

BREVE ESTUDO SOBRE A ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL ROMANO

FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI

*Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela USP.
Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura (EPM).
Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Municipal de
Direito de Franca e do IELF/LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio
Gomes. Juiz de Direito no Estado de São Paulo*

RESUMO

O presente estudo, além de investigar o conceito da oralidade e de seu corolários, aponta a evolução do princípio da oralidade no processo civil romano.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Oralidade. Direito Romano. *Legis actiones*. Período formulário. *Cognitio* extraordinária.

ABSTRACT

The articles show the concept of the oral principle in the civil process since the roman system.

Key-words: Civil action. Orality. Roman law. *Legis actiones*. Period form. Extraordinary *Cognitio*

Sumário: 1. A oralidade. 1.1. O conteúdo da oralidade na dogmática processual moderna. 1.2. Vantagens e desvantagens da oralidade. 2. Análise da oralidade no processo civil romano. 2.1. Introdução. 2.2. O período das *legis actiones*. 2.2.1. Surgimento e características principais. 2.2.2. A fase *in iure*. 2.2.3. A fase *apud iudicem*. 2.2.4. Conclusão. 2.3. O período formulário. 2.3.1. Surgimento e características principais. 2.3.2. A fase *in iure*. 2.3.3. A fase *apud iudicem*. 2.3.4. Meios complementares da tutela pretoriana. 2.3.5. Conclusão. 2.4. O período da extraordinária *cognitio*. 2.4.1 Surgimento, características principais e procedimento. 2.4.2 Conclusão. 3. Conclusões finais 4. Bibliografia.

1. A ORALIDADE

1.1. O CONTEÚDO DA ORALIDADE NA DOGMÁTICA PROCESSUAL MODERNA

Oralidade do procedimento é o princípio segundo o qual as declarações frente aos juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através da palavra oral. Contrapõe-se ao princípio da escritura, ou ao procedimento escrito, no qual a forma escrita é obrigatória para postulações e decisões (*quod no est in actis no est in mundo*)¹.

Deve se entender que o predomínio da palavra oral ou da escrita é que determina a opção pelo princípio (e não sua exclusão)². Não existe processo misto³, apesar do que equivocadamente afirmam alguns. Há atos processuais orais no processo escrito. Como há atos processuais escritos no procedimento oral. O que importa é a predominância de um sobre o outro.

J. M. OTHON SIDOU, em preciosa passagem, indica que “do concurso de fatores anímicos dos vários tipos descritos, é de afirmar-se que o caráter de um sistema processual está determinado, sobretudo pelo predomínio que nele tenha o elemento oral ou o elemento escrito, como é de dizer-se que é vazia de significação a expressão ‘processo misto’; todo processo, mesmo com o predomínio da palavra falada, admite escritos que lhe completam numa função dúplici: asseguram a sustentação da causa e a sua documentação. É o princípio da protocolização (*Aktermassigkeit*, proposto por Von BAR), pelo qual as alegações ou provas orais se deduzem por escrito, com o fim de conservar a memória sobre elas. Assim enxergando, todo processo moderno seria misto, com o que se teria lançado ao desuso os processo oral e escrito”⁴.

Aos mais desavisados poderia parecer que a oralidade seria exclusivamente a forma com que se praticam os atos processuais, com a predominância da palavra falada sobre a escrita. Ledo engano. A oralidade enfeixa, na dogmática moderna, uma série de sub-princípios que, como um todo,

¹ Wilhelm Kish. *Elementos de Derecho Procesal Civil* (tradução de L Prieto Castro), 2ª ed., 1940, pp. 127/128.

² José Frederico Marques. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. II, p. 108.

³ Giuseppe Chioyenda. *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 62; Francisco Morato, “A oralidade”, *Revista Forense*, v. 74, abril de 1938, p. 142.

⁴ J.M.Othon Sidou: *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 25

dão feição muito própria aos processos desta natureza⁵.

Primeiramente os processos orais primam pela *concentração* dos atos processuais, isto é, os processos orais são apertados em um período breve, com uma só ou poucas audiências, pois quanto mais próximo da decisão do juiz são os movimentos processuais, tanto é menor o perigo de desaparecimento das impressões pessoais e dos fatos que a memória registra⁶. Para *CARNELUTTI* a concentração é “fórmula com a qual se quer denotar a tendência a conter as diversas atividades de que consta não tanto a substanciação quanto a instrução, em um período de tempo limitado, o qual facilita ao mesmo tempo a rapidez e a justiça da decisão, pois quanto mais se prolonga a instrução ou mais se dispersa em momentos separados por intervalos mais ou menos longos, tanto menos opera o outro princípio do imediatismo, e surge e agrava-se o perigo de que a causa seja decidida por um juiz que só tem um conhecimento mediato das razões e provas através dos documentos, autógrafos ou heterógrafos, que formam o volume processual”⁷.

Outra característica dos processos orais é a *imediação*; o recebimento pelo juiz, de maneira direta, de todo ou quase todo o material probatório, sem o que impossível ao julgador obter da prova predominantemente oral todo o seu conteúdo (que não se resume apenas a palavras). O imperador *ADRIANO* (fr. 3, Dig. de test. 22,5), depois de haver enumerado alguns critérios capazes de servirem de guia na imediação, como o grau da autoridade, a dignidade, a conformidade com a opinião pública, terminou por dizer que toca ao juiz apreciar a testemunha, seu modo de depor, sua simplicidade; se tinha a aparência de repetir um discurso preparado de memória, ou de responder improvisadamente a verdade (*hoc solum tibi rescribere possum (...) ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*). E recomendava aos juízes que interrogassem diretamente as testemunhas, mesmo à custa e fazê-las vir de longe às expensas do tribunal e de utilizarem o menos possível delegações e atas (“*Alia est auctoritas*”, dizia ele, “*praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent*”), isto porque o valor das testemunhas que depõem em pessoa é muito diferente do valor das atas que se costuma ler.

Até para privilegiar a imediação, e manter a decisão o mais próximo da realidade presenciada, os processos orais também devem ser julgados por aquele

⁵ Luis Machado Guimarães, “O processo oral e o processo escrito”, *Revista Forense*, v. 74, p. 165; Chiovenda, *Instituições*, op. cit., v. I, p. 73/74 e 159/160; v. 3, p. 61/68; Francisco Morato, “A oralidade”, *Revista Forense*, v. 74, abril de 1938, p. 142.

⁶ Francisco Morato, “A oralidade”, *Revista Forense*, v. 74, p. 145.

⁷ *Instituições do Processo Civil* (tradução de Adrián Sotero De Witt Balista). Campinas: Servanda, 1999, v. II, p. 65.

que colheu a prova, o que se tem denominado *identidade física do juiz*. Para **FRANCISCO CAMPOS** “o princípio que deve reger a situação do juiz em relação à prova e o de concentração dos atos do processo postulam, necessariamente, o princípio da identidade física do juiz. O juiz que dirige a instrução do processo há de ser o juiz que decida o litígio. Nem de outra maneira poderia ser, pois o processo, visando à investigação da verdade, somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-lo do ponto de vista do seu valor ou da eficácia em relação aos pontos debatidos”.⁸

Ao fim, encerrando o feixe de corolários da oralidade em sua dogmática moderna, tem-se, ainda, a *irrecorribilidade das interlocutórias* como característica dos processos orais. A fim de abreviar o julgamento da demanda e se evitarem discussões paralelas – o que faria perder de vista o conteúdo da palavra falada – a impugnação das decisões fica reservada com exclusividade para sentença, como ato final do julgamento da causa (Digesto, liv. 42, tit. 1, fr 1, p. 1º; Digesto de Constantino princ. 1, 4, fr. 38; Digesto de Fidecomm. Libert. 40,5, c.17).

Estes são os cinco sub-princípios que compõem o processo oral e que devem ser identificados em um sistema a fim de definir se ele é perfilhado ou não à oralidade⁹:

- a) predominância da palavra falada sobre a escrita;
- b) concentração;
- c) imediação;
- d) identidade física do juiz;
- e) irrecorribilidade das interlocutórias.

1.2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ADOÇÃO DA ORALIDADE

As diversas ordenações jurídicas nestes vários séculos de história, inclusive a brasileira, já provaram, aprovaram, desaprovaram e tornaram a aprovar o processo oral, conforme bem resume a doutrina.

CARNELUTTI pondera que “se a declaração imediata e, portanto, oral, corresponde às exigências da vivacidade, o mérito da clareza se obtém bem mais por meio da declaração escrita; tampouco convém esquecer que esta última

⁸ Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608, de 18.09.1939).

satisfaz, além disso, de melhor maneira, às exigências de documentação. Este balanço de méritos e defeitos da oralidade e da escritura tem de se levar em consideração quando se busca, tanto na formação quanto a interpretação da lei, as linhas para a solução do grave problema”.¹⁰

Mas **CHIOVENDA** adverte, em defesa da oralidade, que “a experiência deduzida da história permite concluir, sem detença, que o processo oral é, com ampla vantagem, melhor e mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna, porque exatamente sem comprometer, antes assegurando melhor a excelência intrínseca da decisão, proporciona-a com mais economia, simplicidade e presteza. E, pelo que se refere à celeridade do processo, frisamos, desde logo, a esta altura, um dado extraído das estatísticas judiciárias dos países de processo oral em confronto com o nosso, e é que o processo escrito dura em média três ou quatro vezes mais que o processo oral”.¹¹

Na história mais recente do Direito Processual Civil Brasileiro, o legislador sempre deu maior preferência para a adoção do processo oral, em que pese aqui não terem sido observadas as vantagens apontadas por **CHIOVENDA**.

No Código de Processo Civil de 1939 (Decreto Lei n. 1.608/39), apesar das críticas de **ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA** e **JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR**¹², adotou-se plenamente a oralidade (art. 263-272), o que chegou a causar inúmeros problemas práticos, em especial diante da rigidez legal quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias e identidade física do juiz.

Com o advento do Código de **BUZARD** (1973), o sistema manteve a oralidade, mas de maneira bastante mitigada, quase abandonada em favor da escrita. Para **DINAMARCO** o princípio da oralidade ficou sensivelmente atenuado no CPC 73, “seja pela adoção do instituto do julgamento antecipado da lide (art. 330), seja pela admissão do recurso de todas as interlocutórias (afastando-se o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias), seja ainda pela sensível diminuição do alcance da exigência de identidade física do juiz (art. 132)”.¹³

⁹ Para uma ampla visão sobre o tema, por todo, ver a obra de J.M.Othon Sidou: *A vocação pública do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 42-43.

¹⁰ *Sistema de direito Processual Civil*. Campinas: ClassicBOOK, 2000, v. III, p. 409/410.

¹¹ *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitano). Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 56. Ainda sobre as vantagens do processo oral: *ibidem*, p. 69/73; Francisco Morato, “A oralidade”, *Revista Forense*, v. 74, abril de 1938, p. 146.

¹² *Direito Judiciário Brasileiro*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 298-358;

¹³ *Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1975, p. 39.

A oralidade no sistema processual nacional só retomou impulso em 1995, com a Lei n. 9.099, que ao regulamentar os Juizados Especiais Cíveis, expressamente elencou a oralidade como um dos princípios informativos do sistema (art. 2º). Aqui sim a adoção da oralidade trouxe bons resultados.¹⁴

Hoje convivem no processo civil brasileiro dois sistemas paralelos: o escrito para os procedimentos perante a justiça comum federal e estadual; e oral nos processos dos Juizados Especiais Cíveis e Federais (Lei n. 10.259/2002) e nos processos de natureza trabalhista.

2. ANÁLISE DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL ROMANO

2.1. INTRODUÇÃO

Todas as ordenações jurídicas pré-romanas desenvolveram-se com base em um processo predominantemente oral. A fragilidade das fontes, de fato, dificulta e põe em cheque tal afirmação, mas há indícios de que mesmo nas civilizações que conheciam a escrita o processo era essencialmente falado, sem registro algum (assírios, persas, gregos, maias).

EDSON G. PRATA, em interessante estudo sobre o tema, aponta que mesmo os egípcios, que tinham processo escrito na fase inicial, desenvolviam os atos processuais majoritariamente falados.¹⁵

De acordo com **JEFFERSON CARÚS GUEDES**, “para a verificação das inflexões exercidas pela escrita no direito, e o paulatino desaparecimento dos procedimentos exclusivamente orais, devem ser aproveitados os dados externos, como a evolução do alfabetismo, e aqueles decorrentes da valorização da documentação extravagante no processo, somente permitida após popularização do papel no ocidente” que “permitiu a explosão do processo escrito”.¹⁶

É nesta ótica que deve ser iniciado o estudo da oralidade no processo civil romano. Somente com a facilitação do registro é que o processo romano evoluiu de um procedimento *exclusivamente* oral para um *preponderantemente* oral, com registro documental dos principais atos processuais.

¹⁴ Neste sentido vide o nosso: *Técnicas de Aceleração do Processo*. 2ª edição. Franca: Lemos e Cruz, 2005, p. 113/117.

¹⁵ *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*, p. 23.

¹⁶ *Princípio da Oralidade – Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 18.

O desenvolvimento do processo civil romano – que como sistema compreende mais de mil anos de história (*Lex XII Tabulae* até *Novellae* de Justiniano) – se caracteriza por uma crescente intervenção do Estado na administração da justiça. Dois grandes regimes se distinguem nesta jornada, apesar de terem se desenvolvido em sobreposição durante séculos¹⁷: o da *ordo iudiciorum privatorum* (149-126 a.c. até 285-305 d.c), de natureza preponderantemente privada, cujo elemento essencial era a vontade das partes, não intervindo o juiz senão como assistente e para autorizar o curso do processo perante um árbitro nomeado; e a *extraordinaria cognitio* ou *cognitio extra ordinem* (27 a.c. até o período Justiniano), de natureza pública, com intervenção do Estado através da participação de um funcionário para a solução do conflito, que julgava a controvérsia diretamente, sem a nomeação de um juiz privado.

O período da *ordo iudiciorum privatorum* também recebe divisão didática, para distinguir o período das *legis actiones* (das origens até 130 a.c.), onde imperava na essência a recitação de solenes palavras correspondentes a cada direito, sem as quais o demandante certamente perdia a demanda; do período formulário (130 a.c. até 294 d.c.), onde a exatidão das palavras perde relevo em prol da elaboração conjunta de uma fórmula, onde conste todo o objeto do litígio. A marca comum característica desta fase e de suas divisões é a bipartição da instância, sendo parte do processo desenvolvida perante o magistrado estatal (*in iure*) e outra perante o árbitro (*apud iudicem*)¹⁸.

O processo romano, nestas duas (*ordo* e *cognitio*) ou três fases (*legis actiones*, formulário e *cognitio*), jamais deixou de ser nitidamente oral, mesmo com a documentação de alguns atos processuais durante o período formulário e, principalmente, na extraordinária *cognitio*.¹⁹

¹⁷ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 39/40.; J.M.Othon Sidou (*A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 65) afirma que nenhuma das diversas fases do processo romano “se fará por imposição legislativa *ex abrupto* – e contra tanto se ergueria o tradicionalismo marcadamente romano – sendo oportuno ponderar que, conquanto se costume atribuir às leis *Aebutia* e *Julia* uma reforma fundamental, no procedimento para a defesa de direitos, já as *legis actiones* terão experimentado substanciais modificações no curso dos séculos de aplicação”.

¹⁸ Carlo Augusto Canata indica que para alguns autores a bipartição do processo romano não foi, na realidade, originária. Assevera que na origem das *legis actiones*, na mais antiga delas, o *sacramentum*, “o magistrado supremo, certamente o rei, mas, segundo alguns, também os magistrados judicantes da república, por um certo tempo tiveram competência para julgar, desenvolvendo eles mesmos todo o processo até a prolação da sentença, ou ao menos podendo desenvolvê-lo, se é que a bipartição fosse facultativa” (*Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Le legis actiones*. Torino: G. Giappichelli, p. 57/58, tradução livre).

¹⁹ René Dekkers. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1957, p. 439/440.

CHIOVENDA, em preciosa passagem, aduz, sem distinção alguma de fases, que o processo romano foi em todas sua existência ligado completamente à oralidade tal qual concebida na dogmática moderna (predominância da fala sobre a escrita, concentração, imediação, identidade física do juiz e irrecorribilidade das interlocutórias)²⁰. Temos nas orações de Cícero, nos documentos processuais remanescentes, nos próprios textos do *Corpus Iuris*, uma quantidade de testemunhos sobre esse caráter do processo romano. “A lide compendiada na lápide capitolina, a que já aludimos (a *lis fullonum*), exhibe-nos um modelo de processo concentrado: o juiz, ouvidas as partes, ordena um exame no lugar da coisa e no dia imediato faz prosseguir, inspeciona os lugares, examina todos os indícios, prolata sentença. E já assinalamos que, exatamente para assegurar a concentração do processo, vedava-se interromper-lhe a continuidade apelando das *interlocutiones*. E quanto ao princípio da imediação, basta recordar que o imperador Adriano recomenda aos juizes interrogarem diretamente as testemunhas, mesmo à custa de fazê-las vir de longe a expensas do tribunal” (...) “E o mesmo imperador refere que quando ele julga nunca se serva de atas, porque interroga diretamente as próprias testemunhas. Ainda mesmo nos processos com prolongadas fases de desenvolvimento e que exigiam sucessivas trocas de razões escritas antes de amadurecer para decisão, o princípio da identidade física do juiz garantia a observância do princípio da imediação, como se pode ver das *relationes* de Simmaco”.²¹

E no mesmo sentido vai **FRANCISO MORATO**, ao aduzir que “na processualística romana o procedimento era essencialmente oral. Os debates do Pretório se reservaram aos oradores, aos advogados que tinham predicados da eloquência desde dom que **CÍCERO** chamava de ‘*preclara gubernatrix civitatum*’ e **QUINTILIANO** ‘*regina rerum*’. O advogado sem facundia descia à categoria de ‘*leguleius*’. A palavra fallada era de tanto rigor que nos debates os oradores se faziam assistir de monitor que lhes avisava a memória e suggeria a respostas, salvando-os nas aperturas e proibição de consultar ou ler escriptos” (...) “O procedimento era nitidamente oral, immediato e concentrado. A transformação que se operou entre os povos da Europa para a forma escripta foi precisamente devida aos jurisconsultos allemães, que, volvendo nos tempos modernos à oralidade, não fizeram mais do que um movimento de retorno ao romanismo”²²

²⁰ *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 160.

²¹ *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 160.

²² “A oralidade”, *Revista Forense*, v. 74, abril de 1938, p. 143

Nos itens abaixo se buscará identificar, em cada uma das fases do processo romano, as principais passagens que indiquem a sua integral opção pela oralidade, apontando, ainda, em paralelo à dogmática processual moderna, os momentos em que o procedimento se aproveita dos sub-princípios contidos na oralidade (concentração, imediação, identidade física do juiz e irrecorribilidade das interlocutórias).

2.2. O PERÍODO DAS LEGIS ACTIONES

2.2.1. SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS.

Como bem aponta *EMILIO BETTI*, no período das *legis actiones* dominante era a crença pagã na força mágica do rito, pelo qual o ato de autodefesa, formalizado e normalmente sob o controle do chefe da comunidade, adquire contra o adversário um valor vinculante irrecusável²³.

A *legis actiones* é a fase mais antiga do processo civil romano. As partes faziam declarações solenes perante o magistrado, expondo-lhe o objeto da controvérsia, sem mencionar as razões. O magistrado limitava-se a verificar se a atividade das partes era legal, e sendo, remetia-as a um juiz eleito por elas mesmo, que colheria a provas e proferia irrecorrível sentença. O menor erro na observância das solenidades impostas pela lei era suficiente para que se perdesse o processo. Daí porque, na expressão de *GAIO*, as ações da lei eram odiosas (*Institutas*, 4.30), motivo pelo qual pouco a pouco foram sendo substituídas por ações com fórmulas fixas.

Cinco foram as ações da lei conhecidas: *sacramentum in rem e in personam*, *condictio*, *iudicis arbitrive postulationes*, *pignoris capio* e *manus iniectio*. (*GAIO*, *Institutas*, 4.12) Em terminologia moderna seriam as três primeiras ações de conhecimento ou declaratórias; as outras duas executivas.²⁴

Nesta fase, que durou da fundação de Roma (754 A.C.) ao início da era Cristã, até pela inexistência ou dificuldade de documentação dos atos²⁵, a oralidade encontrou sua florescência máxima²⁶.

²³ *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Cedam, 1947, p. 250.

²⁴ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 52.

²⁵ Os primeiros documentos que se tem notícia são as *tabulae ceratae*, pequenas tábuas de madeira cobertas com goma laca, escritas com um estilete, que podiam ser apagadas com uma espátula quente (J. Álvaro D'Ors. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Pamplona Ediciones Universidad de Navarra, 1975, p. 107 e 108).

²⁶ José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 239.

2.2.2. A FASE IN IURE.

Na fase perante o magistrado (*in iure*), o autor convidava oral e extrajudicialmente o demandado para comparecimento perante o pretor (*in ius vocatio*). Caso não aceitasse, lícito era o uso da força (*igitur in capite e aborto collo*), nos termos da Lei das XII Tábuas (Tábua I, 1 e ss.), mas desde que testemunhas presenciassem o ato.

Presentes pessoalmente as partes, sem o que o processo não se iniciava, elas debatiam solenemente a causa, até com toques de magia (uso de varinha, *vindicta*), com emprego de palavras exatas (*verba certa*) constantes da lei (em especial da Lei das XII Tábuas). Note-se desde já a predominância absoluta da forma oral: nada era documentado.

Preferencialmente os limites da controvérsia deveriam ser estabelecidos no mesmo dia, na imediata presença do pretor. De acordo com *CANNATA*, a fase *in iure* era “indispensável para criar os pressupostos do juízo, vale dizer transformar a lide privada em lide processual, de modo que a solução que fosse prolatada fosse aceita como definitiva e vinculante (coisa julgada); esta transformação da lide privada em lide processual era feita definindo-se exatamente os elementos (partes e objeto controvertido, a coisa a ser julgada)”.²⁷

Caso não fosse possível, entretanto, a definição de todos os limites da controvérsia no horário aprazado (a Lei da XII Tábuas falava o pôr do sol era o termo final da audiência), e para ser evitada nova *in ius vocatio*, deveria o réu prestar *vadimonium*, espécie de garantia de comparecimento na data aprazada²⁸, que lembra muito a fiança moderna (arts. 337/345, Código de Processo Penal Brasileiro). Note-se aqui, no espírito de se evitar uma segunda audiência para definição dos limites da controvérsia, o traço da concentração, com a opção pelo reduzido número de audiências.

Estabelecida a controvérsia, após 30 dias estabelecido pela *lex Pinaria* (prazo exíguo, concentrado), as partes tornavam para a escolha de um *iudex* (árbitro), que podia ser feito de comum acordo, por indicação do pretor, ou por sorteio dentre aqueles cidadãos constantes do *album* existente no Tribunal (*GAIO, Institutas*, 4.15)²⁹.

²⁷ *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Le legis actiones*. Torino: G. Giappichelli, p. 57, tradução livre.

²⁸ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 57.

²⁹ Este prazo de 30 dias da *Lex Pinaria* não se aplicava à ação de *iudicis arbitrive postulatio*, que objetivava a partilha de herança e divisão de coisa comum, como também a cobrança de dívida deriva de uma *sponsio* (promessa). Nesta ação a nomeação do árbitro era imediata (Gaio, *Institutas*, 4.17a).

Com a nomeação do árbitro, tinha-se o culminante e final momento da fase *in iure*, denominado *litis contestatio*, que era presenciado por testemunhas a fim de que pudessem, perante o árbitro, comprovar a existência e os limites do litígio encaminhado pelo pretor.

De acordo com **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**, “como as fórmulas eram orais”, as partes, “(não se sabe se antes ou depois da nomeação do *iudex*) tomavam os assistentes da audiência como testemunhas de que estava instaurando o contraditório, e a esse ato solene se dava a denominação de *litis contestatio*”.³⁰

2.2.3. A FASE APUD IUDICEM.

Iniciava-se, então, a segunda fase do procedimento, tão pública quanto a primeira, perante o árbitro (*apud iudicem*), com o comparecimento das partes no terceiro dia (*in diem tertium siue comperendinum*) após a *litis contestatio* (concentração). As partes novamente faziam a apresentação oral da causa (*causae coniectio*), debatiam-na (*peroratio causae*), passando-se à colheita direta da prova pelo árbitro (observe-se aqui a imediação), tudo sem documentação³¹. O juiz, então, logo na seqüência, estando convencido da razão de uma das partes (livre convencimento puro), prolatava a decisão (*sacramentum iustum*) de forma oral e sem fundamentação, não cabendo recurso algum dela (irrecorribilidade). Admitia-se, ainda, que não chegasse à conclusão alguma (*sibi no liquere*), ocasião em que encaminhava as parte novamente para o pretor indicar novo *iudex*.

Embora não haja referência nas fontes a respeito do tema, parece-me não haver dúvida de que nesta fase não há como deixar de imaginar que somente o árbitro eleito na fase *in iure* podia prolatar do *decisum*. Conforme bem pondera **J. M. OTHON SIDOU**, “nada indica que o Direito Romano, em qualquer das três fases de procedimento, haja acolhido o princípio da mediação, ou o julgamento por outro órgão que não o que originariamente apurou o material de fato” (...) “Se pois, toda a prova romana se dirigirá no sentido do livre convencimento do juiz que, portanto, a deve valorar dentro do mais estrito caráter de imediação e identidade”³², não há razões para se crer que pudesse outro julgador proferir sentença.

³⁰ *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 240/241.

³¹ Vale mais uma vez a nota de que geralmente se utilizava da prova testemunhal, pois neste tempo eram raros documentos escritos (Philippe Levy. “La formation de la théorie romaine des preuves”, in *Studi di onore di Siro Solazzi*. Napole: Jovene, 1948, p. 418 e ss.).

³² J.M.Othon Sidou: *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 132/133.

2.2.4. CONCLUSÃO.

Enfim, manifesta foi, no período das *legis actiones*, a adoção integral e irrestrita da oralidade pelo sistema processual romano: a palavra falada era absoluta; as audiências, tanto na fase *in iure* quanto *apud iudicem*, eram concentradas em curto espaço de tempo (30 dias, 03 dias); tanto o pretor quanto o árbitro ouviam diretamente as partes, e este último, inclusive, colhia as provas (imediato); e, sempre, o árbitro nomeado pelo pretor era quem julgava a *actio*.

2.3. O PERÍODO FORMULÁRIO

2.3.1. SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS.

Nascido, em tese, por criação pretoriana (pretor peregrino), e posteriormente reforçado pelas leis *Aebutia* e *Juliae* – que teriam posto termo às ações da lei (*GAIO, Institutas*, 4.30) – o período formulário inaugura uma nova fase do processo civil romano. Apesar de ainda mantida a bipartição do procedimento através da nomeação do *iudex* pelo pretor (ainda estamos na fase do *ordo iudiciorum privatorum*), o processo formular era bem menos formalista e não conhecia (salvo poucas exceções³³) formas de ação, desenvolvendo perante um rito padrão³⁴.

As partes não mais pronunciavam palavras solenes e imutáveis, tampouco faziam gestos rituais, limitando-se a expor os fatos sem formalidades. O pretor, ouvindo-as, concedia ou não a ação, encaminhando-as a um juiz, que recebia um documento que continha os elementos da controvérsia, bem como as regras de julgamento.

Perceba-se que nesta fase do processo civil romano aumenta-se a intervenção do Estado no processo, pois o pretor, funcionário público, que concedida ou não a ação, bem como delimitava as regras para o julgamento que seria proferido pelo *iudex*. Permitia-se, inclusive, que o magistrado concedesse ações não previstas no *ius civile*, o que aumentou consideravelmente o seu poder nesta fase.

O documento escrito recebido pelo *iudex* do pretor, e que indicava os

³³ De acordo com os romanistas, mantiveram-se as *legis actiones* em três casos: a) processo perante o tribunal dos centuviros (*actio sacramenti*); b) ação de *damnum infectio*; e c) nos processo de justiça graciosa.

³⁴ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 77.

limites da controvérsia e as regras de julgamento, era denominado *iudicium*. Era ele emitido com base em uma fórmula, consistente em um esquema abstrato existente no edito dos magistrados, um modelo para que, no caso concreto, com as adaptações e modificações que se fizessem necessárias, se redigisse o *iudicium*. A fórmula, portanto, era o esquema abstratamente previsto. O *iudicium* era o documento que, num caso concreto, se redigia tomando-se por modelo a fórmula³⁵. Mas é comum entre os romanistas a utilização destes termos como se fossem sinônimos.

É a fórmula o traço marcante do processo formulário; dela advém-lhe a própria denominação: processo *per formulas*. Com base nela que se emite o *iudicium*, o documento onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique, ou não, provada a pretensão do autor. No sistema das *legis actiones*, nada havia de semelhante: o *iudex* julgava a questão que as partes, oralmente, lhe expunham. No processo formulário não: ele julga o litígio conforme está delimitado na *iudicium*, elaborada na fase *in iure*.³⁶

O *iudicium* é escrito, o que retira o caráter exclusivamente oral do processo romano nesta fase, mas não a sua oralidade como um todo, estando, neste ponto, equivocado **CRETELLA**³⁷.

Já houve quem negasse que no processo formulário o *iudicium* fosse escrito³⁸. Dois documentos, porém, achados em Murécine, na Itália, provam que tal tese não prospera. São duas *tabulae* encontradas quando da construção, em 1959, da auto-estrada entre Pompéia e Salerno³⁹, dois *iudicia* que dizem respeito a *actio certae creditae pecuniae*. Mas não se sabe, mesmo assim, se o conteúdo destes documentos era considerado *ad probationem* ou *ad substantiam*⁴⁰.

Com relação à forma, os atos praticados nesta fase do processo civil romano, à exceção da fórmula/*iudicium*, eram, tanto quanto os do período da *legis actiones*, orais. É possível, porém, que a sentença do *iudex*, no processo

³⁵ Odoardo Carelli. *La genesi del procedimento formulare*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 48.

³⁶ José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 258.

³⁷ J. Cretella Júnior. *Curso de Direito Romano*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 424.

³⁸ Arangio-Ruiz. "Sulla scrittura della formula nel proceso romano", in *Scritti di Diritto Romano* IV. Napoli: Jovene, 1954 p. 135.

³⁹ Lucio Bove. *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murécine*. Napoli: 1979, p. 1 e ss. O teor integral destas duas *tabulae* pode ser encontrado em na obra de Giuseppina Saconni: *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, Jovene, 1982, ps. 22-23.

⁴⁰ José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 236.

formulário, fosse escrita⁴¹, mas quanto a isto há controvérsias.⁴²

2.3.2. A FASE IN IURE.

Grosso modo, prevalece entre os romanistas que o processo formular se iniciava pela *editio actiones* ou *editio formula*, que consistia na comunicação oral, anterior à citação, que se fazia ao demandado sobre a fórmula da ação que se pretendia intentar, a fim que o réu decidisse adrede se devia recuar ou enfrentar o processo.⁴³ De acordo com **TUCCI** e **AZEVEDO** tal ato extrajudicial poderia ser escrito, mediante a entrega de um *instrumentum*.⁴⁴

Seguia-se à *in ius vocatio*, que era igualmente promovida extrajudicialmente, oralmente e pelo próprio demandante. Como ainda era indispensável que os litigantes, em pessoa ou devidamente representados por *cognitor* ou *procurator* (**GAIO**, *Institutas*, 4.83 e 4.84), comparecessem perante o magistrado, e não havendo mais a permissão para o emprego do arrebatamento do demandado com sua condução à força para o fórum, criou-se pretorianamente a *actio in factum* contra aquele que, chamado a juízo, não comparecesse nem fornecesse um garante, um *vindex* (**GAIO**, *Institutas*, 4.46)⁴⁵.

Na presença das partes iniciava-se a instância *in iure*, onde o primeiro ato era a *postulatio*: a exposição oral e sem formalidades, pessoal ou por advogado (*advocatus*) que o autor fazia de sua pretensão. Na verdade, era uma nova *editio actiones* ou *editio formula*, mas agora também na presença do magistrado, onde se dava conhecimento ao pretor da fórmula que se pretendia obter. Todo cuidado era pouco neste momento, pois se o autor postulasse mais amplamente do que lhe era lícito, perdia a demanda, não podendo mais reacionar o réu por aquela causa (**GAIO**, *Institutas*, 4.52-60).

Tudo leva a crer que, na hipótese de não estar prevista a *actio* pretendida

⁴¹ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 127.

⁴² Eduardo Volterra. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid : Civitas, 1991, p.201. Para Cannata, salvo a fórmula, que era necessariamente escrita, nenhuma outra característica formal tinha o processo formular: "nem a prolação da sentença nem a sua publicação eram feitas com base em regras que prescrevessem formas particulares" (*Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli, p. 05, tradução livre).

⁴³ Ebert Chamoun. *Instituições de Direito Romano*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 117.

⁴⁴ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 80.

⁴⁵ Por todos: Luiz Carlos de Azevedo. *O direito de ser citado*. São Paulo: FIEO, 1980, pp. 121 e ss.

no edito, e não se dispendo o pretor e emitir um edito momentâneo com base na sua *iurisdictio*, denegava oralmente, e já antes de ouvir o demandado, a ação (*denegatio actionis*), decisão discricionária e contra a qual não cabia recurso algum (irrecorribilidade).

Não sendo o caso de *denegatio actionis* de plano era dada a palavra ao réu. Também oralmente e sem registro algum, lhe era lícito: a) confessar (*confessio in iure*); b) não se defender (*indefesus*); ou c) contestar.

Regra geral contestava, ocasião em que poderia negar os fatos narrados pelo autor, ou apresentar outros fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor (*exceptiones*), algo que era novo em relação à fase anterior, onde o réu só podia negar os fatos (*infitiari*). Apresentadas estas últimas, também oralmente, poderiam se seguir novas manifestações do autor (*duplicatio*) e do próprio requerido novamente (*treplicatio*)

Seguia-se a etapa final da fase *in iure*, com a confecção do *iudicium*/ fórmula que, como já dito, era um provimento formal escrito diferente do período das *legis actiones*. Nela se continha a indicação do juiz singular ou colegiado, eleito em conjunto pelas partes e magistrado (*album iudicium*), que julgaria a causa, bem como a ordem para que julgasse com base nas circunstâncias enumeradas na fórmula (que eram aquelas deduzidas oralmente pelas partes ou ao menos, entre elas, as circunstâncias que o pretor, no seu poder discricionário, entendeu como sendo relevantes), condenando ou absolvendo o demandado.⁴⁶ A nomeação do iudex nesta fase eram bem mais célere, pois não mais se aplicava o prazo de 30 dias da Lex Pinaria.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, após indicar que, possivelmente, quem redigia a fórmula era mesmo o juriconsulto que assistia ao autor, com a intervenção do assistente do demandado, que fazia inserir cláusulas em seu favor (*exceptio*), aduz que após a sua elaboração nova possibilidade de *denegatio actiones* era dada ao magistrado⁴⁷.

De acordo com **CANNATA**, “o autor, obtida a fórmula, a lia com clareza (*dictare*) ao demandado, o qual a aceitava (*accipere*): este acordo das partes sobre a fórmula tinha o nome de *litis contestatio*, e assinalava o momento no qual sobre os fatos enunciados na fórmula era instaurado o processo (a coisa era ‘*in iudicium deducta*’), o juiz era investido da decisão (prevista na fórmula) e as partes aceitavam respeitá-la”.⁴⁸ Percebe-se aqui, mais uma vez, o traço da

⁴⁶ Carlo Augusto Cannata. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli, p. 04.

⁴⁷ José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 275.

⁴⁸ *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli, p. 04

oralidade, em que a apresentação da fórmula e sua aceitação pelas partes era totalmente oral.

Encerrava-se, com a *litis contestatio*, a fase *in iure* e dava-se início à fase *apud iudicem*, perante o árbitro, da qual a bibliografia é bastante escassa.

2.3.3. A FASE APUD IUDICEM

De acordo com **VICENZO ARANGIO RUIZ**, o *iudicium*/fórmula era remetido lacrado ao *iudex*.⁴⁹ Mas conforme pontifica **MOREIRA ALVES**, a questão não é pacífica: “alguns autores – como **WLISSAK** – julgam que o magistrado, independentemente da fórmula, mandava ao juiz um ordem (*decretum*), por escrito, para julgar o litígio (*iussum iudicandi*) em conformidade com a fórmula. Outros, seguindo **KELLER**, entendem que o *iussum iudicandi* se encontrava na frase *Octavius iudex esto*, que encabeçava a fórmula. E ainda há os que, com **KUEBLER**, identificam o *iussum iudicandi* na ordem da *condemnatio ... absoluto integrante da condemnatio*”.⁵⁰

Mais certo, todavia, é que, ainda na vigência da Lei das XII Tábuas, as partes, como regra, comparecessem no terceiro dia (*comperendinus die*), após a *litis contestati*, perante o juiz, e, com a fórmula em mãos (**GAIO**, *Institutas*, 4.141), procediam uma exposição sumária e oral da controvérsia, passando o *iudex*, na seqüência, a colher as provas (o ônus da prova era de quem alegava o fato).

Todas as provas eram admitidas: documentos (*tabulae*), testemunhos (*testes*), juramento (*ius iurandum*), tortura contra escravos (*tormenta*), opinião pública (*fama*), confissão .prova absoluta que implicava em próprio reconhecimento jurídico do pedido); sendo que nenhuma delas era reduzida a termo.

De acordo com **TUCCI e AZEVEDO**, as testemunhas eram interrogadas diretamente pelos advogados⁵¹, ponto em que o procedimento formulário se afastaria, em tese, da imediatidade, corolário necessário das modernas manifestações sobre a oralidade. Mas em relação há essa afirmação há controvérsias, pois de acordo com **J. M. OTHON SIDOU** “os princípios de audiências das duas partes, de oralidade, mediação e publicidade dominarão toda esta etapa do procedimento”⁵².

⁴⁹ *Las acciones en el derecho privado romano*, p. 95-99

⁵⁰ *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 277.

⁵¹ *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 125.

⁵² *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 92.

Encerrada a instrução a palavra era dada aos advogados das partes, os oradores, que faziam verdadeiro discurso em prol da tese de seus assistidos.

O juiz formava livremente sua convicção, aferindo as provas como bem lhe aprouvesse, embora sem poder se afastar totalmente delas (havia certa discricionariedade). As provas orais, como regra, tinham mais valor que as provas documentais, que se entendia serem objeto de mais fácil alteração.

Ainda nesta fase era admitido o *non liquet*, com a possibilidade do árbitro abster-se de dar sentença, remetendo as partes ao pretor para nomeação de novo juiz, com a redação de nova fórmula.

Caso, entretanto, chegasse a uma conclusão, proferia sentença sem maiores formalidades e sem motivação, havendo controvérsias, outrossim, se escrita ou oral⁵³. O *iudex* podia ser aconselhado por assessores, mas deveria estar atento aos termos da fórmula, que eram os limites de sua atribuição.

Regra geral tudo era realizado numa mesma audiência (apresentação da demanda, colheita das provas, debates e sentença).⁵⁴ A concentração, vista assim, era plena.

Desde aquela época havia preocupação com o tempo. Nos *iudicia legitima* o prazo de duração da instância era de um ano e meio, a partir da *litis contestatio*. Já no *iudicia imperio continentia* o prazo era menor, de apenas um ano, tempo que durava os poderes do magistrado concedente da fórmula. Findo os prazos, a relação processual se extinguiu (perempção) e o autor não podia mover outra ação idêntica⁵⁵. Quero acreditar que tais prazos eram estipulados por força da não documentação das provas orais, que colhidas restavam em aberto na memória do *iudex* e das partes. Daí porque o encerramento da instância deveria ser o mais breve possível da oportunidade em que colhidas as provas.

Não havia recursos. Uma vez prolatada a sentença a instância estava encerrada.

⁵³ Eduardo Volterra. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid : Civitas. 1991, p.201.

⁵⁴ Vittorio Scialoja. *Procedura Civile Romana*. Roma: Anonima Romana Ed., 1936, § 32.

⁵⁵ Ebert Chamoun. *Instituições de Direito Romano*. 2^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 120.

2.3.4. MEIOS COMPLEMENTARES DE TUTELA PRETORIANA

No estudo da oralidade do processo civil romano, não podíamos deixar de fazer referência, mesmo que extramamente sucinta, aos meios complementares de tutela pretoriana (interditos, estipulações pretorianas, im.issão na posse ou detenção, e as restituições *in integrum*), que permitiam ao magistrado sumariamente – sem a bipartição de instância característica do *ordo iudiciorum privatorum* – proteger eventuais iniquidades provenientes das lacunas da lei. Aqui se adotou inteiramente a oralidade, tal qual concebida em tempos modernos.

Em especial os interditos eram ordens orais, também requisitadas pelo interessado oralmente, que o pretor, com base no seu poder de império, concedia após análise sumária das circunstâncias apresentadas (também sem nenhuma documentação) e a fim de proibir a prática de algum ato, ou determinar a exibição de alguma pessoa ou coisa⁵⁶

Tudo era absolutamente informal e imediato. O pedido era oral; o pretor colhia diretamente os elementos da controvérsia (imediatidade); a decisão era proferida pelo próprio pretor, sem bipartição da instância (identidade física propriamente falando); a decisão era instantânea (concentração); e dela não cabia recurso algum (irrecorribilidade)⁵⁷.

Concedido o interdito duas situações eram imersas: ou a ordem era respeitada, dando fim à controvérsia; ou a parte interessada podia solicitar a instauração de uma *actio ex interdicti*, que seguia os trâmites normais da bipartição da instância (com elaboração da fórmula e nomeação do *iudex*).

A referência aos meios complementares de tutela pretoriana se fazia necessária neste estudo para a indicar que, mesmo na fase formulária, já havia situações em que a identidade do processo romano como conceito moderno de oralidade era exata. Afinal de contas, até então só tivemos oportunidade de aferir uma identidade física parcial do julgador, pois a bipartição da instância não permitiu até então um paralelismo exato entre as tratativas dogmáticas modernas da oralidade e os elementos históricos romanos.

⁵⁶ Para uma perfeita compreensão dos interditos e de suas especificidade, por todos: Luigi Capogrosi Colognesi. "Interdicti", in *Enciclopedia del diritto*, 21, 1971.

⁵⁷ Carlo Augusto Cannata. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli, p. 189-191.

2.3.5. CONCLUSÃO

De acordo com **JEFFERSON CARÚS GUEDES** “predominava a oralidade nas duas etapas do procedimento *per formulas*”⁵⁸, entendimento compartilhado por **J. M. OTHON SIDOU**⁵⁹. Pois de fato, na medida em que a maioria dos atos processuais eram orais (salvo a fórmula e, talvez, a sentença); que o material probatório era produzido em prol do magistrado, que formava livremente seu convencimento (mediação); que os atos processuais, nas duas fases, eram praticados, preferencialmente, em oportunidade única (concentração); que o próprio juiz, indicado expressamente na fórmula (*Octavius iudex esto*), era o único autorizado a proferir sentença⁶⁰ (identidade física); e que as decisões proferidas eram irrecorríveis (irrecorribilidade); não há mesmo dúvidas de que no período formulário houve plena adoção da oralidade, especialmente se tivermos em conta, ainda, os meios complementares de tutela pretoriana, que se perfilham identicamente às modernas manifestações do princípio da oralidade.

3.4. O PERÍODO DA COGNITIO EXTRAORDINÁRIA

2.4.1. SURGIMENTO, CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS E PROCEDIMENTO

Inicialmente surgido para dirimir questões administrativas e policiais na fase do principado (solucionadas com base no *imperium* do magistrado), depois utilizado nas províncias, e, por fim, incorporado integralmente a todo o sistema romano a partir do século III d.c. (e não há motivos para se crer que por força de abrupta intervenção legislativa), o processo extraordinário efetivamente rompe com o sistema da *ordo* até então vigente e consolida o processo romano como parâmetro do processo civil moderno.⁶¹

⁵⁸ *Princípio da Oralidade – Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 20.

⁵⁹ *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 92.

⁶⁰ Na fase *apud iudicem* podia ocorrer a *translatio iudicii*, quando, após a *litis contestatio*, o juiz nominado na fórmula falecia ou sofria *capis deminutio*. Prevalece a opinião que, para tanto, era necessário a redação de nova fórmula. Esta seria uma exceção à identidade física do juiz prevalecente na fase formulária.

⁶¹ De acordo com José Carlos Moreira Alves, esta é a fase que mais se aproxima do processo moderno: “isso, aliás, é perfeitamente explicável se se tiver em vista que o processo moderno derivou, principalmente, do canônico, que, por sua vez, teve como fonte a *cognitio extraordinaria*” (*Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 275).

Foi no processo extraordinário que se estabeleceu uma forma procedimental única. Não há mais bipartição de instância: o processo corre, do início ao fim, perante o funcionário estatal (o magistrado). “Não há mais o *iudex* tirado do álbum, pois o magistrado que dirige o processo e que decide a questão é um funcionário do Estado. A *litiscontestatio* deixa de ser um contrato, conservando-se apenas nominalmente como *posto narrationem propositam et contradictionem objectam*”⁶².

O processo não passa mais a ser visto como decorrência do direito material das partes. A sua feição para a ser de instrumental do Estado no exercício da função jurisdicional e na afirmação de seu poder.

Em decorrência disto o processo acentua seu caráter publicístico⁶³. Perde sua natureza privatística/arbitral e passa, integralmente, a ser regido pelo direito objetivo. Não há mais ações da lei. Não há mais fórmulas, muito menos ações criadas pelos magistrados (sem o caráter criador do direito havido no regime formular anterior). O próprio Estado, através do imperador, passa a se reservar ao direito de reparar sentenças injustas (recursos), tudo como prova de que a aplicação da vontade estatal prepondera sobre a do particular.

A introdução da instância se dava através da *evocatio*. No tempo de Diocleciano ainda extrajudicial. Mas no baixo império passou a ser dar com colaboração do órgãos estatal. Inicialmente consistia em um convite, feito por um funcionário do Estado (*executor*), para comparecimento do demandado perante o juízo em um prazo de 04 (quatro) meses (*litis denuntiatio*). Com o passar dos tempos foi substituída pela *libellus conventionis*, que era documento escrito e assinado pelo autor, entregue também por um funcionário público, em que se dava ao réu inicialmente o prazo de 10 dias, e com Justiniano, 20 dias, para comparecimento em juízo.⁶⁴

Nesta fase, diversamente do que ocorria anteriormente, não era indispensável a presença das partes. Ausente qualquer delas variáveis eram os efeitos a depender das circunstâncias do caso⁶⁵.

Geralmente as partes compareciam, representados por um *procurator*. O demandante, então, expunha sua pretensão (sem o rigor formal da fórmula), que caso reputada infundada poderia ser denegada de plano (*denegatio actionis*).

⁶² *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. I, p. 97.

⁶³ J. Cretella Júnior. *Curso de Direito Romano*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 436.

⁶⁴ Ebert Chamoun. *Instituições de Direito Romano*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 131.

⁶⁵ Por todos ver: José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 308/309.

Não denegada, entretanto, seguiam-se inúmeros debates até a *litis contestatio*, que nada mais representava nesta fase do que o momento do processo em que definido o objeto litigioso.

Seguia-se uma fase denominada *iusiurandum calumniae*, em que as partes e seus advogados juravam não estar no processo por mero espírito de emulação.

Na fase probatória, a liberdade probatória era plena (salvo se houvesse disposição legal limitadora). O juiz podia lançar mão de outras provas que não somente as apresentadas pelas partes (*plena inquisitio*).

Mas não havia livre convencimento pleno, pois as legislações, com o passar do tempo, passaram a nortear a atividade intelectual do julgador. Assim, no direito Justiniano, a prova testemunhal não podia prevalecer sobre os resultados da prova escrita e esta predominava em certas questões, como relativas ao estado. O testemunho de uma só pessoa era sempre irrelevante (*testis unus, testis nullus*) e na apreciação da prova testemunhal devia sempre dar-se maior peso ao depoimento das pessoas de elevada condição social. A prova documental (*instrumentum*), outrossim, passa a ter maior validade que no período formulário, não se aceitando que seja afastada por testemunhos. Importante ressaltar, ainda, que nesta fase muitos são os documentos registrados publicamente (*apud acta*), o que facilita a comprovação dos fatos. Por fim, a confissão tem valor preponderante: equivale à própria coisa julgada (*convessum pro iudicato est*).

Produzida as provas o juiz deveria prolatar a sentença. Nesta fase as decisões podiam ser definitivas (*sententia*), regra geral apeláveis, e como tal solucionadoras de toda a controvérsia. Como podiam ser, também, interlocutórias, que objetivavam apenas dirimir questões preliminares (ordenar a citação, não aceitar a apelação, prover a instrução, etc...) e, como regra geral (*Digesto* 49.5.2) não eram impugnáveis.

Quanto às sentenças definitivas, o magistrado não podia mais decretar o *non liquet*, mas lhe era lícito, tendo dúvidas, consultar assessores, ou remeter os autos ao magistrado superior a ele, inclusive ao imperador (*consultatio*). Em todos os casos a sentença era escrita, sempre em língua latina ou grega⁶⁶, mas deveria ser lida em audiência.

De acordo com **TUCCI e AZEVEDO**, sendo passíveis de impugnação recursal, não há porque se descrever que as sentenças não fossem motivadas⁶⁷, diferença fundamental a ser apontada também em relação ao processo da *ordo*

⁶⁶ Ebert Chamoun. *Instituições de Direito Romano*. 2^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 131.

⁶⁷ *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 125.

judiciorum privatorum.

A apelação da sentença se fazia verbalmente, mediante afirmação, no ato de ser prolatada (*apud acta*); ou dentro de 02, 03 ou 10 dias (há dúvidas quanto a isto), por escrito, com a apresentação pelo recorrente do *libeli appellatori*.⁶⁸ Não havia necessidade de ser declinado o motivo do inconformismo, que se dava no processamento do recurso.

Após o juízo de admissibilidade recursal, a apelação era remetida ao órgão *ad quem*, sendo indispensável a presença das partes, sob pena de deserção (ausente o recorrente) ou provimento do recurso (ausente o recorrido). Note-se aqui mais uma vez o traço da imediatidade entre parte e órgão julgador, algo que hoje não é comum em nosso sistema.

Seguiam-se os debates orais e produção de eventuais provas, quando após era julgado o recurso.

2.4.2. CONCLUSÃO

Há autores que sustentam o fim da oralidade do processo romano na fase da *cognitio extraordinaria*.

LEO ROSENBERG, por exemplo, aduz que nesta fase “desaparecem a oralidade e a publicidade, para dar lugar ao processo escrito em segredo. O ato processual é documental; na época de Justiniano, a ação é proposta por escrito (*libellus conventionis*), entregando-se cópia do libelo ao réu com a citação oficial. A sentença é dada por escrito. Da súplica o imperador como superior dos funcionários judiciais, nasce e desenvolve-se a recorribilidade da sentença, mediante a *appellatio* e uma sucessão de instâncias”.⁶⁹

E **J. CRETILLA**, por sua vez, aduz que “a oralidade do processo é substituída por outro sistema em que prevalecem os atos escritos, redigidos pelos auxiliares da justiça e pelos advogados”⁷⁰.

Ouso discordar.

Mesmo nas fases mais avançadas do processo extraordinário o processo romano jamais deixou de ser oral.

⁶⁸ J. M. Othon Sidou. *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 114.

⁶⁹ *Tratado de derecho procesal*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 16.

⁷⁰ *Curso de Direito Romano*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 436.

Primeiro porque a existência de atos escritos não afasta a oralidade. Conforme já tivemos oportunidade de salientar, não é a inexistência de atos orais no processo escrito, ou a existência dos atos escritos no processo oral, que farão com que determinados sistemas possam ser indicados com adeptos de uma ou outra corrente. É na preponderância de um sobre o outro que se encontra a resposta.

E segundo, porque a oralidade enfeixa um série de sub-princípios, que somente analisados como um todo dirão se o sistema em análise é ou não oral.

De acordo com **JEFERSON CARÚS GUEDES** “a oralidade e a imediatidade mantiveram-se, em regra, como tônicas do processo, ao lado das atas redigidas, meio de amparo à sentença que, embora escrita, era publicada oralmente. Cresce o ímpeto pelo processo escrito, mas os atos eram desenvolvidos predominantemente pela linguagem oral”.⁷¹

E de acordo com **TUCCI e AZEVEDO** “embora alguns atos processuais fossem documentados, a oralidade se sobrepuja à escritura no procedimento da extraordinária *cognitio*: as parte debatiam a causa, em contraditório, na presença do magistrado”.⁷²

A *cognitio* extraordinária, de fato, admitia alguns atos escritos, o que foi um dos motivos para que o processo deixasse, inclusive, de ser – como até então era – gratuito. Mas até aí dizer-se que a escrituração de alguns de seus atos sobrepuja-se, em quantidade, aos atos orais praticados em seu curso, é desconhecer o procedimento extraordinário. A apresentação da causa, os debates, a colheita da prova pelo magistrado, a publicidade dos atos, a leitura da sentença em viva voz, e a própria possibilidade de se interpor recurso verbalmente, tudo, demonstra que, apesar da escritura da sentença, prevalecia nesta fase – tanto quanto nas outras – a palavra falada sobre a escrita.

Além disso, a concentração do processo extraordinário era notória: como vimos, a *irrecorribilidade das interlocutórias* assegurava a continuidade concentrada do processo, efeito ainda maximizado pelo pequeno espaço de tempo que tinha o demandado para comparecer em juízo (primeiro 10 e depois 20 dias).

Outro fator indicativo de que o processo extraordinário era oral decorre do sistema de valoração da prova. Como vimos, apesar dos limites legais que se colocaram sobre determinados tipos de prova (a oral, por exemplo), era ainda a

⁷¹ *Princípio da Oralidade – Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 21.

⁷² *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 141.

consciência do julgador chamada a decidir livremente com base no direito objetivo. Tanto que é assim que, na dúvida, podia consultar o magistrado superior (*consultatio*). Tudo isso, aliado ao fato de que as provas eram colhidas pelo magistrado (inclusive na fase recursal), com a intervenção dos procuradores da partes, demonstra que o processo romano era preso à *imedição* e à *identidade física do juiz*, pois quem recebia o material probatório emitia sentença.

Ademais, na fase extraordinária, tanto quanto nas outras fases, o processo era absolutamente público, “tanto na bipartida instância dos períodos antigo e clássico, como na unificada do pós-clássico; e quer o sistema ritualístico com o plantar das *hasta* e o utilizar da *festusca* até a forma já burocratizada sob que transcorreram a *narratio* e a *contradictio*, ao povo será lícito assistir a todos os atos processuais, rigorosamente celebrados em sessões públicas, o que confere ao procedimento um sentido todo vinculado à oralidade”⁷³.

Enfim, na ótima síntese de **J. M. OTHON SIDOU** “se, pois toda a prova romana se dirigirá no sentido do livre convencimento do juiz, que, portanto, a deve valorar dentro do mais estrito caráter da imedição e identidade; se todos os atos processuais se desenvolverão em audiência, quase sem interferência do elemento escrito; se serão inapeláveis as decisões tomadas em meio à demanda, garantido o objetivo da concentração processual; se só a sentença definitiva se reveste da condição de coisa julgada, o que também garante o princípio da concentração – não será correto senão classificar o procedimento romano, nas suas três fases, como oral por excelência”⁷⁴.

3. CONCLUSÃO

É chegada a hora de concluir:

1. A adequação de um sistema processual ao moderno conceito do princípio da oralidade decorre da preponderância procedimental da palavra falada sobre a escrita e da obediência a uma série de subprincípios.

2. Os sub-princípios da oralidade são:

- a. concentração;
- b. imedição;

⁷³ J. M. Othon Sidou. *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 131.

⁷⁴ *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 133.

- c. identidade física do juiz;
- d. irrecorribilidade das interlocutórias.

3. A história do processo civil revela que a escritura está para a segurança assim como a oralidade está para a celeridade. Quanto mais escrito o processo, mais seguro e mais lento. Quanto mais falado, mais rápido e menos seguro. Daí porque a grande parte dos sistemas processuais modernos, inclusive o brasileiro, têm procedimentos escritos para causas de maior relevância, e procedimentos orais para as causas de menor importância social.

4. Não há dúvida alguma de que no sistema processual romano da *ordo iudiciorum privatorum*, em suas duas fases (*legis actioes* e *formulária*), houve adoção da oralidade em sua plenitude. Salvo no tocante a fórmula, todos os atos eram praticados oralmente, e todos os corolários da oralidade eram obedecidos.

5. Já no período extraordinário, apesar de uma maior escrituração dos atos processuais, o procedimento não deixou – apesar do que dizem alguns autores – de ser oral, pois havia preponderância da palavra falada sobre a escrita e, em sua maioria, os sub-princípios da oralidade, em sua dogmática moderna, eram obedecidos.

4. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário Brasileiro*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. “Sulla scrittura della formula nel proceso romano”, in *Scritti di Diritto Romano* IV. Napoli: Jovene, 1954.

AZEVEDO, Luiz Carlos de, e TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *O direito de ser citado*. São Paulo: FIEO, 1980.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Cedam, 1947.

BOVE, Lucio. *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murécine*. Napoli: 1979.

CANATA, Carlo Augusto. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Le legis actiones*. Torino: G. Giappichelli.

_____. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli.

CARELLI, Odoardo. *La genesi del procedimento formulare*. Milano: Giufrè, 1946.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil* (tradução de Adrián Sotero De Witt Batista). Campinas: Servanda, 1999, v. II.

_____. *Sistema de direito Processual Civil*. Campinas: ClassicBOOK, 2000, v. III

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.

COLLINET, Paul. *La procédure par libelle*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932.

COLOGNESI, Luigi Capogrosi. “Interdetti”, in *Enciclopedia del diritto*, 21, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

DINAMARCO, Cândido Rangel *Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1975, p. 39.

D'ORS, J. Álvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Pamplona Ediciones Universidad de Navarra, 1975.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. 2ª edição. Franca: Lemos e Cruz, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da Oralidade – Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2003.

GUIMARÃES Luis Machado. “O processo oral e o processo escrito”, *Revista Forense*, v. 74.

LEVY, Phiplipe. “La formation de la théorie romaine des preuves”, in *Studi di onore di Siro Solazzi*. Napole: Jovene, 1948.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jose Konfino Ed., 1947, v. I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. II.

MORATO, Francisco. “A oralidade”, *Revista Forense*, v. 74, 1938.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil* (traducción de Angela Romera Vera). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, v. I.

SACONNI, Giuseppina. *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, Jovene, 1982.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedura Civile Romana*. Roma: Anonima Romana Ed., 1936.

SIDOU, J.M.Othon. *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955.

TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001.

VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid : Civitas, 1991.

KISH, Wilhelm. *Elementos de Derecho Procesal Civil* (tradução de L Prieto Castro), 2ª ed., 1940.

