

# *Actio e Iurisdictio*: conceitos fundamentais na experiência jurídica romana

*Felipe Epprecht Douverny*

---

Aluno do 3º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Bolsista da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo com a pesquisa “O pretor: sua atuação no processo civil romano e sua influência no desenvolvimento do Direito Romano”, sob orientação da professora Eliane Maria Agati Madeira.

**Resumo:** O presente trabalho divide-se em duas partes. Na primeira, buscamos expor os conceitos de *actio* e *iurisdictio* no Direito Romano. Na segunda parte, o objetivo foi demonstrar a importância que tiveram esses dois conceitos, principalmente em virtude da atividade do pretor que, no exercício de sua *iurisdictio* e, muitas vezes, mediante a concessão de *actiones*, introduziu inúmeras inovações no direito romano, as quais fazem parte do *ius honorarium*, *viva vox iuris ciuillis* (D. 1,1,8).

**Palavras-chave:** *Actio*; *iurisdictio*; direito romano; processo civil romano.

## 1. Introdução

Um dos grandes equívocos que se pode cometer ao se estudar disciplinas históricas, como o Direito Romano, é aplicar ao passado conceitos contemporâneos, uma vez que estes podem levar-nos a “desvios e superposições conceituais”<sup>1</sup> indesejáveis. No caso específico do Direito Romano, há uma série de conceitos que, para os romanos, possuíam significado particularmente diferente daquele que lhes atribuímos hodiernamente. Dois exemplos disso são os conceitos de *actio* e *iurisdictio*, que constituem o objeto do presente texto.

Tais conceitos diferem bastante daqueles formulados pela contemporânea ciência processualista. Para esta, resumidamente, a ação é o direito a invocar a tutela jurisdicional, direito este que é: a) público (é direito que o particular tem perante o Estado) e, por isso, constitucional; b) abstrato (independe da procedência ou não do pedido realizado); c) autônomo (pois independe da existência da relação jurídica material); d) instrumental. A jurisdição, por sua vez, é a função estatal de pacificação dos conflitos mediante a aplicação do Direito ao caso concreto.<sup>2</sup>

Nesse trabalho, buscaremos estabelecer as diferenças entre a acepção desses termos na antiga Roma e no direito processual contemporâneo.

Além disso, *actio* e *iurisdictio* apresentaram grande relevância no desenrolar da experiência jurídica romana, mormente no que se refere à atuação do pretor que, no exercício de sua *iurisdictio*, introduziu, em grande parte mediante a concessão de *actiones*, uma série de inovações no Direito Romano, os quais constituíram o *ius honorarium*, “viva voz do direito

civil”.<sup>3</sup> Evidenciando alguns aspectos da atividade desse magistrado, buscaremos, na parte final do trabalho, demonstrar a aplicação dos dois conceitos em análise, bem como a sua relevância para o estudo do Direito Romano.

## 2. O significado de *actio*

O verbo *agere* remete à idéia de “pôr em movimento” ou “levar algo diante de si”, bem como “impelir” ou “conduzir”. Da mesma forma, *agere* significava, em especial, cumprir os ritos de sacrifício, recitar no teatro, expor as próprias razões em juízo.<sup>4</sup>

Desse verbo, deriva o vocábulo *actio*, que, além do significado de “atividade”, assumiu, na linguagem jurídica, especial conotação, “não de um agir qualquer, mas um agir segundo determinadas modalidades e com a interpretação de fórmulas previstas”.<sup>5</sup>

Assim é que se designava por *actio* um ato; ou um complexo de atos verbais, ou mesmo as fórmulas que deveriam ser observadas em tais atos. É o que se pode verificar nos formulários de compra e venda sugeridos por Mânio Manílio,<sup>6</sup> que recebiam o nome de *actio*. Também para os retores, confirmando a relação da oralidade com o termo, *actio* era uma das cinco operações para se produzir um discurso retórico, a parte da oração em que se realizava a declamação do discurso, como se depreende das seguintes passagens de Quintiliano:<sup>7</sup>

“*Omnis autem orandi ratio, ut plurimum maximeque auctores tradiderunt, quinque partibus constat: inventionione, dispositionione, elocutione, memoria, promuntiatione sive actione...*”.

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Pierangelo Catalano, no prólogo à edição brasileira do *liber 1* do Digesto de Justiniano (MADEIRA, 2002: 8).

<sup>2</sup> Cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2005.

<sup>3</sup> D. 1,1,8.

<sup>4</sup> Paul. Fest. 2,1,1.

<sup>5</sup> PUGLIESI, 1957: 24. Tradução nossa. No original: “non a um agire qualsiasi, ma um agire secondo determinate modalità e com la recitazione di formule predisposte”.

<sup>6</sup> Varrão, *de re rust.*, 2, 5,11: *qui Manili actiones secuntur*; 2,7,6: *ut in Manili actionibus sunt perscripta*. Mânio Manílio, jurisconsulto, cônsul em 149 a.C., além de seus conhecidos formulários de compra e venda (*Manilianae venalium vendendorum leges*), escreveu também um sumário sobre os principais institutos do *ius civile* (*libri tres iuris civilis*).

<sup>7</sup> Quintiliano, *Institutiones Oratoriae*, 3,3,1; 11,3,1: Tradução nossa.

“Ora, toda a maneira de discursar, como transmitiram os muitos e maiores autores, consiste em cinco partes: *inuentio, dispositio, elocutio, memoria, pronuntiatio* ou *actio*...”

*Pronuntiatio a plerisque actio dicitur, sed prius nomen a voce, sequens a gestu videtur accipere. Namque actionem Cicero alias ‘quasi sermonem’, alias ‘eloquentiam quandam corporis’ dicit. Idem tamen duas eius partis facit, quae sunt eadem pronuntiationis, vocem atque motum: quapropter utraque appellatione indifferenter uti licet”.*

“A *pronuntiatio* na maior parte das vezes chama-se *actio*, mas o primeiro nome parece derivar da voz e o seguinte do gesto. Com efeito, Cícero fala da *actio*, em algumas ocasiões, “como se fosse um modo de discurso” e, em outras, “um tipo de eloquência do corpo”. Também, enfim, divide-a em duas partes, que são as mesmas da *pronuntiatio*, voz e movimento. Portanto, é indifferente qual denominação se utiliza”.

Por fim, *actio* se refere à atuação, por meio de palavras solenes e gestos rituais, daquele que, perante o magistrado, afirmava seu direito contra o réu.<sup>8</sup> De fato, Colacino (1957:415) afirma que, no campo do processo privado, o termo indica a atividade de quem intenta a lide, denominado, de fato, actor (is qui agit), a quem se opõe o réu (*is qui se defendit, is cum quo agitur*).<sup>9</sup>

Em resumo, *actio* significava, seja o ato ou complexo de atos realizados para fazer valer um direito, seja o modelo formal ao qual tais atos se adequavam. Esta é a chamada tipicidade das *actiones* que acompanhou o Direito Romano até o período justinianeu. De acordo

com essa tipicidade, cada *actio* encontrava e deveria encontrar correspondência em um modelo preexistente, que valia como meio de tutela oferecido pelo ordenamento jurídico e que dizia respeito à atuação tanto do magistrado quanto das partes.

No período das *legis actiones*, essa tipicidade se expressou de forma bastante evidente, já que o procedimento a ser seguido compreendia uma série de palavras e rituais predefinidos, que eram requisito básico para que o autor obtivesse a aceitação de sua demanda e para que a ação seguisse seu curso.

Para cada uma das *legis actiones* existiam outras ações, igual e rigidamente típicas em razão de seu fundamento substancial, que se traduzia em requisito formal. É o exemplo da *actio* de *arboribus succisis*, a que se situava no âmbito da *legis actio per sacramentum*, uma das cinco principais ações da lei, e fundava-se numa disposição das XII Tábuas<sup>10</sup> que cominava a pena de 25 asses a quem cortasse as árvores de outrem. Esse requisito substancial traduzia-se em requisito formal da ação, em cujo rito solene o autor deveria utilizar a palavra *arbor*, sendo célebre o exemplo de Gaio<sup>11</sup> daquele que, por empregar a palavra *vites* ao invés de *arbor*, acabou perdendo a ação.

Já no período formular, embora ainda presente, a tipicidade das ações é atenuada. Ela ligava-se então às fórmulas presentes no edito do pretor, esquemas abstratos e escritos. A cada fórmula correspondia uma certa *actio*, mas no interior das fórmulas era possível construir tantas ações quantas fossem as relações substanciais que se encaixassem em seus esquemas abstratos. O modo de litigar era único, *per formulas*, mas as ações possíveis eram muitas.

<sup>8</sup> A idéia de que *actio*, nesse sentido, corresponda a um exercício de força contra o adversário, mesmo considerando que as ações em Roma foram estilizações dos atos de defesa privada e deles guardam traços, não é confirmada pelo significado de *agere*, que, com o significado de “impelir, levar diante de si”, dizia respeito sempre a animais, não a pessoas. Da mesma forma, não parece que *agere* pudesse indicar um puro ato de força ou uma defesa violenta (cf. PUGLIESI, 1957: 24).

<sup>9</sup> Nas próprias fórmulas processuais, enquanto esquemas abstratos presentes no edito do pretor, o autor é indicado como *Aulus Agerius* (G. 4,34 e ss.). Algumas fontes, no entanto, aplicam também ao réu o termo *agere* (D. 44, 1, 1; D. 2, 13,1pr; D. 22, 3, 19pr).

<sup>10</sup> VII, 9 e VII, 9.

<sup>11</sup> G. 4, 11.

Portanto, tratava-se nessa época de uma tipicidade atenuada, por duas razões: a) porque a fórmula, embora concebida segundo uma certa técnica e respeitando certas exigências formais, era concretizada por obra das partes e do pretor; as primeiras podiam propor, e aquele podia aprovar, a oposição de certas cláusulas idôneas a modificar aquilo que o autor havia trazido; b) porque o pretor, a quem competia a avaliação preventiva da fórmula concreta proposta pelo autor como objeto da futura *litis contestatio*, podia também aprovar, se lhe parecesse justo, fórmulas que não tivessem correspondência em modelos editais, criando assim uma nova ação para o caso que deveria ser decidido (*actio ex decreto*).<sup>12</sup>

No período da *cognitio extraordinaria*, com a decadência e final proibição das fórmulas, a tipicidade das ações sofreu duro golpe, já que a postulação perante o funcionário imperial ou perante o próprio imperador não requeria formalidades e podia ser feita da mesma forma, não importando qual fosse o direito pleiteado. Nesse sentido, “seria possível verificar que já então não existiam mais as ações, mas a ação, como esquema unitário a que se conformava e em que entrava a atividade processual desenvolvida pelo autor para fazer valer qualquer que fosse seu direito”.<sup>13</sup>

### 2.1. A actio como ius

Por volta dos séculos II e I a.C., os juristas começaram a utilizar a palavra *actio* para exprimir a *possibilidade* de exercer concreta-

mente a atividade processual segundo os esquemas formais preexistentes. A princípio, tal generalização no conceito poderia apontar para uma crise na tipicidade das ações. No entanto, como vimos acima, no século I a.C., estava em vigor o processo formulário, havendo ainda mesmo a possibilidade de litigar per legis actiones. Dessa forma, a tipicidade das ações ainda permanecia, já que havia várias actiones, ao invés de uma única actio.

Interessante nesse contexto é a concepção romana segundo a qual somente era titular de uma *actio* aquele que, em sua pretensão, tinha razão.<sup>14</sup> Nesse sentido, é digno de nota que os juristas romanos dissessem que alguém tinha uma ação, ao invés de dizer que era titular de um direito, o que demonstra que, na experiência jurídica romana, *actio* e *ius* estavam intimamente ligados.

Em virtude da estreita relação entre ação e direito, afirmou Windscheid que a *actio* era o equivalente romano para o que se chamou *Anspruch*, pretensão, ou seja, o poder de exigir de alguém um determinado comportamento. No entanto, o mais correto é que os romanos tenham concebido a *actio* como a possibilidade de agir no processo. Nesse sentido afirma Pugliesi (1957:27):

“A *actio*, portanto, não era o equivalente ao que chamamos pretensão ou direito subjetivo, mas, antes de tudo, estava no lugar do direito subjetivo, no sentido de que os romanos, ao invés de falarem a língua dos direitos,

<sup>12</sup> Cf. PUGLIESI, 1957:26.

<sup>13</sup> PUGLIESI, 1957:26. Tradução nossa. No original: “si sarebbe potuto riscontrare che ormai non esistevano più le azioni, ma l'azione, come schema unitario a cui si conformava e in cui rientrava l'attività processuale svolta dall'attore per far valere **qualsiasi suo diritto**”. Mas nem mesmo o direito Justiniano rompeu com a tipicidade, em virtude da presença, no Digesto, dos juristas clássicos, que viveram e escreveram seus comentários no período em que vigorou o sistema formulário e, portanto, não deixaram de mencionar as diversas ações desenvolvidas nesse sistema processual. Não fosse por isso, as fontes (Bas. 7,18,1 e Schol. ad Bas. 60,19,1) atestam a existência, no período justiniano, de um catálogo de 38 ações, o qual servia de guia à prática forense.

<sup>14</sup> Tal concepção contraria as teorias modernas, segundo as quais a ação é concebida como um direito abstrato, desvinculado da efetiva subsistência da situação material afirmada pelo autor e, por isso, pertencente a qualquer sujeito capaz de direitos. Assim, para os romanos, quem age sem ter razão não tem a *actio*, como prova um trecho de Quintiliano, *Institutiones Oratoriae*, 3, 6, 73, segundo o qual a ação “*ad eventum pertinet, non ad causam, et ad id quod pronuntiat iudex, non id propter quod pronuntiat*”, dando a entender que a titularidade do *ius actionis* se verificava pelo êxito da ação e não por seus pressupostos. Tanto é assim que o magistrado, percebendo, nos debates orais da causa, que o autor não tinha razão, podia negar a ação.

usavam preferivelmente aquele das *actiones*".<sup>15</sup>

As razões para essa preeminência da *actio* sobre o *ius* seriam, segundo Pugliesi (1957:27) a tipicidade das ações, a importância da organização judiciária em Roma, o papel, marcadamente processual, exercido pelo pretor, enfim, a ausência entre os instrumentos conceituais romanos de uma noção que pudessem exprimir o direito de exigir um comportamento alheio.

## 2.2. Conclusão quanto ao conceito de actio

Do exposto acima, podemos concluir que *actio*, ao longo da história do Direito Romano, designou, em um primeiro momento, o conjunto de atos e rituais, ou as *fórmulas* que estes devem seguir e, posteriormente, a *possibilidade* de agir no tribunal conforme tais formas.

Esta segunda aceção é a que se encontra na única definição jurídica de *actio* que nos legaram as fontes romanas, a qual é dada por Celso, no Digesto:<sup>16</sup>

*"Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi"*.

*"Nada mais é a ação do que o direito de perseguir, por meio de um processo, aquilo que lhe é devido"*.

O conceito atribuído a Celso foi, segundo Santos Justo (1988:61), alvo de muitas especulações, e que vários autores negaram que fosse clássica a definição, alegando que um jurista desse período não poderia definir a *actio*, mas sim as *actiones*. No entanto, é provável que um jurista do século II d.C. não tivesse dificul-

dades em definir genericamente a *actio*, fazendo-o a partir de uma série de elementos comuns às diversas *actiones*.<sup>17</sup>

Mencionamos acima o fato de que os juristas, a partir dos séculos II e I a.C., começaram a utilizar o termo *actio* num sentido mais genérico, como possibilidade de agir no processo. Aliás, é perceptível, ao longo da história do Direito Romano, a existência de uma progressiva abstração e sistematização no pensamento dos juristas, como expõe Rodrigues (2002). Assim, acreditamos que uma definição mais generalizada de *actio* estaria inserida nesse processo de abstração, sendo perfeitamente possível que tenha sido formulada por um jurista da idade clássica.

A definição presente no Digesto, então, enuncia a *actio* como a *possibilidade de fazer valer o direito através do processo*. A *actio* é, assim, conceituada como um poder, um direito.<sup>18</sup> Este poder era exercido contra um outro particular, ou seja, não é um direito ou um poder perante o magistrado ou o juiz;<sup>19</sup> além disso, pertencia somente a quem tinha razão e era exercitado mediante uma série de atos praticados pelas partes e pelo magistrado, ou seja, mediante um processo.

## 3. A *iurisdictio*

O conceito romano de *iurisdictio* é causa de grandes controvérsias entre os diversos romanistas. Apresentá-lo-emos, aqui, conforme exposto por Luzzato (1958), embora cientes da dificuldade em determiná-lo de forma unitária.

Algumas teorias, no decorrer do tempo, foram levantadas para tentar definir o que fosse a *iurisdictio*. Para Lauria, ela seria somen-

<sup>15</sup> Tradução Nossa. No original: "L'actio, dunque, non era l'equivalente di ciò che diciamo pretesa o diritto soggettivo, ma piuttosto stava al posto del diritto soggettivo, nel senso che i romani, anziché parlare il linguaggio dei diritti, usavano preferibilmente quello delle actiones"

<sup>16</sup> D. 44,7,51. Tradução nossa. Essa definição é repetida, com mínimas alterações, nas Institutas de Justiniano, I, 4, 6, pr.: *Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*.

<sup>17</sup> SANTOS JUSTO, 1988: 61.

<sup>18</sup> A identificação entre *ius* e poder é feita por Provera (1984).

<sup>19</sup> Esta é mais uma das diferenças entre o conceito romano de *actio* e o conceito contemporâneo do direito de ação, este sendo público, ou seja, exercido perante o Estado, que deve prestar a tutela jurisdiccional.

te a pronúncia, feita pelo magistrado, no âmbito das *legis actiones*, de três palavras (do, dico, addico), além de não ter relação alguma com o imperium. Para Leifer, a *iurisdictio* seria uma manifestação particular da noção de *imperium*, noção unitária que não admitiria diferenciações. Contra essa tese, que nega qualquer independência à *iurisdictio* e a coloca como mera integrante da soma de poderes conferida pelo imperium, se apresenta o fato de que magistrados não titulares do *imperium* tinham, no entanto, *iurisdictio*, como era o caso dos *ediles curulis*.<sup>20</sup>

A ambas as teses se opõe o fato de que existia uma *iurisdictio delegada*.<sup>21</sup> Dessa forma, “se a jurisdição pode ser separada do *imperium*, e transferida a magistrados que dele são desprovidos, isso significa decerto que o conceito de *iurisdictio* é distinto do de *imperium*, mas significa por essa razão que a própria *iurisdictio* encontrava seu fundamento no *imperium* magistratural”.<sup>22</sup>

Uma hipótese mais persuasiva quanto ao conceito seria a de De Martino, que afirma ser a *iurisdictio* um complexo autônomo e determinado de poderes do magistrado, que encontra fundamento no *imperium*, mas é dele distinto, já que pode ser delegado a magistrados sem *imperium*. Para o mesmo autor, quanto a seu conteúdo, a *iurisdictio* seria a indicação, às partes contendentes, da norma aplicável no caso concreto. Além disso, ela teria peritendo inicialmente aos pontífices, já que somente estes conheciam as formas rituais para se agir em juízo.

Luzzato (1958:192), embora aceite que a *iurisdictio* fosse um complexo de poderes do magistrado, entre os quais estava o de de-

clarar a norma aplicável ao caso concreto, acrescenta que essa indicação não era meramente técnica. Afirma o autor que a *iurisdictio* tem “um significado bem maior, uma vez que implica a criação de um vínculo das partes entre elas e com o magistrado e, como consequência, a *iurisdictio* prepara, portanto, não uma simples indicação técnica, mas a declaração vinculante do ritual a seguir-se e dos formulários a pronunciar-se”.<sup>23</sup>

Ao afirmar isso, ele refuta a idéia de uma *iurisdictio* pontifical. A *iurisdictio*, de acordo com tal concepção, envolveria não só a indicação técnica da norma a ser seguida, mas também uma série de atos do magistrado com a finalidade de vigiar e controlar a atividade das partes na fase in iure do procedimento. Não era isso que faziam os pontífices; daí não se poder conceber que esses tivessem *iurisdictio*. Além disso, tais atos de controle encontravam seu fundamento no imperium do magistrado, poder do qual os pontífices eram desprovidos.

A noção de *iurisdictio* permaneceu quase inalterada durante o desenvolvimento do Direito Romano. Mesmo no processo formulário, ela se apresenta ainda como a indicação às partes, de forma vinculante, da norma aplicável ao caso concreto; norma, no entanto, “que o magistrado não é mais obrigado a buscar no sistema do *ius civile* e no âmbito da *legis actiones*, mas determina a ele mesmo na fórmula, isto é, a instrução transmitida ao juiz, durante ato da *litis contestatio*”.<sup>24</sup> O próprio edito do pretor, como enunciação das normas às quais o magistrado se ateria no exercício de sua *iurisdictio*, integra tal conceito e será chamado por Ulpiano de *iurisdictio perpetua*.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Cf. LUZZATO, 1958: 191.

<sup>21</sup> Em D. 1. 21 e seus fragmentos fala-se de uma *mandata iurisdictio*, ou seja, uma *iurisdictio* delegada.

<sup>22</sup> LUZZATO, 1958: 191. Tradução nossa. No original: “se la giurisdizione può essere staccata dall’imperium, e trasferita a magistrati che ne sono sprovvisti, ciò significa bensì che il concetto di *iurisdictio* è distinto da quello di *imperium*, ma significa però anche che la *iurisdictio* stessa trovava il proprio fondamento nell’*imperium* magistratuale”.

<sup>23</sup> Tradução nossa. No original: “una portata assai maggiore, in quanto implica la creazione di un vincolo delle parti tra loro e col magistrato, con la conseguenza che la *iurisdictio* appare, pertanto, non una semplice indicazione tecnica, ma la dichiarazione vincolativa del ritual da seguire, e dei formulari da pronunziare”.

<sup>24</sup> LUZZATO, 1958: 194. Tradução nossa. No original: “che il magistrato non è più astretto a ricercare nel sistema del *ius civile* e nell’ambito delle *legis actiones*, ma che determina egli stesso nella formula, e cioè l’istruzione trasmessa al giudice all’atto della *litis contestatio*”.

<sup>25</sup> D. 2, 1, 7pr.

Assim, além das atividades já contidas inicialmente na *iurisdictio* que o magistrado exercia durante o período das legis actiones, fundadas no *ius civile*, passam a fazer parte dela outros atos processuais. São aqueles cujo fundamento se encontra no *ius honorarium*, ou seja, no direito pretoriano, como, por exemplo: a *datio* ou a *denegatio actionis*, que depende da avaliação não só da conformidade da ação às regras de direito, mas também da avaliação de sua *aequitas*; as *exceptiones*; as *actiones ficticiae, utiles, in factum, iudicia bonae fidei*, entre outros.

Alarga-se, então, o conceito de *iurisdictio*, ao mesmo tempo em que se obscurecem sua noção e seus limites. De fato, “na linguagem do fim da república e do início do Principado, o termo *iurisdictio* refere-se, desde então, a cada ato inerente ao processo, e tende com certeza a designar o complexo das competências do magistrado judicial, no âmbito do processo civil”.<sup>26</sup>

Diante do exposto, permitimo-nos elaborar um conceito de *iurisdictio*. Esta seria a **soma de poderes do magistrado, decorrentes de seu *imperium* (ou de uma delegação), cujo conteúdo, dentre uma série de atos inerentes à condução do processo, dizia respeito à indicação às partes, de forma vinculante, da norma aplicável ao caso concreto.** No processo formular, principalmente, a *iurisdictio* tinha como conteúdo o poder de dizer se e qual direito (na forma de ação, expressa através de uma fórmula) seria aplicado.

Os exercentes da *iurisdictio* foram muitos durante a história constitucional de Roma. Teriam-na exercido, inicialmente, segundo alguns autores,<sup>27</sup> os pontífices, que detinham o monopólio das formas processuais e podiam, assim, declarar o direito a ser aplicado. O conceito por nós adotado, entretanto, não permite que atribuamos a esses sacerdotes o exercício da *iurisdictio*, já que entendemo-la não como mera indicação técnica, mas como uma soma de poderes que dizem respeito ao controle do procedimento. Assim, reiteramos a opinião de Luzzato, que contesta a existência da *iurisdictio* dos pontífices.<sup>28</sup> Quanto ao *rex*, há grande controvérsia entre os autores, quanto a ser este somente um *iudex* ou um verdadeiro exercente da *iurisdictio*, tendo para si o controle da atividade processual.

Posteriormente, ela competiria aos magistrados com *imperium*, quais sejam, os cônsules,<sup>29</sup> o ditador, o *interrex* e, provavelmente, os *tribuni militum consulari potestate* e os *decemviri legibus scribendis*.<sup>30</sup>

O magistrado titular da *iurisdictio* (no conceito aqui adotado) por excelência é o pretor urbano, que a exerce, ao ar livre, no comitium (parte do forum onde se reuniam os comícios), no tribunal (estrado sobre o qual era colocada a *sella curulis* em que se assentava o magistrado) ou nas basílicas (lugares fechados), nos dias fâstos e nos dias comiciais em que os comícios não eram convocados. Além deste pretor, a partir de 242 a.C., também há o pretor peregrino, que exerce a *iurisdictio inter peregrinos* ou *inter civis et peregrinos*.

<sup>26</sup> LUZZATO, 1958:194. Tradução nossa. No original: “nel linguaggio della fine della repubblica e dell’inizio del Principato, il termine *iurisdictio* si riferisce, ormai, ad ogni atto inerente al processo, e tende addirittura a designare il complesso delle competenze del magistrato giurisdicente, nell’ambito del processo civile”.

<sup>27</sup> Cf. DE MARTINO, 1951:172; TUCCI & AZEVEDO, 2001:41.

<sup>28</sup> LUZZATO, 1958:192. De fato, diz o autor em outro trecho (pág. 196) que “deve-se, no entanto, excluir, como já se viu, uma jurisdição pontifical e, por razões substancialmente análogas, uma jurisdição régia, que, além de tudo, remonta a um processo mítico, que teria sido conduzido, em todas as suas fases, perante o soberano, e que não apresenta nenhum ponto de contato com o processo romano, desde as origens”. Tradução nossa. No original: “È invece da escludere, come si è già visto, una giurisdizione pontificale e, per ragioni sostanzialmente analoghe, una giurisdizione regia, che, oltre a tutto, viene fatta risalire ad un mitico processo, che sarebbe stato condotto, in tutte le sue fasi, dinanzi al sovrano, e che non presenta alcun punto di contatto col processo romano, fin dalle origini”.

<sup>29</sup> DE MARTINO, 195:370, nega que os cônsules tivessem *iurisdictio*, já que não emanavam editos quando de sua entrada no cargo, ao contrário do pretor, que, por meio de seus editos, estabelece o modo pelo qual sua *iurisdictio*. Em sentido contrário se posiciona LUZZATO, 1958:196, que defende uma jurisdição consular, em virtude da prática, por parte dos cônsules, de atos “formalmente *jurisdicionais*”, notadamente nas manumissões, com base nos textos de D. 1.7.4, D. 1.10.1pr e D. 40. 2.5.

<sup>30</sup> Cf. LUZZATO, 1958: 197.

Os *edīs curiūs* tinham uma *iurisdictio* limitada às controvérsias nascidas nos mercados. Tais magistrados também eram responsáveis pela promulgação de editos, nos limites de suas competências.

Na Itália, nas cidades *sine suffragio*, exercem-na os *praefecti iure dicundo*, por delegação do pretor. Nos *municipia*, competem aos *duoviri iure dicundo*. Nas províncias, a *iurisdictio* era exercida pelos governadores e seus questores, com competências paralelas, respectivamente, ao pretor e aos *edīs curiūs*.

Durante o principado, os magistrados republicanos conservam-na, mas ela pertence também ao *princeps*, considerado primeiro titular da *iurisdictio*, sem nenhuma limitação, a qual é exercida em seu nome e nos limites por ele consentidos: pelos *praefecti (urbi, annonae, uigilum)*, pelos procuradores *Caesaris*, pelos praesides nas províncias, pelos *iuridici* (surgidos no tempo de Marco Aurélio, com *iurisdictio* em algumas localidades na Itália), e por vários outros funcionários enquadrados no ordenamento imperial.<sup>31</sup>

No período processual da *cognitio* extraordinária, situado no Dominato, a jurisdição passa a ser, mais do que a indicação, feita por parte do magistrado, das normas a serem aplicadas, a própria função de julgar. Exercem-na funcionários imperiais, subordinados a uma complexa hierarquia, que tem em seu topo o Imperador.

### 3. Importância dos dois conceitos na experiência jurídica romana

Uma vez que os romanos não chegaram a formular o conceito de direito subjetivo,<sup>32</sup> *ac-*

*tio* e *ius* estavam em estreita ligação.

O *ius* era concebido e enunciado mais pelo aspecto processual do que substancial, sendo que o Direito Romano pode ser considerado um sistema de ações e não um sistema de direitos subjetivos, como a grande maioria dos ordenamentos modernos. O pretor, por exemplo, quando encontrava pela frente, na condução de um processo, uma situação jurídica que, embora digna de tutela, não encontrava guarida em nenhuma norma do *ius ciuile*, concedia, àquele que necessitava, uma *actio* e, por conseqüência, um *ius*. Dessa forma, pode-se dizer que:

*“O advento de um ius não foi a causa, mas o efeito da concessão de uma actio que é o prius, pois, diferentemente do Direito moderno, não é a actio que segue ‘di pari passo’ a evolução do ius, antes é este que se desenvolve sobre o modelo da actio: o ius é a sombra, o reflexo da actio”* (SANTOS JUSTO, 1988:60).

Exemplo da relevância da ação no Direito Romano é a já mencionada tipicidade das *actiones*. Para cada situação jurídica correspondia uma *actio*, de forma que esta é que era a figura proeminente quando se tratava de “conferir direitos”. Mais ainda, os juristas romanos finalizavam seus responsa dizendo que alguém tinha ou não uma **ação**, e não que alguém tinha ou não um direito subjetivo.<sup>33</sup> O próprio edito pretoriano não era nada mais que um conjunto de promessas de ações. Enunciava-se, no edito, certa hipótese e, em seguida, dizia-se: *iudicium dabo, actionem dabo, ou non dabo*.<sup>34</sup> Dessa forma, mais especificamente no que se

<sup>31</sup> Cf. BOVE, 1957: 347.

<sup>32</sup> Os conceitos de direito enunciados pelos juristas romanos, p. ex., no Título I do Livro I do Digesto (D.1.1.2-11) têm todos um caráter que diríamos hoje “objetivo” e não subjetivo (com a ressalva do conceito de Celso, que define o direito como *ars boni et aequi*, em D.1.1.1pr, e a utilização mencionada por Marciano, em D.1.1.12, do termo direito *pro necessitudine*). Como já ressaltamos acima, ao falar do conceito de *actio*, estava ausente da mentalidade romana a idéia de um direito ao comportamento alheio. Para a discussão acerca da existência ou não do conceito de direito subjetivo entre os romanos, remetemos a GUARINO (1953: 389-406) e MEGÍAS (2003).

<sup>33</sup> SANTOS JUSTO, 1988: 60. CHAMOUN (1962: 110) nota que a evolução do Direito Romano não se caracteriza pela atribuição de direitos subjetivos, mas pela concessão de *actiones*.

<sup>34</sup> Por exemplo, D.4.9.1: “*Ait Praetor: Nautae canpones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo*”. “Diz o Pretor: se os marinheiros, taberneiros e hospedeiros não restituírem aquilo que receberam para que estivesse a salvo, darei uma ação contra eles”. Tradução nossa.



refere ao *ius honorarium*, o *ius* estava subordinado à *actio*. Exemplo disso é o fato de que o pretor, quando pretendesse recusar um *ius*, denegava a respectiva *actio*.

Sem excluir a importância das outras fontes do direito, como a *iurisprudencia*<sup>35</sup> ou a lei,<sup>36</sup> o edito do pretor, que regulava o exercício da *iurisdictio* desse magistrado, foi responsável por grande parte das inovações introduzidas, ao longo do tempo, no Direito Romano. Estas, aliás, vieram muitas vezes por meio de *actiones*.

Um exemplo é a *actio Publiciana*. A propriedade quirítária só podia ser transferida validamente por meio de uma *mancipatio* (se a res fosse *mancipi*), uma *in iure cessio* (fosse a res *mancipi* ou *nec mancipi*) ou uma *traditio* (se a res fosse *nec mancipi*). Ora, poderia ocorrer que se efetuasse uma transferência de res *mancipi* por meio de uma simples *traditio*; dessa forma, aos olhos do *ius civile*, o alienante continuaria sendo o proprietário legítimo da coisa. Se este recuperasse a posse daquela, o adquirente, pelo *ius civile*, não teria nenhum meio de exigi-la de volta. Foi então que o pretor passou a conceder a esse adquirente de boa-fé a *actio Publiciana*, por meio da qual, fingindo ter-se verificado a usucapio, ele demandava como se fosse *dominus ex iure Quiritium*. Criou assim o pretor, por meio de uma *actio*, um modo de proteger uma situação jurídica que, se aplicadas às normas do *ius civile*, poderia ter uma solução injusta.

Foi assim que, no exercício de sua *iurisdictio*, o pretor corrigiu uma série de injustiças e imperfeições do *ius civile*. E o fez por meio, na maioria das vezes, da concessão de *actiones*. Muitos são os exemplos de institutos que foram atingidos por esse tipo de contribuição à atualiza-

ção do direito: o depósito, o comodato, o penhor, a representação processual, entre outros.<sup>37</sup>

Esperamos fique assim demonstrada a centralidade dos conceitos de *iurisdictio* e *actio* no Direito Romano, o qual, para os próprios romanos, deveria ser compreendido também pelo viés processual. De fato, afirma Provera (1984:3) que “*para os romanos, o conhecimento do direito substancial não podia ser separado daquele do direito processual, assim como é demonstrado de maneira eloqüente no IV livro das Instituições de Gaio*”. Do fato de Gaio tratar das ações juntamente com os demais institutos, conclui-se também que, em Roma, o Direito Processual estava inserido no Direito Privado.

A definição formulada por Celso para a *actio* não só foi recebida pelo Direito Justiniano como, ainda durante muitos séculos, foi “o centro de um sistema no qual o direito subjetivo identifica-se com o poder próprio de quem é dele titular para agir em juízo e obter *quod sibi debetur*, através da ameaça de uma sanção executiva” (PROVERA, 1984:3).

Uma mudança de perspectiva somente ocorreu com as elaborações teóricas da Pandectística, que colocou o direito subjetivo, e não mais a ação, no centro do sistema que elaborou. Como bem resume Provera (1984:4):

“*Os membros da Pandectística, de fato, colocaram no centro do sistema elaborado por eles, segundo bases rigorosamente racionais, a noção de direito subjetivo, que entenderam como domínio da vontade, como liberdade de agir para a tutela dos próprios interesses, dentro dos limites permitidos pelo direito objetivo. A construção de um sistema de direitos subjetivos podia acon-*

<sup>35</sup> A *iurisprudencia*, aliás, tinha forte ligação com o trabalho do pretor, que, muitas das vezes, ou era um jurisconsulto ou era auxiliado por um *consilium* formado por juristas, que lhe sugeriam as novas fórmulas de ações a serem introduzidas no edito. Os juristas, ao auxiliarem as partes em juízo, também podiam influenciar na criação de uma nova ação, sugerindo, no caso concreto, uma fórmula para ser aplicada. Muitas das ações, aliás, eram criadas dessa forma: após uma reiterada aplicação, como *actio in factum*, passavam a integrar o edito.

<sup>36</sup> A lei, em Roma, disciplinava, por exemplo, o direito criminal, o que não fazia o edito (KRUEGER, S/D: 38). Além disso, a lei tratava de matérias de direito público, o que o edito, em regra, não fazia.

<sup>37</sup> Uma análise mais detida das inovações pretorianas fazem Guarino (1998:322-326) e Santos Justo (1995:57-97).

*tecer somente prescindindo-se completamente do conceito de ação. Esta, de fato, segundo as premissas, colocava-se como algo radicalmente diverso, configurando-se como um poder idôneo a promover a atuação, através do processo, das sanções previstas para a tutela dos direitos subjetivos."*

E assim, com o deslocamento do foco para os direitos subjetivos, e da autonomização do Direito Processual como ciência, o Direito Romano acabou por ser compreendido sob um viés mais "material", "substancial", do que processual, distanciando-se, em parte, da perspectiva pela qual enxergavam os romanos seu próprio direito.

Outra razão que acreditamos ter contribuído para um certo "desprestígio" do direito

processual romano é o fato de que o sistema de processo, que vigorou durante o período clássico do direito romano, o processo formulário, não ser, pelo menos explicitamente, a base do Direito Processual atual, o qual é fruto da fusão de institutos da *cognitio extraordinária* e do Processo Canônico. Ora, essa distância entre o processo *per formulas* e o atual dificulta o estabelecimento de paralelos entre eles, o que é mais freqüente e fácil no estudo do Direito Civil, em que os institutos romanos permaneceram vivos e com algumas poucas alterações até hoje.

Mas, malgrado essa situação, acreditamos serem ainda fundamentais os conceitos de *actio* e *iurisdictio* para uma compreensão mais aguçada e completa do Direito Romano.<sup>38</sup>

## Bibliografia

- BOVE, Lucio. *Iurisdictio*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, IX. Torino: Utet, 1957. pp. 346-348.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COLACINO, Vincenzo. *Agere*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, I. Torino: UTET, 1957, pp. 415-417.
- DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione Romana*. vol. I. Napoli: Jovene, 1951.
- GUARINO, Antonio. *Il diritto e l'azione nell'esperienza giuridica romana*. In: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, 1953, pp. 389-406.
- GUARINO, Antonio. *Storia del diritto romano*. Napoli: Jovene, 1998.
- KRUEGER, Paul. *Historia, fuentes y literatura del derecho romano*. Madrid: La España Moderna, s./d.
- LUZZATO, Giuseppe Ignazio. *Giurisdizione (Diritto Romano)*. In: *Enciclopedia del Diritto*, XIX. Milano: Giuffrè, 1958, pp. 190-199.
- MADEIRA, Hécio Maciel França (org.). *Digesto de Justiniano. Liber primus*. São Paulo: RT, 2002.

<sup>38</sup> Interessante é a iniciativa de Mantovani (1999) que efetua uma recolha das diversas *formulae* do Direito Romano e propõe ensiná-lo por meio do processo.

MANTOVANI, Dario. *Le formule del processo privato romano – Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Padova: Cedam, 1999.

MEGÍAS, José Justo. El derecho subjetivo en el derecho romano (un estado de la cuestión). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Valparaíso, n. 25, pp. 35-54, 2003.

PROVERA, Giuseppe. *A noção romana de actio*. 1984. Disponível em: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveranocao.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2007.

PROVERA, Giuseppe. *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*. 1983. Disponível em: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveradirittoazione.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2007.

PUGLIESI, Giovanni. Azione. *Diritto Romano*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, II. Torino: Utet, 1957. pp. 24-29.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Abstração e sistema na *iusprudentia* romana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 97. pp. 23-33, 2002.

SANTOS JUSTO, Antonio dos. As ações do pretor. *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 64, pp. 57-97, 1988.

TUCCI & AZEVEDO. *Lições de história do Processo Civil romano*. São Paulo: RT, 2001.