

A HERANÇA ROMANA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Cristiano Becker Isaia*

Resumo

O presente trabalho tem como um de seus objetivos a investigação do comprometimento do processo civil de que se dispõe atualmente com o processo praticado na Roma antiga, em especial o do período *justinianeus*. Desde então se está diante de uma jurisdição-processual declaratória, desprovida de *imperium* (neste trabalho entendido enquanto atividade estatal democrática). Nesse ambiente é que se sobrelevou o rito ordinário, posteriormente sedimentado pelas filosofias racional-iluministas como o método apto ao alcance da “verdade” em processo. É o local em que, como se verá, foram proscritos os juízos de verossimilhança, o que certamente vem dificultando e muito à satisfação dos direitos sociais-fundamentais no atual paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: direito romano; processo civil; verossimilhança; direitos sociais-fundamentais; Estado Democrático de Direito

Abstract

The present work has as the one of its objectives demonstration of the relation of the civil process of that if it makes use currently with the process practised in old Rome, in special of the period *justinianeus*. Since then one is ahead of jurisdiction-procedural declaratory, an unprovided one of *imperium* (in this work understood while democratic state activity). In this environment it is that the usual rite was valued, later sedimented for the philosophies rational-iluministas as the method apt to the reach of the “truth” in process. Is the place, as it will be seen, the probability judgments had been prohibit, what certainly it comes making it difficult and very to the satisfaction of the social-basic rights in the current paradigm instituted for the Democratic State of Law.

Key-words: roman law; civil process; probability judgments; social-basic rights; Democratic State of Law

Introdução

* Doutor em direito público pela UNISINOS/RS. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UFSM e UNIFRA. E-mail do autor: cbisaia@terra.com.br.

O direito processual civil, como o conhecemos, tem como uma de suas fontes o processo praticado na Roma antiga¹, em especial o do período justiniano (século VI d.C.). A partir dele é possível compreender o fenômeno da sedimentação da ordinariedade processual. Trata-se da reiterada utilização, no processo civil, do *método ordinário-declaratório*, herança que o processualismo carrega arduamente desde o referido período, sendo posteriormente sedimentado pelas filosofias racionalistas do século XVII, momento em que se pretendeu fazer do direito uma “ciência” matematizante. Nesse ambiente, o pensamento moderno levaria o processo civil a uma redução conceitual própria às ciências de medir e pesar, alimentando o dogmatismo procedimental a ponto de afastar o processo do fato que lhe dá origem e fundamento.

Talvez por isso se explique porque a utilização da razão como único meio ao indivíduo no alcance às “verdades absolutas” destemporalizou o processo civil. Tornou-o um instrumento a-histórico: um local onde atuam juízes irresponsáveis e mecanicamente programados para sobrelevar o procedimento ao custo do plano fático, relegado tradicionalmente em prol da supervalorização do rito. Essa é a compreensão metodológica em que o atual processo civil está inserido. A própria trilogia *conhecimento-execução-cautelar* é uma prova disso.

O interessante é que toda essa “lógica” (própria de uma forma algébrica) que está ao entorno do *iter* processual civil recebeu a complacência de uma atividade jurisdicional que apostou suas fichas no procedimento, dando azo, por outro lado, a uma insistência positivista capaz de alimentar as mais variadas formas de decisionismos interpretativos. Se desde então ao magistrado não lhe era dada a possibilidade de interpretar a lei, é também o rito ordinário e o processo de conhecimento, na forma como ensinado há séculos nas academias jurídicas e praticado nos tribunais forenses, fruto dessa mesma concepção. Uma concepção que destituiu a magistratura na função de promoção de políticas públicas, de satisfação dos direitos sociais-fundamentais, tornando-a por vezes um ente neutro (passivo).

O desafio está em compreender que a processualística civil, o que se deve ao arraigamento do processo à fase tardia (período pós-clássico) do direito romano (sedimentada, posteriormente, pelo iluminismo-racionalista, como já se fez referência),

¹ Para Ovídio Baptista, o conceito de jurisdição em direito romano é o verdadeiro *paradigma* que demarca e condiciona os demais conceitos e institutos com que a ciência processual moderna elabora suas categorias. (*In*: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 25). Tal constatação é recebida como um incentivo ao estudo do processo romano, que esconde segredos inimagináveis, como logo se verá.

tem-se apoiado numa tal “procedimentalidade” (e também “instrumentalidade”²) que acaba se revelando inautêntica ao universo hermenêutico, o que leva à inefetividade do próprio processo. Conseqüentemente, da Constituição.

O processo civil de que se dispõe atualmente ainda não é capaz de atender à satisfação dos direitos sociais-fundamentais constitucionalizados, até mesmo porque concentra seu foco no solitarismo judicial e em sua fixação pelo ritualismo³ fase-a-fase ordinário – compreendido como o modelo essencial do direito processual civil moderno, capaz de satisfazer na plenitude e de modo exauriente o direito material invocado em juízo⁴ –, o que o leva a ficcionalmente crer que dessa forma trará “segurança” às partes, criando uma verdadeira aversão por todas as formas de juízos fundados em simples verossimilhança, fruto da herança cartesiana. É de se questionar: segurança a quem? Ao que? Para quando? Ao passado (que é o que se verifica), presente ou futuro?

O fato é que, atualmente, a complexidade e a contingência que se apresentam cada vez com maior intensidade na sociedade contemporânea exigem um re-pensar processual. Isso porque se o modelo estatal Democrático de Direito se justifica perante a missão de *transformar a sociedade*, não pode a jurisdição-processual civil continuar a servir como instrumento declaratório tão-somente.

Tais considerações justificam a opção deste trabalho em investigar a historicidade do direito processual romano de período anterior (clássico, do séc. II a.C ao III d.C) ao tardio (pós-clássico, do séc. IV d.C a derrocada do Império romano ocidental). Em pleno século XXI, seu (do processo) re-descobrimento revela-se uma necessidade. Entretanto, percorrer os mesmos caminhos da processualística moderna mostra-se um equívoco a que não se pode incorrer. Revela-se imperioso, assim, o

² No direito processual civil brasileiro, a obra mais consistente sobre a instrumentalidade no âmbito do processo civil foi escrita na década de oitenta por Cândido Rangel Dinamarco, que defende uma instrumentalidade para a realização de escopos metajurídicos (sociais, econômicos, etc.) através da intervenção judicial (protagonismo judicial). Tanto Dinamarco defende o protagonismo judicial, que em uma de suas passagens refere que o juiz “pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar nos sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça”. In: *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, pp. 199-200.

³ A valorização do rito em processo civil é objeto da crítica de Vittorio Denti, o qual denomina essa fixação pelo procedimento de “tecnicismo extremo”, transformando o juízo em uma espécie de laboratório. In: *Un progetto per la giustizia civile*. Bolonha: Ed. Mulino, 1982, p. 124.

⁴ Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências*. Artigo publicado no periódico intitulado Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes [et al.] Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

resgate do que foi ocultado pelo tempo e por nós mesmos.

Daí o retorno ao direito romano como fonte essencial de produção processual, cujo desvelar se mostra uma possibilidade na alforria da dogmática, que com seus conceitos universalizantes pretende, através do método e da objetificação dos sentidos, antever as hipóteses aplicativas em direito, perspectiva incompatível com um Estado (brasileiro) que se proclama Democrático de Direito e com a instituição efetiva de qualquer forma de sumarização de demandas em processo civil.

1. O esquecimento do processo civil do período clássico do direito romano. A universalização da ação condenatória e a proscrição dos juízos de verossimilhança

A invasão dos povos germânicos e eslavos no século V, mesmo tendo causado a derrocada do Império do Ocidente, não foi capaz de gerar igual ocorrência no Oriente e no direito romano ali praticado, denominado direito bizantino. Ressalte-se que o Império do Oriente mantém-se no sudeste da Europa, expandindo-se rapidamente sob o comando de Justiniano, ainda no século VI d.C.

Entretanto, mesmo ante a derrocada do Império ocidental, o direito romano continuou sendo aplicado às populações de origem romana, enquanto os invasores permaneceram a viver segundo o seu direito de origem germânica, cujo reino vem a se tornar Império em 800 d.C., com Carlos Magno, o qual decai posteriormente diante do enfraquecimento de seu poder de gerência, exercido a partir de então pelos senhores locais. O próprio regime político e social torna-se feudal, sobretudo na França e Alemanha.

Dos séculos IX ao XII o direito feudal domina a Europa Ocidental, somente vindo a desaparecer definitivamente ao final dos séculos XVIII na França e XIX na Alemanha.⁵ O fato é que entre os sécs. V e XI a prestação jurisdicional, antes concentrada no mundo romano do tardo Império, acaba adentrando numa fase lacunosa causada pelas invasões bárbaras (e suas origens), momento (notadamente entre os sécs. V ao VII) em que Roma perderia a centralização do poder. Os primeiros esboços da idade média trouxeram novas manifestações jurídicas, num quadro de reinos independentes, locais em que a jurisdição clássica romana vai sendo pouco a pouco esquecida.

Tais reinos independentes foram sendo exercidos das mais variadas formas, haja

⁵ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 127-128.

vista que naquele momento haviam escapado ao controle do Príncipe. Destacam-se os centros feudais, local habitado por um Senhor que controlava a tudo e a todos, e o início da influência da Igreja.⁶ Tais fenômenos retirariam do direito a unitariedade, já que o mesmo passaria a uma condição de refém dos centros de poder. Um verdadeiro pluralismo composto de uma infinidade de ordenamentos, subtraindo tanto a ordem como um judiciário comum.⁷

A própria Igreja –, que por séculos se utilizou das fontes do direito romano –, provocou a tentativa de instituição de uma unidade jurídica, dada mesmo a realidade do pluralismo de ordenamentos da época. Essa influência também se refletiria nos institutos processuais, porquanto a partir de então se institucionalizam os princípios da *clemência* e de *benignidade*. A jurisdição-processual, com isso, teria passado a não poder utilizar institutos que constrangessem os sucumbentes (os devedores), o que contribuiu decisivamente para a tentativa de proscrição dos juízos de verossimilhança em processo, já que o encurtamento do *iter* poderia vir a causar riscos demasiados aos mesmos.

E não se olvide que a época medieval refere-se a um momento em que ainda não nasceu o sujeito de identidade autônoma. Isso permitia que algumas regalias fossem sustentadas por uns (principalmente clérigos, senhores feudais e reis bárbaros) em oposição a outros, marca característica do período feudal e do direito feudal. O fato é que seu crescimento levou praticamente à supressão do direito romano⁸, que somente renasceu a partir do século XI⁹, iniciando na Itália e desenvolvendo-se gradativamente

⁶ A Igreja exerceu um papel extremamente influente no Direito do referido período, o qual passou a se constituir progressivamente a partir do fim da Antigüidade, à medida que se deu o desenvolvimento das instituições eclesiásticas e a concessão de franquia e imunidades à Igreja. Tais “regalias” lhe permitiam escapar da autoridade civil a ponto de exercer ela própria sua Jurisdição sobre os membros do clero e dos próprios fiéis. Cf. VERGER, Jacques. *Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII*. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru, São Paulo: Ed. EDUSC, 2001, p. 93.

⁷ Esse fenômeno é mais fortemente verificável na alta idade média. Neste período é que a unicidade do direito romano foi substituída pela diversidade dos direitos nacionais das realezas germânicas. *Idem, ibidem*, p. 92.

⁸ Para Merryman o *corpus iuris* não se limitava ao direito civil romano. Incluía muitas coisas referentes ao poder do imperador, a organização do império, etc. Caiu em desuso com a derrocada do império romano. Os invasores aplicaram versões do direito civil romano mais rudimentares, menos refinadas, trazendo seus próprios costumes legais germânicos, que se aplicavam a eles mesmos mas não aos povos conquistados. A fusão de certas leis germânicas com as instituições legais romanas é que, ao largo dos séculos, se denominou “direito romano vulgarizado”. In: MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 7ª edição. Tradução para o espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 27-28.

⁹ Sustenta Verger que quando Justiniano determinou a elaboração de sua compilação, as relações entre o Impérios do Oriente e o Império de um ocidente bárbaro estavam bastante

na França, Alemanha, Espanha e de forma menos intensa na Inglaterra.¹⁰

Em tal período, à Universidade de Bolonha¹¹ foram postos à consideração o *Digesto* e as *Institutas*¹², ou seja, o conjunto do *corpus iuris civilis* de Justiniano, que posteriormente foi estudado arduamente em toda a Europa, momento em que as jurisdições de diferentes países pretenderam exigir dos juízes o conhecimento do direito romano.¹³ Um direito, entretanto, que simplesmente ignorou o período anterior a Justiniano, detendo-se na renovação dos pilares que sustentavam o direito romano tardio. Isso se deve principalmente ao direito estudado nas universidades da idade média.

Relata Verger, em relação ao tema, que o despertar da atividade jurídica foi flagrante no referido período, sobretudo na França e Itália, momento em que estudiosos recorreram aos textos de direito romano em um autêntico trabalho de pesquisa, de crítica e de organização das fontes do direito. Entretanto, o “foco” de estudo centrou-se nos manuscritos da codificação justiniana¹⁴, não do período anterior, o que traria inegáveis reflexos ao direito processual civil.

Esse trabalho iniciou em Bolonha, ao final do século XI. Ali se operou o renascimento do direito romano, que por sua vez levou ao estudo aprofundado do *corpus iuris civiles* de Justiniano, em particular do *Digesto*, época em que os glosadores submeteram a compilação a um tratamento teórico que estruturou a teoria jurídica do continente europeu (a chamada *ciência européia do direito*), baseada, todavia,

distendidas. Isso justifica porque o *corpus iuris* foi recebido no Ocidente somente no século XI. Até então os reinos bárbaros contentaram-se com fontes jurídicas pobres e disparatas. In: VERGER, Jacques. *Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII*. Op. cit., pp. 90-91.

¹⁰ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Op. cit., p. 130.

¹¹ Sobre o ensino em Bolonha, assevera Wieacker que a partir dele a formação da ciência jurídica européia encontra-se ligada a um movimento cultural atingiu seu ponto de maior importância ao avançar em busca das camadas mais profundas da cultura antiga. A ideologia do movimento em Bolonha teria sido suscitada pela exploração crítica ou pela descoberta de textos fundamentais, como o *organon* aristotélico e os escritos de Platão. Também a fundação dos estudos jurídicos científicos se relaciona com o reingresso da literatura jurídica clássica, conservada na consciência jurídica da idade média. In: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Op. cit., pp. 38-39.

¹² Trata-se de um verdadeiro manual de direito romano elaborado para o uso dos estudantes de Direito de Constantinopla. Serviram-lhe como modelo de Comentários de Gayo e são divididas em quatro livros, que indicam os vários assuntos abordados. In: JUSTINIANO I. *Institutas do imperador Justiniano*. Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 06.

¹³ Cf. VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Ed. Resjuridica, 1991, p. 84.

¹⁴ Cf. VERGER, Jacques. *As universidades na Idade Média*. Op. cit., p. 25-26.

fundamentalmente, no período do direito romano pós-clássico justinianeu.¹⁵

Segundo Verger, deve-se inicialmente a Irnerius a renovação do *corpus iuris* em cinco volumes.¹⁶ A ele atribui-se, da mesma forma, o início da glosa jurídica, fulcrada no procedimento de inserir entre as linhas (glosa interlinear) ou na margem do próprio texto (glosa marginal) do *corpus iuris* certo número de explicações de palavras ou expressões difíceis. Tais glosas haveriam se acumulado por estratos sucessivos até chegar a um conjunto extremamente grande e profundo de esclarecimentos detalhados sobre o Digesto de Justiniano.

Por intermédio dos principais alunos de Irnerius é que o trabalho dos glosadores tomou uma amplitude considerável.¹⁷ Segundo Kaser, “tratava-se de tirar do acervo Justiniano, sem recorrer à história e segundo somente as fontes do *trivium*, ou seja, a gramática e a dialética, os elementos de uma doutrina perfeitamente coerente, ou ao menos todos os elementos de análise jurídica e os princípios do direito que ele continha”.¹⁸

Assim, diante de uma necessidade da época, os glosadores substituíram as fraquezas e incoerências dos direitos bárbaros a partir de uma racionalidade onde ao direito incumbia a missão de regular a sociedade. Para Ferraz Júnior, o trabalho dos glosadores foi o de desenvolver uma técnica especial de abordagem de textos pré-fabricados, aceitos por sua autoridade, caracterizados pela *glosa* gramatical, pela exegese e pela explicação de sentido. Uma dogmática jurídica determinada pela própria autoridade da glosa. Uma conexão entre autoridade e razão, na crença de que o texto de Justiniano seria a encarnação da *ratio scripta*.¹⁹

Esse trabalho foi sendo paulatinamente inserido nos métodos de ensino aos alunos da Universidade de Bolonha. A preocupação dos juristas da época, com base nas glosas, estava em realizar uma exegese minuciosa do direito romano. O interesse em investigar o fenômeno da renovação do direito justiniano em Bolonha guarda relação a influência exercida por esse movimento renovatório no redimensionamento das formas processuais do direito romano tardio (o que ocorreu principalmente pelo desvelamento da *actio* romana) e no conseqüente “esquecimento” do processo do período clássico do

¹⁵ Cf. KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 25.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 95-96.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 97.

¹⁹ Cf. FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, pp. 21-22.

direito romano, anterior àquele.

O período clássico do direito romano guarda relação a um momento histórico considerado por muitos romanistas como o apogeu do direito romano. Estendeu-se do século II a.C. ao fim do século III d.C. Tem início como um sistema individualista, ao passo que na perspectiva política a liberdade do povo começa a se desvanecer. Consolida-se diante de uma época de submissão política à figura do imperador, o que instiga os juristas romanos a construir, no plano do direito privado, um sistema jurídico completo e coerente.

A lei escrita começa a aparecer como forma de limitar o poder do próprio Estado. Destacam-se como fontes²⁰ produtivas do direito os éditos dos pretores e a jurisprudência.²¹ É nesse contexto que a atividade jurídica no âmbito prático é o destaque do período clássico, o que se deu principalmente pela atuação de pretores e jurisconsultos.

A jurisprudência aparece como uma fonte extraordinária de produção do direito.²² Ao invés de hipostasiar a lei na vã (e metafísica) tentativa de prever todas as hipóteses de sua aplicação (ficção positivista), ela sobrelevava o caso prático e aquilo que já tinha sido decidido a respeito de dada matéria em casos análogos anteriores. Sobre o tema, ao procurar investigar o caráter científico da ciência do direito, Ferraz Júnior destaca como as teorizações da época eram ligadas mais à práxis jurídica. O renomado jurista-filósofo faz referência à capacidade dos romanos em produzir definições duradouras e diferentes critérios para as diferentes situações em que se manifestavam os conflitos judicializados perante os Tribunais romanos. Nesse sentido, a jurisprudência romana enquadra-se no saber prudencial (*fronesis*) aristotélico, cujo instrumento básico seria a dialética, a arte das contradições, do exercício da palavra, do confronto de teses.²³

Na Roma de período clássico a palavra *jurisprudência* referia-se ao “conhecimento das regras jurídicas e a sua atuação pelo uso prático”.²⁴ Os

²⁰ Interessa referir, nesse particular, que no direito clássico as fontes eram várias e a principal delas não era constituída por uma norma geral e abstrata, mas sim pelos éditos dos pretores e pelos pareceres dos jurisconsultos. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. Artigo publicado junto ao sítio www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm. Acesso em 02.06.2009.

²¹ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. *Op. cit.*, p. 87.

²² Para um maior aprofundamento sobre a atividade intelectual desempenhada pela jurisprudência no período clássico do direito romano, consultar: BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milão: Ed. Giuffrè, 1972, p. 30.

²³ Cf. FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. *Op. cit.*, pp. 18-20.

²⁴ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. *Op. cit.*, p. 90.

jurisconsultos foram os grandes responsáveis por isso. Eram homens extremamente experientes na prática do direito, quer enquanto realizavam consultas jurídicas, quer enquanto redigiam atos e orientavam as partes nos processos. Segundo Gilissen, dada a abundância de matérias tratadas e pela construção lógica das suas obras, os jurisconsultos elaboraram uma verdadeira ciência do direito.²⁵ Atuavam os *iuris prudentes*²⁶ em comunicação direta com a realidade da época. Usavam a lei como fonte, é verdade. Mas não a alçavam como condição de possibilidade na aplicação do direito, porquanto era justamente o *elemento prático* (caso concreto em si mesmo) que para eles *estava por detrás de todo e qualquer julgado*.

Numa linguagem hermenêutica, o respeito à historicidade em seus pronunciamentos era responsável pela intermediação, através de uma linguagem própria, entre sujeito (*iuris prudentes*) e coisa (*caso concreto*). A jurisprudência de tal período respeitava a história, e por isso era íntegra. Rechaçava métodos para atuar diante do fenômeno da aplicação do direito, não desprezando em momento algum os ideais de justiça e equidade.

Seu respeito à história levava respeito ao presente, passado e futuro, notadamente a partir de um *debruçar-se sobre o caso concreto*. Todavia, o que será de fundamental importância tratar mais a frente, o jurisconsulto, ainda que sobrelevasse o caso concreto, como todo parecerista recebia as provas já resolvidas na consulta, o que certamente traria problemas na seqüência da cadeia evolutiva processual civil.

É nesse momento da evolução do direito e do processo romano que tem início a utilização de um local de sumarização processual extremamente interessante. Trata-se do procedimento dos interditos, os quais se referiam a uma *ordem* proclamada pelo pretor na segurança de relações privadas, em especial para impor o respeito às situações de *aparência jurídica*, objetificando que as reclamações fossem efetuadas processualmente e não pelo uso da força.²⁷ A concessão dos interditos remonta ao poder de *imperium* do pretor. Sobre tal base é que se desenvolvia, posteriormente, um procedimento de caráter judicial que ao interdito estava tecnicamente relacionado.

Distinguiam-se por categorias pelas quais o pretor ordenava, por exemplo, que se fizesse determinada exibição ou restituição. Eram utilizados principalmente na

²⁵ *Ibidem*, p. 91.

²⁶ Para Villey os jurisconsultos constituem exatamente o grupo de juristas que abandonaram o antigo ritualismo romano para sacrificar à filosofia. Eles estarão à cabeça do progresso do direito. In: VILLEY, Michel. *Direito Romano. Op. cit.*, p. 57.

²⁷ Cf. D'ORS, Álvaro. *Elementos de derecho privado romano*. 2ª edição. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975, p. 63.

resolução de questões de ordem possessória, e nessa sistematicidade dividiam-se em proibitórios, restituitórios e exibitórios.²⁸ Os proibitórios eram destinados a impedir que se fizesse alguma coisa, como a de realizar algo em um rio prejudicando a navegação. Os restituitórios objetivavam a devolução de coisas, *v.g.*, a restituição ao herdeiro-possuidor de bens hereditários utilizados por terceiros. Já os exibitórios relacionavam-se a exibição de pessoas ou coisas.²⁹

O interessante dos interditos é que a expedição de tais mandados através dos quais o pretor determinava que se executasse algo, ou que a parte demandada abstinhasse-se de praticar algum ato, era determinada *com base num juízo de aparência, de verossimilhança*, calcado em *cognição sumária*, auxiliando a que o demandante satisfizesse seu interesse com maior efetividade.³⁰ Isso porque os interditos, segundo Surgik, não definiam o litígio, apenas garantiam *de modo provisório* uma dada situação pré-existente. Eram ordens emanadas pelo pretor para garantir o bom processamento do litígio, calcadas unicamente na versão apresentada pelo litigante que as afirmou serem verdadeiras. O pretor, ao conceder os interditos, não examinava as circunstâncias alegadas, pois partia do pressuposto que as mesmas eram verdadeiras.³¹

Todavia, a romanística não recebeu a prática dos interditos como ensejadora de clássica atividade jurisdicional, o fazendo somente em relação à fase *apud iudicium* do procedimento formulário romano.³² Isso explica porque a doutrina processualística moderna não aceita as sentenças mandamentais e executivas, o que há muito tempo já vem alertando Ovídio Baptista.

Veja-se que enquanto o *iudex* limitava-se a produzir sentenças declaratórias, a

²⁸ Cf. JUSTINIANO I. *Institutas do imperador Justiniano*. *Op. cit.*, p. 335.

²⁹ *Idem, ibidem*, pp. 335-336.

³⁰ Cf. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos*. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1954, pp. 312-315.

³¹ Cf. SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Ed. Livro é Cultura, 1990, p. 88.

³² O procedimento formulário do período clássico romano era dividido em duas fases: a primeira, denominada *in iure*, perante o magistrado (pretor); a segunda, denominada *apud iudicem*, perante o juiz particular (*iudex*) a quem era confiada a função judicial de instruir e julgar. O procedimento *in iure* da *actio* objetivava a concessão da fórmula pelo pretor. Este a concedia ou não *baseado em juízos de simples verossimilhança*, não averiguando se o alegado pelo autor interessado correspondia à "verdade". No primeiro momento (*in iure*), a *litis* restava determinada entre as partes. O pretor estruturava suas condições de desenvolvimento. Produzia-se, a seu turno, a *litiscontestatio*, que limitava o objeto do processo. O magistrado também deveria assinalar os limites de constituição do objeto processual, que se seguia ao *iudex* para o ulterior procedimento e decisão definitiva da causa por meio da sentença. Sobre um maior aprofundamento do referido procedimento, consultar: Vittorio. *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos*. *Op. cit.*

atividade pretoriana na concessão dos interditos detinha caráter de *imperium*. Todavia, foi paulatinamente sendo proscrita por não se constituir em verdadeira atividade jurisdicional, o que se deu ante o fato de que os interditos eram considerados *atos de vontade do pretor* construídos sob juízos de *simples verossimilhança*.

Esse acontecimento teve como principal responsável a atividade realizada pelos glosadores, os quais contribuíram na universalização da ação condenatória, dado fulcral para compreender os primórdios de uma jurisdição que hoje se apresenta eminentemente declaratória.³³ Merryman, quando se refere a Bolonha, além de corroborar o fato e que o direito ali trabalhado era um dos temas de maior relevância, não deixa de alertar ao leitor que o direito que se estudava era o romano vulgarizado, o *corpus iuris* de Justiniano³⁴, depois re-denominado a *jus commune* europeu, que no âmbito processual acabou recebendo diretamente o legado estrutural e sistemático do *ordo*.

A partir de então é que tem surgimento um novo sistema processual, denominado *extraordinaria cognitio*. Todo o processo agora se desenvolve perante o *iudex*, momento em que os magistrados tornam-se delegados do Imperador.³⁵ Conseqüentemente, tanto o procedimento formulário quanto o poder pretoriano na emissão de interditos restou paulatinamente cedendo espaço ao exercício da faculdade cognitória dos imperadores, momento em que,

[...] a própria organização jurisdicional e toda a ordem processual ficaram como que condicionados e transcendidos pelo caráter burocrático e hierárquico em foi a nota típica do regime político romano-tardio.³⁶

A supressão do poder interdital dos pretores, justamente em razão do que se acabou de referir, é a marca da jurisdição no período pós-clássico (ou tardio) do direito romano, o que também se deve à influência do cristianismo e a pretensa universalização da *actio* condenatória. O conceito romano de jurisdição, a partir de então, desproveu-se de *imperium*, através do qual se operava a proteção de direitos com base em juízos de

³³ São vários os autores estrangeiros que atestam essa ocorrência. Os principais deles são os próprios romanistas mencionados no presente artigo. Na doutrina nacional, consultar: Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 74.

³⁴ Cf. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Op. cit., pp. 28-29.

³⁵ Para Surgik, a uma hierarquização quase militar teve que se submeter o processo, o que fez com que a sentença do procedimento cognitório não mais procedesse de um *iudex* privado, mas de um magistrado-funcionário imperial. In: Cf. SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Op. cit., p. 119.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 110.

aparência, universalizando, conseqüentemente, o procedimento da *actio* (exercido, no *ordo iudiciorum*, pelo *iudex*), influenciado, da mesma forma, pelo cristianismo.

Este também auxiliou na universalização da *actio* e na supressão das *interdictas*, dada uma benevolência capaz de expulsar todas as formas e instrumentos que pudessem constranger a pessoa do demandado.³⁷ Se qualquer juízo provisório há de atentar contra o agora imenso conjunto de garantias e defesas do réu (o que na contemporaneidade foi alçado a garantia constitucional para o processo civil), resta evidente porque os juízes foram proibidos de decidir com base em juízos de verossimilhança.

Assim, o fato da doutrina moderna não conceber uma espécie de ações e sentenças executivas, fato aliável inicialmente a estrutura bipartite do *ordo iudiciorum*, também se deve ao processo da *extraordinaria cognitio*. Este contribuiu decisivamente na transmissão do legado da jurisdição enquanto simples *iurisdictio*, carente de império, exercida pelo procedimento privado da *actio* com a supressão dos interditos, elementos que sustentam a origem da “ação processual” e da “sentença condenatória”, como hoje conhecidas.

Logo, acabou a jurisdição reduzida, principalmente a partir da influência do *ordo* e pela sedimentação da *extraordinaria cognitio*, ao procedimento da *actio*, dando origem ao atual rito ordinário-declaratório. Esse é o verdadeiro legado recebido pelo direito processual civil moderno, limitando-se praticamente, por isso, em exaltar o procedimento ordinário como fonte exclusivamente declaratória de direitos, o que viria espelhar a jurisdição moderna, que guarda relação com a concepção romana de *iurisdictio*.³⁸

O que não é considerado pela processualística, que se limita a referir que o direito processual advém do direito romano, está justamente no fato de que o direito moderno acabou por utilizar-se das fontes romanas dos últimos períodos da sua história, especialmente de Justiniano, perante o qual se aprimorou a oposição entre *iurisdictio* e *imperium*.³⁹

2. A influência do direito de Justiniano nos países da tradição do direito escrito (*civil law*) e a necessidade em se (re)desenhar a jurisdição-processual no projeto estatal democrático de direito

³⁷ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 100.

³⁸ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 15.

³⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 29.

Os fenômenos acima relatados explicam, em certa medida, como acabaram por surgir as tradições jurídicas do *common law* e da *civil law*. Este no continente europeu; aquele na Inglaterra. Sua (sistema da *civil law*) base de constituição está no direito romano justinianeu da época tardia do direito romano. Segundo Merryman, uma das razões que diferenciam tão sensivelmente os dois sistemas reside no fato de que a tradição do direito civil teria legado uma atuação jurisdicional aos moldes da realizada pelo *iudex* romano do período formulário, o qual, por não ser *expert* em direito, recorria ao jurisconsulto em busca de assessoria legal.⁴⁰

A tradição da *civil law*, da qual faz parte a processualística brasileira por influência européia (principalmente portuguesa e italiana), acabou assim por herdar um modelo jurisdicional que ao se fundar na figura do *iudex* romano e do direito justinianeu vulgarizado não recebeu a prática da concessão de interditos presentes na jurisdição pretoriana romana (que, por sua vez, sustenta a tradição dos países filiados à *common law*), auxiliando na formação de um modelo de juiz que através da ordinarização do rito processual limita-se a declarar direitos.⁴¹ Recebeu, dessa forma, a herança de uma tradição que se estruturava a partir da atividade de jurisconsultos na emissão de pareceres.

Os *iuris prudentes*, ainda que, como se viu, sobrelevassem o caso concreto, recebiam os processos sem vida, porquanto a produção probatória já se tinha realizado quando da consulta pelas partes, o que fomentou o afastamento do caso concreto e a conseqüente aposta no procedimento como meio revelador da “verdade”. É interessante verificar, com isso, que a atividade jurisdicional nos países da tradição *civil law* acabou por se limitar a uma atividade mecanicizada, de serventia à matéria já legislada, que ao modelo positivista crê que o sentido da lei, súmulas, enunciados, etc., dão-se no próprio texto⁴², exercendo o intérprete uma função reveladora do “espírito” contido na lei,

⁴⁰ Cf. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. *Op. cit.*, pp. 74-75.

⁴¹ De acordo com o ensinamento de Merryman, o juiz da *civil law* contemporânea desempenha as funções herdadas por uma tradição que data da época do *iudex* romano. Esta tradição não concebe o juiz como ator de um papel criativo, o que foi reforçado pela ideologia anti-judicial da revolução européia e pelas conseqüências lógicas da doutrina racionalista. O juiz do direito civil desempenha assim um papel substancialmente mais modesto que o juiz da tradição do direito comum. *Ibidem*, p. 78.

⁴² O que contribui para a dificuldade em administrar a complexidade social através de uma racionalidade ainda arraigada ao modelo kelseniano normativista-individualista em fazer (dizer) o Direito, o qual condicionou toda uma geração de juristas que continuam a acreditar que o sentido do Direito está nos textos legais, os quais, por sua vez, devem ser estruturados de forma pura, isto é, independentemente de critérios sociológicos, psíquicos, etc., o que seria

afastando a hermenêutica do caso concreto ao auxiliar na realização do sonho racional-iluminista: alcançar a *certeza* do direito.⁴³

Conseqüentemente, o sistema do direito escrito passou a se caracterizar pela reunião codificatória das leis e, por outras, mas também pelas mesmas razões, numa estrutura processual civil fase-a-fase, o que acabou intensificado com o movimento racionalista-normativista presente no século XVII. Em sentido contrário, a tradição inglesa e posteriormente a americana foram diretamente influenciadas pelo direito romano clássico, não tendo recebido tão intensamente as influências do direito justinianeu.⁴⁴ Na Inglaterra elaborou-se um sistema jurídico que deu ênfase às decisões das jurisdições reais, o que se deu a partir do século XIII para designar o direito comum, por ocasião dos costumes locais, próprios de cada região.⁴⁵

O sistema da *common law* guarda uma íntima relação ao direito jurisprudencial elaborado pelos juízes reais da época⁴⁶, sem estar relacionado diretamente à influência da lei, marca do direito praticado nos países da *civil law*. Por isso é que o recurso ao direito romano tornou-se dificultoso. Lembra Gilissen, sobre o tema, que a constituição do sistema da *common law* interliga-se à atividade dos juízes dos Tribunais reais de Westminster, para os quais os precedentes judiciais (*cases law*) foram sempre a grande utilidade⁴⁷ para a defesa dos interesses que lhe eram confiados. Com efeito:

[...] desde 1290, as principais decisões judiciais dos Tribunais

possível a partir da construção da norma jurídica. É por esta que se falaria numa *ciência do direito*, numa ciência das normas, não dos fatos. Sobre isso consultar: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

⁴³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

⁴⁴ Para GILISSEN, o renascimento do direito do direito romano não ocorreu de maneira uniforme na Europa. Isso significa que o grau de romanização varia de país a país. Ela foi maior na Itália, Alemanha e países belgo-holandeses. Já a Inglaterra escapou-lhe, graças ao desenvolvimento de seu *common law*. In: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Op. cit., p. 203.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 207.

⁴⁶ Relata GILISSEN que os reis da Inglaterra conseguem desde o século XII impor sua autoridade sobre o conjunto do território do seu reino. Conseguem desenvolver a competência de suas jurisdições com prejuízo das jurisdições senhoriais e locais que perdem progressivamente a maior parte de suas atribuições. Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei podia endereçar-lhe um pedido. O Chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada *writ* a um xerife para que este ordenasse ao réu que desse satisfação ao queixoso. Os *writs*, que inicialmente eram adaptados a cada caso, rapidamente tornaram-se fórmulas estereotipadas que o Chanceler passa após pagamento, sem exame aprofundado prévio. Encontra aí sobretudo o meio de atribuir o maior número de litígios para as jurisdições reais. *Ibidem*, pp. 209-210.

⁴⁷ Ainda que o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar noutro lugar os elementos de sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. In: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Op. cit., p. 212.

de Westminster eram registradas e conservadas nos *Year Books*, escritos em *Law French*, provavelmente por advogados. A partir do século XVI, as compilações impressas de jurisprudência, os *Law Reports*, constituem a documentação mais importante dos juízes e advogados.⁴⁸

O que de mais interessante há nesse sistema, ao menos para o presente trabalho, é que diferentemente à tradição dos países que receberam o direito escrito (*civil law*), o direito do juiz (*judge made law*), na *common law*, resgatou a função mais “realizadora” dos pretores da época romana clássica⁴⁹, consistente na emissão de interditos. A referida tradição guarda relação a um juiz (democraticamente) atuante (expressão que não deve ser confundida com ativismos ou decisionismos), enquanto que no direito escrito “la imagen neta del juez es la del operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es meramente mecánica”⁵⁰, um trabalho consistente em simplesmente encontrar a disposição legislativa correta, aplicando o silogismo entre a “premissa maior” (lei) e a “menor” (fato). Com efeito, “la premisa mayor se encuentra en el estatuto, los hechos del caso proveen la premisa menor y la conclusión se sigue inevitablemente”.⁵¹

Isso também explica porque o serviço judicial nos países de tradição civil tem ligação a uma carreira burocrática, onde o juiz é um funcionário, um empregado público, detentor de uma função judicial mecanicizada, fato que posteriormente se intensificaria com a doutrina da separação dos poderes no Estado Liberal. Esta, por sua vez, negou aos tribunais qualquer função interpretativa, prevendo que a atuação jurisdicional devesse socorrer-se à legislatura para a solução de problemas de interpretação da lei. A própria justiça não estaria na aplicação do direito⁵², mas na atividade legislativa. Seria um problema do direito positivado especificado em seus diferentes ramos, sem referência ao momento da aplicação do direito pelos juízes.⁵³

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 211.

⁴⁹ Sobre a relação entre a tradição *common law* e o período clássico do direito romano, consultar: RADBRUCH, Gustav. *O espírito do direito inglês*. Milão: Ed. Giuffrè, 1962, p. 04-08.

⁵⁰ Cf. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. *Op. cit.*, p. 77.

⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 77.

⁵² Karan ressalta que é justamente nas raízes do direito romano (ou da filosofia grega) que está situado o realce dado à realização da justiça na função jurisdicional. Em Aristóteles (no seu *Ética a Nicômaco*) encontramos na figura do juiz a personificação da justiça, cuja tarefa é a de realizar o justo. O juiz ideal é a justiça animada, a justiça vivente. In: KARAN, Munir. *A função judicial*. Artigo publicado junto à Revista de Processo, nº 42, ano 11. Editora Forense, 1986, p. 169.

⁵³ Sobre o tema, consultar: BIDART, Adolfo Gelsi. *La humanización del proceso*. Artigo publicado junto à Revista de Processo, nº 9, ano 3. Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 106.

Assim estar-se-ia a salvo da ameaça de uma tirania judicial.⁵⁴ Conseqüentemente, os modelos da *common law* e da *civil law* diferenciam-se ante o fato de que o primeiro guarda relação a um direito criado e modelado pelos juízes, enquanto que na tradição do direito civil os mesmos são funcionários públicos a quem cabe simplesmente (e de forma neutra) declarar o direito antevisto pelo legislador, fator que foi alimentado pela ânsia iluminista da busca da certeza (e segurança), que em processo receberia, como única condição de possibilidade, a sistematização do procedimento ordinário através da investigação exauriente da prova pelo juiz e seus auxiliares.

Como se pôde constatar, a influência do direito de Justiniano foi intensa nos países que receberam a tradição do direito escrito. Isso porque no Império Bizantino o direito romano continuou a ser estudado e aplicado durante toda a idade média, principalmente nas escolas italianas, que acabaram exaltando o ensino do direito romano da época justiniana. Em processo, do período pós-clássico e do velho *ordo*.

Para Wieacker, a autoridade do texto de Justiniano funda-se no ideário de que o Império designava a forma pensável do corpo de Cristo no Ocidente. Entretanto, a partir do século XII tal convicção adquiriu atualidade político-ideológica com a adoção do conceito justinianeu de soberania, momento em que Roma assumiu uma imagem mais variada entre um ideário de Império e república, principalmente a partir do trabalho dos glosadores⁵⁵ e de sua glosa.⁵⁶ E se o estilo de interpretação dos glosadores tinha como método fulcral a *ratio scripta*, fica fácil perceber como um texto isolado de um jurista constituía um já em-si-mesmo (isso servirá para construir a própria tese positivismo jurídico, principalmente no século XVIII), sem referência à sua conexão com o conjunto (sistema) de todos os textos (jurídicos). Sobre o tema, ensina Wieacker que,

[...] não obstante, os glosadores deram forma, com este modelo de ensino, ao método que fundamentalmente ainda hoje se mantém como técnica dos juristas. O resultado destes processos, moldados por incontáveis gerações de juristas e gravado na sua memória, foi um domínio do texto romano de que o jurista moderno já dificilmente pode fazer uma pequena idéia, mas também um treino na exploração lógica dos problemas jurídicos que ainda hoje permanece quase inalterado no estilo específico da discussão das hipóteses jurídicas, na argumentação e na interpretação. Os seus defeitos residem sobretudo na repressão da razão prática e da justiça pelo culto

⁵⁴ Cf. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Op. cit., p. 79.

⁵⁵ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Op. cit., pp. 43-44.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 50.

da autoridade e do formalismo lógico.⁵⁷

Dessa passagem é possível perceber que o mesmo fenômeno que tenderia a aparecer somente no movimento positivista jurídico do século XVIII encontra raízes na atividade dos glosadores do *corpus iuris* a partir do século XII, os quais teriam (mal)influenciado a aplicação prática do direito a partir de então, principalmente no que tange ao respeito da singularidade do caso concreto.

As considerações acima demonstram, a seu modo, que a jurisdição-processual dos países de tradição do direito escrito receberam o legado da jurisdição declaratória do período tardio do romano. E isso se deve principalmente à atividade dos glosadores, a partir do século XI em Bolonha, e da sedimentação do rito ordinário com as filosofias racionalistas do século XVII.

Esses fatores, quando trazidos ao século XXI, auxiliam a entender porque o processo civil de hoje, seja no Brasil ou noutro país de mesma tradição jurídica, sofre de um evidente déficit de realidade. Corre o risco de se afastar da instituição do social, já que representa um tempo homogêneo e uniforme capaz de enquadrar qualquer espécie de acontecimento, numa posição avessa a revoluções paradigmáticas institucionalizadoras. O *ser* de seu tempo, por conseqüência, vem continuamente proscrevendo a contingência social. A incerteza da mudança. Vem desprezando o *novo* diante do contínuo arraigamento ao procedimento, a plenariedade (ordinariedade), a (contínua) proscrição dos juízos de verossimilhança e à proteção de direitos unicamente individuais

Seria então viável, em pleno século XXI, o desvelamento dos interditos romanos? Como visto, a concessão de ordens ao cumprimento ou abstenção de determinadas prestações ou atos remonta ao período clássico do direito romano, o qual, notadamente na fase *in iure* do processo formulário, tornava possível a emissão de uma ordem (o que não foi recebido pela processualística como um ato jurisdicional dada a “voluntariedade” do pretor e a provisoriedade do interdito) que sobrelevava o interesse (o fato em si) do litigante que se dispunha a se socorrer da jurisdição.

Note-se, dessa forma, a efetividade do interdito, que a partir do poder de império do pretor protegia pessoas e coisas *a partir de cognição unicamente sumária*. Disso se extraem as principais características dos interditos: rapidez e sumariedade,

⁵⁷ *Ibidem*, p. 65.

sobrelevando-se o caráter fático da contenda.⁵⁸ Todavia, como já se fez referência, a romanística não recebeu a prática dos interditos como ensejadora de clássica atividade jurisdicional, o fazendo somente em relação à fase *apud iudicium* do procedimento formulário romano.

O leitor desavisado poderá facilmente confundir esse poder de *imperium* presente nos interditos com alguma forma de autoritarismo ou dominação. Engana-se. Seu verdadeiro sentido está relacionado, ao menos no âmbito processual, a uma *atividade nitidamente popular* (democrática), ao passo que através de atos legislativos se conferia *imperium* aos magistrados eleitos pelas assembléias.⁵⁹ Entretanto, como o procedimento dos interditos, ainda que dotado desse poder de *imperium*, possuía nítido caráter provisório, não poderia possuir caráter jurisdicional (argumento em que se apoiou a romanística). Justamente por isso é que acabou esquecido no tempo.

O fato é que uma possível reintrodução da estrutura dos interditos romanos no sistema processual civil de hoje não pode restar condicionada à vontade do julgador, a sua consciência, ou a um mero procedimento. E é por isso que o presente trabalho sustenta-se também na necessidade em compreender hermeneuticamente o processo civil, o que significa, além de não renunciar a história, de pensá-lo sob o prisma Constitucional. Daí exsurgirá a possibilidade de reler os institutos processuais tradicionais para compreender o processo enquanto *locus de manifestação da democracia*.

A reintrodução dos interditos, objetivando a satisfação dos *novos direitos* (relacionados ao assistencialismo social, biodireito, bioética, etc.) oriundos do neoconstitucionalismo compromissário e dirigente (que também incorpora a necessidade de compreender e utilizar técnicas processuais a partir de bases constitucionais), está condicionada a uma abertura (processual e democrática) à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite em processo. Por conseqüência, com o protagonismo judicial. Nesse sentido, é o caso concreto que exigirá a construção desse *locus* democrático de sumarização processual, onde se renovarão democraticamente os votos das *interdictas*.

Por isso é que a desocultação dos interditos no plano do processo civil não é e nem pode ser relacionada a um instrumento, um procedimento, ou a uma possibilidade

⁵⁸ Em relação ao plano processual dos interditos, também consultar: BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Ed. Cedam, 1938; GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milão: Ed. Giuffrè, 1955.

⁵⁹ Cf. SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. *Op. cit.*, p. 100.

conferida ao magistrado. Trata-se, sim, de um local de valorização dos direitos materiais-constitucionais porventura desafiados, vilipendiados por alguém, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público. E nesse contexto está relacionada a necessidade de instituição de um processo civil anti-arbitrário, anti-positivista, contrário ao simplismo do modelo subsuntivo de aplicação do direito.

Contudo, o desafio maior está em que o paradigma que sustenta o atual processo de conhecimento ainda concebe a magistratura diante do complexo binômio neutralidade-protagonismo, elegendo o ritualismo ordinário como o local apropriado para o desvelamento de verdades, o “único possível” à satisfação dos interesses postos em juízo, dependente de cognição exauriente. O referido paradigma vem contribuindo decisivamente para embaraçar a concessão de tutelas urgentes, atribuindo às mesmas uma série de requisitos e peculiaridades capazes de afastar o direito processual civil do plano fático, do direito material-constitucional efetivamente discutido em juízo.

Considerações finais

Qualquer pesquisa que intente investigar as raízes do direito processual civil nos países da tradição ocidental deve dar-se conta de seu comprometimento medular com o direito romano-canônico (principalmente o do período justiniano, de século VI d.C). Não é possível renunciar a essa carga histórica, que de forma extremamente contundente afetou o processo de que dispomos atualmente. O desafio está em compreender que a processualística civil, o que se deve ao arraigamento do processo à fase tardia (período pós-clássico) do direito romano, tem-se apoiado numa tal “procedimentalidade” que acaba se revelando inautêntica ao universo hermenêutico, o que leva à inefetividade do próprio processo e da Constituição.

Uma das causas disso está no fato de que a romanística não recebeu a prática dos interditos como ensejadora de clássica atividade jurisdicional, o fazendo somente em relação à fase *apud iudicium* do procedimento formulário romano, o que explica porque a doutrina processualística moderna não aceita as sentenças mandamentais e executivas. Veja-se que enquanto o *iudex* limitava-se a produzir sentenças declaratórias, a atividade pretoriana na concessão dos interditos detinha caráter de *imperium*. Todavia, foi paulatinamente sendo proscrita por não se constituir em verdadeira atividade jurisdicional, o que se deu ante o fato de que os interditos eram considerados *atos de vontade do pretor* construídos sob juízos de *simples verossimilhança*.

Tal fato acabou sedimentado com o surgimento do sistema processual que marcou o período pós-clássico do direito romano, denominado *extraordinaria cognitio*. Nele, todo o processo se desenvolve perante o *iudex*, momento em que os magistrados tornam-se delegados do Imperador. Conseqüentemente, o poder pretoriano na emissão de interditos restou paulatinamente cedendo espaço ao exercício da faculdade cognitória dos imperadores. Essa supressão do poder interdital dos pretores acabou sendo a marca da jurisdição no período pós-clássico (ou tardio) do direito romano, o que também se deve à influência do cristianismo e a pretensa universalização da *actio* condenatória.

Assim, o fato da doutrina moderna não conceber uma espécie de ações e sentenças executivas, fato aliável inicialmente a estrutura bipartite do *ordo iudiciorum*, também se deve ao processo da *extraordinaria cognitio*. Este contribuiu decisivamente na transmissão do legado da jurisdição enquanto simples *iurisdictio*, carente de império, exercida pelo procedimento privado da *actio* com a supressão dos interditos, elementos que sustentam a origem da “ação processual” e da “sentença condenatória”, como hoje conhecidas.

Tais ocorrências revelam como acabaram por surgir as tradições jurídicas do *common law* e da *civil law*. Veja-se que sua (do sistema da *civil law*) base de constituição está no direito romano justinianeu da época tardia do direito romano. A tradição da *civil law*, da qual faz parte a processualística brasileira por influência européia (principalmente portuguesa e italiana), acabou assim por herdar um modelo jurisdicional que ao se fundar na figura do *iudex* romano e do direito justinianeu vulgarizado não recebeu a prática da concessão de interditos presentes na jurisdição pretoriana romana (que, por sua vez, sustenta a tradição dos países filiados à *common law*), auxiliando na formação de um modelo de juiz que através da ordinarização do rito processual limita-se a declarar direitos.

Diferentemente da tradição dos países que receberam o direito escrito (*civil law*), o direito do juiz (*judge made law*), na *common law*, resgatou a função mais “realizadora” dos pretores da época romana clássica, consistente na emissão de interditos. A referida tradição guarda relação a um juiz (democraticamente) atuante (expressão que não deve ser confundida com ativismos ou decisionismos). Conseqüentemente, os modelos da *common law* e da *civil law* diferenciam-se ante o fato de que o primeiro guarda relação a um direito criado e modelado pelos juízes, enquanto que na tradição do direito civil os mesmos são funcionários públicos a quem cabe simplesmente (e de forma neutra) declarar o direito antevisto pelo legislador, fator que

foi alimentado pela ânsia iluminista da busca da certeza (e segurança), que em processo receberia, como única condição de possibilidade, a sistematização do procedimento ordinário através da investigação exauriente da prova pelo juiz e seus auxiliares.

Esses fatores, quando trazidos ao século XXI, auxiliam a entender porque o processo civil de hoje, seja no Brasil ou noutro país de mesma tradição jurídica, sofre de um evidente déficit de realidade. Corre o risco de se afastar da instituição do social, já que representa um tempo homogêneo e uniforme capaz de enquadrar qualquer espécie de acontecimento, numa posição avessa a revoluções paradigmáticas institucionalizadoras. Nesse passo, a reintrodução dos interditos, objetivando a satisfação dos *novos direitos* (relacionados ao assistencialismo social, biodireito, bioética, etc.) oriundos do neoconstitucionalismo compromissário e dirigente (que também incorpora a necessidade de compreender e utilizar novos *locus* processuais sumarizados a partir de bases constitucionais), está condicionada a uma abertura (processual e democrática) à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite em processo. Por conseqüência, com o protagonismo judicial. Nesse sentido, é o caso concreto que exigirá a construção de tais *locus* democráticos de sumarização processual, onde se renovarão democraticamente os votos das *interdictas*.

O que deve ficar claro é que a desocultação dos interditos no plano do processo civil não é e nem pode ser relacionada a um instrumento, um procedimento, ou a uma possibilidade conferida ao magistrado. Trata-se, sim, de um local de valorização dos direitos materiais-constitucionais porventura desafiados, vilipendiados por alguém, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público. E nesse contexto está relacionada a necessidade de instituição de um processo civil anti-arbitrário, anti-positivista, contrário ao simplismo do modelo subsuntivo de aplicação do direito e do modelo ordinário de processo.

Referências

BIDART, Adolfo Gelsi. *La humanización del proceso*. Artigo publicado junto à Revista de Processo, nº 9, ano 3. Editora Revista dos Tribunais, 1978.

BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Ed. Cedam, 1938.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milão: Ed. Giuffrè, 1972.

DENTI, Vittorio. *Un progetto per la giustizia civile*. Bolonha: Ed. Mulino, 1982.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

- D'ORS, Álvaro. *Elementos de derecho privado romano*. 2ª edição. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.
- GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milão: Ed. Giuffrè, 1955.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- JUSTINIANO I. *Institutas do imperador Justiniano*. Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- KARAN, Munir. *A função judicial*. Artigo publicado junto à Revista de Processo, nº 42, ano 11. Editora Forense, 1986.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 7ª edição. Tradução para o espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- RADBRUCH, Gustav. *O espírito do direito inglês*. Milão: Ed. Giuffrè, 1962.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências*. Artigo publicado no periódico intitulado Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes [et al.] Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos*. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1954.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- _____. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. Artigo publicado junto ao sítio www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm. Acesso em 02.06.2009.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Ed. Livro é Cultura, 1990.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- VERGER, Jacques. *Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII*. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru, São Paulo: Ed. EDUSC, 2001.
- _____. *As universidades na Idade Média*. Tradução de Fúlvia M. L. Moretto. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista, 1990.
- VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Ed. Resjuridica, 1991.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.