

A América Latina e o processo romano

RONALDO POLETTI

SUMÁRIO

1. Integração latino-americana e Direito Romano. 2. Povo e ordens jurídicas na direção da unidade. 3. A crise da justiça na América Latina e o processo romano. 4. Pluralismo e povos indígenas. 5. Fim do monopólio da jurisdição pelo Estado. 6. O "arbiter". 7. Direito Romano: a "actio". 8. Processo moderno e romano. 9. "Ubi praetor, ibi iusque actio"

1. Integração latino-americana e Direito Romano

Antes de mais nada, há de ser considerada a integração latino-americana e sua necessária relação com o Direito Romano.

A unidade jurídica da América Latina é, certamente, a mais fundamental, embora não venha sendo objeto de preocupações pelos representantes dos diversos governos latino-americanos, em suas reuniões, quase sempre, voltadas para aspectos econômicos.

No entanto, a integração tem maior possibilidade de realizar-se a partir dos elementos jurídicos do que de quaisquer outros, como se evidencia pela origem comum romanista do direito dos países latino-americanos.

Considerado esse elemento jusromanista, estranha-se que muita vez haja quem possa considerar o Direito Romano como um ser estranho à nossa realidade e insuficiente para realizar a justiça em nossas nacionalidades e comunidades.

Peço vênia para transcrever, com todo o respeito, o seguinte texto de ilustre antropólogo boliviano:

Ronaldo Rebello de Britto Poletti é Professor da Universidade de Brasília (UnB) e Diretor do seu Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos. Advogado. Antigo Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Ex-Consultor-Geral da República e Ex-Consultor Jurídico dos Ministérios da Justiça e da Aeronáutica.

“Cuando la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia estaba trabajando en su proyecto de Ley Agraria Fundamental, uno de los temas que surgió reiteradamente podría sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿Por qué el Derecho Romano o el Napoleónico se adapta mejor a nuestra realidad que nuestra propia experiencia y tradición mult centenaria? Dentro de la necesaria conexión y flexibilidad para el diálogo entre esquemas normativos locales, estatales e internacionales, quiero llamar la atención a algunos puntos de la región rural andina, a partir del caso boliviano. La necesidad de introducir y/o mejorar las legislaciones sobre comunidades e incluso nacionalidades dentro de nuestros estados andinos es evidente, y para ello órganos como la Comisión Andina de Juristas pueden brindar un gran apoyo a la lucha de estos pueblos mayoritarios pero oprimidos.”¹

Desde já, três observações: primeira, a história tem demonstrado que nenhum sistema, ou direito, melhor se adapta a realidades diferentes, sem violentá-las ou oprimi-las, do que o Direito Romano, justamente porque as reconhece, e nelas e com elas progride e se constrói; segunda, o Direito Napoleônico, inobstante, como tudo, tenha sofrido a influência do jusromanismo, com ele não se confunde, exatamente porque o Código Napoleão é um direito nacional² e, como Ihering observou, o Direito Romano triunfa sobre o princípio das nacionalidades³, além

¹ ALBÓ, Xavier. Algunas pistas antropológicas para un orden jurídico andino. In: *Derechos humanos y servicios Legales en el campo*. Lima : García – Sayan, 1987. p. 55.

² Além disso, a codificação, inobstante da tradição romanista, nunca expressa toda a herança do direito romano, não a esgota, senão representa uma estabilização parcial e histórica (cf. SCHIPANI, Sandro. *Derecho Romano* : Codificación y unificación del derecho. Tradução Fernando Hinestrosa. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1983. p. 10).

³ “A importância e a missão de Roma na história universal se resumem em uma palavra. Roma representa o triunfo da idéia da universalidade sobre o princípio das nacionalidades. ... Jamais o Direito Romano penetrará na ciência pela porta do princípio

disso o citado código nasceu de uma revolução burguesa, que erigiu a propriedade como um valor absoluto, sendo mesmo cognominado, por isso, de Código da Propriedade, o que não caracteriza o sistema romanista; terceira, o Direito Romano, onde quer que ele se afirme ou se confunda com as realidades sociais, será sempre revolucionário ou, ao menos, o instrumento das transformações sociais através da mudança das instituições.

Na verdade, a integração pressupõe uma consciência latino-americana, integrada pela pluralidade étnica e multicultural de seus componentes, mas é, exatamente, esse pressuposto – o da integração cultural – que implica a presença do Direito Romano, o qual assimilou o Cristianismo e seus valores fundantes de uma nova visão do mundo e do homem. A revelação cristã representa uma possibilidade radical e arquetípica de um mundo divino e humano singular, originariamente hebraico, mas capaz de expressar-se em outras culturas, como evidenciam as suas formas greco-latinas, logo assumidas de igual maneira como as que assumiu depois, no mundo bárbaro franco-germânico.

Dessa maneira, a integração está inserida em um contexto cultural, o qual é impossível desconsiderar e onde o Direito Romano ocupa um papel necessário e fundamental.

2. Povo e ordens jurídicas na direção da unidade

O povo latino-americano, por sua vez, parece ser a favor da integração, como revelam as pesquisas publicadas por Franco Montoro.⁴

Não apenas o povo latino-americano dirige a sua vontade para a realização da unidade, mas os próprios ordenamentos jurídicos dos diversos países têm acenado para a integração.

“A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (Constituição da República

da nacionalidade” (cf. Importancia del derecho romano por Rudolf Von Ihering, Introdução a Eugéne Petit, *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução José Ferrandez Gonzalez. Buenos Aires : Albatros, 1985.)

⁴ MONTORO, André Franco. *Perspectivas de integração da América Latina*. 3. ed. São Paulo : ILAM, 1994.

Federativa do Brasil, art. 4º, parágrafo único)

“El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.” (Constituição do Peru, de 1979, art. 100)

“La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.” (Constituição do Uruguai, de 1971, Seção I, Cap. 4, art. 6)

“El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del parlamento andino y del parlamento latinoamericano.” (Constituição da Colômbia, de 1991, art. 227)

3. A crise da justiça na América Latina e o processo romano

Partindo da identidade jurídica romanista latino-americana, impõe-se tecer considerações a respeito do processo romano e a contribuição dele para a nossa realidade plurinacional.

Tenhamos presente a crise da justiça. Por toda a parte surgem reclamações a respeito do funcionamento do aparelho judiciário, as quais refletem as mais variadas causas.

Não deixa de ser paradoxal que tais críticas surjam justamente quando a idéia do precedente, isto é, a característica do *common law* parece triunfar em todos os lugares. A regra do *stare decisis* aplicada operaria teoricamente a favor do desafoço ou da celeridade ou da pronta prestação jurisdicional. E no entanto nunca o funcionamento do Judiciário foi tão lento, tão problemático, tão criticado do ponto de vista da realização da justiça, além de outras críticas de natureza política, como a da

instrumentalização do aparelho judiciário a favor do domínio das oligarquias poderosas e a dependência necessária de advogados, além de outras despesas, o que torna muito onerosa a defesa em Juízo dos menos favorecidos. Numa palavra, o Estado vem sendo acoimado, não sem razão, de descumpridor de uma de suas funções fundamentais, que é o exercício da jurisdição.

A idéia do precedente pressupõe uma autoridade judicante atrelada ao poder estatal.

A situação suscita dois temas: o da incapacidade do Estado em cumprir com a sua obrigação jurisdicional, em face de sua própria condição; e o da negação do mais elementar dos direitos de cidadania, que é o direito de ação.

Por toda a parte se ouve falar em formas alternativas para a solução de conflitos, dentre outras a da arbitragem.

Essa temática pode ensejar alguma discussão a respeito do monopólio da jurisdição pelo Estado e a eventual contribuição romanista para o estudo do problema, tendo em vista o fato de o Direito Romano ter-se desenvolvido em um universo político, onde inexistia o Estado Moderno, i. é, o Estado Nacional, Territorial, Soberano. Além disso, essas formas alternativas não deixam de nos lembrar a ordem privada no exercício da jurisdição e as figuras do pretor e do *arbiter* ou *iudex* nas fases do processo formular, máxime se considerarmos a realidade pluralista da América Latina e o esvaimento do Estado, como condição para a construção fraternal de uma unidade política entre os povos latino-americanos, a qual somente pode começar por uma unidade do direito.

Assim, a par da contribuição que o processo romano tem dado à teoria geral do processo e mesmo idéias para uma melhor distribuição da justiça e demais realizações do direito, anuncia-se uma nova possibilidade de inspiração romanista.

4. Pluralismo e povos indígenas

A América assumiu, por uma contingência histórica, a forma de vários Estados nacionais.

Esse pluralismo, no entanto, não é apenas um pluralismo estatal, porque dentro desses Estados há, também, um número plural de povos. A realidade latino-americana demonstra esse caráter plurinacional e pluriétnico dentro do território de cada um dos Estados.

Vivemos, assim, em um grande pluralismo nacional, a exigir uma organização supranacional, semelhante ao Império Romano, bem como soluções de caráter jurídico que sejam comuns aos Estados, enquanto existirem, como também aos povos neles inseridos.

Nesse pluralismo sul-americano, avulta o exemplo dos povos indígenas.

Quanto a eles, por exemplo, está escrito na Constituição brasileira:

“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” (art. 231, *caput*)

“Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

A antiga Constituição do Peru:

“Art. 161. Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

El Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

Art. 162. El Estado promueve el desarrollo integral de las comunidades campesinas nativas. Fomenta las empresas comunales y cooperativas.”

A Constituição da Colômbia (1991), em seu art. 10, proclama o castelhano como idioma oficial, acrescentando que as línguas e dialetos dos grupos étnicos são também oficiais em seus territórios. O ensino que se promover nas comunidades lingüísticas próprias será bilíngüe; e estabelece, ainda:

“Art. 7º O Estado reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação colombiana.”

“Art. 246. As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, de conformidade com suas

próprias normas e procedimentos e sempre que não sejam contrários à Constituição e leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional.”⁵

A Constituição do Equador (1984):

“Art. 1.... La soberanía radica en el pueblo, que lo ejerce por los órganos del poder público. El idioma oficial es el castellano. El quichua y las demás lenguas aborígenas forman parte de la cultura nacional...”

A Constituição da Venezuela (1961):

“Art. 77. El Estado propenderá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación.”

Considere-se, ainda, o Pacto Internacional dos direitos civis e políticos da ONU, que garante às minorias étnicas, religiosas e lingüísticas o direito a ter sua própria vida cultural (art. 27), e o Convênio 107 da OIT relativo à proteção e integração das populações indígenas e tribais, o qual aconselha que se deve tomar em consideração seu direito consuetudinário, garantindo-lhes a manutenção de suas instituições, incluindo os métodos de controle social, sempre que possível e, quando não, as autoridades e tribunais chamados a pronunciar-se deverão levar em conta os costumes de tais populações em matéria penal. No Brasil, a Lei nº 6.001, de 19.12.73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, resguarda os usos, costumes e tradições indígenas.

Diante do pluralismo, impossível a plena unidade jurídica através do ordenamento estatal positivado. Os ordenamentos podem reciprocamente aproximar-se ou ajudarem a unidade, de acordo com os seus conteúdos, v. g. os Códigos de origem romanista dos países latino-americanos, porém nunca consubstanciarão uma

⁵ A respeito da Constituição colombiana, neste ponto, v. François Correa Dubio “Lo ‘Indígena’ ante el Estado colombiano”; Adolfo Triana Antorveza, “Grupos Étnicos. Nueva Constitución en Colombia” (os trabalhos in *Antropología Jurídica. Normas Formales – Costumbres Legales*. Esther Sanches Botero. Ed. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica. Bogotá, 1992.

unidade, pelo simples aspecto de que indicam ordenamentos nacionais diferentes. A verdadeira e possível unidade jurídica decorre dos princípios comuns inspirados pelo Direito Romano, dentre outros o do reconhecimento dos costumes como fonte do direito, sua institucionalização e valorização.

Tenha-se, aqui, como noutros pontos, a circunstância de que o Direito Romano adaptado aos tempos diferentes da sua existência como fato histórico será sempre, como já afirmamos, um direito revolucionário.

Um fenômeno interessante e que pode nos servir de objeto para reflexão reside nas Rondas Campesinas do Peru, no âmbito das comunidades campesinas, definidas estas como organizações tradicionais e estáveis de interesse público (art. 134 do Código Civil, Decreto Legislativo nº 295). Elas aparecem como uma resposta organizada e eficaz para combater o roubo e o abigeato e para proteger as pessoas e seus bens. Há uma espécie de substituição ao Estado, como sintoma da ineficiência deste último. As Rondas estabelecem um controle dos estranhos, pedindo documentos pessoais e das mercadorias, realizam interrogatórios em assembléias públicas, controlam as situações que, eventualmente, venham a atentar, segundo o juízo da coletividade, contra a ordem, a tranqüilidade e a moral.⁶

Outro exemplo pode ser colhido na comunidade de Calahuyo, que possui seus órgãos de solução de conflitos e um sistema judicial.⁷

E, ainda, os dos Aguaruna, que habitam a Amazônia Peruana (margem do rio Alto Marañón), onde se criou a Organização Central de Comunidades Aguarunas, em 1975, e se mantiveram os costumes e suas formas

⁶ cf. FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Rondando el Derecho. In : *Taller nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos*, 1,1992. *Material de lectura*. Obispado de Cajamarca : Comisión Episcopal de Acción Social, Comisión Andina de Juristas, 1992. p. 37.

⁷ cf. PEÑA JUMPA, Antonio. Justicia Comunal en Alahuyo. Sus órganos de resolución de conflictos. In : *Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos*, 6,1992. Comisión Episcopal de Acción Social, 1992, p. 365-395. Verifique-se, igualmente, os índios Yukuna e Tanimuka da Amazônia Colombiana, no trabalho de REICHEL, Elizabeth. La Ecológica en conceptos indígenas de territorio en la Amazonia Colombiana. In : *Antropología Jurídica*, op. cit.

tradicionais de solução de conflitos.⁸ O exemplo dos Aguarunas serve para demonstrar a existência de um direito indígena, suscetível de enquadrar-se dentro da teoria jurídica ocidental. Os povos indígenas têm, assim, um sistema de direito, pleno e cabal, dentro dos atuais Estados nacionais.⁹

Os povos indígenas podem oferecer interessantes contribuições para a resolução dos conflitos. Assinala um antropólogo brasileiro:

“Malgrado a existência de um ou mais chefes e também, às vezes, de um conselho, nem todas as questões são resolvidas com facilidade. Cremos que em assuntos tais como as atividades a serem realizadas em determinado dia, a data de início de um rito, é muito mais fácil conseguir acordo dos membros do conselho e do chefe, do que em outros assuntos como um litígio entre dois indivíduos ou a punição de alguém culpado de algum crime. As tribos indígenas são sociedades de um número reduzido de membros, em que os laços de parentesco se estendem de modo a ligar entre si quase todos eles e que muitas vezes estão divididos em segmentos de certo modo rivais. Acontece, freqüentemente, que, dando-se um homicídio ou surgindo uma disputa na aldeia, o chefe e cada membro do conselho se vêem cada qual colocado como defensor do agressor ou da vítima, como partidário de um ou de outro dos litigantes. Em resumo, em qualquer disputa o indivíduo se vê apoiado por seus parentes, ou sua linhagem, ou sua facção. Por isso, um homicídio, um roubo, um caso de feitiçaria, não são problemas que envolvem apenas uns poucos indivíduos, mas toda a comunidade, e sua solução depende do equilíbrio entre os grupos de expressão

⁸ cf. VILLA VICENCIO, Sissi. Los Aguaruna : un Sistema Especial para la Solución de los Conflictos. *Ibidem*.

⁹ BALLÓN AGUIRRE, Francisco. Sistema Jurídico Aguaruna e Positivismo. In : *Qual direito?* Rio de Janeiro, Instituto Apoyo Jurídico Popular, 1991. Neste trabalho são examinados alguns mecanismos para a solução definitiva de conflitos na vida aguaruna, bem como os procedimentos judiciais e a escolha do juiz nativo.

política: deixam de ser crimes comuns para se tornarem questões políticas.”¹⁰

Toda a concepção processual indígena leva em consideração um elemento, tipicamente republicano, de não permitir o enfraquecimento da comunidade em face de eventual sanção imposta por um grupo mais forte, sendo que essa circunstância é levada em consideração pelos chefes e conselhos tribais.

“Nas tribos indígenas não existem, por conseguinte, juízes que, em nome da sociedade, imponham determinadas penas aos indivíduos acusados de transgredirem suas regras ou violarem o direito dos demais. A sociedade como um todo só pode punir um de seus membros, quando ele é abandonado pelo seu próprio grupo de parentes ou segmento social.”¹¹

As Rondas Campesinas expressam uma demanda de justiça, como uma reação diante do aparato estatal e das agências da Administração da Justiça. Propõem uma necessidade de mecanismos internos legítimos e eficazes de resolução de conflitos e regulação da vida social, que respondam a interesses da comunidade.

Segundo uma *Asamblea* Geral dos Ronderos:

“La Ronda cumpre funções de criação de normas e resolução de conflitos (funções legislativas e jurisdicionais), assim como aplica sanções”.

Há, assim, visível tensão entre o direito oficial do Estado e o direito das comunidades várias existentes na América-Latina, como indicam os próprios ordenamentos estatais e os estudos de antropologia jurídica.

“Na Colômbia, por exemplo, existem mais de oitenta grupos étnicos diferentes, que apresentam graus distintos de relação com a sociedade colombiana e são resultado de processos históricos variáveis. Falar de wayú, paéz, tukano, pasto ou arbuaco, por si só, gera um problema complexo, pois cada uma dessas etnias possui sistemas jurídicos, formas de controle social, sistemas familiares, mecanismo de resolução de conflitos internos e externos, costumes,

práticas jurídicas e tradições próprias. O conceito, portanto, do direito dos grupos étnicos remete às decisões dos recursos jurídicos próprios de cada um destes grupos para regular sua convivência interna e externa com outros grupos étnicos e com a sociedade nacional, atinentes às normas, costumes, sanções, obrigações, direitos, processos judiciais, formas de distribuir justiça, noções de delito, penas, etc...”¹²

Não basta ao ordenamento estatal reconhecer a existência do direito interno dos grupos étnicos (v. transcrição *supra* do art. 246 da Constituição da Colômbia), é preciso reconhecer um sistema capaz de harmonizar aqueles direitos e os próprios direitos estatais, de maneira a possibilitar-lhes pleno desenvolvimento e aplicação. Esse sistema somente pode ser o Direito Romano.

5. Fim do monopólio da jurisdição pelo Estado

O enfraquecimento do Estado nacional não decorre simplesmente da chamada globalização econômica. O Estado moderno nasceu absoluto e, à medida que se foram colocando limites ao governo dos homens para criar-se o governo das leis, o principal atributo desse Estado, que é a soberania, passou a enfraquecer-se de tal maneira que hoje se anuncia o próprio fim dessa peculiar, porém passageira, forma de sociedade política. As fronteiras começam a cair. Se de um lado há o terrível risco das hegemonias de nações em relação às outras, nasce em contrapartida a possibilidade real de uma fraternidade universal. Por todos os lugares, anunciam-se as organizações supranacionais.

A hora e a vez do Direito Romano novamente surgem na história.

Um exemplo vivo do nascimento do Estado nacional e, agora, de seu anunciado enfraquecimento tem uma referência obrigatória à América Latina e seus indígenas. Os espaços políticos reivindicados pelos povos indígenas para garantir a sua sobrevivência implicam uma nova conceitação política, a partir de um fato incontestável que é o desenvolvimento do Estado-Nação com base na dominação e na

¹⁰ MELATTI, Júlio César. *Índios do Brasil*. Brasília : Coordenada, 1970. p. 110.

¹¹ *Ibidem*.

¹² ZAMBRANO, Carlos Vladimir. Aproximaciones teórico-metodológicas de la antropología jurídica. In : *Antropología Jurídica*, op. cit.

violência. Esse Estado nasceu também da revolução burguesa e foi o modelo vitorioso na América Latina, exigindo-se uma irreal unidade cultural. A própria definição das fronteiras estatais foi arbitrária, tendo como consequência a divisão de uma mesma etnia entre dois ou mais Estados nacionais.¹³

Nenhuma novidade nisso, pois as instituições estatais, políticas e policiais modernas tiveram origens populares e foram apropriadas pelo Estado (pela classe industrial e de proprietários), como uma atribuição monopolista.¹⁴

Nunca é demais lembrar que o *ius publicum* desenvolveu-se em uma situação que nada tem que ver com a realidade do modelo estatal moderno: o Estado territorial, nacional e soberano.

Não se pode falar em Estado na época de Roma.¹⁵

A idéia de soberania começa a ter um valor meramente retórico, salvo para os Estados que dispõem ainda de força militar incontestável.

Consideremos esse fenômeno do enfraquecimento do Estado como um dado favorável para a América Latina, cuja vocação em nenhum momento foi a de realidades estatais isoladas, mas a de um consenso em torno da idéia de unidade.

Interessante anotar que não raro se verifica no debate contemporâneo a menção da globalização econômica e da revolução tecnológica como causa do enfraquecimento do Estado nacional e, conseqüentemente, de seus pilares (soberania, constitucionalismo e separação de poderes). Aqueles fatores estariam gerando a erosão da efetividade e da autoridade do Estado contemporâneo com inúmeras rupturas, incluindo a “expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (lex mercatoria), como decorrência

¹³ SANTOS, Sívio Coelho dos. *Os Povos Indígenas e a Constituinte*. Florianópolis, Ed. da Universidade de Santa Catarina, 1989, p. 58, onde se lê “Esses são os casos dos Miskitos, divididos entre a Nicarágua e Honduras; dos Yanomami, divididos entre o Brasil e a Venezuela; dos Guarani, divididos entre o Paraguai, Argentina e Brasil; dos Tukuna, divididos entre Peru e Brasil, entre outros.”

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. México, 1983.

¹⁵ A respeito v. SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba : Livro é Cultura, 1990, p. 14

da proliferação dos foros de negociações descentralizados estabelecidos pelos grandes grupos empresariais”.¹⁶ No entanto, quase nunca há referências aos aspectos culturais recorrentes após alguns séculos de dominação estatal que, agora, ressurgem, rompendo os laços artificiais do Estado-Nação e proporcionando a recuperação de uma unidade na diversidade, como fruto de idéias e interesses comuns e não, simplesmente, de associação entre aqueles entes estatais, nem de dominação de um deles sobre os outros. Se, de um lado, o Estado perde sua pretensão na detenção do monopólio de promulgar regras e, mesmo, da exclusividade jurisdicional, por força do chamado direito internacional, forma que adquire o direito nacional, é mister lembrar que, sob outro ângulo, o pluralismo e a diversidade dentro do território estatal passam a concorrer com a própria soberania jurisdicional do Estado, através de suas próprias fontes normativas e de seus mecanismos de composição de interesses e de solução de conflitos.

O enfraquecimento estatal combinado com o pluralismo nacional acarreta o fim do seu monopólio para o exercício da função jurisdicional, cujo desempenho, aliás, tem sido sofrível, como já assinalamos.

Essa quebra do monopólio estatal da iurisdictio não apenas abre a possibilidade de seu exercício às diversas comunidades, povos e nações inseridas no território do Estado, as quais com ele repartem o poder, como indica uma superação da fase da cognitio extraordinaria, em que o processo se desenvolve perante um funcionário público, fundindo-se nele a iurisdictio e a iudicatio, separadas à época das ações da lei e do processo formular.

Nos dois primeiros períodos da história do processo romano, o das legis actiones e o formular, vivia-se a ordo iudiciorum privatorum, separadas a iurisdictio e a iudicatio, a cargo de pessoas diferentes, respectivamente, o pretor e o iudex ou arbiter, em duas fases também distintas, a in iure e a apud iudicem.

Todas as formas alternativas de distribuição de justiça, que passam pela conquista ao Estado de um espaço em nome do pluralismo, suscitam a figura do juiz leigo, do árbitro, do conciliador, de quem, afinal, decida as questões segundo o direito, porém não necessariamente um técnico jurídico ou um funcionário estatal.

¹⁶ FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica : implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996. Introdução.

6. O "arbiter"

Na ordo iudiciarum privatorum, a segunda fase do processo, dita apud iudicem, desenvolve-se perante o iudex privatus ou arbiter. Trata-se de um cidadão designado pelo pretor, após concordância ou não das partes, que vai julgar a causa, portanto exercer a iudicatio, em nome do povo romano, porém sem qualquer vínculo de subordinação ao pretor.

O iudex podia ser iudex unus ou vários e constitui uma nota característica dos iudicia, instaurados de acordo com os costumes e as leis de Roma. O pretor podia, ainda, instaurar os iudicia como decorrência do seu imperio continetur e remetidos a um colégio de recuperadores, os quais eram instituídos para julgar questões entre estrangeiros ou fora de Roma. Esses juízes exerciam as suas funções livremente sem qualquer ingerência do magistrado.¹⁷

Gaio, Institutas, 4, 103. *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continetur. 104. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipitur;....105. Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quandiu is qui ea praecepit imperium habebit.* (103. Todos os juízos, todavia, ou se fundam no direito legítimo ou se conectam com o império. 104. Legítimos são os juízos, que são aceitos na cidade de Roma, ou na primeira milha dela, entre cidadãos romanos sob um único juiz;....105. Conexos com o império são os juízos dos recuperadores e aqueles aceitos sob um único juiz, intervindo, porém, um estrangeiro como juiz ou como litigante. Compreendem-se neles aqueles aceitos em Roma ou na primeira milha dela desenvolvidos por cidadãos romanos ou por estrangeiros. São chamados de juízos inerentes ao império porque valem até onde aquele que os haja ordenado tenha império.)

A arbitragem aparece na maioria das propostas de uma alternativa para a solução dos problemas da justiça.¹⁸ No entanto, a mentalidade estatalista e o espírito corporativista

¹⁷ SURGIK, op. cit. p. 21 e 68.

¹⁸ GOZAÍNI, Osvaldo A. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires : Depalma, 1995.

dos juízes-funcionários nunca permitem que se desenvolvam as idéias de um árbitro leigo ou, ao menos particular, sempre atrelando-o ao aparelho do Estado e inviabilizando a jurisdição plural, que é conseqüência natural do pluralismo.

O Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, disciplina o juízo arbitral (arts. 1.072 e segts.), criando a figura do árbitro como juiz de fato e de direito, que não tem qualquer poder, condicionando a lei os efeitos, entre as partes, do laudo arbitral à sua homologação pelo juiz a que originariamente tocar o julgamento da causa (arts. 1.096-1.097).

Dessa homologação, ou não, cabe recurso a um tribunal (arts. 1.101 e 1.102), que poderá anular o laudo ou determinar que outro seja proferido.

Assim sendo, o juízo arbitral brasileiro, que pode ser colegial e admitir recurso na sua própria sede, visando resolver pendências judiciais ou extrajudiciais concernentes a direitos suscetíveis de transação (art. 1.072), não passa de uma mera tentativa de conciliação, sob o controle judicial, representando, na melhor das hipóteses, um degrau sempre possível de ensejar toda a ciranda de recursos e de influências a que se sujeitam os processos. Na verdade, o sistema do Código de Processo Civil brasileiro decorre do princípio da jurisdição única adotado pela Constituição: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). Estamos, portanto, exatamente nas malhas do Estado e do Estado liberal, debaixo do dogma da tripartição dos poderes, pois, quando se pensa em uma alternativa para o princípio mencionado, logo se acena com a idéia da jurisdição administrativa, para transferir para um outro Poder, o Executivo, parte do contencioso administrativo, porém jamais para admitir seja a jurisdição exercida pelas comunidades ou pelos povos, ou a judicatura pelos leigos.¹⁹

Não deixa de ser curioso o dispositivo legal no citado código que permite constar do compromisso arbitral "a autorização para árbitros julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito" (art. 1.075, IV). Regras e

¹⁹ A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, chamados juizados de pequenas causas, criou, no cível, os conciliadores e juízes leigos, como auxiliares da Justiça.

formas de que direito? Somente pode ser do direito estatal. Que equidade é esta que está fora do direito? As leis do Estado contrariam o binômio *bonum et aequum*, frustrando, assim, a oração de Celso: *ius est ars boni et aequi*.

Os dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro (1973) são, praticamente, a reprodução dos artigos do Código Civil (1916) a respeito do compromisso, com exceção de uma maior participação estatal referente à possibilidade de recursos, mesmo quando não previstos no acordo entre as partes, e no tocante à competência para a homologação da sentença arbitral, que a lei processual fixou no juiz competente para julgar a causa e não qualquer juiz. Além disso, o Código de Processo Civil afastou a hipótese, prevista na lei civil, de um juiz de primeira ou segunda instância ser nomeado árbitro pelas partes.

Os dispositivos do Código Civil tiveram evidente inspiração romanista. Clóvis Bevilacqua faz, em seus comentários, expressa referência ao Título IV do Livro 4 do “Digesto”, *De receptis, qui arbitrum receperunt, ut sententiam dicant*. O grande jurista brasileiro, a propósito, observa:

“Compromisso é o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrerem ao Poder Judiciário, escolhem juízes árbitros, para decidirem as suas questões. É um instituto que se aproxima da transação, a cujos princípios se submete (art. 1.048), embora dela se distinga sob pontos de vista essenciais. Seu fim é, também, extinguir obrigações, o que obtém pela sentença arbitral. *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur: et ad finendas lites pertinet* (D. 4.8.1).”²⁰

Ainda que, pelo que evidencia o texto latino supratranscrito, o árbitro, digamos judicial, não possa confundir-se com esse escolhido pelas partes para a solução de suas controvérsias, a idéia da escolha de um cidadão pelas partes ou pelo pretor para a solução de conflitos pode indicar novos caminhos para o processo.

7. Direito Romano: a “actio”

O Estado, que não é certamente o ambiente ou a organização política onde Roma desenvolveu a sua genialidade jurídica,

parece incapaz de garantir um dos principais, senão o principal, direitos da cidadania, o qual se confunde com o próprio *ius* de cada um (D. 1.1.10 pr – *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*), frase de Ulpiano e exatamente a que inicia o texto das *Institutas*.

Como dar a cada um o seu *ius*, sem a garantia da *actio*. Na verdade, no Direito Romano o *ius* = *actio*, consoante a definição de Celso: *Nihil est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi* (D. 44. 7. 51)

Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur (Institutas 4. 6.).

Tal definição de Celso é autêntica e completa porque se refere tanto às *actiones in rem* como às *in personam*, entendidas como um poder, ou um *ius*, que permitia ao autor a atuação, através do processo, de uma sanção executiva em relação ao autor de um ato ilícito.²¹

A palavra *actio* parece designar, desde os tempos mais antigos, os atos singulares de defesa privada, como a *vindicatio* e a *manus iniectio*, como também o conjunto de palavras e de gestos indispensáveis para a satisfação de um interesse através do processo ou, ainda, um modelo previsto pelos *mores* ao qual os particulares poderiam recorrer. Em seguida, essa *actio* confundiu-se com o próprio *ius*, isto é, com a própria *facultas* ou *potestas agendi*. Diversas leis republicanas usaram o binômio *ius potestasque esto*. *Ius* é sinônimo de poder, o que pode explicar a distinção entre as *personae sui iuris* e *personae alieno iuris*, uma vez que as *sui iuris*, por que não submetidas ao *pater familias*, tornavam-se titulares de um poder ou *ius* que as legitimava a buscar as formas tradicionais e processuais.

Tais observações devem ser consideradas em relação às diversas comunidades indígenas e campesinas que integram o mundo latino-americano compreendidas pelas diversas organizações ditas estatais: os povos devem valer-se desse *ius-actio-potestas* para realizar os seus direitos através do processo, fundados mesmo nos seus próprios costumes (*mores*), quer para resolverem os conflitos internos como os eventualmente existentes em relação aos outros povos e mesmo em oposição aos Estados.

²⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1934. v. 4. p. 198-9

²¹ PROVERA, Giuseppe. *A noção romana de actio*. In : *Seminários de Direito Romano*, Brasília : UnB, 1984.

Nunca é demais lembrar a relevância dos costumes para os romanos para concluir que essa importância, certamente, não era desconsiderada em relação aos outros povos que se romanizaram. Para todos vale a sentença *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus* (Tit. ex. corp. Ulpiani 1, 4) e o famoso texto de Juliano no D. 1. 3. 32. 1, sobre a equivalência entre a lei votada pelo povo e o costume revelado pelo povo, a ponto de o segundo gerar a derrogação da primeira pelo desuso.²²

Deixemos de lado a discussão dos processualistas modernos, os quais, a partir mais uma vez de uma abstração atinente ao direito subjetivo, vinculando o surgimento da ação à violação de um direito, lograram distinguir a chamada ação dos civilistas (substancial) da ação formal, objeto da ciência do processo, na verdade cindindo os conceitos de direito e de ação. Esse caminho, inaugurado – tudo indica – pela Escola Histórica e desenvolvido pela Pandectística, acabou por vincular o conceito de ação ao Estado, que hoje exerce o monopólio da jurisdição, inobstante o seu significativo fracasso, neste como em outros pontos.

O Código Civil brasileiro, o de Clóvis Bevilacqua, registra em seu art. 75: “A todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

Que interesse têm as declarações de direitos, sem a ação que os assegure? Serão meras frases? Um exercício de retórica? Uma fantasia?

Um cidadão, um homem somente tem assegurado o seu *ius* se tiver a sua *actio*, se puder agir.

Diga-se o mesmo dos povos e das comunidades em geral.

Essa virtude – a de identificar o *ius* com a *actio* – tem o Direito Romano.

Giuseppe Provera assinala que,
“na mais antiga experiência jurídica

²² Iulianus libro XCIV. Digestorum. Inveterata consuetudo pro legem no immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

romana, *ius* e *actio* apareciam como duas faces de uma mesma medalha, como dois aspectos de uma única realidade normativa. A essa perspectiva mantiveram-se ligados os juristas das épocas sucessivas, e, se não apenas, certamente também em virtude do seu inato tradicionalismo”²³

A estrutura das *Institutas* de Gaio (*Commentarius Primus*, 8), o qual dedica o famoso último livro ao estado das ações, e a das de Justiniano (1. 2, 12) indicam logo a relevância das ações: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.* (v. tb. D. 5. 1.)

Há o registro a respeito da origem do direito e de todos os magistrados e da sucessão dos prudentes, logo após a notícia da edição da Lei das XII Tábuas, D. 1. 2. 6. – *Pomponius libro singulari enchiridii – Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, ide est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt.* (Depois, quase ao mesmo tempo se formaram dessas leis as ações, pelas quais os homens litigassem entre si; essas ações, para que o povo não as instituisse de forma arbitrária, desejaram que fossem certas e solenes; e a essa parte do direito chama-se de ações da lei, isto é, ações legítimas. Desse modo, quase a um só tempo, nasceram estes três direitos: a Lei das XII Tábuas; delas começou a derivar-se o *ius civile*; delas se formaram as ações da lei.)

No Direito Romano não havia, como hoje, um conceito abstrato e genérico do direito de ação. As ações eram típicas. A cada direito correspondia uma ação específica. Daí o romanista brasileiro Moreira Alves asseverar como correta

“...a afirmação de que, em Roma, não se conheceu a *actio* (ação), mas, sim, as *actiones* (ações). Por outro lado, os romanos, ao contrário do que sucede com os modernos, encaravam os direitos antes pelo seu aspecto processual do que pelo lado material. Em virtude disso, é comum dizer-se que o Direito Romano

²³ PROVERA, op. cit. p. 36.

era antes um sistema de ações do que um sistema de direitos subjetivos.”²⁴

8. Processo moderno e romano

O pai do Direito Processual Moderno, Giuseppe Chiovenda, proclamou:

“A idéia romana é a alma e a vida do processo civil moderno, pois a história do processo entre os povos civilizados modernos se resume em um lento retorno à idéia romana.”²⁵

O processo moderno nasce da fusão do processo romano com o dos povos bárbaros.

Valhamo-nos do ensinamento de Chiovenda:

“Os processos civis modernos da maioria das nações européias representam os diversos resultados finais da fusão de elementos em parte comuns, especialmente do elemento romano e do elemento germânico.

Os dois elementos surgiram na Itália na alta Idade Média, quando, com as invasões dos bárbaros, leis germânicas se sobrepuseram à lei romana.”²⁶

Assim sendo, a história da legislação processual moderna teve como ponto de partida o processo romano, isto é,

“processo de uma civilização ampliada ao máximo grau de desenvolvimento, processo que gradualmente, sob os influxos de uma elaboração profunda, devida a gerações de juristas (jurisconsultos, magistrados, legisladores), em quem a finura lógica corria paradas com o extraordinário senso prático, veio-se adaptando às mais delicadas exigências daquela comunhão social.”²⁷

A questão, portanto, que se coloca em relação à realidade latino-americana consiste em saber se igual fenômeno, o de forjar um novo processo com elementos romanos e nativos daquela realidade pluralista, tanto do ponto de vista étnico, como do aspecto político,

²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro : Forense, 1995, v. 1. p. 182.

²⁵ CHIOVENDA, *apud* CUENCA, Humberto. *Processo civil romano*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. Introducción, 35.

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 1, p. 104.

²⁷ *Ibidem*, p. 118.

não deveria repetir-se como uma expressão dos arquétipos culturais e jurídicos romanos. Afinal, o ambiente onde se formou o processo romano se identifica muito mais com a realidade latino-americana, de caráter multinacional e de enfraquecimento do Estado moderno, do que com a da Europa do fim da Idade Média, onde o Estado e o Capitalismo estavam surgindo, com todas as suas conseqüências.

Tenhamos presente que, em matéria processual, como nas outras de natureza jurídica, a incapacidade romana de formulações abstratas, necessárias para a elaboração de uma ciência processual, como os modernos o fizeram, não deve ser vista como um defeito, porém como uma virtude. Sem dúvida, foi essa virtude que pôde servir aos novos tempos da América Latina, a de transformar o processo em um efetivo meio de satisfação de justiça, meio concreto e prático ao alcance de todos e de todas as comunidades, sem obviamente a exclusão dos próprios ordenamentos estatais, enquanto existirem, como uma exigência da vida em todo o seu esplendor.

Não se trata de afastar os ordenamentos existentes, mas de possibilitar um espaço neles para novas jurisdições, o que não parece contrariar o espírito jusromanista. O estudo do processo romano deve, ainda, muito ajudar nas inovações dos ordenamentos estatais, confirmando a visão de Chiovenda desse lento retorno às fontes romanas. Essa palingenesia prevista pelo grande mestre italiano parece estar presente nas formulações da ação como um direito concreto a uma sentença favorável, ou como um direito potestativo, que também a identifica com o poder. O eterno retorno a Roma faz-se, no entanto, sem qualquer prejuízo à idéia de progresso, sempre presente na construção jusromanista, onde e quando ela tem se verificado.

Outro exemplo de imediata repercussão no direito contemporâneo reside na expansão e no aprimoramento da ação popular, instituto tipicamente romano (D. 47. 23. Paulo. 1. dizemos ação popular aquela que tutela o direito do povo), pronto a ser o instrumento do povo contra o Estado.

Esse progresso do direito processual moderno, como um retorno a Roma, aliás, indica certa impossibilidade de buscarmos, desde agora, as rimas necessárias entre os

ordenamentos processuais latino-americanos e o processo romano, justamente porque, mesmo “cientificamente” adiantados, esses ordenamentos indicam, por isso, uma influência cientificista, pandectística, iluminista, racionalista, estatalista, etc, onde o Direito Romano está, obviamente, presente, porém já defasado de sua força originária.

Penso que essa ruptura entre o *ius* e a *actio*, possibilitando uma ciência processual moderna à medida que se distancia a influência romanista, foi bem explicada por Biscardi. Ele assinala que a concepção unitária do fenômeno processual é, do prisma da especulação dogmática, uma conquista bem recente. Representa o produto mais significativo da autonomia dos estudos processuais, cujos institutos processuais, por uma tradição doutrinária, sempre estiveram ligados a uma exposição sistemática do direito privado, também de origem pandectística. Foram as categorias de direito subjetivo e direito objetivo [categorias modernas] e, por consequência lógica, as idéias de Estado e indivíduo que ensejaram, entre elas próprias, a citada ruptura que veio a gerar uma disciplina nova e autônoma, a Ciência do Direito Processual.²⁸

Assim, ainda que possível realizar uma pesquisa no direito processual latino-americano para verificar, nos ordenamentos jurídicos estatais, os elementos romanistas, certamente existentes, não parece ser esse o caminho correto para uma real influência romanista no continente americano.

Além disso, a unidade latino-americana não poderá ser alcançada através dos ordenamentos estatais, senão através de um sistema (princípios doutrinários comuns). Essa observação serve também para demonstrar que nenhuma unidade é possível sem o verdadeiro *ius praetorium*, vale dizer que a eventual busca de uniformidade nas decisões judiciais, sujeitas à imprevisibilidade das situações e das circunstâncias, sem qualquer referência à doutrina, o que nós lograríamos seria cada vez mais a fragmentação desordenada, o afastamento da integração, a ausência do ponto comum. Nesse sentido, o desenvolvimento do processo no ambiente latino-americano somente pode ocorrer na direção da unidade, através de um fundamento comum romanista,

²⁸ BISCARDI, Arnaldo. *Lezioni sul processo romano antico e classico*. Torino : G. Giappichelli, 1968. p. 356 e seg.

jamais pelo critério do *judge makes law*, no sentido anglo-saxônico, ou do *case method* ou direito judicial. O juiz, nesse sentido, será sempre uma autoridade do Estado, não uma pessoa fora dele, autorizada pelo pretor para resolver uma demanda, segundo o bem de vida não mais sujeito à contestabilidade.

É preciso assinalar, ainda, que o sistema romanista latino-americano, identificado por Clóvis Bevilacqua como um grupo singular de legislações porque provenientes de fontes européias (Portugal e Espanha), sofreu modificações decorrentes de um ambiente e de condições diferentes, facilmente identificáveis em razão do impacto da realidade indígena.²⁹

9. “Ubi praetor, ibi iusque actio”

Já vimos acima, a respeito do *arbiter* e dos *recuperatores*, que os *iudicia* decorrentes do *imperio contineri* são assim chamados porque valem até onde aquele que os haja ordenado tenha império, isto é, até onde o pretor tenha império.

A presença do pretor indica a presença do direito. O jurista Paulo, ao escrever sobre os diversos significados da palavra direito, assinala: *...alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.* (D. 1. 1. 11) (Em uma outra significação, chama-se direito ao lugar onde ele é administrado, aplicando-se o nome do que se faz ao lugar onde se faz. Este lugar pode ser determinado da seguinte maneira: onde quer que o pretor, conforme a majestade do seu império e os costumes dos antepassados, disser o direito, esse lugar é chamado, com razão, de *ius*.)

D. 44. 7. 25. 2. *Ulpianus Regulae*. “Todas as ações são civis ou honorárias.”

Ou são do *ius civile*, vale dizer, do direito dos romanos, dos cidadãos romanos e depois da Constituição de Caracala, 212 d. C., de todos os habitantes do orbe romano, ou são do pretor.

Parece pertinente lembrar os conceitos

²⁹ BEVILAGUA, Clóvis. *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*. 2. ed. Bahia, 1897; CATALANO, Pierangelo. *Sistema Jurídico Latino-Americano*. In : *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 69.

tradicionais desse direito criado pelo pretor, nascido para complementar o direito dos cidadãos romanos, na frase de Papiniano *adiuvandi vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia* (D. 1.1.7.1). O direito honorário, assim chamado em honra aos pretores (D. 1.1.7.1) e que, segundo Marciano, *viva vox est iuris civilis* (D. 1. 1. 8).

A criação do pretor peregrino ao lado do pretor urbano tem grande significado, pois implicou a aplicação de leis dos outros povos e até a influência em relação ao próprio Direito Romano, com notáveis repercussões no *ius gentium*.

A propósito, merece transcrito o seguinte texto do ilustre jurista venezuelano Professor Humberto Cuenca:

“Pocas referencias se encontrarán en materia de derecho procesal civil romano al derecho de gentes por las circunstancias siguientes. Celosa de su derecho como de un fuero, en la época en que la ciudadanía fué un privilegio exclusivo de los romanos, se creó en el año 242 a.C. un pretor peregrino (*praetor peregrinus*) para resolver los conflictos que surgían entre los extranjeros, llamados peregrinos y el cual tenía por misión aplicar el derecho privativo de las partes, leyes griegas, egipcias, púnicas, etruscas, etc.

Sin embargo, con el tiempo las costumbres y los derechos de los extranjeros fueron influyendo lenta y sucesivamente en el derecho romano (civil y pretorio) al punto de que cuando Caracalla amplió el derecho de ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (año 212), los extranjeros encontraron en Roma la aplicación de gran parte de sus derechos. Por otra parte, el derecho pretorio influyó poderosamente en el derecho peregrino o derecho de gentes, hasta el extremo de que Cicerón dice que entre los edictos del pretor urbano y del pretor peregrino existía una gran semejanza. Ya veremos que una de las hipótesis acerca del origen histórico del sistema formulario encuentra su base en el hecho de que el pretor peregrino acostumbraba asesorar al jurado en la difícil aplicación del sistema de acciones de la ley a los extranjeros, y que la abolición de las fórmulas, vino también invasivamente

desde las provincias, donde los gobernadores acostumbraban conocer y sentenciar por sí mismos los litigios sin elección de jueces, origen histórico del procedimiento extraordinario.

Así, pues, se compenetraron profundamente el derecho pretorio y el derecho de gentes hasta que con la constitución de Caracalla la distinción se hizo innecesaria, de manera que, más tarde, la reminiscencia del derecho de gentes en la legislación justiniana non tiene sino un mero valor histórico y filosófico. Las Instituciones dicen que el derecho de gentes es común al género humano, pues las naciones establecieron par sí ciertas leyes que exigieron el uso y las necesidades humanas (1, 2, 2) ...Cómo pudo Roma aplicar lenta e gradualmente, pero al mismo tiempo, el derecho romano a los ciudadanos romanos y, al mismo tiempo, sus propios derechos nacionales a los peregrinos? Esto es lo que Pacchioni llama “el secreto del derecho romano” y explica que para hacer esto, Roma supo negarse a sí misma un poco cada día e inspirar su Derecho en el Derecho de los demás pueblos, para así, entregándose a éstos un poco, someterlos con mayor seguridad en el porvenir.”³⁰

A expansão de Roma, desde os primórdios, não se caracterizou, apenas, pela cidadania crescente, isto é, pela universalização da cidadania romana, invenção que fundamentou o império, mas igualmente pela maneira diversificada com que tratou os povos em relação aos quais se impôs. A expansão romana valeu-se dos tratados (*foedera*), da criação de municípios, da fundação de colônias e da organização das províncias.

Esse processo não foi uniforme, nem quanto à prioridade de qualquer daqueles meios, nem no significado das autonomias reconhecidas ou concedidas ou no sentido da preservação das instituições locais. Assim houve, por exemplo, após um período de guerras entre Roma e as cidades latinas, em 493 a.C., o *foedus Cassianum*, onde romanos e latinos aparecem com paridade de direitos dentro de uma idéia, digamos na falta de outra palavra, federalista.³¹ Este exemplo é de *foedus aequum*, pois colocava

³⁰ CUENCA, op. cit p. 35-7.

³¹ TORRENT, Armando. *Derecho público romano y sistemas de fuentes*. Zaragoza : Mira, 1991. p. 293.

em posição paritária as partes compactuadas as quais deveriam dividir pelo meio as presas de guerras comuns; obrigava a ajudas recíprocas entre os aliados; proibia ajudar ao inimigo de um aliado; impunha um exército comum e obrigava a que as controvérsias entre as partes se resolvessem no prazo de dez dias. Tal tratado foi uma antecipação dos futuros pactos. Assim, como os *foedera aequa*, cada cidade conservava sua autonomia interna, sua própria organização política e seu próprio direito. Nem sempre, todavia, a igualdade foi preservada integralmente. Inobstante a preservação da forma, o *foedus* era *iniquum*, as limitações impostas por Roma aumentavam, embora as cidades conservassem sua autonomia, tinham seus próprios órgãos, jurisdição, censo, moeda. A política, no entanto, era a de Roma e sua hegemonia aflorava na obrigação do novo “Estado” federado de *servare maiestatem populi Romani*.³²

Em relação aos municípios, os exemplos são igualmente significativos, porque Roma atraía novas comunidades para a sua órbita, concedendo-lhes a dignidade da *civitas*. Esses municípios também recebiam tratamento diverso, desde a concessão de *civitas sine suffragio* até o da *civitas optimo iure*. Para o caso dessas últimas, o *foedus* ou a *lex* institutiva concedia plena cidadania e as comunidades gozavam de larga autonomia, conservando seus próprios magistrados, certa jurisdição e suas próprias leis. Aulo Gélcio, nas *Noctes Atticae* (XVI, 13, 6), escreveu: *Municipes ergo sunt cives Romani ex municipiis legibus suis et suo iure utentes*.

Transcrevo, porque muito elucidativo, Armand Torrent, em desdobramento da afirmação supratranscrita:

“Está claro que en esta última afirmación está subyacente la idea de la Ciudad-Estado; Roma reconoce una *Respublica* con grand autonomía local que llega incluso a una cierta soberanía legislativa en materias de Derecho interno, principio muy elocuente de la sabiduría política romana y de su respeto por las autonomías locales, intransigente sin embargo en todo lo que se refiriera a cualquier atentado contra la *maiestas populi Romani*.”³³

³² Ibidem, p. 301 e D. 49. 15. 7. 1.

³³ Ibidem, p. 307.

A jurisdição enquanto expressão do império correspondia ao magistrado romano, ao pretor. Alguns municípios, porém, gozavam de maior autonomia e conservavam em seus próprios magistrados uma jurisdição dentro de certos limites, e a esse propósito se aperfeiçou uma distinção cujos limites oscilavam entre a jurisdição do *praetor urbanus* e a dos magistrados municipais, *quattuorviri* ou *duoviri*. A jurisdição desses era autônoma, no sentido de plenamente livre.

Igual mecanismo, oferecendo maior ou menor autonomia, ocorreu em relação às colônias e às províncias, mudando-se o que deve ser mudado.

Não será estranho, certamente, visualizar na América Latina a criação de um processo fundado nas raízes romanistas para as experiências plurais dos povos que aqui habitam.

A política de Roma em relação aos povos do Império envolveu a convivência com os direitos e os costumes locais. Roma não foi assim uma hegemonia, nem uma opressão, nem um domínio.

Nos dias de hoje, como sempre, Roma é uma idéia. A idéia do direito primitivo, que evoluiu modificado pelo Cristianismo e transformou-se em uma catolicidade, uma unidade na diversidade, uma base que não muda nunca sobre a qual se permitem todas as adaptações.

Onde estiver o pretor estará o direito.

Não precisamos visualizar o pretor como um funcionário, um magistrado, um homem, senão como uma idéia. A idéia de Roma que se confunde com a idéia do Direito. Onde ela estiver estará o Direito, o qual permitirá que os homens situados em suas comunidades e elas próprias exerçam os seus direitos através do poder identificado com o direito de ação.

Bibliografia

- AGUIRRE, Francisco Ballón. Sistema Jurídico Aguaruna e Positivismo. *Qual direito?* Rio, Instituto Apoio Jurídico Popular, 1991.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. v. 1.
- ANTORVEZA, Adolfo Triana. Grupos Étnicos. Nueva Constitución en Colombia. In: *Antropología Jurídica. Normas Formales – Costumbres Legales*. Bogotá, Esther Sanches Botero Ed. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.

- BISCARDI, Arnaldo. *Lezioni sul Processo Romano Antico e Classico*. Torino : G. Giappichelli, 1968.
- CATALANO, Pierangelo. Sistema Jurídico Latino-Americano. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 69.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 1.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1934. v. 4.
- *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*. 2. ed. Bahia, 1897.
- CUENCA, Humberto. *Processo Civil Romano*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957.
- DUBIO, François Correa. Lo 'Indígena' ante el Estado Colombiano. In: *Antropología Jurídica. Normas Formales – Costumbres Legales*. Bogotá, Esther Sanches Botero. Ed. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Rondando el Derecho. In: *Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos*. 1, 1992. Material de lectura. Obispado de Cajamarca, Comisión Episcopal de Acción Social, Comisión Andina de Juristas, 1992.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: Implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. *Formas Alternativas para la Resolución De Conflictos*. Buenos Aires : Depalma, 1995.
- PEÑA JUMPA, Antonio. Justicia Comunal en Alahuyo. Sus órganos de resolución de conflictos. In: *Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos*, 6, 1992. Comisión Episcopal de Acción Social, 1992, p. 365-395.
- MELATTI, Júlio Cezar. *Índios do Brasil*. Brasília : Coordenada, 1970.
- MONTORO, André Franco. *Perspectivas de integração da América Latina*. 3. ed. São Paulo : ILAM, 1994.
- PETIT, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução José Ferrandez Gonzalez. Buenos Aires : Albatrós, 1985.
- PROVERA, Giuseppe. A Noção Romana de Actio. *Seminários de Direito Romano*, Brasília : UnB, 1984.
- REICHEL, Elizabeth. La Eopolítica en conceptos indígenas de territorio en la Amazonia Colombiana. In: *Antropología Jurídica: Normas Formales: Costumbres Legales*. Bogotá : Esther Sanches Botero. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.
- SANTOS, Sílvio Coelho dos. *Os Povos Indígenas e a Constituinte*. Florianópolis : Ed. da Universidade de Santa Catarina, 1989.
- SCHIPANI, Sandro. *Derecho Romano : Codificación y Unificación del Derecho*. Tradução Fernando Hinestrosa. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1983.
- SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do Processo Civil Romano*. Curitiba : Livro é Cultura, 1990.
- TORRENT, Armando. *Derecho Público Romano y Sistemas de Fuentes*. Zaragoza : Mira, 1991.
- VICENCIO, Sissi Villa. Los Aguaruna : un Sistema Especial para la Solución de los Conflictos. In : *Antropología Jurídica : Normas Formales : Costumbres Legales*. Bogotá : Esther Sanches Botero. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.
- ALBÓ, Xavier. Algunas pistas antropológicas para un orden jurídico andino. *Derechos humanos y servicios legales en el campo*. Lima : García – Sayan, 1987.
- ZAMBRANO, Carlos Vladimir. Aproximaciones teórico-metodológicas de la antropología jurídica. In : *Antropología jurídica : normas formales : costumbres legales*. Bogotá : Esther Sanches Botero. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.