a preocupação em se coibir o uso da força entre os indivíduos, evitando o conflito mesmo. Há a preocupação em se administrar a justiça, afirmando a autoridade do magistrado, independentemente de sentença proferida pelo *iudex*.

Parece-nos que o comando direto do magistrado à parte litigante tem um sentido político, na medida em que representa a afirmação da *ciuitas* perante o indivíduo, que não mais poderá realizar de mão própria a efetivação de seu direito, devendo aguardar o comando do poder público. Igualmente, o poder público, para fazer operar o direito objetivo, não precisará mais aguardar o julgamento pelo *iudex* privado.

Em conclusão, cremos, com isso, ter demonstrado a inadequação do conceito de Celso ao período do *ordo priuatorum iudiciorum*, uma vez que, em vista do caráter privado e da grande esfera de atuação da parte para ver observado seu direito, *actio* para ser mais do que o poder ou faculdade de por em movimento a burocracia estatal a fim realizar a sanção.

Passemos agora à parte final da exposição, em que trataremos do período da *cognitio extra ordinem*, fase em que já há uma alienação quase total – *quase*, pois alienação total, segundo nos parece, nunca houve – do indivíduo em relação à *actio*.

4. O período da *cognitio extra ordinem*: “*nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi*”.

O período da *extraordinaria cognitio* insere-se em um contexto de relevantes mudanças políticas, que tiveram grandes reflexos sobre o direito e, especialmente,

sobre o processo civil. Marca-se o ano de 27 a.C. como o início do principado, apontando-se, do mesmo modo, Otaviano Augusto como inaugurador do novo regime.

Em verdade, houve, ao longo da história de Roma, uma crescente centralização do poder. O próprio Otaviano não logrou concentrar o poder em si de um só golpe, mas paulatinamente. Podemos apontar a seguinte cronologia: 1) 30 a.C. – é investido nos poderes de tribuno (*tribunicia potestas*), sem qualquer limite temporal; 2) 28 a.C. – recebe o título de *princeps senatus*; 3) 27 a.C. – obtém o *imperium proconsulare* nas províncias imperiais e recebe o título de *Augustus*; 4) 23 a.C. – seu *imperium proconsulare* é estendido a todo o mundo romano; 5) 19 a.C. – recebe o *ius edicendi*; 6) 12 a.C. – torna-se Sumo Pontífice; 7) 2 a.C. – proclama-se Pai da Pátria⁶⁸.

Em 17 a.C. Augusto reorganiza o *ordo priuatorum iudiciorum* por meio das *Lex Iulia priuatorum*, além de dar ocasião à extinção da bipartição de instâncias (*in iure* e *apud iudicem*)⁶⁹. O processo *extra ordinem* surge para dirimir questões de natureza administrativa ou policial. Uma vez que tais controvérsias não se sujeitavam à jurisdição cível, os magistrados, para solucioná-las, não se atinham às regras do *ordo priuatorum iudiciorum*. Aplicar esse procedimento à jurisdição cível foi apenas questão de tempo. Em princípio, o processo *extra ordinem* só foi utilizado para a tutela de direitos subjetivos que tinham sido criados por constituições imperiais, e que constituíam o *ius extraordinarium*. Exemplos de relações jurídicas provenientes do *ius extraordinarium*

⁶⁸A cronologia apontada no corpo de texto está conforme GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1968, págs. 61-62.

⁶⁹TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 138.

são o fideicomisso e as obrigações alimentares⁷⁰.

Com o passar do tempo, questões que poderiam perturbar a ordem social passaram a ser julgados no sistema *extra ordinem*. Assim, de pouco em pouco, foram-se agregando ao novo sistema uma série de outras matérias, até que em 294 d.C. uma Constituição de Diocleciano recomenda aos magistrados que não enviem as controvérsias para o *index* privado, decidindo-as pessoalmente⁷¹. Observa Moreira Alves que, a despeito da existência dessa constituição, não há indícios sérios nas fontes que a substituição do processo formulário pela *cognitio extraordinem* tenha se dado por qualquer providência legislativa⁷².

De qualquer forma, já no século III d.C. a evolução está concluída, e o processo formulário dá lugar à *extraordinária cognitio*.

⁷⁰MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, págs. 241-242.

⁷¹Cfr. BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 503.

⁷²Há quem repete, como o faz Arangio-Ruiz (*op. cit.*, pág. 150, nota 1), que uma Constituição de Constâncio e Constante, de 342 d.C. tenha abolido, oficialmente o processo formulário. Eis o teor da Constituição: “*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*”. Ildefonso L. García del Corral verteu a Constituição para o espanhol da seguinte maneira: “Queden suprimidas por completo em todos los actos las fórmulas del derecho que ponían acechanzas en la caza de las sílabas” (CORRAL, Ildefonso L. García. *Cuerpo de derecho civil*, tomo IV, 2ª Parte, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, pág. 306).

A despeito do teor da Constituição, Moreira Alves indica como preferível a interpretação daqueles que crêem ter o referido diploma abolido as expressões formalistas e insidiosas, que constituíam verdadeiras armadilhas para os litigantes (MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 243, nota de rodapé n. 5).

4.1. Caráter geral do período.

Em relação ao *ordo priuatorum iudiciorum* inúmeras diferenças podem ser apontadas. Com efeito, assim se expressa Bonfante a respeito das modificações do processo civil:

“Nello spirito e nella sostanza il carattere privato, i tratti e i residui della funzione primitiva del processo sono totalmente obliterati nel diritto giustiziano. In nessun campo del diritto più che in questo della procedura i termini antichi o significano cose essenzialmente diverse o vennero in ugual copia eliminati mediante interpolazione dei testi classici”⁷³.

A eliminação da bipartição de instâncias teve reflexos profundos na distribuição da justiça, cujo caráter essencialmente privado que teve ao longo de boa parte da história romana, vinha agora quase que absolutamente eliminado. Nesse período, a julgamento das controvérsias assume caráter de atividade administrativa da *civitas*.

Decorrência disso é o caráter inequivocamente publicístico que assume o processo, desvinculando-se do direito privado e passando a ser regido pelo direito público. O magistrado passa a examinar as provas e proferir a sentença, na qualidade de funcionário estatal que exprime a vontade do soberano. Ainda que subsistisse a possibilidade de o magistrado designar um *index* para proferir a decisão, isso não se dava mais pela vontade das partes, mas como manifestação da autoridade judicial⁷⁴.

O regime da *appellatio* influi largamente sobre a transformação do processo civil. No início do principado, reconhece-se ao imperador o direito de reformar as decisões contra as quais os sucumbentes apelassem a

⁷³BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 505.

⁷⁴Cfr. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 140 e MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 243.

ele. E não só daquelas decisões que partiam das *cognitiones extra ordinem*, mas também das sentenças de *iudices privati*. Em princípio era um poder excepcional do príncipe, mas, com o tempo, torna-se normal, e funcionários delegados assumem como competência estável aquela de decidir em grau de apelo as controvérsias entre indivíduos⁷⁵.

Forma-se, assim, uma estrutura administrativa hierarquizada, que possibilita a interposição de recursos a funcionários estatais representantes do *princeps*.

Transformação das mais relevantes observa-se também na forma de chamamento a juízo. Se ao longo do *ordo priuatorum iudiciorum* a *in ius vocatio* permaneceu como um procedimento exclusivamente privado, providenciando o autor por seus próprios meios a presença do réu em juízo, na *extraordinaria cognitio*, de pouco em pouco, o demandante passa a solicitar o concurso do magistrado para esse fim⁷⁶. A *in ius vocatio* foi gradualmente substituída pela *litis denuntiatio*, de modo a promover uma verdadeira e própria substituição do autor pelos órgãos estatais nessa atividade⁷⁷.

Nota-se que substituição da *in ius vocatio* pela *litis denuntiatio* representa uma invasão do poder do Estado em uma atividade judicial historicamente exercida pelo próprio autor.

4.1.21. O Processo de Execução

Um aspecto que nos interessa especialmente, no que se refere ao processo de alienação da *actio*, é o modo como se dá a execução da sentença. A forma da execução no período *extra ordinem* revela-se

substancialmente diferenciada daquele observado no *ordo priuatorum iudiciorum*. A ação em caso de não cumprimento espontâneo da sentença continuava a ser a *actio iudicati*, permanecendo seu procedimento intacto. Entretanto, a execução sobre a pessoa do devedor passa para um plano secundário, tornando-se um simples meio de compeli-lo a cumprir a sentença. As prisões privadas foram suprimidas pelos imperadores Teodósio, Valentiniano e Arcádio, em 388 d.C., caracterizando crime de lesa-majestade o ato de manter o executado preso de forma privada. A partir de então, o executado deveria ser preso em cadeia pública⁷⁸.

Em regra, portanto, lançava-se mão da execução sobre os bens do devedor, variando o procedimento conforme o caso:

a) Em se tratando de condenação para restituir ou exhibir coisa certa, o executado seria forçado a cumpri-la, empregando-se força pública, se fosse necessário (*manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur*), conforme se lê em D. 6, 1, 68⁷⁹. Portanto, torna-se possível a execução que em termos modernos se chamaria *específica*, e não mais apenas em pecúnia, como antes;

b) Caso a condenação fosse para pagamento de certa quantia, a execução se faria:

b.1) mediante o *pignus ex causa iudicati captum* – penhora realizada em razão do julgamento –, isto é, apreensão, feita pelos *apparitores* ou pelos *executores*, de bens do executado, na medida em que fossem suficientes para satisfazer o crédito. Os bens móveis e os animais seriam penhorados primeiro, sendo alienados imediatamente; sendo isso suficiente, parava-se por aí. Caso

⁷⁵ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *op. cit.*, pág. 148.

⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 143.

⁷⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *op. cit.*, pág. 151.

⁷⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 253.

⁷⁹ Cfr. MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 253 e TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *op. cit.*, pág. 149.

contrário, penhorava-se bens imóveis e direitos creditícios (*pervenietur etiam ad iura* – D.42, 1, 15, 2);

b.2) em caso de concurso de credores, procedia-se por meio, inicialmente, da *missio in bona rei servandae*, e, depois, da venda em leilão dos bens em retalho (*distractio bonorum*), alienando-se apenas bens suficientes para o pagamento dos credores, e devolvendo-se o saldo, se fosse o caso⁸⁰. Incumbiam-se da venda os mesmo funcionários encarregados da penhora.

Nota-se um processo de execução muito mais centrado na ação estatal, com a utilização de funcionários para a realização da penhora e da venda dos bens, além da possibilidade de uso da força pública no caso de condenação à restituição.

Temos, portanto, na *extraordinaria cognitio* a substituição da atividade privada do autor para efetivação de seu direito pela atividade estatal. Com algumas exceções, a atividade da parte limita-se a colocar em funcionamento a administração estatal da justiça, até mesmo no processo de execução, que manteve seu caráter primordialmente privado ao longo de todo o *ordo priuatorum iudiciorum*.

Neste último período do desenvolvimento do processo civil romano, conforme nos parece, terminou o processo de alienação da *actio* em relação ao indivíduo, já que esse, ordinariamente, não mais tinha o poder de, por suas próprias mãos, efetivar seu direito, tendo de contar com a justiça estatal para tanto.

Temos para nós, assim, que a definição de Celso está perfeitamente adequada ao período da *extraordinaria cognitio*, ao contrário do que se dá no *ordo priuatorum iudiciorum*.

Considerações Finais

De certa maneira, nossas conclusões foram sendo expostas ao longo de todo o texto, mas cumpre ressaltar alguns aspectos. Conforme já afirmado na primeira parte do trabalho, cremos que a ideia de Calamandrei quanto à relatividade do conceito de ação conforme a concepção de Estado de que se esteja adiante, é oportuna também no que se refere ao conceito de *actio* no direito romano. Isso porque as organizações política, administrativa e judiciária de Roma passaram por enormes transformações ao longo de sua história, fazendo impossível que se tenha um conceito unitário de *actio*.

Da mesma forma como o processo civil romano não pode ser estudado sem que se leve em conta os diferentes períodos por que passou, o estudo da *actio* também não pode deixar de considerar as vicissitudes jurídicas e políticas da história da *civitas*.

Estamos com Pietro Bonfante quando esse afirma que *actio* é o conceito mais multiforme e indefinido do direito romano. O vocábulo não significa mais que ato, e encontra-se também empregado para exprimir o ato jurídico romano, *civilis actio*, ou ato natural e simples, ou, ainda, *iuris gentium actio*; o uso desse termo no processo, por sua vez, evidencia sempre o caráter privado do processo romano genuíno⁸¹.

Tendo essa ideia em vista, bem como aquela exposta por Giovanni Pugliese, no sentido de que a proliferação de sentidos do termo *actio* está relacionada a um processo de *abstração* da mesma ao longo da história romana, quisemos analisar a evolução do processo romano a fim de verificar de que modo teria ocorrido tal *abstração*.

Não obstante, ousamos utilizar para designar aquele processo o termo *alienação* em vez de *abstração*. O termo vem aqui

⁸⁰MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pág. 254.

⁸¹BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, pág. 505.

empregado sem qualquer conotação ideológica, mas no sentido dicionarista: *alienar* como ato de transferir para outrem o domínio sobre algo. No caso, o que o indivíduo transferiu à *civitas* romana, em vista de seu desenvolvimento e de sua crescente complexidade burocrática, foi o poder a ele atinente em época primitiva de tornar efetivo seu direito por suas próprias mãos.

Pugliese, analisando o conteúdo positivo da *actio* no direito romano, bem como as consequências de seu exercício, aproxima a figura do *poder*. Mas um poder de que natureza? Seria um poder jurídico, que colocaria em posição de sujeição o sujeito passivo. O conteúdo de tal poder seria a atividade, judiciária ou não, pertinente à realização da sanção⁸².

Tal poder de agir, consubstanciado no ato de agressão contra o devedor, que pode ser caracterizado como sanção da obrigação de prestar, é que foi sendo, gradativamente, transferido da esfera de atuação privada para a esfera de atuação pública.

Por que não dizer, então, que houve, sim, a *abstração* da *actio*, na medida em que ela deixou de estar sob controle privado para estar sob controle público? Para responder a indagação, cumprir chamar atenção para algumas passagens do Digesto que revelam, em nosso entender, que o poder de fazer efetivar o próprio direito ainda estava presente na esfera jurídica do indivíduo, tanto que, em casos excepcionais, era dado a esse agir por si só, sem necessitar recorrer ao poder público.

Vê-se, por exemplo, em D.43, 16, 1, 27, a expressão da máxima *ui uim repelere licet*. Muito embora se trate mais de um poder de defesa do que de agressão legítima para efetivar um direito, há aqui permissão para

que a vítima atue materialmente, repelindo as “armas pelas armas”.

Também em D.47, 8, 2, 1, como já visto acima (nota de rodapé n. 6), a possibilidade de perseguição privada, mesmo existindo, para o mesmo fim, uma ação pública. No mesmo fragmento (D.47, 8, 2, 18), apresenta-se a possibilidade de se resgatar, por meio da força, escravo fugido que se encontre na posse de outrem, ainda que a posse seja de boa-fé.

Em D.9, 2, 39, encontra-se a possibilidade de se expulsar de seu imóvel animais alheios que nele tenham adentrado de forma clandestina ou violenta, desde que o proprietário do imóvel não o fizesse com violência deliberada.

Vemos, portanto, que as fontes apontam, já em época justiniana, uma série de hipóteses em que se poderia exercer por mão própria a atividade necessária para efetivação do direito. Por essa razão, cremos ser lícito pensar que a *actio* fosse posição jurídica pertinente à esfera jurídica do indivíduo, mas que foi subtraída a possibilidade de seu exercício pela administração da justiça, na medida em que se foi coibindo atos de violência privada.

Nessa medida, portanto, temos a *alienação* do sujeito em relação à *actio*, que fora realizada quase por completo no período da *extraordinária cognitio*, período em que, do mesmo modo, se faz adequada a definição de *actio* de Celso (D.44, 7, 51).

⁸²PUGLIESE, Giovanni, *op. cit.*, pág. 24.

Referências Bibliográficas:

1. ARANGIO-RUIZ, V. Instituzioni di diritto romano. 11^a ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1952.
2. BONFANTE, Pietro. Diritto romano. Firenze: Fratelli Cammelli, 1900.
3. CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto d'azione, in Opere Giuridiche, vol. I, Napoli: Morano, 1965.
4. CORREA, Alexandre; castro correa, Alexandre Augusto; Sciascia, Gaetano. Manual de direito romano, vol. II. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
5. MEIRA, Silvio A.B. A lei das XII tábuas: fonte do direito público e privado. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
6. _____. Processo civil romano, 2^a ed. Belém: Falanzola, 1962.
7. MONTEIRO, João Pereira. Direito das ações. São Paulo, 1905.
8. MOREIRA ALVE, J. C. Direito romano, vol. I. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
9. PONTES DE M. F. Cavalcanti. Tratado de direito privado, tomo V. 4^a ed. São Paulo: RT. 1974.
10. PROVERA, Giuseppe. A noção romana de actio, in Seminários de Direito Romano, Brasília, 1984 (agora in Provera, Giuseppe. Scritti giuridici - Collana della Rivista di Diritto Romano, disponível em <<http://www.ledonline.it/revistadirittoromano/scrittiprovera.html>>. Acesso em 12 de junho de 2009).
11. _____. Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana, in Studi in onore di Arnaldo Biscardi, vol. IV. Milano: Cisalpino, 1983 (agora in Provera, Giuseppe. Scritti giuridici - Collana della Rivista di Diritto Romano, disponível em <<http://www.ledonline.it/revistadirittoromano/scrittiprovera.html>>. Acesso em 12 de junho de 2009).
12. PUGLIESE, Giovanni. Actio e diritto subietivvo. Milano: Giuffrè, 1939.
13. _____. Polemica intorno all'actio. Firenze: Sansoni, 1954.
14. SATTA, S. Azione-storia del problema. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1959.
15. TUCCI, José Rogério Cruz e; azevedo, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: RT, 2001.
16. VOLTERRA, Edoardo. Instituciones de derecho privado romano (trad. esp. Jesús Daza Martínez). Madrid: Civitas, 1986.
17. WINDSCHEID, Bernard. Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf: Verlag von J. Buddeus, 1856 (trad. It. Ernest Heintz e Giovanni Pugliese, in Polemica intorno all'actio. Firenze: Sansoni, 1954).