

AS SANÇÕES PROCESSUAIS DO DIREITO ROMANO À LITIGÂNCIA TEMERÁRIA

THE PROCEDURAL SANCTIONS OF ROMAN LAW FOR RECKLESS LITIGATION

Sergio Lima Dias Junior*

Resumo:

Assim como hodiernamente o Código de Processo Civil (“CPC/15”) sanciona a litigância de má-fé, em seus arts. 79 a 81, os juristas romanos também lidaram, a seu modo, com o problema das condutas ditas chicaneiras no âmbito de um processo. Conforme o relato de Gaio (Gai. 4, 171), o comportamento de ambas as partes de uma relação jurídica processual poderia ser sancionado: tanto a temeridade (“*temeritas*”) do réu quanto a chicana ou calúnia (“*calumnia*”) do autor eram objeto de punição. Este artigo cuida dos institutos que, de acordo com a exposição de Gaio (Gai. 4, 174 *et seq.*), em seu manual “*Institutiones*”, destinavam-se, no direito romano de seu tempo, a sancionar os autores de ações levianas ou temerárias. O texto compreende, pois, desde as promessas solenes (“*sponsio*” e “*restipulatio*”), das quais decorria uma obrigação para a parte sucumbente de pagar à outra uma pena pecuniária, até um juramento, de ordem religiosa, contra a chicana (“*iusiurandum calumniae*”). Este artigo cuida também do *iudicium contrarium*, meio mais severo de sanção, que, quando empregado pelo réu, impunha ao autor derrotado, independentemente de culpa, o pagamento de uma quantia em dinheiro, e do *iudicium calumniae*, destinado à punição do autor que, mesmo ciente de não ter direito algum, intentasse uma ação.

Palavras-chave: Temeritas. Calumnia. Litigância de má-fé. Gaio. Processo civil romano.

Abstract:

Just as the Brazilian Code of Civil Procedure (“CPC/15”) currently punishes vexatious litigation, in its Articles 79 to 81, the Roman lawyers also dealt, in their own way, with the problem of the so-called reckless conduct in the context of a lawsuit. As Gaius (Gai. 4, 171) describes, the behavior of both parties in a procedural relation could be sanctioned: both the temerity (“*temeritas*”) of the defendant and the chicanery or calumny (“*calumnia*”) of the plaintiff were subject to punishment. This paper deals with the institutes that, according to Gaius’ exposition (Gai. 4, 174 *et seq.*), in his manual “*Institutiones*”, were aimed, in the Roman law of his time, to punish the authors of frivolous or reckless actions. The text thus ranges from solemn promises (“*sponsio*” and “*restipulatio*”), from which an obligation arose for the losing party to pay the other a pecuniary penalty, to a religious oath against chicanery (“*iusiurandum calumniae*”). The paper also includes the *iudicium contrarium*, a

* Sergio Lima Dias Junior é estudante do quarto ano em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Endereço eletrônico: sergiodias@usp.br. Este artigo foi escrito originariamente em alemão como um trabalho de seminário (“Seminararbeit”) para o Seminar “Der römische Zivilprozess”, ocorrido no Wintersemester 2021/2022 da Faculdade de Direito da Ludwig-Maximilians-Universität München (“LMU”), tendo recebido a nota máxima (18 Punkte). Esta é uma versão reduzida, traduzida para o português e em diversos pontos adaptada.

more severe form of sanction, which, when employed by the defendant, imposed on the defeated plaintiff, regardless of fault, the payment of a sum of money, and the *iudicium calumniae*, designed to punish the plaintiff who, even though knew had no rights, brought an action.

Keywords: Temeritas. Calumnia. Vexatious litigation. Gaius. Roman civil procedure.

1. “Para que os homens não procedam facilmente a litigar”

Plínio, o Velho, conta que Catão, quando fora magistrado, pensara em pavimentar o *forum*, onde se exercia, em Roma, segundo a Lei das 12 Tábuas,¹ a função jurisdicional, com pontiagudas e afiadas pedras.² Diante desse possível desconforto talvez se abstivessem os cidadãos de propor ações (BERTOLINI, 1914, p. 207). Essa peculiar proposta faz transparecer o que seria, segundo John Maurice Kelly (1976, p. 92), um traço característico do pensamento romano: uma certa aversão à litigância.

Apesar de o volume de litígios ter sido, ao longo da evolução do direito romano, “muito pequeno” (KELLY, 1976, p. 92), Cícero³ e Aulo Gélío relatam situações nas quais é possível identificar problemas relacionados à litigância, como o das condutas ditas “chicaneiras” no curso de um processo (SELLERT, 2009, p. 485).

Em *Noites Áticas*, por exemplo, Gélío cuida de um caso em que figurou como *iudex*, isto é, um “juiz privado” a quem incumbia o julgamento no processo civil romano do período clássico.⁴ Na ocasião, por meio provavelmente de uma *actio certae creditae pecuniae*,⁵ um homem de reputação ilibada pretendia obter em juízo o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro.⁶ Ele não trouxe ao processo, no entanto,

¹ L. XII Tab., 1, 7: “Ni pacunt, in comitio aut *in foro* ante meridiem caussam coiciunto [...]”, com destaques nossos.

² *Nat.* 19, 6, 24.

³ Cic. *Rosc. com.* 14-15. No caso descrito por Cícero, um réu obrigou-se, por meio de uma promessa solene (“*stipulatio*”), a pagar um terço do valor exigido em juízo na forma de uma pena caso fosse condenado. Assim seria sancionada uma eventual negação injustificada da pretensão do autor. Cf., a respeito, (GREENIDGE, 1901, p. 542-551; BARON, 1880, p. 135).

⁴ “Juiz privado” (“Privatrichter”), segundo Kaser (1964, p. 329). O *iudex* do processo formular era um cidadão romano, escolhido pelas partes, que seria designado, pelo pretor, para a decisão do litígio (KASER; HACKL, 1996, p. 192-195). Perante tal *iudex* ocorreria a segunda fase do processo civil romano do período clássico. Nela, esse juiz privado conduziria o processo, a produção das provas e, por fim, prolataria a sentença. Antes disso, em um primeiro momento, que ia desde a citação até a instituição do litígio propriamente dito, o processo desenrolava-se “no tribunal” (“*in iure*”), perante o magistrado que representava a jurisdição do Estado: o pretor. A respeito, cf. Kaser (1964, p. 329-330).

⁵ Gélío não especifica a ação proposta, mas, pela linguagem, que faz referência a um pedido relativo a uma quantia pecuniária, é muito provável que tenha sido uma *actio certae creditae pecuniae*. A respeito, cf. Heimbach (1849, p. 590).

⁶ *Noct. Att.* 14, 2, 4: “petebatur apud me pecunia”.

nenhuma prova que sustentasse a sua pretensão (Noct. Att. 14, 2, 4. BUZZACCHI, 2002, p. 116). Por sua vez, o réu, de vida sórdida e conhecido por perfídias e fraudes (Noct. Att. 14, 2, 6), negou o pedido e postulou, caso se constatasse, ao fim do processo, que não havia dívida alguma, a condenação do autor por *calumnia*.⁷

Nesse caso vemos um exemplo de comportamento chicaneiro no processo, quando o autor formulou, em juízo, uma pretensão a que não tinha direito (SELLERT, 2009, p. 485). Por sua vez, um réu também pode se comportar de maneira temerária, quando nega, sem qualquer razão, o pedido do autor. É o que se infere, por exemplo, do relato de Cícero (Cic. Rosc. com. 14-15) acima mencionado.

Em face de tais possíveis condutas, “para que os homens não” procedessem “facilmente a litigar” (Inst. 4, 16 pr. e Gai. 4, 171), os juristas romanos pensaram em meios aptos a impedir processos levianos (WACKE, 1997, p. 86). Já no século III a. C., o jurista Gaio descreveu, em uma seção de seu manual, os institutos que se destinavam, no direito romano de seu tempo, a sancionar a litigância temerária ou leviana (Gai. 4, 171-182).

2. As sanções à litigância temerária em Gai. 4, 171-182

Nessa seção, que vai de Gai. 4, 171 a Gai. 4, 182, Gaio trata, pois, dos institutos que puniam tanto a temeridade⁸ (“*temeritas*”) do réu quanto a chicana ou calúnia (“*calumnia*”) do autor.

Segundo Moraes (2021, p. 325, nt. 1782), “*calumnia*”, nesse contexto específico,⁹ em especial se comparada ao moderno termo “calúnia”, em língua portuguesa, aproxima-se mais do hodierno conceito de litigância de má-fé, previsto nos arts. 79 a 81

⁷ Noct. Att. 14, 2, 8: “ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se oportere et adversarium de calumnia damnari [...]”.

⁸ “Temeridade” significa, em português, o “atrevimento” ou a “audácia, excessiva ousadia” (AULETE, 1881, p. 1.733). “Temerário” tem o sentido de “arriscado; imprudente; perigoso” assim como de algo “que não tem fundamento”, como na frase: “Fazer um juízo *temerário*” (AULETE, 1881, p. 1.733). Sobretudo nessa acepção de ausência de fundamento é que o termo se vincula ao sentido de “*temeritas*” e de “*temere*” das fontes romanas, já que Gaio, ao falar de “negar temerariamente <a pretensão do autor>” (“*temere negare*”), quis, com isso, segundo Bianchi (2001, p. 248), indicar a conduta de quem “resiste sem motivo” (“*Temere negare*” significa qui il resistere senza motivo”). Também nesse sentido, sobre *temeritas*, Heumann e Seckel (1958, p. 521): “voreilig, unbedachtsam, ohne Noth, ohne Grund”. “*Temeritas*” e “temeridade” ainda se relacionariam na medida em que ambos os termos expressam, em sentido amplo, a ideia de “audácia” e de ausência de devida consideração pelos interesses da outra parte (BUZZACCHI, 2002, p. 3-4, nt. 5). Ainda que não necessariamente com o mesmo significado, o termo manteve-se na dogmática processual, de modo que, como lembra Moraes (2021, p. 1.777), o CPC/15, em seu art. 80, V, sanciona a parte que “proceder de modo *temerário* em qualquer incidente ou ato do processo”, com destaques nossos.

⁹ “*Calumnia*” também surge, nas fontes, em acepção penal, como lembra Brasiello (1959, p. 814), baseando-se no título de *calumniatoribus* (D. 3, 6): “ipotesi repressae dall’editto del pretore con azione diretta al *quadruplum* del mal ricevuto, e quindi penale” [...] “ed annale”.

do CPC/15, do que da acepção penal de “caluniar”, que integra o tipo previsto no art. 138 do Código Penal.

Dessa forma, “*calumnia*”, que designava, no contexto dessas fontes, tecnicamente a abusiva propositura de ação ou de contestação (KASER; HACKL, 1996, p. 284-285), poderia ser, assim, traduzida tanto como “litigância de má-fé” (RODRIGUES, 2021, p. 296-299), aproximando-se, dessa forma, da terminologia moderna,¹⁰ quanto como calúnia,¹¹ desde que não haja confusão com o moderno tipo penal, ou, por fim, como chicana,¹² que se nos antoja como o termo mais adequado para, com menor risco de confusão, descrever o conjunto de condutas sancionadas, por não se aproximar de nenhum

¹⁰ Se bem que essa tradução sugira uma interessante comparação entre os institutos, indicando, inclusive, a possível origem romanística da regra moderna, ela não parece ser de todo adequada, porque, à semelhança do que observa Bianchi (2001, p. 239-241), ao analisar o termo *temeritas* em comparação com a “*temerarietà*” e com as modernas regras do direito processual italiano de sua época, há tão somente uma “correspondência parcial” (“*tale corrispondenza è solo parziale*”) entre os institutos romanos e os hodiernos, já que, em Roma, existiam certos casos, compreendidos pelos termos *temeritas* e *calumnia*, em que a parte era sancionada pela simples sucumbência no processo, independentemente de qualquer conduta culposa sua: “*in ragione della sua semplice soccombenza, pur se non dolosamente o – addirittura – non colpevolmente provocata*”. Assim, em relação ao direito brasileiro, ainda que, diferentemente da regra processual italiana comentada por Bianchi, a litigância de má-fé do CPC/15 não pressuponha a prova de qualquer elemento subjetivo, abstraindo-se, pois, deles, suas hipóteses consistem em condutas “descritas com contornos objetivos” (cf., a respeito, VIANNA, 2018, p. 143-150), que vão além da mais simples *fattispecie* romana, restrita, como dito, em determinados casos, à mera derrota processual. Ademais, as consequências da *calumnia* e da litigância de má-fé são também distintas, pois esta conduz a uma pena pecuniária (arts. 79 a 81 do CPC/15), ao passo que aquela podia ser, conforme o caso, sancionada por consequências religiosas ou por uma pena derivada de uma promessa solene anteriormente feita – não comportando, por exemplo, diferentemente do que se dá hoje, a aplicação de uma pena “de ofício” por um juiz (art. 81 do CPC/15).

¹¹ O termo “calúnia” foi escolhido por Moraes (2021, p. 325) como tradução para “*calumnia*”, que é empregada também nas Institutas de Justiniano (Inst. 4, 16, 1). Tal tradução preserva, diferentemente de “litigância de má-fé”, com maior evidência, a multiplicidade de sentidos da *calumnia* romana, que tinha uma acepção originariamente ligada ao que hoje se denominaria direito penal: “*calumnia* consistente proprio nell'accusa falsa di um crimine” (BRASIELLO, 1959, p. 814). No mesmo sentido de Moraes, Mantovani (1999, p. 185). Lauria (1934, p. 127), também traduz, em italiano, o termo como “*calunnia*”. Em sentido semelhante, a respeito da vinculação desse termo tanto à esfera cível quanto penal, cf. Georges (1913, p. 938-939): “*der schikanöse Prozeß, sowohl im Zivil- als im Kriminalprozesse*”. Para a evolução do conceito de *calumnia*, assim como seu uso originário no âmbito dos processos criminais, cf. Fernández Barreiro (1989, p. 69-73). Apesar dessa vantagem do termo “calúnia”, ele parece, porém, vincular-se, no direito brasileiro, exclusivamente à esfera penal, como se verifica em Silva (1967, p. 297), que não faz nenhuma alusão ou referência a uma possível ligação com a litigância de má-fé, afirmando, a respeito do termo: “É expressão que se transportou do latim *calumnia*, com o sentido dominante que ali tinha: imputação falsa e maliciosa feita a alguém de crime que não cometera. Dêsse modo, *calúnia* expressa sempre a falsa imputação, feita a pessoa, de *fato* que a lei tenha qualificado de crime”, com destaques no original. Vê-se, pois, que o termo tem, em português, “sempre” uma acepção, de ordem técnico-jurídica, penal, importada de um dos vários sentidos existentes em latim. Por isso, em português, talvez seja mais adequado, de modo a evitar confusões, valer-se do termo “chicana” ao invés de “calúnia”.

¹² Conforme Brasiiello (1959, p. 814), em um dos sentidos possíveis do “muito complexo” (“*più complessi*”) conceito de *calumnia*, “*calumnia* è *più* tipicamente ‘*chicane*’, cioè resistenza volutamente vessatoria all'azione; o azione giudiziaria proposta a scopo vessatorio”. No mesmo sentido, em Heumann e Seckel (1958, p. 52-53), *calumnia* é “*Schikane*”.

conceito técnico do direito moderno, ao mesmo tempo em que se vincula, mesmo em um sentido vulgar, a um contexto processual.¹³

Como este trabalho cuida apenas dos meios que buscavam refrear a *calumnia* do autor, seu objeto compreende tão somente os institutos que, segundo Gaio, eram aptos a esse propósito (Gai. 4, 174): a *restipulatio*, que se contrapunha a uma *stipulatio* do réu; o *iudicium calumniae*; o *contrarium iudicium* e o *iusiurandum*.

3. *stipulatio* e *restipulatio* (Gai. 4, 171; 180-181)

3.1. *sponsio*, *restipulatio* e *poena*: a finalidade punitiva e as sanções simétricas à litigância temerária

Segundo Gaio, “em determinados casos”¹⁴ era possível que o réu ou o autor recorressem a promessas solenes para prevenir a litigância leviana (HARKE, 2013, p. 199). Como exemplos desses casos (“*velut*”), o jurista indica, em duas passagens de suas *Institutiones*,¹⁵ a *actio certae creditae pecuniae* e a *actio de pecunia constituta*, sendo que essa última provavelmente foi criada a partir do exemplo da primeira (PLATSCHEK, 2013, p. 44; KASER; KNÜTEL; LOHSSE, 2021, p. 343).

No contexto de uma *actio certae creditae pecuniae*, que foi introduzida por meio da *lex Silia*, no lugar do *sacramentum* (BETHMANN-HOLLWEG, 1865, p. 536), para obter, em juízo, o pagamento de uma dívida pecuniária derivada de um contrato de mútuo (KASER; KNÜTEL; LOHSSE, 2021, p. 290), uma parte prometia à outra o pagamento, a título de pena, de um terço (“*tertiaie partis*”) do valor da ação caso fosse derrotada no processo.

¹³ Foi como traduziu para o português Coelho Rodrigues (1879, p. 127): “Item reprime-se também a chicana (*calumnia*)”. Em português, “chicana” tem um sentido fortemente vinculado a processos judiciais, como se vê em Caldas Aulete (1881, p. 323), que expõe, por exemplo, a acepção do verbo “chicanar”, por extensão, como “contestar sem fundamento”. No mesmo sentido, conforme Silva (1967, p. 335), “qualquer embaraço ao andamento do processo, seja por que meio fôr, mostra-se *chicana*”. Ela se verificaria, por exemplo, segundo o autor, “na *resistência injustificada*” ao “regular andamento” de uma ação. A expressão não é, no entanto, rigorosamente precisa, já que se vincula, segundo Silva (1967, p. 335), ao comportamento “do advogado de uma das partes litigantes”, em especial ao advogado do réu, pois o sentido predominante é o de “meios cavilosos” para “protelar” o processo, ao passo que, em Roma, ela se refere máxime a condutas do autor. Outra possível objeção ao uso do termo estaria no seu caráter não técnico, já que, por meio de “chicana”, não são designadas necessariamente as condutas passíveis de sanção, como tais enquadradas hoje no conceito de “litigância de má-fé”, mas todo e qualquer comportamento intencional e reprovável no processo, ainda que talvez lícito. Há, de fato, tal conotação, mas, no contexto das fontes romanas, em que não havia algo como um rol de condutas sancionáveis, ela não parece apta a gerar confusão. A intencionalidade associada ao termo “chicana” também é problemática pelas mesmas razões já expostas quanto à “litigância de má-fé”.

¹⁴ Gai. 4, 171: “*ex quibusdam causis*”. Em Gai. 4, 180: “*ex certis causis*”. Em contraste, a ação de *calumnia*, outro meio apto a sancionar a litigância temerária, era, segundo o jurista (Gai. 4, 175), genérica, de modo que poderia ser intentada com relação a qualquer processo (“*aduersus omnes actiones locum habet*”).

¹⁵ Gai. 4, 13 e Gai. 4, 171.

Por sua vez, no âmbito de uma *actio de pecunia constituta*, destinada à cobrança de uma quantia já devida (“*pecunia debita*”), cujo cumprimento foi, por meio de um acordo, postergado ou de algum outro modo modificado (KASER; KNÜTEL; LOHSSE, 2021, p. 343; PLATSCHEK, 2013, p. 5-7), uma parte prometia pagar à outra a metade (“*partis dimidia*”) do valor pleiteado em juízo se viesse a sucumbir.

A diferença nos valores – um terço (“*tertia* *partis*”) e a metade (“*partis dimidia*”) – explica-se pela circunstância de a *actio de pecunia constituta* ser um caso especial de *temeritas*, já que, nessa situação, o réu, que é o devedor, já terá em regra “praticamente reconhecido” sua dívida (BOLTE, 2020, p. 109), porque, como acima observado, essa ação serve à cobrança de uma dívida cuja existência é certa, mas que foi posteriormente modificada pelas partes em algum de seus aspectos (KASER; KNÜTEL; LOHSSE, 2021, p. 343). Negá-la representaria, portanto, um comportamento temerário mais grave (BOLTE, 2020, p. 109), que se vincula, por isso, a uma pena de valor mais elevado.

Tais *stipulatio* e *restipulatio* descritas por Gaio pertenciam à categoria das assim chamadas *stipulationes poenales* (WOESS, 1933, p. 374-375), que perseguiam uma “finalidade punitiva” (KNÜTEL, 1976, p. 52, nt. 33). Essa natureza penal pode ser claramente percebida na linguagem empregada por Gaio: em Gai. 4, 13, fala-se, em relação à *actio certae creditae pecuniae*, na “pena da *sponsio* e da *restipulatio*” (“*sponsionis et restipulationis poena*”).

Como essa pena cabia, na forma de um “lucro” (“*lucro*”), ao adversário que se sagraisse vencedor na demanda (“*adversarii, qui vicerit*”), daí se inferiu que tais promessas de caráter penal serviam à prevenção da propositura de ações levianas ou de contestações temerárias (PLATSCHEK, 2013, p. 43-44).

Essa compreensão do fragmento (Gai. 4, 13) baseia-se também em seu contexto. Gaio compara, nesse trecho, as *sponsiones* com o sacramento (“*sacramentum*”),¹⁶ que, mais cedo, no tempo das ações da lei (“*legis actiones*”), desempenhou um papel semelhante para evitar litígios levianos (PLATSCHEK, 2013, p. 43; BUZZACCHI, 2002, p. 92-95).

De acordo com Gai. 4, 13, tanto a ação do sacramento (“*legis actio sacramento*”) quanto a *actio certae creditae pecuniae* eram, em razão de determinadas condutas das partes, que revelavam formas abusivas da propositura de uma ação ou de uma contestação, “perigosas” (“*periculosa*”): em ambos os casos, havia o risco (“*periculum*”) de se pagar, por conta desses abusos, uma pena (PLATSCHEK, 2013, p. 43).

¹⁶ De acordo com Kaser e Hackl (1996, p. 283), essas promessas são “talvez uma reprodução modificada do *sacramentum*”: “vielleicht eine veränderte Nachbildung des *sacramentum*”.

Também em Gai. 4, 180 fala-se na pena derivada da *restipulatio* (“*restipulationis quoque poena*”), que deveria ser paga ao réu. Por meio dela era sancionado o autor de uma ação que tivesse perdido o processo (BETHMANN-HOLLWEG, 1865, p. 536).

Destarte, de uma forma simétrica, assim como se dava no *sacramentum*, eram, por meio dessas promessas, sancionadas tanto a contestação infundada (“*si temere neget*”), como um exemplo de *temeritas* (Gai. 4, 171) da parte do réu, quanto a propositura injustificada de uma ação, quando se pedisse em juízo o que não era, em verdade, devido (“*si non debitum petat*”), representando a *calumnia* (Gai. 4, 174) por parte do autor (BIANCHI, 2001, p. 248).

As partes sujeitavam-se, portanto, nessas ações, ao risco (“*periculum*”, “*periculosa*” e “*periclitatur*”)¹⁷ de, ao lado da sucumbência no processo, pagar também uma determinada pena (BETHMANN-HOLLWEG, 1865, p. 536), que se destinava, pois, a impedir formas não desejadas de comportamento processual (KASER; HACKL, 1996, p. 283-284).

Tal interpretação das fontes é também confirmada por meio de documentos do Arquivo dos Sulpícios. Em uma tábua (TPSulp. 31) do primeiro século depois de Cristo havia, por exemplo, duas fórmulas de ação (CAMODECA, 1999, p. 11-43), que representavam um processo introduzido por meio da *actio certae creditae pecuniae* junto de uma *sponsio tertiae partis* (PLATSCHEK, 2013, p. 48). Da sequência em que estavam dispostas essas fórmulas, que apareciam em dois documentos autônomos,¹⁸ pode-se inferir que o *iudex* deveria, em primeiro lugar, decidir-se a respeito da promessa (“*sponsio*”) e, em seguida, quanto à *actio certae creditae pecuniae*.

Trata-se, nesse ponto, da assim chamada, segundo Johannes Platschek (2013, p. 51), “função de flexão” (“*Beugefunktion*”) dessa *sponsio*: a fórmula da promessa vem em primeiro lugar para intimidar ou desencorajar a outra parte a continuar o processo. Cria-se, assim, o risco de se ter de pagar uma pena pecuniária, que pode ser exigida pelo adversário, para, com isso, tentar evitar o litígio (PLATSCHEK, 2013, p. 51; BOLTE, 2020, p. 109).

¹⁷ Na seção em que trata das sanções à *temeritas*, Gaio retoma essa periculosidade das promessas (Gai. 4, 172): “*quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur*”.

¹⁸ Segundo Platschek (2013, p. 51): TPSulp. 7 e TPSulp. 1. Nesse sentido, também Metzger (2005, p. 108-109, nt. 61).

3.2. *sponsionem facere permittitur*: permissão ou coerção?

Muito controvertida é, porém, a questão se essas promessas poderiam ser celebradas ao bel prazer das partes (PLATSCHEK, 2013, p. 54, nt. 164). À primeira vista, poder-se-ia dizer que sim, em face da expressão de Gaio “*sponsionem facere permittitur*”, pois o verbo “*permittere*” significa “permitir” ou “autorizar” (HEUMANN; SECKEL, 1958, p. 390).

“*Permittere*” é usado por Gaio três vezes nessa seção (Gai. 4, 171; 172; 179). “*Permittitur*”, que está em Gai. 4, 171, poderia ser lido em conjunto com o trecho a respeito do juramento, no qual se fala em “*permittit*” – Gai. 4, 172.

Tal juramento (“*iusiurandum*”), que também era um meio de sanção à *calumnia*, de que adiante se tratará com maior profundidade, era, no tempo de Gaio, apenas facultativo (Gai. 4, 176), no sentido de que não poderia ser imposto por iniciativa do pretor, tornando-se, portanto, compulsório somente por decorrência do pedido de uma das partes. Assim, se o autor da ação exigisse um juramento e a outra parte se enjeitasse a prestá-lo, esse réu seria tratado como *indefensus* – “*Indefensionsfolge*”, segundo Bolte (2020, p. 96, nt. 329).

Com base na *lex Rubria*, tal tratamento como *indefensus* seria justamente a consequência jurídica para o caso em que as partes não tivessem celebrado uma *sponsio* no âmbito de uma *actio certae creditae pecuniae* (PLATSCHEK, 2013, p. 49; BUZZACCHI, 2002, p. 90).

A configuração processual do *iusiurandum* e da *sponsio tertiae partis* era, por isso, em especial tendo em vista o verbo “*permittere*”, semelhante (BOLTE, 2020, p. 96, nt. 329; HARKE, 2013, p. 201).

Disso derivaria que a não celebração da *sponsio* não poderia impedir o curso de um processo. Ela não deve ser, pois, compreendida como obrigatória (HEIMBACH, 1849, p. 589-590; BOLTE, 2020, p. 287). Apenas se poderia falar em um dever do réu de fazer uma tal promessa se a outra parte tiver pedido a celebração da *sponsio* (BOLTE, 2020, p. 287).

O autor tinha, desse modo, um direito de escolha. Ele poderia refletir se realmente seria vantajoso exigir tal *sponsio*, porque a exigência dessa promessa implicaria a obrigatoriedade de celebração de uma contraposta *restipulatio*, de que Gaio fala em Gai. 4, 180. Dessa forma, caso optasse por exigir do réu a promessa, o autor assumiria também um risco: o de se submeter ao pagamento da pena resultante de uma *restipulatio* na hipótese de sua própria sucumbência.

Dessa forma, a expressão “*sponsionem facere permittitur*” deve ser compreendida no sentido de que uma tal promessa, “que é tão somente permitida,

pode igualmente ser deixada de fora” (PFLÜGER, 1904, p. 14) pelas partes: só há obrigatoriedade se um dos litigantes a tiver exigido.

A pouco e pouco, porém, a *restipulatio*, cuja sanção dependia apenas da derrota no processo anterior, perdeu importância, de modo que, no direito justinianeu, com a mesma finalidade, restou tão somente o juramento (CAMIÑAS, 1994, p. 113; BOLTE, 2020, p. 288). Esse, de que já se falou, com brevidade, anteriormente, era um meio religioso de punição da *calumnia* (BUZZACCHI, 2002, p. 110-112), que foi descrito por Gaio tanto em relação ao réu quanto em referência ao autor (Gai. 172 e 176).

4. O juramento <contra> a chicana: “*iusiurandum*” (Gai. 4, 172; 176)

Por meio de um juramento religioso (“*iusiurandum*”), uma parte poderia se defender do comportamento abusivo de seu adversário processual (CAMIÑAS, 1994, p. 126). Como “testemunhas da verdade” (PROVINCIALI, 1970, p. 130), os deuses eram invocados, de modo a assegurar que o processo se baseava em razões legítimas (STEINWENTER, 1918, p. 1.253-1.254).

Havia, pois, um apelo moral e religioso àquele que jurava, porque o perjúrio seria sancionado pelos céus (RASPE, 1872, p. 14). Antes do início do processo poderia então uma das partes exigir tal juramento para fortalecer a “consciência” do seu adversário e para infligir sobre ele, em potencial, a “vingança divina” (RASPE, 1872, p. 14).

A parte deveria, no entanto, decidir-se a respeito do uso desse meio no mínimo até antes da fase processual perante o pretor (“*in iure*”), porque o juramento tinha um caráter preventivo (CAMIÑAS, 1994, p. 102; ENDEMANN, 1973, p. 459).

4.1. Generalidade e subsidiariedade

O *iusiurandum* era, junto da ação de *calumnia*, o único instituto realmente “genérico” (BUZZACCHI, 2002, p. 104; HARKE, 2013, p. 199) que se destinava, em Roma, à defesa contra a propositura, sem motivos, de uma ação ou de uma contestação (BUZZACCHI, 2002, p. 115-121): era possível, pois, exigí-lo no âmbito de qualquer processo.

A exposição de Gaio aponta, contudo, para uma “subsidiariedade” desse juramento (ENDEMANN, 1973, p. 459). Segundo se infere de seu manual, o *iusiurandum* apenas seria permitido quando não houvessem outros meios. Assim, para a sua concessão, seria preciso que não houvesse nenhum risco derivado de uma promessa solene (“*periculum sponsionis*”), de que já se falou, ou algum risco decorrente de uma ação em que a apresentação de uma contestação infundada implicaria uma condenação

do réu no dobro do valor pleiteado em juízo (“*periculum dupli actionis*”).¹⁹ Ademais, a ação não poderia pertencer à categoria das *actiones* cujo valor da condenação poderia ser, independentemente da conduta processual da parte, um múltiplo do valor da coisa, como eram as ações penais (BIANCHI, 2001, p. 274). Afinal, em todos esses casos, não haveria necessidade de se exigir um juramento, considerando que já existiria uma potencial sanção para o litigante chicaneiro.

Se bem que seja correto compreender o juramento como subsidiário, deve-se ter em mente que tais sanções de ordem religiosa talvez fossem, nessa época, mais efetivas do que as profanas (GREENIDGE, 1901, p. 259). Não por acaso desapareceram, a pouco e pouco, as penas pecuniárias e o que permaneceu, no direito justinianeu, foi justamente o juramento (Inst. 4, 16, 1).

De acordo com Gaio, o pretor permitia que tal juramento fosse exigido: “*permittere*”, como já visto, indica uma permissão (BUZZACCHI, 2002, p. 104, nt. 5). Autor e réu, caso desejassem, deveriam então pedir a prestação do juramento. Caso, todavia, uma das partes o tivesse exigido, mas a outra se enjeitasse a prestá-lo, o pretor poderia, de modo a forçá-la, ameaçar se valer do seu direito de denegação da ação (“*denegatio actionis*”),²⁰ no caso do autor, ou intimidar o réu por meio do possível tratamento como *indefensus* (BETHMANN-HOLLWEG, 1865, p. 535), antes já mencionado.

Os juramentos eram, segundo se infere das fontes (Gai. 4, 172 e Gai. 4, 176), claramente direcionados a punir (AMIRANTE, 1961, p. 942) a chicana (“*calumnia*”) tanto do réu quanto do autor. Segundo Gaio, no que diz respeito ao conteúdo do juramento, o réu prometia “não negar por chicana” (“*non calumniae causa infitias ire*”), ao passo que o autor jurava “não agir²¹ por chicana” (“*non calumniae causa agere*”).

Conforme Gai. 4, 176, cabia ao réu (“*ei, cum quo agitur*” – “aquele, contra quem se age”), de modo a se defender contra a chicana do autor, uma escolha entre dois remédios: a ação de *calumnia* (“*calumniae iudicium*”) ou o juramento (“*iusiurandum*”).

¹⁹ Gaio analisa tais ações em Gai. 4, 9 e em Gai. 4, 171. A respeito do tema, cf., por exemplo, Kaser e Hackl (1996, p. 284) e, mais recentemente, Isola (2020, p. 70-73), com indicações bibliográficas.

²⁰ Ulp. 33 *ad ed.*, D. 12, 2, 37. A respeito, cf. Camiñas (1994, p. 101). O direito de denegação (“*Denegationsrecht*”) do pretor era um instrumento de economia processual. Ela era tida pelos romanos como algo “natural” ou “evidente”. Nesse sentido, Wenger (1926, p. 23, nt. 5): “den Römern so selbstverständlichen Prozeßrechtsökonomie”.

²¹ Nesse contexto, “*agere*” poderia ser traduzido também, de forma mais restrita, como “propor” ou “intentar uma ação”, tal qual se encontra, como um dos sentidos possíveis, em Heumann e Seckel (1958, p. 25): “einen rechtlichen Anspruch vor Gericht verfolgen, klagen”. No mesmo sentido, Harke (2013, p. 199). No entanto, o termo tinha em Roma, como se verifica em Biondi (1953, p. 82), uma acepção mais lata, que englobaria toda atividade voltada à obtenção de um resultado: “Ma per i romani siamo sempre nell’ambito dell’*agere* cioè fare, svolgere una determinata attività prestabilita per conseguire determinati risultati ugualmente prestabiliti”. Tal sentido mais amplo foi também preservado na tradução brasileira de Rodrigues (2021, p. 298), que traduz “*agere*” como “agir”: “não age por litigância de má fé”.

Como Gaio empregou duas vezes a conjunção “*aut*”²² (“*aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere*”), é possível disso inferir que os institutos se encontravam em uma relação de exclusão (HARKE, 2013, p. 200): a parte só poderia se valer de um deles.

4.2. Consequência: um vínculo moral e religioso

Mesmo que o juramento tivesse sido prestado, ainda assim a parte poderia naturalmente não se importar com ele e, desse modo, não cumpri-lo. Nos casos das promessas solenes (“*stipulatio*” e “*restipulatio*”), da ação contrária (“*contrarium iudicium*”) e da ação de *calumnia* (“*calumniae iudicium*”), a sanção consistia em uma pena pecuniária.

Com relação ao juramento, porém, Gaio praticamente nada disse a respeito do tipo de sanção. O jurista fala, nesse ponto, tão somente que se cuida de um juramento “religioso” (Gai. 4, 171: “*iusiurandi religione*” e Gai. 4, 181: “*iusiurandi religio*”), que, como se sabe, pelo contexto, servia à punição da *calumnia* ou da *temeritas*.

Disso seria possível inferir que a consequência da não observância do juramento permanecia em uma esfera religiosa e residiria, por isso, na “vingança divina” (HARKE, 2013, p. 199). Nesse sentido, o juramento prestado “não produziria quaisquer consequências jurídicas” (WIRTH-DUNCAN, 2020, p. 119), mas “somente um vínculo religioso e moral”.²³

As consequências de ordem religiosa tinham provavelmente também efeitos no plano social (BUZZACCHI, 2002, p. 123). Era possível, por exemplo, segundo Cícero (Cic. *de leg.* 2, 9; Cic. *de off.* 3, 31; CAMIÑAS, 1994, p. 110-111), que a nota censória (“*nota censoria*”), fosse aplicada no caso de infração do juramento. Assim, os censores, por meio de sua típica tutela dos costumes (“*regimen morum*”), asseguravam também, indiretamente, sem que isso implicasse uma menor eficácia, a observância de relações de ordem privada e religiosa (CANCELLE, 1960, p. 89).

Como já observado, em comparação com a época de Gaio, o *iusiurandum* foi o único meio de sanção da *calumnia* e da *temeritas* que perdurou até o direito justiniano (Inst. 4, 16, 1. Cf. KRÜGER, 1925, p. 45). Ele, que era facultativo ao tempo de Gaio, tornou-se, porém, obrigatório (HARKE, 2013, p. 201; GIOMARO, 2003, p. 196). Com

²² A título de exemplo, cf. Bryan-Brown (1968, s. v. *aut*, p. 219): “introducing two or more logically *exclusive* alternatives”, com destaques nossos.

²³ Kaser e Hackl (1996 p. 285, nt. 16): “nur eine religiöse und moralische Bindung”. Também Serangeli, (1968, p. 209). Camiñas (1994, p. 102). Contra: Lemosse (1953, p. 34), que pensa ter sido o juramento sancionado com uma condenação em dinheiro em uma quantia não determinada. Sua posição deve, porém, ser rejeitada por falta de apoio nas fontes. Nesse sentido, Buzzacchi (2002, p. 123): “non trova appoggi nelle fonti”.

isso, o âmbito de aplicação desse instituto foi consideravelmente ampliado (ENDEMANN, 1973, p. 459): de modo a intentar uma ação, qualquer autor deveria sempre, de antemão, prestar o juramento (KRÜGER, 1925, p. 45; GIOMARO, 2003, p. 201).

Ainda que o *iusiurandum* também se destinasse a impedir o autor de propor uma ação por chicana, havia, como acima dito, ao tempo de Gaio, um meio concorrente e mais específico do que ele para a punição da chicana: a ação de *calumnia* (“*calumniae iudicium*”), de que Gaio trata em Gai. 4, 175.

5. A ação de *calumnia*: “*iudicium calumniae*” (Gai. 4, 174; 175; 178)

Na forma de uma ação de *calumnia* (“*iudicium calumniae*”) também era possível, portanto, reprimir a chicana do autor de uma ação. Diferentemente de Gai. 4, 174, em que Gaio fala de *calumnia* em um sentido amplo,²⁴ cuida-se, nesse ponto (Gai. 4, 175), de um tipo específico de *calumnia*, que se manifesta na intenção maliciosa do autor (CAMIÑAS, 1994, p. 78; HITZIG, 1897, p. 1.420). Segundo Gaio, esse *iudicium calumniae* era cabível contra todas as ações (“*adversus omnes actiones locum habet*”), isto é, o instituto poderia ser utilizado em qualquer “tipo de procedimento” (HARKE, 2013, p. 199).

5.1. *iudicium calumniae* e a particularidade do processo de liberdade

Em regra, o autor da ação seria condenado a uma pena processual em um décimo (“*est decimae partis*”) do “valor da ação” (KASER; HACKL, 1996, p. 285). Havia, contudo, uma particularidade no processo de reivindicação de liberdade, no qual a pena pecuniária contra o defensor da liberdade (“*adversus adsertorem*”) seria em um terço (“*tertia partis*”) do valor do suposto escravo (MARRONE, 1992, p. 253).

Uma possível explicação para essa distinção feita por Gaio, que nada disse a respeito do porquê de tal diferenciação, estaria na repetibilidade do processo de manumissão, isto é, na incomum regra de trânsito em julgado desse procedimento (GOUDSMIT, 1875, p. 146-147). Como o réu estaria sempre sujeito ao risco de “toda vez ser novamente incomodado com uma *adsertio in libertatem*”,²⁵ deveria então haver

²⁴ Essa distinção entre, de um lado, um sentido amplo de *calumnia* e, de outro, um sentido estrito não é aceita, no entanto, por exemplo, por Lauria (1934, p. 128). Para o autor, Gaio incorre em uma imprecisão (“imprecisão”), quando diz, em Gai. 4, 174, que a *restipulatio* e o *contrarium iudicium*, meios objetivos de sanção, serviam à punição da *calumnia*, em geral. *Vide*, a respeito, Puchta (1866, p. 59, nt. “g”) e Buzzacchi (2002, p. 116).

²⁵ Goudsmit (1875, p. 146-147): “jedesmal neuerdings mit der *adsertio in libertatem* behelligt zu werden”.

uma sanção correspondentemente mais pesada para o defensor da liberdade chicaneiro (BIANCHI, 2001, p. 299-300).

Essa ação atuava, pois, como um meio de intimidação (SCIORTINO, 2010, p. 274, nt. 719) e servia para sancionar um possível abuso na propositura de uma ação (CAMIÑAS, 1994, p. 239).

5.2. *animus vexandi*

Tal autor chicaneiro seria então condenado, quando, apesar de saber (“*qui intellegit*”) que não tinha direito algum (“*non recte se agere*”), propusesse uma ação.

Uma espécie de má intenção do autor da ação era, por isso, necessária (HARKE, 2013, p. 199). Assim, o réu só obteria sucesso nessa demanda se demonstrasse que o autor estava de má-fé (CAMIÑAS, 1994, p. 78; GIOMARO, 2003, p. 115).

Segundo Gaio, esse dolo (BRASIELLO, 1959, p. 814) se verificaria quando alguém intentasse uma ação (“*actionem instituit*”) apenas para humilhar ou envergonhar o seu adversário (“*vexandi adversarii gratia*”). Dessa expressão é possível extrair o assim chamado “*animus vexandi*” como um pressuposto²⁶ subjetivo do *iudicium calumniae*.

Como consequência do que antes dissera, Gaio sintetiza, ao afirmar que “a chicana” (“*calumnia*”) “reside na intenção <do agente>” (“*Calumnia enim in adfectu est*”).²⁷ Nesse sentido, o jurista compara o *iudicium calumniae* com a ação de furto,²⁸ porque em ambos os casos seria necessário um elemento subjetivo: a punição para o comportamento delituoso dependia, pois, de intenção dolosa (SERANGELI, 1968, p. 203, nt. 15).

5.3. Configuração processual

Dado que a ação de *calumnia* caiu em desuso, não subsistindo até o direito justinianeu (Inst. 4, 16, 1), dispõe-se hodiernamente de um muito reduzido número de fontes a seu respeito (GIOMARO, 2003, p. 114, nt. 148). Apesar disso, é possível tentar reconstruir, a partir da terminologia dessas poucas fontes disponíveis, a configuração processual desse instituto.

²⁶ Bianchi (2001, p. 293) e Giomaro (2003, p. 115). Em um fragmento do Digesto (Ulp. 10 *ad ed.*, D. 5, 1, 10) também se fala de “*calumniandi animo*” no contexto de propositura de uma ação (“*instituerat*”). A respeito disso e de semelhantes formas de expressão, cf. Camiñas (1994, p. 50).

²⁷ “*Adfectu*” vem de “*adfectus*” e daí de “*affectus*”. “*Affectus*” é aqui a vontade, a intenção ou o dolo (“*der Wille, die Absicht oder der Vorsatz*”). Cf. Heumann e Seckel (1958, p. 24).

²⁸ Gai. 3, 208. Nessa fonte também se fala em “*ex adfectu*”. Em defesa do caráter clássico da expressão “*in adfectu est, sicut furti crimen*” cf. Buzzacchi (2002, p. 126-127).

Nas Institutas de Gaio fala-se, por exemplo, em mais de uma oportunidade, em “*opponere*”.²⁹ Esse verbo, que significa “colocar em algo” ou “à frente de algo” ou tão somente “opor”, é usado no contexto da oposição de *praescriptiones* e de exceções (HEUMANN; SECKEL, 1958, p. 367). Todos esses mecanismos eram inseridos no âmbito de uma mesma fórmula.³⁰ Em razão disso, é possível supor que, tendo em vista a linguagem de Gaio, não havia, para o *iudicium calumniae*, uma fórmula independente (CENTOLA, 2000, p. 188; SERANGELI, 1968, p. 218; WLASSAK, 1912, p. 117).

“*Opponere*” pode ser então compreendido no sentido de que o réu deveria propor ou opor o *iudicium calumniae* no âmbito de um mesmo processo (GIOMARO, 2003, p. 114; SERANGELI, 1968, p. 218; CENTOLA, 2000, p. 188). Afinal, como a qualificação de *calumniator* e a perda no processo principal dependiam um do outro, seria necessário, por razões próprias de economia processual, que o mesmo *iudex* decidisse a respeito dessas questões dependentes (BUZZACCHI, 2002, p. 139; CENTOLA, 2000, p. 188; FERNÁNDEZ BARREIRO, 1989, p. 72, nt. 28). O emprego desse meio ocorreria, destarte, por meio da sua inserção na fórmula da ação principal (HITZIG, 1897, p. 1.421; BUZZACCHI, 2002, p. 139-140).

O réu deveria, dessa forma, decidir-se por um desses institutos já *in iure*, ou seja, junto ao pretor (CENTOLA, 2000, p. 188; FERNÁNDEZ BARREIRO, 1989, p. 72, nt. 28). Caso ele não escolhesse, nessa fase, o *iudicium calumniae*, haveria, com isso, uma renúncia tácita ao emprego desse meio.³¹ Nesse sentido, o pretor deveria negar uma eventual futura ação de *calumnia* que fosse proposta, em razão de um atraso do réu, de forma independente (WLASSAK, 1912, p. 118).

Por fim, Gaio cuida, em sua exposição, da “mais severa” (“*severior*”, conforme Gai. 4, 178) ação contrária ou reconvenção (“*contrarium iudicium*”).

6. A ação contrária: “*contrarium iudicium*” (Gai. 4, 177; 178; 179)

Em Gai. 4, 177 fala-se, portanto, na ação contrária (“*contrarium iudicium*”) ou “reconvenção” (RODRIGUES, 2021, p. 299). Tratava-se de um meio “especial” (WLASSAK, 1912, p. 117), porque somente era permitido em determinados casos (“*ex certis causis*”).

Gaio dá três exemplos (“*veluti*”) dessas hipóteses. Em primeiro lugar, no âmbito de uma ação de injúria (“*actio iniuriarum*”), o réu poderia propor a reconvenção

²⁹ Gai. 4, 163. Gai. 4, 176. Gai. 4, 181.

³⁰ Kaser e Hackl (1996, p. 258-260): “Mit der vor die Formell gesetzten Klausel” (*praescriptio*). “Die exceptio ist eine in die Formel eingefügte Klausel”.

³¹ Centola (2000, p. 188): “può essere interpretato come un’implicita rinuncia a tali mezzi”. Tal consequência decorre tão somente do raciocínio exposto e não se baseia em nenhuma fonte expressa.

e, nesse caso, a condenação seria em um décimo do valor da ação principal (“*aduersus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur*”).

Em seguida, o jurista relata duas outras ações no contexto das assim chamadas “*missiones in bona*”³² (BETHMANN-HOLLWEG, 1865, p. 537). Essas medidas, que implicavam *grosso modo* a imissão de um sujeito na posse ou na detenção de uma determinada coisa (KASER; HACKL, 1996, p. 427-428), eram de competência do pretor e poderiam ser concedidas por diversas razões (SOLAZZI, 1937, p. 15-16). Conforme se vê em Ulp. 12 *ad ed.*, D. 42, 4, 1, havia, por exemplo, uma medida para a conservação de uma coisa (“*rei servandae causa*” – acautelatória) e outras duas para a imissão na posse de uma herança (“*item legatorum servandorum gratia*” e “*ventris nomine*”) (KASER; HACKL, 1996, p. 427-428).

Gaio cuida, em Gai. 4, 178, primeiramente de um caso de *missio ventris nomine*. Na hipótese, uma mulher, que fora imitada na posse de certos bens em benefício de seu nascituro, transferira dolosamente essa posse a um terceiro. Contra ela foi, então, proposta uma ação (KELLER, 1883, p. 296).

O jurista também relata a situação em que alguém propõe uma ação após ser impedido de tomar posse de uma coisa mesmo depois de ter sido nela imitado por ordem do pretor.

Nesses dois últimos casos, a condenação no *contrarium iudicium* seria em um quinto do valor da disputa principal (“*adversus vero duas istas quintae*”).

Parece ser comum a esses três exemplos dados por Gaio a circunstância de que fatos de grave reprovação social foram imputados, por meio da proposição de uma ação, a um sujeito, que se tornou, por isso, réu (CAMIÑAS, 1994, p. 95, nt. 166). Se fosse condenado no caso de uma *actio iniuriarum*, o réu seria, por exemplo, marcado com a *infamia*,³³ uma consequência negativa de ordem social. Essa ação tinha também caráter penal,³⁴ assim como a *actio* no caso da *missio ventris nomine* (LEVY, 1915, p. 69).

Em face disso, tal reconvenção poderia ser vista como uma compensação, na medida em que ela sujeitaria também o possível autor de uma dessas ações a um risco: caso perca a demanda, ele terá de pagar um valor determinado. O *iudicium contrarium* permitia, pois, refrear a proposição leviana desses tipos de ações mais graves (CAMIÑAS, 1994, p. 95, nt. 166).

³² Sobre essa terminologia, cf. Solazzi (1937, p. 15).

³³ Gai. 4, 182. Buzzacchi (2002, p. 149-150).

³⁴ Gai. 4, 8 e Gai. 4, 112.

6.1. *iudicium contrarium* e *iudicium calumniae*: comparação e concorrência (Gai. 4, 178-179)

No *contrarium iudicium*, a sanção era de ordem objetiva (FERNÁNDEZ BARREIRO, 1989, p. 68-69), porque o réu, vencedor no processo principal, dispunha desse meio contra o autor sucumbente “como tal, sem consideração de sua culpa” (BETHMANN-HOLLWEG, 1865, p. 536).

O único pressuposto para tanto era a circunstância de que o autor não tivesse obtido ganho de causa na ação principal, conforme se vê em Gai. 4, 178: “*si causam non tenuerit*”. Assim, era irrelevante se o autor acreditava que tinha proposto a ação com direito ou de forma justa (“*opinione inductus crediderit se recte agere*”). Mesmo quando tivesse ajuizado a ação de boa-fé, ele poderia ser condenado no âmbito de uma reconvenção, porque, nesses casos, o autor da ação era de todo modo condenado, desde que tivesse perdido, segundo se extrai de Gai. 4, 178: “*contrario vero iudicio omni modo damnatur actor*”.

Por isso, Gaio qualificou em Gai. 4, 178 a coerção por meio do *contrarium iudicium* como “mais severa” (“*severior*”), já que, como observado, mesmo o autor de boa-fé seria condenado (KASER; HACKL, 1996, p. 285). Era, pois, um instrumento puramente objetivo: não se exige, diferentemente do que se dá na ação de *calumnia*, qualquer intenção maliciosa (MANIGK, 1916, p. 2.482).

Tal *contrarium iudicium* concorria não apenas com a ação de *calumnia*, mas também com o juramento contra a chicana e com a *restipulatio* (Gai. 4, 181). Isso significa que o réu, vencedor da ação, só poderia se valer de um desses institutos (MANIGK, 1916, p. 2.482).

6.2. *contrarium iudicium* e *restipulatio*

Gaio comparou (“*et quemadmodum*” e “*ita etiam*” – Gai. 4, 180) também o *contrarium iudicium* com a *restipulatio*, de modo a evidenciar o caráter “automático” de ambos os institutos (FERNÁNDEZ BARREIRO, 1989, p. 68).

Afinal, segundo o jurista, no contexto de uma *actio ex stipulatu*, derivada de uma *restipulatio*, o único pressuposto para a condenação do autor seria a sua derrota no processo principal anterior: “se não tiver podido vencer” – “*si vincere non potuerit*”.

Com base na expressão “*si causam non tenuerit*”, que aparece tanto em Gai. 4, 178, em referência ao *iudicium contrarium*, quanto em Gai. 4, 180, no contexto da *restipulatio*, Gaio traça um paralelo entre esses dois institutos: a punição depende em ambos os casos apenas da circunstância de que o autor tenha perdido o processo (CAMIÑAS, 2000, p. 231).

Nesses casos, o estado subjetivo do autor era irrelevante, segundo se extrai de Gai. 4, 180: “nem se indaga se acaso ele sabia que agira sem direito” – “*nec requiritur, an scierit non recte se agere*”. Essa frase aproxima-se muito desta, constante de Gai. 4, 178: “ainda que ele tenha sido induzido pela opinião alheia a crer que agira com direito” – “*licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*”.

A partir dessas formulações torna-se claro que tanto a reconvenção quanto a *restipulatio* abstraíam completamente da vontade, da compreensão e da intenção do autor. Tais elementos eram juridicamente irrelevantes: o único fator que importava era a sucumbência no processo principal (FERNÁNDEZ BARREIRO, 1989, p. 68).

6.3. Configuração processual

“*Contrarium*” significa como adjetivo “contrário, oposto” (HEUMANN; SECKEL, 1958, p. 105) e alude, nesse fragmento (Gai. 4, 178), a uma “inversão” das posições jurídicas subjetivas processuais no âmbito de um mesmo processo:³⁵ o autor, que tivesse proposto uma ação sem fundamento, tornar-se-ia então, por meio da oposição dessa reconvenção, réu (BIONDI, 1920, p. 157; WLASSAK, 1912, p. 117).

Tal inversão ocorreria em um mesmo processo (BIONDI, 1920, p. 157; PROVERA, 1951, p. 96) especialmente em razão da economia processual (BUZZACCHI, 2002, p. 139). O réu deveria, pois, postular essa reconvenção já *in iure* “durante a audiência da ação principal” (WLASSAK, 1912, p. 117).

Na fórmula dessa ação contrária, havia, provavelmente, uma ordem ao *iudex* para que condenasse o autor do processo principal em um décimo ou em quinto do valor da demanda (WLASSAK, 1912, p. 119). Tal “ordem de condenação do *contrarium iudicium*” pode “ter sido inserida no *s. n. p. a. do iudicium directum*”.³⁶ Isso tem a ver com o fato de que não havia qualquer pressuposto subjetivo: como a reconvenção baseava-se apenas na sucumbência do autor, a ordem de condenação do *contrarium iudicium* poderia ser inserida ao final da fórmula da ação direta (RUDORFF, 1869, p. 129-130).

³⁵ O mesmo raciocínio vale para os assim denominados *iudicia contraria* em relação às ações contratuais. *Vide* a respeito, Schwarz (1954, p. 114, nt. 14). Esse é, inclusive, o ponto de contato entre os dois tipos de *iudicia contraria*. Cf., sobre isso, Provera (1951, p. 18, nt. 17).

³⁶ Lenel (1927, p. 314): “Kondemnationsanweisung des *contrarium iudicium*” pode “an das *s. n. p. a. des directum* angehängt worden sein”. Cf., também Partsch (1913, p. 57). O “*s. n. p. a.*”, a que se refere Lenel, é a abreviatura de “*si non parat, absolvito*”: “se não restar provado, absolva”.

7. Conclusão

Segundo Gaio (Gai. 4, 171-182), havia, pois, em Roma, para sancionar processos levianos, institutos de caráter objetivo, que pressupunham apenas a perda no processo. Assim se dava nos casos de promessas solenes (“*sponsio*” e “*restipulatio*”) e nas hipóteses de reconvenção (“*contrarium iudicium*”). Era, porém, também possível propor um *calumniae iudicium*, que se destinava à punição da intenção maliciosa do autor de uma ação.

Tais meios, que se encontravam em uma relação de exclusão, perderam, a pouco e pouco, sua relevância. Por sua vez, o juramento religioso contra a chicana (“*iusiurandum*”), de que poderiam se valer tanto autor quanto réu, manteve-se, no entanto, até a época de Justiniano, em que desempenhou um papel central como meio apto à prevenção contra abusos processuais em geral.

São Paulo, setembro de 2022.

Referências

AMIRANTE, Luigi. Giuramento (diritto romano). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (ed.). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1961. v. 7. p. 937-942.

AULETE, Francisco Júlio de Caldas; VALENTE, António Lopes dos Santos (ed.). *Diccionario contemporaneo da lingua portugueza*: feito sobre um plano inteiramente novo. Lisboa: Imprensa Nacional, 1881. v. 1.

AUT. In: BRYAN-BROWN, A. N. (org.). *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1968. Disponível em: <https://archive.org/details/aa.-vv.-oxford-latin-dictionary-1968/page/218/mode/2up>.

BARON, Julius. Der Prozess gegen den Schauspieler Roscius. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Weimar, v. 1, p. 116-151, 1880.

BERTOLINI, Cesare. *Appunti didattici di diritto romano*: serie seconda. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1914. v. 2: Il Processo Civile.

BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August von. *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*. Bonn: Adolph Marcus, 1865. v. 2: Der römische Civilprozeß: Formulae.

BIANCHI, Ernesto. La “temerarietà” nelle Istituzioni di Gaio (4, 171-182). *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma, v. 67, p. 239-315, 2001.

BIONDI, Biondo. *Iudicia bonae fidei*. Palermo: Castiglia, 1920.

- BIONDI, Biondo. La terminologia romana come prima domatica giuridica. In: LAURIA, Mario (org.). *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 1953. v. 2. p. 73-103.
- BOLTE, Thorsten. *Pecunia constituta: Erfüllungszusage und Konstitutsklage im römischen Recht: Eine historisch-dogmatische Untersuchung*. Köln: Böhlau, 2020.
- BRASIELLO, Ugo. Calunnia (dir. rom.). In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1959. v. 5, p. 814-816.
- BUZZACCHI, Chiara. *L'abuso del processo nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 2002.
- CAMIÑAS, Julio García. *Ensayo de reconstrucción del título IX del Edicto Perpetuo: de calumniatoribus*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1994.
- CAMIÑAS, Julio García. Régimen jurídico del iudicium calumniae decimae partis. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, v. 4, p. 227-239, 2000. Disponível em: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2093/AD-4-12.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- CAMODECA, Giuseppe. *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum: (TPSulp.): edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*. Roma: Quasar, 1999. v. 1.
- CANCELLI, Filippo. *Studi sui censori e sull'arbitratus della lex contractus*. Milano: Giuffrè, 1960.
- CENTOLA, Donato Antonio. Alcune osservazioni in tema di calunnia nel processo privato romano dalla repubblica al principato. *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma, v. 66, p. 165-199, 2000.
- ENDEMANN, Wilhelm. *Die Beweislehre des Civilprozesses*. Aalen: Scientia, 1973.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro. Etica de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, Madrid, v. 1, p. 65-92, 1989.
- GEORGES, Karl Ernst. *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*. 8. Aufl. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1998. v. 1 (A-B).
- GIOMARO, Anna Maria. *Per lo studio della calunnia: aspetti di "deontologia" processuale in Roma antica*. Torino: G. Giappichelli, 2003.
- GOUDSMIT, Joël Emanuel. *Studemund's Vergleichung der Veroneser Handschrift: Kritische Bemerkungen zu Gaius*. Utrecht: Kemink en Zoon, 1875.
- GREENIDGE, Abel Hendy Jones. *The legal procedure of Cicero's time*. London: Clarendon Press, 1901.
- HARKE, Jan Dirk. *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

HEIMBACH, Gustav Ernst. *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*. Leipzig: Barth, 1849.

HEUMANN, Hermann Gottlieb; SECKEL, Emil. *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 10. Aufl. Graz: Akad. Dr.- und Verl.-Anst., 1958.

HITZIG, Hermann Ferdinand. Calumnia. In: WISSOWA, Georg (ed.). *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Stuttgart: Metzlersche, 1897. v. 3, n. 1, p. 1.414-1.421. Disponível em: <https://de.wikisource.org/wiki/RE:Calumnia>.

ISOLA, Lisa. Überlegungen zur Litiskreszenz bei der actio ex testamento. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Weimar, v. 137, n. 1, p. 70-135, 2020.

KASER, Max. Prator und Judex im Römischen Zivilprozess. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Leiden, v. 32, n. 3, p. 329-330, 1964. Disponível em: <https://brill.com/view/journals/lega/32/3/lega.32.issue-3.xml?language=en>.

KASER, Max; HACKL, Karl. *Das römische Zivilprozeßrecht*. 2. Aufl. München: C.H. Beck, 1996.

KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. *Römisches Privatrecht: ein Studienbuch*. 22. Aufl. München: C.H. Beck, 2021.

KELLER, Friedrich Ludwig von. *Der römische Civilprocess und die Actionen: in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*. 6. Aufl. bearb. von Adolf Wach. Leipzig: Tauchnitz, 1883.

KELLY, John Maurice. *Studies in the civil judicature of the Roman Republic*. Oxford: Clarendon, 1976.

KNÜTEL, Rolf. *Stipulatio poenae: Studien zur römischen Vertragsstrafe*. Köln: Böhlau, 1976.

KRÜGER, Hugo. Das summatim cognoscere und das klassische Recht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Weimar, v. 45, n. 1, p. 39-86, 1925.

LAURIA, Mario. Calumnia. In: ALBERTARIO, Emilio. *Studi in memoria di Umberto Ratti*. Milano: Giuffrè, 1934. p. 95-135.

LEMOSSÉ, Maxime. Recherches Sur L'histoire Du Serment De Calumnia. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Groningen, v. 21, n. 1, p. 30-54, 1953.

LENEL, Otto. *Das Edictum perpetuum: Ein Versuch zu Seiner Wiederherstellung*. 3. Aufl. Leipzig: B. Tauchnitz, 1927.

LEVY, Ernst. *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*. Berlin: F. Vahlen, 1915.

MANIGK, Alfred. Iudicium contrarium. In: KROLL, Wilhelm (ed.). *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Stuttgart: Metzlersche, 1916. v. 9, n. 2, p. 2.481-2.483. Disponível em: https://de.wikisource.org/wiki/RE:Iudicium_contrarium.

MANTOVANI, Dario. *Le formule del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1999.

MARRONE, Matteo. Agere lege, formulae e preclusione processuale. In: ANNALI del Seminario Giuridico della Università di Palermo. Palermo: G. B. Palumbo, 1992. v. 42, p. 207-255. Disponível em: <https://sites.unipa.it/dipst/dir/pub/annali/ANNALI%201992/Annali%2042%201992.pdf>.

METZGER, Ernest. *Litigation in Roman law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. *Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de direito romano justinianeu*. 2. ed. rev. São Paulo: YK, 2021.

PARTSCH, Josef. *Studien zur Negotiorum Gestio I*. Heidelberg: C. Winter, 1913. Disponível em: <https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/15065>.

PLATSCHEK, Johannes. *Das Edikt De pecunia constituta: die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*. München: C.H. Beck, 2013.

PFLÜGER, Heinrich Hackfeld. *Ciceros rede Pro Q. Roscio comoedo: rechtlich beleuchtet und verwertet*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1904.

PROVERA, Giuseppe. *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*. Torino: G. Giappichelli, 1951.

PROVINCIALI, Renzo. Giuramento (giuramento decisorio). In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1970. v. 19, p. 103-126.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Cursus der Institutionen*. 6. Aufl. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866. v. 2.

RASPE, Emanuel. *Das Verbrechen der Calumnia nach römischem Rechte*. Rostock: Stiller, 1872.

RODRIGUES, Antonio Coelho. *Institutas do Imperador Justiniano: vertidas do latim para o portuguez com perto de cincoenta notas extrahidas do Corpus Juris e um appendice contendo a integra do texto e da traduccao das novellas 118 e 127*. Recife: Typographia Mercantil, 1879.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. *Institutas de Gaio: primeiros fundamentos de direito romano clássico*. 2. ed. São Paulo: YK, 2021.

RUDORFF, Adolphus Fridericus. *De iuris dictione edictum: edicti perpetui quae reliqua sunt*. Lipsiae: Hirzel, 1869.

SCHWARZ, Fritz. Die Konträrklagen. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Weimar, v. 71, n. 1, p. 111-220, 1954.

SCIORTINO, Salvatore. *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2010.

SELLERT, Wolfgang. Faires Verhalten im gerichtlichen Prozeß und Schikane: Zur Geschichte des Kalumnieneids. In: AVENARIUS, Martin; MEYER-PRITZL, Rudolf; MÖLLER, Cosima (ed.). *Ars iuris*. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag. Göttingen: Wallstein, 2009. p. 485-505.

SERANGELI, Sandro. C. 7, 16, 31 e le azioni contro il litigante temerario. *Bullettino Dell'Istituto di Diritto Romano*, Milano, v. 71, p. 199-226, 1968.

SILVA, Oscar José de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1.

SOLAZZI, Siro. *Il concorso dei creditori nel diritto romano*. Napoli: Jovene, 1937. v. 1.

STEINWENTER, Artur. Ius iurandum. In: KROLL, Wilhelm (ed.). *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Stuttgart: Metzlersche, 1918. v. 10, n. 1, p. 1.253-1.260. Disponível em: https://de.wikisource.org/wiki/RE:Ius_iurandum.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Apontamentos sobre a litigância de má-fé no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 280, p. 143-167, jun. 2018.

WOESS, Friedrich von. Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Weimar, v. 53, n. 1, p. 372-408, 1933.

WACKE, Andreas. Antikes im modernen Zivilprozeß. *Orbis Iuris Romani*, Trnava, v. 3, p. 68-97, 1997.

WENGER, Leopold. *Praetor und Formel*. München: Bayerischen Akad. der Wiss., 1926.

WIRTH-DUNCAN, Bettina. *Rechtsberatung in der römischen Antike: Von der Ehrentätigkeit zum Beruf*. Münster: LIT, 2020.

WLASSAK, Moriz. Praescriptio und bedingter Prozeß. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Weimar, v. 33, n. 1, p. 81-159, 1912.