As Origens da Condenação do Processo Civil Romano*

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke¹

1 Introdução. 2 Antecedentes arcaicos. 2.1 O *votum*. 2.2 Os legados *per damnationem* e *sinendi modo*. 2.3 O *nexum*. 2.4 *Damnatio* como vínculo e execução *per manus iniectionem*. 3 A condenação pecuniária das fórmulas. 3.1 A *condemnatio* enquanto elemento da fórmula e o ofício do pretor. 3.2 A *condemnatio* enquanto espécie de sentença. 4 Da *damnatio* à *condemnatio*. 5 *Condemnatio* e *litis contestatio*. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Este trabalho visa a demonstrar que a condenação do processo formular romano se originou de uma paulatina evolução da *damnatio*, uma das antigas modalidades obrigacionais que tinham a submissão como elemento caracterizador e a garantia como centro do vínculo. Substituída a idéia de 'obrigação como garantia' pela idéia de 'obrigação como vínculo ideal', e considerando a natureza instrumental de que o processo se reveste, a *damnatio* foi internalizada ao sentenciamento e engendrou o que se conhece por *condemnatio*, a submeter o devedor não mais aos castigos sacrais, mas ao próprio *populus Romanus*. O texto, ademais, divide-se no exame dos aspectos externos e internos da sentença de condenação, ressaltando, neste último caso, suas relações com a *obligatio*, com a *actio* e com a *litis contestatio*, e sempre tendo por prisma o ofício que pretor e juiz assumiam no processo daqueles tempos.

Palavras-chave: Direito Romano. Processo Civil. Condenação. Obrigação. Ação. *Litis Contestatio*.

Abstract: This paper aims at demonstrating that condemnation of the Roman formular procedure originated from a regular evolution of *damnatio*, one of the old obligational modalities, which had submission as a characterizing element and warrant as the core of the bond. Once the idea of "obligation as warrant" was substituted for "obligation as ideal bond", and considering the instrumental nature of the procedure, *damnatio* was internalized to sentencing, originating what is known as *condemnatio*, submitting the debtor no longer to sacral punishments, but to the *populus Romanus* itself. The text, in addition, is divided into analyzing the internal and external aspects of the condemnation verdict, highlighting, in the latter case, its relationships to *obligatio*, to *actio*

* Pela confiança, pela ajuda, pelo incentivo e pelo exemplo indelével de professor, advogado e pessoa, não há como não dedicar este trabalho inteiramente ao Prof. Luis Renato Ferreira da Silva.

¹ Mestrando em Direito pela UFRGS.

and to *litis contestatio*, always considering the role that praetor and judge took on in the legal proceeding at that time.

Keywords: Roman law. Civil Procedure. Condemnation. Obligation. Action. *Litis Contestatio*.

"These rudimentary ideas are to the jurist what the primary crusts of the earth are to the geologist. They contain, potentially, all the forms in which law has subsequently exhibited itself".

Henry Sumner Maine**

1 Introdução

O conhecimento histórico faz-se pela segurança dos instrumentos que o tempo preservou. Extirpada a possibilidade de acesso direto aos fatos passados, essa cognição se processa por meio de vestígios, assim imputando certo grau de incerteza à almejada correspondência entre o resultado da pesquisa histórica e o fato outrora ocorrido. Como bem aponta o fundador da Escola dos *Annales*, "nenhum egiptólogo viu Ramsés; nenhum especialista das guerras napoleônicas ouviu o canhão de Austerlitz. Das eras que nos precederam, só poderíamos falar segundo testemunhas. Estamos, a esse respeito, na situação do investigador que se esforça para reconstruir um crime ao qual não assistiu; do físico, que, retido no quarto pela gripe, só conhece os resultados de suas experiências graças aos relatórios de um funcionário de laboratório".² Por isso, o passado é, por definição, um dado imodificável; seu conhecimento, porém, é coisa que progride, e que incessantemente se transforma e se aperfeiçoa,³ pois fitados estão os olhos do pesquisador na busca pelo real – ainda que seja o real de outros tempos – e embebedos pela pertinácia de avistarem a verdade.

** MAINE, Henry Sumner. *Ancient law*. Londres: Aldine Press – Letchworth – Herts (Everyman's Library), 1965, p. 2.

² BLOCH, Marc. *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (Cahiers des Annales). 2. ed. Paris: Armand Colin, 1952, p. 17.

³ Idem, p. 22.

E que outros são os instrumentos para o conhecimento do direito pretérito senão as próprias palavras, senão a linguagem? “Amálgamas de pedaços dos espíritos” que perduram “indiferentes ao passar das gerações” – poetizou Pontes de Miranda⁴ –, as palavras não passam de signos convencionais que representam *imediatamente* as concepções do intelecto e *mediatamente* – mas não necessariamente – a realidade. A linguagem, por ser convencional (lapidada pelo ser humano), é modo de expressão social e manifestação eminente da tradição,⁵ e tanto por isso espelha e aponta para a realidade jurídica de épocas passadas. É, destarte, legítimo instrumento do historiador do direito, pois realiza a própria essência da tradição: o repasse, a transmissão, a *traditio* (de *trado*, *trans* + *do*, entregar) dos fatos de outros tempos.

Considerando que ao passado jurídico só se tem acesso por mediação de palavras, é possível desdobrar duas conclusões: que as palavras enquanto instrumentos de investigação histórica indicam à realidade de outras épocas, mas que, por também fazerem parte da cultura humana e por isso sofrerem iguais modificações por ação do tempo, a segurança de sua correspondência (identificação entre descrição por palavras e realidade) só brota se forem encaradas dentro da sistemática de dados já conhecidos.⁶ A visão geral da realidade

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Garra, mão e dedo*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 10.

⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. 2. ed. Paris: Payot & Cie., 1922, p. 100-101. Como bem aponta Juan Cruz Cruz, “tradición es la línea de la transmisión de los caracteres adquiridos por libertad, es la continuidad del proceso operativo específicamente humano, en virtud de la cual se lega al futuro algo que pervive, una vez desapareciendo quien lo creó; el pasado es así un legado, del que el hombre puede disponer. (...) La tradición, desde el lado del emisor es *entrega*; desde el lado del receptor es *acogimiento*. La manera más alta en que se actualiza es en la educación; y su manifestación más inmediata es el *lenguaje*” (CRUZ, Juan Cruz. *La historia como tradición*. *Anuario filosófico*. Navarra: EUNSA, v. 13, n. 1, 1980, p. 75 e 95, respectivamente).

⁶ As leis de modificação da linguagem não são muito diversas das apresentadas pelas demais criações da arte humana. Por ação do tempo, conjuntos gramaticais somem e aparecem, e outros têm seu uso modificado. Por isso que indica Giacomo Devoto ser impossível estudar certa palavra e perquirir a que realidade ela aponta apartando-a de sua dimensão histórico-cultural (DEVOTO, Giacomo. *Ricostruzione e storia di lingue*. In: *Scritti Minori*. Firenze: Felice le Monnier, 1967, v. 1, p. 35).

jurídica, social, econômica etc. da época investigada, assim, é vetor indispensável ao desvelar seguro de quais circunstâncias uma determinada palavra era representante. Nas trilhas desse método, o investigador há de ter uma dupla capacidade: *capacidade histórica* para colher com acerto tudo quanto há de característico no direito de cada época, e *capacidade sistemática* para considerar cada dado em íntima relação e em ação recíproca com o conjunto.⁷

A exposição dessas considerações preliminares se justifica quando a aproximação à temática deste trabalho é maior: tratará ele de perquirir as origens da condenação no processo civil romano, e para isso será indispensável viajar ao período arcaico de Roma e observar em quais circunstâncias era utilizado o vocábulo que a etimologia indica como ascendente direto da *condemnatio* – qual seja, a *damnatio*. Por serem escassas as fontes jurídicas desses tempos, apenas a observação sistemática da palavra (inserta no conjunto jurídico, social e econômico de então) é capaz de portar maior segurança ao investigador, de modo a fazê-lo defrontar com razoável probabilidade o conceito e a realidade aos quais se referia a palavra *damnatio*.

Nem se diga que o método perde justificativa quando o estudo passa a abordar períodos mais adiantados da história jurídica de Roma. A maior abundância de fontes e de escritos sobre o processo formular não retira da investigação do passado sua natureza cambiante (no sentido de evoluir a cada nova descoberta na trilha da evolução à verdade), mormente quando se tem em mente as recentes descobertas que a arqueologia patrocinou para o direito.⁸ O desenvolvimento

⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocation de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (trad. Adolfo G. Posada). Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 80.

⁸ Além da pesquisa tecnológica nos papiros de *Oxyrhynchus* (antiga cidade egípcia em que foi descoberto em 1896 um enorme amontoado de papiros milenares, contendo desde anotações do dia-a-dia dos antigos até obras literárias perdidas), basta recordar a rica *lex Imitana*, que em 1981 foi encontrada na localidade de Saucio, na Espanha (foram retiradas do local seis tábuas de bronze em que a lei está gravada), e que modificou sobremaneira o entendimento que se tinha acerca de alguns elementos do processo formular romano (Época de Domiciano). Cf.

das pesquisas, aliás, tem revelado que muitas idéias lapidadas pelos romanistas dos séculos passados merecem ser atualizadas e desbastadas de sua bagagem ideológica, circunstância que reforça ainda mais a necessidade de retomarem-se velhas discussões e abordarem-se caracteres do processo romano que já pareciam descansar irretorquíveis.

Assim sendo, para que seja possível elaborar um esboço de proposta sobre as origens da condenação no processo civil romano, os seguintes degraus terão de ser galgados: em primeiro lugar, analisar-se-á a que realidade correspondia à palavra *damnatio* no tempo arcaico, avaliando-se, por outro lado, de que forma se operava a transição "conhecimento-execução" nesses mesmos idos; em segundo lugar, investigar-se-á a configuração da *condemnatio* formular, pulando-se temporariamente do período arcaico para o período clássico, e com isso traçando um comparativo de evolução entre *damnatio* e *condemnatio*; enfim, o estudo culminará na avaliação dos caracteres obrigacionais da condenação romana, a demonstrar que, de alguma maneira, seu uso determinava a submissão do réu ao cumprimento da sentença.

2 Antecedentes Arcaicos

Por meio da etimologia, o mergulho no arcaísmo é meramente superficial: revela uma série de possíveis ascendentes do vocábulo *damnatio* sem, porém, considerar o plexo que deve haver entre palavra e contexto cultural. Não indica com firmeza a que dado da realidade romana o termo fazia referência, e por isso serve de modesto acessório ao aprofundamento da dimensão cultural da linguagem. Uma pesquisa comprometida não pode se deter em meros comparatismos etimológicos.⁹

GONZALES, Julian; CRAWFORD, Michael. H. The *Lex Irnitana*; a new copy of the Flavian-Municipal Law. *The Journal of Roman Studies*, 1986, v. 76, pp. 147-243.

⁹ Apenas em tom exemplificativo, refira-se aqui que as pesquisas etimológicas relacionam *damnatio* com o indo-europeu (*dê*, *da-p*, **dap-nom*, de "ligar", "vincular". Cf. CRIFÒ, Giuliano. Danno (storia). In: *Enciclopedia Giuridica Italiana*. [s.l.]: A. Giuffrè, 1962, p. 167. GIOFFREDI, Carlo. *Diritto e processo nelle antiche forme*

No caso da *condemnatio*, em especial, por seu ascendente estar tão soterrado pelo tempo, mister se faz partir da palavra e verificar em que variados contextos ela tinha uso nas épocas mais distantes do direito de Roma, durante o denominado “período arcaico”.¹⁰ Sabe-se ser ela o resultado da junção de dois termos arcaicos: *cum* e *damnatio*. O primeiro deles (uma preposição) tem significado óbvio: “com”, “em companhia de”, “por meio de”.¹¹ O segundo, porém (um substantivo), demanda investigação histórico-sistemática mais apurada, já que seu aparecimento é variado e envolto nas brumas de um passado longínquo. Dentre algumas ocorrências, é possível indicar o uso de *damnatio* como vinculado à quatro institutos jurídicos da época: o *votum*, os legados *per damnationem* e *sinendi modo*, e o *nexum*. A análise compartimentada de cada um deles fará brotar, ao final, o significado de *damnatio* que aqui se busca.

2.1 O *votum*

Relacionada ao *votum*, a palavra *damnatio* é mencionada por diversos autores romanos. Cornélio Nepo (*De viris illustribus*, XXII, 5), Virgílio (*Ecloga*, V, 79-80), Tito-Lívio (*Ab urbe condita*, V, 21 e 25) e Macróbio (*Saturnalia*, III, 2) são alguns dos exemplos mais marcantes. A chave está em descobrir o que se entendia por *votum*, e de plano salta aos olhos o

romane. Roma: Apollinaris, 1955, p. 168-169, nota n.º 20), com o sânscrito (*dām-yā-mi*, de “domar”. Cf. BOPP, Franz. *Grammaire comparée des langues indo-européennes* (trad. Michel Bréal), 2. ed. Paris: Imprimerie Impériale, 1866, t. 1, p. 254), com o etrusco (*-mno*, *-mna*. Cf. ERNOUT, A. *Les éléments étrusques du vocabulaire latine. Bulletin de la société de linguistique de Paris*. Paris: Librairie Ancienne Honoré Champion, 1930, t. 30, pp. 98-99) e com o grego (*αἰδέομαι*, *ἀαδῶμαι*, *ἀαδῶμαι*, etc., isto é, “divisão”, “despesa” e “magnânimo”. Cf. ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*. 3. ed. Paris: C. Klincksieck, 1951, p. 293).

¹⁰ Período que vai desde os primórdios de Roma (apesar de juridicamente iniciar com a redação das XII Tábuas, no século V a.C.) até o fim da Segunda Guerra Púnica, no fechamento do século III a.C.

¹¹ São algumas das traduções indicadas por SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico etc.* 11. ed. Rio de Janeiro – Belo Horizonte: Garnier, 2000, p. 324.

acentuado caráter religioso que o instituto possuía. O próprio Cícero, na obra *De legibus* (II, 47), refere à sua feição sacral quando o inclui no rol exemplificativo de institutos jurídicos que partilhavam de relações com a religião: *de sacris credo, de votis, de feris et de sepulchris*. Em específico, a participação do *votum* na religião romana se operava por meio da *nuncupatio*, que nada mais era senão o proferimento rigoroso e solene, diante do público ou ao menos de algumas testemunhas, de certas palavras (*certa verba*) indicadas pelos pontífices e dirigidas ao deus Júpiter, capazes de gerar obrigações para quem as pronunciasse.¹²

Com isso, fica claro que pelo *votum* se implorava a alguma deidade que realizasse certa benesse, prometendo-se a ela, em contrapartida, certa retribuição caso o pedido fosse atendido (como a construção de um templo ou o sacrifício de animais). Virgílio narra a história de um sujeito que venceu um páreo de barcos apenas porque proferira *vota* aos deuses (*Eneida*, V, 230-240). Noutra passagem do texto, o mesmo autor fala sobre as orações de Ascânio a Júpiter antes que lançasse uma flecha na cabeça de Rêmulo, prometendo-lhe “bezerro cândido de fronte dourada” caso acertasse o alvo (IX, 625). Marcos Cato, enfim, em texto que trata do mundo campestre dos romanos, indica todas as formalidades que deviam ser atendidas para que se formulasse um *votum* em favor da saúde do gado (*De agri cultura*, 83). A partir desses exemplos, é tranquilo concluir-se pela natureza do *votum*: uma declaração unilateral de vontade,¹³ uma promessa feita a uma divindade, vinculante segundo o *ius sacrum*.¹⁴

¹² Sobre isso, cf. Julio César, *De bello civile*, I, 6; Suetônio, *Divus Augustus*, 97. Cf. também NOAILLES, Pierre. *Du droit sacré au droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1949, p. 302. *Nuncupare* vem de *nomen* e *capere*, isto é, “nome” e “apanhar”, etimologia que reforça a idéia de que *nuncupatio* era exprimir à viva voz as palavras devidas, oferecidas pelos pontífices.

¹³ WORMS, René. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris: A. Girard, 1891, p. 82. Cf. também D. 50.12.2.

¹⁴ PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1991, p. 595.

Via de regra, os *vota* eram cumpridos por temor à ira dos deuses e à fúria de seus seguidores. Dizia-se *votum solvere* o implemento da promessa que tinha sido feita.¹⁵ Mas antes desse cumprimento, o promitente podia se encontrar numa de duas situações: ou *voti reus*, ou *voti damnatus*.

É de Virgílio (*Eneida*, V, 235) uma passagem interessante sobre o ponto: *constitutam ante aras voti reus* ("em vossos altares, obrigo-me por esta promessa"); trecho que posteriormente foi comentado por Macróbio (*Saturnalia*, III, 2): *ut reus qui suscepto voto se numinibus obligat* ("de modo que diz-se *reus* o que em dirigindo a promessa se obriga"). Essas fontes tratam de momentos em que se tinha um *voti reus*, isto é, alguém que havia se obrigado pelo *votum* depois de ter proferido palavras solenes (*nuncupatio*). *Voti reus* era, assim, o sujeito que prometera determinada realização caso atendido seu pedido.

Por outro lado, quando a condição se implementava (*id est* quando o desejo do proferente se realizava) e o promitente se negava a cumprir sua promessa, dizia-se que ele havia se tornado *voti damnatus* (o contrário, portanto, de *votum solvere*). Nesse sentido, vejamos as observações de Macróbio (*Saturnalia*, III, 2): *damnatus autem qui promissa vota non solvit* ("damnatus, porém, é o que não cumpriu os votos prometidos"). A expressão também é utilizada noutras fontes. Cornélio Nepo (*De viris illustribus*, XXI, 5), por exemplo, assim escreveu: *dixit nunc demum se voti esse damnatum: namque hoc a diis immortalibus semper precatum, ut talem libertatem restitueret Syracusanis, in qua civis, de quo vellet, impune dicere* ("disse em tal momento estar *damnatus* a uma promessa: já que por sempre pedir isto aos deuses imortais, para que fosse restituída a liberdade dos Siracusanos, na qual fosse lícito a qualquer um falar do que quisesse sem ser castigado").

¹⁵ *Votum solvere* era "s'acquiter d'un voeu" (ERNOUT, A.; MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., p. 634). *Solvere* originária, posteriormente, as palavras *absolvere*, *absolutus*, *absolutio*, e significava "romper", "quebrantar", "satisfazer", "livrar-se de", "saldar", "liquidar", etc. (SARAIVA, F. R. dos Santos, *Novíssimo dicionário latino-português etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico etc.*, cit., p. 1.111).

Já de Virgílio (Ecloga, 79-80) pode ser citado o seguinte: *Ut Baccho Cererique, tibi sic vota quotannis agricolae facient: damnabis tu quoque votis* ("Como, para Baco e Ceres, todos os agricultores fazem para ti as promessas: *damnabis* tu também a elas"). E de Tito-Lívio (*Ab urbe condita*, V, 25): *Camillus identidem omnibus locis contionabatur: haud mirum id quidem esse, furere civitatem quae damnata voti omnium rerum potiore curam quam religione se exsolvendi habeat* ("nos discursos que repetia continuamente em todos os lugares, Camilo dizia que não era então tão estranho se abandonasse a tais excessos uma cidade que, em sendo *damnata* ao cumprimento de um voto, fazia de tudo para se liberar do vínculo religioso").

Os trechos revelam o sentido em que *damnatio* e suas derivações eram utilizadas pelos romanos quando se referiam ao *votum*: *damnatum*, *damnabis* e *damnata* indicavam a situação de um indivíduo que descumprira uma promessa – era, portanto, o antípoda de *votum solvere*, de cumprir o voto – e que, assim, estava submetido à sua realização sob pena de sofrer sanções religiosas. No plano do *fas*, parece que o promitente ficava submetido à ira divina (danação); no plano do *ius sacrum*, provavelmente os veneradores da deidade desrespeitada pudessem perseguir em juízo o cumprimento do prometido.¹⁶ *Damnatio* enquanto relacionada ao *votum*, destarte, espelhava vinculação por não cumprimento de promessa feita e, assim, submissão aos castigos divinos e religiosos.¹⁷

2.2 Os legados *per damnationem* e *sinendi modo*

Outra aparição arcaica da palavra *damnatio* se dá quando relacionada aos legados *per damnationem* e *sinendi modo*. O

¹⁶ FIRPO, Giulio. *Votum*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 20, p. 1.060.

¹⁷ É importante notar desde já a dicotomia havida entre *solvere* e *damnatio*: *votum solvere* (*solvere* que mais tarde originaria *absolvere*, *absolver*) era "desligar-se da promessa" e "ficar imune das penas religiosas", ao passo que *voti damnatus* (expressão com o termo *damnatio*, que depois engendraria *condemnatio*, *condenar*) era "submeter-se às penas religiosas por ter descumprido uma promessa".

legado, no direito romano, resultava da faculdade que possuía o *paterfamilias* de destinar suas coisas *mortis causa* a quem lhe aprouvesse, materializado por meio de testamento ou de codicilo confirmado, imposto aos herdeiros em favor de um terceiro (legatário). Segundo registros dos *Tituli ex Corpore Ulpiani* (XXIV, 2) e das *Institutiones* de Gaio (II, 192), havia quatro modalidades de legado nos tempos mais antigos: *per damnationem*, *sinendi modo*, *per vindicationem* e *per praeceptionem*; os dois primeiros gerando efeitos pessoais, os dois últimos gerando efeitos reais.¹⁸ Tendente à unificação, o *Senatus Consultum Neronianum* (64 d.C.) fez com que a interpretação de legados impróprios (aqueles que não cumpriam com os requisitos de nenhuma das modalidades) convergisse para um só: na dúvida, deviam ser vistos como se *per damnationem* fossem (Gaio, *Institutiones*, II, 197-198; 212-218; 220-222; *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XXIV, 11a; *Fragmenta Vaticana*, 85); e o período pós-clássico, por fim, observou derrocar a divisão entre legados *per damnationem* e legados *per vindicationem*, unificando estes àqueles.

Pouco a pouco, o legado *per damnationem* foi expandindo seus lindes e acabou por englobar todos os outros, dada a carapaça obrigacional da qual se revestia. Caracterizava-se por impor ao herdeiro algum dever em favor de um terceiro, seja de dar ou de fazer. Legado "que gerava em favor do legatário um simples direito de crédito contra o herdeiro",¹⁹ e, por conseguinte, que fazia nascer no próprio herdeiro determinada dívida. Sua principal característica decorria de seu objeto: uma espécie de obrigação entre legatário e herdeiro. Tanto por isso diferenciava-se do legado *per vindicationem*, utilizado para repasse direto de coisas e, portanto, com efeitos tipicamente reais, prescindindo inclusive de qualquer intervenção do herdeiro.

¹⁸ Álvaro D'Ors acrescentou outras duas modalidades às já conhecidas: o legado *optio servi* (legado de opção) e o legado *partitio* (legado de partição), sem, porém, indicar em que fontes se baseava (D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. 9. ed. Navarra: EUNSA, 1997, p. 373-375).

¹⁹ BIONDI, Biondo. *Corso di diritto romano. Diritto ereditario*. Milano: A. Giuffrè, 1934, p. 241.

Outro legado revestido de caráter obrigacional era o *sinendi modo*, tanto que abarcado pelo *per damnationem* mesmo antes do *anno Domini*. Ele, porém, impunha ao herdeiro uma obrigação de “não impedir” (*sinere*); fixava um dever de permitir que o legatário tomasse o que o *de cuius* lhe havia deixado. A simples diferença do *per damnationem* repousava na espécie de obrigação gerada por um e por outro, conforme assinala Biondo Biondi: num, uma obrigação positiva; noutro, uma obrigação negativa.²⁰

Esse caráter obrigacional que a ambos era intrínseco tinha como marca a presença da cláusula *damnas esto*. Se não, basta que se cotejem as fórmulas indicadas por Gaio (*Institutiones*, II) quando faz referência às quatro modalidades de legado: 201. *Per damnationem hoc modus legamus: HERES MEVS STICHVM SERVVM MEVM DARE DAMNAS ESTO*. 209. *Sinendi modo ita legamus: HERES MVS DAMNAS ESTO SINERE LVCIVM TITIVM HOMINEM STICHVM SVMERE SIBIQUE HABERE*. 193. *Per vindicationem hoc modo legamus: TITIO verbi gratia HOMINEM STICHVM DO LEGO*. 216. *Per praeceptionem hoc modo legamus: LVCIVS TITIVS HOMINEM STICHVM PRACIPITO* (também nos *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XXIV, 4 e 5, podem ser achadas passagens similares). De todas essas frases (repetidas pelos testadores em verdadeiro *nuncupare*), apenas nas duas primeiras – as referentes aos legados *per damnationem* e *sinendi modo* – consta a declaração *damnas esto*, não por acaso naqueles ditos “obrigacionais”.

A tradução literal dessa expressão, mantido por ora o *damnas* em sua configuração latina, fica: “esteja *damnas* a dar” (*dare damnas esto*, referente ao legado *per damnationem*) e “esteja *damnas* a não impedir” (*damnas esto sinere*, referente ao legado *sinendi modo*). Não é difícil concluir que o vocábulo *damnas* era usado para deduzir a vontade do testador em termos formais, qual seja, a de que seu próprio herdeiro ficasse comprometido a seguir determinada conduta, beneficiando

²⁰ BIONDI, Biondo. Legato (diritto romano). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 9, p. 559-560.

terceiro. *Damnās*, assim, representava de certa maneira a submissão do herdeiro à vontade do *de cuius*, e configura o indício mais agudo da obrigacionalidade dos legados *per damnationem* e *sinendi modo*. Tanto que as fórmulas citadas podem muito bem ser traduzidas por “esteja vinculado ou submetido a dar” e “esteja vinculado ou submetido a não impedir”; tanto que “legado *per damnationem*” nada mais é do que “legado por vinculação”, ou “legado por submissão”.²¹

2.3 O *nexum*

Foi o romanista alemão Philipp Eduard Huschke, através da obra “Ueber das Recht des *nexum* und das altrömischen Schuldrecht” (Leipzig, 1846), quem encetou as célebres discussões sobre o *nexum*, um misterioso instituto do direito romano. Tão controvertida quanto sua própria natureza era a presença da palavra *damnatio* como a ele vinculada. Huschke, por exemplo, acabou deduzindo o uso de *damnatio* a partir do próprio efeito executório que parecia brotar do *nexum*, sendo supostamente pronunciada pelo credor contra o devedor durante o cerimonial do cobre e da balança (*per aes et libram*).²² O romanista partiu do pressuposto de que o ato do cobre e da balança gerava uma dualidade de efeitos: um real, implicando a transferência por mancipação de um bem; e outro obrigacional, através do qual o contrato era criado pelo *nexum*, isto é, pelo engajamento pessoal dos serviços do contratante. Este último seria efetivado depois de pronunciada (via *nuncupatio*) uma *damnatio*, a dar azo imediato a uma execução (*manus iniectio pro iudicato*).

É interessante verificar que os anos seguintes reservaram uma diversidade de desdobramentos da teoria de

²¹ A idéia de vínculo e de obrigação que brota da expressão *dare damnas* é tão forte que alguns autores chegaram às raízes de considerar dita cláusula como predecessor da *dare oportet* dos tempos clássicos. Cf. THOMAS, Paul. La nature de la *damnatio*. *Revue historique de droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, série 4, ano 10, 1931, p. 232.

²² SENN, Félix. *Nexum: contract de prêt du très ancien droit romain*. *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, ano 29, 1905, p. 52.

Huschke. O alemão Ludwig Mitteis, através de trabalho publicado na "Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung" (1901), foi o primeiro a combatê-la. Afirmando não haver qualquer fonte a atestar a presença da *damnatio* como vinculada ao *nexum*, e também por isso descartando a possível *manus iniectio pro iudicato*, Mitteis procurou diferenciar *nexum* de *nexi*: enquanto aquele seria contrato de empréstimo *per aes et libram*, implementável forçadamente por uma *legis actio sacramento in personam*, os *nexi* seriam os aprisionados por quaisquer dívidas impagas que houvessem decorrido do mútuo (forma de auto-mancipação), perseguidos através de uma *rei vindicatio*. Em sua compreensão, não havia espaço para uma *damnatio* e menos ainda para a possibilidade de execução direta.

Os autores sucessivos a Huschke e Mitteis a um ou a outro se filiaram – com exceção de Otto Lenel, que acabou negando a própria existência do *nexum*.²³ Sem prejuízo de que uma ou que outra teoria esteja correta, o importante aqui é verificar que feição assumia a *damnatio* se vinculada ao *nexum*, e ter-se por pressuposto, evidentemente, o acerto dos estudos de Huschke e seus seguidores.

Conforme já adiantado, para essa corrente, o *nexum* era um contrato de empréstimo, celebrado *per aes et libram*, com a pronúncia solene (*nuncupatio*) de uma *damnatio*, em que o devedor submetia sua força de trabalho como garantia da dívida. Isso é exatamente o que parece espelhar um dos fragmentos da Lei das XII Tábuas (VI, 1): *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* ("quando se realize um *nexum* ou uma mancipação, o que se declare verbalmente de forma solene seja direito"). O *nexum*, portanto, era negócio formal, cumprido mediante a pesagem do metal e na presença de cinco testemunhas, tal como na

²³ Para análise das três correntes derivadas de Huschke, Mitteis e Lenel, bem como de seus seguidores, veja-se NOAILLES, Pierre. *Fas et ius: études de droit romain*. Paris: Les Belles Lettres, 1948. p. 49-57.

mancipatio.²⁴ Fazia com que o mutuante adquirisse um poder sobre a pessoa de quem recebesse a utilidade econômica, caso a contraprestação não fosse efetuada: frustrada a *fiducia* que dava impulso ao negócio, o devedor respondia diretamente com seu corpo.²⁵

É de Pierre Noailles a preciosa indicação de que era o labor do mutuário, e não sua liberdade, que ficava submetido ao poder do mutuante caso o empréstimo não fosse recompensado.²⁶ Chamado, assim, de *liber homo bona fide serviens* (expressão colhida da *lex Cincia*, conforme revelam os *Fragmenta Vaticana*, 307), o *nexus* tinha sua força laborativa escravizada sem que sua pessoa se revestisse dessa mesma condição. Até que a dívida estivesse quitada, ficava ele sob o senhorio de seu credor.²⁷ O mutuante podia apanhar o devedor e levá-lo para exercer atividades laborativas até que seu crédito fosse satisfeito; podia exercer diretamente, como está subentendido, uma *manus iniectio* diferenciada.

A corrente de romanistas por fim indica a *damnatio* como responsável por atar o devedor ao credor e à realização do labor empenhado. O vocábulo pronunciado, portanto, representava a vinculação e a submissão do mutuário caso não pagasse o que tomara por empréstimo. Por isso a

²⁴ Em tempos posteriores (em torno de 260 a.C., época que sabe-se ter sido de significativo crescimento da cunhagem de moedas de prata, com o exaurimento das fontes de cobre), a pesagem do metal se transformou em mero ato simbólico: as partes se detinham a tocar a balança com pedaços de cobre (JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano* (trad. L. Pietro Castro). Barcelona: Labor, 1965, p. 131).

²⁵ IMBERT, Jean. *Fides et nexum. Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, [s.d.], v. 1, p. 358.

²⁶ NOAILLES, Pierre. *Fas et ius: études de droit romain*, cit., p. 114.

²⁷ A condição de *nexus* parece ter surgido como solução à paupérrima realidade que assolava algumas classes da sociedade romana da época; que, não possuindo bens às garantias de seus débitos, tinham de submeter suas próprias pessoas como penhor (GIOFFREDI, Carlo. *Nexum. Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, [s.d.], v. 11, p. 271). De outro lado, como credores, os patrícios usavam o empréstimo de dinheiro e cereais como meio de acumular homens e mão-de-obra para seus latifúndios, sistemática peculiar à Antiguidade que contribuía para o ininterrupto domínio da classe patricia e faziam-na perpetuar como senhora de Roma (WEBER, Max. *Historia econômica geral* (trad. Manuel Sánchez Sarto). México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 62-63).

importância de sua presença na face obrigacional do *nexum*: pela força da *nuncupatio*, a *damnatio* representava a garantia de que o mutuante teria seu patrimônio recomposto, já que submetia de per si o devedor ao poder de seu credor e ao cumprimento de seus trabalhos até que a dívida estivesse quitada.

2.4 *Damnatio* como vínculo e execução *per manus iniectionem*

Não escapa do leitor qual uso era dado, nos tempos arcaicos, ao vocábulo *damnatio*: ele exprimia espécie de “vínculo” e “submissão”, derivados de uma declaração solene de palavras certas (*nuncupatio*), indicando a instituição de uma garantia e com força suficiente para submeter o indivíduo, em caso de descumprimento, a um procedimento de execução imediato; ela representava a constituição de uma garantia dirigida à assecuração de que certos deveres seriam cumpridos de maneira voluntária ou, na pior das hipóteses, por meio de coação. É isso que se viu nos três exemplos recém-trazidos: no *potum*, a presença da *damnatio* espelhava vinculação por não cumprimento de promessa feita e, assim, submissão a castigos divinos e religiosos; nos legados *per damnationem* e *sinendi modo*, a cláusula *damnas esto* impunha ao herdeiro um dever de fazer ou de não fazer em prol de um terceiro; e no *nexum*, a *damnatio* submetia o devedor ao poder de seu credor e ao cumprimento de certos trabalhos até que o débito restasse pago. Nos três, a *damnatio* operava por meio de uma *nuncupatio*, e, também nos três, o inadimplemento dos deveres acarretava uma espécie de execução sem procedimentos de conhecimento que lhe fossem anteriores. Por isso, a palavra parece ser mais bem traduzida por espécie de “vinculação”, por “submissão”.²⁸

²⁸ Prova complementar do sentido de *damnatio* como espécie de “vínculo” é revelada por certa passagem das XII Tábuas (VIII, 16): *SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT, DUPLIONE DAMNUM DECIDITO*. No trecho, *damnum decidere* pode ser traduzido por “decidir o vínculo”, a exprimir a função do juiz quando examinava alguma relação conflituosa posta sob seus olhos. Expressão, por sinal, que não pode andar desacompanhada de seu antônimo da época: a palavra

Ainda outro aspecto pode ser destacado. É que a *damnatio*, nesses primeiros tempos de Roma, não era vocábulo que se relacionasse diretamente com o processo civil. À diferença da *condemnatio* das épocas posteriores, ela – a *damnatio* – pertencia exclusivamente ao âmbito material do direito, e não consistia em instrumental de magistrados ou de juízes como na posteridade se tornaria. A única relação que desde já pode ser apontada com o processo é sua capacidade de oportunizar execuções caso não observados os deveres cujo cumprimento era por ela garantido. E é justamente dessa aptidão que tratar-se-á a partir de agora.

A *manus iniectio* – execução do período arcaico – foi definida da seguinte maneira pelo jurista Gaio (*Institutiones*, IV, 21): *Qui agebat, sic dicebat: QUOD TU MIHI IUDICATUS SIVE DAMNATUS ES SESTERTIUM X MILIA, QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO; et simul aliquam parte corporis eius prehendebat* (“quem agia, assim dizia: “já que tu és *iudicatus* ou *damnatus* a dez mil sestércios e não pagaste, agarro-te por isso a título de julgado pelos dez mil sestércios”; e em seguida prendia uma parte de seu corpo”). Ou um *iudicium*, ou uma *damnatio*: a execução dependia da presença de um ou de outro para ser encetada, já que ambos transmitiam a segurança de que um dever fora descumprido e portanto carecia de salvaguarda. Há que se analisar, assim, no que consistia uma *manus iniectio ex iudicium* e uma *manus iniectio ex damnatio*, pois indispensável para diferenciar-se a causa de cada uma das espécies – não obstante a similitude de seu procedimento, como se verá no final do ponto.

A *manus iniectio ex iudicium* é a mais conhecida modalidade de execução, já que desdobrada a partir de um pronunciamento judicial que nos primórdios assumia feição bastante sacral. Nos dizeres de Scialoja, quem tinha declaração da

solvere, que, desde então, já significava “desobrigar-se”, “desvincular-se”. Não é por acaso que o processo civil dos séculos posteriores acabou tendo de um lado *condemnare* (*cum* + *damnare*) e de outro *absolvere* (*ab* + *solvere*).

estirpe ao seu favor tinha aptidão à execução sobre a pessoa do devedor,²⁹ e tanto por isso a causa de uma *manus iniectio ex iudicium*, nesses tempos mais arcaicos, era a decisão de um julgador (inspirado por deuses) que dizia se certa conduta estava ou não de acordo com o direito (normas religiosas) reconhecido da época.³⁰ O juízo desta primeira época, portanto, era oblíquo e indireto, pois tinha por precípua função detectar a conformidade de alegações e fatos e daí, em nome dos deuses desrespeitados, punir aqueles que tivessem incorrido em perjúrio.

O *iudicium* do período arcaico, porém, não apresentava feições perenes e duradouras. Não se pode dar a ele uma definição única, separando-a em absoluto do que depois o período formular ofereceria. Pelo contrário, o *iudicium* – como todo o direito romano da época – participava de uma sociedade que se abria a outras culturas e aos poucos se laicizava, trocando o revestimento sacral de suas instituições por um de cunho mais racional e adequado à cosmopolitização que as conquistas bélicas ensejavam. Tanto foi assim que aos poucos

²⁹ SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos* (trad. Santiago Santis Melendo e Marino Ayerra Redin). Buenos Aires: EJEA, 1954, p. 149.

³⁰ Importante aludir que o *iudicium* era alcançado por meio da *legis actio sacramento*, ação tão arcaica que parece ter derivado da prática jurídica grega dos tempos heróicos (SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, cit., p. 140). O *sacramentum* como procedimento não tinha por escopo o adimplemento de obrigações não cumpridas, mas a punição daqueles que houvessem prestado juramento falso perante as divindades. Ainda que a declaração do que era o justo concreto fosse decorrência do juízo sacral, a finalidade deste era puramente ordálica; a decisão do *sacramentum* representava nada mais do que a vontade divina (LEVY-BRUHL, Henri. *Le sacramentum in personam*. In: *Studi in onore di Vicerzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, [s.d.], v. 2, p. 17). Caso restasse provada a falsidade de seu juramento, o sujeito, nos primeiros tempos, tornava-se *homo sacer*, e podia inclusive ser morto em sacrifício (*sacer facio*) aos deuses para que a fúria destes fosse apaziguada (MEIRA, Sílvio A. B. *O homo sacer no antigo direito romano. Romanitas: Revista de Cultura Romana (língua, instituições e direito)*. Rio de Janeiro: Romanitas, 1959, ano 2, v. 2, p. 94-96). A garantia pelo próprio corpo foi substituída ainda na idade régia pelo depósito de animais: aqueles que haviam sido dados pelo sucumbente eram consagrados e sacrificados às divindades. Em tempos mais adiantados, o *sacramentum* tornou-se pecuniário e servia de soma expiatória, para, já no período helênico, transformar-se em mera poena que revertia ao erário em punição à sucumbência.

o processo civil da época passou a ser o nascedouro de ações da lei cada vez mais voltadas à realização prática do justo (a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e a *legis actio per condictionem* constituem exemplos típicos do que ora se diz), desenraizado do assoreamento religioso que lhe travava um resultado mais efetivo e humano.³¹

É a partir desses dados, casados com um notável desenvolvimento do cobre e depois da moeda como instrumentos do comércio, que a *manus iniectio* passou a se desdobrar apenas se o *iudicium* fosse expressado com referência a quantias pecuniárias.³² Caso não o fosse, fazia-se necessário seguir um *arbitrium liti aestimandae* – procedimento autônomo, consistente na liquidação da decisão –, e só então os *triginta dies* para o pagamento voluntário passavam a correr, sob pena de dar-se início à execução (Lei das XII Tábuas, III, 1).³³

³¹ Para ilustrar, recorde-se que nesta época Roma começava sua dilatação bélica, guerreando contra os montanhese, a partir de 430 a.C., e contra a Etrúria, de 387 a 347 a.C. (FIGANIOL, André. *Histoire de Rome*. Paris: Presses Universitaires de France, 1939, p. 51-67). Também nestes idos, *Cneius Flavius* – secretário de um jurisconsulto – publicou o calendário pontifical e um livro com as fórmulas processuais que até então eram detidas apenas pelos colégios pontificais, abrindo aos profanos o estudo e o desenvolvimento do direito (D. 1.2.2.7). Esses e outros acontecimentos contribuíam para que uma idéia de *Populus Romanus* brotasse com cada vez mais força e, de certa forma, em substituição à religião que antes tudo impregnava.

³² É o que confirma a Lei das XII Tábuas, III, 1, na senda da legislação que à época instituiu o sistema capitalista da Antiguidade romana (*lex Aeternia Tarpeia*, de 454 a.C.; *lex Menenia Sestia*, de 452 a.C.; *lex Papiria Julia*, de 430 a.C.), dando ensejo à execução por barras de metal (*aes*), depois por lingotes (barras de metal fundido grafados com o termo *ROMANOM*), e depois por moedas (MOMMSEN, Theodore. *Histoire de la monnaie romaine* (trad. Duc de Blacas). Paris: [s.n.], [s.d.], t. 1, p. 173-178). Isso não afasta, entretanto, que, em tempos anteriores (quando inexistia a prática do cobre e da moeda), a execução fosse feita pela própria coisa (*in ipsam rem*), como menciona Gaio em suas *Institutiones* (IV, 48), a mitigar inclusive uma suposta divisão original de ações *in personam* e ações *in rem* (ROMANO, Angela. Condanna "in ipsam rem" e condanna pecuniaria nella storia del processo romano. *Labeo: rassegna di diritto romano*. [s.l.]: [s.n.], 1989, n. 28, p. 145).

³³ Diga-se, aliás, que o mês que antecedia à execução só valia para quem estivesse sujeito a determinada obrigação por conta de um *iudicium* ou de uma confissão (conforme notícia a Lei das XII Tábuas, III, 1-2), e não por uma *damnatio*, que podia dar azo à direta *manus iniectio* a qualquer tempo.

Visto, portanto, que a *manus iniectio ex iudicium* tinha por causa uma decisão judicial com feição pecuniária e descumprida pelo devedor, há que se passar agora à segunda espécie de execução que Gaio menciona em suas *Institutiones* (IV, 21): a *manus iniectio ex damnatio*. Considerando que o significado de *damnatio* já foi explicitado em linhas anteriores, o importante agora é observar de que maneira seus caracteres interagem com a execução arcaica a ponto de configurarem mais um requisito à instauração daquela ação da lei. E aqui é indispensável adiantar-se uma diferenciação que nos parágrafos mais abaixo ficará clara: a *damnatio* não é o equivalente arcaico de *obligatio*, e por isso mesmo não representa a existência de uma obrigação incontroversa, mas de uma garantia ao cumprimento de promessas proferidas.

Para entender-se bem a execução arcaica, deve-se saber que a noção de obrigação não tinha sido desenvolvida na época da *damnatio*.³⁴ Os romanos trabalhavam com promessas e com a garantia de que elas seriam cumpridas, e não com *obligationes*. Aqui entra o essencial papel da *damnatio*: ela não tornava obrigação alguma incontroversa, pois sequer a noção de “obrigação” fazia-se presente na prática mais antiga a oportunizar adjetivação da estirpe. O que a *damnatio* representava – e isso tem tudo a ver com a ponte que a conecta à execução – era uma submissão do devedor aos deuses e ao credor, e uma garantia de que as promessas feitas de maneira solene (*nuncupatio*) seriam cumpridas. Mais do que isso. A necessidade em ter-se por incontroverso o descumprimento da obrigação só adveio – como se verá mais adiante – num período em que (i) a noção de *obligatio* já se encontrava lapidada, (ii) a declaração do juiz já substituíra a certeza religiosa fornecida pela *nuncupatio* e (iii) a execução

³⁴ Fritz Schulz adverte que mesmo o surgimento do vocábulo *obligatio* é tardio, concomitante à lapidação de sua noção como *vinculum iuris*. Como as palavras evoluem atadas à contingência que representam, o antecedente *obligare* aparecia com o significado de “atar” (SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico* (trad. José Santa Cruz Teijeiro). Barcelona: Bosch, 1960, p. 435).

não era mais realizada privadamente pelo credor, mas sob a coordenação total do magistrado.

Pela *damnatio*, a submissão era essencialmente religiosa, e por isso o descumprimento do prometido ensejava de per si a execução do credor, mormente por já haver a submissão pelas promessas proferidas.³⁵ Aliás, é bem isso que se viu quando analisado o aparecimento da palavra *damnatio*, sempre atrelada a atos praticados solenemente (com a pronúncia de fórmulas certas: *nuncupatio*) e diante de testemunhas (*testis*). A presença de terceiras pessoas observando a prática da solenidade tinha por exato fito dar publicidade (perante os deuses, o credor e a comunidade) às promessas feitas e à garantia instituída. A violação das promessas, portanto, era agressão à própria sociedade romana e desrespeito às divindades cidadinas.³⁶ Por isso se pode dizer que a *damnatio* configurava, de certo modo, “causa substancial notória” à *manus iniectio*, ainda que o descumprimento de ditas promessas fosse a verdadeira causa eficiente da execução.

Tanto que, num primeiro momento histórico, a sanção que derivava da *damnatio*, motivada pelo descumprimento das promessas proferidas, era apenas religiosa: quem não cumpria os deveres se tornava herege (*impius*) e sofria diversas restrições em sua colocação social³⁷ – até, pelo menos, que um sacrifício expiatório lhe retirasse a pecha de blasfemo.

³⁵ Já em tempos posteriores, a religião cedeu espaço para noções secularizadas, sem que os institutos jurídicos perdessem, porém, o arraigamento cultural que lhes era intrínseco. Especificamente no caso da *damnatio*, a submissão que antigamente era religiosa parece ter sido substituída por uma submissão ao *populus Romanus*, ao esboço de Estado que se formara com a evolução da República; e por isso essa submissão não poderia mais ser o ponto de partida, mas o ponto de chegada de um processo de conhecimento judicial que culminasse na instituição dessa submissão, numa sentença *cum damnatio*, depois de detectada que uma obrigação (aqui sim no sentido de *vinculum iuris*) havia sido descumprida.

³⁶ JHERING, Rudolf von. *L'Esprit du droit romain* (trad. O. de Meulenaere). 3. ed. Paris: [s.n.], 1886-1888, t. 1, p. 151.

³⁷ Era, por exemplo, afastado das cerimônias religiosas cidadinas (WORMS, René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, cit., p. 71).

Foi a paulatina laicização dos institutos que portou a necessidade de uma sanção não sacral, seja porque o papel hiperbólico da religião encolhia, seja porque, com bastante probabilidade, o próprio prejudicado não se contentava mais com meras penalizações beatas; e daí, então, foram abertas as portas para que a *manus iniectio* se instalasse como consequência ao *damnatus*.

Mas disso não resulta que a *manus iniectio ex damnatio* possa ser vista como espécie de *manus iniectio pro iudicato* (isto é, uma *manus iniectio* que se equiparava àquela cuja causa era o *iudicium*), conforme compreenderam alguns conhecidos estudiosos do processo civil romano.³⁸ Não levaram em conta a contraposição feita por Gaio (*Institutiones*, IV, 21), e não notaram que a execução a partir de uma *damnatio* antecedeu historicamente a execução por um *iudicium*. Noutras palavras, não pode ser considerada *pro iudicato* uma execução que, quando surgida, não tinha um *iudicium* paralelo para que fosse comparada. É muito mais crível que o tempo tenha feito com que diminuíssem aos poucos as “causas substanciais notórias”, a ponto de introduzir cada vez mais a necessidade de um juízo anterior que servisse de causa à execução e que, assim, homenageasse o valor “segurança” com necessários e indispensáveis procedimentos de cognição judicial. Como se verá em linhas posteriores, a culminação desse processo de eliminação de “causas substanciais notórias” se deu com a publicação da *lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), que parece ter sido o coveiro da *manus iniectio ex damnatio*.

Destarte, seja no *votum*, seja nos legados *per damnationem* e *sinendi modo*, seja no *nexum*, a presença da *damnatio* servia de “causa substancial notória” à instauração de uma *manus*

³⁸ Dentre eles, pode-se dar destaque a Giovanni Pugliese (*Il processo civile romano: le legis actiones*. Roma: Ricerche, 1961-62, p. 309), Carlo Augusto Cannata (*Profilo istituzionale del processo civile romano: le legis actiones*. Torino: Giappichelli, 1980, p. 38, nota 1) e Bernardo Albanese (*Il processo privato romano delle legis actiones*. Palermo: Palumbo, 1993, p. 49-50).

iniectio, pois indicava que uma garantia para cumprimento de certas promessas havia sido instituída – pela solenidade de que se revestia e pela presença de testemunhas que lhe davam publicidade –, nada obstante ser o descumprimento das juras a causa motriz da execução. Sobra, apenas, a necessidade de darem-se breves pinceladas sobre os passos da execução arcaica.

Ela iniciava – seja *ex iudicium*, seja *ex damnatio* – com a apreensão do devedor (Lei das XII Tábuas, III, 1-4): o exequente tinha a faculdade de apanhá-lo diante do magistrado (*iniecere manum*), depois que este proferia seu *addico*,³⁹ e levá-lo preso para sua residência, caso não houvesse indicação de garante (*vindex*). Lá, devia sustê-lo com o alimento necessário, colocá-lo para trabalhar durante os sessenta dias seguintes, ou então portá-lo diante do pretor por três vezes seguidas, para que fosse noticiado publicamente, em dias de comício, o débito ainda existente. Eram essas as oportunidades para que alguém pagasse o *quantum* devido pelo aprisionado, sob pena de ser morto ou vendido como escravo (Lei das XII Tábuas, III, 5). As fontes ainda noticiam que se existissem vários credores, o corpo do devedor podia ser dividido em tantas partes quantos fossem os créditos (Lei das XII Tábuas, III, 6).

³⁹ Era necessário que o magistrado pronunciasse o *addicere*, um dos *tria verba legitima*, para que imantasse a conduta executória de legitimidade. É que *addictio* exprimia idéia de sobreposição ao *dicere* do privado de um outro *dicere* por parte do magistrado, que confirmava autoritativamente as últimas palavras da *legis actio* pronunciada pelo autor (*tibi manum iniecio*), e assim permitia o apossamento do réu por parte do autor (ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 44). A função pretoriana na *manus iniectio*, portanto, era autorizar o credor e mandar o devedor não resistir. Ao lado disso, a lei exercia papel de limitador da conduta humana, ao dispor, com rigidez, as exatas formalidades que o atuante devia obedecer para que pudesse implementar forçadamente a prestação acertada. Dentre os romanos, assim como nos primórdios da evolução jurídica germana, o poder coercitivo da forma era chamado para representar esse papel, que em tempos mais avançados seria incorporado como dever de um vigoroso e onipotente Estado (ENGELMANN, Arthur, et alii. *History of continental civil procedure* (trad. Robert Wyness Millar). Nova Iorque: Rothman Reprints e Augusts M. Kelley, 1969, p. 373).

3 A Condenação Pecuniária das Fórmulas

As considerações introdutórias deste trabalho já haviam antecipado: seu intento principal é verificar de que maneira a *damnatio* arcaica passou à *condemnatio* dos tempos clássicos. Seu fim imediato é abordar a evolução da palavra e o engendramento da condenação formular, interessando-se precisamente pela fração de transição que se posta no entremeio dos períodos históricos, e que revela – sem sombra de dúvida – a verdadeira feição jurídica (prática e teórica) que o instituto possuía para os romanos. A análise dessa evolução, porém – e por questões de método –, pressupõe que se tenha em mente a situação da palavra em ambos os períodos: a *damnatio* na fase das ações da lei e a *condemnatio* na época das fórmulas. Visto o arcaísmo, cabe agora empurrar os portões dos tempos clássicos de Roma e adentrar na era do bem acabado processo *per formulas*, e dele extrair a configuração da condenação como elemento da fórmula e da sentença.

Esse duplo sentido que o vocábulo *condemnatio* assumia está presente em certa passagem das *Institutiones* gaianas (IV, 43): *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendiue potestas permittitur* (“a condenação é a parte da fórmula com a qual se atribui ao juiz o poder de condenar ou absolver”). Não que seja petição de princípio, mas a *condemnatio* era indissociável tanto da arte do *praetor* (como parte da fórmula) quanto do ofício do *iudex* (como sentença antagônica à absolutória); ela era *pars formulae* e *sententia* ao mesmo tempo, e por isso utilizada em sentidos e para fins diversos. É isso que será visto individualmente a partir de agora.

3.1 A *condemnatio* enquanto elemento da fórmula e o ofício do pretor

O texto gaiano menciona a *condemnatio* como sendo a parcela formular responsável por outorgar ao juiz o poder de proferir uma sentença. Acabou que a fração da fórmula, por evolução do direito e pela tendência crescente a abstrações,

foi dado o mesmo nome da própria sentença de condenação. E tanto é assim que a parte da fórmula denominada *condemnatio* é a parte em que está presente a previsão da sentença de *condemnatio*, como se vê dos seguintes exemplos deixados por Gaio (IV, 43): (...) *velut haec pars formulae: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DUMTAXAT X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVITO*; *idem haec: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO et reliqua, ut non adiciatur DVMTAXAT X MILIA* ("como a seguinte parte da fórmula: tu, juiz, condena Numerio Negidio a pagar dez mil sestércios a Aulo Agerio, e se assim não parecer, absolve-o; ou também: tu, juiz, condena Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio até a quantidade de dez mil sestércios, e se assim não parecer, absolve-o; ou também: tu, juiz, condenarás Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio, etc., sem adicionar: até a quantidade de dez mil sestércios"). Como se vê, todas as citações que o jurista romano efetuou não plasam fórmulas inteiras, mas apenas suas parcelas conclusivas, em que o núcleo é a expressa alusão à sentença condenatória ou absolutória que o *iudex* devia proferir.⁴⁰

Se a definição de *condemnatio* como *pars formulae* por um lado não chega a revelar a completa aplicação da palavra na época formular, por outro fornece indicações de que é a sentença de *condemnatio* que deve constituir o objeto da investigação mais detida. Ainda assim, o conceito que Gaio traz à tona contém alguns elementos que merecem breves explanações, seja para dissecar a que contingência processual o jurista se referia, seja para colher o ensejo e desde já

⁴⁰ Para que se perceba o enquadramento da *condemnatio* na universalidade da fórmula, basta citar passagem de Arthur Engelmann em que há exemplificação e classificação de todas as partes formulares (de acordo com as definições gaianas): "Octavius judex esto. Quod Ao. Ao. Cum No. No. fundus Titianus communis est, quo nomine A. A. Num. Num. communi dividundo provocavit, qua de re agitur (*demonstratio*), quantum paret ob eam rem alteri ab altero adjudicari alterumve alteri condemnari oportere ex fide bona (*intentio*), tantum, judex, alteri ab altero adjudicato (*adjudicatio*) tantique alterum alteri condemnato, si non paret absolve (*condemnatio*)" (ENGELMANN, Arthur, *History of continental civil procedure*, cit., p. 294).

suscitar alguns pontos que terão de estar frescos à mente em momentos posteriores deste trabalho. Quando ele escreveu que “a condenação é a parte da fórmula com a qual se atribui ao juiz o poder de condenar ou absolver” (IV, 43), tinha como pressuposições o conceito de fórmula, o sujeito do qual partia a atribuição de poder e a própria consistência desse poder que era repassado ao juiz. E é exatamente sobre essas pressuposições que falar-se-á a partir de agora, vendendo-as da maneira entrelaçada com que se apresentavam nos idos formularios do processo romano.

O nascimento do pretor e da fórmula foi resultado de um período histórico em que nítida laicização era operada nas instituições de Roma. Direito e religião se divorciavam; influxos helenizantes incutiam idéias de sistematicidade e racionalidade de forma a modificar sobremaneira a maior parcela dos institutos jurídicos romanos.⁴¹ A própria criação do pretor, no ano de 367 a.C., (*leges Liciniae Sextae*) é mostra nítida desses tempos de renovação: as ações da lei mais e mais se tornavam insuficientes à resolução de conflitos cada vez mais complexos e variados, e ficaram como que um “insuportável casaco apertado” cuja libertação só viria com a outorga de amplos poderes à novel magistratura.⁴²

⁴¹ Trata-se do período dito ‘helenístico’, durante o qual houve verdadeiro movimento intelectual em prol das idéias de proveniência grega. No sentido racionalizante, parece ter tido a dialética cabal importância às distinções e sínteses que paulatim sistematizavam o direito romano e lhe incutiam cada vez mais uma tez científica (SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon Press, 1967, p. 62-69).

⁴² A divertida metáfora é de Arthur Engelmann (*History of continental civil procedure*, cit., p. 386). Não é errado, mas enriquecedor, atribuir a criação do pretor também ao afastamento cada vez mais seguido dos cônsules, que tinham de batalhar na *front* e não mais possuíam tempo para permanecer em Roma exercendo a *iurisdictio* (D. 1.2.2.27). Somam-se a isso os movimentos populares da época, que mais e mais clamavam por espaço na política cidadina. De fato, a criação da pretura parece ter sido pertinente ao patriciado romano, uma breve amenização aos anseios da plebe em acessar o consulado. Sobre isso, veja-se Tito-Lívio, *Ab urbe condita*, V, 42, 10, com interpretações de Vittorio Scialoja (*Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, cit., p. 108) e Mario Talamanca et alii (*Lineamenti di storia del diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1989, p. 131).

Conforme indicação da romanística, o antigo processo das *legis actiones* apresentava duas gravíssimas insuficiências e por isso clamava por mudanças: (a) nenhuma das ações possibilitava a tutela de um *incertum*, isto é, dos novos contratos que brotavam das relações comerciais desenvolvidas; e (b) das ações da lei só podiam participar os cidadãos romanos.⁴³

Nesse sentido, o aparecimento do pretor casa bem com os anseios da época em preservar as antigas instituições (as ações da lei), mas, por outro lado, em estendê-las de modo que pudessem se readequar à nova realidade. É interessante notar que através das mesmas *leges Licinniae Sextae* foi introduzida a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, instrumento que possibilitava a quantificação pecuniária de um *incertum* e que – como se verá no decorrer deste trabalho – teve magna importância para a engendração da *condemnatio* clássica e para o próprio aparecimento das fórmulas.⁴⁴

Já a segunda insuficiência das *legis actiones* foi suprida com a criação do *praetor qui inter peregrinus ius dicit*,⁴⁵ em 242 a.C., conforme revela trecho do *Digesto* (D. 1.2.2.28). Acudindo a inacessibilidade dos estrangeiros ao antigo procedimento, essa nova magistratura revestia-se de um todo novo

⁴³ CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo istituzionale del processo civile romano: il processo formulare*. Torino: Giappichelli, 1982, p. 50-51.

⁴⁴ É bastante ilustrativo apontar que nesses mesmos tempos um romano de nome *Cneus Flavius*, secretário do jurisconsulto *Appius Claudius Caecus*, publicou o calendário pontifical e um livro com as fórmulas processuais detidas pelos sacerdotes (D. 1.2.2.7), circunstância que é considerada um marco na secularização das instituições jurídicas de Roma. Por isso, pode-se dizer com Greenidge: "Procedure is always a symbolic manifestation of right. (...) When the initial difficulties have been overcome – when the religion has been relegated to its proper place, when *fas* has a sphere distinct from *ius*, when the exclusive privileges of the legal guild or other interpreter have been broken down, and writing can be used for documentary evidence and for instruction – then the development of procedure is one of the surest signs of the development of law" (GREENIDGE, Abel H.J. *The legal procedure of Cicero's time*. Oxford: Clarendon Press, 1901, p. 3-5).

⁴⁵ A conhecida denominação '*praetor peregrinus*' só apareceu nos primeiros anos do Principado, conforme indicações de Feliciano Serrao (SERRAO, Feliciano. *La iurisdictio del pretore peregrino*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 19).

modus agendi, muitíssimo mais livre, adaptável à mentalidade e aos costumes de povos diversos (já que seus destinatários eram estrangeiros), desatrelado do rígido *ius civile* que dava sustento às ações da lei.⁴⁶ Nele parece ter brotado o primeiro ramo efetivo do que mais tarde seria o processo formular: a atuação do pretor peregrino era livre de leis e formas pré-determinadas, baseada tão-somente no caso concreto que as partes lhe apresentavam.

“É natural que sob as influências do novo *modus agendi*”, afirma Serrao, “com o qual litigavam os estrangeiros excluídos dos institutos civilísticos, o formalismo do *lege agere* começasse a parecer inadequado à regulação das relações entre os membros de uma sociedade mais evoluída”.⁴⁷ Assim, não tardou muito e ambas as magistraturas – pretor urbano e pretor peregrino – se fundiram numa só, principalmente depois de possibilitada a *intercessio* entre elas (Cícero, *In Verrem*, II, 1, 46, 119; Júlio César, *De bello civile*, III, 20). A irreversível decadência das *legis actiones* culminou com a publicação da *lex Aebutia* (entre 149 e 126 a.C.) e das *leges Iuliae iudiciorum* (17 a.C.), a uniformizarem os procedimentos, revogarem ações da lei e reconhecerem como universalizado o *modus agendi* do pretor peregrino.⁴⁸

⁴⁶ SERRAO, Feliciano, *La iurisdictio del pretore peregrino*, cit., p. 37. Aqui ressaltam as diferenças entre *iudicium legitimum* (processo instaurado em Roma, com juiz singular na fase *apud iudicem* e tendo cidadãos romanos como partes) e *iudicium quod imperio continetur* (ante a falta de qualquer dos elementos que lapidavam o *iudicium legitimum*). O pretor peregrino, logicamente, exercia seu ofício dentro dos limites do *iudicium quod imperio continetur* (SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p.17).

⁴⁷ SERRAO, Feliciano, *La iurisdictio del pretore peregrino*, cit., p. 51.

⁴⁸ Por óbvio que não se deve imputar a ditas leis as modificações que outrora se acreditava terem delas derivado. Os romanos não legislavam para modificar o estado de coisas, mas para reconhecer e oficializar costumes desde muito em voga. Nesse sentido, “il processo formulare è preso in considerazione come entità già esistente, di consistenza tale da poter concorrere con le *legis actiones*, imponendo, a poco a poco (*paulatim*) le sue migliore qualità, la sua idoneità ad una tutela dei diritti “*commodius et plenius*”; le leggi ebuzia e giulia sono leggi che abrogarono *legis actiones*, non che introdussero o sanzionarono azioni formulari” (CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*, cit., pp. 51-52). Cf. também Gaio, *Institutiones*, IV, 30.

Observados alguns traços de sua evolução, é hora de verificar em que consistia propriamente o ofício do pretor no processo formular. Parecia estar ele embasado em dois imprescindíveis fatores: no *imperium* outorgado pelo povo e na *auctoritas* partilhada pelos jurisconsultos.⁴⁹ Pela circunstância de ser eleito por assembleia popular (*Comitium Centuriatum*), o magistrado não exercitava um poder próprio, mas o poder recebido pelo povo, e para o povo devia atuá-lo.⁵⁰ Era o chamado '*imperium*', do qual participava com especialização na *iurisdictio* (ou *mixtum imperium*, conforme D. 2.1.3), e que historicamente brotou do reinado etrusco sobre Roma e fracionou-se nas diversas magistraturas que com a República tiveram advento. Pela circunstância de ser auxiliado por um *consilium* de jurisconsultos, o pretor adquiria embasamento técnico para o exercício de suas funções: revestia-se de *auctoritas*, princípio gerador de obediência, ordem e disciplina dentre os destinatários de seus provimentos.⁵¹

⁴⁹ Disso fazem prova duas passagens de Cícero: a primeira (*De legibus*, III, 1, 2), abordando a natureza essencial do *imperium*, bem como descrevendo o magistrado como *legem loquentem* ("a lei que fala") e a lei como *mutum magistratum* ("o magistrado silencioso"); a segunda (*De legibus*, III, 2, 5), indicando aos cidadãos que não devem apenas obedecer aos magistrados, mas amá-los e respeitá-los como às próprias leis.

⁵⁰ GALLO, Filippo. *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*. Torino: P. Giappichelli, 1997, p. 28. Uma bela passagem de Isidoro relaciona com primor os elementos que fundamentavam o *imperium*: *ex innocentia nascitur dignitas, ex dignitate honor, ex honore imperium, ex imperio libertas* (Isidorus Hispalensis, *E libris originum s. etymologiarum*, II, 21, 4). "Here personal virtue (*innocentia*), once recognized (*dignitas*), leads, by in the state by way of the magistracy voted to the individual by the people (*honor*), to the acquisition of power in the state by the individual (*imperium*); and thus to the culmination of the list with the freedom which guarantees not only the position of the state with regard to other states, but also the position of the individual within it. The crucial link in the ascending sequence is that between the individual and the state, and that is represented by *honor* and *imperium*, magistracy and power" (RICHARDSON, J. S. *Imperium Romanum: empire and the language of power*. *The Journal of Roman Studies*, 1991, v. 81, p. 4).

⁵¹ SCHULZ, Fritz. *Principles of roman law* (trad. Marguerite Wolff). Oxford: Clarendon Press, 1956, p. 164. Conforme bem resume Levy-Bruhl, "rien ne permet de supposer que le Préteur, conscient de son infériorité technique, n'ait suivi docilement les conseils du Prudent consulte" (LEVY-BRUHL, Henri. *Prudent et préteur*. *Revue historique du droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, 1926, ano 5, p. 36).

O exercício pelo pretor do nicho jurisdicional aglutinava três deveres sucessivos: (i) detectar a tutelabilidade das pretensões expostas pelo autor; (ii) prestar orientações na redação da fórmula e (iii) autorizar a instauração de um juízo posterior. Cada um desses deveres receberá apreciação pontual nos parágrafos que seguem.

Num primeiro momento, o pretor tinha de verificar se os relatos do autor eram tuteláveis, tomando-os como se fossem absolutamente verdadeiros e verificando se um juízo imparcial era necessário e harmônico ao direito reconhecido. Não sendo digna de proteção processual, a *actio* era denegada pelo magistrado (*denegare actionem*).⁵² Fica claro, portanto, que ao pretor não interessava se o autor tinha ou não razão nas alegações que expunha; seu ofício era observar, apenas, se as pretensões cumpriam com alguns requisitos formais, bem como se não estavam em desacordo com o direito reconhecido.

Superada a admissibilidade, passava-se à redação da fórmula, da qual participavam os disputantes – futuros autor e réu – e principalmente o magistrado, aqueles apresentando e modificando a narrativa fática, e este introduzindo correções e adaptações de cunho técnico – por força do auxílio dos jurisconsultos – ao bom norteamento do procedimento *apud iudicem*.⁵³ A fórmula, como se vê, era fixada para o

⁵² Max Kaser indica uma série de circunstâncias que poderiam redundar numa *denegatio*. São elas: (i) não previsão no Editto e impertinência de se deferir uma *actio in factum*; (ii) exposição defeituosa dos fatos; (iii) requerimento de uma *actio* inadequada; (iv) ilegitimidade de partes; (v) falta de um dos requisitos processuais, quais sejam, pertinência legal do processo (a pretensão do autor devia pertencer ao campo próprio do processo formular, e não à seara penal ou administrativa), competência do magistrado por razão da matéria, competência do magistrado por razão do lugar e capacidade das partes (KASER, Max. *Derecho romano privado* (trad. José Santa Cruz Teixeira). 5. ed. Madrid: Réus, 1968, p. 363-364). Sobre *actio*, este trabalho adota as percepções de Fritz Schulz (SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 23-24), e presta ainda homenagens à ótima crítica que faz ao conceito celsino (D. 44.7.51), que assoma hoje como espírito e desconexo da realidade clássica (SCHULZ, Fritz, *Principles of roman law*, cit., p. 44-45).

⁵³ Cf. SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 18. Na esteira, o romanista tece ótimas críticas ao falido modelo arbitral de Moriz Wlassak, do qual decorria a visão da fórmula e da *litis contestatio* como um contrato ou um quase-contrato (p. 15-16).

caso concreto: redigida a partir da narrativa fática das partes e orientada à resolução do conflito específico. O escopo disso tudo não era a elaboração de noções jurídico-abstratas, mas simplesmente a justa pacificação das relações supostamente em turbulência. Sobre isso, as seguintes palavras de Filippo Gallo configuram ótima suma: "o direito romano, em virtude da *iurisdictio* pretória, não corresponde nem a um sistema de estirpe normativista, nem a um sistema de estirpe casuística; ele oferece um terceiro modelo (...), no qual a base normativa se conjuga à criação do direito no caso concreto (quando isso for resultado da própria finalidade do direito, consistente na atuação, em nível concreto, do *bonum et aequum*)".⁵⁴ Exsurge a atividade pretória como indicativa do justo abstrato, modelo orientador do juiz à realização concreta do bom e do equitativo.⁵⁵

Ao pretor, portanto, não interessava qual das partes estava com a razão, pois a perquirição dos fatos fazia parte do procedimento *apud iudicem*. Seu ofício era de índole legislativa concreta: ouvia a narrativa das partes e com elas compunha a fórmula, indicando o justo abstrato que serviria de modelo ao juiz quando no conhecimento do conflito e na lapidação da sentença,⁵⁶ tanto quanto apontando para os

⁵⁴ GALLO, Filippo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, cit., p. 55, nota n.º 6.

⁵⁵ Novamente, são as brilhantes afirmações de Filippo Gallo que complementam o tópico: "L'aspetto o elemento essenziale del diritto non è ravvisato nella norma, nel comando imperativo munito di sanzione, bensì nell'ars, nell'insieme delle conoscenze e tecniche occorrenti per realizzare, nei rapporti umani, il *bonum et aequum*. L'ars mette in luce il ruolo dell'uomo nella produzione, come nell'applicazione, del diritto, che non viene visto, in contrasto con la realtà, come un fenomeno statico, bensì, in aderenza ad essa, come un fenomeno in divenire. La posizione delle norme e la *iurisdictio*, entrambe rientranti nel *ius*, mirano congiuntamente all'indicata realizzazione" (GALLO, Filippo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, cit., p. 55). O elogiável trecho vai na esteira de conhecida disposição de Celso (D. 1.1.1): (...) *nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* ("...porque, como define elegantemente Celso, o direito é a arte do bom e do equitativo"). O pretor dizia o direito, isto é, indicava a arte (conjunto de técnicas) de realizar concretamente o bom e o equitativo.

⁵⁶ Tanto que das fórmulas constava a expressão '*si paret*' ('se é manifesto') antecedendo a enunciação da causa segundo a qual se agia – *causa ex quo agebatur* (CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*, cit., p. 74).

instrumentos pelos quais esse conflito deveria receber pacificação. Destarte, ao contrário da situação hodierna, em que há prévia e reconhecida separação teórica entre direito material e processo, no direito romano, ambos eram manifestados concomitantemente pela fórmula, pois o escopo da atividade pretória não era científico, mas prático. Porém, ainda assim, sob a óptica atual, pode-se identificar (como recém-feito) os campos em que se manifestavam o substancial e o instrumental no direito romano, pois como componentes da natureza das relações humanas, pertencem à parcela invariável do jurídico.

Esse “formalismo funcional”⁵⁷ do processo *per formulas* estava todo centrado no papel da *intentio*, isto é, na parte da fórmula que exprimia a pretensão do autor (Gaio, *Institutiones*, IV, 41), a *causa ex quo agebatur*. Era pretensão enquanto descrevia a situação ideal que o autor perseguia caso a iniquidade concreta restasse comprovada; mas também era *causa de agir* enquanto norteava todo o procedimento posterior, a fazê-lo convergir para a confirmação ou à negação do que nela vinha descrito. Por isso diz-se que a *intentio* era o único fragmento do qual não se podia prescindir na redação de uma fórmula; por isso que sua confirmação gerava uma sentença de *condemnatio*, e sua negação, uma *absolutio*.

Redigida a fórmula, era hora de se pensar na fase julgadora, e daí brotava a necessidade de escolher-se um *iudex* para a condução do procedimento consequente.⁵⁸ Parece que a seleção incumbia às partes, desde que referendada pelo pretor. Se houvesse concórdia, ela recaía ou sobre uma

⁵⁷ A expressão é de Dario Mantovani, que afirma ser o formalismo formular eminentemente “funzionale a conservare il punto di equilibrio fra le istanze di adattamento dell’ordinamento, cui dava voce il pretore (e, più in generale, i magistrati giusdicenti), e l’esigenza, consapevole o meno, di certezza del diritto” (MANTOVANI, Dario. *Le formule del processo privato romano*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1999, p. 22).

⁵⁸ Sobre o ponto, vale indicar que diversos romanistas divergem sobre a necessidade em anotar-se expressamente na fórmula o nome do juiz que julgaria o feito. As recentes descobertas arqueológicas pouco contribuíram à solução do problema. Para resumo dessas discussões sob a luz da *lex Imitana*, veja-se METZGER, Ernest. *A new outline of the roman civil trial*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 71-75.

pessoa pré-eleita pelos disputantes, ou sobre um dos nomes constantes do *album iudicum*, fazendo-se indispensável sua presença já no ato de *litis contestatio*. Daí porque o procedimento *in iure* já pudesse ser encerrado se o *iudex* estivesse presente, mas o corriqueiro era que o pretor, depois da indicação de um dos nomes constantes no *album*, deferisse três dias de intervalo (*intertium*) para que fosse verificada a disponibilidade do futuro juiz.⁵⁹ Comprometidas por promessas (*vadimoniam*), as partes retornavam no dia marcado para a nomeação magistratural do *iudex* (por meio de *addicere*, que simbolizava a transferência de *imperium* judicativo), realizavam a *litis contestatio*, davam por encerrado o procedimento *in iure* e adentravam no julgamento propriamente dito.

Caso não houvesse concórdia entre as partes acerca do nome do juiz, era necessário que se observasse um procedimento através do qual chegava-se à conclusão por exclusões e rejeições (por isso o nome de *relectio*). Porém, se alguma das partes se recusasse a seguir dito procedimento, a indicação do *iudex* passava ao arbítrio do pretor, que o fazia a partir do *album iudicum*.⁶⁰ Por força da lógica, também aqui o deferimento de *intertium* fazia-se necessário. E, enfim, depois da *litis contestatio*, ao julgamento se passava.

Em poucas palavras, parece ter sido esse o ofício do pretor na época formular de Roma. Seguindo um movimento natural, sua liberdade criadora foi paulatinamente substituída por generalizações e abstrações, ante a repetição dos

⁵⁹ É dessa maneira que relata Ernest Metzger, baseado principalmente no capítulo 90 da *lex Imitana*. Segundo o autor, "the interruption is made necessary by the inherent awkwardness in selecting judges: unless the parties have agreed on a person to serve and he is amenable to selection as a judge, that person cannot be appointed as judge on the spot. The person whom the parties might wish to select, or the person whom the *relectio* procedure produces, could be dead, ill, absent from the town, or have suffered a loss of status. An interruption before *litis contestatio* gave an opportunity to consider his availability to serve as a judge" (METZGER, Ernest. Interrupting proceedings *in iure*: *vadimonium* and *intertium*. *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, n.º 120, 1998, p. 217).

⁶⁰ Para esses apontamentos, veja-se METZGER, Ernest, *A new outline of the roman civil trial*, cit., p. 62.

conflitos e de suas soluções: primeiro se lhe impuseram os editos anuais (*lex Cornelia*, 67 a.C.); depois, adveio um *Edictum Perpetuum* que petrificou seus provimentos (elaborado pelo jurisconsulto Sálvio Juliano, em 117 d.C., às ordens do imperador Adriano)⁶¹; e por fim, Constâncio e Constante, por meio de suas constituições (342 d.C.), proibiram expressamente o uso das fórmulas processuais, reconhecendo, com atraso, a morte de um magistrado que há tempos já figurava apenas como relíquia dos velhos tempos. Pois fórmula e pretor nasceram e pereceram juntos.⁶²

3.2 A *condemnatio* enquanto espécie de sentença

À instauração do procedimento *apud iudicem*, com a celebração da *litis contestatio* e com a escolha de um *iudex*, sucediam-se os atos de julgamento, nestes incluídos a exposição ao juiz da *causa ex quo agebatur* (*causae coniectio*), a produção de provas e o efetivo sentenciamento. Todos esses passos estavam centrados na *intentio* formular, já que *pars formulae* expressiva da situação examinanda, ou seja, da obrigação que supostamente existia em benefício do autor e que fora descumprida pelo réu. Se fosse manifesta sua existência, o juiz tinha de condenar o requerido; caso contrário, absolvê-lo (*si paret, condemnato; si non paret, absoluito*). Por isso, era mister das partes tornar manifesta ou improvável a existência de uma obrigação descumprida (aludida na

⁶¹ Abel H. J. Greenidge consegue explicitar ainda melhor o início dessas abstrações, afirmando que o pretor, no aperfeiçoamento de seu *ius honorarium*, procedia do particular para o geral. Quando alcançado o estágio de editos, não remanesce qualquer dúvida acerca de sua preponderância sobre a simples fórmula (GREENIDGE, Abel H. J., *The legal procedure of Cicero's time*, cit., p. 89).

⁶² As seguintes observações de Arthur Engelmänn são bastantes apropriadas ao ponto: "The day finally came when the magistrate was no longer in position to command by his formula that the judge apply a principle not already known to him. The judge now would not only have known the principle but would have been independently bound to apply it, because it was part of the statutory law. The formula thus lost its significance as an expression of the law willed by the State for application to the case in hand. I regulation of the transaction there involved. (...) it was inevitable that the formula should be looked upon as an antiquated and superfluous institution and the separation of the proceeding into *jus* and *iudicium*" (ENGELMANN, Arthur, *History of continental civil procedure*, cit., p. 318).

intentio), e isso era feito por meio da produção de provas perante o *iudex*. O procedimento *apud iudicem* era todo embasado na verificação da correspondência entre *intentio* e fatos.

Para alcançar um convencimento suficientemente seguro, o juiz não se municiava apenas das alegações e das provas, mas também do auxílio de um *consilium* de jurisperitos e de seus próprios conhecimentos técnicos que, com o passar dos séculos, iam se aprimorando.⁶³ Todos esses compostos formavam a solução final do litígio: uma *condemnatio*, uma *absolutio* ou a declaração de que *rem sibi non liquere*.⁶⁴ Ao presente trabalho interessa eminentemente o primeiro desses desdobramentos: a sentença de *condemnatio*.

Antes de tudo, é importante observar que a sentença do *iudex* romano era talhada como documento escrito, apesar de a escritura não ser um de seus requisitos formais, e depois de pronta era pronunciada oralmente na presença das partes.⁶⁵ Era motivada, não obstante a motivação não ser exigência dos tempos de *ordo iudiciorum*, mas impulsionada pelo medo que tinham os juízes de contra si ser processada uma *actio si iudex litem suam fecerit*.⁶⁶

Como aponta Max Kaser já na análise interna da sentença, ela possuía 'força jurídica formal' (pois definitiva, inalterável, irrecorrível) e 'eficácia jurídica material' (pois influía na seara jurídico-material, colocando termo ao conflito e realizando concretamente o justo abstrato descrito na fórmula).⁶⁷ Nada mais era do que o resultado da cognição do juiz: se positiva (a *intentio* de fato procedia, havia uma obrigação descumprida), lapidava-se uma condenação; se

⁶³ É o que confirma Aulo-Gélio em trecho das *Noctes Atticae* (XIV, 2).

⁶⁴ O *non liquet* se dava quando, para o juiz, a causa não estava suficientemente esclarecida a ponto de assegurar uma sentença justa. Por isso, ele jurava não estar apto para decidir definitivamente o feito (Aulo-Gélio, *Noctes Atticae*, XIV, 2).

⁶⁵ Conforme apontamentos e fontes citadas por VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de historia del derecho*. Madrid: Complutense, 1995, n.º 2, p. 13.

⁶⁶ VILLAR, Alfonso Murillo, La motivación de sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 19.

negativa (o dever não existia ou, então, ele fora corretamente cumprido), uma absolvição. Mas não consistia em mero silogismo, como acreditavam noutros tempos alguns romanistas alemães: mormente porque existia uma variedade considerável de escolas jurídicas, o ofício do juiz não tinha como ficar adstrito a atuações robóticas, já que, diante de conflitantes interpretações, ele tinha de optar pela que lhe parecia oportunizar de maneira mais adequada a realização do justo concreto.⁶⁸ Como aponta Ernest Metzger, as falhas da romanística alemã nessa matéria resumem-se na crença de que o juiz só decidia fatos e nunca matéria jurídica, e que era ele absolutamente ignorante em questões técnicas.⁶⁹ Felizmente, descobertas posteriores da arqueologia andaram cada vez mais em sentido diverso.⁷⁰

Essa sentença, portanto, que não resultava de um silogismo, mas do cotejo balanceado de *intentio*, alegações, material de prova, pareceres de jurisperitos e conhecimento técnico prévio, e que decorria da detecção do descumprimento

⁶⁷ KASER, Max, *Derecho romano privado*, cit., p. 378.

⁶⁸ Dois dos mais importantes representantes da Escola Histórica do Direito, Savigny e Puchta, se opunham à participação dos juizes na construção e no desenvolvimento jurídico de Roma, posicionamento imantado de carga ideológica, como demonstra James Q. Whitman (WHITMAN, James Q. *The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: historical vision and legal change*. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 130-131).

⁶⁹ METZGER, Ernest. Roman judges, case law, and principles of procedure. *Law and history review* (separata), 2004, n.º 22/2, p. 17-18.

⁷⁰ Faz-se aqui alusão aos papiros descobertos no Egito durante o século XX, na área que fazia parte da antiga cidade de Oxyrhynchus. Como noticia H. F. Jolowicz, eles denunciavam a prática de citar precedentes adotada por diversos iudices romanos (JOLOWICZ, H. F. Case law in roman Egypt. *The journal of the Society of Public Teachers of Law*. [s.l.]: [s.n.], 1937, n. 14, p. 2). Mas quando se fala em precedentes, não se está querendo dizer que as sentenças exaradas faziam direito às futuras decisões. Nesse ponto, a doutrina tradicional parece estar correta, já que a criação do direito não era ofício dos iudices, e tanto por isso qualquer manifestação comparativa ao *case law* anglo-saxônico é no mínimo absurda. Porém, como assevera Ernest Metzger, não é impossível a existência de juizes que, após a laicização do direito e com a crescente liberdade interpretativa, pudessem optar por posicionamentos jurisprudenciais diversos, escolher para sua *sententia* uma dentre as tantas opiniões dos jurisperitos à época existentes (METZGER, Ernest, *Roman judges, case law, and principles of procedure*, cit., p. 11).

de uma obrigação, era denominada *condemnatio*, e é ela que interessa especialmente a este trabalho e compõe seu núcleo central. Por ora, o importante é analisar o que causava seu proferimento e as consequências mediatas que era capaz de engendrar na esfera processual. Sua natureza obrigacional, porém (e portanto sua substância), será objeto de apontamentos nos últimos capítulos deste trabalho.

Sendo a *condemnatio* a culminação positiva da cognição do *iudex*, apresentava não apenas a confirmação de que existia um dever, mas principalmente de que de fato ele fora descumprido pelo réu, e que assim merecia ajustes forçados. Configurava a consequência inequívoca da manifesta correspondência entre causa (*intentio*) e realidade (injusto concreto). Enquanto estivesse previsto na fórmula, por exemplo, que N.N. devesse ser condenado *caso fosse* manifesto o inadimplemento de um aluguel (uma formulação condicional), na sentença de *condemnatio*, dizia-se que N.N. *era* devedor e por isso *estava* condenado ao pagamento da quantia faltante (uma formulação imperativa) – se, por acaso, a instrução do processo pendesse nesse sentido, por óbvio.

Sobre seu aspecto externo (porque o interno, tocante à sua obrigacionalidade, será visto em ponto posterior), é pertinente lembrar que nos idos formulários toda sentença condenatória trajava vestimenta pecuniária. Isso porque o nível de abstração jurídica desses idos – consequência de uma sociedade mercantil e urbanizada, tendente a transformar todo valor em moeda – admitia como idônea a compensação em dinheiro da lesão sofrida, e por isso é possível dizer que o escopo da condenação no processo civil da época era “restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes, interrompido por abuso anterior”, como fez Angela Romano.⁷¹ A pecuniariedade da sentença assumia alguns aspectos relevantes conforme se delineasse o caso concreto, e é isso que agora será visto em breves comentários.

⁷¹ ROMANO, Angela, *Condanna “in ipsam rem” e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, cit., p. 145.

A regra era a *condemnatio certae pecuniae*, decorrente obviamente de uma *intentio* também *certae pecuniae*. De uma *intentio incertae pecuniae* (dirigida a uma *res* ou a um *facere*) nunca poderia decorrer uma *condemnatio incertae pecuniae*; era pressuposição que antes de sua prolação se fizesse a transformação da coisa ou do fazer em dinheiro (Gaio, *Institutiones*, IV, 48), e isso era feito por meio dos expedientes de estimação da lide (antigo *arbitrium liti aestimandae*, que com o tempo transformou-se em incumbência do próprio julgador, sobretudo depois da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e da conseqüente fusão entre *iudex* e *arbiter*). O momento dessa transformação, portanto, postava-se depois da cognição judicial completa e antes da exarcação da sentença de *condemnatio*, e tinha por limitações as seguintes circunstâncias: (a) havia fórmulas que previam um máximo do qual o julgador não podia ultrapassar na estimação da lide (*taxatio*), sob pena de *litem suam facere*; (b) noutros casos, o *iudex* estava investido de ampla liberdade para quantificar o objeto da demanda, e devia fazê-lo com fundamento na boa-fé (*ex fide bona*) e na eqüidade (*bonum et aequum*);⁷² (c) e, enfim, havia hipótese em que a estimação e a conseqüente condenação deviam ser feitas *in id quod facere potest*, isto é, limitada naquilo que fosse a concreta possibilidade do réu em prestar com efetividade o que devia para o autor, sem onerá-lo para além de suas capacidades.⁷³

O procedimento de estimação da lide poderia ser evitado se, na fórmula, constasse a expressão *nisi restituetur* ou *neque restituetur*, que ensejava ao réu que restituísse a própria

⁷² É o que consta nas *Institutas* de Justiniano (4.6.30): *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actore oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnati* ("mas nas ações de boa-fé se entende que se atribui ao juiz a livre faculdade para estimar, segundo o bom e o eqüitativo, quanto se deva restituir ao autor. No que se compreende também que se a sua vez deve o autor pagar alguma coisa, feita a compensação, deva ser ordenado pelo resto contra quem se reclamou").

⁷³ Assim noticia GUARINO, Antonio. *La condanna nei limiti del possibile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1978, p. 8.

coisa antes da quantificação pecuniária e da exaração da *condemnatio*. Diante de dita cláusula (também denominada *arbitraria*), o juiz podia exarar uma ordem (*pronuntiatio*) para a entrega específica da *res*; somente se desobedecida é que a sentença era prolatada (I, 4.6.31). Operada a restituição, a sentença era de *absolutio*, excetuadas custas e penas processuais, que corriam por conta do réu.⁷⁴

Verificada a causa do proferimento de uma *condemnatio* e também seu revestimento exterior, cabe ainda neste ponto inquirir sobre as consequências mediatas que na esfera processual seu descumprimento era capaz de gerar, e aqui assoma apropriado tecer algumas rápidas considerações sobre a execução de sentença da época formular. Em idos remotos, já a regra decenviral (Lei das XII Tábuas, III, 1-3) estabelecia que, passados trinta dias da sentença sem seu cumprimento voluntário, o autor poderia comparecer em juízo e requerer o início da execução. A disposição – que tratava da *manus iniectio* – parece ter perdurado imune ao tempo: a *actio iudicati* (execução da época formular) também pressupunha a passagem dos mesmos trinta dias.

Perante o pedido do autor, o executado podia assumir alguma das seguintes condutas: (a) ceder voluntariamente seu patrimônio ao credor (*cessio bonorum*), usufruindo dos benefícios da *condemnatio in id quod facere potest*;⁷⁵ (b) submeter-se passivamente à execução, que era coordenada pelo pretor e se baseava na *bonorum venditio*;⁷⁶ (c) ou contestar a existência do título executivo, determinando a inauguração de um novo *iudicium* cognitório que poderia resultar ou na

⁷⁴ Essa é a opinião dos sabinianos, baseada no brocardo *omnia iudicia absolutoria esse* (Gaio, *Institutiones*, IV, 114), que garantiu sucesso frente ao entendimento dos proculeianos.

⁷⁵ O devedor só teria seus bens constritos nos limites que pudesse suportar, sem que seus mínimos meios de sobrevivência fossem prejudicados (D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, cit., p. 164).

⁷⁶ No processamento da *bonorum venditio*, o pretor expedia quatro diferentes ordens: em primeiro lugar, outorgava ao credor o poder de se apossar dos bens do devedor (decreto de *missio in bona*, mas com posse meramente conservadora e

acolhida de seus argumentos, ou numa nova *condemnatio*, mas, desta vez, dobrada (litiscrescência, *in duplum*) pela negação falsa de uma dívida de fato existente.⁷⁷

É pertinente aludir que a radicalidade da *bonorum venditio* foi se amainando com o passar dos anos. Conta-se que por volta do ano 100 d.C., um *senatusconsultum* de Nerácio introduziu o procedimento da *distractio bonorum*, consistente na venda de bens singulares até que satisfeitos os créditos existentes. O então novel procedimento era centrado na figura do *curator bonorum* (administrador interino dos bens) e excluía de pronto a venda universal do patrimônio do executado.⁷⁸

4 Da *Damnatio à Condemnatio*

Como se vê, a existência de uma sentença de *condemnatio* era pressuposto ao processamento de posterior execução, mas isso não quer dizer que sua mera presença fosse suficiente. A *actio iudicati*, em verdade, tinha como causa uma condenação descumprida, e não apenas uma sentença condenatória; seu elemento determinante, portanto, era a *desobediência à*

administradora dos bens, *rei servandae causa*); depois, determinava que os credores se reunissem e elessem quem procederá à venda do patrimônio (o *magister bonorum venderorum*); a seguir, autorizava a venda; e, por fim, ordenava que a universalidade fosse transferida ao comprador depois que sua venda houvesse sido feita (Gaio, *Institutiones*, III, 79). Entre a primeira e a segunda ordens pretorianas, incumbia ao credor dar publicidade da tomada da posse e de sua futura alienação (ato chamado de *proscriptio*), para que a universalidade de credores do mesmo devedor se habilitasse ao recebimento da parcela que lhes incumbisse. De se assinalar, ainda, que o dinheiro da venda era repassado ao *magister*, que o dividia equitativamente entre os credores, de acordo com a quota de cada um.

⁷⁷ A possibilidade de oposição à execução (*infutatio*) desdobrou-se historicamente da figura do *vindex* arcaico, que adentrava na relação processual enquanto garante, excluía o réu do feito e tomava seu lugar, já naquela época sujeito a uma sentença com *duplum* de *condemnatio*. Extirpado o *vindex* e universalizada a possibilidade de defesa própria do réu (com o desenvolvimento da chamada *manus injectio pura*, em que o réu se colocava como *vindex* de si mesmo, *manum sibi depellere et pro se lege agere*), especialmente depois do advento de uma *lex Vallia* (Gaio, *Institutiones*, IV, 25), remanesceu a oportunidade de o executado se opor diretamente ao título executivo (ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 43-44).

⁷⁸ ENGELMANN, Arthur, *History of continental civil procedure*, cit., p. 380.

sentença, não só a existência dela. Basta referir que na prática processual nem sempre uma *condemnatio* gerava uma execução, pois ao réu era facultado efetuar o pagamento da soma pecuniária nos trinta dias que se seguiam (Lei das XII Tábuas, III, 1-3). A sentença de condenação daqueles tempos, portanto, não pode ser definida como aquela que gerava posterior execução.

Por outro lado, dizer que ela consistia em mera declaração é insuficiente. É certo que o reconhecimento de uma obrigação não cumprida era seu pressuposto, mas essa não parece ter sido sua finalidade. Tal seria desprezar o espírito prático do qual estiveram imantados todos os instrumentos processuais formulares e considerar a verdade como sendo o escopo do processo romano, e não imediatamente a realização do justo concreto. Ter-se-ia um procedimento voltado exclusivamente à cognição do juiz, que exararia declarações sem estabelecer qualquer liame direto com a situação concreta. Se no processo civil hodierno já se tecem sérias reticências a concepções da estirpe, imagine-se o absurdo de interpretar-se dita realidade como sendo a do processo de Roma, que – como sabido – era desligado da noção de direitos subjetivos e voltado para a praticidade de seus instrumentos.

É preciso descer da superfície à profundidade da *condemnatio*, e isso passa necessariamente pelo prisma histórico-evolutivo do instituto. De plano, e dado o *imperium* de que se revestia a atuação do *iudex* (afinal, ele o recebia do pretor por meio da cláusula formular que “coincidentemente” Gaio chamou de *condemnatio*), a sentença condenatória parece ter sido um ‘pronunciamento que submetia’. É o que se poderá confirmar na evolução da *damnatio* para a *condemnatio*, a ser abordada nas próximas linhas, desenvolvendo este que é ilustração e consequência da laicização institucional de Roma e da paulatina dessacralização da prática dos magistrados.

Nessa linha, parece ter sido a tendência expansionista dos romanos o elemento que mais contribuiu para o desenvolvimento de suas instituições. A partir do século V a.C.,

quando Roma estabeleceu contatos mais constantes com outros povos e encetou a conquista de territórios que a cercavam (mais como forma de proteger-se das agressões externas do que para suprir anseios de domínio),⁷⁹ influxos culturais estrangeiros adentraram pelas portas frontais da cidade, infirmoando pouco a pouco os antigos mitos tribais e racionalizando a visão-de-mundo de seu povo. A erupção do desenvolvimento parece ter culminado no século IV a.C., quando tornaram-se fortes as influências helênicas e a consequente adoção do método dialético, baseado no estudo dos tipos (gêneros e espécies), via distinção e síntese, e dos princípios que os governam.⁸⁰ Toda essa contingência evolutiva trouxe a Roma o cosmopolitismo do mundo antigo, fazendo com que a religião assumisse um papel secundário e que em seu lugar exsurgissem institutos que se justificavam não mais pela sacralidade, mas por encontrarem sua origem e seu fim na soberania do *populus Romanus*.⁸¹

Desse entremeio evolutivo, pode-se destacar alguns institutos jurídicos que especialmente interessam a este trabalho, e que também sofreram e sentiram em sua essência os efeitos da secularização operada em Roma. Despidos de suas vestes sacrais, alguns deles se extinguíram, outros se adaptaram, e outros, ainda, lograram ser mantidos praticamente

⁷⁹ Basta lembrar, como faz André Piganiol, que Roma iniciou protegendo-se de pequenos povos das cercanias (como os montanhese), para depois se atirar em combates contra civilizações maiores (e.g. a Etrúria), sempre saindo-se vitoriosa, anexando os territórios de seu entorno (PIGANIOL, André, *Histoire de Rome*, cit., p. 50-51). Sobre as conquistas de maior expressão nos últimos séculos da República, veja-se ROSTOVITZEF, Mijail. *Historia social y económica del Imperio Romano* (trad. Luis López-Ballesteros). Madrid: Espasa Calpe, 1998, t. 1, p. 31-101.

⁸⁰ As considerações podem ser achadas em obra de Fritz Schulz, que ainda acrescenta ter sido a dialética o principal vetor de transformação da jurisprudência romana em ciência sistemática (SCHULZ, Fritz, *History of roman legal science*, cit., p. 62-68).

⁸¹ Como bem leciona Fergus Millar, ressalta aqui o poder crescente e influente das assembléias populares durante o período republicano (aprovação de leis, eleição de magistrados e judicatura nas *comitia centuriata* e *comitia tributa*), em equípotência aos líderes e ao Senado, circunstância que acabou permitindo que Roma tivesse muito dos elementos democráticos apresentados pela Atenas clássica (MILLAR, Fergus. *The political character of the Classical Roman Republic, 200-151 B.C.* *The Journal of Roman Studies*, 1984, v. 74, p. 2).

nos mesmos trajes que o arcaísmo lhes envolvia, conforme estivessem ou não enroscados à religião. E nesse sentido, já que elementos vinculados à lapidação da *condemnatio* formular, proceder-se-á à análise do destino dado à *damnatio* arcaica, das novéis ações da lei e do primeiro uso de sentenças *cum damnatio*.

Na época arcaica da história romana, a *damnatio* representava a 'garantia por submissão' aos deuses e ao credor de que certas promessas proferidas solenemente (via *nuncupatio*) seriam cumpridas, sob pena de coação particular do credor (*manus iniectio*). Como se viu anteriormente, a publicidade das promessas e da garantia à sua realização (*damnatio*) era avalizada pela solenidade do ato e pela presença de testemunhas, de maneira a submeter o devedor à efetivação do que prometera ou à coerção religiosa e creditória exercida pelos beneficiários da declaração em caso de não cumprimento.

Essa concepção de *damnatio* como garantia e submissão coaduna perfeitamente às observações de alguns estudiosos que se detiveram em investigar as origens da *obligatio* romana. Na época arcaica, segundo eles, uma outra espécie de vínculo conectava os sujeitos e se caracterizava principalmente pela religiosidade e pela sujeição pessoal do devedor ao credor. Essa 'obrigação primitiva' (se assim possa ser dito) expressava unicamente a idéia de afetação de pessoas como garantia ao cumprimento de uma prestação;⁸² ela se restringia, portanto, a garantir o cumprimento do que fora prometido. Como bem resume Giovanni Pugliese, tratava-se de vínculos conectados imediatamente a um 'resultado': permaneciam indefinidamente se esse 'resultado' não se verificasse, e se dissolviam, com a conseqüente liberação

⁸² BARREIRO, Alejandro Fernández. Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico. In: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 29.

do sujeito passivo, se o 'resultado' se desdobrasse.⁸³ Eram relações com eficácia diretamente coercível sobre a pessoa do submetido, e por isso podiam dar ensejo imediato à *manus iniectio*.⁸⁴ Falar de *damnatio*, assim, é o mesmo que falar dessa primitiva obrigação, caracterizada pela garantia ao cumprimento de promessas via submissão do próprio promitente.

É nítido que a *damnatio* tirava sua razão de ser da *nuncupatio*: ela existia para garantir que as promessas proferidas solenemente seriam cumpridas. O passar do tempo, porém, fez com que a *nuncupatio* se esvaziasse de sentido, pois a religião romana que a imantava pereceu diante dos contatos de Roma com outras culturas, com o crescimento da cidade e com o florescimento de novas percepções da realidade. Esvaziada a *nuncupatio*, esvaziou-se a *damnatio*. Cedeu pouco a pouco à noção de obrigação como "vínculo ideal", a significar que o *obligatus*, para dela se libertar e não ser submetido à servidão corporal, devia proceder simplesmente à prestação do devido;⁸⁵ a garantia deixava de ser o centro do vínculo interpartes. Como bem resume Arnaldo Biscardi, a obrigação não mais era uma ou outra das figuras de sujeição materialística do indivíduo em garantia de um comportamento devido, sujeita à discricionariedade do credor; ela passava a ser, ao contrário, um *vinculum iuris*, ou seja, uma relação jurídica meramente ideal.⁸⁶

⁸³ PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 140.

⁸⁴ BARREIRO, Alejandro Fernández, *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico*, cit., p. 30.

⁸⁵ Giovanni Pugliese oferece passagem pertinente sobre o ponto, ao ensinar que o *obligatus*, "per liberarsi dal vincolo ideale e non vederlo convertirsi in asservimento corporale, *aveva la necessità*", non solo sul piano psicologico, ma anche su quello giuridico, di procurare la "prestazione" al "creditore". E "avere la necessità" aveva cominciato a essere tecnicamente indicato come *oportere*" (PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 141).

⁸⁶ BISCARDI, Arnaldo. La genesi del concetto classico di "obligatio". In: BISCARDI, Arnaldo et alii. *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 25.

A iniciar pelas primeiras aparições de *sponsio* na Lei das XII Tábuas, o golpe fatal à predominância da garantia (e, por conseguinte, do reinado da *damnatio*) adveio com a *lex Poetelia Papyria*, em 326 a.C., fazendo prevalecer o *debitum* como essencial ao vínculo obrigacional e enxergando as garantias pessoais e reais como mero reforço da obrigação. Diz-se que esse diploma representa “il colpo di grazia” da primitiva *damnatio*, ao passo que foi o prelúdio da posterior jurisprudência republicana e clássica no que tange à nova construção dogmática das relações obrigacionais como tais.⁸⁷ A *damnatio* cedia espaço mais e mais à *obligatio*.⁸⁸

Não se sabe com plena certeza de que maneira a *damnatio* foi incorporada ao processo civil de modo a ensejar o posterior surgimento de sentenças *cum damnatio* e depois de *condemnatio*. O estudo da evolução do processo, contudo, oferece algumas pistas desse desenvolvimento, mormente por ser ele instrumento da realização concreta do justo abstrato e por isso em intenso câmbio.⁸⁹

A presença de sentenças condenatórias na época arcaica – tal qual lapidadas no período formular – era incerta e até mesmo improvável.⁹⁰ Elas só passaram a existir com a laicização do direito e coincidem exatamente à mutação

⁸⁷ BISCARDI, Arnaldo, La genesi del concetto classico di “obligatio”, cit., p. 26.

⁸⁸ Prova do que se diz é a própria abolição da *manus iniectio ex damnatio*, também por obra da *lex Poetelia Papyria*. Esse diploma legal – no mesmo contexto de introdução da *obligatio* – extirpou do processo civil a execução pessoal, proibiu a escravidão, o flagelo corporal e a morte como decorrência de dívidas, e eliminou, assim, a possibilidade de execução *ex damnatio*, exigindo cognição judicial anterior para que a *manus iniectio* pudesse ser processada.

⁸⁹ Como afirma Abel H. J. Greenidge, “procedure is always a symbolic manifestation of right”: direito material e processo evoluem em ritmos distintos, de modo que o desenvolvimento do processo, por sua natureza instrumental, é o indicio mais aparente do desenvolvimento do direito material (GREENIDGE, Abel H. J., *The legal procedure of Cicero's time*, cit., p. 3-5).

⁹⁰ Diz Pugliese sobre o ponto: “nel processo per formulas la *condemnatio* del convenuto soccombente era normale; nelle *legis actiones* invece l'esistenza di una *condemnatio* non è precisamente attestata e quindi è incerto se essa trovasse luogo in tutte le *legis actiones* contenziose o solo in alcune o solo a partire da una certa epoca” (PUGLIESE, Giovanni, *Il processo civile romano: le legis actiones*, cit., p. 25, nota 31).

do termo *damnatio* para *condemnatio* – prova, aliás, de que as palavras não sofrem modificações arbitrárias, mas acompanham o caminhar evolutivo das sociedades, e, por estarem imersas no todo cultural, experimentam mudanças paralelas, relacionadas e concomitantes às mutações gerais. O juízo das *legis actiones* resultava da *legis actio sacramento*, e consistia em decisão de um julgador inspirado por deuses que dizia se certa conduta estava ou não em conformidade ao direito reconhecido da época. Seu escopo não era o adimplemento de deveres descumpridos, e sim a punição dos sujeitos que houvessem jurado em falsidade perante as deidades citadinhas.⁹¹ Nos primeiros tempos, as partes respondiam com seu próprio corpo depois de ofertado juramento (*per Iovem lapidem*), e o sucumbente tornava-se *homo sacer*, sujeito a sacrifício (*sacer facio*) para apaziguamento da ira divina.⁹² Seguindo a dinâmica evolutiva do *iudicium*, em pouco tempo (ainda na época da Monarquia), a garantia pessoal foi substituída pelo depósito expiatório (*piaculum*) de animais e depois pelo cobre, para, nos tempos decemvirais – com o assentamento do sistema capitalista romano e com o aparecimento das moedas (leis do século V a.C.) –, ter-se de depositar quantia pecuniária. No período helênico, o *piaculum* transformou-se em mera *poena*, o que demonstra, de certa forma, a decadência do *sacramentum* e de todo o universo de ações da lei frente à laicização das instituições.

É que as conquistas bélicas, o crescimento de Roma e o corte entre religião e direito surtiram efeitos imediatos também na realidade das *legis actiones*, de maneira a minorar paulatinamente a relevância da *legis actio sacramento* e oportunizar o nascimento de novos instrumentos processuais, bem melhor adequados aos novos tempos. Nesse sentido,

⁹¹ Indica Albanese que “un tal meccanismo rinviava ad una fase storica nella quale la soluzione delle liti non si cercava attraverso criteri di indagine razionale e tecnico-giuridica, bensì attraverso mezzi volti a stabilire la conformità, o non conformità, alla volontà divina, d'una affermazione controversa” (ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 11).

⁹² MEIRA, Sílvio A. B., *O homo sacer no antigo direito romano*, cit., p. 94-96.

a época das XII Tábuas, na senda da introdução da moeda (nota 31), gerou o novel expediente do *arbitrium liti aestimandae*, que consistia na indicação de um *arbiter* (no sentido de 'perito') e na transformação de uma *res* ou de um *facere* em pecúnia. Originariamente, o procedimento era externo ao *sacramentum* e à *manus iniectio*, mas servia de ponte para que a execução pudesse ser processada. A *aestimatio* era contratada pelo litigante vencedor, que, sob a obrigação de executar por quantia certa, tinha de transformar a "coisa" ou o "fazer" em dinheiro.

Aos poucos, essa e outras circunstâncias foram internalizando a *aestimatio* e determinaram o surgimento de uma nova ação da lei: a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, criada por uma das *leges Licinniae Sextae* (século III a.C.), tendo em tempos iniciais a participação de um *arbiter* e posteriormente de um *iudex*. Diz-se que essa *legis actio* é amostra exemplar da dessacralização que a época portava ao direito romano, sobretudo porque foi a pioneira em introduzir a importante figura do *iudex*, na senda da recente criação do magistrado pretório (367 a.C.) e da abertura das fórmulas processuais ao estudo de jurisconsultos profanos (D. 1.2.2.7). Ao contrário da *legis actio sacramento*, a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, além de utilizar-se do *iudex*, estava desprovida de quaisquer valorações sacrais, não obstante ainda perdurar a formalidade de pronunciarem-se palavras solenes (*certa verba*) à sua admissibilidade. O *sacramentum*, por seu turno, mais e mais diminuía de importância, restando relegado a simples pena patrimonial, como já se viu anteriormente.

O juízo que essa nova ação da lei engendrava era absolutamente direto: pronunciava-se a existência ou a inexistência de uma obrigação violada, e de já lançava-se mão, pela primeira vez na história processual romana, de uma legítima *condemnatio pecuniária*.⁹³ Se, de fato, a condenação como

⁹³ Complementa bem Gioffredi: "erede dell'*arbitrium* inteso alla valutazione della pretesa, essa non si chiude con una pronuncia di valore puramente formale, come il

sentença era consequência lógica do exercício dos poderes decisórios outorgados ao *iudex* e por isso pressupunha que seu ato final estivesse revestido de império e autoridade, tal só poderia ser possível em tempos que estivessem destituídos das permeações religiosas e que fornecessem uma noção mínima de Estado, de maneira que um juízo direto e imperativo fosse de possível exarcação. A *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* parece ter oferecido de forma pioneira todas as condições para que uma sentença da estirpe pudesse ser proferida.

Resuma-se o que até aqui foi dito. O desenvolvimento de Roma, a partir do século V a.C., surtiu efeitos tanto na seara material quanto na seara processual do direito. A influência da religião nas instituições não era mais a mesma, e a noção de *populus Romanus* fortificou-se pouco a pouco de modo a ocupar as lacunas que a secularização deixava. Especialmente no que interessa, e como decorrência dessa evolução cultural, o plano material do direito observou a paulatina substituição da idéia de 'obrigação como garantia' (*damnatio*) pela idéia de 'obrigação como vínculo ideal' (*obligatio*), de forma a fazer prevalecer o liame interpartes e tornar acessória a asseguuração de sua regular manutenção.

Por sua natureza instrumental, o processo teve de acompanhar esse desenvolvimento jurídico-material. A antiga *legis actio sacramento*, por mais que tivesse sofrido modificações para se adaptar à nova contingência, não estava mais dando a resposta apropriada à realização dessas novéis obrigações descumpridas. E não era de se esperar algo diferente: sua formação era adequada aos vínculos com índole religiosa, em que o centro era a garantia, e não o débito. Daí que se explica o surgimento da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, primeira ação da lei a patrocinar de forma mais completa a realização desses novos liames, a adiantar a

sacramentum iudicare, ma con la *condemnatio pecuniaria*, che a quella pretesa dà diretta soddisfazione: il giurato non soltanto *iudicat*, ma, con ciò stesso, *condemnat*" (GIOFFREDÌ, Carlo, *Diritto e processo nelle antiche forme romane*, cit., p. 168).

própria formação do processo formular dos tempos clássicos. Não é à toa que a *lex Poetelia Papyria*, por consagrar a noção de *obligatio* e excluir a escravidão por dívidas, aboliu em absoluto a execução *ex damnatio*, seja porque o sumiço da *nuncupatio* não lhe dava mais razão de existência, seja porque a 'obrigação como garantia' cedia espaço à 'obrigação como vínculo ideal', e daí, por já não existir a força da garantia e a *manus iniectio* eminentemente particular, impunha a necessidade natural de proceder-se a uma cognição judicial prévia que desse azo ao conhecimento da obrigação e de seu descumprimento.

A universalização da necessidade de cognição prévia deu-se basicamente pelo perecimento da 'obrigação como garantia': a *damnatio* – que era uma de suas espécies e que ensejava, particularmente, uma *manus iniectio* direta, sem *iudicium* anterior – cedeu lugar à noção de 'obrigação como vínculo ideal', e seu poderio de submeter antecipadamente o devedor ao cumprimento de suas promessas assim desapareceu da praxe jurídico-material. No mesmo passo, a declaração do juiz passou a substituir a certeza religiosa fornecida pela *nuncupatio*, e a execução não podia mais ser realizada privadamente pelo credor, mas tão-somente sob a condução estrita e atenta do magistrado pretório. Todos esses elementos explicam, de alguma maneira, por que a *damnatio* deixou de existir, ao passo que fornecem indícios de como ela teria sido absorvida pelo processo e mais tarde se desenvolvido em sentenças de *condemnatio*.

Mas não há como saber com absoluta certeza de que maneira a *damnatio* tornou-se *condemnatio*. Na linha recém-esboçada, cabe suscitar uma hipótese prática: que os julgadores romanos desenvolveram o costume de expressar a força de submissão que suas sentenças possuíam por meio do vocábulo *damnatio*; seriam, assim, sentenças *cum damnatio*, com submissão do réu ao *populus Romanus*.⁹⁴ Veja-se bem que o

⁹⁴ Como já mencionado em linhas anteriores, a noção de *populus Romanus* de alguma forma substituiu o papel da religião nas instituições de Roma, com importantes desdobramentos no âmbito do direito.

uso da palavra não sofreu essencial modificação: ela continuou representando a idéia de submissão do devedor ao cumprimento do prometido, e prosseguiu sendo proferida solenemente, mas agora pelo *iudex* e perante as partes e eventuais terceiros que assistissem ao julgamento. Ao revés de submeter o devedor à religião e aos castigos sacrais pelo inadimplemento, a presença de uma *damnatio* na sentença (ou de uma sentença *cum damnatio*) o submetia ao *populus Romanus* por consequência da determinação judicial: se descumprisse a sentença, estaria em desrespeito à soberania do povo de Roma, mormente pela dose de *imperium* que vinha repassada ao julgador através da fórmula.

A conclusão aportada é coincidente a certas observações de Carlo Gioffredì, que assim enxerga a *condemnatio*: “se trata antes de ‘responsabilidade’, do vínculo que nasce da *litis contestatio*, o qual porém não se concretiza numa *obligatio*: com a *litis contestatio* o réu não se empenha a um comportamento qualquer, mas este nasce, ao revés, de uma sanção social”.⁹⁵ Essa interação entre *condemnatio* e *litis contestatio* restará melhor analisada no capítulo seguinte, quando o objetivo precípua será analisar ambos os institutos sob os entendimentos bosquejados até agora.

Por ora, resume-se que a *condemnatio* sentencial submetia o réu ao cumprimento da determinação do *iudex*, detectada que estava a correspondência entre *intentio* formular e fatos de maneira a revelar que uma obrigação concreta fora desrespeitada. Por outro lado, ela servia de garantia ao crédito do autor, pois, de alguma maneira, o justo concreto seria preservado: ou pelo cumprimento voluntário da sentença, ou pela execução, se passados trinta dias. A submissão aqui mencionada, contudo – por força da *humanitas*, representada com força máxima na *lex Poetelia Papyria* –, não dizia com o corpo do devedor, mas com seu labor e mais normalmente com seus bens.

⁹⁵ GIOFFREDÌ, Carlo, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, cit., p. 159.

5 *Condemnatio* e *Litis Contestatio*

A *condemnatio* formular foi fruto de uma evolução paulatina da *damnatio* arcaica, de maneira que alguns de seus aspectos originais se mantiveram e outros se adaptaram e se moldaram com o passar dos séculos e com o desenvolvimento da civilização romana. É o que se viu até agora, sobretudo para aquilo que contribui à análise do aspecto interno da condenação do processo *per formulas*. Tomando-se por pressuposto as conclusões dos pontos anteriores, algo mais pode ser dito sobre a feição da *condemnatio*, e isso a partir do estudo de sua relação com a *litis contestatio*, conforme larga interpretação da romanística, ainda que ao fim e ao cabo vá se discordar do posicionamento adotado pela maioria.

Os estudiosos costumam extrair das *Institutiones* de Gaio a índole obrigacional da *condemnatio*, na qual ela recebe menção na condição de relacionada à solenidade da *litis contestatio* (III, 180): *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri réus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicat teneri. Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitore oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere* ("a extinção de uma obrigação é também efetuada pela *litis contestatio*, ao menos quando estatuído um *iudicium legitimum*. Então, a obrigação original é dissolvida, e uma nova obrigação é imposta ao réu, por causa da *litis contestatio*. Mas se ele é condenado, a obrigação exurgente da *litis contestatio* é desconsiderada, e uma nova obrigação surge do julgamento. Como diziam os antigos juristas, antes da contestação da lide o devedor deve dar, depois da contestação da lide deve ser condenado, e depois da condenação deve cumprir o julgado").

Antes que se examine a relação havida entre os institutos, há que se dar breves pinceladas sobre o conceito de *litis contestatio*. A doutrina mais tradicional, com assoreamento básico nas obras de Friedrich Keller e Moriz Wlassak, enxergava-a como espécie de contrato, firmado por autor e réu, e de necessária celebração para que o processo *apud iudicem* pudesse ser instaurado. Como bem resume Giovanni Pugliese – um aderente da tese clássica –, a *litis contestatio* resultava de um acordo entre as partes, que consistia na proposta da fórmula por parte do autor e na sua aceitação por parte do réu.⁹⁶ Segundo ele, o instituto estava imantado de natureza contratual privatística por conta de três fatores: seu caráter negocial, a natureza arbitral do *iudex* e a feição privada de alguns outros atos que a ele sucediam.⁹⁷

Esse posicionamento, porém, foi também rechaçado ao longo do último século. Uma das vozes mais autorizadas a lhe fazerem oposição saiu de Fritz Schulz, ao apontar ser equivocado raciocinar o processo e o direito romano de acordo com institutos hodiernos (*id est ver a litis contestatio* como se um *contractus* fosse).⁹⁸ Também é erro imantar o *iudex* de um caráter arbitral que ele não possuía. Segundo Schulz, “o *iudex* pode ser equiparado a um árbitro, mas a um árbitro especial, isto é, um árbitro autorizado pelo magistrado e, por conseguinte, um delegado deste”.⁹⁹ Para complemento, basta lembrar que os *iudices* romanos eram prováveis componentes

⁹⁶ PUGLIESE, Giovanni. Processo privato e processo pubblico: contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Milano, 1948, v. 3, p. 67.

⁹⁷ Idem, p. 68-70.

⁹⁸ “La teoría de Wlassak es sostenida con argumentos endebles, con interpretaciones faltas de crítica y con deducciones incorrectas” (SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 15).

⁹⁹ SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 15-16. A função judicativa era um múnus público: por ser imprescindível à cognição e à solução da demanda, não importava a individualidade da pessoa investida, mas tão-somente que fosse capaz de resolver da melhor maneira o litígio; e tanto era assim que o pretor podia substituir o titular quantas vezes fossem necessárias, até que achasse um que exercesse as funções com o apuro exigido.

do conselho do rei e, como continuação histórica, do próprio Senado de Roma.

Quanto aos outros dois fatores que Pugliese aponta como sendo evidências da natureza contratual-privatística da *litis contestatio* (o caráter negocial e a feição privada de atos sucessivos), algo mais pode ser dito. É certo que o procedimento *apud iudicem* só podia ser instaurado se ambas as partes estivessem presentes, mas isso não quer dizer que inexistissem maneiras de fazer com que a marcha processual prosseguisse. O *indefensus* das *actiones in personam* (aquele que se negava a concluir a *litis contestatio*) podia ser conduzido à força (*ductio*) à casa do autor para daí decidir se aceitava a fórmula ou se trabalhava para pagar a dívida quantificada no decreto do magistrado. A partir do século II a.C., a *ductio* foi substituída pela *missio in bona*, atribuindo-se a posse dos bens do *indefensus* ao autor e procedendo-se via imediata execução (*actio iudicati*).¹⁰⁰ Noutras palavras, aquele que não aderira à fórmula e não participava da *litis contestatio* estava admitindo que as alegações do autor eram verdadeiras, fato que dispensava a instauração do procedimento *apud iudicem* e ensejava a execução. Não se pode falar, portanto, que a *litis contestatio* era um contrato, visto que a não aderência do requerido à fórmula trazia sanções: o reconhecimento das alegações autorais, a supressão do procedimento cognitório e a imediata execução via *actio iudicati*. Ademais, não é correto imputar como inteiramente privadas as atuações que sucediam à *litis contestatio*. No período formular, toda conduta das partes era regulamentada pela autoridade investida de *imperium*, através de leis ou de ordens suas.

Na verdade, a *litis contestatio* pouco ou nada possuía de contratual. Era apenas um momento de transição do procedimento *in iure* ao procedimento *apud iudicem*.¹⁰¹ Certamente

¹⁰⁰ CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*, cit., p. 170-175. Cf. também Gaio, *Institutiones*, III, 79.

¹⁰¹ SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 14.

abarcava desafios mútuos e assinalava que ambos estavam dispostos a litigar; “mas apenas em sentido impróprio se poderia dizer que ambos estavam ‘de acordo’ sobre a constituição da lide; seu agir era um agir conservatório, necessário para que fosse alcançado determinado fim: qual seja, o acerto da demanda”.¹⁰² Ainda que, no período arcaico, ela estivesse revestida de maior solenidade (já que então era ato de caráter tipicamente religioso, como demonstram certas passagens da obra *De verborum significatione*, escrita por Festo), a *litis contestatio* jamais teve feições contratuais. Era simplesmente a instauração do contraditório através da exposição das pretensões inconciliáveis (*litis*), com a invocação de testemunho (*cum testatio*) para incutir solenidade ao ato.¹⁰³ Secularizado o direito de Roma e maximizada a escritura, prescindível tornou-se a presença das testemunhas, e a *litis contestatio*, então, perdurou como simples momento de transição entre procedimentos *in iure* e *apud iudicem*.¹⁰⁴

A visão tradicional de ter-se a *litis contestatio* como um contrato também surtiu consequências no tangente ao estudo de seus efeitos; e aqui já se adentra no problema central deste capítulo: a análise das relações havidas com a *condemnatio*, tendo como ponto de partida o trecho gaiano citado linhas acima (*Institutiones*, III, 180). Dentre outros menos importantes, os principais efeitos da *litis contestatio* que a doutrina tradicional costuma apontar são três: o conservativo, o preclusivo e o extintivo-novatório. Os dois primeiros receberão abordagem resumida, pois é o terceiro que porta maior relevância e relação com a *condemnatio*.

Em primeiro plano, a *litis contestatio* assinalava que o conflito estava sendo colocado à apreciação de um terceiro

¹⁰² GIOFFREDÌ, Carlo, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, cit., p. 153.

¹⁰³ A obra de Festo foi consultada da edição de BRUNS, Carolus Georgius. *Fontes iuris romani antiqui*. Tübingen: Lauppiana, 1871, p. 180.

¹⁰⁴ GREENIDGE, Abel H. J., *The legal procedure of Cicero's time*, cit., p. 244.

imparcial a cuja decisão ambas as partes obrigatoriamente submeter-se-iam. Diz-se que tal efeito era 'conservativo', já que determinava a dedução da controvérsia ao juízo (*rem in iudicium deducere*), vetava quaisquer modificações que se quisesse efetuar na fórmula e fazia da discussão o objeto de uma decisão.¹⁰⁵ Noutros termos, a *litis contestatio* assinalava que as partes aceitavam os termos da fórmula, a indicação do juiz e a instauração do procedimento consequente.

Estando a *res in iudicium deducta*, o objeto do litígio se tornava pendente de decisão do *iudex*, que era incorporado como parte na relação processual, de modo, inclusive, a fazer sua a lide (*litem sua facere*) nos casos de patente erro e/ou injustiça. Mas a influência de um terceiro imparcial só poderia se dar uma única vez sobre um mesmo conflito; a *causa actionis*, a partir da celebração da *litis contestatio*, não poderia ser repetida, e a esse efeito se atribuiu o nome de 'preclusivo'. É o que se conhece pelos brocardos latinos *bis de eadem re agere non licet* ou apenas *ne bis in idem*. Em suma, só se podia litigar uma única vez por uma mesma causa.

Enfim, o terceiro efeito que a doutrina tradicional costumava imputar à *litis contestatio* é o chamado 'extintivo-novatório', e baseia-se principalmente na passagem de Gaio em que uma hipotética linha de obrigações está descrita. Era entendimento do jurista que a litiscôntestação tinha a capacidade de extinguir uma *obligatio* anterior e determinar a formação de uma nova (a *condemnari oportere*, i.e. a obrigação de ser condenado), que só seria substituída com o advento da sentença, formadora de uma outra obrigação (a *iudicatum facere oportere*, i.e. o dever de cumprir o julgado). Relembre-se o trecho gaiano que melhor resume a idéia (*Institutiones*, III, 180): *Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitore oportere, post litem contestatam condemnari*

¹⁰⁵ CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*, cit., p. 165.

oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere ("como diziam os antigos juristas, antes da contestação da lide o devedor deve dar, depois da contestação da lide deve ser condenado, e depois da condenação deve cumprir o julgado"). Em suma, a linha obrigacional descrita por Gaio possui dois momentos extintivos-novatórios: (i) o momento em que a obrigação anterior é extinta e substituída pelo dever de condenar; (ii) e o momento em que o dever de condenar extingue-se e dá lugar à sentença de *condemnatio*, gerando o consequente dever de que seja cumprida.

Como tantas vezes já foi dito, a doutrina tradicional firmou pilares nessa passagem para explicar boa parte do processo civil romano. O efeito extintivo-novatório da *litis contestatio* é largamente explicado através da seguinte linha: *obligatio à actio à litis contestatio à condemnatio*. Quem assim procede é um natural seguidor da noção de litiscontestação como contrato, já que, para que fosse operada uma novação de obrigações, fazia-se necessária a presença da figura privada de uma avença. Por isso que Friedrich Keller, um dos primeiros defensores desse entendimento, afirma, sem receios, em uma de suas obras: "o fundamento da *actio* era uma *civilis obligatio*".¹⁰⁶ Desvelado também está o fundamento da idéia de *actio*, que, ao longo de todo o século XIX e em boa parte do século XX, prendeu-se ao imanentismo de uma obrigação anterior, bem casada à definição que lhe deu Celso (D. 44.7.51) e que já recebeu tantas críticas da romanística mais desenvolvida.¹⁰⁷ Como se vê, essas noções

¹⁰⁶ KELLER, Friedrich Ludwig. *De la procédure civile et des actions chez les romains* (trad. Charles Capmas). Paris: Ernest Thorin, 1870, p. 265.

¹⁰⁷ *Ad exemplum*, vejam-se as observações de SCHULZ, Fritz, *Principles of roman law*, cit., p. 44-45. Na seara pátria, são admiráveis as críticas feitas por Pontes de Miranda, ainda que em breve trecho: "Os romanizantes, um pouco para salvar a materialização (ou, mais restritamente, a privatização celsiana), recorreram, ainda no século XIX e no século XX, a vários "expedientes". Com isso, insistiam no erro do proculeiano P. Juvêncio Celso. Peripatético, portanto: a aplicação do direito, que seria forma, e a incidência, matéria, tomar-se-iam o mesmo, porque, no ser, o que importa é a forma; de modo que o direito privado e o processo eram um só direito" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Traçado das ações*. 2. ed. São Paulo:

de *actio* e de *litis contestatio* casam com perfeição, já que a *condemnari oportere* e a *iudicium facere oportere* nada mais eram do que um 'perdurar' da primitiva *civilis obligatio* dentro do processo, extinta por conta da instauração do litígio mas substituída por novas modalidades obrigacionais.

Emilio Betti talvez tenha sido um dos representantes mais eminentes desse entendimento, ainda que com algumas adaptações. Segundo o jurista italiano, a *litis contestatio* criava no lugar da primitiva *obligatio* (deduzida em juízo) não uma nova e imediata obrigação de direito substancial, mas uma sujeição processual de caráter hipotético que futuramente poderia engendrar uma possível segunda obrigação de direito substancial, nascida da sentença condenatória. Noutras palavras, "uma responsabilidade inerente à *obligatio principalis* é absorvida na relação processual. Porém, é verdade que em tal relação vive, como consequência disso, o germen de uma *obligatio* de segundo grau. Mas tal germen chegará à maturação somente com a condenação".¹⁰⁸

Essa disseminada doutrina, que tinha a *litis contestatio* como se fosse um contrato e que lhe inculcia efeitos extintivos-novatórios, pode ser refutada nos dias atuais com alguma tranquilidade. Comece-se pela própria natureza do instituto, como já se viu em linhas anteriores. Ele nada tinha de contratual, mormente por faltar às partes a liberdade de não se submeterem a um processo caso assim não desejassem. Deixar de participar da litiscontestação (e tornar-se, assim, *indefensus*) implicava prescindir-se de um processo cognitório e partir-se de imediato à execução pela *actio iudicati*. Noutras palavras, a liberdade esbarrava na existência de uma

Revista dos Tribunais, 1972, v. 1, p. 91). Basta lembrar que os romanos não eram afeitos a definições, o que de plano retira toda a importância que, durante muitos anos, foi atribuída à definição de Celso (*omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum enim est, ut non subverti possit*). Cf. SCHULZ, Fritz. The invention of the Science of Law at Rome. In: JAKOBS, Horst Heinrich. *De similibus ad similia bei Bracton und Azo*. Frankfurt: Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1996, p. 107.

¹⁰⁸ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano: A. Giuffrè, 1955, p. 14.

verdadeira sanção à não prática do ato. Ademais, comparar a *litis contestatio* a um *contractus* já é um equívoco de per si, como demonstrou Fritz Schulz:¹⁰⁹ não se pode interpretar institutos de outrora sob o prisma do direito atual; a analogia aqui é sempre perniciosa.

A *litiscontestação*, ao revés, era mero momento de transição do procedimento *in iure* ao procedimento *apud iudicem*, e só esteve revestida de maior importância em tempos arcaicos porque consistia em atos de natureza religiosa (recorde-se: *cum testatio*, com a presença de testemunhas), portanto sem qualquer índole privatística-contratual. A razão de sua celebração – como se viu anteriormente – era instaurar o contraditório: por meio dela, expunham-se as teses conflitantes (*litis*) e preparava-se, dessa maneira, o procedimento guiado pelo *iudex*. Já se vê que não era sua finalidade extinguir ou criar quaisquer obrigações, mas apenas inaugurar o julgamento da causa.

Poder-se-ia cogitar que, independentemente de sua natureza, a *litis contestatio* tivesse o dom de gerar efeitos extintivos-novatórios; mas aí a hipótese esbarraria noutras considerações críticas. Apanhe-se, em primeiro lugar, a passagem de Gaio que tantas vezes já foi mencionada (*Institutiones*, III, 180). Do que está a tratar o jurista nesse breve fragmento? De obrigações. Aliás, boa parte do Livro III de sua obra tem como temática as obrigações (ao lado das sucessões): obrigações contratuais, fontes das obrigações, extinção das obrigações e obrigações *ex delicto*. São temas de direito material; o processo só passa a ser abordado no Livro IV, e isso de maneira intencional (ou seja, o jurista deliberadamente procurou não misturar os dois campos). Mais que isso: ao mencionar a *litis contestatio* (III, 180), Gaio a observa como modo de extinção das obrigações ao lado de outras modalidades – como o simples pagamento (III, 168), a *acceptilatio* (III, 169-172) e a novação (III, 176-179). Ou seja, ele não estava

¹⁰⁹ SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 15.

descrevendo a natureza da *litis contestatio* ou mencionando que efeitos ela gerava, mas expondo uma das formas de extinção das obrigações que ele considerava como existentes no direito de sua época.

Sua análise, portanto, é toda feita no plano do direito material, a partir da visão de quem é devedor: há uma *obligatio* que, com o processo, acaba substituída por uma *condemnatio*. Tanto que no começo, antes da contestação da lide, o devedor *deve* adimplir a obrigação (pois esta existe independentemente de reconhecimento judicial); depois da *litis contestatio*, ele *está obrigado* a acatar a futura sentença de condenação (ou seja, é certo que ele será condenado, pois é devedor); e, enfim, por força da condenação, o sujeito deverá prestar a obrigação que lhe incumbe. Vê-se bem que o devedor nunca deixa de ser devedor, mesmo com a instauração do processo. E isso porque, nessa parte de sua obra, Gaio não estava explicando como funcionava o processo, mas apenas descrevendo de que maneira uma obrigação se extinguiu pelo cumprimento forçado via sentença de condenação. Para ele, o respeito à obrigação via *condemnatio* sentencial era uma das modalidades de extinção das obrigações.

Por não estar tratando do processo ou da *litis contestatio*, chega a ser uma obviedade dizer que Gaio sequer cogitou a possibilidade de ter-se uma sentença de absolvição. Ele estava dissertando sobre as obrigações e sobre as maneiras que levam-nas à extinção, e dentro desse prisma a *condemnatio* exsurgia como típica forma de cumprir-se forçadamente um dever assumido. Aqui parece repousar o erro capital da doutrina tradicional: não ter enxergado que o jurista não tratava da litiscontestação, da condenação ou dos efeitos que elas geravam, mas simplesmente abordava as maneiras pelas quais extinguíam-se as *obligationes*. É certo que houve incorreção na própria construção de Gaio quando atribuiu à *litis contestatio* o dom novatório, mal-interpretando a passagem dos *veteres* que ele mesmo citou. A lógica geral do processo civil romano, contudo, não permite que se propugne pela prevalência dos equívocos dessa passagem, mas pelo sucesso

de simplesmente ter descrito a *condemnatio* como um dos veículos de cumprimento e extinção obrigacional.

Mas há ainda outros argumentos que demonstram fraqueza na interpretação tradicional, sobretudo quando se apaña para análise cada um dos dois momentos que a doutrina aponta como extintivos-novatórios.

O primeiro momento diz com a prática da *litis contestatio*. Como já se viu, a hermenêutica equivocada do trecho gaiano (III, 180) conduziu à crença de que o ato de litiscontestação extinguiu a *obligatio* antes dela existente, substituindo-a pelo dever em obedecer-se à futura *condemnatio*. Nítido está que a visão é tipicamente imanentista: ela parte não da perspectiva processual do ato (que demandaria enxergarem-se os momentos do processo a partir da perspectiva do pretor e do juiz), mas do prisma de quem é devedor, da visão do sujeito que sabe estar obrigado a determinada prestação. Enfim, direito material e processo acabam misturados, e ao invés de analisar-se o ato de *litis contestatio*, o raciocínio parte da certeza de que uma obrigação existe. A confusão entre os campos é típica da doutrina do século XIX, e já por isso se entende o porquê do surgimento, nessa época, de idéias imanentistas.¹¹⁰

O processo romano deve ser observado da perspectiva do pretor e do juiz, e, por isso, a partir da incerteza da qual a própria expressão formular *si paret* é representante. É exatamente dessa maneira que Gaio procede quando aborda o processo no Livro IV de suas *Institutiones*: sem qualquer referência à existência prévia de obrigações. Tal seria não apenas misturar os planos e enxergar o processo sob o prisma do direito material, mas remontar à desgastada teoria civilista e acreditar que uma ação processual é desdobramento de uma *obligatio* descumprida.

¹¹⁰ Dê-se apenas um destaque à tese de Friedrich Karl von Savigny, que de seus entendimentos fez derivar o que hoje se conhece por "teoria civilista da ação", a pressupor a existência de um direito subjetivo e sua inflamação para que uma ação processual pudesse ser inaugurada (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Vittorio Scialoja). Torino: UTET, 1886, v. 5, §§ 204 e 205).

O estudo das fases do processo romano e da atribuição de funções já revela que a seqüência *obligatio* → *actio* → *litis contestatio* → *condemnatio* é de todo equivocada. Quando ouvia as partes e as auxiliava na redação da fórmula, ao pretor não interessava se o autor tinha ou não razão naquilo que pronunciava. Não era sua preocupação – pois não era seu ofício – examinar se *intentio* e fatos tinham correspondência e se, portanto, havia uma obrigação descumprida. Seu labor (o de redigir a fórmula e dar uma ação) era exercido independentemente da existência de uma *obligatio*. É bem isso que se viu no capítulo 3.1: que o pretor não averiguava se o exposto pelo requerente correspondia à verdade, mas aceitava-o provisoriamente como verdadeiro e decidia se aos fatos expostos cabia um direito que se pudesse fazer valer pela via processual.¹¹¹ Como se disse, ao magistrado pretório incumbia: (i) verificar se as pretensões do autor eram tuteláveis (analisando se um juízo era necessário e harmônico ao direito reconhecido, sob pena de *denegare actionem*), (ii) auxiliar na redação da fórmula e (iii) autorizar a instauração do procedimento *apud iudicem*. Isso implica dizer que a *actio* não pressupunha uma *obligatio* para que fosse concedida pelo pretor, mas apenas a narrativa das partes.¹¹²

Era assim, aliás, que o direito material (o já denominado 'justo abstrato') penetrava e influenciava de maneira cabal o processo: por meio das alegações de autor e réu. Era a partir delas que o pretor dizia o direito e auxiliava os envolvidos

¹¹¹ Essas são palavras de KASER, Max, *Derecho romano privado*, cit., p. 355.

¹¹² Desde que entenda-se 'actio' como conduta, procedimento, ação genericamente dita, conforme razoável interpretação de Fritz Schulz (cf. nota 51). Acredita-se aqui que os romanos do período formular não imputaram à *actio* a importância de uma categoria jurídica a ser formulada e discutida. Para eles, *actio* era simplesmente 'agir', 'conduzir-se de determinada maneira'. Tanto que a palavra nunca vinha desacompanhada: para os romanos, *actio* nunca era apenas *actio*, mas *actio* para o exercício de determinada conduta. Era, portanto, proceder em sentido lato (seja material, seja processual) carente de complemento, e não uma categoria jurídica. Essas observações são pertinentes para que não se atribua a este trabalho o erro de observar a *actio* romana a partir da teoria abstrata da ação. O trato que aqui se dá, conforme recém-visto – e que acredita-se tenha sido o uso romano da palavra –, é no sentido da não adoção de entendimentos modernos para a explicação do processo romano.

para que fosse redigida uma fórmula adequada à solução do caso, em que constasse abstratamente o modelo de justo (direito material) para servir de paradigma à verificação do liame existente entre as partes e ao eventual ajuste caso houvesse iniquidade.¹¹³ E aqui já se adentra também no ofício do *iudex*: exatamente o de detectar se correspondiam *intentio* e fatos, isto é, se realmente havia uma obrigação descumprida que carecesse de reforço. Em caso positivo (*si paret*), uma condenação haveria de ser lapidada; em caso negativo (*si non paret*), uma *absolutio* era proferida. É isso que foi visto com amplitude no capítulo 3.2 e que aqui merece apenas referência.

Veja-se que isso exclui de plano a possibilidade de ver-se a *litis contestatio* como um ato que extinguia uma obrigação anterior. Tal seria admitir que uma *actio* é desdobramento de uma *obligatio*, e isso, como se vê, não coaduna à lógica geral do processo romano e sobretudo ao ofício do pretor e do juiz.

Ainda no primeiro momento extintivo-novatório, sequer é possível sustentar que uma nova obrigação era gerada pela solenidade da *litiscontestação*, e isso independentemente de aceitarem-se ou não as teses imanentistas ora criticadas. A conclusão do ato submetia as partes ao julgamento do *iudex*, mas de maneira alguma representava o surgimento de uma *obligatio*. Bem ao contrário, o novo vínculo não apenas ligava um sujeito ao outro, mas os submetia ao *imperium* do *populus Romanus*, outorgado ao *praetor* pelos cidadãos e repassado

¹¹³ 'Justo abstrato' porque espelhado na fórmula (*ius dicere, iurisdictio*, dizer o direito, dar a descrição abstrata, a partir das alegações concretas, do que seria uma relação equilibrada e isonômica, descrição esta que servia de instrumento – por isso *ius* era visto como técnica – ao juiz para realizar o bom e o equitativo no caso concreto), e posteriormente nos editos e nas legislações dos períodos mais avançados do direito romano (que decorreram, por lógica, da repetição empreendida pelos pretores de um mesmo justo abstrato, de uma mesma técnica para a resolução de casos similares). Sobre isso, vejam-se as interessantíssimas considerações de GALLO, Filippo. *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana*. *Rivista di diritto romano*, v. 4, 2004. Acessível em: <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>>.

ao *iudex* através da fórmula. Ademais, argumentar que a *litis contestatio* era 'fonte de obrigações' é posicionamento só harmônico à doutrina que enxerga o ato como se um contrato fosse. A análise do instituto como 'momento processual de transição' entre um e outro procedimentos extirpa a possibilidade de vê-lo como um instituidor de *obligationes*. Nada existia de extintivo e menos ainda de novatório na *litis contestatio*.

Ao segundo momento extintivo-novatório (*id est* à condenação) também é imputado o condão de eliminar e criar obrigações. De tudo que já se viu nos capítulos anteriores, contudo, não parece ter sido essa a causa e a função da sentença de *condemnatio*. Bem ao contrário, a sentença de per si (fosse ela condenatória, fosse absolutória) era um ato de *imperium*: sua força decorria da competência judicativa outorgada pela fórmula pretória; era a culminação do cotejo entre *intentio* formular e fatos; e quando condenatória, consubstanciava-se não na geração de uma nova *obligatio*, mas no reforço de obrigações que já existiam antes do próprio processo, via submissão do *condemnatus* ao *imperium* do *populus*. Nos moldes de outrora (idos da *damnatio*), a condenação representava a idéia de submissão do devedor ao cumprimento do prometido, mas também à sentença que por sua própria natureza espelhava a vontade e o império do povo romano. Descumprida a decisão, desrespeitado estava o *populus*.

Portanto, sequer esse segundo momento do processo romano estava imantado de caráter extintivo-novatório. A *condemnatio* sentencial não tinha nem por causa nem por efeito a existência de obrigações. Ao revés, o que lhe dava ensejo era o *imperium* magistratural e a lógica de correspondência entre *intentio* e fatos, e o que ela gerava não eram novas *obligationes*, mas a submissão do condenado ao cumprimento de deveres descobertos como inadimplidos (por conta da instrução processual), com a garantia de que seu patrimônio responderia pelas dívidas caso o descumprimento perdesse mesmo à ordem judicial.

6 Conclusão

De tudo o que foi visto, pode-se sugerir que as origens da condenação sentencial do processo civil romano repousam em duas circunstâncias básicas: na figura da *damnatio* arcaica e nas condições históricas favoráveis que desenvolveram tanto a noção de obrigação quanto os instrumentos processuais utilizados para sua efetivação. Conforme já visto nos capítulos deste trabalho, a algumas conclusões logrou-se chegar.

1. A *condemnatio* tem como antecedente arcaico a palavra *damnatio*, que aparecia na condição de relacionada ao *votum*, aos legados *per damnationem* e *sinendi modo*, e ao *nexum*, e expressava basicamente a instituição de uma garantia para o cumprimento de certas promessas proferidas solenemente (*nuncupatio*), diante de testemunhas (*testis*). Imantada de índole religiosa, sua presença submetia o promitente às penas pelo descumprimento, que se resumiam, basicamente, em punições religiosas e na servidão de seu próprio corpo ou de seu labor ao poderio do beneficiário (*manus iniectio ex damnatio*). A *damnatio* parece ter sido uma das modalidades antigas de obrigação, já que nesses idos, dada a permeação total da religião às instituições romanas, o centro do vínculo era a garantia, e não o *debitum* (como mais tarde seria, com o surgimento da *obligatio*).

2. Pulando-se ao período formular do processo romano, a *condemnatio* aparecia como parte da fórmula e como sentença. Como *pars formulae*, a *condemnatio* representava a outorga de *imperium* judicativo ao juiz, que tinha como origem o próprio *populus Romanus* e as atribuições de que o pretor era investido. Sua função, aliás, deve ser vista dentro do prisma evolutivo de pretor e fórmula, que nasceram e pereceram unidos na história processual de Roma. Como *sententia*, a *condemnatio* pode ser vista sob seu aspecto externo e sob seu aspecto interno. No que tange ao primeiro, pode-se dizer que ela resultava do cotejo positivo entre *intentio* formular e fatos (via instrução processual), que revelava haver no caso concreto uma iniquidade que dependia de ajuste. Com o

tempo, passou a ser escrita e fundamentada, sobretudo por conta do perigo de *litem suam facere*, mas invariavelmente expressa em termos pecuniários.

3. No que tange ao aspecto interno da *condemnatio*, é possível afirmar que o desenvolvimento das instituições como um todo acabou por substituir *paulatim* a idéia de 'obrigação como garantia' (*damnatio*) pela idéia de 'obrigação como vínculo ideal' (*obligatio*), determinando, por outro lado, o desenvolvimento dos instrumentos processuais em diversos de seus princípios. Minorada a influência da religião, esvaziou-se a *ratio* da *damnatio*, e ela, de alguma forma (provavelmente por uma prática adotada pelos julgadores romanos), foi internalizada ao sentenciamento, fazendo perdurar, no entanto, a idéia de submissão do devedor ao cumprimento do prometido e boa parte da solenidade de que antes se revestia. Ao revés de submetê-lo à religião e aos castigos sacrais, a *damnatio* sentencial (ou a sentença de *cum damnatio*) o submetia ao *populus Romanus* (ao *imperium*) por consequência da determinação judicial: caso descumprisse a sentença, a soberania do povo é que estava sendo desrespeitada.

4. Enfim, o aspecto interno da sentença de *condemnatio* ressalta ainda mais quando cotejada à *litis contestatio* e aos momentos extintivo-novatórios que a doutrina deduziu de um trecho de Gaio (*Institutiones*, III, 180). Se já a litiscontestação não possui como causa e como efeito a existência de obrigações, menos ainda a *condemnatio*. Esta, como se viu, não era desdobramento de uma *obligatio*, mas da competência judicativa outorgada ao *iudex* e daquilo que era resultado do cotejo entre *intentio* formular e fatos; e por outro lado, não se consubstanciava na formação de obrigações, mas no reforço de deveres que existiam antes mesmo do processo, via submissão do condenado ao *imperium* do Estado romano (melhor dizendo, do *populus Romanus*).¹¹⁴

¹¹⁴ Como antes já foi dito, parafraseando-se Marc Bloch, o passado é, por definição, um dado imodificável; seu conhecimento, porém, é coisa que progride, e que

Referências

ALBANESE, Bernardo. *Il processo privato romano delle legis actiones*. Palermo: Palumbo, 1993.

BARREIRO, Alejandrino Fernández. Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico. In: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano: A. Giuffrè, 1955.

BIONDI, Biondo. *Corso di diritto romano. Diritto ereditario*. Milano: A. Giuffrè, 1934.

_____. Legato (direito romano). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 9.

BISCARDI, Arnaldo. La genesi del concetto classico di "obligatio". In: BISCARDI, Arnaldo et alii. *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

BLOCH, Marc. *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (Cahiers des Annales). 2. ed. Paris: Armand Colin, 1952.

BOPP, Franz. *Grammaire comparée des langues indo-européennes* (trad. Michel Bréal). 2. ed. Paris: Imprimerie Impériale, 1866, t. 1.

BRUNS, Carolus Georgius. *Fontes iuris romani antiqui*. Tübingen: Lauppiana, 1871.

CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo istituzionale del processo civile romano: le legis actiones*. Torino: Giappichelli, 1980.

_____. *Profilo istituzionale del processo civile romano: il processo formulare*. Torino: Giappichelli, 1982.

CRIFÒ, Giuliano. Danno (storia). In: *Enciclopedia Giuridica Italiana*. [s.l.]: A. Giuffrè, 1962.

CRUZ, Juan Cruz. La historia como tradición. *Anuario filosófico*. Navarra: EUNSA, v. 13, n. 1, 1980.

incessantemente se transforma e se aperfeiçoa (BLOCH, Marc. *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, cit., p. 22). Sob esse pressuposto, sabe-se que muitos dos pontos deste trabalho estão crivados de diversas imperfeições e lacunas, que só com o tempo, com pesquisas mais aprofundadas e com as críticas que advirão poderão ser sanadas – e ainda assim não em seu *totum*. Fica a esperança de que, mesmo no erro, sirva ele de impulso adicional à pesquisa e à discussão histórica.

DEVOTO, Giacomo. Ricostruzione e storia di lingue. In: *Scritti Minori*. Firenze: Felice le Monnier, 1967, v. 1.

D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. 9. ed. Navarra: EUNSA, 1997.

ENGELMANN, Arthur; et alii. *History of continental civil procedure* (trad. Robert Wyness Millar). Nova Iorque: Rothman Reprints e Augusts M. Kelley, 1969.

ERNOUT, A. Les éléments étrusques du vocabulaire latine. *Bulletin de la société de linguistique de Paris*. Paris: Librairie Ancienne Honoré Champion, 1930, t. 30.

ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire etymologique de la langue latine: histoire des mots*. 3. ed. Paris: C. Klincksieck, 1951.

FIRPO, Giulio. Votum. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, [s.d.], v. 20.

GALLO, Filippo. *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*. Torino: P. Giappichelli, 1997.

_____. Aspecti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana. *Rivista di diritto romano*, v. 4, 2004. Acessível em: <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>>.

GIOFFREDÌ, Carlo. *Diritto e processo nelle antiche forme romane*. Roma: Apollinaris, 1955.

_____. Nexum. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipográfica – Editrice Torinese, [s.d.], v. 11.

GONZALES, Julian; CRAWFORD, Michael. H. The *Lex Imitana*: a new copy of the Flavian Municipal Law. *The Journal of Roman Studies*, 1986, v. 76.

GREENIDGE, Abel H.J. *The legal procedure of Cicero's time*. Oxford: Clarendon Press, 1901.

GUARINO, Antonio. *La condanna nei limiti del possibile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1978.

IMBERT, Jean. *Fides et nexum*. Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz. Napoli: Jovene, [s.d.], v. 1.

JHERING, Rudolf von. *L'Esprit du droit romain* (trad. O. de Meulenaere). 3. ed. Paris: [s.n.], 1886-1888.

JOLOWICZ, H. F. Case law in roman Egypt. *The journal of the Society of Public Teachers of Law*. [s.l.]: [s.n.], 1937, n. 14.

JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano* (trad. L. Pietro Castro). Barcelona: Labor, 1965.

KASER, Max. *Derecho romano privado* (trad. José Santa Cruz Teijeiro). 5. ed. Madrid: Réus, 1968.

KELLER, Friedrich Ludwig. *De la procédure civile et des actions chez les romains* (trad. Charles Capmas). Paris: Ernest Thorin, 1870.

LEVY-BRUHL, Henri. Prudent et préteur. *Revue historique du droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, 1926, ano 5.

_____. Le sacramentum in personam. In: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, [s.d.], v. 2.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient law*. Londres: Aldine Press – Letchworth – Herts (Everyman's Library), 1965.

MANTOVANI, Dario. *Le formule del processo privato romano*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1999.

MEIRA, Sílvia A. B. O homo sacer no antigo direito romano. *Romanitas: Revista de Cultura Romana* (língua, instituições e direito). Rio de Janeiro: Romanitas, 1959, ano 2, v. 2.

METZGER, Ernest. *A new outline of the roman civil trial*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

_____. Interrupting proceedings in iure: vadimonium and intertium. *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, n.º 120, 1998.

_____. Roman judges, case law, and principles of procedure. *Law and history review* (separata), 2004, n.º 22/2.

MILLAR, Fergus. The political character of the Classical Roman Republic, 200-151 B.C. *The Journal of Roman Studies*, 1984, v. 74.

MOMMSEN, Theodore. *Histoire de la monnaie romaine* (trad. Duc de Blacas). Paris: [s.n.], [s.d.], t. 1.

NOAILLES, Pierre. *Fas et ius: études de droit romain*. Paris: Les Belles Lettres, 1948.

_____. *Du droit sacré au droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1949.

PIGANIOL, André. *Histoire de Rome*. Paris: Presses Universitaires de France, 1939.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Garra, mão e dedo*. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v. 1.

PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1991.

_____. *Il processo civile romano: le legis actiones*. Roma: Ricerche, 1961-62.

_____. Processo privato e processo pubblico: contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Milano, 1948, v. 3.

RICHARDSON, J. S. *Imperium Romanum: empire and the language of power*. *The Journal of Roman Studies*, 1991, v. 81.

ROMANO, Angela. Condanna "in ipsam rem" e condanna pecuniaria nella storia del processo romano. *Labeo: rasegna di diritto romano*. [s.l.]: [s.n.], 1989, n. 28.

ROSTOVITZ, Mijail. *Historia social y económica del Imperio Romano* (trad. Luis López-Ballesteros). Madrid: Espasa Calpe, 1998, t. 1.

SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc.* 11. ed. Rio de Janeiro – Belo Horizonte: Garnier, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. 2. ed. Paris: Payot & Cie., 1922.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocation de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (trad. Adolfo G. Posada). Buenos Aires: Atalaya, 1946.

_____. *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Vittorio Scialoja). Torino: UTET, 1886, v. 5.

SCHULZ, Fritz. *Principles of roman law* (trad. Marguerite Wolff). Oxford: Clarendon Press, 1956.

_____. *Derecho romano clásico* (trad. José Santa Cruz Teijeiro). Barcelona: Bosch, 1960.

_____. *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon Press, 1967.

_____. The invention of the Science of Law at Rome. In: JAKOBS, Horst Heinrich. *De similibus ad similia bei Bracton und Azo*. Frankfurt: Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1996.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos* (trad. Santiago Santis Melendo e Marino Ayerra Redin). Buenos Aires: EJE, 1954.

SENN, Félix. *Nexum: contract de prêt du très ancien droit romain*. *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, ano 29, 1905.

SERRAO, Feliciano. *La iurisdictio del pretore peregrino*. Milano: Giuffrè, 1954.

TALAMANCA, Mario et alii. *Lineamenti di storia del diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1989.

THOMAS, Paul. La nature de la damnatio. *Revue historique de droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, série 4, ano 10, 1931.

VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de historia del derecho*. Madrid: Complutense, 1995, n.º 2.

WEBER, Max. *Historia económica general* (trad. Manuel Sánchez Sarto). México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

WHITMAN, James Q. *The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: historical vision and legal change*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

WORMS, René. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*. Paris: A. Girard, 1891.