

CARLOS ALEXANDRE BÖTTCHER

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

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

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

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	4
1. INTRODUÇÃO.....	6
2. ASPECTOS DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA MONARQUIA E INÍCIO DA REPÚBLICA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.1. Historiografia tradicional.....	Erro! Indicador não definido.
2.2. Passagem da Monarquia à República: críticas da doutrina à historiografia tradicional	Erro! Indicador não definido.
2.3. A Religião romana arcaica	Erro! Indicador não definido.
2.4. <i>Sacerdotium, Rex e Magistratus</i>	Erro! Indicador não definido.
3. A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO DIREITO COMPARADO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.1. Antigo Direito Babilônico	Erro! Indicador não definido.
3.2. Antigos Direitos Gregos	Erro! Indicador não definido.
3.3. Direitos Germânicos	Erro! Indicador não definido.
4. ORIGENS DO PROCESSO CRIMINAL ROMANO.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.1. Aspectos gerais.....	Erro! Indicador não definido.
4.2. <i>Coercitio</i>	Erro! Indicador não definido.
4.3. <i>Provocatio ad populum</i>	Erro! Indicador não definido.
4.4. <i>Crimina e Delicta</i>	Erro! Indicador não definido.
5. ORIGENS DO PROCESSO CIVIL ROMANO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
5.1. Aspectos gerais e Defesa privada	Erro! Indicador não definido.
5.2. Teoria da Arbitragem	Erro! Indicador não definido.
5.3. Críticas às teorias da Defesa Privada e da Arbitragem.....	Erro! Indicador não definido.
5.4. Teoria da jurisdição pontifical.....	Erro! Indicador não definido.
5.5. Teorias do controle progressivo de atos de defesa privada	Erro! Indicador não definido.
5.6. Teorias da <i>Volksjustiz</i>	Erro! Indicador não definido.
5.7. Teorias Mistas	Erro! Indicador não definido.
6. BIPARTIÇÃO DA INSTÂNCIA.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
6.1. Aspectos gerais.....	Erro! Indicador não definido.
6.2. Fontes	Erro! Indicador não definido.
6.3. Teoria da Bipartição originária.....	Erro! Indicador não definido.
6.3.1. M. Wlassak.....	Erro! Indicador não definido.
6.4. Teorias da Bipartição posterior	Erro! Indicador não definido.
6.4.1. L. Wenger.....	Erro! Indicador não definido.
6.4.2. M. Kaser.....	Erro! Indicador não definido.
6.4.3. G. Broggin.....	Erro! Indicador não definido.
6.4.4. G. Pugliese	Erro! Indicador não definido.

6.4.5. Outras teorias	Erro! Indicador não definido.
7. ESTRUTURA ORIGINÁRIA DAS <i>LEGIS ACTIONES</i> E BIPARTIÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
7.1. Aspectos gerais	Erro! Indicador não definido.
7.2. O <i>Sacramentum</i> e a <i>Legis actio sacramento</i>	Erro! Indicador não definido.
7.2.1. Caracteres Gerais	Erro! Indicador não definido.
7.2.2. Fontes	Erro! Indicador não definido.
7.2.3. Etimologia de <i>Sacramentum</i>	Erro! Indicador não definido.
7.2.4. Origens do <i>Sacramentum</i>	Erro! Indicador não definido.
7.2.5. <i>Vindicatio</i>	Erro! Indicador não definido.
7.2.6. <i>Legis actio sacramento</i> e Bipartição	Erro! Indicador não definido.
7.3. <i>Legis actio per manus iniectioem</i>	Erro! Indicador não definido.
7.3.1. Fontes Principais	Erro! Indicador não definido.
7.3.2. Caracteres gerais e outras fontes	Erro! Indicador não definido.
7.4. <i>Legis actio per iudicis arbitrive postulationem</i>	Erro! Indicador não definido.
7.4.1. Fontes	Erro! Indicador não definido.
7.4.2. Caracteres gerais	Erro! Indicador não definido.
8. <i>IURISDICTIO</i> E BIPARTIÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
8.1. Aspectos gerais	Erro! Indicador não definido.
8.2. Etimologia de <i>Iurisdictio</i>	Erro! Indicador não definido.
8.3. Conteúdo da <i>iurisdictio</i>	Erro! Indicador não definido.
8.4. <i>Iurisdictio</i> e <i>Imperium</i>	Erro! Indicador não definido.
8.5. <i>Iurisdictio</i> criminal	Erro! Indicador não definido.
9. <i>IUDEX</i> E BIPARTIÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
9.1. <i>Iudex</i>	Erro! Indicador não definido.
9.2. <i>Arbiter</i>	Erro! Indicador não definido.
9.3. <i>Iudex arbiterve</i>	Erro! Indicador não definido.
10. HIPÓTESE E CONCLUSÕES	9
RESUMO	18
ABSTRACT	19
RIASSUNTO	20
BIBLIOGRAFIA	22
ÍNDICE DAS FONTES	39

ABREVIATURAS

AfO = *Archiv für Orientforschung* (Wien).

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

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

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

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

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

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

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

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

ED = *Enciclopedia del diritto* (Milano).

EI = *Enciclopedia Italiana* (Roma).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NDI = *Nuovo Digesto Italiano* (Torino).

NNDI = *Novissimo Digesto Italiano* (Torino).

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

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

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

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

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

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

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

TLL = *Thesaurus Linguae Latinae* (Leipzig).

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10. HIPÓTESE E CONCLUSÕES

Nesse capítulo, formular-se-ão críticas acerca das várias doutrinas expostas com o intuito de verificar suas contribuições para resolução da *vexata quaestio* e seus aspectos frágeis.

Da análise das fontes, ainda que escassas, e das várias teorias, tentar-se-á estabelecer uma hipótese plausível para a origem do processo civil e o problema da bipartição, quer no tocante à sua origem, quer no tocante às causas.

De fato, o modelo que temos da evolução do processo civil romano causa estranheza ao pesquisador moderno.

Embora a ideia das influências religiosas seja inerente à formação da justiça civil arcaica, sobretudo com a figura do *sacramentum*, estamos ainda imbuídos da concepção privatística decorrente da *teoria da arbitragem* e da nomeação do *iudex privatus*.

Pela relativa *communis opinio* que se apresenta, temos que o processo civil desenvolveu-se durante vários séculos de forma privada, vindo a atingir a efetiva publicização em seu último estágio evolutivo com o advento da denominada *cognitio extraordinaria*.

No entanto, temos que nos abstrairmos de certas concepções modernas, ou pelo menos tentar minimizá-las, tais como as dicotomias sacro/laico, público/privado, sob pena de não logramos compreender a real dimensão do problema. Muitas teorias que se ocuparam do início do processo civil e das causas da bipartição falharam justamente por apresentarem tais dicotomias de forma extremada à luz de seus significados atuais.

Ainda somos influenciados pelas doutrinas liberais do século XIX, segundo as quais o cidadão é ente dotado de plena autonomia e livre arbítrio oponíveis contra a ingerência do Estado. Embora tal modelo tenha colhido suas fontes sobretudo na Antiguidade clássica, não o fez de maneira isenta, mas sim com o intuito de legitimar o discurso de poder de então.

No caso que mais de perto nos interessa, verificamos que grande parte da teoria do processo privado romano foi construída com base na teoria arbitral, segundo a qual bastava a autonomia de vontade do cidadão romano livre para resolver qualquer litígio

privado. Dois cidadãos, acordando livremente sua vontade, elegeriam um terceiro para resolução da lide. Um modelo teórico-hipotético aparentemente perfeito e de acordo com a teoria contratualista. Mas completamente distante da realidade histórica romana sobretudo daquela mais arcaica.

E justamente esse é o desafio maior do historiador, qual seja, tentar compreender determinada realidade pretérita não com o espírito crítico e censurador do presente aliado aos inerentes preconceitos, mas sim, dentro do possível, com os olhos e a mentalidade do passado.

Ainda que no campo da História do Direito seja frequente a comparatística com institutos do presente, até para explicar a origem de muitos deles, não se deve descurar a exata compreensão do contexto histórico em seus vários aspectos. Ademais, no caso do Direito Romano, enquanto sistema jurídico histórico, devemos ter como diretriz metodológica a *purificação conceitual*, tentando-se abstrair das inúmeras categorizações modernas, que nos afastam, muitas vezes, da correta compreensão da verdadeira *Romanitas*.

No caso dos primórdios de Roma, vimos como a própria acepção etimológica de *ius* deixa transparecer sua origem místico-religiosa. Também vimos como, durante séculos, o conhecimento dos ritos, das fórmulas dos negócios jurídicos e do processo esteve a cargo da classe sacerdotal. Ainda que se fale em laicização do Direito, não devemos entendê-la de forma absoluta como se tivesse havido uma rígida ruptura entre Direito e Religião e o completo isolamento (*Isolierung*) entre eles, sobretudo se levarmos em consideração a célebre definição de Ulpiano (*Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*).

Por conseguinte, resulta evidente que a arbitragem não explica, em absoluto, quer a origem do processo civil romano, quer a origem da bipartição. Ainda que se reconheça a existência de formas aparentemente arbitrais para solução de controvérsias privadas, em sistemas jurídicos antigos, acreditamos que, no mais das vezes, desenvolveram-se de forma paralela aos processos públicos ou perante o chefe da comunidade.

Não se trata da evolução pura e simples de um modelo privado arbitral para um modelo estatal sob o fundamento de constante fortalecimento do Estado. Aceitar essa

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

