

Do *ordo* à *cognitio*

Mudanças políticas e estruturais na função jurisdicional
em Roma

Gustavo César Machado Cabral

Sumário

Introdução. 1. Augusto e a criação do Principado. 2. O *iudex* e o *ordo iudiciorum privatorum*. 3. A *cognitio extra ordinem*. 4. As consequências dessa mudança de perspectiva.

Introdução

O título deste trabalho é autoexplicativo e com ele tentou-se delimitar o objeto de estudo e o período específico a ser examinado. A análise da história do processo civil em Roma almejada tem como ponto de partida o confronto entre dois momentos bem definidos: no primeiro, o *ordo*, ainda que existisse uma etapa inicial perante um magistrado, o pretor, a decisão final caberia a um particular que ocupava essa posição em virtude da vontade das partes, enquanto que, no segundo, a *cognitio*, todo o processo, até a sentença, dava-se diante de um representante do poder central.

Quando se decidiu falar em *ordo*, a intenção foi abordar, de um modo semelhante, as duas fases iniciais do processo civil romano, a das *leges actiones* e a do processo formular. Optou-se por tratar de modo semelhante dois períodos que guardam consideráveis diferenças entre si, as quais serão abordadas a seguir, em virtude de uma convergência fundamental para a abordagem que se quer dar aqui. Em ambos os momentos, a decisão final ficava a cargo de um cidadão sem qualquer vinculação com o poder po-

Gustavo César Machado Cabral é Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

lítico, o *iudex*. Portanto, ao falar em *ordo*, o título se refere, mais precisamente, ao *ordo iudiciorum privatorum*.

Essa divisão do processo romano em fases pode dar a falsa impressão de que esses períodos se sobrepuçaram uns aos outros, o que, de fato, não aconteceu. As *leges actiones* conviveram longo tempo com o processo formal, da mesma forma que com ele conviveu a *cognitio extra ordinem*, até que esta deixou de ser extraordinária e passou a ser o procedimento padrão, no final do Império, o que implica a necessidade de se perceber não uma diacronia, mas uma sincronia entre essas fases.

Desses pontos de partida, chega-se ao objeto principal do trabalho, que são as mudanças ocorridas nessas fases. Obviamente, não se quer elaborar um trabalho abrangente a ponto de tratar de todas as diferenças e de tudo o que se alterou nesses dois grandes momentos, o que seria um propósito muito mais de uma monografia do que de um simples artigo. Por isso, o ponto principal será o exercício da função jurisdicional, ou, mais precisamente, os órgãos judicantes, especificamente aqueles que tomavam a decisão, proferindo as sentenças. Isso explica, por exemplo, por que se deu muito mais atenção ao *iudex* do que ao pretor ao tratar do *ordo*.

Delimitado o objeto, deve-se esclarecer qual o enfoque que se quer dar, pois uma mera descrição dos órgãos judicantes não constitui, propriamente, uma hipótese a ser discutida. Para servir de fio condutor deste trabalho, escolheram-se as relações entre jurisdição e poder, tema abordado em obra homônima de José Rogério Cruz e Tucci. Ao longo de todo o trabalho, quis-se demonstrar que as mudanças estruturais e orgânicas no exercício da função jurisdicional guardaram profunda relação com a experiência política romana. Cada uma das fases do processo em Roma reflete bem a realidade do seu tempo: o misticismo da Monarquia e dos primeiros tempos da República nas *leges actiones*, a divisão do

poder republicano no processo formal e a centralização política do Império. Direito e política não se confundem, mas guardam relações profundas demais para não serem lembradas.

Dessa forma, passa-se ao texto, não sem antes apresentar a sua estrutura, dividida em quatro tópicos. No primeiro deles, serão abordadas as mudanças em Roma a partir da ascensão de Otaviano e da criação do principado, momento paradigmático para o processo. O segundo cuidará do processo no *ordo iudiciorum privatorum*, especificamente do *iudex*, ao passo que o terceiro trará informações sobre a *cognitio*. Por fim, o quarto será uma confrontação entre esses dois momentos, e nele serão feitas as conclusões.

1. Augusto e a criação do Principado

Começar este trabalho falando de Augusto e do início do principado não é uma opção; na verdade, se a pretensão é abordar as principais mudanças no exercício da função jurisdicional em Roma, outro não pode ser o momento a servir de paradigma. Augusto representou o início de uma era de alterações estruturais extremamente relevantes na realidade romana, as quais levaram a cidade a viver o seu apogeu político e militar, numa posição hegemônica frente aos demais povos.

Até o ano 27 a.C., momento que representa o início do principado, a história externa de Roma já havia visto o período da realeza, obscuro em razão da escassez de fontes¹, e a República, a qual atravessava, há algumas décadas, fortes problemas. Guerras e problemas econômicos e sociais marcaram o século 1 a.C. (MARTINO, 1974, p. 1-46), ocasionando um clima de instabilidade geral que crescia ainda mais em razão da esfera política. A disputa pelo poder levou Roma a uma guerra civil entre César e Pompeu, a qual só terminou com

¹ Sobre o período, ver, entre outros, Mommsen (1856, p. 3-222).

a morte deste e dos principais opositores do primeiro. Em razão das suas vitórias militares, César foi ovacionado pelo Senado e pelo povo romano, numa demonstração de que a ordem era objeto do desejo geral, mas o seu assassinato, em 44 a.C., adiou o processo de centralização do poder, o qual voltou a ser dividido em um novo triunvirato, composto por Lépido, Marco Antônio e Otaviano em 43 a.C.²

Após nova guerra civil, Otaviano derrota Marco Antônio em 30 a.C. e passa a ocupar sozinho o poder político. A existência de um triunvirato garantiu o exercício de poderes extraordinários durante um período determinado³, o qual findaria, definitivamente, em 33 a.C. (MARTINO, 1974, p. 92-103), quando o conflito entre os dois já estava instalado; o medo de que uma vitória de Marco Antônio simbolizasse a transformação de Roma numa monarquia nos moldes orientais, em virtude do seu casamento com a rainha Cleópatra VII, da dinastia ptolomaica que governava o Egito⁴, foi suficiente para que ele continuasse, de fato, com esses poderes extraordinários.

Findos os conflitos e depois de ter manifestado a sua intenção de devolver os poderes ao povo romano, Otaviano foi agraciado pelo Senado não somente com a manutenção dos seus poderes, mas com a sua ampliação e com a concessão dos títulos de *augustus* e *princeps*⁵, simbolizando a sua

² Tanto Marco Antônio quanto Otaviano tinham relações com César; enquanto o primeiro foi seu companheiro em várias campanhas militares, o segundo era seu sobrinho, tendo sido adotado postumamente. Isso os legitimou na disputa pela herança política de César.

³ Inicialmente, foram cinco anos, prorrogados em 39 a.C.

⁴ De Martino (1974, p. 90-92) retrata esse momento como o de uma guerra entre Ocidente, representado por Otaviano, e Oriente, de Marco Antônio e Cleópatra. Tanto isso é verdade que, após a vitória em 30 a.C., destitui-se a dinastia ptolomaica e o Egito passa a ser considerada uma província romana, simbolizando a vitória contra o helenismo e o orientalismo (MARTINO, 1974, p. 148-149).

⁵ Além dos dois títulos mencionados, houve ainda o de *imperator*, relacionado à ideia militar de coman-

supremacia frente aos demais cidadãos romanos. A partir daí, em 27 a.C., até a sua morte, em 14 d.C., Otaviano, agora Augusto, exerceu sozinho o máximo poder político em Roma.

É importante ter em mente o que simbolizou essa concessão de poderes a Augusto, e, para isso, faz-se fundamental entender a distinção entre os conceitos de *auctoritas* e de *potestas*. Este era a fonte originária do poder, aquilo que é conhecido pela pluri-cística contemporânea como soberania, ao passo que *auctoritas* seria a parcela do *potestas* entregue a uma instituição (DINIZ, 2006, p. 101). O *potestas* se ligava ao povo romano, o qual, no período, ainda era encarado como composto, eminentemente, pelos patrícios, descendentes dos fundadores de Roma. Tanto é verdade que, do Senado, órgão máximo do período republicano por representar o *populus romanus*, só fazia parte a aristocracia. Portanto, na lógica da República, o *potestas* era guardado pelo Senado, ao passo que a titularidade da *auctoritas* mudou conforme se alteraram as configurações políticas de Roma. Durante todos esses séculos, a divisão das magistraturas implicou a inexistência do exercício definitivo de um *summa potestas* por uma só pessoa.

Se os fatos acontecidos em 27 a.C. não representaram uma revolução quanto às estruturas sociais (MARTINO, 1974, p. 44-45), do ponto de vista político as mudanças foram significativas. Ao transmitir, de modo perpétuo, o exercício supremo das magistraturas a apenas um homem, o Senado o transformou no *princeps*, o primeiro dos cidadãos, criando um novo órgão inexistente na sistemática anterior (TUCCI, 1987, p. 24-25). Ainda que a extensão e a perpetuidade da sua *auctoritas* tenha se dado em virtude de ação do Senado, que

dante supremo; foi concedido a César, e, em virtude de Augusto ser seu herdeiro, passou a utilizá-lo, sem, contudo, o fazer de forma exclusiva, ao contrário do que acontecia com os demais (MARTINO, 1974, p. 212-229).

o fazia em nome do povo e, portanto, em decorrência do seu *potestas*⁶, essa concentração inverteu a lógica posta e fez com que a *auctoritas* fosse além do *potestas* (TUCCI, 1987, p. 26). Isso implicou, na realidade, que o *princeps*, pouco a pouco, superaria as demais estruturas de poder oriundas da República e se posicionaria como o detentor do *summa potestas*.

Os reflexos disso foram sentidos principalmente no Direito. Essa nova situação fez surgir uma nova fonte do Direito, as constituições imperiais, baseadas na ideia sintetizada por Ulpiano de que o decidido pelo príncipe vigoraria como lei⁷. Pouco a pouco, a *constitutio* foi superando em importância as outras fontes do Direito, as mais tradicionais⁸, passando a ser a principal fonte do Direito romano no Principado e no Dominato.

Além de atuar mediante as constituições imperiais, o *princeps* passou a disciplinar estruturas que, anteriormente, se desenvolviam ao largo do poder central. É o caso do *ius honorarium* ou direito pretoriano, elaborado pelos pretores, os quais tinham poder para conhecer de situações não previstas nas chamadas *leges actiones* que compunham o antigo *ius civile*. Ao assumirem as suas funções, os pretores lançavam um edito, no qual faziam constar as fórmulas para o provimento jurisdicional, as quais passaram a se repetir. Em 117 d.C., o imperador Adriano mandou consolidar os editos no que ficou conhecido como *Edictum perpetuum*⁹. Esse monumento representava, entre outras coisas, o fato de que os

⁶ É com base nesse raciocínio que Marcio Diniz tenta reconstruir a teoria da legitimidade do poder imperial em Roma (DINIZ, 2006, passim).

⁷ “Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat” (ULPIANO, D. 1.4.1).

⁸ Sobre o sentido de *constitutio* no Direito Romano: (MOHNHAUPT, 1995, p. 10-14).

⁹ A obra, não encontrada na íntegra, foi reconstruída, na segunda metade do século XIX, por Otto Lenel (1974, p. 3-48), a partir de fragmentos encontrados principalmente no *Digesto*.

poderes imperiais alcançavam até mesmo áreas que, originalmente, não estavam sob a sua esfera de interferência, como se verá. Ainda que tenha sido uma compilação da prática pretoriana, o *Edictum perpetuum* é ilustrativo de um crescente poder imperial no âmbito jurídico.

Com essa rápida apresentação do início do Principado, quis-se demonstrar as bases sob as quais ocorreram essas mudanças relatadas neste trabalho. O *princeps*, que reunia em si todas as magistraturas, passou a exercer, progressivamente, um enorme papel no funcionamento de Roma; consequentemente, outra não foi a realidade observada nos assuntos relativos à justiça, em que o *princeps* atuou tanto na elaboração legislativa quanto na função jurisdicional.

A grande demonstração de que as matérias jurídicas ligadas à função jurisdicional eram de vital importância para o poder central foi a implantação da *cognitio extra ordinem*, tema que será examinado a seguir. Antes, porém, serão analisados os órgãos judicantes no *ordo iudiciorum privatorum*, a fim de se estabelecer a comparação necessária para o que se pretende demonstrar ao final destas páginas.

2. O iudex e o ordo iudiciorum privatorum

O objeto do próximo capítulo é a *cognitio*, chamada, durante alguns séculos, de *extra ordinem* justamente por se realizar fora do *ordo*, do sistema processual padrão. Nas duas primeiras fases em que comumente se divide a história do processo civil romano, havia uma estrutura semelhante, a qual será tratada neste momento.

A primeira fase foi a das *leges actiones*, ligada às origens e à fundação de Roma e, por isso, marcada pelo formalismo, pela solenidade e pelo segredo quase religioso característico desse período, em que se aproximavam *ius* e *fas*. Na monarquia romana, o *rex*, que tinha funções eminentemente militares e religiosas, também

fazia o papel de juiz (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 41-42), o que parece ser comum em sociedades arcaicas. À medida que a sociedade romana foi ganhando complexidade, aliando-se a isso o fato de a monarquia ter sido substituída pela República, por volta de 509 a.C., mudou-se a forma de se dizer o direito, surgindo uma estrutura jurisdicional que perdurou durante muitos séculos.

Bipartiu-se o processo em dois momentos. Inicialmente, dava-se o procedimento *in iure*, quando o processo corria diante do pretor¹⁰, autoridade a quem cabia organizar e fixar os termos da controvérsia. Dotado de *iurisdictio*¹¹, o pretor tinha papel fundamental na solução dos conflitos por possuir um conhecimento técnico do Direito, cabendo a ele deixar o processo apto para ser julgado¹², momento em que se firmava a chamada *litis contestatio*, pacto celebrado entre as partes em que elas se comprometiam a participar da fase processual seguinte e a acatarem ao seu julgamento¹³. O segundo momento, por sua vez, era o do procedimento *apud iudicem*, realizado após o compromisso das partes e perante o *iudex*, a quem cabia decidir a causa a partir de toda a instrução processual desenvolvida perante o pretor.

Essa bipartição perdurou tanto na fase das *leges actiones* quanto no processo formulário, ainda que esses dois tipos de processo tenham sido bem diferentes. No processo *per formulas*, o papel do pretor foi bem mais destacado, pois eles passaram a admitir ações em situações bem mais amplas do que as previstas nas ações da lei¹⁴, materia-

¹⁰ Pelo que se tem notícia, a função de pretor surgiu em 367 a.C., com a criação do *praetor urbanus*; posteriormente, surgiram outras espécies de pretores, como o *praetor peregrinus*.

¹¹ Segundo Max Kasern (1996, p. 183), *iurisdictio* é o poder soberano concedido aos magistrados judiciais para defenderem as obrigações privadas.

¹² Sobre o procedimento *in iure* no período das *leges actiones*: (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 55-57).

¹³ Sobre a *litis contestatio*: (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 98-100).

¹⁴ Gaio (4.12) traz as cinco possibilidades de ações da lei: *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis arbitriva postulationem*, *legis actio per condicionem*, *legis*

lizadas por meio das fórmulas. Essas eram modelos abstratos, fruto do *ius honorarium* ou pretoriano, que permitiam a litigância por escrito (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 73-74), em contraposição ao formalismo e à oralidade das ações da lei. O processo formalizar foi admitido pela lendária *lex Aebutia*¹⁵, que teria surgido entre 149 e 129 a.C., mas foi através da *lex Julia iudiciorum privatorum*, de 17 a.C., ou seja, já no Principado de Augusto, que o processo formalizar se tornou o oficial e o padrão no processo civil romano. Vê-se, portanto, que o lugar para o desenvolvimento do processo, nesse período, era o *ordo*, daí a identificação da expressão “processo ordinário” como sendo o processo normal ou comum.

A importância do pretor na elaboração do direito romano é amplamente conhecida e estudada, em virtude das razões já expostas. Quer-se chamar atenção, porém, para o *iudex*, figura frequentemente relegada a uma posição menos importante do que a pretoriana justamente por conta dessa função criativa que os pretores desenvolveram ao longo dos tempos¹⁶.

Não existem fontes seguras que permitam determinar o momento em que foi criada essa função, mas referências na Lei das XII Tábuas fazem crer na existência do *iudex* desde tempos longínquos. Max Kaser (1996, p. 57), ao tratar do tema, indica que em duas das ações da lei, a *legis actio sacramento* e a *legis actio per iudicis arbitriva postulationem*, percebe-se a existência do *iudex*, o qual teria, na segunda delas, as funções de *arbiter*. Em virtude disso, é bastante comum a identificação dessa figura com a função arbitral, estando compreendidas as tarefas do *arbiter* nas do *iudex* (KASER, 1996, p. 59).

actio per manus injectionem e *legis actio per pignoris capionem* (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 63-72).

¹⁵ Sobre a *lex Aebutia*, ver, entre outros, Wlassak (1891, p. 1-9, 218-219, 347-357).

¹⁶ Tucci e Azevedo (1996, p. 123) constatam a escassez das fontes sobre o procedimento *in iudicio* em razão de os juristas clássicos não se interessarem em escrever obras específicas sobre esse ofício, o qual seria regulado pelos costumes.

Como já mencionado, a atividade do *iudex* consistia exatamente em examinar litígios para determinar qual das partes envolvidas possuía o direito alegado¹⁷. Como a instrução processual se desenvolvia perante o pretor, o *iudex* se separava com um caso já pronto para ser julgado, no qual o seu papel se resumia a proferir a decisão. Não havia, contudo, obrigação de decidir, pois o *iudex* que não estivesse convencido das alegações das partes, inexistindo evidências para ele tomar uma decisão, poderia, simplesmente, se abster de decidir e declarar *sibi non liquere* (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 59).

Sua liberdade, portanto, consistia em examinar o processo como ele tivesse sido recebido e formar, a partir do que lhe fora dado, o seu convencimento, não sendo exagerado afirmar que, pelo menos nas ações da lei, a sua liberdade era restrita (HONSELL et al, 1987, p. 530-531). O desenvolvimento da instrução probatória, contudo, se dava perante o *iudex*, destacando-se a prova testemunhal (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 58)¹⁸. Se, nas *leges actiones*, o formalismo explicava essa vinculação, no processo formalizar essa situação se alterou, ampliando-se a liberdade do *iudex*, permitindo-se a formação livre da sua convicção e criando-se, em certa medida, uma discricionariedade para elaborar a *ratio decidendi* (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 126).

Por fim, um último ponto que precisa ser esclarecido, para ajudar a entender o papel do *iudex* na sistemática processual romana, é o da sua indicação. O pretor era um magistrado, detendo, portanto, *iurisdictio*, o que implicava a transitoriedade na função. O *iudex*, por sua vez, era esco-

lhido pelas partes e pelo pretor em comum acordo, sendo responsável pelo julgamento apenas da controvérsia específica, não se tratando, propriamente, de um ofício, mas de exercício de uma tarefa única. Só poderia ser escolhido *iudex* quem compusesse uma lista oficial, o *album iudicum*, anualmente renovado e cuja composição ajuda a entender o verdadeiro papel dessa personagem: só poderia compor essa lista e, consequentemente, ser *iudex* quem pertencesse às classes aristocráticas romanas, a senatorial e a equestre (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 86-87). Ou seja, só quem poderia decidir as causas cíveis no *ordo iudiciorum privatorum* eram os aristocratas, que compunham o *populus romano*.

3. A cognitio extra ordinem

Logo nos primeiros anos do Principado de Augusto, deram-se mudanças significativas no âmbito do processo. No ano 17 a.C., como mencionado, editou-se a *lex Julia iudiciorum privatorum*, a qual, de um lado, oficializou o processo formalizar como o padrão para processamento das causas cíveis, mas, de outro, subtraiu o poder de império do magistrado, pois o que antes era regulado pelo pretor passou a ser matéria legal, limitando a atividade pretoriana (TUCCI, 1987, p. 27). Também Augusto passou a admitir procedimentos diferenciados em determinadas situações não previstas no *ius civile* nem no *ius honorarium*. O fato de não ser tão formalista quanto as *leges actiones* não fazia do processo formalizar um procedimento aberto a toda e qualquer situação jurídica; ao contrário, a própria estrutura das fórmulas¹⁹ dá a entender que, para se mover uma ação, seria necessário o total enquadramento no esquema construído pelos pretores.

O reconhecimento de que havia situações jurídicas que não se enquadravam nesses esquemas fez surgir a necessidade

¹⁷ "Der *iudex* (im engeren Sinn) hat einen Rechtstreit, in den sich die Parteien mit kontradiktitorischen Behauptungen gegenüberstehen, dadurch zu entscheiden, daß er dem einen Teil recht und dem anderen unrecht gibt" (KASER, 1996, p. 56).

¹⁸ Sobre a instrução probatória no processo formalizar: (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 124-125). Para uma visão mais ampla, englobando o período arcaico, o das ações da lei e o *ordo iudiciorum privatorum*: (MORAES, 2008, p. 40-131).

¹⁹ Sobre as fórmulas, cf. Gaio, 4.37-60.

de um sistema processual mais abrangente, o qual foi utilizado, nos primeiros tempos, no âmbito das províncias, longe da realidade da capital do império. A essa causa soma-se o aparecimento de uma nova fonte do Direito, as *constitutiones imperiales*, baseadas no princípio do *princeps legibus solutus* (MARTINO, 1974, p. 503-505) e fundamentais para a unificação do Direito romano no período imperial²⁰, as quais, pouco a pouco, foram suplantando em importância as demais. Certamente, isso favoreceu a necessidade de criação de instrumentos hábeis para tutelar o conteúdo desse novo Direito.

De modo geral, esse novo processo pode ser chamado, inicialmente, de *cognitio extra ordinem*, ou, em época posterior, apenas de *cognitio*, a partir do século IV. A escassez de fontes sobre o começo da sua utilização²¹ torna o tema extremamente nebuloso, especialmente em virtude do seu caráter subsidiário. O termo *cognitio* parece ter sido conhecido anteriormente (KASER, 1996, p. 189-191), mas sem esse sentido de modalidade processual específica; ela se contrapunha a tudo o que estivesse no procedimento oficial republicano (MARTINO, 1937, p. 294), o *ordo iudiciorum*, razão pela qual, nesses primeiros tempos, se fala em *cognitio extra ordinem*. *Cognitio*, neste trabalho, refere-se, nos termos de Giovanni Pugliesi (1985, p. 285), ao procedimento em que, por autonomásia, o magistrado ou funcionário conhecia a causa.

É tradicional a afirmação de que os imperadores, desde Augusto, costumavam distribuir a justiça em determinadas situações (ORESTANO, 1953, p. 203-224; KASER, 1996, p. 439; TUCCI, 1987, p. 36-40), lançando mão de relatos dos historiadores

²⁰ Como as *constitutiones* eram oriundas do poder imperial, na prática elas garantiam a independência do magistrado no exercício da jurisdição (KASER, 1996, p. 448).

²¹ Riccardo Orestano (1953, p. 16-18, 36-38) reconhece essa dificuldade de fontes, o que explica a pouca proliferação de estudos sobre específicos sobre a *cognitio extra ordinem*.

romanos Suetônio (69-141) e Dio Cassio (155-229). Partindo do que foi dito no primeiro capítulo sobre o poder de *imperium* e sobre a *auctoritas* do *princeps*, não é de se estranhar que ele se pusesse a discutir ou rediscutir determinadas matérias que chegassem ao seu conhecimento; por ser o primeiro entre os seus pares, aquele que recebeu do *populus romanus*, por intermédio do Senado, o poder supremo de governo, nada mais coerente do que a autorização para dizer o direito no caso concreto. Mas uma coisa deve ficar clara: essa possibilidade de o *princeps* conhecer de determinadas causas, muito comum em matérias criminais (MARTINO, 1974, p. 505-510), não era algo institucionalizado, mas uma prerrogativa imperial de se conceder uma espécie de graça. Orestano afirma que a *cognitio extra ordinem* ficou caracterizada por falta de sistematicidade até o período do imperador Marco Aurélio, momento em que a *appellatio*, da qual se tratará mais à frente, começou a ganhar forma (ORESTANO, 1953, p. 216-217).

Foi somente com os Severos que a *appellatio*, instrumento característico da *cognitio extra ordinem*, ganhou regramentos específicos, o que facilitou a sua utilização como elemento normal e corrente nos processos (ORESTANO, 1953, p. 432-433). Isso representou a perda do caráter de *beneficium* ou de *auxilium*, passando a ser mais um elemento estrutural do ordenamento processual (ORESTANO, 1953, p. 435). Em 342 houve mais uma mudança significativa, a extinção do processo *formular*²², o qual já estava em desuso (MARTINO, 1937, p. 316); como consequência, esse novo processo, baseado na jurisdição imperial, foi oficializado como o novo *ordo* de Roma, daí por que, a partir de então, não faz mais sentido falar em *cognitio extra ordinem*, mas somente em *cognitio*.

²² Essa extinção se deu por meio de constituição dos imperadores Constantino e Constante: "Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus ampotentur" (C. 2.57.1).

Esses relatos mostram casos em que o *princeps* conhecia pessoalmente dos processos, mas a prática, com o passar dos tempos, foi no sentido da delegação desse poder a outras pessoas, razão pela qual Orestano aponta como características da *cognitio extra ordinem* a intervenção direta do imperador (*cognitio principis*) e a intervenção de magistrados e de funcionários imperiais (ORESTANO, 1953, p. 9). Tais magistrados, diferentemente do que ocorria em momentos anteriores, não intervinham no processo como autônomos titulares de uma função jurisdicional destacada do poder político, mas sim como imediata emanção deste, passando a atuar como delegados do poder imperial (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 139). Trata-se de importante mudança de perspectiva, pois denota a titularidade dessa nova modalidade processual (o *princeps*) e natureza do exercício dessa função, exercida pelo magistrado (delegação), implicando, na prática, a transferência de prerrogativas imperiais para esses magistrados funcionários públicos.

Apesar de já existirem, tecnicamente, alguns funcionários na República, como os *scribae*, Augusto pode ser considerado, de acordo com Mario Talamanca, o verdadeiro criador do sistema da administração imperial (TALAMANCA, M., 1989, p. 470), significando um efetivo controle do poder e possibilitando que, durante o Principado e o Dominato, o império fosse efetivamente governado pelo *princeps* (TALAMANCA, M., 1989, p. 476). Isso acontecia porque ele era o chefe dessa administração e todos os funcionários estavam hierarquicamente subordinados a ele, inclusive aqueles encarregados da aplicação da justiça.

No lugar da bipartição do período formular²³, na *cognitio extra ordinem* o processo inteiro ficava a cargo de apenas um

²³ Orestano (1998, p. 1065) indica que essa superação da bipartição entre procedimento *in iure* e *apud iudicem* é característica externa fundamental da *cognitio extra ordinem*.

magistrado, os *iudices*²⁴, os quais podiam delegar seus poderes jurisdicionais por inteiro ou apenas parcialmente (KASER, 1996, p. 460-461), os chamados *iudices data* ou *iudices pedanei*. Até o processo formal, o magistrado apenas organizava o processo, sem sentenciar, mas, nessa nova realidade, perante os *iudices* ou os seus delegados, desenvolvia-se todo o processo, até o conhecimento das provas e a prolação da sentença. Decidir não era mais uma prerrogativa dos cidadãos da confiança das partes, e ser *iudex* agora independia de questões pessoais (COSTA, 1918, p. 145).

À medida que a *cognitio* foi ganhando volume e complexidade, outras magistraturas foram criadas, enquanto que as tradicionais se mantiveram. Foi o caso do pretor urbano, a cujas competências ordinárias foi acrescido o julgamento de recursos, como se verá à frente, e do *praefectus urbi*, magistratura antiga e de atuação apenas na capital do Império, mas que foi revitalizada com Augusto²⁵. No ano 2 a.C, Augusto criou o cargo de *praefectus pretorio*, encarregado de servir de chefe dos pretores e, como tal, tinha funções militares e jurisdicionais²⁶, especialmente nos casos de apelação (KASER, 1996, p. 464). Ainda com funções não exclusivamente jurisdicionais e em grau de recurso, havia um importante órgão colegiado, o *consilium principis*²⁷, também criado por Augusto. Suas atividades eram de aconselhamento do *princeps*, o que o levou a tratar de matérias jurisdicionais; no Dominato, ele foi substituído pelo *consistorium principis*, que manteve as funções de aconselhamento ao imperador, incluindo a de servir como alta corte de justiça, a única

²⁴ "Si se subciant aliqui iurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunal praest vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdicito" (ULPIANO [D, 5.1.1]).

²⁵ Sobre o *praefectus urbi*: (MARTINO, 1974, p. 641-647).

²⁶ Sobre o *praefectus pretorio*: (D. 1.11; MARTINO, 1974, p. 647-652).

²⁷ Sobre o *concilium principis*: (D. 1.12; MARTINO, 1974, p. 671-674).

das quais continuou a ser observada na decadência do império, nos séculos V e VI (TALAMANCA, M., 1989, 564).

Essa estrutura descrita era observada em Roma e nas regiões mais próximas, especialmente na Península Itálica. Quanto mais distantes da capital do Império, mais difícil era manter uma estrutura administrativa complexa como a descrita, razão pela qual é importante chamar a atenção para a realidade processual existente nas províncias. Apesar de já existirem desde a República, as províncias ganharam um novo perfil no Principado, especialmente quando, em 27 a. C., Augusto as dividiu em províncias imperiais, as quais, por serem *non pacatae*, precisavam de defesa militar, e senatoriais, *pacatae* e, portanto, dispensando legiões (TALAMANCA, M., 1989, p. 487). As diferenças na administração dessas duas espécies de províncias eram notórias, pois, nas imperiais, os governadores recebiam instruções diretamente do *princeps* e eram quase todos seus delegados, pressupondo uma relação de confiança entre eles e o poder central, ao passo que, nas senatoriais, os governadores passavam pouco tempo nos cargos e, ainda assim, eram frequentemente assistidos pelos funcionários imperiais (TALAMANCA, M., 1989, p. 488-489).

Segundo Kaser (1996), nas províncias não ficavam muito claros os limites que separavam a aplicação do processo formular e da *cognitio*, apesar de, provavelmente, predominar a primeira espécie nas senatoriais e em algumas imperiais (TALAMANCA, M., 1989, p. 468). A importância das províncias para a *cognitio*, contudo, é muito grande, havendo opiniões de que teria sido a praxe judiciária nelas seguida um modelo importante e influente nessa espécie de processo (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 138). Uma coisa era certa: as províncias imperiais constituíram uma realidade nova, a qual não se encaixava na sistemática do processo formular, razão pela qual foi necessário adaptar as práticas às realidades.

A inexistência de pretores em determinadas províncias, por exemplo, fez com que as demandas passassem a ser julgadas pelos próprios governadores, que cumulavam as funções típicas de administração civil com o exercício da função jurisdicional (TALAMANCA, M., 1989, p. 489).

Uma dessas províncias foi especialmente importante para o desenvolvimento da *cognitio extra ordinem*. Trata-se do Egito, o qual, depois de mais de três séculos de domínio grego, foi conquistado por Roma em 30 a.C. Em virtude da sua importância política e econômica e da visão de que o imperador romano seria sucessor da dinastia ptolomaica, recebeu o Egito tratamento diferenciado das outras províncias (TALAMANCA, M., 1989, p. 492), possuindo, inclusive, estrutura administrativa com características próprias, o que também pode ser explicado pelo argumento de De Martino de que o Egito teria sido uma espécie de monarquia pessoal de Augusto (MARTINO, 1975, p. 854)²⁸.

O máximo mandatário do *princeps* na província era o *praefectus Aegypti*, que servia como uma espécie de governador²⁹, tendo entre as suas atribuições³⁰, portanto, a de distribuir a justiça, o que era feito em assembleias periódicas, os *conventus*³¹. Quando se encarregava dessas funções, o *praefectus Aegypti* não se aproximava do *iudex privatus* do *ordo*, mas, segundo Giuliana Talamanca, do *iudex pedaneus*, um delegado do titular daquele poder inicial, o imperador (TALAMANCA, G., 1979, p. 26);

²⁸ O autor relata que Augusto teria proibido, inclusive, a entrada de senadores e cavaleiros no Egito sem a sua autorização (MARTINO, 1975, p. 857).

²⁹ De Martino (1975, p. 854), ao tratar desse ofício, indica que o *praefectus Aegypti* era escolhido entre os membros da ordem equestre e praticamente não sofria ingerência dos demais órgãos do governo romano, mas diretamente do *princeps*.

³⁰ Para as competências do *praefectus Aegypti*: (TALAMANCA, M., 1989, p. 492; KASER, 1996, p. 468-469).

³¹ Sobre os *conventus* e os procedimentos nele aplicados, organizados em diferentes épocas: (TALAMANCA, G., 1974, passim).

era comum, contudo, que ele também delegasse essa atribuição a outros funcionários, especialmente aos *epistratego* (MARTINO, 1975, p. 862-863). Outro funcionário importante foi *iuridicus* ou *διχαιοδότης*, magistrado nomeado diretamente pelo imperador e também com funções jurisdicionais, especificamente para litígios civis, e competentes, a partir do tempo de Marco Aurélio, para cuidar da jurisdição voluntária (MARTINO, 1975, 864-865).

Essa forma de organização encontrada no Egito influenciou o regramento posterior da *cognitio*. A existência de um agente subordinado diretamente ao Imperador e à estrutura burocrática por ele criada, substituindo-se a jurisdição privada pela pública, foi a marca característica da *cognitio*. E essa ideia de hierarquia, em que conviviam delegantes e delegados do poder jurisdicional, fez supor uma ideia fundamental: já que o processo havia sido julgado por alguém que não era titular dessa prerrogativa, um julgamento que desagradasse poderia ser levado ao conhecimento do titular daquele ofício, a fim de que fosse proferida uma nova decisão. Essa é a lógica dos recursos, outra consequência da *cognitio* que será abordada a seguir.

4. As consequências dessa mudança de perspectiva

Os dois capítulos precedentes tiveram a intenção de servir de perfil geral do processo e dos órgãos judicantes em duas fases da experiência processual romana. Quis-se esclarecer, separadamente, essas realidades distintas que foram o *ordo iudiciorum privatorum* e a *cognitio*, a fim de que, neste último capítulo, fosse possível discutir a extensão dessa mudança de perspectiva e as suas consequências, especialmente quando se relacionam, na feliz expressão José Rogério Cruz e Tucci (1987), jurisdição e poder.

Ao tratar do processo das *leges actiones* e do formular, evidenciou-se a importância, ainda que muitas vezes esquecida, do *iudex*.

Não se pretendeu lhe dar uma relevância equiparada a do pretor, figura bem mais lembrada pelo seu papel modificador, em certa medida, da ordem imposta, tendo sido responsável pelo surgimento de uma ordem concorrente com o tradicional *ius civile*, o *ius honorarium*.

A importância que aqui se pretendeu conferir ao *iudex*, em verdade, é justamente pelo seu caráter mantenedor da ordem, fundamental para se entender com mais clareza o real funcionamento do processo romano do período. Ainda que se reconhecesse na tarefa pretoriana, que tinha, inclusive, o *status* de magistratura, papel elementar para resolver as questões jurídicas, aplicando, portanto, o conhecimento técnico, ao *iudex* cabia a decisão final, o dizer quem tinha o direito. Ainda que tivesse como pressupostos argumentos jurídicos e técnicos, o *iudex* decidia conforme a sua racionalidade, de acordo com o que lhe parecesse mais correto a partir da instrução processual e da produção de provas. Portanto, o direito parece ter sido, nesse momento, mais um instrumento para criar condições ideais para a decisão do que o próprio fundamento delas, o que ajuda a explicar o porquê dessa liberdade de decisão, não estando o *iudex* obrigado a motivar a sua sentença.

Aliando-se a isso, ergue-se o fato de o *iudex* ser representante do *populus romano*. Como membro das classes aristocráticas, ele compartilhava a racionalidade a elas comum, e a sua decisão, quando seguisse o procedimento estabelecido, representava a vontade do povo. Qualquer romano, independentemente de ter ou não conhecimentos jurídicos, tomaria a mesma decisão, razão pela qual não havia sentido em se estabelecer possibilidade de interposição de recursos contra ela. A sentença era plena, por ter sido proferida pelo povo romano por meio de seu representante, consistindo em declaração que tinha o condão de por fim à controvérsia e de fazer surgir uma nova relação jurídica entre os litigantes (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 128).

Proferida a decisão, absolvendo ou condenando o réu, punha-se fim à controvérsia e formava-se a *rei iudicata*³², a qual era consequência imediata da sentença e impedia a nova discussão da decisão. Essa característica demonstra bem a força da decisão do *iudex*, a qual, obviamente, não era infalível, existindo situações caracterizadoras de nulidade da sentença (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 128-129), que indicavam tão somente problemas nas condições para que ela fosse proferida, e não diretamente nela, no seu conteúdo.

A *cognitio extra ordinem*, por sua vez, é inserida em um contexto diverso, o qual explica bem a sua razão de ser. A decisão judicial não mais era proferida por um representante do *populus romanus*, mas por um delegado do *princeps*. O imperador, portanto, era o titular da função jurisdicional, e o magistrado exercia os seus poderes em razão de uma delegação imperial, acontecendo, em vários momentos, de os delegados repassarem a outras pessoas essa competência, estabelecendo outro nível de delegação. Isso implicava que a decisão do magistrado era a decisão do *princeps*, ou, em outros termos, que o *princeps* decidia por meio do magistrado.

Tantas delegações proporcionaram o surgimento de uma clara noção de hierarquia entre os vários níveis de jurisdição. Isso possibilitou aos insatisfeitos com as decisões dos *iudices* recorrerem desse provimento a quem estava acima deles. Essa possibilidade foi surgindo com a praxe, mas, pouco a pouco, foi reconhecida pelo poder imperial e recebeu tratamento específico, fazendo surgir o recurso conhecido como *appellatio*.

Sua origem se liga à *cognitio*, em virtude da comentada noção de hierarquia³³, mas a

³² “Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit” (D, 42, 1, 1).

³³ Orestano (1953, p. 139-154, 166), ao defender essa hipótese, rechaçando alegações de que a *appellatio* seria uma reminiscência da *appellatio tribunorum* ou

experiência e a realidade política ocasionaram a sua extensão às sentenças proferidas no *ordo* (ORESTANO, 1953, p. 188; TUCCI, 1987, p. 31-40). A posição soberana do *princeps* acarretava a viabilidade da sua interferência na estrutura jáposta, o que contribuiu sensivelmente para a decadência do processo formal. Quando a *cognitio* virou o procedimento oficial do Império, a *appellatio* deixou de ser remédio excepcional para se converter em instrumento ordinário da sistemática processual romana³⁴. Inicialmente, essa possibilidade de se julgar novamente cabia ao *princeps*, mas, mediante delegações, esse poder foi repassado a outros burocratas, a exemplo do pretor urbano, se as partes residissem em Roma, dos *viri consulares*, caso elas fossem oriundas das províncias, ou do *praefectus pretorio*, quando as decisões tivessem sido proferidas por altos funcionários de todo o império (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 169; KASER, 1996, p. 501-505).

Como os órgãos competentes para julgar a *appellatio* haviam recebido essa incumbência a partir de delegação imperial, os mesmos fundamentos que ocasionaram o seu aparecimento fizeram surgir a ideia de que o verdadeiro titular da jurisdição deveria ser chamado para solucionar determinados casos. Como não havia outra possibilidade, dentro da estrutura jurisdicional organizada e oficial, para se impugnar as decisões no que hoje se conhece como segunda instância³⁵, apareceu outro

da *provocatio ad populum*, instrumentos tipicamente republicanos.

³⁴ Sobre a *appellatio* como recurso ordinário: (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 168-169).

³⁵ Das decisões proferidas pelo *praefectus pretorio* e pelos outros magistrados responsáveis por julgar a *appellatio* não cabiam recursos. (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 175-177). Os autores indicam que essa inapelabilidade seria fruto da natureza de magistrado, percebida a partir de uma constituição imperial de Constantino, do ano 331: “A proconsulibus et comitibus et his qui vice praefectorum cognoscunt, sive ex appellatione sive ex delegato sive ex ordine iudicaverint, provocari permittimus, ita ut appellanti iudex praebeat opinionis exemplum et acta cum refutatoriis

remédio extraordinário, a *suplicatio*. Seu escopo era obter uma ordem imperial para que houvesse o reexame da controvérsia, e os seus fundamentos estavam no poder político de graça exclusivo do imperador (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 179). A *suplicatio*, portanto, não era um reexame pelo próprio imperador, mas um comando para que o *praefectus pretorio* o fizesse (KASER, 1996, p. 623).

A análise dos fatos e a confrontação dessas duas realidades parecem demonstrar que a *cognitio* foi formada lentamente e sem uma intenção precípua do poder central³⁶. Seria arriscado afirmar que, quando Augusto criou magistrados especiais para julgar algumas causas, como as que envolviam os fideicomissos, ou quando julgava, ele mesmo, determinados pleitos, ele já anteveria a possibilidade de, no futuro, o poder imperial ser suficientemente forte a ponto de suplantar a via ordinária de resolução de conflitos. Parece mais viável crer que as condições para a oficialização da *cognitio* foram sendo criadas naturalmente e como consequência dos grandes poderes concedidos ao *princeps*. A atividade legislativa dos imperadores fez surgir novas relações jurídicas que não poderiam ser tuteladas mediante processo formalizar, o que explica o crescente aumento no número de maté-

partium suisque litteris ad nos dirigat. A praefectis autem praetorio, qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus, ne iam nostra contingi veneratio videatur. Quod si victus oblatam nec receptam a iudice appellationem adfirmet, praefectos adeat, ut apud eos de integro litiget tamquam appellatione suscepta. Superatus enim si iniuste appellasse videbitur, lite perdita notatus abscedet, aut, si vicerit, contra eum iudicem, qui appellationem non receperat, ad nos referri necesse est, ut digno supplicio puniatur" (C. Th. 11.30.16).

³⁶ Parece ser nesse sentido a opinião de Riccardo Orestano (1998, p. 1056-1057): "La cognitio extra ordinem non nasce da alcun provvedimento legislativo Ed è esclusivamente basata sull'autorità dell'imperatore. Si ebbero dapprima singole cognitiones isolate e sporadiche, che poi divennero via via più frequenti sino a formare delle prassi costanti. L'origine degl'istituti procedurali della cognitio extra ordinem è sempre nella prassi'. Appunti sulla 'cognitio extra ordinem'".

rias objeto da *cognitio*³⁷. Percebe-se também que o engessamento do direito pretoriano, favorecido pelo *Edictum perpetuum*, e que as mudanças na sociedade romana ao longo dos tempos, da mesma forma que tornaram odiosas as ações da lei³⁸, fizeram o processo formalizar não mais corresponder à realidadeposta, razão pela qual, quando da sua extinção oficial, ele já havia caído em desuso há tempos.

Portanto, mudanças sociais e políticas explicam o surgimento de um processo eminentemente público, superando-se o caráter privado das fases anteriores (ORESTANO, 1953, p. 13). Pensar nessa mudança como algo necessário é entender que os eventos que levaram ao Principado e às consequências dessa mudança de regime fizeram natural a centralização da ordem jurídica.

A experiência processual e de organização judiciária romana influenciou profundamente os demais países europeus. Se não se tem certeza de que a *cognitio* foi a primeira manifestação de um processo público e controlado pelo poder central, é certo que esse modelo inspirou a organização judiciária dos reinos que se seguiram a Roma e serviram de matriz para a construção dos Estados atuais. Ainda que não se possa falar em monopólio estatal da jurisdição no Medievo³⁹, havia uma justiça régia com características bem semelhantes às descritas em Roma, como se percebe no caso de Portugal⁴⁰. Assim, entender o funcionamento dessas estruturas em Roma ajuda a compreender a justiça régia da transição da Idade Média para o Antigo Regime, sob a qual se funda a jurisdição contemporânea.

³⁷ Sobre os objetos da *cognitio extra ordinem*: (KASER, 1996, p. 451-460; COSTA, 1996, p. 140).

³⁸ "Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. Namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet" (GAIO, 4, 30).

³⁹ Sobre o pluralismo jurídico na Idade Média: (CABRAL, 2011, p. 56-61).

⁴⁰ Sobre a organização judiciária e o processo em Portugal no Antigo Regime: (TUCCI; AZEVEDO, 2009; CABRAL, 2011, p. 54-63, 153-164).

Referências

- CABRAL, Gustavo César Machado. *Direito natural e iluminismo no direito português no final do Antigo Regime*. 2011. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.
- COSTA, Emílio. *Profilo storico del processo civile romano*. Roma: Athenaeum, 1918.
- DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *O princípio da legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HONSELL, Heinrich et al. *Römisches Recht*. 4. ed. Berlin: Springer, 1987.
- KASER, Max. *Das römische Zivilprozessrecht*. 2. ed. München: C.H. Beck, 1996.
- LENEL, Otto. *Das edictum perpetuum: ein Versch zu seiner Wiederherstellung*. 3. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1974. Reimpressão.
- MARTINO, Francesco de. *Storia della costituzione romana*. Napoli: Eugenio Jovene, 1974. v 1.
- _____. _____. Napoli: Eugenio Jovene, 1975. v. 2.
- _____. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: A. Milani, 1937.
- MOHNHAUPT, Heinz. Konstitution, Status, Leges fundamentales Von der Antike bis zur Aufklärung. In: _____. GRIMM, Dieter. *Verfassung: zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
- MOMMSEN, Theodor. *Römische Geschichte: bis zur Schlacht von Pydna*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1856. 1 v.
- MORAES, José Rubens de. *Sociedade e verdade: evolução histórica da prova*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- ORESTANO, Riccardo. *Appunti sulla "cognitio extra ordinem"*. Napoli: Jovene, 1998.
- _____. *L'appello civile in diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1953.
- PUGLIESI, Giovanni. *Scritti giuridici scelti: diritto romano*. Napoli: Jovene, 1985. 1 v.
- TALAMANCA, Giuliana Foti. *Richerche sul processo nell'Egitto Greco-Romano*. Milano: Giuffrè, 1974. 1 v.
- _____. *Ricerche sul processo nell'Egitto Greco-Romano*. Milano: Giuffrè, 1979. 2 v.
- TALAMANCA, Mario (Org.). *Lineamenti di storia del diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1989.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. _____. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- WLASSAK, Moritz. *Römische Prozessgesetze*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1891. 2 v.

