

## DO CONCEITO DA INFÂMIA NO DIREITO ROMANO

RAPHAEL DE OLIVEIRA PIRAJÁ  
3.º Promotor Público da Capital

Ao conceito público em que era tido o indivíduo, quanto à sua honorabilidade, denominavam os romanos "existimatio". Tal conceito era passível de diminuições que, conforme sua intensidade, poderiam aniquilá-lo ou apenas reduzi-lo: "existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur" (fr. 5, § 1.º D. de extraordinária cognitione 50,13).

Nos tempos mais remotos, a opinião pública, si considerava um indivíduo de má fama, proibia-lhe certos atos que só aos homens dignos era dado praticar.

Uma das maiores diminuições da "existimatio" era produzida pela infâmia, que, no dizer de Maynz, era suficientemente intensa para privar, aquele que fosse por ela ferido, do exercício dos direitos políticos.

No direito escrito de Roma, nós vamos encontrar a infâmia, mencionada pela primeira vez, nos editos dos pretores, quando aludem àqueles que não podiam postular perante o Tribunal. As referências com que alí deparamos, claramente nos demonstram, porém, que, embora na lei escrita nada houvesse até então a respeito de infâmia, o conceito desse instituto já era, entretanto, estabelecido pelos costumes, de maneira a poderem os editos a êle se referir sem mais largas explicações.

Como a pena de "Sacer", a infâmia, segundo Ihering, não emanava senão do seio mesmo do povo; ela continha a expressão espontânea do sentimento moral da generalidade; era o julgamento de condenação pronunciado e executado pelo próprio povo.

A idéia de infâmia, portanto, não é criação dos editos dos pretores. Estes não fizeram mais do que adotar uma idéia conhecida e determinada precisamente. Os editos, quando se referiam à infâmia, fizeram-no especificando aqueles que não podiam

postular perante o Tribunal. Dos seus próprios termos nós verificamos que eles não determinam que sejam considerados infames os que praticaram certos atos, mas estabelecem não poder postular em juízo os infames, isto é, os que tiverem praticado ou praticarem tais e tais atos. Essa especificação não servia senão para firmar aquilo que era do domínio público, que estava na consciência de todos, mas que, entretanto, não fôra ainda consagrado pela lei. Assim, pois, a idéia jurídica de infâmia que já se encontrava no direito não escrito antigo — passou para o direito escrito consubstanciada pela primeira vez nos editos. Naquele direito, não sendo a infâmia regulada e determinada pela lei, ficava a cargo dos censores a sua aplicação. Houvesse, embora, regras estabelecidas para a determinação da infâmia, larga margem era, todavia, deixada ao arbítrio dos censores, para ferir de deshonra aqueles que decaíssem de sua linha de honestidade. Assim era que podiam os censores não só expulsar um cidadão do Senado ou da Ordem dos Cavalheiros, mas também degradá-lo para uma tribu inferior, ou excluí-lo de todas as tribus, tornando-o um "aerarius". Esse arbítrio, contudo, não tinha as mesmas consequências que a infâmia propriamente dita. A deshonra imposta pelos censores era revogável, poderia ser anulada e até mesmo, como quanto à nota censória, durar apenas o tempo que durasse a magistratura daquele que a tinha imposto. A infâmia ao contrário, acompanhava o indivíduo durante toda a sua vida. Era perpétua e, por sua natureza, irrevogável. Inherente à pessoa que ela feria, não a deixava em toda sua existência. Só excepcionalmente o povo a relevava ou os Imperadores anulavam seus efeitos, restituindo ao indivíduo os direitos que ela tolhia.

A infâmia, no direito romano, resultava de diversas causas:

1.º) — De toda condenação criminal em um "judicium publicum". A princípio não eram senão alguns desses delitos que acarretavam infâmia. Nos editos, era ela consequência da calúnia, da *prevaricatio*, em processo criminal, depois extendida ao delito de "vis privata". Sob os imperadores, porém, foi considerada como consequência da condenação por qualquer delito público.

2.º) — De condenação por certos delitos privados, especialmente o roubo, a rapina, a injúria, a pilhagem, a fraude (§ 3 I. de poena temere litigantium — fr. 1 § 4.º D. de dolo malo 4,3 — fr. 13, § 8, D. de stellionatu, 17,20; etc.).

Nestes casos a infâmia só podia ser pronunciada quando o criminoso estivesse em pessoa presente ao julgamento. Essa condição fez com que se a tornasse inaplicável na prática, porquanto, fazendo-se representar em regra por procuradores, se esquivavam os criminosos a essa imposição, que só pessoalmente a eles próprios podia ser feita. A condenação era também infamante quando pronunciada contra um sócio, tutor, mandatário ou depositário infiel.

Consideram alguns que, neste caso, a infâmia resultaria somente si tivesse havido dolo por parte do condenado. Outros, entretanto, julgam dispensável esse elemento, socorrendo-se do fato de não estar ele mencionado em inúmeros textos que se referem ao assunto, entre os quais se destaca o edito que diz: "infamia notatur... qui pro socio, tutelae, mandati, depositi... damnatus erit".

Em sentido contrário, entretanto, não menor é o número dos textos que estabelecem como condição para infâmia o dolo e a má fé.

Savigny procura conciliar as duas correntes, articulando princípios que ele exemplifica. Parece-nos, contudo, que, ao invés de harmonizar as divergências, ele se coloca ao lado daqueles que consideram a má fé como condição indispensável para que possa ser imposta a pena de infâmia. Isso porque dos três primeiros casos por ele referidos, o primeiro e o segundo ele próprio admite como dolosos e o terceiro, uma contumácia que pode ser assimilada ao dolo. A esses três deve-se, na sua opinião, estender a infâmia. Quanto ao último exemplo citado, ao qual não pode atingir a infâmia, é exatamente um caso em que nenhum resquício de dolo ou má fé existe, pois que aquele que se recusa a pagar uma indenização excessiva e é condenado a pagar uma reparação moderada que uma "culpa levis" lhe acarretara, não terá entrado numa lide temerária e nem procedido de má fé.

Os exemplos de Savigny, não fazem, dessa forma, senão confirmar que não é qualquer condenação nas ações pró-sócio, tutelae, mandati e depositi que dá lugar à infâmia. Necessário é que o condenado tenha agido com dolo.

3.º) — Do exercício de certas profissões consideradas vergonhosas. Assim, eram declarados infames aqueles que se exibiam trabalhando na cena (qui artis ludicrae pronunciandive causa in scenam prodierit — *tabula Heracleensis* — lin. 123); aqueles que se alugavam para combater com feras na arena (qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit); a mulher que se dava à prostituição (femina corpore questum faciens); o homem que

se dava ao prazer de outrem (vir qui corpore suo muliebra passus est — fr. 1 § 6.<sup>o</sup> D. de postulando, 3,1); o indivíduo que mantivesse casa de tolerância (qui lenocinium facerit); o soldado expulso por ignomínia do Exército (qui ab exercitu ignominiae causa dimissus est); os perjuros, os usurários, os bigamos, aqueles que, sendo noivos, contratavam outro noivado, os adúlteros, os insolváveis, etc. Era causa de infâmia, outrossim, a inobservância do luto. Si a mulher, antes de dez meses, contados da morte de seu marido, contraía novo matrimônio, os editos consideravam infames: o pai da viúva, si esta estava debaixo de seu poder; o novo marido ou o pai dêste, no caso de ser êle filho-família. Unicamente a inobservância do luto da viúva dava lugar à infâmia, não tendo o mesmo efeito aquela do luto pela morte de qualquer outro parente, por mais próximo que fosse. A razão dessa diferença era evitar a “sanguinis turbatio”, na impossibilidade de determinar a paternidade de um filho nascido dentro do período de dez meses subsequentes à morte do primeiro marido. Tanto assim é, que não havia imposição da pena de infâmia, quando a viúva, tendo tido parto pouco depois da morte de seu marido, tornava a casar-se mesmo antes de findo o tempo do luto.

E' de se notar que o edito, no caso de segundo casamento da viúva, antes de findar o luto, ao declarar infames as pessoas já enumeradas, deixa de fazê-lo quanto à viúva. Isso se explica pelo fato de, nesse tempo, não se aplicar às mulheres a pena de infâmia, que a elas só mais tarde foi estendida, como veremos adiante.

Da enumeração que fizemos, resulta que a infâmia umas vezes era consequência da prática de um determinado ato ou do exercício de certas profissões, outras defluía de uma condenação.

Daí a divisão que alguns autores admitem, denominando de “imediate” a primeira forma e de “mediate” a segunda. Essa divisão, porém, não tem nenhum valor, porque não existe distinção fundamental entre estas duas espécies de infâmia. Tal divisão, aliás, si é encontrada nos modernos comentadores, não provém, todavia, de nenhum texto antigo, nos quais ela não existia.

Os comentadores falam também em “infamia facti” e “infamia juris”, dando êste nome à infâmia propriamente dita e àquele aos casos em que o conceito em que eram tidos, pelos homens de bem, os indivíduos que praticavam certos atos, os punha à margem do meio social, como feridos pela deshonra.

Os que opinam por essa classificação, se baseiam no fr. 2 D. de obsequiis, 37,15. Da simples leitura desse texto, porém, se conclue que não só não tem importância alguma essa classificação, como também — visto não ser possível determinar precisamente os caracteres dessa chamada “infamia facti”, para se a distinguir com precisão da “infamia juris” — perigosa seria essa divisão que só poderia dar lugar a confusões e induzir a erros.

Como já vimos, embora no direito não escrito o conceito de infâmia já estivesse precisado por antigas idéias nacionais (morbibus), pela primeira vez fomos encontrá-lo consagrado nos editos dos pretores, quando determinavam aqueles que não podiam postular em juízo. Essa circunstância fez com que a maioria dos autores definisse a infâmia “como a condição daqueles que regularmente são incapazes de postular em juízo por outrem”. Os que a definem dessa maneira, assim o entendem por considerar que, embora pudesse haver anteriormente uma vaga idéia do conceito de infâmia, essa idéia, contudo, só tomou forma jurídica quando se condensou naqueles editos. Daí afirmarem que, si outros efeitos se podiam ligar ao conceito de infâmia no direito não escrito, no direito escrito, entretanto, se restringira seu efeito à capacidade de comparecer perante o pretor para requerer em nome de outrem.

A essa corrente se filiam, na sua maioria, os comentadores do direito romano. Outros, porém, e à frente destes Savigny, acham que a infâmia consistia na perda de todos os direitos políticos do cidadão romano. Era uma restrição ao “status civitatis” do cidadão condenado, o qual, ao mesmo tempo que continuava a gozar dos direitos civís, perdia os direitos políticos, ficando proibido de exercer cargos públicos (jus honorum), e proibido de votar (jus suffragii). Uma espécie, portanto, de “capitis diminutio média”, como diz Savigny.

Pela perda do “jus honorum” não podia o indivíduo receber nenhuma espécie de distinção. Vedado lhe era pertencer ao Senado, às Ordens Honoríficas, como permitido lhe não era o exercício de posto ou cargo público. Ficava, no dizer de Cícero, privado, para sempre, de toda a honra e dignidade (turpi iudicio damnati in perpetuum omni honore ac dignitate privantur — pro Cluentio, 42).

A perda do “jus suffragii” privava o indivíduo de exercer o seu direito de voto nos comícios. Perdiam os indivíduos o direito de eleger e de serem eleitos, o direito de se tornarem Senadores, decuriones, conscripti, de exercer a magistratura, de gozar

de distinções, honrarias e dignidades, de participar das assembleias, mesmo de morar em Roma, o que só era permitido aos Senadores excluídos do Senado.

Na expressão de Tertuliano, referindo-se aos atores (de *espectaculis*, 22) “manifeste damnat ignominia et capitis minutione, arcentes curia, rostris, senatu, equite, ceterisque honoribus”.

Diante desses e de outros textos, parece, sem dúvida, que razão tem Savigny quando sustenta consistir a infâmia na perda de direitos políticos e ser a proibição dos infames de pleitear em juízo apenas uma consequência secundária desse instituto. Ao infame só era dado requerer em defesa de seu próprio interesse. Essa proibição não visava punir o condenado, mas impedir que os infames, com sua presença no Tribunal, ofendessem a dignidade do Juiz.

Outra consequência da infâmia era a que se referia ao casamento dos indivíduos por ela atingidos. A lei Julia proibía aos Senadores e seus descendentes o matrimônio com pessoas desonradas. Nesta parte tornou-se a infâmia aplicável às mulheres. Até então, considerada fosse ou como tendo por efeito somente a perda do direito de postular perante o juiz, ou como determinadora da perda dos direitos políticos, a infâmia era inaplicável às mulheres, pois que estas não só não gozaram nunca do direito de requerer em juízo, mas também não tinham os direitos políticos de que usufruíam os “cives” romanos. E’ essa a razão porque era evitada a alusão às mulheres na lista dos infames. Mesmo as viúvas que se casavam antes de findar o luto, não eram consideradas infames, enquanto que o eram seu pai, si elas estavam sob seu poder, e seu novo marido. Só mais tarde foi estendida à viúva essa pena. A proibição contida na lei Júlia quanto ao casamento dos Senadores e seus descendentes com pessoas indignas e dos homens livres com certas mulheres desonradas, veio alargar o âmbito da infâmia de maneira que, afinal, ela consistia para o homem na perda dos direitos políticos e para as mulheres na incapacidade para se casar com qualquer homem livre. Quando, mais tarde, essas proibições foram revogadas, deixou a infâmia, novamente, de se aplicar às mulheres.

No direito Justiniano, desde que os direitos políticos foram relegados para categoria inferior e que as diferenças entre as tribus começaram a desaparecer, até que, sob Caracalla, se extinguíram completamente, a infâmia passou a ser unicamente a condição de incapacidade para postular por outrem perante o Juiz. Embora ela atingisse ainda a honorabilidade do cidadão,

se tornara, entretanto, quasi nula quanto aos seus efeitos práticos.

No direito moderno deixou a infâmia de ter o caráter que trazia no direito romano. Ficou restrita unicamente a casos excepcionais, em algumas legislações, como resultante de certas condenações criminais, tendo como consequência a incapacidade do exercício de funções públicas e honoríficas e do exercício de certas profissões.

Na maioria das legislações modernas, embora haja casos em que os indivíduos podem perder, em consequência de delitos, os direitos políticos, nenhuma menção é feita à infâmia e nem denominados infames são os indivíduos aos quais aquela pena é imposta. Nem poderia ser de outra forma, quando a nova orientação do direito penal tende menos a punir o indivíduo do que a procurar regenerá-lo e, si possível, torná-lo capaz de volver como cidadão útil ao seio da sociedade. E essa idéia não se coaduna, em absoluto, com o conceito da infâmia.

São Paulo, 1939.