

A RECEPÇÃO DO *JUS ACTIONIS* E O DIREITO À SEGURANÇA

AGERSON TABOSA PINTO

- Professor de TGE da UNIFOR

- Mestre em Ciência Política, pelo IUPERJ

- Doutor em Direito do Estado, pela USP

RESUMO

Este trabalho pretende incluir o direito à segurança entre os direitos fundamentais, como a liberdade e a propriedade, já, como tais, reconhecidos e praticados pelo Direito Romano Clássico. Objetiva também mostrar como o "jus actionis" foi recepcionado pelo Direito Brasileiro.

ABSTRACT

This paper intends to include the right of security between the Roman Rights, like the liberty and property, that where already recognized and used by the classic Roman law. It intends to show also how the "jus actionis" was received by Brazilian law.

1. Introdução

Os direitos individuais constituem tema do Direito Constitucional moderno ou já poderiam ser encontrados nas constituições dos Estados antigos?

Os autores, em sua maioria, optam pela primeira alternativa, e o fazem apoiados em autoridades, como é o caso do ensaísta francês do século passado FUSTEL DE COULANGES, que afirmou, sem rodeios, que os antigos não conheceram a liberdade¹, e do romanista italiano da atualidade FRANCESCO DE MARTINO, que considera “*giustissimi su questo punto ... i giudizi del Fustel de Coulanges*”.²

À posição de FUSTEL DE COULANGES, preferi reconhecer justas aquelas duas qualidades que VILLEY notou IHERING ter atribuído ao Direito Romano: “*Em primeiro lugar, reconhece e favorece a liberdade, a verdadeira liberdade, a que consiste para cada pai de família,*

diz-nos Ihering, em possuir uma esfera de actividade independente; o Romano é único responsável da forma como exerce os seus direitos sobre a sua propriedade e a sua família. O Estado reconhece-lhe sem reservas e sem rodeios um certo número de poderes que ele usa à sua vontade, como homem independente e livre ... Em segundo lugar, o jus civile quiritium é um direito de limites precisos, rígidos, certos. Não há lugar para a arbitrariedade do juiz, na delimitação do conteúdo de um direito, porque este é definido por alguns traços grosseiros, mas firmes ... Este carácter de certeza e de precisão do antigo Direito Romano - bem distinto da moral com as suas regras cheias de cambiantes e complexidade - em definitivo, confirma o pater familias romano na posse dos seus direitos e liberdades”³

Vinculados à liberdade estão os direitos à vida, à segurança e à propriedade, a formarem com ela os direitos individuais básicos, tradici-

¹ Fustel de. *A Cidade Antiga (La Cité Antique)*, 10a. ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1971 COULANGES. O capítulo XVIII dessa obra intitula-se “Da omnipotência do Estado; os antigos não conheceram a liberdade individual”, Cf. pp. 278-283

² MARTINO, Francesco de. *Storia della Costituzione Romana*. 2a. ed., vol. I, Napoli, Eugenio Jovene, 1972, p. 202.

³ VILLEY, Michel. *O Direito Romano (Le Droit Romain)*, Lisboa, Arcádia, 1973, pp. 34-36

onalmente declarados pelas Constituições brasileiras.⁴

Em abono de minha posição, recorri, dentre outros autores, a FRITZ SCHULTZ, em seu clássico *Prinzipien des Romischen Rechts*, através da tradução inglesa, onde dedica várias páginas à *liberty* e à *security*.⁵

Esta *ponencia* se propõe mostrar que a segurança, como direito individual já existia no direito clássico e que o *jus actionis* era uma de suas principais manifestações. Tanto o direito à segurança, quanto o direito de acionar foram recepcionados em todo o mundo, com muitas de suas características originais.

2. Direito à Segurança

O direito à segurança está in-

timamente relacionado com os três outros direitos individuais, já referidos. Por isso é que ele é também um direito individual fundamental. Ter direito à vida, à liberdade e à propriedade, sem a segurança, é como não tê-los. Daí por que modernamente os direitos individuais são declarados juntamente com suas garantias.⁶ REALE destaca a importância das garantias ao afirmar que “*O Direito é sobretudo um sistema histórico-cultural de garantias, e o justo não é senão a realização de um sistema social de vida que assegure civilmente a cada homem a afirmação e o livre desenvolvimento de sua singularidade pessoal*”.⁷ Na antiguidade clássica, a segurança foi sempre uma das principais preocupações do *civis Romanus*, o que pode ser demonstrado através do aparecimento do *jus scriptum*, da

⁴ A esses quatro direitos, expressos nas Constituições de 1969 (art. 153), de 1967 (art. 1500, de 1946 (art. 141), de 1934 (art. 113), a Constituição atual, de 05.10.1988, acrescentou um quinto, o direito à igualdade. Art. 5o. - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” Assim como as Constituições de 1924 (art. 178), de 1891 (art. 72) e de 1937 (art. 122) deixaram de referir-se expressamente ao direito à vida, por ser pressuposto dos demais direitos, também acharia dispensável o acréscimo da igualdade à relação dos quatro direitos individuais referidos, pois ela é também pressuposto da liberdade, e já manifesta na expressão de abertura do artigo - “todos são iguais perante a lei”. Na verdade, agora o acréscimo despidendo, o texto do artigo citado não inova em nada. Apenas incorporou ao caput do artigo disposição tradicionalmente referida em parágrafo.

⁵ SHULTZ, Fritz. *Principles of Roman Law (Prinzipien des Romischen Rechts)*, Oxford, Clarendon Press, 1936, pp. 140-163; 189-220 e 139-251.

⁶ O título II da Constituição brasileira, por exemplo, tem como denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e o capítulo I, intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, relaciona, num só artigo, o 5o., direitos e garantias. Nele estão, verbo gratia, os direitos de resposta (V), de propriedade (XXII), de herança (XXX), ao lado das garantias do *habeas corpus* (LXVIII), do mandado de segurança (LXIX), do mandado de injunção (LXXI) e do *habeas data* (LXXII).

⁷ REALE, Miguel. *Liberdade Antiga e Liberdade Moderna*, in *Horizontes do Direito e da História*, 2a, ed., São Paulo, Saraiva, 1977, p. 37.

prática do *jus actionis*, a *provocatio ad populum* e da *intercessio*.⁸ Vamos restringir-nos ao exame do *jus actionis*, e mais dos institutos da *provocatio ad populum* e da *intercessio*, intimamente relacionados com o direito de acionar e com a segurança.

3. O Jus Actionis

O direito de ação é decorrência da própria existência dos direitos subjetivos.⁹ **"A todo direito corresponde uma ação que o assegura"**, reza o Código Civil Brasi-

leiro, em seu art. 75.¹⁰ No Direito Romano clássico, a proteção dos direitos, através das ações, se desenvolveu a tal ponto que as normas adjetivas do direito processual se nivelaram, em importância, às normas do direito substantivo. GAIO, ao definir o objeto de que trata o Direito Romano, referiu-se às pessoas, às coisas e às ações: "*Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*".¹¹ A ação, definida por Celso como "*jus iudicio persequendi quod sibi debetur*",¹² aparece como tal num estágio já avançado da evolução do direito.

⁸ Por isso é que SHULTZ relaciona a securitas (security) entre os princípios do Direito Romano, op. cit., pp. 239-252, e nos causa estranheza a afirmação de REALE de que "no ambiente da cultura helênica-romana, o exercício coletivo da liberdade era considerado plenamente compatível com a ausência quase absoluta de garantias jurídicas aos indivíduos em sua vida privada". REALE, Miguel, ibidem, p. 37. Ao que me parece, com relação à segurança e à vida privada, o ambiente da cultura romana era bem diferente daquele da cultura grega.

⁹ Os romanos conheceram os direitos subjetivos? MOREIRA ALVES relaciona Villey entre os autores que negam a existência, no Direito Romano, da concepção de direito subjetivo. Ora VILLEY, na apreciação de MOREIRA ALVES, "os romanos só teriam conhecido instituições jurídicas objetivas (personae, res, actiones); eles encaravam o direito sob um ângulo puramente objetivo, não conferindo às pessoas as facultades que, para os modernos, são direitos subjetivos". MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, vol. I, 5a, ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 105. Segundo o mestre paulista, o argumento de VILLEY foi contestado por PUGLIESE: "de maneira irresponsável". com apoio nesta passagem do Digesto: "Totum autem jus consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat (Todo direito consiste ou na aquisição, ou na conservação, ou na diminuição, pois ou se trata de como alguém adquire alguma coisa de outrem ou de como conserva coisa ou seu direito, ou de como aliena ou perde)". Digesto, 1,3,41, ULPIANO. Nesse, como noutros fragmentos, a palavra jus foi usada, seguramente com o sentido de direito subjetivo, de facultas agendi. Nesta passagem, também de ULPIANO, a palavra jus foi empregada, segundo MATOS PEIXOTO, igualmente como direito subjetivo: "Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet." D. 50,17,54. MATOS PEIXOTO, José Carlos. *Curso de Direito Romano*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Haddad, 1960, p. 405.

¹⁰ Essa correspondência entre o direito e a ação para protegê-lo já existia em Roma. Para garantir o direito de posse, por exemplo, havia cinco interditos: dois para serem usados quando a posse estivesse sendo apenas ameaçada: utrubi, para móveis, e uti possidetis, para imóveis; e três para recuperar a posse já perdida: o interdito unde vi, quando o esbulho tiver ocorrido com violência; o de clandestina possessione, quando, através de fruto; e o de precario, para reaver a posse viciada pela precariedade.

¹¹ GAIO, Institutas, 1,8

¹² Digesto, 44,7,51, CELSO

Pressupõe a existência de pessoas, agentes capazes, autor e réu; da norma substantiva, seja em forma de *lex* ou *edictum*, seja em forma de *mos* ou *jurisprudencia*; bem assim como de uma organização judiciária, com responsáveis pela administração da justiça (*praetor*) e pela proferição das sentenças (*judex*), com normas processuais específicas, tudo funcionando sob o controle do Estado. Resquícios de vingança privada continuaram, naturalmente, durante algum tempo (*natura saltus non facit*), mas agora, já reconhecidos por lei e sujeitos ao poder jurisdicional do Estado.¹³

O Direito Romano, ao longo de sua evolução, conheceu três sistemas processuais, através dos quais se nota, bem evidente, um constante aperfeiçoamento do *jus actionum*. Os dois primeiros, em prática no Direito Romano da Realeza, República e começo do Império, e o terceiro, no direito pós-clássico, ou seja, a partir da monarquia absoluta do império, do século III d.C., em diante. O sistema das *legis actiones* e o sistema formular têm muitas características em comum: 1) - a instância, em geral, é única, desdobran-

do-se em duas fases - *in jure* - isto é, perante a autoridade judiciária, e *in judicio* - perante o juiz; 2) - a citação do réu é encargo do autor, e a execução da sentença fica por conta do vencedor; 3) - domina nos dois sistemas o princípio da oralidade; 4) - o processo é gratuito, pois não há a quem remunerar, visto que não existe ainda juiz togado nem serventário da justiça, nem se admite a representação do advogado. SHULTZ observa que o poder discricionário, atribuído a órgãos do Estado e particularmente às autoridades judiciárias, era fonte de insegurança legal e que "*the rule nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege was unknown to Roman Law, that in civil proceedings it was left to the discretion of the magistrate to grant or refuse legal protection (actio, exceptio, in integrum restitutio), and that the judex too enjoyed considerable freedom in the use of the formula. Roman feeling for tradition and constantia, however, created in actual fact the legal security unprovided by the law itself; elasticity was, for the Roman, a part of security*".¹⁴ O terceiro sistema processual, chamado extraordinário,

¹³ Alguns dos dispositivos da Lei das XII Tábuas, retro citados, são mostras dessa justiça feita com as próprias mãos.

¹⁴ SHULTZ, Fritz, op. cit., p. 247. Essa elasticidade ou flexibilidade se deveu, na época, ao uso que fazia da equidade civil, assim chamada aquela equidade, encontrada nas sentenças dos juízes, para diferenciar-se daquela, a equidade natural, contida na própria lei.

porque foge à *ordo judiciorum privatorum*, é bem mais diferente e moderno do que os dois anteriores. De logo se nota a ampliação da segurança, com o surgimento de mais instâncias, propiciando o direito ao recurso ou apelação. Não há mais, em nenhuma instância, o desdobramento de fases. Surgem os juizes togados, dispostos em hierarquia - pedâneos, ordinários e superiores - e as custas processuais (*sportulae*). A oralidade, por sua vez, cede lugar a um processo em que prevalecem os atos escritos, a cargo dos auxiliares da justiça e dos advogados.¹⁵

O que se conclui desse exame é que, independentemente do grau de democracia ou de autoritarismo dos governos, o Estado romano sempre assegurou ao cidadão o exercício do *jus actionis*, manifestação eloquente do reconhecimento e tutela do direito à segurança individual.

3.1. Provocatio ad Populum

A *provocatio ad populum* é o direito de apelar, de recorrer aos comícios, de decisões de primeira instância, que condenavam à pena de morte ou à multa suprema.¹⁶ Trata-se de uma extensão do *jus actionis*, pois é a continuação do direito de alguém perseguir o que lhe é devido, conforme a definição de CELSO, já citada, e, ao mesmo tempo, é uma expressão do direito à segurança. Os autores costumam vincular a *provocatio ad populum* à proteção da liberdade. SHULTZ afirma: *The right to provocatio and the statutory limits set to corporal punishment were also looked upon in Rome as measures for the protection of liberty*.¹⁷ BURDESE, a seu turno, realça essa característica da *provocatio*, considerando-a "*suprema guarentigia costituzionale della libertà del cittadino*".¹⁸ Em geral, como foi visto, nos dois primeiros

¹⁵ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Romano*, 7a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 406-442. MEIRA, Sílvio A.B.- *Processo Civil Romano*. 2a. ed., Belém, Farangola, s/d, pp. 27-102. A partir do processo extraordinário, os advogados começaram a representar seus clientes como seus procuradores. Antes, tal representação era vedada, com fundamento nesta afirmação de GAIO: "Alieno nomine agere non liceret..." . GAIO, *Institutas*, 4,82.

¹⁶ Entre outros fragmentos do Digesto, referem-se à *provocatio*, sem defini-la, os seguintes: D.48,6,7, ULPIANUS e D. 50,16,244, Labeo. O fragmento de SCEVOLA, citado por ARMÁRIO, como relativo à *provocatio*, parece-me, antes referente à *appellatio* do sistema processual extraordinário, quando o povo já não mais colaborava diretamente com o poder judiciário. ARMÁRIO, Faustino Gutierrez-Alviz y - *Diccionario de Derecho Romano*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1976, pp. 571-572.

¹⁷ SHULTZ, Fritz, op. cit., p. 160

¹⁸ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, 2a. ed., Torino, Utet, 1977, p. 56

sistemas processuais, havia uma só instância. Mas, mesmo na vigência desses sistemas, quando estava em risco a vida ou o patrimônio do condenado, permitia-se, excepcionalmente, a apelação, para os comícios, de sentenças condenatórias.¹⁹ A sentença, proferida, em geral, por um juiz singular e leigo, às vezes sem a devida qualificação, poderia não expressar a justiça. Esta podia, então, ser buscada junto à própria assembléia popular, que, além de suas funções legislativa e política ou eleitoral, passava a exercer, no caso, função judiciária, tendo muito mais condições do que o *judex unus* de prolatar uma sentença justa. Era, evidentemente, a *provocatio* um instrumento jurídico a serviço da segurança individual.

3.2. Jus Intercessionis

Jus intercessionis, ou simplesmente *intercessio*, era o direito que tinha o consul de vetar as medidas do seu colega em exercício, e tam-

bém tribuno da plebe, de vetar iniciativas dos magistrados, com exceção do censor e ditador, assim como decisões do Senado. Como, no começo da República, o exercício das magistraturas ordinárias era privativo dos patrícios, foi permitido aos plebeus, em 494 a.C., eleger um magistrado seu, para lutar em defesa dos interesses da casta. O tribuno não tinha direito de iniciativa, não podia propor aos comícios votação de uma *lex*, não dispunha de área administrativa específica de atuação, como o pretor, o edil etc.²⁰ Mas, como detentor do *jus intercessionis* ou direito de veto, era extremamente temido, pois tinha poderes para interferir em toda a administração pública romana. O tribuno era um ministro sem pasta, sem uma atuação no sentido positivo, mas que, com o direito de veto, podia impedir a execução de qualquer iniciativa governamental²¹. Era um advogado, não só da plebe, como casta social, mas de qualquer cidadão em particular.²² Para

¹⁹ As condenações à pena capital seriam submetidas aos comitia centuriata, enquanto que as pecuniárias, aos comitia tributa. ARMARIO, Faustino Gutierrez-Alviz y, op. cit., p. 55, e SHULTZ, Fritz, op. cit., p. 175.

²⁰ Esse caráter negativo da potestas tribunicia está ressaltado por Maillet, quando diz: "alors que les magistrats ont des pouvoirs dans un domain précis, les tribuns ont les pouvoirs négatifs, mais étendus à tous les domains". MAILLET, J. *Institutions Politiques et Sociales de Antiquité*, 2ème ed., Paris, Dalloz, 1971, p. 179.

²¹ Segundo ARIAS RAMOS, "su misión es unicamente, la defensa, el auxilium plebis y el instrumento para logarlo es puramente negativo: el veto. En cambio, este veto o intercessio tribunicio alcanza a las decisiones mas elevadas: órdenes de los cónsules, deliberaciones del Senado, elecciones, reclutamiento del ejército, propuestas de ley, casi todo el engranaje polico administrativo de la civitas. RAMOS, J. Arias, *Compendio de Derecho Público Romano e História de las Fuentes*, 5a. ed., Valadolid, Minon, 1953, p. 28.

²² KUNKEL afirma que do tribunus plebis seu "primary duty it was to defend the citizen against injustice". KUNKEL, Wolfgang, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History (Romische Rechtsgeschichte)*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, p. 90.

que seu papel pudesse ser exercido com toda segurança e eficiência, ele era *sacrossanctus*, isto é, inviolável, protegido por todas as imunidades. As portas e janelas de sua casa nunca fechavam a fim de que os que precisassem de sua ajuda tivessem sempre fácil acesso. Sua atuação se parecia, em muito, com a do *ombudsman*, encarregado de supervisionar a aplicação das leis e o desempenho das autoridades administrativas e judiciárias.²³ Como disse em outro trabalho, “*em defesa de sua intercessio e de sua inviolabilidade, o tribuno podia exercer uma coercitio especial, ou a summa coercitio potestas, que lhe assegurava a cominação de penas, que iam desde a multa e a prisão (prensio), até o confisco e a pena capital, cabendo, porém, de sua decisão, a provocatio ad populum*”.²⁴ Sem dúvida, a *intercessio*, principalmente aquela exercida pelo tribuno, era importante instrumento de garantia da segurança individual.²⁵

4. Conclusões

4.1. O Direito Romano, inspirado, inicialmente, na filosofia grega e, depois, na doutrina cristã, já reconhecia a existência dos direitos individuais básicos, aqueles sem os quais a pessoa não é pessoa, como a vida, a liberdade, a propriedade e a segurança.

4.2. Não há prova maior da existência do direito à segurança do que o exercício, ao longo de todos os períodos do Direito Romano, do que o *jus actionis*, o direito, manifestamente individual, de reclamar o que lhe é devido. Ressalte-se que o Estado nunca lhe negou a tutela, desde o processo rude das *legis actiones*, passando pelo processo formular, até o processo extraordinário - com juízes togados, várias instâncias, plena defesa, representação através de advogados - características que se incorporam ao sistema processual ordinário da modernidade.

²³ Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et alii. *Liberdades Públicas (parte geral)*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 330.

²⁴ PINTO, Agerson Tabosa. *Da Representação Política na Antiguidade Clássica*, Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, 1981., p. 61.

²⁵ Parece ter razão SHULTZ quando reconheceu que BIONDI “exagerates when he says that in reply to the question - quali limiti ha l'imperium? La risposta romana è precisa: nessuno”. Ora, a *intercessio* é uma limitação ao imperium ou à potestas dos magistrados, em favor da segurança dos indivíduos. SHULTZ, Fritz, op. cit., p. 173.

Referências Bibliográficas

- ARMÁRIO, Faustino Gutierrez-Alviz y
- **Diccionario de Derecho Romano**, 2. ed.; Madrid, Reus, 1976.
- BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília : Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.
- _____ - **Código Civil Brasileiro**, org. Juarez de Oliveira, 37. ed., São Paulo : Saraiva, 1987.
- BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Pubblico Romano**, 2. ed., Torino, Utet, 1977.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga (La Cité Antique)**, 10. ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1971.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *et alii*. **Liberdades Públicas** (parte geral), São Paulo : Saraiva, 1978
- KUNKEL, Wolfgang. **An Introduction to Roman Legal and Constitutional History (Romische Rechtsgeschichte)**, 2. ed. Oxford, Clarendon Press, 1973
- MAILLET, J. **Institutions Politiques et Sociales de Antiquité**, 2. ed., Paris : Dalloz, 1971
- MEIRA, Sílvio A.B. - **A Lei das XII Tábuas**, 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961.
- _____ - **Processo Civil Romano**. 2. ed. Belém : Farangola, s/d
- MATOS PEIXOTO, José Carlos. **Curso de Direito Romano**, 4. ed. Rio de Janeiro : Haddad, 1960
- MOREIRA ALVES, José carlos. **Direito Romano**, vol. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983
- PINTO, Agerson Tabosa. **Da Representação Política na Antiguidade Clássica**, Fortaleza : Universidade Federal do Ceará, 1981.
- RAMOS, J. Arias, **Compendio de Derecho Público Romano e História de las Fuentes**, 5. ed. Valadolid, Minon, 1953.
- REALE, Miguel. **Liberdade Antiga e Liberdade Moderna.**, in **Horizontes do Direito e da História**, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1977
- SHULTZ, Fritz. **Principles of Roman Law (Prinzipien des Romischen Rechts)**, Oxford, Clarendon Press, 1936
- VILLEY, Michel. **O Direito Romano (Le Droit Romain)**, Lisboa, Arcádia, 1973