

RICARDO QUINTAS*

O direito processual na Gortina do século V a.C.: o juiz e a prova

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias 2. A estrutura e nótulas caracterizadoras do processo gortínio 2.1. As formalidades pré-processuais e a cláusula *μὲ ἐνδικὸν ἦ(μ)ην* 2.2. As fases processuais 3. Poderes processuais dos juizes (*dikastai*) 3.1. Poder de gestão do processo 3.2. Poder de iniciativa probatória *ex officio iudicis* 3.3. *Δικάδδεν* como índice de falta de iniciativa probatória *ex officio iudicis* 3.4. O juiz face à cláusula normativa *ὀρκιότερον* 4. O conhecimento oficioso da lei aplicável pelo juiz: descontinuidades aparentes com o regime de prova? 5. A atendibilidade de factos no Grande Código gortínio 5.1. Os factos provenientes da ciência privada do juiz 5.2. Os factos notórios 5.3. Os factos conhecidos em virtude do exercício da função judicial 6. Responsabilidade do juiz gortínio 7. Conclusões 8. Extended Abstract

ABSTRACT: This study deals with the court's fact-finding powers and the judge's role for gathering evidence (*sua sponte*) in Gortyn in fifth century BCE. The Great Code of Gortyn (IC IV 72) distinguishes two ways a judge might decide: he may either 'give judgment' (*δικάδδεν*), or 'decide on oath' (*ὀμύοντα κρίνεν*). However, it never refers to the possibility of the court's interference regarding the collection of evidence. Some authors believe that in the latter case the judge may search for evidence to decide the case. Others exclude this categorically in both judicial manners of making

* Juiz de Direito do XXXIV Curso de Formação de Magistrados Judiciais do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa.

Estamos penhoradamente agradecidos ao Senhor Professor Doutor Delfim Leão (Universidade de Coimbra), pela revisão de uma versão inicial deste trabalho, recomendações e amizade, e ao Senhor Professor Doutor Alberto Maffi (Universidade de Milão), pela leitura de uma versão ulterior, sugestões e observações críticas, que nos possibilitou um aprofundamento dos temas do conhecimento *sua sponte* da lei aplicável e da produção de prova *ex officio* pelo juiz na Gortina do século V a.C. Agradecemos também ao Senhor Professor Doutor Stephen Wilson (Universidade de Coimbra) a revisão cuidada do resumo alargado. Toda e qualquer incorrecção remanescente é-nos completamente imputável.

À memória da Professora Doutora Luísa de Nazaré Ferreira, da Universidade de Coimbra, que nos legou a esperança de que os mitos e lendas podem ser a estrela polar na angústia da noite gelada do universo.

the decision. We tend to agree with the latter way of thinking, since *δικάδδεν* and *ὀμνόντα κρίνεν* are legal commands relating to the final phase of making a decision. The Gortynian judge would have to search the applicable law and would not rely solely on the statements of the parties concerning the substantive contents of law. With respect to the question of fact, the judge was a passive fact-finder, who ruled solely on the evidence presented by the parties. Therefore, the judge did not have an active role in relation to obtaining evidence and fact-finding. However, the judges' recourse to their personal knowledge cannot be completely rejected in Gortyn. The judge who has personal information on the disputed facts will not be impartial, and, consequently, should only be called as a witness, which perhaps was not the case in Gortyn.

In questo lavoro vengono analizzati i poteri del giudice in materia di accertamento dei fatti e di individuazione delle norme applicabili al caso nella Gortina del V secolo a.C. Nel codice di Gortina (IC IV 72) si distinguono due modalità di giudizio: in base alla norma contenuta in col. XI 26-31 il giudice decide o in base a prove legali (*δικάδδεν*) o dopo aver prestato giuramento (*ὀμνόντα κρίνεν*). Alcuni autori ritengono che in quest'ultimo caso il giudice potesse disporre l'assunzione d'ufficio di mezzi di prova per decidere la causa. Altri lo escludono categoricamente. Mi pare corretto quest'ultimo modo di pensare, dato che *δικάδδεν* e *ὀμνόντα κρίνεν* prescrivono modalità di giudizio relative alla fase finale del processo. Per quanto riguarda in particolare le norme che disciplinano il caso concreto, il *dikastas* gortinio deve stabilire la legge applicabile senza basarsi solo sulle allegazioni delle parti riguardo al contenuto sostanziale della legge. Per quanto riguarda la questione di fatto, il giudice aveva un ruolo passivo nell'accertamento dei fatti e poneva a fondamento della decisione esclusivamente le prove proposte dalle parti. Tuttavia, l'utilizzazione della conoscenza personale dei fatti da parte del *dikastas* gortinio non può essere completamente esclusa. In ogni caso il giudice che avesse conoscenza privata dei fatti controversi non sarebbe stato imparziale; di conseguenza, avrebbe dovuto essere chiamato solo come testimone, cosa che probabilmente non succedeva a Gortina.

1. Considerações introdutórias

Neste estudo, propomo-nos compreender, ainda que de forma perfunctória, a extensão dos poderes probatórios do juiz em Gortina no século V a.C., tendo como pano de fundo normativo o Grande Código de Gortina (IC IV 72) e toda a legislação gortínia anterior com especial relevância para o tema. A designação de Grande Código apresenta-se como conveniente e útil, na medida em que lhe atribui uma feição de estabilidade, de uniformidade, de organicidade e de disciplina. Não se ignora que um grande número de estudiosos prefira a nomenclatura de corpo legislativo descodificado, como se de leis especiais se tratassem, sem a rigidez que se associa a um código e sem o carácter orgânico que se referiu. De facto, a ideia de código pode ser entendida «*em termos puramente técnicos como uma forma específica e apreensão textual de um núcleo sistemático de princípios, de categorias e de conceitos jurídicos destinados não só a seleccionarem estruturalmente os conflitos de interesses juridicamente relevantes, como a organizarem, em termos da unidade do sistema, as respectivas decisões do ordenamento jurídico*»¹. De certa forma, um código através da sua organicidade e uniformidade, agregando em si um conjunto de previsões normativas, de determinada matéria jurídica, permitirá uma avaliação *in anticipo* dos riscos e das vantagens de uma determinada acção. Ao longo deste trabalho, referir-nos-emos àquela legislação (IC IV 72) como Grande Código, sem desconsiderar as críticas referidas, entendendo-se que existe um grau de completude extenso e de coerência bastante naquele conjunto de leis, ainda que se espraie por diversas e distintas matérias como direito da família, direito sucessório, consequências jurídicas do crime e, com especial relevância nesta sede, regras de decisão judicial².

Da nossa parte, entendemos que não existe nenhuma aporia ou impedimento na utilização da designação de código. Ainda que a regulação de muitas matérias não seja exaustiva ou esteja intimamente conexas com leis anteriormente promulgadas, o código

¹ MARQUES 2007, 420-421.

² A completude do Grande Código manifesta-se também pelo recurso à expressão inicial θιοί e o espaço por preencher na última coluna, assim WILLETTS 1955, 5 (n. 2). Para a discussão na doutrina sobre se se pode verdadeiramente apelar-se de código ou, ao invés, de um agregado de leis, vd. LEMOSSE 1957, 131, 136, BRAGA DA CRUZ 1961, 132, WILLETTS 1967, 34, GAGARIN 1982, 135; HÖLKESKAMP 1992, 56; CALERO SECALL 1997, 12; KRISTENSEN 2004, 136-138, 140, 164, AVILÉS 2010, 78; OSBORNE & RHODES 2017, 142; GUARDUCCI 2017, 138; DAVID 2014, 9, 47.

é suficientemente animado ou dotado de um mínimo de auto-suficiência substantiva. Não é pelo simples facto de pressupor legislação anterior que deixa de se poder caracterizar como código. Muitos códigos hodiernos utilizam as mesmas técnicas remissivas sem que lhes seja subtraída essa designação. Outros não tratam exaustivamente determinadas matérias, relegando-as para leis avulsas e especiais. É certo que tal, por vezes, se pode dever à inaptidão ou inépcia do legislador no momento de codificar. Ainda mais hoje em que se vive uma era de descodificação³.

Quanto à multiplicidade de matérias reguladas no Grande Código, o direito gortínio seguramente não repartiria dogmaticamente domínios de direito com a mesma preocupação que hoje existe, nem dividiria formalmente direito privado e direito público⁴. Naturalmente o legislador interiorizava os tipos sociais e, no momento da criação do direito positivo, isto é, no momento de legislar, atribuía-lhes um cunho jurídico. Desconhecemos se o saber jurídico (a ciência jurídica) na experiência jurídica gortínia se reduzia a uma cientificidade asséptica ou estéril, contudo, o legislador conhecia e mostrava-se versado numa série de tipos sociais (o divórcio, na Coluna II, a hipoteca, a fiança, o consórcio ou *joint venture*, na Coluna IX, a adopção, na Coluna X) que permitem desvelar um grau mínimo de ciência jurídica⁵. O legislador gortínio analisava sentidos sociais de determinados comportamentos e, à volta destes, construía os tipos legais e dotava-os de um regime próprio. Por outro lado, alguns institutos introduzidos pelo legislador gortínio permitem inferir que subjacente à lei existia um pensamento jurídico acutilante e pragmático. Por exemplo, no Grande Código (IC IV 72, Coluna X, 20-25⁶), o legislador consagrou um instituto com semelhanças à *restitutio*

³ A expressão de NATALINO IRTI na obra «L'età della decodificazione».

⁴ Sobre a dialética direito público e direito privado e as relações entretidas entre esferas/dimensões privadas e públicas no antigo Direito grego, vd. MAFFI 2018, 72-81. O Autor enuncia três aspectos do mundo jurídico grego onde se poderia desvelar uma relação de direito público (aflorando-se o exercício de *ius imperii*/soberania perante uma directa participação dos cidadãos da polis): i) a organização financeira da polis (os créditos e débitos da comunidade) e a responsabilidade colectiva; ii) expropriações por utilidade pública; iii) os acusadores públicos (*ho boulomenos*), que poderiam ser qualquer cidadão da polis.

⁵ WILLETTS (1955, 210) recorre à expressão «*crescimento de tecnicidade(s)* [jurídica(s)]» para se referir à complexificação do direito gortínio, sobretudo na dimensão processual.

⁶ Na tradução de WILLETTS (1967, 48): «[i]f anyone owing money or being the loser in a suit or while a suit is being tried should give anything away, the gifts shall be invalid, if the rest of the property should not be equal to the obligation».

in integram ob fraudem creditorum romana, por via do qual visou seguramente acautelar o desaparecimento de bens do património do devedor. E fê-lo com um nítido sentido de proporcionalidade, ao apenas considerar inválida/ineficaz a doação feita pelo devedor, caso o seu restante património não acautelasse a obrigação por ele assumida. A consagração de uma solução normativa desta natureza tem em si ínsito um saber jurídico-científico, exteriorizado pela *voluntas* política (da assembleia legislativa) através dos textos epigráficos, mas enformado por concepções jurídicas latentes ou implícitas e um léxico especializado. Pese embora o Grande Código trate distintas matérias, não é por esse facto que se lhe pode subtrair a feição codificada, porquanto na mundividência jurídica gortínia poderia ser coerente e dogmaticamente acertado agregar tais disciplinas diversas.

Também teremos em especial consideração o Segundo Código de Gortina (IC IV 41), consignando que tratá-lo-emos por Segundo Código pelas mesmíssimas razões anteriormente expostas para o Grande Código.

De seguida, questionamo-nos se, percorrendo as doze colunas do Grande Código de Gortina, bem como toda a legislação gortínia vigente no século V a.C., é possível retirar ilações relativamente à configuração do processo e da relação jurídica processual, e também se o juiz gortínio teria efectivos poderes de interferência no objecto do processo ou se, ao invés, assistiria fria e impassivelmente ao desenrolar do litígio.

Num plano puramente abstracto, o processo civil⁷ pode aproximar-se de uma de duas configurações extremas: ou as partes dominam totalmente a lide, podendo dispor por completo do processo, e em que o juiz fica reduzido a árbitro de um jogo que apenas

⁷ Temos plena consciência de que esta terminologia não pode ser transportada para a realidade de Gortina, nem sequer para o antigo direito grego. Uma transplantação do conceito de *processo civil* moderno para Gortina significaria muito provavelmente atender apenas aos processos em que houvesse um conflito de interesses privados, em que o objecto do processo não correspondesse a um crime (o que esvazia também um pouco o conceito de disputa privada, *dikê*, que poderia também versar sobre crimes, alguns passíveis de corresponder hodiernamente a crimes de natureza particular), deixando de fora os litígios aos quais estivesse subjacente um interesse moral e sagrado da *polis*. Desta feita, é mais seguro referir direito processual gortínio. Com interesse para o tema da distinção de direito civil e direito penal (em terminologia moderna) na Antiga Grécia, vd. SMITH 1924, 32, OSBORNE 1985, 40; GAGARIN 1986, 63; DURAN 2004, 284; PALAO HERRERO 2007, 73; WOLFF 2013, 102.

se desenrola entre os litigantes, ou o juiz se torna protagonista principal do desenvolvimento do processo, podendo dar-lhe início e até mesmo impedir que as partes lhe possam pôr fim através de consenso, bem como recolher provas por si mesmo e introduzir factos do seu conhecimento privado. O primeiro sistema será chamado dispositivo, precisamente por traduzir a possibilidade que as partes têm de dispor do processo, em termos de decidir sobre a instauração do mesmo, sobre o modo de conformar o objecto do processo e as partes da causa, o termo do processo (*Dispositionsmaxime*), mas também ainda que factos e provas deverão ser trazidos diante do juiz (*Verhandlungsmaxime* e *Beibringungsgrundsatz*⁸), formando estas prerrogativas o princípio do dispositivo em sentido amplo. O segundo modelo processual, designado inquisitorial, seria aquele em que o juiz, para além de introduzir officiosamente factos e provas, poderia dar início ao procedimento jurisdicional (em clara violação da regra «*não há juiz sem autor*»).

Da nossa parte, entendemos que o processo civil pode ser denominado inquisitório ou inquisitorial quando o juiz possa adquirir provas sem que sobre estas as partes possam pronunciar-se, por outras palavras, quando a aquisição de prova seja feita num ambiente processual ao qual é subtraído o contraditório das partes (*audiatur et altera pars*). O recurso à ciência privada pelo juiz revela-se assim um modo ilegítimo de introdução de factos e provas no processo, pois o juiz recorre a informações extrajudiciais prévias ao início do processo, subtraídas ao contraditório processual, e que perturbam o halo de imparcialidade característico de um julgador⁹. E, mesmo que posteriormente se submeta um facto da ciência privada do juiz ao contraditório das partes, está posta em causa a sua *terzietà*, isto é, a qualidade de se ser equidistante, *super partes*, estranho aos interesses das partes e indiferente ao desfecho da lide, afectando-se «*a neutralidade metodológica do juiz na reconstrução do facto*»¹⁰. Desta forma, alheamo-nos da doutrina tradicional de qualificar um sistema processual como

⁸ Distinguindo os dois princípios, vd. ZETTEL 1977, 30, que refere que o primeiro significa que o juiz apenas possa formar convicção sobre factos que tenham sido regularmente apresentados/introduzidos, enquanto o segundo se liga à responsabilidade das partes pela colecta da matéria litigiosa, ao nível dos factos e das provas.

⁹ A ausência da proibição do recurso à ciência privada implica que se esteja perante um processo inquisitorial, assim PROTO PISANI 2006, 411 e FABIANI 2008, 532.

¹⁰ UBERTIS 2018, 67.

inquisitorial pelo simples facto de o juiz poder produzir provas por sua iniciativa¹¹. A pedra de toque distintiva para qualificar um sistema processual (civil) como inquisitorial residirá sobretudo na possibilidade de um juiz poder recorrer ao seu saber privado e de poder utilizar prova subtraída ao contraditório das partes¹².

As questões que pretendemos colocar e abordar são, essencialmente, as seguintes: i) percorrendo o Grande Código de Gortina, é possível desvendar se o processo se aproxima de um sistema dispositivo ou, ao invés, de um sistema inquisitório? ii) tinham os juizes gortínios, no século V a.C., poderes de produção de prova por sua iniciativa? iii) Que factos (*quaestio facti*) poderiam ser atendidos por aqueles? Ao problematizar estas questões processuais no direito de Gortina, deter-nos-emos na legislação gortínia escrita até ao Grande Código (IC IV 72), e, sempre que sentirmos alguma vacuidade em relação ao direito gortínio, procuraremos discutir tal vazio à luz do restante direito cretense da mesma época¹³, e ainda, por vezes, do direito ático. Ainda que não se possa falar no antigo direito grego como um único ordenamento jurídico¹⁴, visto que «*a experiência política da Hélade fazia de cada pólis uma célula autónoma*» e que o direito variava em cada cidade-estado (*tot iura quot civitates*)¹⁵, haveria certamente partilha de um «*determinado sistema de valores*»¹⁶, entre os quais valores com reflexo processual. De facto, tal afirmação é asseverada pela prática de

¹¹ E ainda hodiernamente defendida, vd. MONTELEONE 2007b, 873, muito crítico do publicismo no processo civil.

¹² Seguindo de perto FABIANI 2008, 551-563.

¹³ Sobre conexões da legislação gortínia com outras legislações cretenses, como a de Axos ou a de Cnossos, vd. sobretudo JEFFERY 1949, 34-37, e sem esquecer que se pode entrever em Creta um paroxismo da prática da *monumentalização* da legislação, PERLMAN 2000, 73, com algumas excepções indicadas na nota 104 deste último estudo.

¹⁴ WOLFF 2013, 97; CANTARELLA 2015, 13-14. A questão de se poder falar de um só direito grego ou de vários direitos gregos não é impertinente nem vulgar, STOLFI 2006, 3. O autor afirma mesmo que, na experiência grega, não é fácil delimitar uma «*esfera autónoma e exclusiva do direito*», por não se «*distinguir dentro da vida da polis*» (2006, 14).

¹⁵ LEÃO 2012a, 102.

¹⁶ TALAMANCA 1979, 132-133; LEÃO 2004, 201. Ou um «*fundo cultural unitário*», BISCARDI 1982, 9. GAGARIN (2008, 8; 2017, 29-30) recusa uma unidade de direito material, preferindo referir-se a uma unidade do antigo direito grego de índole adjectiva ou procedimental, sedimentada, por exemplo, na generalizada falta de profissionalização dos *dikastai* ou na exposição pública da legislação.

empréstimos de juízes entre cidades-Estado, fosse em situações de aumento anormal de pendência processual ou em especiais circunstâncias que carecessem de uma arbitragem totalmente imparcial¹⁷. Apenas numa cultura jurídica comum, com comunhão de princípios jurídicos nucleares, seria possível a transição/permuta de juízes de uma cidade para outra, ainda que cada uma tivesse leis com as suas especificidades.

Começemos, por isso, pela caracterização do processo gortínio, tentando desvelar que indícios a legislação nos oferece sobre os princípios processuais vigentes.

2. A estrutura e nótulas caracterizadoras do processo gortínio

Quanto ao impulso inicial do processo, vigorava no *processo civil gortínio* a regra do *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor ou a máxima alemã *wo klein Kläger da kein Richter*). O autor (*ἄρκον τᾶς δίκας*) apresentava um conjunto de factos e uma pretensão jurídica diante do juiz e tudo indica que fosse de forma oral¹⁸. O juiz não poderia dar início a um processo que respeitasse a conflito alheio nem poderia promover uma acusação contra outrem, apreciando posteriormente essa pretensão e emitindo uma sentença, pelo que o início do processo era naturalmente dispositivo e não inquisitorial¹⁹. A figura do autor/acusador era distinta da do juiz. Para esta conclusão concorre a ideia de P. J. RHODES²⁰, embora para o direito ático, de que recorrer a um processo judicial era uma «*questão pessoalíssima*». Assim, em conflitos entre particulares não poderia a *polis* (por iniciativa do juiz, de qualquer outro magistrado, ou ainda de uma colectividade de cidadãos) decidir submeter ao *δικαστήριον* (tribunal ou dicastério) o litígio daqueles, pois isso era uma decisão eminentemente pessoal das partes desavindas, pelo que se pode afastar o carácter

¹⁷ WILLETTS 1955, 207.

¹⁸ O recurso à oralidade é o elemento determinante do processo gortínio, o que justifica que o juramento (declaração juramentada) fosse dos meios de provas mais utilizados, CALERO SECALL 1997, 129.

¹⁹ Vigorava um processo penal de natureza acusatória, exactamente por o juiz não ser a entidade que simultaneamente acusava e julgava, vd. MITCHELL & RHODES 1996, 24. Era precisamente esta a experiência jurídica grega, cabendo a acusação a um particular que tivesse aptidão para estar por si só no processo, que não poderia estar diminuído dos seus direitos (denominado *ho boulomenos*, «um qualquer») e, podendo naturalmente existir casos de acusadores públicos, mas sempre distintos da figura do julgador, vd. LEÃO 2012b, 1177-1178 e PALAO HERRERO 2007, 116.

²⁰ MITCHELL & RHODES 1996, 25.

inquisitorial, quanto ao impulso inicial do processo.

Por outro lado, do registo epigráfico gortínio que tivemos possibilidade de estudar, parece seguro afirmar que o legislador gortínio não consagrou acções nas quais a legitimidade activa fosse ampla, como por exemplo as *graphai* áticas (*γραφαί*), que versavam sobre delitos públicos²¹. Todas as acções tinham natureza particular²², o que vem acentuar a ideia de que o conflito era uma questão eminentemente particular e pessoal.

À pretensão apresentada pelo autor, seguir-se-ia a contestação apresentada pelo réu (*ἀνπιμῶλος*²³), e a esta fase inicial seguir-se-ia a fase de instrução, ou de produção da prova apresentada pelas partes, culminando com a prolação da sentença.

Todas as fases do processo mostravam-se dominadas pelo princípio da verdade formal (*Prinzip der formellen Wahrheit*). O processo gortínio configurava-se como uma técnica construída com vista à rápida resolução de litígios, asserção que se retira, em parte, do resultado automático associado a determinados meios de prova. O apuramento processual da verdade histórica dos factos não era uma prioridade para o legislador, predominando a procura da verdade relativa. E a decisão não estaria errada, ainda que assente em factos historicamente falsos, se estivesse de acordo com as regras processuais prescritas pela lei²⁴. Por esta razão, o processo gortínio do século V a.C., que se bastava com a declaração de uma verdade formal, era formalista. É discutível,

-
- ²¹ Sobre a distinção entre acusações públicas e acções particulares, as *graphai* e *dikai*, vd. GERNET 2001, 441-444, e com maiores desenvolvimentos, TODD 1993, 99-112, que distingue os dois tipos de procedimentos através de dois critérios: i) o da legitimidade para a sua propositura, nas primeiras era parte legítima apenas o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a norma, nas segundas poderia ser a vítima ou um terceiro (*ho boulomenos*); ii) o dos interesses em apreço e a sua dimensão, sendo os interesses comunitários superiores nas *graphai*, (vd. sobretudo TODD 1993, 109-111). Sobre a impossibilidade de reconduzir a dicotomia *dikai* v. *graphai* às acções civis e acções penais, criticando também a distinção *dikai idiai* e *dikai demósiai*, o tema é tratado de forma proficiente em PEPE 2019, 25-31.
- ²² Como refere TODD (1993, 99), embora para o direito ático, «*all ordinary procedures seem originally to have been private*», e parece ser este o caso de Gortina.
- ²³ Cfr. IC IV 72, VI, 26, IX, 19, e sobre a etimologia, MARTÍNEZ FERNANDÉZ 1997, 111-112. No Código de Gortina, surge como réu, contudo, pode também referir-se ao autor, visto que significa «adversário», vd. MAFFI 1997, 113; GAGARIN & PERLMAN 2016, 383.
- ²⁴ ZETTEL 1977, 41-42.

porém, que os litigantes apenas pudessem recorrer às acções típicas previstas na lei, como no rígido processo das *legis actiones*²⁵, pelo que, nesse sentido, não é seguro caracterizar o processo gortínio como estritamente formalista.

2.1. As formalidades pré-processuais e a cláusula *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην*

O legislador gortínio impunha também aos litigantes um conjunto de formalidades pré-processuais sem as quais a acção seria votada ao insucesso. A inobservância dessas formalidades não poderia ser, no nosso entender, suprida ou sanada mais à frente, com o desenrolar do processo, pelo que, neste estrito sentido, era um direito processual dotado de mecanismos inflexíveis de preclusões. Os litigantes teriam de praticar determinados actos, em certos momentos, sob pena de não poderem voltar a praticá-los, em relação aos quais o processo cerraria a porta de forma definitiva.

No Segundo Código de Gortina (IC IV 41, I, 1-17), surge precisamente um exemplo do que afirmámos relativamente às formalidades pré-processuais. Vejamos:

Coluna I

- «[----- ἐπὶ τῷ -]
 ι ἀδικ[η]θέντι ἤμην,
 αἶ] κα λῆι, τὸ F[ον] αὐτ-
 4 ὁ δόμην τὸ δὲ κήνο ἔ-
 κεν. αἶ κά Foi μὴ λῆι
 δέκσαθθαι, τὸ ἀπλό-
 <o>ν τεισῆται. vac. αἶ δὲ
 8 κα μὴ ἐπιδίηται τὸ π-
 αροθὲν ἢ μὴ ἐπελεύ-
 σει τὸ τετνακὸς ἢ μὴ
 δείκσει αἶ ἔγρ(α)τται,
 12 μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην. vac. αἶ
 δέ κα σῶς καρταῖπο-
 ς παρόσει ἢ κατασκέ-

²⁵ Vigoraram, como forma processual única, até cerca 130 a.C., e caracterizavam-se por serem predominantemente orais. Os actos praticados no processo tinham de corresponder ao prescrito nas *leges*, «*nulla actio sine lege*», vd. CRUZ, 1984: 332; JUSTO 2000, 265; ALMEIDA 2018, 27-28.

νηι, τόν τε σὺν ἐπὶ τῷ
 16 πάσσαι ἡμην ὄ κ' ἦι τ-
 ὁ καρταῖπος καὶ τὸ...»²⁶

Columna II

«[-----]ε[...]
 ται, τὸ FίσFον κατασ-
 τασεῖ. vac. ἵππον δὲ κ' [ἦ]μ-
 4 ί[ο]νον κ' ὄνον τὸ μὲν
 νυνατὸν ἐπιδίεθαι
 ἄι ἔγρατται· αἰ δέ κα
 τετνάκηι ἦ μὴ νυν-
 8 ατὸν ἦι <η> ἐπιδίεθθαι,
 καλῆν ἀντὶ μαιτύρ-
 ον δυῶν ἐν ταῖς πέν-
 τε ἄι δείκσει ὀπῆ κ'
 12 ἦι, κ' ὀρκιότερον ἡμη-
 ν αὐτὸν καὶ τόνς μα-
 ίτυρανς αἰ ἐπεδίετ-
 ο ἦ ἐπήλευσε ἦ ἐκάλη
 16 δεικσίον. vac. κόνανς
 ἀπαμπαιόμενο[---]»²⁷

²⁶ Com a seguinte tradução de CALERO SECALL (2017, 13):

«*Quede al arbitrio de la persona perjudicada, si es su voluntad, dar el suyo (su animal) y tener aquel (del adversario). Y si no quiere aceptarlo, (el adversario) pagará el valor simple. Si no va en busca del animal lesionado o no presenta el cadáver o no lo muestra como está escrito, no haya lugar a proceso. Si un cerdo lesiona a una bestia o la mata, quede el cerdo en poder del dueño de la bestia y lo [...]*». Quanto a esta última frase [12-17] GAGARIN & PERLMAN (2016, 292) são mais específicos no tipo de animal ofendido: «*And if a pig wounds or kills an ox, the pig shall be in the hands of the owner of the ox, and the ---*».

²⁷ Tradução de CALERO SECALL (2017, 14): «*Deberá pagar un valor igual. También respecto a un caballo, mulo o asno, si está en condiciones de ir en su busca, procédase como está prescrito. Pero si está muerto o no está en condiciones de ir en su busca, hágase la citación (al adversario) en presencia de dos testigos en el plazo de cinco días, para mostrarlo allí dónde esté y que el juramento (del propietario) y el de los testigos tengan más valor; en caso de que*

O Segundo Código tem sido objecto de sistemático estudo na doutrina. O conjunto de normas previstas nas primeiras duas colunas prende-se essencialmente com a responsabilidade por danos provocados em animais e escravos e seu ressarcimento. Na norma acima apresentada, o legislador gortínio colocou um encargo/ónus ao proprietário de um animal, antes de iniciar um procedimento judicial, em três situações possíveis: (i) se o seu animal desaparecesse por acção de outrem²⁸; (ii) se o seu animal tivesse sofrido lesões/danos por acção de outrem; (iii) se o seu animal tivesse sido morto por acção de outrem. Caso o proprietário quisesse responsabilizar outrem numa destas hipóteses previstas, teria de observar determinadas formalidades. Podia dar-se o caso de o proprietário do animal associar o desaparecimento/lesão/morte do animal à actuação de um animal de outrem, e é esta a situação mais recorrente na doutrina.

Assim, na primeira hipótese (i), o proprietário teria de procurar o animal desaparecido (*ἐπιδίηται*)²⁹. Caso não encontrasse, teria de se dirigir ao réu (à pessoa a quem imputava o desaparecimento do animal), perante duas testemunhas (*μαίτυρανς*)³⁰, perguntando-lhe onde estaria o animal, o qual deveria ser mostrado num prazo de cinco dias. A resposta do réu seria decisiva. Caso o animal fosse restituído ao autor e estivesse ileso, não haveria processo (uma vez que não havia dano). Na hipótese de o réu indicar onde estaria o animal, e este fosse encontrado e aparentasse ter danos ou estivesse morto, haveria procedimento judicial, isto se os litigantes não chegassem a um acordo extrajudicial. Caso o réu nada dissesse, a actuação do autor valeria como citação e poderia seguir-se o processo judicial, nos seus trâmites normais: perante o juiz, o réu poderia

hubiera ido a buscarlo o presentado o hubiera citado (al adversario) para mostrarlo. (Un animal) golpeando a unos perros ...».

²⁸ Hipótese claramente avançada por HEADLAM 1892, 53, mas que não se entrevê em WILLETTS (1955: 218) ou CALERO SECALL (2010, 48-49, e 2017, 14)

²⁹ Ir em busca com intuito de trazer o animal, CALERO SECALL 2010, 48; GAGARIN & PERLMAN 2016, 293, referindo que tal verbo é usado quando o animal consegue deslocar-se por si.

³⁰ Neste caso, parece que poderiam ser convocadas especialmente para o acto (testemunhas formais) ou simplesmente presenciar tal acontecimento de forma acidental (testemunhas acidentais), vd. HEADLAM (1892, 51 e 59), que entendia que apenas existia a primeira modalidade de testemunho, e GAGARIN 1984, 345-346 e 349; CALERO SECALL 1997, 126-128; Gagarin 2010, 140-142; GAGARIN & PERLMAN 2016, 300, admitindo os dois tipos de testemunhas, posição à qual aderimos sem reservas, isto é, para o acerto da matéria de facto litigiosa, poderiam contribuir tanto as testemunhas acidentais como formais.

defender-se, alegando que o animal que provocou o dano não era seu, e se não contestasse, o autor venceria³¹.

Contudo, caso o autor, por si só, encontrasse o animal perdido, e este estivesse ferido ou morto, teria de se dirigir ao réu, levando consigo o animal ou o cadáver deste, e, perante duas testemunhas, pediria ao réu um determinado valor pecuniário (correspondem às hipóteses típicas referidas em (ii) e (iii)). Na hipótese de o animal ter sido lesado ou morto por um animal do réu, o autor poderia, em vez do valor pecuniário, pedir que o réu lhe entregasse o animal que causou o dano (abandono noxal³²). Podia também dar-se o caso de não ser possível para o autor levar o animal ferido ou o cadáver ao encontro do réu pelo que caberia ao autor interpelar o réu, perante duas testemunhas, para se deslocar ao lugar onde se encontrava o animal ferido ou morto, no prazo de cinco dias [Coluna II]. E, aí encontrados, muito provavelmente o autor pediria o valor pecuniário correspondente ao dano ou, ao invés, a entrega do animal lesante do réu (abandono noxal). Caso o réu correspondesse, não haveria processo judicial. Caso rejeitasse, aquela actuação do autor serviria como citação para o processo.

Como se pode concluir, o legislador impunha ao proprietário do animal desaparecido/ferido/morto a adopção de determinados comportamentos antes de recorrer à tutela jurisdicional do *dikastas*. Não estamos certos quanto às consequências dadas pelo legislador gortínio à falta de observação dos trâmites referidos. Esta inobservância impediria a apreciação do mérito da acção pelo juiz ou simplesmente significaria que a acção improcederia? A resposta a esta pergunta implica necessariamente uma detida reflexão na expressão *μὲ ἔνδικον ἦ(μ)ην*. A expressão *ἔνδικος* significa sujeição a processo ou direito a processo³³. É seguro afirmar que, para o autor sair vencedor da acção, a lei exigia a verificação das referidas condições objectivas pré-processuais, recaindo sobre o proprietário do animal desaparecido/ferido/morto o ónus de comprovar a realização de todas aquelas formalidades pré-judiciais, o que conseguiria através do juramento das duas testemunhas que acompanharam o autor/proprietário bem como do juramento do

³¹ Desde que o autor tivesse praticado os actos procedimentais e tivesse depoimentos de testemunhas idóneas a comprovar essas formalidades, automaticamente venceria, havendo, de certa forma, um efeito imediato da revelia, antecedido por uma exigente prática de actos com uma comprovação probatória mínima, vd. HEADLAM 1892, 53 e SMITH 1924, 35.

³² Extensamente analisado em CALERO SECALL (2014, 33-36).

³³ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ 1997, 114.

próprio autor (inclusivamente o legislador atribuía prevalência ao juramento daqueles através da cláusula *ὀρκιότερον*, que será mais aprofundada *infra*)³⁴. Assim, o proprietário do animal desaparecido/ferido/morto e as duas testemunhas teriam de prestar juramento sobre a verificação das seguintes formalidades: i) a procura pelo autor do animal desaparecido; ii) caso o animal estivesse ferido ou morto, a interpelação feita pelo autor ao réu para este pagar um determinado valor pecuniário, após ter mostrado ao réu o animal ferido ou o cadáver, respectivamente; iii) em alternativa à hipótese anterior, caso não fosse possível deslocar o animal ferido ou o cadáver, a interpelação feita pelo autor ao réu para, num prazo de cinco dias, se deslocar ao lugar onde estava o animal ferido ou o cadáver.

Sem a demonstração cabal destas condições de procedibilidade, refere CALERO SECALL que «*decaen sus [do proprietário do animal perdido/ferido/morto] derechos de reclamación y no habría juicio*»³⁵. Se bem entendemos as palavras da Autora, a falta de verificação daquelas condições/formalidades objectivas de procedibilidade fariam o proprietário do animal perder o direito (substantivo/material concedido por lei) de se ver ressarcido pela danificação/perda do animal de que era proprietário às custas do património do réu lesante.

Noutro plano, parece surgir HEADLAM, que entende que aquelas formalidades pré-processuais são «*actos preliminares necesarios para legitimar o processo*»³⁶. Ou seja, não se encontra afastada a possibilidade de a consequência da ausência daquelas formalidades obstar a que aquele processo continuasse e impedindo, consequentemente, o juiz de proferir uma sentença sobre o mérito da causa. Nesta última hipótese, esta decisão formal do juiz, não acedendo ao mérito da acção, não impediria que o autor

³⁴ WILLETTS 1955, 218.

³⁵ 2017, 21. Em obras anterior, sobre as consequências da falta de prova destes requisitos objectivos de procedibilidade, a Autora referia que sem a exibição do animal, o juiz não poderia conceder a acção ao autor. Acrescentava também que a falta dos pressupostos exigidos apenas teria reflexo na “aceitação da acção” (2014, 36). Ainda noutra obra, a Autora referia-se apenas à imposição do legislador à parte prejudicada (proprietária do animal ferido/morto) de mostrar o animal de uma forma ou de outra «*para poder pedir responsabilidades e interponer una demanda. Si no lo hace, entonces no hay derecho a litigio*» (2010, 48). Apesar das diferentes formulações, porventura CALERO SECALL quereria significar somente que acção improcederia. Isto é, a preterição de formalidades pré-judiciais reputadas como essenciais pelo legislador obstar a que o autor vencesse o litígio.

³⁶ (1892: 54).

intentasse uma nova acção com o mesmo objecto, desta feita perfazendo as formalidades que antes não houvera feita ou não lograra ter provado através do juramento de duas testemunhas. Assim, os direitos materiais/substantivos do autor (*o da propriedade sobre o animal desaparecido/morto/ferido, bem como o direito de ser indemnizado pela verificação de danos em coisa sua, ou ainda, alternativamente, o direito de fazer seu o animal que era propriedade do réu e que houvera lesado o animal do autor, caso fosse esta a hipótese concreta*) saíam incólumes, podendo o autor fazê-los valer posteriormente. Em termos juridicamente hodiernos, a falta daquelas formalidades pré-judiciais vistas como essenciais pelo legislador poderiam, assim, importar a verificação de uma excepção dilatória (*eccezione processuale*), que obstaría a que o tribunal conhecesse do mérito da causa e daria lugar à absolvição da instância do réu, sem que o juiz pudesse apreciar o pedido feito pelo autor.

A valoração jurídico-processual atribuída pelos gortínios à cláusula *μὲ ἔνδικον ἦ(μ)ην* poderá ser um dos nós górdios para compreender se aqueles distinguiam as excepções dilatórias e excepções de direito material, embora, por ora, não se possa pôr de lado que aquela expressão pode também significar a anglo-saxónica «*non-justiciability*» ou a mera «*manifesta improcedência da questão submetida a juízo*».

Alguns Autores, como WILLETTS, MAFFI, GAGARIN & PERLMAN, debruçaram-se de forma sustida sobre as expressões *endikon emen* e *me endikon emen* no Grande Código (IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4). WILLETTS parece tratar as referidas expressões num plano substantivo ou material. Efectivamente, o Autor parece relacionar a expressão *me endikon emen* com os conceitos de inconcludência jurídica ou manifesta improcedência da acção (IC IV 72, V, 8-9 VI, 24-25, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4): o proponente da acção judicial veria a sua pretensão ser indeferida de imediato por manifesta falta de fundamento legal. Assim, o Autor traduz a aduzida expressão indistintamente por «*there shall be no ground for action against*» (em IC IV 72, V, 8-9, VI, 24-25) ou ainda por «*there shall be no liability*» (em IC IV 72, IX 17, XI, 22-23, XII, 4)³⁷.

MAFFI, por seu turno, traduz *me endikon emen* pelas expressões «*non vi sia possibilità di agire in giudizio*» ou «*non sia passibile di azione giudiziaria*»³⁸, o que

³⁷ WILLETTS 1967, 39-50.

³⁸ 1997, 52, 108, 160, 163, 169, 172 e 173.

parece apelar, em termos abstractos, ao conceito de «*non-justiciability*»³⁹, ou, em alternativa, à ideia de que vigorava em Gortina um sistema de acções típicas (*Aktionensystem*). Por via desta última concepção, o direito subjectivo só existiria e só encontraria tutela do ordenamento jurídico na estrita medida em que estivesse prevista na legislação uma acção destinada a garanti-lo⁴⁰. Assim, o direito subjectivo e o direito de acção seriam um pedaço uníssono: só existiria direito subjectivo na estrita medida da previsão legal da acção típica que visasse tutelá-lo e o direito de acção seria uma parte integrante daquele direito subjectivo, permitindo ao seu titular perseguir em juízo aquilo que lhe era devido. A acção judicial seria o próprio direito.

Numa leitura mais detida, o Autor parece entrever esta última mundividência (*concepção privatística do direito de acção*) através da expressão *me endikon emen*: «*altro elemento comune a col. VI 12-31 e a col. IX 7-24 è che in entrambi i casi è esclusa la possibilità di perseguire in giudizio atti che siano stati posti in essere prima dell'entrata in vigore del Codice*»⁴¹. Embora esta asserção se relacione com duas normas que impedem a retroactividade de determinadas consequências jurídicas a casos anteriores à entrada em vigor do Grande Código, o insigne Professor refere-se à impossibilidade de tutela judicial desses mesmos casos e, faltando essa tutela judicial, não haveria também o direito subjectivo, pelo que a decisão do Tribunal passaria, em termos materiais, por negar a pretensão do autor.

Parece-nos, deste modo, que também MAFFI adere a expressão *me endikon emen* à falta de direito subjectivo, o que importaria a improcedência da acção. Isto é, os factos trazidos pelo autor a juízo seriam inábeis a deles se poder extrair o efeito jurídico por ele pretendido, uma vez que a lei não previa a sua tutela.

Os últimos Autores aludidos, GAGARIN & PERLMAN, relativamente à cláusula *me endikon emen* alternam a sua tradução entre «*there is (is not) to be legal action*» e «*it is not a matter for trial*», ligando-a ineliminavelmente às hipóteses normativas em que o legislador não pretendeu que as mesmas se retroagissem a casos anteriores à promulgação lei, e, por esta razão, não os pretendeu tutelar com a lei nova⁴².

³⁹ Sendo a *justiciabilidade* a «*característica do que pode ser objeto de apreciação judicial*» (CUNHA 2003, 147), pelo que as questões submetidas a juízo não teriam a idoneidade de ser resolvidas pela via judicial, não podendo o tribunal decidi-la.

⁴⁰ ENDEMANN 1925, 81.

⁴¹ 1997, 108.

⁴² 2016, 294, 372, 400, 415, 426.

Parece-nos, também, que os Autores aderem a expressão *me endikon emen* a um sentido inequivocamente material. Perante uma causa de pedir alegada pelo autor em que, embora preenchedora da previsão normativa, fosse anterior à promulgação dessa lei e esta dispusesse ser irretroactiva, o julgador apenas poderia concluir pela improcedência da acção e pela denegação do efeito jurídico pretendido.

Acompanhando a doutrina maioritária, também tendemos para vislumbrar na cláusula *me endikon emen* um comando dirigido ao juiz no sentido de fazer improceder a acção, ao nível do mérito, impossibilitando a repropositura de nova acção com o mesmo objecto.

Em todos estes casos a que aludimos no Grande Código (IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4), o legislador gortínio demonstrou uma preocupação pela irretroactividade da lei, excluindo a aplicação das consequências jurídicas de determinadas hipóteses normativas a casos anteriores à entrada em vigor da lei⁴³. Assim, o agente que com a sua conduta preenchesse a hipótese da norma apenas poderia ser responsabilizado caso a sua actuação, preenchedora da previsão legal, fosse posterior à entrada em vigor da nova lei. A lei era apenas válida para os casos futuros, pelo menos nestas previsões (IC IV 72, V, 8-9 VI, 24-25, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4). Caso alguém recorresse a Tribunal com vista a responsabilizar um agente que com a sua conduta preenchesse qualquer uma destas normas, pese embora a sua conduta fosse anterior à entrada em vigor da lei, a sentença a proferir apenas poderia ser no sentido de fazer improceder a acção.

Vejamos dois exemplos que poderão confirmar esta asserção:

I - A senhora A herdou um cavalo de seu pai. B, marido de A, vendeu a C aquele cavalo antes da entrada em vigor do Grande Código (IC IV 72). A, descontente com a situação, procurava reaver o cavalo e decidiu intentar uma acção judicial com vista a recuperá-lo. Assim, a senhora A peticionou ao juiz que C lhe devolvesse o cavalo.

II - O senhor A adoptou B, não tendo A quaisquer filhos legítimos, mas somente um irmão, C. Entretanto, e de forma súbita, A faleceu, tendo deixado um rebanho de ovelhas a B. B recusa-se a cumprir a promessa que A tinha feito nesse ano, antes de

⁴³ GAGARIN & PERLMAN (2016, 355) concluem que a utilização da expressão negativa *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην* se liga intimamente a factos anteriores à promulgação do Código: «it indicates the non-retroactivity of a provision».

falecer; à deusa Artemisa, que consistia no sacrifício de duas ovelhas, com vista a que a caça naquele ano fosse proveitosa. A morte de A ocorreu antes da entrada em vigor do Grande Código. C, descontente com a actuação de B, pretendia ficar com o rebanho de ovelhas de B e honrar a promessa feita por A.

Em ambos os casos, atendendo aos preceitos legais vertidos em IC IV 72, VI, 9-25, para o primeiro caso, e IC IV 72, X, 39-48, XI, 19-23, para o segundo caso, o juiz teria de concluir pela manifesta improcedência das pretensões jurídicas, porquanto as causas de pedir, embora preenchessem as aludidas previsões normativas, se reportavam a factos anteriores ao Grande Código e em relação às quais o mesmo se considerava inaplicável, o que apenas poderia acarretar a improcedência dos pedidos.

Contudo, e regressando à expressão *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην* prevista em IC IV 41, I, 12, como acima vimos, a mesma não se prende com a irretroactividade da lei (o legislador não comina apenas os casos anteriores à lei em apreço com a improcedência), mas certamente o legislador gortínio procurou com essa expressão determinar a mesma consequência jurídica que, mais tarde, foi encontrada no Grande Código para os casos de irretroactividade da lei (IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4). E essa consequência seria, a nosso ver, também a improcedência da acção. Isto valeria, porventura, para todas as situações em que o requerente da acção judicial visasse uma determinada pretensão jurídica (*petitum*), invocando para tanto factos concretos (*causa petendi*) dos quais não poderia retirar o efeito jurídico pretendido (uma vez que a lei gortínia não acolhia a tese apresentada e os factos não preenchiam nenhuma norma).

Outro problema prende-se com o conhecimento pelo juiz de que o autor não tivera realizado as formalidades pré-processuais referidas em IC IV 41, Coluna I, 7-12. Se o autor não apresentasse as duas testemunhas formais para atestar a verificação daquelas formalidades a que acima aludimos⁴⁴, parece-nos que o juiz poderia conhecer officiosamente tal falha, ainda que o réu não suscitasse tal questão. Assim entendemos

⁴⁴ «I) a procura pelo autor do animal desaparecido; II) caso o animal estivesse ferido ou morto, a interpelação feita pelo autor ao réu para este pagar um determinado valor pecuniário, após ter mostrado ao réu o animal ferido ou o cadáver, respectivamente; III) em alternativa à hipótese anterior, caso não fosse possível deslocar o animal ferido ou o cadáver, a interpelação feita pelo autor ao réu para, num prazo de cinco dias, se deslocar ao lugar onde estava o animal ferido ou o cadáver».

porque consideramos que vigorava o princípio *iura novit curia* em Gortina, que trataremos *infra*, e, por isso, o autor só obteria vencimento da acção se fizesse prova de todos os pressupostos para mobilizar a hipótese normativa de direito substantivo (e que, no caso, passaria por provar a prática daqueles actos a que aludimos). Naturalmente, o réu também poderia excepcionar, alegando que aquelas formalidades não tinham sido observadas.

Na Coluna III, 3-4, de IC IV 41, surge novamente a expressão $\mu[\eta] \epsilon\acute{\nu}\delta\iota\kappa\omicron\nu \eta\acute{\mu}\eta\nu$:

«-----

[--- αἰ μὲν κ' ἀμπό]-

τεροι ἔπον[ται] οἱ ἀλ-

οῖοι $\mu[\eta]$ ἔνδικον ἦμ-

4 ην, αἰ δέ κα $\mu[\eta]$ ἀμπότ-

εροι ὁ[.....] ενος τὰ-

ν ἀπλόον τι[μὰ]ν κατα-

στασ[εῖ.] vac. [...]

A compreensão do início deste registo epigráfico está dificultada pela omissão das primeiras linhas. CALERO SECALL debruça-se sobre a mesma e entende que se aplica a casos de danos sobre animais emparelhados/que trabalham em grupo, possivelmente animais vocacionados para trabalhos agrícolas⁴⁶. Provavelmente, e refere a mesma Autora que tal norma poderia ter aplicabilidade em casos em que esses animais houvessem sido cedidos temporariamente pelo seu proprietário a outrem e, no momento da sua devolução, apenas pudesse devolver um deles, por exemplo, porque o outro animal houvera falecido. A lei dava possibilidade ao restituidor de entregar um outro animal na vez daquele e, caso fizesse uma boa parelha com o outro («*marchar al mismo paso*»), não poderia o proprietário iniciar procedimento judicial. A Autora sintetiza assim o comentário a esta norma: «[e]l propietario del animal que ha dañado a uno de ellos tiene la responsabilidad de entregar el suyo o pagar una indemnización.

⁴⁵ A tradução de CALERO SECALL (2017, 14) é a seguinte: «*Si estos dos (animales) de clase diferente pueden marchar al mismo paso, no haya lugar a proceso; pero si los dos no pueden ir, (el que los haya desparejado) pagará su valor simple.*»

⁴⁶ 2017, 22-23. O pensamento vertido em GAGARIN & PERLMAN (2016, 296) é muito distinto, pondo os Autores a hipótese de cães pertencentes a donos distintos atacarem-se mutuamente, sofrendo um deles lesões, não podendo o proprietário do cão com lesões pretender indemnização do outro se se provar que os cães se atacaram em simultâneo.

Pero puede darse el caso de que este animal que entrega sea de clase diferente al que va emparejado. Si estos dos perteneciendo a clases diferentes pueden marchar en pareja llevando el mismo paso, cumpliría con su responsabilidad y no habría lugar a ninguna demanda. Mientras que, si el animal entregado no puede formar una buena pareja, entonces el dueño del animal causante del daño ha de pagar una indemnización por el valor del animal lesionado»⁴⁷.

Aqui a expressão $\mu[\eta]$ ἔνδικον ἤμην (não existirá processo/juízo) tem, no nosso entender, uma consequência similar à que referimos anteriormente para o da Coluna I, 12. Contudo, se afirmámos que, no caso da Coluna I, a preterição das formalidades essenciais aí referidas seria de conhecimento *ex officio iudicis*, na presente norma, a excepção de que o réu (pessoa que apenas tinha devolvido um dos animais objecto de um contrato) teria entregado um outro animal, para substituir o animal impossível de restituir, e que fazia boa parilha com aquele que foi entregue, configurar-se-ia como uma excepção de direito material que teria de ser invocada pela parte interessada (*eccezione di merito non rilevabile d'ufficio*)⁴⁸. Tal excepção teria de ser apresentada pelo réu, para obstar a que o autor fizesse valer a sua pretensão indemnizatória, relativamente à perda do animal que não lhe houvera sido entregue. Em termos simplistas, o autor apenas referiria que não lhe houvera sido entregue um dos animais objecto de um contrato de cedência temporária, o réu excepcionalmente, alegando que entregara um animal em substituição do animal que não foi entregue, e que emparelhava em sintonia. Ou seja, tais factos alegados pelo réu constituiriam uma objecção, ou melhor, contrariariam e implicariam contradição daqueles alegados pelo autor, «*per inficiarne la verità o attendibilità*» dos factos deduzidos pelo autor⁴⁹. Este seria seguramente um direito do réu, o de exceptonar, o de poder processualmente «*exigir, uma vez preenchidos certos requisitos adjectivos, a pronúncia judicial sobre contrafactos susceptíveis de afectar o efeito pretendido pelo autor*»⁵⁰ e o *dikastas* estaria obrigado a pronunciar-se sobre a excepção invocada pelo réu. Esta excepção

⁴⁷ CALERO SECALL 2017, 23.

⁴⁸ Uma excepção de direito substantivo mediante a alegação de factos novos (entrega de um animal em substituição e que este fizesse boa parilha com um dos que já pertencia ao autor) e que serviam de causa extintiva do direito do autor, porque segundo o direito substantivo aplicável infirmam os seus efeitos (Coluna III, 1-7).

⁴⁹ BARTOLINI 2015, 19.

⁵⁰ MESQUITA 2012, 49.

seria de direito material porque, uma vez demonstrado que o réu teria entregue ao autor um animal em substituição e que emparelhava bem com o outro, o juiz acederia ao mérito da causa e proferiria sentença mediante a qual indicaria que o autor não tinha qualquer direito a uma indemnização por não lhe ter sido devolvido um dos animais cedidos, visto que os factos alegados e provados pelo réu importariam a extinção do efeito jurídico pretendido pelo autor. Ou seja, é uma excepção de direito material porque levaria o juiz a absolver o réu daquele pedido, dizendo expressamente que o autor não tinha qualquer direito à indemnização. À semelhança do que parecia acontecer no direito ático, perante aquela excepção que visava paralisar o direito do autor, o tribunal ou a acolhia ou fazia proceder a acção (a alternativa entre escolher «*l'enklema del attore e la paragrafe del covenuto*») ⁵¹.

Entendemos, por isso, que a expressão *μ[η] ἔνδικον ἤμην*, associada à perda de um direito material que alguém queria fazer valer num processo, poderia por vezes ser conhecida oficiosamente pelo juiz, sem que fosse obrigatoriamente suscitada pelas partes.

Por outro lado, em abstracto, poderiam surgir excepções dilatórias (*eccezioni processuali o di rito*) que impediriam o juiz de apreciar a pretensão do autor e conhecer do mérito da causa, dando lugar à absolvição da instância do réu, e que não obstarium à repositura da acção ⁵². Um exemplo que nos parece elucidativo é o de o autor propor uma acção contra o réu, peticionando o reconhecimento do direito de propriedade sobre um determinado escravo do qual o réu se arrogava proprietário, apresentando tal pretensão perante o *ὄρπανοδικασταν* (IC IV 72, XII, 7). Em princípio, tal competência não caberia ao *ὄρπανοδικασταν* (juiz dos órfãos), pelo que este seria incompetente em razão da matéria para dirimir o conflito, o que comportaria a

⁵¹ No direito ático, vd. as considerações de TALAMANCA (2017, 117-118) sobre o juízo parágrafo: «*il tribunale elastico era posto dinanzi all'alternativa o di accogliere l'enklema dell'attore, e condannare così il convenuto al timema in quello espresso, o di far propria la paragrafe del convenuto stesso, e consequentemente dichiarare irricevibile l'azione*», e que «*[a]ccogliendo, infatti, il timema proposto da quest'ultimo, il tribunale elastico respingeva la παραγραφὴ μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην avanzata dal convenuto, e consequentemente statuiva, anche se in via mediata, sulla procedibilità dell'azione che era stata invece prospettata come improcedibile*».

⁵² As *eccezioni dilatorie o interlocutorie* que «*non escludevano la riproponibilità della dike*», vd. TALAMANCA 2017, 30.

verificação de uma excepção processual, cabendo ao juiz competente apreciar o mérito da acção. Tal afirmação apenas será válida caso os *ὀργανοδικασταί* tivessem competências restritas a matérias de órfãos, elemento que surge implicitamente na lei.

Por todo o exposto, conclui-se que o processo gortínio, embora oral, era dado à verificação de específicas formalidades, cuja inobservância, num dado momento e no tempo previsto para a sua prática, obstaria a que o juiz pudesse adjudicar favoravelmente a sentença à parte que inobservou determinados actos. O direito processual e o direito material caminhavam lado a lado, assentando num lastro de preclusões a que as partes eram sujeitas.

2.2. As fases processuais

Tivemos oportunidade de referir que o processo gortínio teria o seu início com a apresentação da pretensão jurídica do autor, à qual se seguiria a convocação do réu, para apresentação da sua defesa, seguida da produção das provas apresentadas pelas partes, e, finalmente, da decisão do juiz. A apreciação da pretensão jurídica do autor tem a sua sede natural na fase da prolação de sentença. Mas essa apreciação poderia surgir, por vezes, antecipadamente.

No exemplo que acima se deu, relativo a IC IV 41, Coluna I, HEADLAM entende que a apreciação feita pelo *dikastas* da verificação das formalidades essenciais para que o processo pudesse prosseguir teria a sua sede numa fase inicial do procedimento judicial que teria paralelismo com a *anakrasis* do processo ateniense⁵³ e a fase *in iure* romana⁵⁴. O Autor recorre também às previsões normativas de IC IV 72, I, 39-46, II, 26-36, III, 44-55, IV, 6-14, IX, 43-54, XI, 24-40, 46-54, e, com este conjunto

⁵³ Sobre a *anakrasis* (*ἀνάκρισις*) ou instrução, vd. PALAO HERRERO 2007, 340-342.

⁵⁴ Em Roma, no sistema das *legis actiones* e no processo das fórmulas, estes eram integrados pelas fases *in iure* e *apud iudicem*. Durante a fase *in iure*, pela qual estava encarregado o pretor, designava-se um juiz privado para presidir a uma segunda fase do processo, *apud iudicem*. A fórmula era, sucintamente, uma ordem escrita pelo pretor e dirigida ao juiz, pela qual este teria de condenar ou absolver, consoante se provasse a verificação de um facto ou não. Delimitava o objecto do litígio e fixava os limites cognitivos do *iudex privatus*, vd. JUSTO 2000. Este *iudex* «era um homem recto, honesto, sem formação jurídica, a quem competia apreciar a matéria de facto», CURA 2003, 302, n. 665, 418, n. 1023, e 483 ss. Na fase *in iure* verificava-se um *ius-dicere*, afirmação solene da existência ou não-existência do direito, e na fase *apud iudicem*, um aplicar o direito em concreto, um *iu-dicare*, vd. CRUZ 1984, 69. Sobre o *dicere*, este não tem um mero significado enunciativo, mas de «estabelecer, criar, constituir», PELLOSO 2012, 105.

de normas, acaba por criar a tese de que existiriam duas fases distintas no processo judicial gortínio. Numa primeira fase, o juiz receberia a pretensão e a contestação, definiria o objecto do litígio, avaliaria o tipo de provas trazidas e indagaria se a lei oferecia uma solução directa, vinculativa e definitiva para a imediata resolução do caso. Isto é, se a lei definia que uma determinada questão de facto (podendo ser toda a matéria de facto) era resolvida por um meio de prova trazido por uma das partes, o juiz passaria à produção da prova que a lei reputava como vinculativa e proferia de imediato uma decisão. Assim, nesta sede, o juiz estava obrigado a decidir de acordo com a lei e o teor da decisão estava vinculado ao conteúdo do meio de prova produzido. Caso a lei não definisse nos termos referidos (não definisse que meio de prova seria vinculativo nem o sentido da decisão), HEADLAM entende que se seguiria a segunda fase do processo judicial gortínio, em que o juiz, perante a prova carregada para os autos, sem que a lei definisse o sentido da decisão ou a que meio de prova deveria o julgador recorrer, deveria sob juramento proferir sentença com uma margem livre de apreciação⁵⁵. Assim, estava justificada a alternância entre dois ofícios distintos do mesmo juiz e sistematicamente repetidos ao longo do Grande Código de Gortina: *δικάδδεν* e *ὀμνόντα κρίνεν*.

Também neste sentido da bipartição surgem outros Autores como ROBB, repetindo a bipartição proposta por HEADLAM, escrevendo que a primeira fase (*anakrasis* gortínia) seria vocacionada para as sentenças sumárias, em virtude de a lei escrita comandar num determinado sentido⁵⁶.

Não é este o nosso entendimento. Em primeiro lugar, o processo gortínio decorria sempre perante o mesmo juiz (singular)⁵⁷. Este não é um argumento que os citados Autores ignorem, é certo⁵⁸. Contudo, pretendem estes Autores que o mesmo sujeito processual (o *δικαστᾶν*) se desdobre em duas figuras completamente distintas (como se se comportasse ora uma das vezes como um pretor, ora sendo juiz no resto dos casos), compartimentando-se em duas fases abstractas e que saberia distinguir psicologicamente. Não nos parece crível que assim fosse. Havendo só um magistrado

⁵⁵ HEADLAM 1892, 67-68.

⁵⁶ (1991, 644-646 e 659).

⁵⁷ Ver por todos, BÜCHELER & ZITELMANN 1885, 68, CALERO SECALL 1997, 118-119, SMITH 1924, 28 e 37.

⁵⁸ HEADLAM 1892, 49.

nos procedimentos judiciais, é difícil pôr como hipótese que, no mesmo processo, este se comportasse de forma distinta em duas fases completamente separadas. O processo flui naturalmente. As fases sucedem-se entre si com lógica e coerência: a apresentação pelo autor da sua pretensão, dos factos sobre os quais assenta o seu pedido, os seus meios de prova, seguindo-se a contestação do réu, a impugnação ou a alegação de excepções, a apresentação dos meios de prova deste, a definição do objecto do litígio pelo juiz, a marcação do julgamento onde se iriam produzir as provas que o juiz determinasse e, finalmente, a sentença final. Naturalmente o processo poderia terminar antes, como já se deixou expresso. Mas tal não justifica que se interprete o processo gortínio como bipartido, como no modelo formulário romano. Não é pelo simples facto de surgir um julgamento antecipado da acção (sentença proferida numa fase preliminar do processo), ao qual HEADLAM associa o verbo *δικάδδεν*, que se pode referir que apenas se percorreu apenas uma primeira fase do processo (que seria uma *anakrisis* ou *in iure*). Há processos que morrem mais cedo do que outros. O jogo processual tem as suas vicissitudes. Algumas acções nascem anquilosadas, sem os pressupostos formais para que se siga em frente. Noutros processos, o autor pretende um efeito jurídico impossível de se retirar dos factos que alega (impossibilidade jurídica da pretensão). Há ainda aqueles casos em que o autor simplesmente não traz prova suficiente à luz das regras do ordenamento jurídico (seja modelo tarifado ou modelo de livre convencimento do juiz) para que a tutela pretendida seja concedida. Finalmente, e com relevância para dilucidar a tese apresentada por HEADLAM, há acções para as quais o autor traz *ab initio* determinados meios de prova que permitem, sem a prática de mais quaisquer actos, que o juiz profira de imediato uma sentença favorável àquele litigante. Assim, nalguns exemplos avançados por HEADLAM, o que está verdadeiramente em questão é que o juiz antecipa que, perante determinada prova já existente no processo, o juiz pode de imediato proferir sentença, sem que se pratique mais qualquer acto inútil. No exemplo de IC IV 72, III, 44-55, e IV, 6-14, refere HEADLAM que um pai de uma criança poderia trazer ao tribunal uma pretensão indemnizatória contra a mãe, estando esta separada ou divorciada daquele, por esta ter exposto ou abandonado a criança. Trazendo a mãe ao processo depoimentos de três testemunhas de que tivera dado possibilidade ao pai de reclamar a criança e de que este não o fez, a pretensão improcederia. No exemplo de IC IV 72, IX, 43-54, após depoimento das testemunhas exigidas por lei a confirmar a existência do contrato (possivelmente de consórcio/*joint*

venture) e a falta de pagamento do preço acordado pelo réu, o juiz proferiria sentença de acordo com os testemunhos⁵⁹.

Nestes exemplos trazidos por HEADLAM, o que se põe, na verdade, é a possibilidade de o juiz antecipar a decisão de mérito por já existirem no processo elementos suficientes para a prolação da sentença.

Esta possibilidade de antecipação não significa que existisse um desdobramento teórico do processo em duas fases idênticas à da *anakrisis* e *krisis* atenienses ou *in iure* e *apud iudicem* romanas.

Em primeiro lugar, o verbo *δικάδδεν* surge em várias passagens do Grande Código de Gortina e nem sempre ligado a uma ideia de antecipação da decisão de mérito. Pode o juiz ter analisado as diversas diligências de prova (as do autor e do réu) e, no final, atribuir prevalência às provas de uma das partes, por imposição legal. Por isso, *δικάδδεν* significará apenas vinculatividade do sentido de decisão do juiz a um determinado sentido desejado pela lei, sendo, como veremos *infra*, uma regra de decisão. Esta decisão tanto poderia dar-se numa fase mais prematura ou mais tardia do processo, tendo o juiz de casuisticamente analisar se, em face dos elementos que constam do processo, tinha possibilidade de emitir sentença.

Em segundo lugar, a *ὀμνόντα κρίνεν*, que surge sempre que o juiz deveria jurar e decidir com alguma margem de livre apreciação, tanto poderia dar-se numa fase inicial do processo como mais tardia: se nem o autor nem réu trouxessem provas ao processo, parece-nos que o juiz seria obrigado a recorrer a essa fórmula⁶⁰. Concluimos que *δικάδδεν* e *ὀμνόντα κρίνεν* seriam formas e regras da decisão, a que o juiz poderia recorrer numa fase mais inicial ou mais tardia do processo, após analisar os elementos de facto e de prova carreados pelas partes e depois de analisar os comandos da lei. Não seriam aqueles verbos indicadores de uma separação de fases processuais, ao estilo ático da *anakrisis* e *krisis* ou da *in iure* ou *apud iudicem* romanas.

De qualquer modo, entre o momento em que os litigantes alegariam as suas razões de facto e o momento da decisão do litígio haveria naturalmente espaço para a produção de prova. No dizer de UBERTIS, a decisão final é alcançada depois de uma

⁵⁹ Estes exemplos são dados por HEADLAM 1892, 53 e 55.

⁶⁰ IC IV 72, XI, 29-30.

sucessão dialéctica de decisões intermédias⁶¹. A dialéctica dava-se entre os litigantes. Ao juiz caberia somente escolher uma das teses apresentadas.

Por isso, aquelas duas fases avançadas por HEADLAM são, na verdade, um *continuum*. Sucedem-se uma à outra sem se dar uma quebra lógica, ao contrário do que sucedia em Atenas e Roma⁶². Como acima se expendeu, parece-nos que é a única conclusão compatível com o facto de, em Gortina, apenas um juiz estar encarregado de todo o processo.

Ainda assim, WOLFF, embora de forma distinta de HEADLAM, põe em causa a indivisibilidade do processo, defendendo a sua bipartição neste sentido: uma primeira fase seria controlada pelo *kosmos* (*κοσμήτιον*), que impediria a auto-tutela dos litigantes sem uma declaração prévia permissiva, e uma segunda fase perante o juiz (*dikastas*), que culminaria com a sentença propriamente dita⁶³. O mesmo Autor adita a esta linha de pensamento que não haveria julgamentos conduzidos pelos governadores (*kosmoi*), afirmando contundentemente que a tarefa de julgar caberia sempre a um juiz (*dikastas*). Os *kosmoi* teriam uma tarefa soberana, de natureza essencialmente administrativa⁶⁴, mas revestida de *ius imperium*, sobrepondo-se às esferas jurídicas dos particulares. GAGARIN e PERLMAN abrem a possibilidade dos *kosmoi* (bem como *ksenios kosmos* e *gnomones*) terem assumido funções judiciais em Gortina no séc. VI a.C, à semelhança do que era comum em Dreros⁶⁵. THÜR considera que, quando o texto legal de Gortina se refere a *dikastas*, o que se quer realmente significar é *kosmos*, sendo termos indistintos⁶⁶. O Autor tem uma posição muito particular neste aspecto: «[m]y conclusion is when the Law Code is speaking of a *dikastas* it means the single *kosmos* responsible for the kind of cases in issue, the *ksenios kosmos* for example (XI 14-17) and the *dikastas* for *hetairiai*. In the highly technical language of the Code *dikastas*

⁶¹ 2018, 62. Também em Gortina haveria, eventualmente, decisões intermédias que afectassem o fundo e outras meramente procedimentais, como veremos adiante. As primeiras relacionadas com a produção de prova, as segundas de gestão procedimental do processo.

⁶² Também assim, MAFFI 1986, 23-24.

⁶³ 1946, 65.

⁶⁴ (1946, 63-65).

⁶⁵ GAGARIN (1986, 85-86), PERLMAN (2002, 213), e na obra conjunta GAGARIN & PERLMAN (2016, 72), na esteira também de WILLETTS 1955, 205.

⁶⁶ (2007, 42).

*seems to mean the "competent magistrate"»⁶⁷. MAFFI coloca reservas à hipótese de os *kosmoi* terem tido competências judiciais específicas de forma análoga aos arcontes atenienses do século IV a.C., concluindo pela possibilidade de àqueles terem sido atribuídas *ex lege* competências jurisdicionais muito específicas⁶⁸. Neste conspecto, parece-nos que, seguindo a posição de THÜR, de que *kosmos* e *dikastas* são tendencialmente sinónimos (*dikastas* significaria o magistrado competente, ou seja, *kosmos* competente no caso concreto), se vai contra a letra da lei no Grande Código. Consideramos que o Grande Código sugere outra ideia, não fazendo coincidir *kosmos* e *dikastas*, reservando a este último as funções correspondentes ao *ius dicere*. Por exemplo, em IC IV 72, VIII, 55, a tarefa que o legislador incumbiu aos *kosmoi* não nos parece que seja materialmente idêntica à dos *dikastai* (I, 18-24, IX, 18-21, XI, 26-31), resvalando para uma actuação aproximadamente administrativa⁶⁹. Parece-nos assim estar indiciado pela letra da lei que o *dikastas* do século V a.C. não seria materialmente idêntico ao *kosmos*, o que não significa que os *kosmoi* em séculos anteriores não tivessem sido autênticos órgãos de administração de justiça⁷⁰.*

3. Poderes processuais dos juízes (*dikastai*)

O conjunto de todas as leis de Gortina, e não apenas o Grande Código (IC IV 72)⁷¹, previa uma actuação judicial mais expectante, passiva, determinando que a iniciativa probatória pertencia exclusivamente às partes⁷². Não queremos significar que

⁶⁷ 2010, 148; 2012, 52; 2014b, 6. O Autor apoia-se também no direito comparado cretense, na lei constitucional de Dreros, vd. VAN EFFENTERRE & RUZÉ 1994, 306-308, que impede a recondução do cargo de *kosmos* ao fim de um período de 10 anos. CHANIOTIS (2005, 185-186) parece aderir a esta posição ao afirmar que, em Gortina, IC IV 41 e IC IV 72, «*kosmoi decide the outcome of a lawsuit upon oath*».

⁶⁸ 2007 201-202, n. 13.

⁶⁹ Vd. WILLETTS 1967, 32; GAGARIN 2010, 138-139.

⁷⁰ WILLETTS 1955, 205; 1967, 32. E também distinguindo as funções, SEELENTAG 2015, 173-174.

⁷¹ O Grande Código de Gortina (IC IV 72) liga-se a *legislação avulsa* (anterior ou posterior), como demonstram GAGARIN & PERLMAN (2016, 284): a regulamentação processual não incluída no Grande Código relativamente a heranças (IC IV 72, XI, 6-10) manifesta-se numa lei anterior (IC IV 21). Também em GAGARIN (2008, 142-143) se apresentam diversos exemplos que mostram que o conjunto de leis de Gortina formavam um todo coerente.

⁷² MAFFI 2011, 156, 194-197. Também concorre para este pensamento, GERNET 1937, 125;

o juiz assistia ao *duelo* de forma impassível, tanto que seria do interesse da administração da justiça a promoção da *dialysis* (*διαλύειν*), a concórdia entre as partes desavindas. O juiz teria um comportamento passivo na fase de aquisição de prova. Caberia às partes a aporcação da prova para moldar a convicção do julgador relativamente aos factos litigiosos. Vigoraria plenamente a ideia de auto-responsabilidade das partes (*Beibringungsgrundsatz*⁷³). Estas deveriam trazer ao mundo do processo os factos litigiosos e as provas necessárias à sua demonstração, e que culminaria com a emissão de uma decisão de mérito (*krinein*). O sistema probatório gortínio, para além de aderir irrestritamente ao princípio da disponibilidade da prova às partes, era rigidamente regulado pela lei⁷⁴.

O direito processual gortínio assentava num lastro de provas legais, vinculando-se *ex lege* o juiz ao valor de um meio de prova. Ao magistrado era vedada a iniciativa própria e officiosa com escopo de acertar a verdade: o processo era uma coisa das partes⁷⁵. No mais, o juiz proferia sentença através de uma de duas modalidades. A primeira reportava-se aos casos em que o juiz estava obrigado a decidir num certo sentido porque a lei o determinava de forma expressa⁷⁶, e o teor da sua sentença era estritamente definido pelo valor probatório de depoimentos ou pelo valor vinculativo

1982, 132, DURAN 2004, 283. HARRIS (2018, 221) é também taxativo em relação à iniciativa probatória dos juízes nos tribunais judiciais áticos, o que nos permite alguma segurança analógica: «[t]he judges in an Athenian court had to rely only on the facts presented to them by the litigants in their speeches; they could not request other information after the speeches were delivered». Inclusivamente, o direito ático não previa qualquer modificação do objecto do processo, mesmo que resultasse da instrução a conveniência da sua alteração, vd. BORGES 2011, 127 que retira esta ideia para os litígios não criminais de Dem. 56. 11-17.

⁷³ Sobre as duas dimensões deste princípio, introdução de factos e recolha de prova, ZETTEL 1977, 30.

⁷⁴ O que demonstra, para MAFFI (2002, 121), que não subjaz ao legislador a intenção de favorecer uma das partes. Estas estão num plano de igualdade.

⁷⁵ Caberia às partes sustentar as suas posições no litígio, avançando com os factos e com as provas, cabendo depois ao julgador subsumir a matéria fáctica às hipóteses normativas, vd. WILLETTS 1967, 33.

⁷⁶ Na impressionante expressão de SEALEY (1994, 51), o juiz tinha uma *função meramente declaratória* ou homologatória. A pronúncia da sentença conforme o resultado que a lei consigna ao caso naturalmente também se encontra no direito ático (*κατά τοὺς νόμους δικάζεσθαι*) em confronto com os casos em que o juiz «*ὀρίζεται δίκαιον*», quando a lei não regulava expressamente o caso *sub iudice*, vd. PAOLI 1925, 237.

de determinados juramentos⁷⁷. Esta modalidade decisória tomava o nome de *δικάδδεν/dikazen*⁷⁸⁻⁷⁹. A segunda prendia-se com todos os casos em que a lei não predefinia o desfecho do diferendo mediante a produção de determinadas provas tarifadas, e o juiz deveria decidir *secundum conscientiam*⁸⁰. Para tanto, o juiz prestaria um juramento, após o qual valoraria livremente a prova produzida, e decidiria sobre a matéria de facto da causa de acordo com a sua íntima convicção, erigida no confronto com os vários meios de prova (*ὀμνόντα κρίνειν/omnunta krinen*)⁸¹. Em nenhum momento poderia o juiz livremente procurar novos factos e produzir por sua iniciativa

⁷⁷ Sem possibilidade de actuações discricionárias, vd. WILLETTS 1967, 34; SEALEY 1994, 41; CALERO SECALL 1997, 118. Como denota TALAMANCA (1979, 135) a modalidade *δικάδδεν* nem sempre está ligada a um meio de prova cujo valor está pré-definido na lei, veja-se a Col. V, 28-44. Daí que o Autor faça uma crítica à ideia de que *δικάδδεν* e sistema legal de prova sejam indissociáveis.

⁷⁸ Em Creta «*en los ss. V-III a.C. se usó δδ para la grafía ζ más antigua*», pelo que no Grande Código se lê *δικάδδεν*, CALERO SECALL (2017, 19) e ainda MERRIAM 1885, 341, WILLETTS 1982, 238, WOODARD 1997, 166. Sobre a referida grafia, vd. ainda as considerações de ORTEGA VILLARÒ (1986, 189), referindo que a grafia Z para a sonoridade [zd] se converteu, a partir do século V a.C., em -ΔΔ-, através do fenómeno fonético da assimilação regressiva.

⁷⁹ «*Δικάζειν, «juger», c'est déclarer cette victoire conformément à la règle des preuves*», GERNET 1937, 115; 2001, 446; MAFFI 2011, 153. Esta afirmação é tendencial e não absoluta para o ordenamento jurídico gortínio, visto que *δικάζειν*, fora do Grande Código de Gortina (IC IV 72), pode assumir um sentido genérico de «*decidir o caso*», vd. GAGARIN 2010, 142-143 e GAGARIN & PERLMAN 2016, 273-274, 278, 284. O *δικάζειν* desligado de um pré-comando legal do sentido decisório é visível em Homero, vd. TALAMANCA (1979, 117) que encontra naquele verbo o sentido comum de «*tomar uma decisão, julgar*», refutando a ligação que THÜR (1970, 432-437) estabelece entre *δικάζειν* e um procedimento formal probatório, «*ein formales Beweisverfahren*» (1970, 441).

⁸⁰ No sentido de atender às regras e máximas de experiência (HEADLAM 1892, 68). Nesta situação, o juiz teria uma margem livre de apreciação do caso e poderia actuar discricionariamente, SEALEY 1994, 41. BÜCHELER & ZITELMANN (1885, 69) referem-se a uma «*decisão de acordo com o seu próprio critério*». BEARZOT (2017, 272) recorre à mesma expressão, trazendo à colação a *gnome dikaiotate*.

⁸¹ O juramento prestado pelo juiz confirmava a sua imparcialidade e garantia a justeza da decisão, vd. PLESCIA 1970, 36, CALERO SECALL 1997, 130; THÜR 2007, 41; PALAO HERRERO 2007, 68-69.

outras provas, construindo por si as bases constitutivas da sua decisão⁸². Nesses mesmos casos circunscritos, apenas poderia livremente apreciar bem como estabelecer a eficácia de cada um dos meios de provas apresentados pelas partes⁸³. O comando legal era directo, a sentença teria de ser conforme à factualidade e às provas deduzidas pelas partes, ainda que o julgador pudesse livremente valorar aquelas. CHAVANNES também interpreta deste modo: «*le juge prête serment et juge d'après les débats*»⁸⁴, ou seja, o juiz não julgava outros factos para além dos deduzidos pelas partes nem se servia de meios de provas diversos daqueles que se produziram no processo (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*)⁸⁵. Paralelamente, PAOLI, em relação ao direito

⁸² «[L]e tribunal ne dispose pas de moyens propres de critique ou d'investigation», GERNET 1937, 125. Em sentido contrário, JOHNSTONE (2011: 91), que, em relação à modalidade decisória *ὁμνόντα κρίνειν*, afirma que o juiz poderia investigar factos, acentuando os poderes inquisitórios do tribunal. Não distingue, porém, o autor se essa investigação se dá apenas em relação aos factos introduzidos no processo, ou se abrange qualquer facto, mesmo externo ao material da causa. Não nos parece que nenhuma das hipóteses se verificava em Gortina, pela interpretação intra-sistemática do Código, sobretudo em XI, 26-31 (*que indica perfeitamente o sistema legal em matéria de prova*, CHAVANNES 1885, 316), e que *prende* a liberdade decisória aos materiais fácticos e probatórios trazidos pelas partes. TALAMANCA (1979, 126) parece também abrir via àquela hipótese, embora sem concretizar a possibilidade de o juiz autonomamente investigar factos não contidos no processo, referindo apenas que, na *ὁμνόντα κρίνειν*, a livre convicção judicial não estaria mais ligada a factos objectivamente relevantes (porventura com intuito de acentuar a maior liberdade de conformação da decisão pelo juiz). CALERO SECALL (2017, 25, n. 31) parece ser contrária a essa ideia de procura de factos ou provas e que *κρίνειν* vincularia a decisão (livre) ao material probatório aportado: «*una vez evaluada la situación probatoria, [el juez] decide según su criterio*».

⁸³ Vd. mais concretamente WILLETTS 1967, 33. Na coluna XI, linhas 26-31, a expressão *πόρτι τα μολιόμενα* traduzida por WILLETTS como «*according to the pleas*» ou «*with reference to the pleadings*», encontra-se sempre relacionada com *ὁμνόντα κρίνειν*, vd. no Grande Código (V, 44, VI, 54-55, XI, 30-31). GAGARIN (2010, 136-137) entende que a expressão abarca não só as exposições introdutórias das partes ao objecto do litígio (as próprias declarações das partes), mas também a todo o material probatório trazido ao processo, contra MAFFI 2007, 204, defendendo que apenas se incluem nesta expressão as exposições das partes (os fundamentos da acção apresentados pelo autor e a contestação do réu), e seguido por THÜR 2010a, 148. Mas em IC IV 42, B, o juiz decidia *πόρτι τα μολιόμενα*, podendo inspeccionar os prédios objecto da acção de demarcação, sendo a inspecção um meio de prova a ter em conta.

⁸⁴ 1885: 316.

⁸⁵ A regra na Grécia antiga era de precisamente julgar de acordo com os discursos da acusação e

ático, estabelece dois modelos decisórios similares àqueles expostos anteriormente: «[i]l giudice óρίζεται τό δίκαιον, in quanto non è stato fatto dalla legge; altrimenti deve uniformarsi alle leggi: κατά τούς νόμους δικάζεσθαι [pronunziar sentenza conforme alle leggi]», acrescentando que o juiz, em caso de conflito entre o seu sentido de equidade e uma prescrição normativa legal, deveria dar prevalência à lei⁸⁶.

Em Gortina, por regra, o juiz julgava de acordo com a segunda modalidade⁸⁷. Só excepcionalmente, quando a lei previa, o juiz decidiria conforme os meios de prova impostos pela lei, ou seja, a modalidade do δικάδδεν⁸⁸. Quando a lei previa uma situação e lhe associava um resultado taxativo, o juiz era um mero *andróide*⁸⁹ e decidia *ipsis verbis* conforme o resultado descrito na letra da lei. Quando a lei não regulava a situação concreta submetida à jurisdição ou incumbia o magistrado de dirimir o conflito sem lhe fornecer uma solução vinculativa, este deveria decidir «em consonância com a opinião mais justa»⁹⁰, em virtude do juramento feito. E a *gnome dikaiotate*, a opinião tida como mais justa, convocada nos casos não regulados pela lei ou em que a lei não pré-determina uma solução⁹¹, coincidiria com os momentos da livre apreciação das provas pelo juiz⁹². Mas não se pense que cada uma daquelas modalidades decisórias somente daria em certos tipos de processo. Qualquer processo em abstracto poderia dar origem tanto a δικάδδεν como a óμύντα κρίνεν⁹³.

da defesa, BEARZOT 2017, 272

⁸⁶ 1925, 237.

⁸⁷ MAFFI 2011, 154, GAGARIN 2010, 129 e 144.

⁸⁸ BÜCHELER & ZITELMANN 1885, 68; TALAMANCA 1979, 126, embora advirta que a dialéctica δικάζειν-κρίνεν de Gortina não pode ser transposta para outros contextos; MAFFI 2011, 154, GAGARIN 2010, 129 e 144; PELLOSO 2009, 116. Impressivamente CHAVANNES (1885, 316) afirma que, se a lei nada especificar quando à prova, se reentra no domínio do *direito comum* (residual): a óμύντα κρίνεν.

⁸⁹ Expressão conveniente de BRONZE (2012, 79). Assim, «il giudice (dikastas) (...), sostanzialmente privo di poteri coercitivi discrezionali, è chiamato a un accertamento processuale delle pretese private» em rígida conformidade com as normas legais, vd. MAFFI 2003a, 171, nota 18.

⁹⁰ SEALEY 1994, 51. E onde haveria naturalmente mais liberdade para o magistrado, BÜCHELER & ZITELMANN, 1885: 68.

⁹¹ É, por isso, «a válvula de segurança» das fontes de direito da civilização grega, um expediente jurídico para colmatar lacunas, BISCARDI 1999a, 102, e BISCARDI 1999b, 152.

⁹² Neste expreso sentido, GERNET 1937, 121, n. 4; BISCARDI 1999a, 93.

⁹³ Assim, MAFFI 2003a, 213; BÜCHELER & ZITELMANN (1885, 68) traduzem o primeiro

Tais limitações impostas pela codificação vigente eram congruentes com as características da sociedade gortínia. As leis eram predominantemente pensadas para manter o *status quo* das elites⁹⁴. A maior parte dos processos decorria entre membros daquelas, e prendia-se sobretudo com disputas de direitos de propriedade e sucessórios⁹⁵. A lei, que visava regular estritamente os magistrados, demonstrava uma acentuada preocupação pelo uso abusivo da função judicial⁹⁶. O quadro legal apenas se coadunava com um jurista inerte, avesso a indagações oficiosas da verdade⁹⁷.

Esta nossa afirmação, de que o legislador do Código veda a iniciativa de produção de prova ao juiz, não contende com características da lei que SEALEY⁹⁸ aponta: as formulações legais são construídas casuisticamente, pois na previsão da norma pode encontrar-se, o mais das vezes, “*se alguém fizer isto ou aquilo*”. Tal pode apenas significar que o legislador estudou a forma como os juízes resolviam determinados casos e formalizou essa mesma prática, dando-lhe dignidade e valor de lei. Parece-nos também que esta configuração do *processo gortínio* é a que mais se harmoniza com o espírito grego, «*com uma visão bipartida do mundo*»⁹⁹. O duelismo

como *urteilen*, que significará julgar, e o segundo como *entscheiden*, que será decidir ou resolver.

⁹⁴ GUIZZI (2018, 99) apelida a sociedade gortínia do século V a.C. de aristocrática, fechada em si e exclusivista, fundada no privilégio de grupos restritos e bem definidos de cidadãos, vd. também DAVID 2014, 45. A legislação processual revela escasso paternalismo, mantendo o desnivelamento social a favor dos mais poderosos, o que seria congruente com a teleologia das leis gregas arcaicas, GAGARIN 1986, 126.

⁹⁵ HEADLAM 1892, 58-59; GAGARIN 1982, 145; CLARK 2011, 60.

⁹⁶ GAGARIN 1986, 97; CALERO SECALL 1997, 116; CLARK 2011, 11.

⁹⁷ A decisão final podia ser mais influenciada pelo efeito de persuasão do discurso do autor ou do réu do que propriamente pelo grau de convencimento racional da verdade histórica dos factos. Sobre a importância de persuadir o auditório (tribunal) no direito ático e a falta de preocupação pela reconstituição histórica dos factos, vd. MAFFI 2004, 44; LEÃO 2012a, 105; 109; LEÃO 2009, 294; STOLFI (2006, 33), WOLFF (2013, 98), (LEITE 2014, 26-27) e ROCHA (2015, 115).

⁹⁸ 1994, 43.

⁹⁹ MITCHELL & RHODES 1996, 11. HARRIS (2005, 130) refuta esta ideia da moralidade grega, expressa na máxima «*ajuda os amigos, hostiliza os inimigos*», argumentando, por exemplo, que na realidade ática o uso judicial para prosseguir interesses meramente duelísticos e o prolongamento indefinido no tempo da litigância eram desencorajados, uma certa ideia de *interest rei publicae ut sit finis litium*. Também, neste último sentido, posicionam-se CUNIBERTI (2011, 3) e GAGARIN (1986, 106), afirmando o último Autor que os gregos

– ou privatismo processual – parecia fazer parte da realidade litigiosa, tendo o juiz uma função meramente decisória, sem se intrometer ostensivamente ao nível do mérito da causa. Caberia às partes o impulso e desenvolvimento do processo, bem como o esforço ao nível da aporção de factos e provas para convencer o magistrado da bondade de cada uma das pretensões (*Beibringungsgrundsatz*).

Vejamos, de seguida, que poderes caberiam ao juiz gortínio ao nível da gestão do processo.

3.1. Poder de gestão do processo

Deixámos anteriormente suspensa a ideia de que o juiz gortínio do século V a.C. seria passivo e expectante, à espera da iniciativa das partes. No entanto, esta afirmação não pode pôr em causa que o juiz assume as vestes de gestor do processo, influenciando a tramitação do processo. Importa aqui separar dois planos de gestão: uma procedimental e outra material.

Na gestão procedimental do processo (*die formeller Verfahrensleitung*), correspondente à conhecida expressão inglesa *active case management*, o juiz não interfere com o fundo da causa, agindo apenas ao nível do *iter* processual. O juiz, desta forma, comanda o destino do processo, molda-o, planeia-o e dirige-o de forma a que se alcance a composição final do litígio, o mais das vezes acelerando o processo. Pratica também actos que resolvam questões processuais e fixa prazos para ordenar o processo. Exemplos deste tipo de gestão procedimento dentro do Código de Gortina (IC IV 72) podem ser encontrados, por exemplo nas colunas V, 28-34, VII, 35-52, IX, 30-34, XI, 46-55¹⁰⁰.

Assim, no primeiro exemplo, se um ou mais herdeiros pretendessem proceder à partilha da herança, mas outros se opusessem, o juiz deveria decretar que toda a propriedade ficasse na detenção daqueles que pretendiam realizar a divisão de bens, até que esta se realizasse. O juiz nestas causas não decidiria sem antes ouvir todos os herdeiros, pelo que o juiz poderia planejar quantos herdeiros ouviria num dado dia. Ao determinar o planeamento da efectiva audição dos vários herdeiros, o juiz estaria a

dariam um enorme valor a um procedimento eficiente que culminasse numa composição pacífica, característico de uma sociedade civilizada.

¹⁰⁰ Os exemplos ilustrados foram-nos gentilmente assinalados pelo Professor Alberto Maffi, em comunicação pessoal.

exercer poderes de gestão formal do processo.

Na Coluna VII, 35-52, pode colocar-se o mesmo problema, de forma mais acentuada, uma vez que o legislador gortínio impunha que o casamento entre uma herdeira e o noivo se proporcionasse dentro de um prazo máximo de dois meses, tendo aquela de ser uma filha sem irmãos e que tivesse sobrevivido ao falecimento do seu pai, e desde que tivesse também capacidade matrimonial. Na primeira classe elegível estaria o tio do lado paterno. Caso o noivo indicado por lei não aceitasse, passaria à próxima classe elegível por lei, mas a recusa (Col. VII, 33 e ss.) implicaria que «*all the property and the produce (...) [would] be at the disposal of the heiress until he [would] (...) marry her*»¹⁰¹. Ora, tendo em atenção a brevidade com que o legislador gortínio pretendia acertar o matrimónio de mulheres sem irmãos, sobrevividas ao falecido pai, naturalmente parece que o processo também teria de correr com uma certa celeridade. Nesse sentido, o juiz porventura alertaria o noivo, elegido pelos critérios da lei, para a consequência de não aceitar casar quando viesse a ter idade adulta, se tivesse recusado casar «*on the grounds that he is still a minor*» (exercendo aqui de certa forma uma gestão material, promovendo indirectamente a concórdia), com intuito aceleratório do processo.

Na Coluna IX, 30-34, uma vez que o juiz e o *μνάμων* de uma acção anterior teriam de ser testemunhas num processo posterior, a fim de atestar a existência daquele primeiro processo e do seu desfecho, pode pôr-se como hipótese que o juiz do segundo processo escolhesse um dia em que aqueles dois pudessem estar em conjunto, em nome do princípio da economia processual. Assim, o juiz poderia moldar o procedimento de forma a que o processo fosse mais económico e frutífero. Mas podemos também pensar numa hipótese inversa, em que o juiz preferisse apenas ouvir uma daquelas testemunhas num dia e postergar a outra inquirição, por mera conveniência de agenda pessoal.

Na Coluna XI, 46-55, podemos pensar em diversas actuações, por parte do juiz, de planeamento do caminho processual a percorrer¹⁰². Naquela *fattispecie*, o legislador dispõe sobre os termos do juramento purgatório da ex-mulher e estaremos «*dunque di fronte a una sorta di proklesis eis horkon che il giudice rende vinconlante per la donna attraverso la sentenza che le impone in sostanza di prestare un giuramento conforme*

¹⁰¹ Tradução de WILLETTS 1967, 45.

¹⁰² A norma é analisada em MAFFI 2007, 206-208, onde se contemplam várias hipóteses de gestão do procedimento.

alla richiesta del marito»¹⁰³. As presenças do juiz, do *μνάμων* e de uma testemunha qualificada (pela idade) durante a declaração do marido são exigidas por lei pelo que poderia o juiz impor o dia que fosse mais conveniente para a presença simultânea de todos¹⁰⁴.

Na segunda modalidade de gestão, de cariz material, o juiz interfere com o fundo da causa, isto é, com o objecto do litígio (entendido como *petitum* mais a *causa petendi*). Esta interferência judicial pode dar-se, assim, ao nível dos factos e das provas, afectando a procedência do pedido ou o agregado de factos que à luz do ordenamento jurídico sustentam aquele pedido (*causa petendi*). Assim, se o juiz chama a atenção das partes para a necessidade de esclarecerem, corrigirem ou completarem por elas próprias alegações de facto deficientes (*richterliche Aufklärung*¹⁰⁵) ou se pretende ouvir mais uma testemunha para além daquelas apresentadas pelas partes, por ter a convicção de que aquela pessoa conhece factos relevantes para a boa decisão da causa, estará a gerir o processo na sua essência e vertente material. Na primeira hipótese, o juiz possibilita às partes que melhorem aspectos fácticos, o que a jusante aumentará a probabilidade de que a parte com a causa mais justa possa ter um desfecho favorável. Na segunda hipótese, a audição de mais uma testemunha poderá ter reflexo na convicção do juiz relativamente aos factos alegados pelas partes. A realização de uma diligência de prova por iniciativa judicial é parte integrante da gestão material do processo, uma vez que implica que o juiz tenha interferido directamente ou com a causa de pedir, isto é, os concretos factos dos quais derivam uma pretensão jurídica, ou com as demais provas produzidas, e que tenha considerado imprescindível a produção de prova adicional para a justa decisão.

A questão que colocamos de seguida é se o juiz gortínio teria poderes para gerir o processo, numa dimensão material, intrometendo-se ao nível dos factos e das provas. O Grande Código de Gortina não parece desvelar-nos uma resposta segura.

3.2. Poder de iniciativa probatória *ex officio iudicis*

¹⁰³ MAFFI 2007, 207.

¹⁰⁴ O exemplo foi-nos dado, em comunicação pessoal, pelo Senhor Professor Doutor Alberto Maffi.

¹⁰⁵ STÜRNER 1982, 27, aludindo à necessidade de o juiz esclarecer o comportamento processual ambíguo das partes (*Klarstellungsfunktion*).

A iniciativa de prova pelo juiz pode ser entendida, num sentido lato, como a faculdade judicial de produzir prova e de intervir na admissão e na produção das provas propostas pelas partes¹⁰⁶.

Contudo, pode assinalar-se um sentido mais estrito à iniciativa probatória judicial, compreendendo esta somente a faculdade de propor e apresentar provas pelo juiz¹⁰⁷. É a este último sentido que aludiremos neste estudo sempre que referirmos iniciativa de prova *ex officio iudicis*.

A produção de prova *sua sponte* pelo juiz implica que aquela não tenha sido requerida por nenhuma das partes do conflito¹⁰⁸. É o próprio juiz que sente a necessidade de carrear prova para o processo, por não se sentir confortado com a que foi produzida. Esta necessidade sentida pelo juiz tem de ser objectiva e é legitimada ou encontra a sua justificação na procura da verdade e na reconstrução fiel dos factos do litígio. Não pode ter como fim, ao invés, o auxílio de uma das partes, muito embora a utilização dos poderes instrutórios pelo juiz possa vir a beneficiar alguma delas. Daí que parte da doutrina entenda que o juiz estará a ser mais parte do que as partes, perdendo o seu halo de imparcialidade¹⁰⁹. Este entendimento *per se* parece-nos incorrecto. Se o legislador definir e acautelar as situações em que o juiz deve recorrer aos poderes de prova, designadamente através da previsão de uma causa objectiva, não se pode duvidar da imparcialidade do julgador, porque este se move na rígida margem concedida pelo legislador. Ora, quando o tribunal ordena de ofício a produção de uma prova, não sabe a quem pode beneficiar ou prejudicar, nem sabe qual vai ser o resultado dessa prova, sendo o seu «único objectivo o cumprimento eficaz da função da tutela jurisdicional»¹¹⁰.

O recurso aos poderes instrutórios pelo juiz, por outro lado, está também vinculado à ideia de uma justa composição do litígio. Não basta uma qualquer composição do conflito que se apresenta diante do juiz, tem de ser uma resolução conforme o ideal de justiça. Ora, só através de uma reconstrução verdadeira dos factos

¹⁰⁶ Formulação muito idêntica à de ABEL LLUCH (2003, 142; 2005, 19 e 366).

¹⁰⁷ Este é precisamente o sentido tradicional atribuído à expressão «iniciativa probatória *ex officio iudicis*», criticado por ABEL LLUCH (2005, 402).

¹⁰⁸ SCARSELLI 2010, 22.

¹⁰⁹ Autores como CHIOVENDA 1993, 176, LIEBMAN 1960, 562-3, MONTERO AROCA, 1996, 384, e MONTELEONE 2007a, 270.

¹¹⁰ PICÓ I JUNOY 2007, 112.

pode a sentença vir a ser justa¹¹¹. A atribuição de poderes de instrução ao juiz significa que este não é indiferente a uma qualquer composição do litígio, antes procura o acertamento da verdade no processo, corolário da boa administração da justiça, e que é um interesse da colectividade.

O problema da iniciativa probatória *ex officio* do juiz gortínio no século V a.C. pode também ser abstractamente discutido. Poderia o juiz gortínio convocar testemunhas não indicadas pelas partes ou inspeccionar lugares e/ou pessoas por sua iniciativa, desde que considerasse tal como conveniente para a justa composição do processo? A resposta parece-nos decisivamente negativa. A lei gortínia não atribui expressamente poderes de prova *sua sponte* ao juiz titular do processo. Implicitamente, a lei parece também vedar essa possibilidade ao juiz, uma vez que se parece consagrar um regime de total proposição de prova pelas partes (*disponibilità delle prove*), em que o juiz apenas admite ou rejeita as mesmas, sempre conforme a lei ou o seu prudente arbítrio. Neste sentido, não se pode afirmar que o juiz gortínio não tinha um papel decisivo em relação à produção de prova. Como deixámos expresso, o *δικαστάς* era inegavelmente o gestor do processo, recebendo a pretensão do autor e posteriormente a contestação do réu, porventura de forma oral¹¹², apreciava os requerimentos probatórios de cada um (rol de testemunhas, declaração de parte juramentada, porventura requerimento para que o juiz procedesse a uma inspecção¹¹³) e planeava as sessões de produção de prova.

No que respeita à admissão da prova apresentada pelas partes, o juiz era comandado pela lei. Em termos sintéticos, havia liberdade da parte na apresentação de prova. Por vezes, a lei exigia um *quantum* mínimo probatório, mas este mínimo exigido

¹¹¹ TARUFFO 2013, 13.

¹¹² O processo gortínio caracterizava-se por ser um procedimento oral, mas isso «*significa solo che alla documentazione scritta, tanto degli atti negoziali quanto degli atti processuali, non sembra sia stata riconosciuta efficacia probatoria*», MAFFI 1983, 139. MERRIAM (1885, 327) esclarece também alguns aspectos do princípio da oralidade vigente em Gortina: «*[w]itnesses are summoned orally, facts are “pointed out” before witnesses, they give their testimony orally, the complainant charges and the judge pronounces sentence orally. No court-records appear to be kept, or wills permitted; legacies are probably given by word of mouth in the presence of witnesses, as adoption takes place by public oral acknowledgment*». Sobre este ponto, GERNET (1982, 154) chega a referir que «*le droit de Gortyne [...] ne connaît point l’écrit*».

¹¹³ A norma em IC IV 42, B, oferece alguma viabilidade a esta tese, nos termos susoditos.

tinha apenas relevância para efeitos de procedência da acção, o que não quer significar que a parte não pudesse apresentar outra prova para além daquela exigida por lei. O juiz estava orientado para aceitar a prova relevante para o processo (geralmente testemunhal e juramento) e para lhe atribuir o valor que a lei lhe consignava. Ao invés, no plano da gestão da produção probatória, o juiz usufruía de plena discricionariedade, podendo escolher o modo, o tempo e a ordem que mais lhe conviessem¹¹⁴. De um ponto de vista formal, o juiz claramente intervinha no domínio da prova. Mas, no nosso entendimento, o juiz nunca poderia emitir uma ordem *sua sponte* no sentido de produzir prova (poder judicial idóneo a incidir sobre o conteúdo da decisão e a influenciar o êxito da controvérsia¹¹⁵), designadamente não poderia convocar uma testemunha não indicada pelas partes (mas que hipoteticamente poderia ter conhecimento sobre os factos litigiosos), não poderia também ordenar ou sugerir a uma das partes que prestasse declaração juramentada, ou ainda decidir por sua alta recreação fazer inspecção a um lugar. Não seria por iniciativa do juiz que se introduziria um meio de prova não requerido pelas partes, ou seja, não seria por sua iniciativa que se aportaria material probatório para a causa. Para tal entendimento, concorre a lei gortínia, que nunca atribui ao juiz o dever de produzir prova¹¹⁶, e também um argumento empírico, que é o de que, se foram as partes a viver o conflito (e não o juiz), são estas que saberão melhor que provas carrear para o processo (e não o juiz, que é, por princípio, alheado da conflitualidade, e que desconhece *a priori* que provas serão essenciais para a descoberta da verdade). Ademais, há que olhar para o modo de ser típico do processo gortínio do século V a.C. Este não se apresenta incorporado ou animado pelo incessante interesse da procura da verdade material (verdade histórica dos factos), antes sim se mostra estruturado de uma forma a dirimir os conflitos rápida e pouco racional. Como refere

¹¹⁴ Naturalmente, haverá sempre limitações, designadamente em IC IV 42, B, quando a lei impõe que o juiz decida uma acção de demarcação de terrenos em quinze dias, obrigando implicitamente o julgador a produzir a prova nesse arco temporal.

¹¹⁵ Na terminologia de FABBRINI (1989, 410), «*poteri capaci di influire sul contenuto della decisione del giudice*».

¹¹⁶ Nestes precisos termos, MAFFI (2011, 158; 2007, 261). Embora a letra da lei em IC IV 72, III, 5-9, sugira que seja o juiz a decretar que a parte faça um juramento purgatório, seria a parte a requerer esta prova, como veremos *infra*. O juiz apenas teria de decidir o dia para prestar juramento, incumbindo-lhe a lei que determinasse que fosse prestado em nome de Artemisa e perante a estátua da arqueira no templo de *Αμυκλαῖον* (relativo a Amicleia).

MAFFI, em relação ao processo arcaico (ao qual se pode conduzir o processo gortínio em análise), «*la prova ha efficacia formale («formale Beweistheorie»), nel senso che la ragione e il torto non vengono accertati mediante una ricostruzione razionale dei fatti, che consenta di attingere la verità «materiale», bensì mediante dichiarazioni unilaterali solenni (giuramento o testimonianza) che, in forza dell'efficacia formale loro riconosciuta, vincolano il giudice a pronunciarsi in conformità»*¹¹⁷. Ou seja, o processo arcaico enforma-se numa estrutura tríplice que o torna uma célere máquina de resolução de conflitualidade: prova formal ou tarifada, despreocupação pela verdade histórica dos factos e passividade do juiz.

3.3. *Δικάδδεν* como índice de falta de iniciativa probatória *ex officio iudicis*

A modalidade decisória *δικάδδεν* dá-nos alguma segurança para afirmar que o julgador gortínio era desprovido de poderes de iniciativa de prova. Aquela é uma concepção de julgamento formalista¹¹⁸, contrária à procura da justeza material da decisão e do rigoroso accertamento dos factos.

Em certas circunstâncias, o legislador impunha ao juiz a adjudicação da vitória do litígio a uma das partes, porque a contra-parte não produziu prova suficiente. Nos conflitos relativos à reivindicação da propriedade de um escravo, pode concretizar-se um exemplo do que acabou de se enunciar. Se apenas uma das partes apresentasse uma testemunha, o juiz estaria vinculado ao seu depoimento¹¹⁹.

Esta modalidade decisória (*δικάδδεν*) contribui para a nossa tese (a da inexistência de poderes de iniciativa de prova do juiz gortínio), na medida em que o julgador se veria obrigado a aderir à tese exposta por uma única testemunha arrolada, ou à tese conjunta e no mesmo sentido de várias testemunhas arroladas apenas por uma parte. Assim, mesmo que o juiz não ficasse convencido com aqueles depoimentos, era-lhe vedado pelo legislador a livre apreciação daqueles depoimentos – estes vinculavam o sentido da decisão do juiz¹²⁰. Questão diferente é se o juiz gortínio, face à dúvida

¹¹⁷ MAFFI 1986, 21.

¹¹⁸ GERNET 1937, 115, e alicerçada num modo arcaico de resolução de disputas irracional, e que se foi racionalizando paulatinamente, vd. THÜR 2014, 924.

¹¹⁹ IC IV 72, I, 21, havendo prova tarifada, vd. MAFFI 2011, 154-155.

¹²⁰ Por exemplo, se numa disputa entre A e B sobre a propriedade de um escravo, somente A arrola a testemunha C, e esta vem depor no sentido de que o escravo sempre pertencera a A, tendo presenciado imemoravelmente aquele vínculo jurídico, o juiz, mesmo que não se sinta

insanável sobre a ocorrência dos factos litigiosos, poderia proferir uma decisão *non liquet* (abster-se de julgar a causa porque não conseguiu formar convicção bastante sobre existência de factos essenciais à decisão), à semelhança do juiz romano. Da leitura do Grande Código, nada parece resultar a este propósito. Algumas normas anteriores ao Grande Código impunham ao juiz o dever de decidir, embora restrito a alguns casos, bem como o dever de decidir em prazos curtos, em acções de demarcação de terrenos, como veremos *infra* (IC IV 9 e IC IV 42, B). Contudo, estas normas não indicavam ao juiz o sentido de decisão caso não se sentisse convencido pela prova carreada para o processo. Portanto, é seguro afirmar que, em Gortina, era proibida a decisão *non liquet* nos casos previstos em IC IV 9¹²¹, e que vigoraria o ónus da prova em sentido subjectivo¹²². Por outro lado, nada permite inferir que existisse uma regra consagrada do ónus da prova em sentido objectivo¹²³.

convencido com aquele depoimento, adjudica a vitória a A. Parece-nos esta a leitura conjugada das Colunas I, 21, e XI, 26-29. Parece também ser assim a leitura de MAFFI 2011, 155. Portanto, o juiz apenas verificará se a testemunha tem a qualidade prescrita e, posteriormente, de acordo com o depoimento oferecido, sentenciará (*δικάζειν*), o que corresponderá ao *Beweisurteil* referido por THÜR (2007, 43 e 2014b, 10). O *Beweisurteil* (julgamento de prova, ou *decisão saneadora vinculante* na expressiva tradução de BÖTTCHER 2012, 30, ou ainda *decisão judicial incompleta*, RIES 1989, 57) é o primeiro passo para alcançar a decisão final, carecendo da recolha de provas de todos os factos relevantes para a condenação do réu, pré-determinados anteriormente pelo tribunal (RIES 1989, 57-58 e BÖTTCHER 2012, 31), no caso de Gortina também com fixação prévia pela lei (e do resultado da observância de determinado meio de prova).

¹²¹ Quanto à vigência da proibição do *non liquet* nos remanescentes casos, esta permanece num campo especulativo, podendo entrever-se um argumento em desfavor da vigência dessa proibição na interpretação de IC IV 42, B, 8-9, no sentido de que, quando esta norma se refere à multa a cargo daquele que não jurasse, que a mesma seria equivalente à da recusa de o juiz emitir sentença, interpretação para a qual fomos sensibilizados por comunicação pessoal do Professor Doutor Alberto Maffi.

¹²² Pela letra da lei, é pressuposto que cada parte tem de produzir prova favorável à sua pretensão, pode falar-se num verdadeiro ónus de produção da prova. NIEVA FENOLL (2010, 50) refere-se a uma incindibilidade da prova legal e do ónus da prova, que pode ser transposta para as normas em Gortina que vinculam o juiz ao resultado de uma prova, por exemplo, IC IV 72, IX, 43-51, X 29-32, XI 26-29: estas eram verdadeiras provas legais.

¹²³ No sentido de ser uma regra auxiliar de decisão do juiz. Se este se confronta com factos cuja existência ou inexistência não possa estabelecer, por se encontrar num estado de dúvida insanável, o juiz deve decidir contra aquele que não conseguiu fazer prova dos factos

Não é assim, hoje, nos ordenamentos jurídicos processuais: se o juiz se encontra perante a dúvida insanável, ainda que só haja uma testemunha de um dos lados e não haja mais prova produzida, deve lançar mão da *regra de decisão do ónus da prova*, decidindo contra a parte que invoca o direito e à qual caberia fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

Ora, a tese que procuramos cimentar é a de que o juiz na Gortina do século V a.C. não teria poderes de iniciativa de prova, o que, na prática, significa que não poderia chamar *ex officio* pessoas com conhecimentos decisivos para a causa, que não tivessem sido arroladas como testemunhas pelas partes, ou que não poderia ordenar a junção de documentos que reputasse como imprescindíveis para a boa decisão do conflito, bem como não poderia por sua iniciativa fazer uma inspecção ao lugar da ocorrência onde tivesse ocorrido uma parte significativo do conflito e no qual pudesse recolher provas significativas para superar eventuais dúvidas (inspecção de um terreno para confirmar se corresponde à descrição feita por uma das partes, numa acção de reivindicação da propriedade de um imóvel). Em Gortina, vigoraria em exclusivo, no nosso entender, o princípio da instrução por iniciativa das partes. MAFFI retira parcialmente esta conclusão de IC IV 72, I, 18-24, por estar implícito caber às partes a produção de prova numa acção de reivindicação de um escravo.

A lei é omissa quanto à possibilidade de o juiz poder introduzir prova *ex officio* (e até mesmo a pedido das partes) e, como já se disse, à existência de uma regra que auxiliasse o juiz a decidir perante a falta de prova. Voltando à acção de reivindicação de um escravo, em que sentido decidiria o juiz se nenhuma das partes apresentasse prova testemunhal (IC IV 72, I, 18-24)? A lei responde que o juiz deverá decidir *ὁμνόντα κρίνεν*, ou seja, de acordo com o seu livre convencimento. A este propósito formou-se um debate doutrinal interessante. MAFFI constrói uma tese muito persuasiva em torno do regime probatório da Coluna I, 18-24. O insigne Autor escreve que tal disciplina estabelecida pelo legislador gortínio poderia ser transplantada para a resolução de outras controvérsias, não devendo ser vista como um regime especial ¹²⁴.

constitutivos do direito que invocou. GERNET (1937, 127) afirma que o *non liquet* na Antiga Grécia não é possível, e que sempre os juízes se pronunciariam: «*ils prononceront que la demande d'une des parties est préférable à celle de l'autre; en cela exactement consiste le jugement de la diadicisie*».

¹²⁴ «*Dobbiamo pensare che il legislatore abbia inteso dettare una disciplina speciale della prova*

Consequentemente, em virtude desta aplicação analógica, continua o Autor que «[s]e accettiamo questa tesi, il significato di ‘ton d’allon omnunta krinen porti ta moliomena’ (c. XI 29-31) va esteso anche ai casi in cui la legge prescrive una prova testimoniale con valore di prova legale e questa non viene fornita. Anche in questi casi, dunque, il giudice potrà (e dovrà) decidere sulla base della propria libera valutazione riguardo alle ragioni fatte valere dalle parti»¹²⁵. Significa, portanto, que mesmo nos casos em que a lei exigia determinada prova testemunhal como prova legal, com valor tabelado, tarifadas/legais, se a parte onerada com essa prova não a apresentasse, e a parte contrária nada trouxesse ao processo também, o juiz poderia fazer uma ponderação global de todo o material inserto no processo, designadamente as razões de factos e as de direito que fundamentam as respectivas pretensões. Ora, tal pensamento vem introduzir uma brecha do pensamento tradicional associado a IC IV 72, XI, 26-31, que é o de condenar a parte que não forneceu prova legalmente exigida.

Em resposta à referida tese, surgiu PELLOSO, também com um extraordinário exercício jurídico, posicionando-se contra aquela aplicação analógica, em três estudos¹²⁶. Refere o Autor muito sinteticamente que o regime de valoração da prova constante de IC IV 72, I, 18-24 não é susceptível de generalização a outros processos «data la sua particolare conformazione di tipo diadicasico»¹²⁷. A configuração do processo abstractamente previsto naquela norma tem as suas especificidades, assentando num esquema *vindicatio-contravindicatio*, não podendo o seu regime servir para a resolução de outras controvérsias. Ademais, o Autor entende que aquele regime está também sujeito ao princípio *onus probandi incumbit ei qui dicit et non ei qui negat*, concluindo, finalmente, que, do silêncio do Grande Código de Gortina sobre o modo concreto como o juiz deveria julgar (*δικάδδεν* e *ὀμνύντα κρίνεν*), não se pode inferir

testimoniale per le controversie relative alla proprietà di uno schiavo? Non se ne vede il motivo. Perciò siamo autorizzati a generalizzare il disposto in c. I 18-24 e a domandarci se, tutte le volte che occorre la formulazione «se un testimone rende testimonianza, il giudice deve dikazen», si debba ammettere: 1) la possibilità per la controparte di presentare anch’essa dei testimoni, con conseguente passaggio dal ‘dikazen’ all’ ‘omnunta krinen’; 2) la possibilità che nessuna delle due parti presenti testimoni, il che comporterà di nuovo, almeno in linea di principio, il passaggio all’ ‘omnunta krinen’», MAFFI 2011, 155.

¹²⁵ MAFFI 2011, 155-156.

¹²⁶ 2009, 119-122, e em estudos posteriores, 2016, 504-505, 513; 2018, 146-149.

¹²⁷ 2009, 118.

que o modelo decisório possa ser a da *ὀμνόντα κρίνεν*, «*allorché la parte non assolva il proprio onere probatorio (con riguardo, a seconda dei casi, a mera prova ovvero a prova formale), essendovi spazio, in tal frangente, solo per una pronuncia favorevole alla controparte (che si giova, automaticamente, della mancata assoluzione dell'onere probatorio avversario)*»¹²⁸.

Sem entrar a fundo nesta complexa e difícil questão, sempre poderemos dizer o seguinte: admitimos simpatia pela primeira tese. De facto, de IC IV 72, I, 18-24, pode retirar-se uma sólida e estruturante forma de o juiz gortínio poder lidar com a dialéctica probatória noutros processos, que não tivessem o mesmo rigor legal na descrição das vicissitudes probatórias e consequências na modalidade decisória. Compreendemos e aceitamos como boas as críticas de PELLOSO, contudo, do processo abstractamente previsto em IC IV 72, I, 18-24, pode estar configurada outra tipologia de acção que não aquela convencional *vindicatio-contravindicatio* (acção real com dois reivindicantes um contra o outro). Na tradução de WILLETTS¹²⁹ refere-se «*if they contend about a slave, each declaring that he is his, the judge is to give judgment according to the witness if a witness testify, but he is to decide on oath if they testify either for both or for neither*». Esta redacção poderia abranger o caso de o autor pedir tutela ao tribunal porquanto o réu veiculava pela *polis* a notícia de que era proprietário de um escravo pertencente ao autor, pedindo o autor a declaração da inexistência do direito do réu. Nesta hipótese, o ónus da prova da existência do direito caberia ao réu. Daquilo que é o nosso conhecimento, não existem vestígios epigráficos desta hipótese nem desta forma de agir em juízo (acção de apreciação negativa), por isso sempre será um exemplo de remota utilidade.

Afirma também PELLOSO que, em IC IV 72, I, 18-24, as duas partes têm ónus de prova das respectivas pretensões incompatíveis entre si e que tal não poderia ser aplicado a casos em que simplesmente o réu se defende por mera impugnação (ou seja, apenas nega que os factos alegados pelo autor sejam verdadeiros, não fazendo nenhum pedido reconvenicional nem deduzindo nenhuma excepção material).

O legislador gortínio não oferece nenhum critério de decisão judicial nos moldes do *onus probandi incumbit ei qui dicit et non ei qui negat*, isto é, não consagra nenhuma norma jurídica que institua o ónus da prova em sentido objectivo, que no fundo

¹²⁸ (PELLOSO 2009, 122; e 2016, 513).

¹²⁹ 1967: 39.

representa as consequências jurídicas que o juiz extrai por não se ter feito prova de determinado facto. Ora, precisamente a regra que o legislador gortínio conseguiu formular é a de que, perante a falta de outra prova para além das alegações das próprias partes, o juiz decidiria de acordo com a sua livre consciência (*ὁμνόντα κρίνεν*). Não decidiria contra quem deveria ter fornecido a prova, decidiria antes pelo filtro da sua consciência. O mais das vezes as consequências jurídicas coincidiriam, porque um juiz consciencioso, sabendo que um determinado facto era favorável a um determinado sujeito processual, entenderia que esse mesmo sujeito processual deveria ter feito prova daquele facto para além das suas alegações, pelo que, perante a falta dessa prova, decidiria contra ele. Mas nem sempre seria assim. E IC IV 72, I, 18-24 dá guarida precisamente a estas possibilidades, designadamente a hipótese de o juiz, confrontado apenas com as exposições introdutórias ao litígio por parte do autor e do réu, sem produção de mais prova, entender que a versão do autor era a mais convincente.

Mais ainda, embora a grande parte da doutrina entenda que, havendo prova tarifada fixada pelo legislador, a parte à qual incumbiria apresentá-la perderia a causa caso não a fornecesse¹³⁰, certo é que nenhuma norma no direito gortínio expressamente indica que o não fornecimento da prova legal/tarifada fará com que a parte que a tivesse de a fornecer saia vencida do processo (exceptuando o juramento purgatório que tem uma dinâmica distinta e a qual terá tratamento *infra*). No nosso entendimento, as normas onde vêm indicadas as provas legais (designadamente IC IV 72, II, 16-20, IX, 43-51, X, 29-32) apenas implicam ou sugerem que, se aquelas forem apresentadas em juízo, o juiz terá de adjudicar uma sentença favorável à parte que as apresentou. Daqui não se pode extrapolar necessariamente que a parte que não consiga apresentá-las tenha de forçosamente perder. A vinculatividade do juiz no domínio da prova reside essencialmente no seguinte: se for fornecida a prova à qual a *fatispécie* associe a vitória automática, o juiz terá de proferir sentença favorável à parte à qual incumbia a apresentação daquela prova¹³¹.

¹³⁰ Doutrina à qual alude MAFFI (2011, 155), com a qual não demonstra concordância, sintetizando-a impressivamente da seguinte forma: «*se la prova legale, prevista nel singolo caso dalla legge, non viene fornita, il giudice dovrebbe rendere una sentenza orientata dal fatto che la prova richiesta dalla legge non è stata fornita, cioè condannare la parte che non è stata in grado di fornirla*». Manifestando concordância com a referida tese, vd. GAGARIN 2010, 129; PELLOSO 2016, 512; 2018, 151.

¹³¹ E que vem confirmado no regime regra de IC IV 72, XI, 26-31: «*whatever it is written that he*

A lei não define directamente, porém, o que deve o juiz fazer quando não são apresentadas testemunhas e/ou não seja aplicável ou convocável o juramento purgatório. Não nos parece que se extraia da lei gortínia que a prova abaixo do *standard* da prova tarifada (prova que corresponda a um *minus* daquela exigida pela lei) deva ser degradada ao ponto de nada valer e de implicar a derrota automática da parte à qual incumbiria¹³². Por regra, não se retira directamente da lei que apenas possa ser obtida uma sentença favorável através da apresentação da prova tarifada (IC IV 72, II, 16-20, IX, 43-51, X, 29-32). A lei, nesses momentos, impõe que aquele caminho conduz à vitória, mas não implica necessariamente que outras vias (com outras provas) não possam levar também à vitória. Pelo contrário, vê-se que o legislador se preocupa com a circunstância de, por vezes, nenhuma prova poder ser apresentada em juízo, para além das declarações ou exposições alegatórias das partes. Essa preocupação ressalta em IC IV 72, I, 20-24, quando não existem testemunhas arroladas pelas partes. Aí, o legislador não degrada a restante prova fornecida, nem sequer desvaloriza a circunstância de poder não existir prova de ambas as partes. Daí que, esta norma, ofereça uma possível solução analógica para os casos de inexistência de prova, simultaneamente, do autor e do réu, ou em que o autor tenha carreado para o processo prova inferior àquela estabelecida pela lei para que possa ser considerada vinculativa para o juiz. Com isto, não se ignora que existam previsões normativas em que o legislador gortínio impõe que o único modo de obter uma sentença favorável é através da produção de um específico meio de prova (IC IV 45, B; 47, 16-26), mas essas serão situações excepcionais e não a regra.

Por outro lado, e como vimos mais acima, existem diversas situações ao longo das leis de Gortina em que ao réu é permitido deduzir determinadas excepções de direito material que paralisam o direito do autor (por exemplo, IC IV 41, III, 1-7; IC IV 72, III, 47-52). O legislador gortínio não distinguia juridicamente os casos de mera impugnação

shall give judgment upon, either according to witnesses or under oath of denial, the judge is to give judgment as is written».

¹³² Assim, MAFFI 2007, 204-205; e GAGARIN 2010, 129-131 e 133, assumindo, contudo, uma posição complexa, referindo que estando em causa testemunhas formais previstas na lei, a sua não apresentação acarretaria a perda automática da acção, o que não sucederia com a falta de arrolamento de testemunhas acidentais (não exigindo a previsão normativa a presença de testemunhas formais). Já no que respeita à falta de prestação de juramento de uma parte que fosse considerada *orkioteros*, o último Autor parece defender que essa parte perderia necessariamente a acção.

pelo réu dos casos em que o réu invocava excepções materiais para paralisar o direito do autor. Nestes últimos, também sempre se poderia dizer que a excepção de direito material era ónus do réu. E se nem o autor nem o réu apresentassem prova? Ora, parece-nos que o juiz decidiria o pedido do autor e a excepção invocada pelo réu conforme a sua consciência.

Finalmente, pode sempre dizer-se que, mesmo que as partes não aportassem provas para o processo, ainda assim o juiz deveria ponderar as razões de direito que sustentariam a pretensão. Desta forma, a modalidade decisória *ὀμνόντα κρίνεν* era a que asseguraria ao juiz a possibilidade de apreciar essas razões de direito. E esta modalidade *ὀμνόντα κρίνεν*, nos casos em que os autores não trouxessem a prova legalmente exigida, iria seguramente, na prática, coincidir a maior parte das vezes com a improcedência da acção. Daí que o conflito entre MAFFI e PELLOSO seja mais aparente do que pareça. Embora o juiz pudesse decidir na modalidade *ὀμνόντα κρίνεν* em casos em que o autor devesse ter fornecido determinada prova testemunhal que a lei exigisse (e não houvesse prova contrária do réu), por transplantação do regime de IC IV 72, I, 18-24 (modelo com o qual concordamos), a maior parte das vezes isso redundaria em improcedência da acção, visto que o juiz consciencioso dificilmente decidiria a favor do autor que nem sequer tivesse produzido prova para convencer o juiz da bondade da sua pretensão. Assim, de certa forma, as críticas de PELLOSO podem ser mitigadas.

Exposta esta querela doutrinal, pode concluir-se que o juiz teria um papel passivo e inexpressivo na recolha de prova (bem como, naturalmente, de factos), na esteira do pensamento de GERNET, chegando mesmo este Autor a afirmar que «o juiz não assume iniciativa própria com fim de acertar a verdade processual»¹³³.

Vejamos, de seguida, qual a relação entre o juiz e a produção da prova da declaração de parte juramentada, designadamente qual o peso da cláusula normativa *ὀρκιότερον* e a vinculação judicial ao conteúdo daquele meio de prova.

¹³³ MAFFI 2011, 156 e 158-159, embora admita que o juiz gortínio, ainda assim, não será tão passivo como juiz no processo ático do séc. IV. Tal deve-se, parece-nos, aos casos em que, por lei, a modalidade de juízo é *ὀμνόντα κρίνεν*, mas que na prática poderá tornar-se um *δικάδδεν*, vinculando o juiz a uma decisão, nos casos em que uma parte está possibilitada de apresentar uma prova decisiva – e o juiz a admite – ou haja propositura simultânea de juramentos e o juiz tenha de decidir qual deles é admissível, MAFFI 2011, 159-160. Esta decisão de admissibilidade de apenas um dos juramentos propostos tornava de imediato clara a existência do direito e a quem este pertencia, WOLFF 1946, 75.

3.4. O juiz face à cláusula normativa *ὀρκιότερον*

O juramento de parte apresentava-se no direito gortínio como um autêntico meio de prova, com plena eficácia decisória, determinante para o desfecho da lide¹³⁴. O conceito de juramento importa a mobilização de duas esferas distintas, uma jurídica e outra metafísica, que se fundem entre si. A dimensão jurídica aflora-se na declaração de assunção de responsabilidade, perante terceiro, que sujeita o indivíduo declarante a determinadas consequências jurídicas subordinadas a um facto futuro e incerto. O jurador, que é um dador de garantia pessoal, certifica a ocorrência de determinado facto ou acontecimento, mediante a sua declaração, assumindo o risco fúnebre da sua não verificação (IC IV 51). A responsabilidade da não verificação daquela realidade corre por conta do declarante. A dimensão metasensível, por outro lado, manifesta-se na assunção daquela responsabilidade perante uma entidade divina, que se encarregaria de cumprir a maldição a que o declarante se votava, em caso de perjúrio¹³⁵. São, assim, características essenciais do juramento a assunção de responsabilidade diante entidade transcendente e a auto-maldição a que o (eventual) perjúrio é exposto, podendo ainda o juramento apresentar outras características eventuais, designadamente a forma oral, o uso de fórmulas pré-fixadas e de ritos e até a participação da comunidade ou de terceiros¹³⁶.

Por outras palavras, em termos estruturais, o juramento é revestido de uma declaração assertória de carácter solene sobre a verdade de um facto ou conjunto de factos (decisivos para a definição da causa), mediante a invocação de um deus ou vários deuses para afiançar tal declaração, para além de acarretar uma cláusula sancionatória

¹³⁴ PLESCIA 1970, 42. Contudo, e como explicita BIONDI (1970, 111-112), o pleno carácter decisivo de um juramento para a resolução do processo não quer significar que o mesmo seja um meio de prova. Para tanto, convoca o sistema probatório clássico, no qual o juiz decide de acordo com o juramento, que foi deferido à contraparte e aceitado por esta, não porque «*il diritto su cui cade il giuramento sia pienamente provato, ma perchè così hanno voluto e disposto le parti*»: o juramento é um negócio processual ao qual a prova é alheia.

¹³⁵ Na impressiva definição de ZUCCOTTI (2000, 1), é, essencialmente, «*una assunzione di responsabilità compiuta dall'individuo non di fronte al suo interlocutore, diretto interessato di quanto egli asserisce o promette, bensì di fronte a un terzo, estraneo a tale rapporto, ossia davanti alla divinità (o in ogni caso rispetto a un principio metasensibile) cui esplicitamente o implicitamente il soggetto si è rivolto*».

¹³⁶ Para maiores desenvolvimentos, ZUCCOTTI, 2000: 2.

de natureza religiosa sob a forma de uma maldição¹³⁷. Tal cláusula era também uma garantia da veracidade da declaração solene: na eventualidade de o declarante prestar falso testemunho ou cometer perjúrio, sobre o mesmo recairia a maldição referida. Na experiência jurídica da Grécia antiga, como refere PLESCIA, o juramento de parte poderia ser verdadeiramente decisivo, quando uma das partes da lide, perante a impossibilidade de fazer prova da sua pretensão, propusesse que se ajuramentasse a contraparte, com vista a dar um desfecho ao caso, podendo esta aceitar ou fazer o desafio reversamente (*riferire il giuramento all'avversario*)¹³⁸. A mera recusa corresponderia à confissão da tese contrária¹³⁹. Neste sentido, estar-se-ia perante um juramento decisivo e definitivo, sendo o conteúdo de tal juramento homologado por sentença¹⁴⁰.

O juramento de parte poderia também qualificar-se como purgatório, quando relativo ao réu ou acusado, sobre o qual recaísse uma suspeita ou forte indiciação negativa: através do juramento purgatório, a parte (o réu) afastava essa forte presunção negativa, ou seja, expurgava-a. O melhor exemplo de juramento purgatório no Grande Código de Gortina surpreende-se na Coluna III, 5-9, juramento através do qual uma mulher poderia afastar a acusação do ex-marido de ter subtraído bens do património deste após a separação/divórcio. Este juramento, que implicava a invocação de Artemisa (por prescrição legal), afastaria a concreta presunção de que certos bens na

¹³⁷ Para mais desenvolvimentos, vd. PLESCIA, 1970: 99.

¹³⁸ Muito impressivamente, o regime probatório do juramento na modalidade de *deferimento/riferimento* está sujeito ao livre jogo da dialéctica processual, MAFFI 2011, 156.

¹³⁹ Sobre a recusa de fornecer um meio de prova e o seu enquadramento como confissão ou revelia no direito judiciário grego antigo, vd. MAFFI 1986, 25, onde se pode surpreender o impressionante excerto: «[o]riginariamente la confessione è equiparata all'atteggiamento di acquiescenza che legittima l'esercizio dell'autotutela privata o pubblica. D'altra parte l'alternativa acquiescenza/contestazione proietta la sua efficacia anche sul regime delle prove legali che caratterizza il processo arcaico: l'accusato che contesta è tenuto di regola a provare che la sua opposizione è fondata; se non fornisce la prova si considera acquiescente». Ou seja, parece vigorar o brocardo latino *manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre*: a falta de vontade de jurar ou o requerimento de uma parte para que a contraparte jure na sua vez é acto que manifesta culpa ou confissão.

¹⁴⁰ «Such an oath was the deciding evidence and constituted the whole trial: proof, judgment, and penalty. It was the same sort of attempt to get the gods to settle a question which we find in the various forms of ordeal» PLESCIA 1970, 13.

posse da mulher pertenciam ao ex-marido, aliás estabelecendo que tais bens passassem a ser considerados juridicamente pertença daquela (com a consequência seguidamente descrita em Coluna III, 9-12¹⁴¹). São também exemplos de juramento purgatório os casos vertidos em IC IV 72, IX, 51-54, e XI, 46-55, como já referido *supra*. Também em IC IV 42, PLESCIA entrevê um juramento purgatório, uma vez que a lei permitiria ao juiz furtar-se à acusação de ter demorado a decidir um caso de acção de demarcação de terrenos mais do que o tempo estabelecido por lei¹⁴². Uma vez perante o juramento purgatório, ou o réu o aceitava, afastando a acusação que sobre ele tinha sido lançada, ou rejeitava, sendo condenado.

A par da modalidade *deferimento/riferimento*¹⁴³, anteriormente expandida, surge o juramento de parte por sua própria iniciativa, quando a parte se oferece a jurar algum facto como verdadeiro, que será decisivo para o desfecho da causa e que lhe atribuirá a vitória. A existência deste regime em Gortina é meramente especulativa, mas com grande probabilidade de se ter verificado, atenta a cláusula normativa *ὀρκιότερον*¹⁴⁴. Analisemos perfunctoriamente esta cláusula que surge, por diversas

¹⁴¹ «And whatever anyone may take away from her after she has made her oath of denial, he shall pay the thing itself plus five staters», WILLETTS 1967, 41. Sobre este regime, com extensa análise, MAFFI 1997, 32-34.

¹⁴² 1970, 42. Como veremos *infra*, temos dúvidas quanto a esta afirmação.

¹⁴³ Também denominado juramento decisório e que, ainda hoje, tem existência legal no direito processual italiano (arts. 2736 *codice civile* e 233 *codice di procedura civile*), sendo um acto da parte através do qual pede para que a contraparte jure sobre um determinado facto (sobre a sua veracidade, *veritate*, ou sobre o seu conhecimento, *de notitia*), juramento ao qual poderá aceder ou não. Se a contraparte aceder, ganhará a causa, contudo, caso se venha a verificar a falsidade do juramento, haverá consequência penal (sentença condenatória por prestação de falso juramento), eventualmente cível (indemnizatória) e revogação da sentença do processo no qual foi prestado o juramento (arts. 395 *codice di procedura civile*, 2738 *codice civile*). Poderá também simplesmente recusar, sem motivo fundamentado, o que importará a perda da causa, ou, ainda, em vez de jurar, pedir à primeira para jurar na sua vez - um contra-ataque (*riferimento*). Neste caso, há uma reversão, e a parte inicial ou aceita o pedido de juramento da contraparte, e vence, ou o rejeita, e perde. Não pode é, de novo, remeter o juramento à segunda.

¹⁴⁴ Tem esta mesma intuição MAFFI (2011, 157) uma vez que afirma que a cláusula *orkioteron* não convive de modo simbiótico com o sistema *deferimento/riferimento*, isto é, se a lei dá preferência de juramento a uma das partes, a contraparte não estaria interessada em remetê-lo, estando a parte considerada *orkioteron* completamente privada de poder usufruir da preferência, a não ser por iniciativa da contraparte.

vezes, na lei gortínia (sem ser de forma exaustiva, IC IV 41, II, 12; IC IV 42, II, 5; IC IV 45, B, 3-4, IC IV 72, II, 15, III, 49-50, IV, 6-7). A palavra em si quer significar atribuição de prevalência a um juramento, quando se está perante o oferecimento contraposto de juramentos¹⁴⁵. O legislador escolhia *ex ante* qual dos juramentos propostos pelas partes seria escolhido, para dar um desfecho ao litígio. Assim, o pressuposto era que ambas as partes se tivessem oferecido para jurar. A lei degradava *a priori* um dos juramentos propostos em relação a outro. Mas isso não quer dizer que o juiz convocasse *ex officio* a parte declarada *orkiotos* por lei para tomar-lhe o juramento. Não, o juiz esperaria os requerimentos probatórios das partes e decidiria, após, de acordo com lei. Mesmo num caso em que a lei definisse *ex ante* uma das partes como *orkiotos*, podia esta não requerer as suas declarações juramentadas. E, desta forma, não se poria em prática a preferência dada por lei. Parece-nos arriscado afirmar que só poderia existir oferecimento de juramento pela própria parte quando a lei previa a cláusula *óρκιότερον*. De facto, parece que essa prova podia também ser oferecida em qualquer litígio, mesmo sem essa previsão. Nesses casos, poderia ser de eficácia diminuta, uma vez que poderia existir outra prova mais robusta, como a testemunhal, e, caso não existisse, a contraparte poderia também oferecer-se para jurar o contrário. Perante estes dois requerimentos de juramentos contrapostos, sem demais prova, o juiz optaria por um deles¹⁴⁶, porventura com alguma discricionariedade, atendendo à cláusula sancionatória do juramento proposto ou ao comportamento processual das partes, como discutiremos *infra*. Não sabemos nem a lei gortínia parece fornecer critérios susceptíveis de ser mobilizados para esta questão, não estabelecendo a lei qual juramento proposto deveria ser escolhido, a mesma também não se pronuncia sobre como poderia o juiz ultrapassar este obstáculo. A cláusula legal *óρκιότερον* resolvia *a priori* um problema que, em concreto, poderia revelar-se bastante arbitrário e casuístico. Alguns Autores chegam a afirmar que a referida cláusula introduz, por vezes, um «*princípio excepcional e necessário*»¹⁴⁷.

¹⁴⁵ BILE (1988, 181): «*il garde encore sa valeur contrastive dans un cas*», «*celui des deux adversaires dont le serment a le plus de valeur*», MARTÍNEZ FERNÁNDEZ 1997, 116; MAFFI (2011, 157; e 2007, 210-211) referindo que o pressuposto da mobilização da norma que contenha *óρκιότερον* é o de ambas as partes oferecerem juramento.

¹⁴⁶ PLESCIA 1970, 42; MAFFI 2007, 190 e 210-211; DAVIES 2005, 311, embora com uma particularidade a que aludiremos *infra*.

¹⁴⁷ No caso de IC IV 72, II, 15, que concede preferência no juramento à escrava vítima de violação,

Pelo exposto, dúvidas não podem restar de que o juramento de parte, ou a declaração juramentada de um facto pela parte, servia como meio de prova, e com resultado decisivo para o desfecho da lide¹⁴⁸. A eficácia associada a este meio de prova estava intrinsecamente ligada ao temor a ela associada¹⁴⁹.

Mas a cláusula *ὀρκιότερον* encontra-se também no Grande Código em relação a testemunhas. Ou seja, não era uma prerrogativa privativa das partes. Também as testemunhas podiam, através de acto solene e formal, afiançar o juiz da veracidade de determinados factos, através de juramento, com valor vinculativo para o juiz e para o conteúdo da sua sentença. São exemplos os casos vertidos em IC IV 72, III, 47-52, IV, 3-8¹⁵⁰.

Em IC IV 72, III, 47-52, uma mulher que se divorciasse e que, entretanto, viesse a dar à luz, deveria levar a criança a casa do ex-marido, para que este a recebesse ou

GERNET 1916, 398-399. Sobre a interpretação da norma, no sentido de que protege o direito do proprietário de exploração sobre a escrava, e que o agente que praticou o facto ilícito terá de ser forçosamente um terceiro (que não o proprietário), MAFFI 1997, 140.

¹⁴⁸ Com plena eficácia decisória, MAFFI 2011, 157; MARTINI 2005, 202-203.

¹⁴⁹ «*A differenza di Platone (Lg., 947-948) il legislatore gortinio ritiene che il giuramento sia ancora circondato da un rispetto tale da incutere timore all'attore eventualmente spergiuro (nonché ai suoi testimoni) e da riscuotere la fiducia del convenuto. Quindi l'attore che giura avrà partita vinta, sia puré nei limiti dell'ὀρκίον, ma la grave responsabilità che si assume controbilancia la facilitazione concessagli*», MAFFI 1983, 163-164. E MERRIAM 1885, 327: «*[a]ppeal to the gods by oath as a last resort is as binding as in the days of Rhadamanthos, not the age of Plato*».

¹⁵⁰ Para MAFFI 2007, 217-218, referindo-se aos casos de IC IV 41, II, 6-16; IC IV 72, III, 44-IV, 8, e IX 38-40, tratam-se de *coniuratores*, e não testemunhas: «*non si tratta del giuramento dei normali testimoni. In tutti i tre casi il giuramento dei testimoni si aggiunge, rinforzandolo, al giuramento dalla parte. Di un giuramento del testimone in quanto tale, cioè indipendentemente dal giuramento della parte a cui favore rende testimonianza, non c'è traccia né nel CdG né in altre iscrizioni cretesi*». No caso de IC IV 41, coluna II, 6-16, parecem-nos testemunhas formais para a prova de verificação de uma condição de uma eventual acção a intentar. Em IC IV 72, coluna III, 44-IV, 8, parece-nos que seriam efectivamente testemunhas de que o ex-marido tinha tido possibilidade de reclamar a criança, pelo que sempre presenciaram determinada matéria de facto. Não seriam, a meu ver, testemunhas abonatórias da mãe da criança abandonada ou exposta, exactamente por terem presenciado determinados factos litigiosos. Pensamos que os *πέτρον* referidos em IC IV 72, II, 39, poderiam mais ser *coniuratores* (*oath-helpers*) do que propriamente os outros casos referidos, embora MERRIAM (1885, 344) refira que também poderão ser testemunhas dos factos litigiosos.

não, e na presença de três testemunhas. A lei oferece prevalência de juramento aos familiares e testemunhas que presenciaram tal facto, fixando-o como verdadeiro, caso estes venham a jurar, e que legitimaria a decisão da mãe quer de educar quer de expor ou de abandonar a criança. Contudo, se tais juramentos não fossem propostos, não quereria dizer que a mulher perdesse liminarmente a acção. Porventura, apresentando outro tipo de prova (não tão robusta como a exigida por lei), e sendo confrontada com prova testemunhal do ex-marido, o juiz ainda assim poderia resolver o caso em favor da mulher em sede de *ὀμνόντα κρίνεν*, após valoração ponderada de toda a prova carreada para o processo.

No caso tratado na Coluna IV, 3-8, muito similar ao anteriormente referido, uma mulher serva (*Φοικέα*) que desse à luz uma criança, estando divorciada de um outro servo, deveria dirigir-se ao proprietário do ex-marido, na presença de duas testemunhas, para que este rejeitasse ou aceitasse a criança. O legislador atribuía prevalência ao juramento das testemunhas que presenciaram aquele acontecimento, o que seria decisivo e vinculativo para o juiz, para efeitos de saber se a criança ficava sob poder do proprietário do servo ou do proprietário da serva (consoante o proprietário do servo tivesse recebido ou não a criança).

Uma vez que se estabeleceu que *ὀρκιότερον* é uma cláusula atributiva de preferência, aqui resta saber se funcionaria o mesmo princípio, isto é, que só haveria prevalência dos depoimentos juramentados das testemunhas visadas por *ὀρκιότερον*, se houvesse testemunhas tanto do autor como do réu. E parece-nos que sim. Contudo, os dois últimos exemplos citados parecem permitir inferir o seguinte: a cláusula *ὀρκιότερον* flexibiliza o regime quadro contido em IC IV 72, Coluna I, 20-24, que pode ser aplicado analogicamente a outras situações¹⁵¹, uma vez que perante arrolamento de testemunhas tanto pelo autor como pelo réu, o juiz não decidiria na forma *ὀμνόντα κρίνεν*, mas sim conforme os depoimentos juramentados das testemunhas a quem a lei desse preferência, caso estivessem no processo.

Deve fazer-se ainda uma precisão quanto à relação entre a cláusula *ὀρκιότερον* e o juramento purgatório sobre o qual se expenderam algumas considerações. De facto, os dois parecem actuar em planos distintos, pelo menos numa perspectiva ou abordagem literal à legislação gortínia. HEADLAM refere que *ὀρκιότερον* nunca seria usado para juramento purgatório. Para todos os casos em que em que o juramento

¹⁵¹ MAFFI 2011, 155.

acarreta o término ao processo judicial e seja sucedido de uma sentença de mérito, refere o egrégio Autor que a palavra utilizada pela lei é *ἀπόμῶσαι* (ver IC IV 72, III, 7, IX, 54, XI 48-49)¹⁵². Alguma doutrina tem-se mostrado crítica desta construção. MARTINI, num manuscrito em que se debruça sobre o juramento nas leis de Gortina, demonstra a sua discordância, entendendo que a cláusula *ὀρκιότερον* não impede que se esteja perante um juramento purgatório¹⁵³. No mesmo sentido concordante, de que *ὀρκιότερον* é equivalente ao juramento purgatório, insurge-se PARKER¹⁵⁴. PLESCIA oferece o exemplo de IC IV 42, Coluna B, e indica que nesta norma se concede a hipótese de um juramento purgatório ao juiz acusado de ter retardado a emissão de uma sentença para além do tempo prescrito pela lei¹⁵⁵. Não podemos concordar com estes últimos Autores. O legislador, nesse momento, recorre expressamente ao vocábulo *ὀρκιότερον* (IC IV 42, Coluna B, 5), o que significa, na esteira de tudo aquilo que acima se escreveu, que existe um determinado contraste ou contraposição, dando-se prevalência a um dos pólos¹⁵⁶. Tal realidade não é compatível com o juramento purgatório. Neste dá-se possibilidade ao acusado de se eximir da condenação mediante a elaboração de uma declaração juramentada com um determinado teor associada a um determinado castigo divino para a eventualidade de o conteúdo da declaração estar inquinado com falsidade. Ou ele aceita e é absolvido. Ou rejeita e é condenado. Ou seja, a seguir ao juramento purgatório o litígio obrigatoriamente encontra o seu fim, seja uma condenação ou uma absolvição¹⁵⁷. Já com a cláusula *ὀρκιότερον*, associada à oferta de juramentos das duas partes, o juiz apenas escolheria quem deveria jurar (por imperativo legal o mais das vezes). Deste modo, é uma regra de selecção de juramentos oferecidos. E, ainda que se escolhesse quem deveria jurar, não significa que o processo findasse ali.

¹⁵² 1892, 63-65. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (1997, 117): *ἀπόμωτος* com o significado «*que ha jurado no hacer algo*».

¹⁵³ Após fazer referência às normas inscritas em IC IV 72, II, 15-16, III, 47-52, XI, 47-49, IC IV 41, II, 12; IC IV 42, B, 3-6; IC IV 45, B, MARTINI entende que se deve considerar de forma unitária as hipóteses normativas nas leis de Gortina nas quais se aluda a juramento, independentemente de o legislador recorrer à expressão *ὀρκιότερον* ou *ἀπόμῶσαι* (1999, 385-389 e nota 19), posição à qual não aderimos como se verá *infra*.

¹⁵⁴ 2005, 71.

¹⁵⁵ 1970, 42.

¹⁵⁶ BILE 1988, 181.

¹⁵⁷ Também assim, GAGARIN & PERLMAN 2016, 350; PLESCIA 1970, 4 e MARTINI 2001, 179.

Explicuemo-nos melhor: se o juiz assinalasse e escolhesse quem deveria jurar, ainda assim a parte que se propôs jurar poderia chegar ao momento da prestação do juramento e decidir desistir. Ou, sendo apresentada uma testemunha para jurar em sede do seu depoimento (IC IV 72, Colunas III, 47-52, IV, 3-8), a mesma poderia, por alguma razão, deixar de prestar depoimento. Mas, ao contrário do que acontece com o juramento purgatório, o processo não terminaria aí com a vitória da contraparte. Na primeira hipótese (desistência de a parte prestar juramento), a consequência seria, a nosso ver, chamar a parte contrária para que então esta prestasse o juramento que havia anteriormente oferecido e que fora preterido em virtude de não ser *orkiotos* (a parte preferida para jurar), a não ser que a lei expressamente previsse que a consequência jurídica da falta de prestação de juramento pela parte considerada preferente fosse a improcedência da acção (vd. IC IV 45, B)¹⁵⁸. No segundo exemplo (testemunha que era *orkiotos* e que não prestara depoimento), o juiz muito provavelmente decidiria na modalidade *ὀμνύντα κρίνεν*. Por isso o juramento purgatório seria sempre conclusivo do processo judicial. Mas a escolha do *orkiotos* nem sempre seria seguida do fim do processo.

Quanto à possibilidade de o juiz gortínio ordenar *sua sponte* uma declaração juramentada de uma das partes do conflito, dissemos que tal não era possível¹⁵⁹. Mas, perante o requerimento de ambas as partes para que a contraparte jurasse sobre uma

¹⁵⁸ Nesta hipótese de desistência pela parte considerada preferente pela lei, o julgador apenas ofereceria à contraparte a possibilidade de jurar, caso esta tivesse requerido prestar juramento previamente (isto é, se tivesse havido concorrência de oferecimento de juramentos pelas partes). Não está descartada a hipótese de, perante aquela desistência, a contraparte pedir para jurar (não o tendo previamente feito), mas a leitura da legislação gortínia parece sugerir a concentração da apresentação dos meios de prova no início do processo (e não consoante a sorte das sucessivas fases do processo), até porque, perante a produção de determinadas provas, o juiz teria de emitir necessariamente uma sentença de acordo com o sentido desse meio de prova, cerrando a porta do processo ao oferecimento de outras. Não nos parece ser um tipo de processo susceptível de volte-faces.

¹⁵⁹ Corresponderá ao *giuramento suppletorio*, existente no hodierno direito processual italiano, que tem lugar quando o juiz ordena a uma das partes para jurar sobre factos da causa não plenamente provados, mas ainda assim sem estarem completamente carecidos de prova (art. 2736 *codice civile* e 240 *codice di procedura civile*). Sobre isto, FABIANI 2003, 3118, e a crítica de VERDE 1972, 2756-2757, qualificando o *giuramento suppletorio* como modalidade de resolução do litígio.

determinada factualidade, qual deveria ser o procedimento? Admitiria somente um ou ambos? E, caso só pudesse aceitar um, quais seriam os critérios da escolha? E caso os litigantes pedissem as suas próprias declarações juramentadas?

Quanto às questões apresentadas, entendemos que não temos suficientes elementos textuais para apresentar respostas definitivas. Em relação à primeira pergunta, há que distinguir se existe uma cláusula legal *ὀρκιότερον* ou não. Se existir, dá-se aqui como reproduzida a solução acima apresentada, e, de facto, a mesma não parece conviver bem com a dialéctica *deferimento/riferimento*¹⁶⁰, isto porque, se a lei dava preferência ao juramento de uma parte, que interesse teria essa parte de pedir que a contraparte jurasse? Nenhum, porque nada lhe garantiria que a contraparte pedisse, em sentido inverso, que a primeira jurasse. E, sendo assim, não haveria requerimentos de juramentos contrapostos para que o juiz atribuísse prevalência a um deles. Mas não é por a convivência da cláusula *ὀρκιότερον* com o modelo «*deferimento/riferimento*» fazer pouco sentido que este deixaria de ser possível. Hipoteticamente seria possível. O alcance prático é que parece nenhum. Isto porque a parte declarada *ὀρκιότερον* teria todo o interesse de pedir a sua própria declaração juramentada e não o da parte contrária.

Ainda assim, se o juiz se visse confrontado com dois pedidos de juramentos da parte contrária contrapostos entre si, ou seja, autor pedindo o juramento do réu e réu pedindo, em resposta, o juramento do autor, havendo na norma legal a previsão *ὀρκιότερον* o juiz teria de dar prevalência ao requerimento feito pela parte que não tinha a preferência de jurar (precisamente porque esta pedia que o juramento da parte que tinha preferência para jurar). Como se disse, só academicamente se poderia supor um regime esquizofrénico como este.

Quanto à segunda parte da primeira questão, se não houvesse cláusula *ὀρκιότερον* na norma legal, cremos que o julgador decidiria casuisticamente com bastante margem de discricionariedade quem deveria jurar. MAFFI entende que tal não se pode depreender dos textos epigráficos e que colocaria o juiz numa posição pouco conciliável com a de um juiz passivo, pese embora ponha essa hipótese¹⁶¹. Repare-se,

¹⁶⁰ A contraparte não estaria de modo algum interessada em remetê-lo, estando a parte considerada *orkioteros* completamente privada de poder usufruir da preferência, a não ser por iniciativa da contraparte, como se disse *supra* na nota 169 e MAFFI 2011, 157.

¹⁶¹ MAFFI 2007, 190, 259. O Ilustre Autor tem a seguinte passagem que demonstra que a solução contrária colocaria em perigo alguns princípios do direito processual clássico: «[n]el caso invece del giuramento, esso ha conservato in linea di principio la sua efficacia privilegiata e risolutiva,

embora o juiz estivesse a decidir quem de facto deveria jurar, a iniciativa de prova ainda assim tinha provindo das partes, não do juiz. Este tivera sido chamado a decidir um incidente processual prévio à decisão final. E este incidente era precisamente decidir qual das duas partes deveria poder jurar. Poderia mesmo chamar-se uma decisão intermédia ou interlocutória, prévia à sentença final. Se o juiz não o fizesse, não havendo mais nenhuma prova a produzir, o juiz ver-se-ia obrigado a decidir na modalidade decisória da *ὀμνύντα κρίνεν*, votando muito provavelmente a acção ao insucesso, porquanto o autor não teria trazido nenhuma prova para convencer o juiz da bondade da sua pretensão. E, portanto, perante esta dualidade, entendemos que, de facto, o juiz decidiria qual seria a parte a jurar, sempre no pressuposto de que houvesse sido oferecido por ambas as partes juramentos (próprios ou da parte contrária)¹⁶².

Contudo, se ambas as partes carreassem testemunhas para o processo, qual seria a atitude do *δικαστάς* perante os requerimentos de juramentos contrapostos (*deferimento/riferimento*)? A lei parece supor que quando houvesse testemunhas de ambas as partes, e a lei não atribuísse uma preferência a determinadas testemunhas, o juiz teria de decidir na modalidade *ὀμνύντα κρίνεν* (IC IV 72, XI, 26-31). Resta saber se isso impediria o juiz de aceitar um requerimento de juramento de uma das partes (tanto o seu próprio juramento como o da contraparte), mas sem que isso alterasse aquela modalidade decisória e não a tornasse uma decisão vinculativa *δικάδδεν* em relação à matéria juramentada. Se o juiz perante testemunhas de ambos os litigantes,

che però contrasta com il principio del libero agone dialetico che informa il processo di età clássica (soprattutto quello attico, l'único che ci permette di valutare il ruolo dominante di quel principio grazie alle orazioni giudiziarie giunte fino a noi). Consentire alla legge o al giudice di imporre il giuramento a una delle parti come prova vincolante e risolutiva (eventualmente scegliendo fra le proposte di giurare contrapposte) contrasterebbe gravemente con quel principio: dunque il giuramento è ammesso esclusivamente in seguito a una iniziativa di parte e solo con il consenso della controparte». PLESCIA (1970, 42) e DAVIES (2005, 312) não entrevêm aporias quanto a esta solução.

¹⁶² Se bem compreendemos DAVIES 2005, 312, o Autor parece abrir porta à possibilidade de serem feitas declarações juramentadas e, após a sua realização, o juiz decidiria qual era mais valiosa. Não nos parece que assim fosse, uma vez que o ordenamento jurídico parece apenas conviver com a existência apenas de um juramento ou juramentos (num mesmo sentido) e não com a possibilidade de serem realizadas declarações juramentadas em sentido contrário entre si. A prestação de juramento garantiria veracidade à declaração e não poderia haver duas verdades contrárias e excludentes entre si.

ainda assim poderia pronunciar-se sobre os requerimentos de prova juramentada apresentados pelas partes e aceitar um deles. A resposta, em princípio, parece-nos profundamente negativa¹⁶³. E é este o nosso entendimento porque o juramento, nas leis de Gortina, aparece sempre como vinculante para a decisão do juiz, talvez por ser um meio de prova a que se recorra quando não houvesse nenhum outro melhor. Ora, se houvesse testemunhas de ambos os litigantes, e ainda assim o juiz fosse aceitar o juramento de uma das partes, precisamente porque do resultado desta prova juramentada poderia resultar uma decisão vinculante do juiz, este iria estar a transgredir a letra da lei (IC IV 72, XI, 26-31). Ademais, «*il ricorso al giuramento appare proprio subordinato alla mancanza di testimoni*»¹⁶⁴.

Estas afirmações vêm apenas pôr a descoberto que a dialéctica probatória poderia ser muito complexa e completamente distinta de processo para processo.

Em relação à segunda questão, sem aprofundar muito, apenas nos parece que, numa modalidade *deferimento/riferimento*, apenas seria possível escolher que uma das partes jurasse. Assim, sempre haveria o juiz de dar preferência a uma das partes para jurar.

Quanto à última questão, não resultando dos textos gortínios qualquer referência a critérios que pudessem orientar o juiz na escolha da parte com direito a jurar, tudo o que dissermos será apenas especulativo. Porventura, deveria o juiz escolher o requerimento que contivesse a cláusula sancionatória mais gravosa. Ou seja, aquela que contivesse o castigo mais pesado. E poderia também, no processo dessa escolha, atender ao comportamento processual das partes, ou seja, ao modo como as partes se comportaram na alegação dos factos ou ao modo como se dirigiram ao tribunal, se com desdém ou se com preocupação em colaborar¹⁶⁵. Poderiam ainda concorrer outros

¹⁶³ Assim também MAFFI (2011, 157): «[q]uindi, se partiamo dal presupposto che l'omnunta krinen' si basi su una libera valutazione delle prove da parte del giudice, dovremmo escludere che il giuramento possa avere un ruolo (anche perche è difficile pensare a un giuramento di parte cumulabile com il giuramento del giudice)».

¹⁶⁴ MAFFI 2007, 255-256.

¹⁶⁵ Se bem entendemos DAVIES (2005, 312), o Autor não se encontra muito longe desta formulação, «[t]he system therefore had to accommodate competing oaths worn by opposing litigants and witnesses, and left it to the judge in such cases to decide who was "more oathworthy", a stipulation which presumably meant in practice navigating among the silences of the various assertions made on oath».

motivos adjacentes, designadamente o estatuto social e as condições económicas dos litigantes. Possivelmente, deveria ainda o juiz atender aos respectivos ónus de prova (em sentido subjectivo). Num plano meramente hipotético, um juiz que tivesse uma plena consciência recta e justa sobre quem deveria provar determinado *thema probandum*, ou, por outras palavras, sobre a repartição do encargo da prova, poderia também analisar se a parte queria que a contraparte jurasse sobre uma matéria cujo ónus pertencesse a si ou a esta última. E, neste caso, poderia o juiz apreciar a causa de pedir do autor e as eventuais excepções deduzidas pelo réu. Assim, o juiz poderia atender a quem tinha o ónus de provar determinada matéria e, com base nessa distribuição de ónus de prova, deveria sopesar e ponderar a quem deveria atribuir preferência para jurar. E esta conclusão vale também para os juramentos pedidos pelas próprias partes em relação a si.

Pelo exposto, entendemos que as modalidades de *deferimento/riferimento* e de requerimento de declarações juramentadas da própria parte poderão ter coexistido no mesmo modelo processual gortínio, não havendo restrições literais a essa interpretação.

Com o que se acabou de afirmar, temos de concordar com a conclusão de Maffi de que o juiz gortínio não desempenharia um papel inteiramente passivo como o do processo ático do século IV a.C., contudo sem que chegasse a assumir iniciativa de prova com fim de procurar a verdade material¹⁶⁶. De facto, se o juiz poderia em determinadas situações escolher que parte poderia jurar (quando inexistisse a cláusula normativa *ὀρκιότερον*), haveria uma intervenção judicial ao nível da admissão e controlo de meios de prova, que acaba por ser o cumprimento de um dever integrado no *officium iudicis*. Por este facto, o juiz, ainda que passivo quanto à introdução de prova no processo, acaba por se tornar um protagonista e garante da actividade probatória¹⁶⁷.

4. O conhecimento officioso da lei aplicável pelo juiz: discontinuidades aparentes com o regime de prova?

¹⁶⁶ 2011, 158-159.

¹⁶⁷ Apoiamo-nos convenientemente em ABEL LLUCH (2005, 347) quando afirma que «[l]a atribución exclusiva de este deber [de admisión de los medios de prueba] al juez lo convierte en el protagonista y garante de la actividad probatoria».

Na experiência jurídica ática, os tribunais eram constituídos por cidadãos comuns, muitas vezes sem qualquer competência técnico-jurídica¹⁶⁸, o que tornava os juízes mais permeáveis à «*intervenção reguladora da comunidade*»¹⁶⁹ e, naturalmente, a argumentos de natureza extra-jurídica. Tal afirmação parece ter especial relevância em processos de natureza pública¹⁷⁰, respeitantes a toda a comunidade, como os casos de *asebeia* (processos de impiedade¹⁷¹) e de *hybris*. Mas aquela *permeabilização* era igualmente transportável para os casos de acções privadas (*δίκαι*). Não nos parece ser assim nos processos em que se fazia o chamamento de juízes estrangeiros (*metapempesthai dikasterion* ou *metapemptoi dikastai*). A experiência jurídica grega, ao adoptar a solução de entregar a missão jurisdicional a cidadãos muitas vezes sem competências técnicas, garantia a «*não subtracção da função jurisdicional ao controlo directo do povo (demos)*»¹⁷². A composição dos litígios e a vigilância sobre a efectiva aplicação das leis vigentes não poderiam estar reservadas a um exíguo círculo de especialistas, mas deveriam ser integralmente entregues ao povo. Como refere STOLFI, «*[i]l rischio di essere giudicati da incompetenti – contribuendo, con ciò, a scoraggiare più raffinate elaborazioni del diritto [...] – doveva apparire l'inconveniente minore, rispetto alla prospettiva di concentrare nelle mani di pochi l'esercizio di quella funzione*»¹⁷³. Por via desta solução, evitava-se assim que os decisores judiciários pudessem interpretar habilmente a lei para além da sua dimensão escrita ou pudessem inculcar criatividade no processo metodologicamente comprometido de declaração do direito no caso concreto. Precisamente por esta razão, HARRIS afirma que os tribunais áticos, que não estavam vinculados a precedentes sobre casos análogos, estariam pouco receptivos a interpretações pouco usuais da lei, oferecidas pelos litigantes¹⁷⁴.

Muitos estudiosos do direito processual ateniense têm vindo a afirmar que aos litigantes caberia também debater a lei aplicável, o sentido e intencionalidade da lei

¹⁶⁸ STOLFI 2020, 191; CANTARELLA 2015, 14-16.

¹⁶⁹ LEÃO 2004, 203.

¹⁷⁰ Denominados *graphai* (*γραφαί*), LEÃO & RHODES 2016, 69.

¹⁷¹ LEÃO (2004) e LEITE (2014, 46).

¹⁷² STOLFI 2006, 46, e 2020, 192-197. BEARZOT (2017, 273) vai além desta ideia de legitimação do poder judicial, afirmando que o desenvolvimento da função jurisdicional era uma forma de participar na vida política.

¹⁷³ 2020, 195.

¹⁷⁴ HARRIS 2004, 261.

aplicável, e que, por essa razão, vigoraria no direito ático o princípio *iura non novit curia*. Também em matéria de direito, os juízes, que podiam ser juridicamente inexperientes¹⁷⁵, estariam sujeitos às alegações das partes e à qualificação jurídica dos factos por elas efectuada. A esta matéria voltaremos, mas não sem antes discorrer sobre o referido princípio.

O princípio *iura novit curia* significa precisamente que o juiz conhece por ofício o direito e a lei aplicável ao caso concreto. Decorre, como relembra SATTI, da exigência de uniformidade de juízos, «*cioè è necessario, come suprema garanzia di uguaglianza tra i cittadini, che il caso particolare sia deciso con applicazione di una norma identica a tutti gli altri casi uguali, cioè che il giudizio sia uguale per tutti i casi uguali*»¹⁷⁶.

Em termos muito sintéticos, o princípio *iura novit curia* impõe ao juiz o dever de indagar a lei aplicável ao caso, não se devendo bastar com as alegações de direito das partes, nem podendo ficar cingido ao direito que os litigantes consideram ser aplicável ao caso concreto¹⁷⁷. Deste postulado retira-se também a desnecessidade de prova do conteúdo do direito objectivo, tanto da fonte de direito como da norma abstracta ou concretamente aplicável ao caso. Consequentemente, o juiz poderá, por via deste princípio, proceder a uma alteração da qualificação jurídica dos factos litigiosos e mobilizar uma solução normativa distinta daquelas que os litigantes entendiam ser adequada¹⁷⁸. Como relembra CAVALLINI, aquele princípio está também intimamente ligado ao brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* (*dá-me os factos, dar-te-ei o direito*), para além de querer «*innanzi tutto palesare la valenza storica e immutabile del primato della giurisdizione nella composizione della lite tra i cives, «a valle» della stessa legislazione*»¹⁷⁹. Ou seja, a decisão só será justa se for conforme à lei, à concreta norma que o legislador desenhou para cobrir casos materialmente idênticos ao do caso

¹⁷⁵ *Dilettanti* ou amadores, STOLFI 2020, 195.

¹⁷⁶ (1981, 180).

¹⁷⁷ Outra formulação tradicional do princípio *iura novit curia*, distinta daquela que se plasmou, é a da inexigibilidade de prova da existência, do teor e da vigência do direito objectivo, vd. WÜRTHWEIN 1977, 87-88; e RENDINA 2014, 145-151, que explora com interesse os sentidos históricos do princípio.

¹⁷⁸ CALAMANDREI (1947, 33) demonstra, precisamente, que existe um denso dever de o juiz procurar a lei vigente e aplicável.

¹⁷⁹ 2017a, 759.

concreto que se apresentou ao juiz. E essa justeza pode não ser conseguida se o julgador depender das alegações de direito das partes.

Retornando ao direito processual ático, como se teve oportunidade de referir, é extensa a doutrina que se pronuncia pela vigência do princípio *iura non novit curia*. Ou seja, *a contrario sensu* do acima exposto, esta posição doutrinal defende que os juízes estariam vinculados às alegações jurídicas invocadas pelas partes e que estariam limitados à escolha de uma das teses defendidas, havendo ainda necessidade de provar a existência, vigência e teor das leis. Assim se pronunciam PAOLI¹⁸⁰, GERNET¹⁸¹, BISCARDI¹⁸², CANTARELLA¹⁸³, DURAN¹⁸⁴, STOLFI¹⁸⁵ e PALAO HERRERO¹⁸⁶.

Contudo, algumas vozes na doutrina se têm pronunciado de forma desfavorável a este entendimento. PUNZI, embora admitindo que a alegação de aplicabilidade de uma lei (norma concreta) pelos litigantes constituía uma limitação à livre procura da lei pelo juiz, acaba por expressar que esta alegação das partes «*non precludeva al giudice la possibilità di ricercare e di determinare, sia pure entro i limiti concessi dalla legge, la norma che assicurasse la giustizia del caso concreto*» e “*in caso di mancata allegazione o di assenza di legge scritta il giudice era assolutamente libero di rilevare la norma, determinando quale fosse la soluzione suggerita dal sentimento del giusto, che egli doveva ricercare in sè, nella propria coscienza, quindi com un’opera di*

¹⁸⁰ PAOLI (1925, 237): «*la produzione della legge fa parte dell’istruttoria come la produzione dei testimoni, per cui gli scrittori di retorica elencano la legge tra gli strumenti probatori*».

¹⁸¹ GERNET (1937, 126) afirma que os juízes somente conhecem ou consideram as leis convocadas pelas partes. Contudo, acrescenta que, uma vez convocadas, aqueles poderiam aferir se estavam em vigor e se podiam ser aplicadas ao caso. O princípio do dispositivo abrangia, portanto, também as potenciais leis aplicáveis ao caso concreto.

¹⁸² BISCARDI 1982, 19, 266-267, referindo que «*il giudice è obbligato a giudicare secondo la legge, ma non a conoscerla, e quindi neppure a tenerne conto se non è debitamente allegata*» e que a não convocação da lei aplicável pela parte interessada equivaleria a uma renúncia tácita.

¹⁸³ «*In Grecia, e in particolare ad Atene, [...] era compito delle parti portare a conoscenza dei giudici le regole giuridiche applicabili al caso concreto*» (2015, 62).

¹⁸⁴ DURAN 2004, 283. Findas as alegações de direito, os *dikastai* adjudicariam a vitória àquele que melhor demonstrasse a questão da lei aplicável.

¹⁸⁵ STOLFI (2006, 34) referindo-se ao ónus de fornecer os textos normativos, que recaía sobre as partes.

¹⁸⁶ PALAO HERRERO (2007, 370-371): «*el derecho aplicable ha de ser objeto de prueba, y solo las leyes cuya existencia se demuestra pueden ser aplicadas por el tribunal*».

rilevazione pienamente autonoma»¹⁸⁷. O juiz podia eximir-se da estrita alegação de direito das partes, das normas que estas entendiam ser aplicáveis ao caso concreto, mas também da interpretação que estas ofereciam de determinadas normas. MAFFI dedicou também um estudo exclusivo a este tema. Depois de analisar algumas passagens na Retórica de Aristóteles (1355b, 35-39, 1375b, 26 e ss), o Autor manifestou-se no sentido de que a inclusão do *nomos* no rol de meios de prova (*pisteis atechnoi aristoteliche*) não significa que vigorasse nos tribunais áticos o princípio *iura non novit curia*: «*l'inclusione del nomos fra i mezzi di prova atecnici "esterni" all'oratore mi induce a ritenere che il principio iura non novit curia responda essenzialmente ad un'esigenza riformatrice di Aristotele e non corresponda affatto alla teoria ed alla prassi dei tribunali popolari ateniesi, almeno in linea di principio: è soltanto infatti nella concezione aristotelica che il giudice verifica l'esistenza del fatto e lo valuta sulla base di un nomos che esiste oggettivamente al di fuori di lui e che quindi può e deve essere provato come un fatto esterno tanto all'oratore che al giudice*»¹⁸⁸. Aos litigantes não caberia propriamente provar a existência, vigência e teor de uma lei. Antes teriam o ónus de convencer o tribunal de que os factos que aportavam para o processo correspondiam à previsão de uma determinada fatispécie. Assim, o juiz «*deve limitarsi a verificare la corrispondenza del fatto accertato alla previsione normativa che lo riguarda*»¹⁸⁹. Se bem compreendemos o Autor, às partes caberia assim expor as razões de direito que servissem de fundamento à acção, existindo um encargo especial de convencimento do tribunal de que uma determinada causa de pedir ou excepção aportadas para o processo se subsumiam a uma determinada previsão normativa: «*la parte intende provare [...] è il dovere del giudice di applicare proprio quella legge in quanto la fattispécie all'esame del tribunale, secondo la parte, rientra appunto nella previsione di quella legge e non di altra*»¹⁹⁰.

Sem tomar uma posição definitiva nem de fundo sobre a discussão acima apresentada, parece-nos que, ainda que os tribunais áticos fossem compostos por cidadãos muitas vezes desprovidos de competências jurídicas, seria estranho que estes ficassem vinculados apenas à prova feita pelas partes sobre a existência, vigência e teor

¹⁸⁷ PUNZI 1965, 27.

¹⁸⁸ 1976, 122.

¹⁸⁹ MAFFI 1976, 122.

¹⁹⁰ MAFFI, 2010.

de determinadas leis. O facto de muitos não terem competências técnicas não permite por si só estabelecer que eram completos desconhecedores das leis da cidade. E se os mesmos estavam vinculados ao cumprimento e aplicação das leis escritas, ainda mais insólito se torna defender a vigência do *iura non novit curia*. Num processo em que as partes em conflito apenas se referissem a leis não convocáveis ao caso concreto, se os juízes já tivessem tomado contacto anteriormente com casos análogos e soubessem precisamente que a lei aplicável ao caso não era nenhuma daquelas em debate entre as partes, atendendo àquele dever proveniente do juramento, que era o de julgar segundo a lei, torna-se particularmente singular admitir que o juiz tinha de escolher uma das teses em questão e ignorar a lei que ele conhecia e saber que deveria ser mobilizada.

Dúvidas não existem, contudo, que em Atenas era vigente o princípio da instrução por iniciativa das partes, sendo plenamente conveniente apelar ao aforisma *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*. Assim, as partes tinham de aportar os factos e as provas essenciais à procedência da acção ou da contestação, aos quais o tribunal estava delimitado. A decisão jurisdicional era alcançada através de uma votação, sem que os *dikastai* tivessem de motivar com argumentos jurídicos ou extra-jurídicos, e sem ter de ser reduzida a escrito¹⁹¹. A sentença seria uma mera adjudicação à pretensão de uma das partes¹⁹², sendo inconcebível uma condenação fora daquilo que foi pedido pelas partes, com excepção de penalidades suplementares (*prostiman*). Pelo exposto, parece ser defensável a tese de que os poderes de prova/instrução ex officio dos juízes áticos seriam diminutos, o que poderia estar ligado à ideia latente do processo grego, sublinhada por PALAO HERRERO, de que «*administrar a justiça era uma operação pela qual se aplicava a razão, e a justiça em si mesmo era o resultado*», proveniente da vontade dos deuses e que fluiria naturalmente, independentemente de se alcançar a justeza material da decisão numa concepção hodierna, a justiça como «*a conveniência do mais forte*»¹⁹³, e não a verdade material como pressuposto da justiça. No entanto, existe documentação escrita que comprova que na arbitragem ateniense

¹⁹¹ MAFFI 2004, 46. Fazendo referência a este processo de votação, LEÃO 2001, 364; HARRIS 2018, 222-223; WOLFF 2013, 104, referindo o secretismo do escrutínio.

¹⁹² O tribunal acolhia apenas uma das versões apresentadas, vd. WOLFF (2013, 104).

¹⁹³ Frase de Trasímaco, PLATÃO, *A República*, I, 338c, podendo sintetizar-se que a «*giustizia non è altro, e non può essere altro, che l'utile, cioè il benessere, dei governanti*», MAFFI 2019, 2. As leis corresponderão «*ao direito de quem tem o poder*», BISCARDI, 1982: 347; e PALAO HERRERO (2007, 26-27).

pública e privada, o juiz árbitro poderia questionar as partes para além do que estas teriam alegado¹⁹⁴, o que se pode dever à natureza mais flexível destas instâncias jurisdicionais.

Volvendo ao direito de Gortina, o Grande Código é silente quanto à vigência do princípio *iura novit curia*. Da restante legislação gortínia vigente no século V a.C., que tivemos oportunidade de consultar, também nada resulta a esse respeito. Contudo, não é pelo simples facto de não resultar expresso do elemento literal das leis que nada se pode inferir a respeito dos princípios imanentes à letra escrita. Apelando à tese da «*juristische Denkformen*» de WOLFF¹⁹⁵, de que existiriam princípios jurídicos implícitos nas leis e noutros textos juridicamente relevantes, e que implica uma «*indagine sul significato dei termini giuridici, operazione che va però condotta nell'ambito di complessi documentari coerenti e omogenei. In questa prospettiva rappresenta un modello il progetto di pubblicare raccolte commentate di epigrafi provenienti da una certa area geografica con particolare attenzione alle strutture processuali che da tali documenti emergono*»¹⁹⁶. O intérprete, ao extrair princípios jurídicos de um conjunto de normas, pode alcançar não só o modo de pensar do legislador (comunidade reunida num determinado órgão) como também compreender as profundas preocupações ético-jurídicas comunitariamente enraizadas. E mais, não se pode também ignorar que os gregos foram os primeiros a pensar as relações sociais privadas e públicas como fenómenos reguladas pelas leis da cidade¹⁹⁷.

Assim, e antes de indagar os legados escritos de Gortina com vista a deles inferir a existência ou inexistência do princípio *iura novit curia*, há que fazer algumas outras considerações respeitantes à literacia comunitária, ao destinatário primário das leis escritas e à existência de normas atinentes à responsabilidade de juízes por danos causados no exercício das suas funções.

Quanto à literacia em Gortina no século V a.C., desconhecemos se a mesma era transversal a toda a comunidade ou restrita apenas a um determinado grupo ou elite¹⁹⁸.

¹⁹⁴ HARRIS 2018, 221 e 226, apoiando-se em Iseu 5.32, «[t]he arbitrators interrogated us many times and learnt the facts», e Dem. 27.50, «[w]hen the arbitrator questioned him about each of these matters...». Vd. também PALAO HERRERO 2007, 347, referindo Dem. 40. 54-54.

¹⁹⁵ Sobre esta tese, vd. MAFFI 2001, 272, 277-278, 287.

¹⁹⁶ MAFFI 2004, 39.

¹⁹⁷ Precisamente assim, MAFFI 2004, 47.

¹⁹⁸ BEAUFILS (2000, 58) aludindo à tese de WHITLEY de que «*literacy was confined to a scribal*

A primeira hipótese parece-nos muito improvável. A segunda pode ser demasiado cerceadora. De facto, não se pode ignorar que toda a prova documental existente, não só as peças legislativas como também os *graffitis* pessoais e comerciais e inscrições funerárias, indiciam uma considerável familiaridade, em distintos graus e contextos, dos cretenses com a escrita¹⁹⁹.

Por outro lado, não se pode desatender à circunstância de as normas legais serem dispostas publicamente, o mais das vezes em templos, associando a sua inobservância às cominações divinas²⁰⁰. Questiona, desta forma, BEAUFILS: «*[w]hy then go to great trouble to carefully inscribe laws, to give them a material, epigraphic form, when few could have derived any communicational benefit from this action?*»²⁰¹. Parece-nos uma pergunta legítima, o que pode contribuir para pôr em causa a tese de que poucos tinham aptidão para conhecer as leis escritas. Ou seja, parece-nos que haveria uma classe que dominava a escrita (os escribas, escritvões, tabeliães), contudo seria acessível a outros grupos sociais que com maior ou menos dificuldade compreenderiam os registos escritos²⁰².

O princípio *iura non novit curia* seria incompatível com uma sociedade em que o domínio da escrita estivesse restrito a determinadas classes sociais. Se determinados grupos da sociedade não compreendiam os registos escritos, essenciais para decifrar as leis da comunidade, como poderiam mobilizar essas normas posteriormente em tribunal para obter vencimento de causa? Sempre se poderá dizer que a dimensão oral do conhecimento da lei poderia assumir uma decisiva importância neste domínio. Queremos com isto dizer que os conhecedores da escrita e das leis poderiam transmitir aos iliteratos o teor e vigência de normas. Contudo, ainda que tal acontecesse, não nos

class».

¹⁹⁹ PAPAKONSTANTINOY 2002, 139.

²⁰⁰ PAPAKONSTANTINOY (2002, 136) escreve impressivamente: «*[t]he display of written law on the walls of a temple was very probably associated with the frequent invocation of the gods in the opening formulas of these statutes. Moreover, this act in all likelihood implied that the laws were endowed with divine protection, projecting the god as the overseer of the validity of the law and an avenger to any offender of its contents*». Quanto à disposição pública das leis escritas, THOMAS (2005, 58) mostra-se mais contida, acabando por referir que a redução das leis «*seems to imply a pious hope that the written rules will somehow straighten matters out*».

²⁰¹ BEAUFILS (2000, 58).

²⁰² E como refere PAPAKONSTANTINOY (2002, 141) «*[o]ne should expect that the laws of the city were among the “public affairs” informally discussed in the common meals of the andreion*».

parece que permita por si só que se conclua que o juiz gortínio estava limitado e só poderia conhecer estritamente o direito convocado pelos litigantes.

Outra questão que nos parece pertinente é a de saber quem era o destinatário principal ou primacial do Grande Código de Gortina (e de outra legislação especial vigente no século V a.C.), sendo um tema carecido de um estudo extenso e pormenorizado de cada uma das normas (substantivas e processuais). Por princípio, parece-nos que os juízes eram os destinatários principais do Grande Código. Com isto queremos afirmar que o legislador produziu as normas constantes daquele Código visando primacialmente o juiz e a sua actuação judicial num processo. Neste sentido, apresentam-se expressamente PERLMAN²⁰³ e AVILÉS²⁰⁴. Este parece-nos ser o melhor entendimento. De facto, percorrendo o Grande Código de Gortina, somos surpreendidos diversas vezes com o verbo *δικάδδεν* que impunha, como já acima exposto, um determinado sentido à sentença judicial (IC IV 72, I, 21, IX, 30 e 50, XI, 27-28), com a cláusula *ὀρκιότερον* (IC IV 72, II, 15, III, 49-50, IV, 6) que implicava que o juiz desse preferência a uma declaração/depoimento juramentado. Estes termos jurídicos não convivem bem com um modelo processual onde fosse vigente o *iura non novit curia*. Pôr nas mãos das partes a observância dos resultados pretendidos pelo legislador não parece compatível com a redacção do Grande Código. Concretizemos com o seguinte exemplo: se, no caso previsto em IC IV 72, I, 18-24, apenas o autor arrolar uma testemunha que confirma que o escravo, objecto de contenda, é propriedade do autor, e em alegações de direito tanto autor como réu entenderem que o juiz deve decidir de acordo com a sua livre consciência, apreciando livremente as provas trazidas aos autos e jurando antes de decidir (*ὀμνύντα κρίνεν*), se seguíssemos a tese de que era vigente o princípio *iura non novit curia*, o juiz não poderia decidir na modalidade de *δικάδδεν*. Por outras palavras, não decidiria automaticamente no sentido indicado pela testemunha, porquanto tal não fora expressamente alegado em termos jurídicos pelos litigantes. Em primeiro lugar, esta tese frustraria os intentos do legislador, criando um direito judiciário completamente alheado das finalidades inscritas nas leis. Em segundo lugar, existiria uma violação expressa pelo juiz do dever de julgar de acordo com a lei. Em terceiro lugar, esta solução poderia levar à desigualdade e insegurança jurídica,

²⁰³ (2002, 197), pondo os juízes como os principais destinatários das leis.

²⁰⁴ AVILÉS (2011, 6): «*despite some appearances, it is, in fact, only magistrates that are actually addressed by the Gortynian Code*».

porquanto em casos materialmente idênticos as alegações jurídicas das partes poderiam ser diferentes, levando conseqüentemente a que o juiz decidisse de forma diversa. Ora, se estas leis foram promulgadas, dispostas publicamente e associadas à punição divina, foi seguramente para que a sua letra fosse cumprida e todos os membros da *polis* ficassem em pé de igualdade perante a lei.

Ademais, como se referiu *supra* para o direito ateniense, também parece fazer pouco sentido que um juiz conhecedor do direito, confrontado com dois ou mais litigantes que desconhecêssem a lei e que invocassem normas claramente inaplicáveis ao caso, tivesse de ficar sujeito ao campo jurídico (normas abstractamente aplicáveis ao caso) definido pelas partes.

Também é de realçar, como relembra AVILÉS, que no Grande Código de Gortina nenhuma norma sancionatória de natureza pecuniária estabelece uma sanção mínima ou máxima, entre as quais o julgador poderia variar com alguma margem de discricionariedade, consoante as características do caso concreto²⁰⁵. Se o juiz estivesse sujeito às alegações de direito das partes no que respeita às conseqüências jurídicas de determinadas actuações, os resultados jurisprudenciais poderiam ser tremendamente lesivos e arbitrários para a comunidade, designadamente nos casos previstos em IC IV 72, I, 7-12, II, 2-16. O legislador visava precisamente evitar arbitrariedades no exercício da função jurisdicional. Para tal, exigia-se que os *dikastai* conhecessem minimamente a lei que teriam de aplicar. E a lei processual previa ainda que estes fossem acompanhados por um *μνάμων* (*mnamon*), funcionários judiciais, que poderiam alertar o juiz para a vigência de uma norma que seria a mais apta para a resolução do caso concreto ou ainda alertar para a existência de algum precedente jurisdicional²⁰⁶. A função do *μνάμων* era a de precisamente auxiliar o juiz e de, muito provavelmente, recordar processos anteriormente julgados e com relevância para a decisão de outros

²⁰⁵ Concluindo o Autor (2011, 6-7) que: «[i]t seems plausible, therefore, that the Code is meant to be a limitation imposed on the power of the judges. [...] The whole Code seems to be aimed at making sure that the position of an aristocratic lord as judge may not give him too much power».

²⁰⁶ GERNET (1982, 154) define o *μνάμων* como «*sorte de cleric apparemment, dépositaire des avertissements divins qu'il devait rappeler au moment voulu*». Porventura essas funções podem ter decaído nas questões de simples resolução (BILE 1985, 350), mas os precedentes jurisdicionais poderiam manter a sua importância na resolução de casos mais obscuros, não tratados directamente pela lei, ou que geravam mais controvérsia (BILE 1985, 351; CALERO SECALL 1997, 124).

casos concretos. O ofício de *μνάμων* vem, por isso, demonstrar não só a oralidade dos processos judiciais, reféns da memória colectiva, mas também da pertinência e influência dos precedentes para o auxílio da resolução de casos pendentes²⁰⁷. E, na verdade, pouco sentido faria se a sua função se esgotasse para efeitos de prova de que tinha existido um determinado processo anterior (IC IV 72, IX, 31 e ss). Daqui também se retira que os precedentes jurisdicionais teriam importância para o desfecho da lide, embora não se registassem por escrito as decisões jurisdicionais.

Finalmente, no que concerne à existência de normas substantivas para responsabilizar o juiz pelo erro judiciário, surgem, como veremos adiante, as inscritas em IC IV 9 e IC IV 42, Coluna B. Destas normas retira-se muito sucintamente que a omissão de decidir ou de jurar do juiz em determinados casos poderia levar à punição dos julgadores, e remetemos para *infra* maiores desenvolvimentos destas regras. Nestes casos, surgiriam os *τίται*, funcionários do Estado que supervisionariam a errada actuação dos juízes.

Por todo o exposto, parece-nos seguro afirmar que no ordenamento jurídico-processual gortínio vigorava o princípio *iura novit curia*, pelas seguintes razões: i) o sistema legal gortínio não parece conviver bem com o princípio *iura non novit curia*, pela forma como as normas legais estão redigidas, incumbindo ao julgador decidir em determinado sentido e vinculando-o a sancionar em determinados moldes; ii) a arbitrariedade e casuismo que resultariam da vigência de um princípio como o do *iura non novit curia* entrariam em choque com a finalidade do legislador de controlar a actuação judicial; iii) a existência de funcionários públicos como o *μνάμων* ou os *τίται* indiciam uma preocupação da *polis* pelo controlo da correcta aplicação da lei.

Ademais, não é pelo simples facto de considerarmos que às partes caberia aportar os factos essenciais e as provas para o processo que significa que o juiz tivesse de ter uma postura expectante também quanto à indagação do direito aplicável. São duas dimensões distintas. Assim, quanto ao material fáctico e probatório, a iniciativa de alegação de factos e de prova caberia exclusivamente às partes, sendo uma dimensão inacessível ao juiz (o *officium iudicis* não contemplaria uma intervenção nesta sede). Contudo, cumpre referir que alguns Autores abrem possibilidades a que o juiz pudesse

²⁰⁷ THOMAS 1995, 67, 69-71. A figura do *μνάμων* indicia um considerável grau de participação e envolvimento directo dos cidadãos nos procedimentos judiciais, isto é, estes ficavam votados à já referida memória colectiva, vd. PPAKONSTANTINO 2002, 142.

investigar e coligir provas por sua iniciativa. Assim, GAGARIN & PERLMAN²⁰⁸ abrem a porta à possibilidade de o juiz adquirir prova para o processo por sua iniciativa, tendo como pano de fundo a norma inscrita em IC IV 42, B, respeitante à demarcação de terrenos e em que a modalidade decisória era a *ὀμνόντα κρίνεν*. Na referida norma é concedido ao juiz um prazo de quinze dias para decidir, o que leva os Autores a pôr a hipótese de o juiz precisar daquele tempo para, eventualmente, fazer inspeção judicial aos terrenos ou inquirir os vizinhos das partes do processo. Em coerência com o que temos vindo a afirmar, pensamos que o juiz somente poderia fazê-lo a requerimento das partes, não beliscando desta forma o *princípio da instrução por iniciativa das partes*, mas a decisão, não havendo que decidir de acordo com prova tarifada, seria sempre *πορτὶ τὰ μῶλιόμενα* (IC IV 72, XI, 30-31).

Quanto à indagação do direito aplicável, este é um momento processual intimamente ligado à emissão de uma decisão conforme à lei. A decisão só poderia ser justa, na mundividência grega, se fosse conforme à lei. O juiz só cumpria inteiramente a sua função se julgasse de acordo com a lei. Não nos parece que fosse uma preocupação primordial que os factos apurados judicialmente fossem aqueles que efectivamente aconteceram. O juiz afirmava-se no momento da escolha da norma aplicável ao caso e não no momento do accertamento dos factos. Daí que, no nosso entender, seja possível fazer conviver a falta de iniciativa quanto aos factos e provas pelo juiz e a indagação do direito *ex officio iudicis*.

Por isso, concluímos também que nada permite inferir que na Gortina do século V a.C. o juiz estivesse limitado pelas partes quanto à indagação do direito e da lei aplicável ao caso concreto. Como anteriormente exposto, uma conclusão contrária parecer-nos-ia contraproducente com a monumentalização das leis de Gortina. Estas foram expostas de forma pública, para que todos dela tivessem conhecimento, dando uma certa igualdade perante a lei, para que todos soubessem que o seu incumprimento poderia acarretar sanções metafísicas (daí muitas estarem inscritas em templos), e, finalmente, para que a administração da justiça fosse mais eficiente. Em suma, que o juiz pudesse aplicar a lei que a comunidade/legislador desejaria que fosse aplicada. Tal desiderato só seria possível com uma facilitada consulta da lei vigente.

5. A atendibilidade de factos no Grande Código gortínio

²⁰⁸ (2016, 307).

Após uma detida reflexão sobre as questões da gestão procedimental, atinente ao *iter* processual, e da gestão material, sobretudo no domínio da prova, que estariam ao dispor do juiz gortínio, interessa-nos centrar no problema de quais factos poderia o juiz gortínio lançar mão, para além daqueles que lhe eram trazidos pelas partes. Esta discussão põe-se num plano muito próximo do aforisma “*quod non est in actis non est in mundo*” e propomo-nos tratar de três categorias de factos que poderiam não ser alegados pelas partes: os factos provenientes do saber privado do juiz, os factos notórios e os factos que o juiz conhece em virtude das suas funções. Interessa-nos também debater até que ponto poderiam aqueles factos ser aproveitados pelo juiz. O Grande Código de Gortina muitas vezes não ajuda, deixando-nos numa dimensão discursiva especulativa.

5.1. Os factos provenientes da ciência privada do juiz

Uma questão muito pertinente para o estudo que nos propusemos empreender é a de saber se os *dikastai* poderiam aproveitar factos não alegados pelas partes e de que tivessem conhecimento antes do início do processo, por terem presenciado ou por terem tido um contacto privilegiado. Estes conhecimentos farão parte da ciência privada do juiz, pois este colheu-os não na qualidade de magistrado, num processo já iniciado, mas na qualidade de um particular desinvestido dessa configuração de autoridade. Para CALAMANDREI, a ciência privada do juiz consistirá, assim, no conjunto de «*informazioni stragiudiziali che egli eventualmente abbia acquisito fuori del processo, come privato cittadino, sulla esistenza e sul modo di essere dei fatti stessi*»²⁰⁹. Na realidade gortínia, tal hipótese poderia dar-se se um magistrado tivesse presenciado a celebração de um contrato, e posteriormente fosse submetida à sua apreciação uma acção de condenação de um dos contraentes à realização da prestação contratada. Poderiam estes conhecimentos privados ser aproveitados pelos *dikastai*? Da legislação gortínia não retiramos resposta directa. Na experiência judiciária ática, HARRIS não se pronuncia sobre o aproveitamento de factos da ciência privada pelos juízes atenienses. Contudo, deixa latente que, na arbitragem privada, os juízes árbitros teriam muito mais receio em decidir contra litigantes que fossem seus familiares ou amigos, porque a votação era pública, ao contrário da votação secreta nos tribunais estaduais²¹⁰.

²⁰⁹ 1925, 281.

²¹⁰ 2018, 222.

BONNER afirma que essa atendibilidade seria possível nos tribunais atenienses, podendo o juiz aproveitar-se de factos controvertidos conhecidos de antemão²¹¹. PALAO HERRERO convoca este mesmo problema, admitindo que o conhecimento extra-processual dos juízes em relação aos factos litigiosos era um meio de prova directo ao dispor do julgador ático²¹². Este último Autor alerta para os perigos inerentes à aquisição de prova, sem que esta seja submetida ao contraditório das partes ou produzida num contexto processual, entrevendo assim a perversidade de um sistema que convive bem com o recurso à ciência privada²¹³. Os juízes podiam, desta feita, utilizar conhecimentos sobre a conduta social dos pleiteantes, as suas actuações anteriores, os rumores, para dar como provados certos factos²¹⁴. Tal nem seria sentido pelos litigantes como desvantajoso, como avança Demóstenes, que chega mesmo a afirmar que preferiria que uma pessoa familiarizada com os factos litigiosos julgasse um dos seus conflitos²¹⁵. O reputado orador afasta, desta forma, a ideia de

²¹¹ 1905, 84, afirmando «[i]t might even happen that a man went into the jury with his mind fully made up before he heard any of the evidence», vd. Lys. 6.54, Dem. 27.1. E continua «[a] client of Lysias relied entirely on the jury for confirmation of what he said, and produced no witnesses», vd. Lys. 24.5. Por outro lado, SIRON (2017, 93-94) afasta a probabilidade de o juiz ático conhecer os factos alegados, por se querer distanciar da tese de que Atenas seria uma «*société de face à face*». Mas em nada esta circunstância perturba o que pretendemos afirmar. Hoje, nas sociedades complexas plurifacetadas, também em casos marginais o juiz pode ter conhecimentos privados de um litígio que lhe é apresentado. A questão que permanece é se o juiz ático poderia aproveitar aqueles factos.

²¹² 2007, 368-370.

²¹³ 2007, 369.

²¹⁴ «*Inferencias prejuiciosas*», PALAO HERRERO 2007, 369.

²¹⁵ Dem. 27.1; Vd. BONNER 1905, 84. «*There are in the Orators numerous appeals to the knowledge of the jurors on various matters*», como se pode ver em Dem. 34.50; 44.66. Continua BONNER: «*They are virtually witnesses, and are often spoken of as such*», vd. Dem. 21.80, neste último faz-se referência a um facto notório; Lys. 10.1. «*A speaker could have no better corroborative witness than the men who sat on the jury*», BONNER 1905, 84-85, vd. Dem. 21.18. É certo que esta familiarização do juiz com elementos do processo pode ser conveniente em determinadas circunstâncias, como comprova HARRIS (2018, 221), naqueles casos em que os juízes, por saberem de antemão factos relevantes carreados para o processo pelas partes, decidirão melhor do que se cingirem às alegações das partes. Assim, em acções de demarcação de terrenos ou numa acção de responsabilidade por danos provocados por um curso de água pertencente a um vizinho (exemplo de HARRIS), se os juízes conhecessem bem o local, seria

incompatibilidade psicológica nestas circunstâncias. Ésquines também traça rasgados elogios à possibilidade de o juiz socorrer-se da ciência privada para alcançar a decisão²¹⁶. É que, como é hoje consabidamente repetido, o juiz que assistiu aos factos controvertidos não pode julgá-los, pois reúne qualidades de julgador e de testemunha, configurando uma manifestação do *princípio da proibição do recurso à ciência privada*. A possibilidade de aproveitamento dos conhecimentos privados mais não significaria do que permitir ao juiz utilizar cegamente as suas próprias convicções apaixonadas. Outras exigências estão implícitas nesta proibição da utilização da ciência privada: o juiz só tratará as partes de forma igual, se for imparcial. E só será imparcial se não tiver conhecimentos do seu foro privado, que possa embutir deliberada ou inconscientemente nas decisões que profere²¹⁷. PLATÃO reconhece esta mesma realidade²¹⁸. Distintamente, mas ainda assim densamente conexo com esta última parte da discussão, é a dúvida de saber se um dos membros do júri (*dikastas*) poderia depor como testemunha, violando a regra *nec enim et testis et iudicis partibus fungi potest*, que postula a impossibilidade de alguém ser juiz e testemunha de uma das partes (distinto, em parte, da possibilidade de aproveitar os factos privados)²¹⁹. Muito impressivamente, «à testemunha não compete julgar e ao julgador não compete testemunhar»²²⁰. A resposta parece-nos, assim, claramente negativa.

Como não existe um catálogo de causas impeditivas do exercício jurisdicional nas Leis de Gortina, não temos como concluir pela inexistência clara do princípio da proibição ao recurso de conhecimentos privados. A precaução analógica²²¹ pela qual nos temos tentado pautar impede-nos uma transposição do pensamento de BONNER em relação ao direito ateniense para Gortina, pois parece-nos que, embora a prática

muito mais fácil a comprovação da tese de uma das partes. Mas aqui não estaremos perante um facto da ciência privada do juiz, mas sim facto notório, porventura circunscrito a uma localidade.

²¹⁶ Em relação ao Aréopago, em *Contra Timarco* (1: 92).

²¹⁷ CALAMANDREI (1925, 283) refere-se à incompatibilidade psicológica das duas funções.

²¹⁸ Platão, *Leis*, 937a. «*And if one of the judges be summoned as a witness, he shall not vote at the trial after giving evidence*».

²¹⁹ ANDRÉ 1910, 14.

²²⁰ MESQUITA 2017, 87.

²²¹ Precaução assinalada em CANTARELLA 2015, 14. Embora o *clima jurídico* em Gortina seja distinto, encontram-se princípios jurídicos comuns a todos os ordenamentos jurídicos gregos, BISCARDI 1982, 23.

possa ter efectivamente existido, seria generalizadamente censurada eticamente. Ao invés, parece-nos possível afirmar que não havia a violação da regra processual ínsita que proíbe o juiz de ser simultaneamente testemunha no mesmo processo, pela configuração normativa das Leis de Gortina: a lei assumia sempre a separação funcional entre «juiz» e «testemunha», e não faria sentido o instituto do *δικάδδεν* nesses casos de coincidência na mesma pessoa daquelas duas qualidades, pois tornar-se-ia numa auto-vinculação, o que na prática consistiria num *entscheiden* ou *ὀμνύντα κρίνεν*, e o juiz decidiria de acordo com a sua própria consciência. Resumindo, o juiz vincular-se-ia a si mesmo, não sendo possível distinguir o plano vinculante e a dimensão vinculada, não cumprindo a teleologia das normas contidas na Coluna XI, 26-31, que postula uma separação estanque de esferas jurídico-processuais: as testemunhas que vinculam o juiz num certo sentido e o julgador vinculado por aqueles depoimentos.

Ainda uma última nota, que seguramente estará subentendida naquilo que acabámos de construir. Não tendo possibilidade de afastar em definitivo a questão de se saber se no direito gortínio se respeitava o princípio da proibição do recurso à ciência privada, importa estabelecer as consequências de se afirmar a vigência ou, por outro lado, a insubsistência daquele princípio. Se os *dikastai* pudessem recorrer aos seus conhecimentos privados, poder-se-á qualificar o processo gortínio como inquisitorial, pois o juiz poderia integrar factos que se subtraíam à introdução legítima no processo, em relação aos quais o juiz teria convicções pré-formadas.

5.2. Os factos notórios

Fora do conhecimento privado estão os factos notórios, como deixámos latente. Os factos notórios são aqueles que, dotados de uma indesmentível evidência, são conhecidos ou facilmente conhecidos por um homem médio num determinado lugar e num dado tempo²²². Não se pode considerar que factos comunitariamente conhecidos

²²² A notoriedade fáctica existe quando os «*factos são comumente apreendidos ou difundidos de forma geral sem contradição séria, de modo que um homem sensato e experiente poderá ser convencido disso tanto quanto o juiz do julgamento com base na obtenção das provas*», STEIN 1893, 147. Vd. também CALAMANDREI 1925, 298; LEBRE DE FREITAS 2013, 169; e GIORDANO 2013, 22. O facto notório é um juízo sobre um evento passado (STEIN 1893, 139 ss), distinguindo-se das máximas de experiência (*Erfahrungssätze*), que são *proposições de conteúdo genérico e aplicáveis também ao futuro a todo um conjunto de casos análogos* (STEIN 1893, 21 ss. e CAPELO 2014, 302 ss).

numa dada colectividade, onde estão inseridos os litigantes e o juiz, sejam conhecimentos da ciência privada deste último²²³. É certo que colheu os factos notórios despido das suas vestes de magistrado. Nestas circunstâncias, não se vislumbram razões para impedir a atendibilidade de factos não alegados, mas conhecidos num determinado círculo social, porque em nada ofende a imparcialidade do juiz²²⁴. Ainda assim, pensamos que, no antigo direito grego, os factos notórios teriam de ser alegados pelas partes²²⁵. A questão da comprovação dos factos notórios, por outro lado, é que estaria por demais facilitada, porque os *dikastai* já os conheceriam de antemão e dificilmente negariam a existência daquilo que é notório e incontestável. Em Gortina, parece-nos que nos casos previstos em IC IV 72, I, 51-56, dificilmente o juiz poderia ignorar que o *ex-kosmos*, que apreendesse ou visse um seu escravo ser “apreendido” por outrem, tivesse ocupado aquele cargo outrora, por ser um facto conhecido na generalidade da comunidade gortínia e indesmentível para o homem medianamente razoável. Pelo que, o *ex-kosmos*, no caso de ver um escravo seu “capturado” por outrem na altura em que ocupava aquele cargo, ou qualquer cidadão, cujo escravo fosse subtraído por um *kosmos*, teriam de alegar os factos que fizessem subsumir a hipótese *sub iudice à fattispecie* normativa de IC IV 72, I, 51-56. No entanto, o facto de o *ex-kosmos* ter tido aquele cargo ao tempo da subtracção do escravo não careceria de prova, por ser objectivamente notório. Também quanto à questão de o *kosmos*, citado para um procedimento judicial, querer usufruir da sua imunidade judiciária, o próprio facto de se ser *kosmos* era notoriamente evidenciável. Apenas teria de referir, *ope exceptionis*, ao *dikastas* que não queria ou não aceitava o estatuto de réu²²⁶.

²²³ São factos que o juiz encontra já sedimentados no «património cultural de um determinado círculo social» CALAMANDREI 1925, 295 e SATTA 1981, 188 e 193).

²²⁴ Aliás, CALAMANDREI (1925, 295) refere-se mesmo à serenidade do juiz no aproveitamento desses factos conhecidos pela comunidade.

²²⁵ No entanto, certa doutrina entende que a notoriedade de um facto não dispensa a sua alegação em juízo pelas partes (sem que isso contenda com a insusceptibilidade de controvérsia do facto), pois estas é que sabem a relevância de ordem substancial e processual que pode ser atribuída àquele facto, FABIANI 2008, 555, n. 34.

²²⁶ Acentuando esta circunstância e a insusceptibilidade de ser relevável *ex officio*, MAFFI (2003b, 39), configurando, desta forma, uma excepção dilatória, devendo o juiz absolver o *kosmos* da instância e abster-se de conhecer o fundo da causa (não obstante à propositura de uma nova acção com o mesmo objecto). Tal excepção dilatória, que não era de conhecimento officioso, radicava na intenção de o legislador querer assegurar que o *kosmos* se dedicasse totalmente à

Também na previsão legal contida em IC IV 41, IV, 6-16 se pode entrever a possibilidade de o juiz estar perante factos notórios. Um escravo que tivesse sofrido lesões corporais graves por parte do seu proprietário poderia pedir asilo no templo, a fim de ser vendido a um outro cidadão. Esta seria uma prática consuetudinária que foi regulada especificamente por aquela norma.

Dispõe, então, o seguinte:

«6 τὸν δὲ φοικέα τὸν ἐπι-
ιδιόμενον μὴ ἀποδό-
θαι μήτε ναεύοντα
μήτ' ἢ κ' ἀπέλθῃ τὸ ἐν-
10 ιαυτοῦ· αἱ δὲ κα κοσμί-
οντος ἢ ὁ ἐπιδιόμε-
νος, μὴ ἀποδοῦθαι ἄς κ-
α κοσμηῇ μηδ' ἢ κ' ἀπέ-
λθῃ τὸ ἐνιαυτοῦ· αἱ δ-
15 ἐ κα πρὸ τὸ κρόνο ἀπο-
δοῦται, νικήθῃο·...»²²⁷.

Mediante esta norma, como assinala MAFFI, o legislador pretendeu obstar à possibilidade de conluio entre escravo, o sacerdote do templo que o abrigue, e eventualmente outro cidadão, de forma a que o direito de propriedade sobre o escravo pudesse ser transferido para outrem de forma imediata, bastando para tal a procura pelo escravo de asilo num templo e a ficção entre todos os intervenientes de que o anterior proprietário teria infligido maus-tratos físicos graves ao escravo²²⁸. Desta forma, o

sua função, evitando que qualquer conflito privado pudesse pôr em causa o seu exercício consciencioso e devoto (MAFFI 2003b, 39 e 55). Também nos parece que esta excepção dilatória não podia ser invocável pelo *kosmos* quando este exercia o direito de acção (uma vez que configuraria um contra-senso, excepto se o *kosmos* já tivesse intentado a acção antes de iniciar o seu mandato e quisesse, no decurso da acção, usufruir dessa imunidade, o que parece ser uma hipótese pouco plausível). Concluindo, parece-nos que se trata de uma excepção dilatória que apenas poderia ser invocada pelo *kosmos* e quando este era réu numa acção.

²²⁷ Com a seguinte tradução «[I]o *shiamo curato non sai venduto né se si rifugia in un tempio né prima che sai trascorso l'anno; se lo schiavo curato è di un kosmos in carica, non sai venduto fino a che è kosmos né prima che sai trascorso l'anno. Se lo vende prima del tempo soccomba in giudizio. Quanto al tempo, (il giudice decida) giurando...», MAFFI 2003b, 43.*

²²⁸ MAFFI 2003b, 51.

legislador impôs um prazo mínimo de um ano, contado a partir do momento em que o escravo logrou asilar-se no templo, findo o qual o proprietário originário não poderia mais reagir contra a transferência do escravo, configurando-se como um autêntico prazo de caducidade. No entanto, também pretendeu o legislador impedir que um qualquer cidadão se pudesse apoderar de um escravo fugitivo e o pudesse vender antes de decorrido aquele prazo²²⁹. Durante este tempo, o proprietário primitivo poderia reivindicar o escravo, alegando e demonstrando que os maus-tratos eram inexistentes ou, mais latamente, que não se reuniam as condições justificativas para conceder asilo ao escravo. Ao fazer esta prova, a acção procedia e tudo parece indicar que o autor (proprietário primevo) poderia obter alternativamente a condenação do réu no pagamento de um montante equivalente ao valor do escravo ou a restituição do escravo que injustificadamente se tinha subtraído ao poder do seu proprietário, havendo um autêntico regresso ao *status quo ante*.

Se o proprietário do escravo que se asilasse num templo exercesse funções de *kosmos*, o prazo de um ano apenas começaria a ser contado após o término do exercício daquelas funções ou, caso se se tivesse iniciado antes do início do exercício das funções do cargo, o prazo suspender-se-ia e continuaria a ser contado após o fim do mandato²³⁰.

Neste último caso, o *kosmos* ou *ex-kosmos* (consoante intentasse ou não a acção durante o seu mandato²³¹) que quisesse reivindicar um escravo que injustificadamente se tivesse subtraído ao seu domínio, abrigoando-se num templo por ter invocado

²²⁹ CALERO SECALL 2017, 25.

²³⁰ É esta a leitura de MAFFI 2003b, 55, e que merece a nossa total concordância, porque é a solução que é mais conforme o princípio de que o exercício de uma função pública não deve ser agravado em virtude da existência de conflitos privados do titular do cargo. Tal princípio não se coadunaria com a solução de o prazo de caducidade de um ano continuar a correr mesmo durante o mandato de *kosmos*. Também, como refere WILLETTS (1955, 109), pode estar subjacente a esta disposição legal o desejo de evitar que o *kosmos* proprietário do escravo colha demasiadas vantagens em virtude da sua autoridade, tanto na venda como em qualquer procedimento legal que surja em consequência da transacção. Assim, a venda feita em violação daquela disposição seria nula e sem qualquer efeito.

²³¹ A possibilidade de reivindicar o escravo durante o período do mandato não estava vedada ao *kosmos* (MAFFI 2003b, 55), sendo uma faculdade que lhe era reconhecida, uma vez que este é que fazia a gestão do seu tempo e melhor compreendia se as matérias privadas e particulares da sua vida interferiam com o exercício da função pública. Mas não seria essa a vontade legislativa, como conclui CALERO SECALL (2017, 25).

(falsamente) lesões corporais graves sofridas à mão daquele, teria por demais facilitada a prova de que tinha começado e terminado o seu mandato (de *kosmos*) em determinadas datas, por serem precisamente factos notórios, da generalidade do conhecimento dos cidadãos gortínios médios. Tais factos eram seguramente determinantes para precisar, ao abrigo do prescrito em IC IV 41, IV, 6-16, se já se tinha ultrapassado o prazo de caducidade de um ano e/ou quando este prazo esteve suspenso.

5.3. Os factos conhecidos em virtude do exercício da função judicial

Também fora do conhecimento privado dos juízes estão os conhecimentos que o juiz adquire por via da sua função, através do exercício da função jurisdicional. Assim, se no mesmo tribunal decorrer um processo que seja repetição de um outro anteriormente ocorrido, entre as mesmas partes, com o mesmo pedido e causa de pedir, o juiz tem disso conhecimento em virtude da sua função. Se durante a inquirição de uma testemunha, em sede de audiência de julgamento, esta refere factos que não foram articulados pelas partes, mas que interessam à composição do litígio, o *princípio da proibição do recurso à ciência privada* não impede que o juiz possa atender àqueles, visto que estava nas suas vestes funcionais. Os factos discutidos e provados em processos anteriores constituem também factos que o tribunal conhece em virtude do exercício das suas funções.

Em IC IV 72, IX, 31 e ss²³², em estreita ligação com os parágrafos anteriores, alude-se à circunstância de um cidadão, condenado por sentença judicial ao pagamento ou restituição de um montante, falecer antes de os credores conseguirem executar a sentença. O direito gortínio previa a possibilidade de os credores oporem aquela sentença condenatória aos herdeiros do devedor, mas não sem antes intentarem uma acção de reconhecimento da existência da sentença anterior²³³. Nesta nova acção, a lei

²³² Tradução de MAFFI (1983, 122): «*Se uno riprende il processo in relazione alla sentenza di condanna, il giudice e il cancelliere, se è vivo e gode dei diritti di cittadino, siano testimoni competenti (...). Se questi vengono meno, il giudice decida che l'attore che giura insieme ai testimoni vinca il semplice ammontare (della pretesa originaria)*».

²³³ Sobre a passagem IC IV 72, IX, 31-32, «*αἰ μὲν κα νίκας ἐπιμολῆν*», as considerações de CALERO SECALL (2010, 53) podem ser compatíveis com a afirmação supra-exposta: «*ἐπιμολέω continúa con el mismo sentido de 'litigar después', pero al ir precisado por νίκας, 'causa ganada', causa en la que ya se ha dictado sentencia, el compuesto puede equivaler a 'recurrir', interponer un recurso contra ella. En este caso la interpretación de 'reabrir un*

exigia duas testemunhas qualificadas: o juiz que condenou na primeira acção e o seu respectivo *μνάμων*, desde que vivo e cidadão²³⁴. Se estes depusessem no sentido de que aquela primeira sentença fora realmente proferida, seria reconhecida a existência da mesma, e os herdeiros do devedor não poderiam opor-se à execução, com fundamento na inexistência de título executivo²³⁵. Repare-se que o juiz e o *μνάμων* do primeiro processo não eram inteiramente testemunhas de nenhuma das partes²³⁶, configurando-se mais como *amici curiae*, colaboradores do tribunal na fixação da verdade e na composição do litígio.

Chegados aqui, três hipóteses podem colocar-se no horizonte. A primeira é a mais simples. O juiz do processo que culminou com sentença condenatória contra o devedor defunto também tinha falecido. A nosso ver, atenta a *fattispecie* em análise, ficava impossibilitada ao credor a prova da existência de uma sentença prévia contra o devedor falecido.

A segunda hipótese é a de que juiz que conduziu o primeiro processo, e que

proceso 'puede ser correcta», na esteira também de BILE (1988: 276, 279 e 353), que traduz «si on intente un procès concernant une cause gagnée».

²³⁴ Com argumentário muito convincente, MAFFI (1983, 148) indica que a exigência de o juiz ser cidadão seria supérflua, uma vez que não há referências no Grande Código a juízes estrangeiros. Aqueles requisitos, de se ser vivo e de se ser cidadão, farão mais sentido se se aplicarem somente ao *μνάμων*, que poderia ser estrangeiro, afastando assim a tese de WILLETTS (1967, 74) de que seriam aplicáveis tanto ao juiz como ao *μνάμων*: «[p]otrebbe sembrare invece del tutto ovvio che la legge richieda che il *μνάμων* sia vivo; ma questa precisazione acquista forse un senso se si tiene conto che il *μνάμων* potrebbe non collaborare più con il giudice che ha pronunciato la sentenza di condanna. In questo caso l'attore potrà comunque chiamare l'ex *μνάμων* a testimoniare insieme al giudice (che può essere diventato anche lui nel frattempo un ex-giudice). La conclusione è che il giudice può testimoniare senza *μνάμων*, non il *μνάμων* senza giudice».

²³⁵ «In caso di *vika* si presume che né il defunto né gli eredi abbiano eseguito la condanna. L'attore, vittorioso nella fase del processo chiusasi con la condanna del convenuto poi defunto, tenderà di eseguire la sentenza nei confronti degli eredi. Se questi disconoscono l'esistenza della condanna a carico del loro dante case, la controparte intenderà un'azione per ottenere una sentenza di accertamento della condanna intervenuta nei confronti del defunto. Il giudice investito della questione accoglierà la domanda dell'attore soltanto se il giudice che ha pronunciato a suo tempo la condanna e il suo *μνάμων* testimoniano che tale sentenza è stata effettivamente resa. Accolta la domanda dell'attore, gli eredi del convenuto non potranno più opporsi all'esecuzione adducendo l'inesistenza della condanna», MAFFI 1983, 147.

²³⁶ MAFFI 1983, 145.

culminou com uma sentença condenatória contra o devedor defunto, ainda ser vivo, mas tivesse deixado, entretanto, de ser juiz. O juiz que apreciava a segunda acção intentada pelo credor era necessariamente distinto do primeiro. E poderia ter tido ou não contacto com o que se passou no primeiro processo, mas a lei gortínia impunha a vinda ao processo do juiz do primeiro caso.

A terceira hipótese é a de que o juiz do primeiro caso não tivesse deixado de ser juiz. Em abstracto, duas situações poderiam ocorrer: ou o novo processo era apreciado pelo mesmo juiz ou por um outro. MAFFI, se bem entendemos, afasta a possibilidade de o juiz competente para apreciar a segunda acção ser o mesmo da primeira²³⁷. Tal poderá ter maior correspondência com o espírito da lei, uma vez que ao exigir que o *μνάμων* fosse vivo e cidadão para poder testemunhar, parece que o legislador estaria a assumir que algum tempo mediou desde que se reconheceu a dívida do defunto no primeiro processo e o segundo processo em que se pretendia reconhecer a existência de uma sentença anterior para poder executá-la contra os herdeiros do devedor defunto. Mas, por outro lado, o tempo que distou entre o primeiro processo e o segundo poderia não ter sido muito, mantendo-se o juiz no activo. Teria aquele processo de ser entregue a outro juiz? Pensamos que não. E para que não se violasse a regra *nec enim et testis et iudicis partibus fungi potest*, o juiz, tendo o conhecimento funcional da existência daquele primeiro processo e do seu desfecho, poderia utilizá-lo, em virtude de ser um facto conhecido em virtude das suas funções, podendo respeitar a restante exigência legal e convocar o *μνάμων* que assistiu ao primeiro processo. Não vemos razões, em abstracto, para afastar esta hipótese, a não ser que se veja na seguinte passagem «*αἰ μὲν κα νίκας ἐπιμολεῖ, ὁ δικαστὰς κὸ μνάμων, αἶ κα δόει καὶ πολιατεύει, οἱ δὲ μαίτυρες οἱ ἐπιβάλλοντες*» (IC IV 72, IX, 31-34) um obstáculo intransponível a este pensamento, exigindo-se em toda e qualquer circunstância que o juiz do primeiro processo seja testemunha, vedando-lhe a posição de julgador, o que nos parece ser uma interpretação muito rígida do princípio da terciaridade do tribunal²³⁸.

²³⁷ «*Soltanto in casi di víka il nuovo giudice sarà sicuramente diverso dal precedente*» (1983, 156), sendo *víka* relativo ao processo em que se reconheceu a dívida do devedor defunto. E, porventura, por entender que, em regra, o testemunho de actos processuais cabe a alguém distinto do juiz, MAFFI 2007, 238. Para o Autor parece afastar-se, assim, a possibilidade de aproveitamento pelo juiz de factos conhecidos em virtude do exercício de funções jurisdicionais.

²³⁸ «*If the suit be with reference to a judgment won, the judge and the recorder, if alive and a citizen, and the heirs as witnesses (shall testify) ...*» (WILLETTS 1967, 47), parecendo-nos que MAFFI

Este seria, quanto a nós, o exemplo flagrante da possibilidade de o juiz poder usar conhecimentos que adquiriu em virtude do exercício das suas funções.

6. Responsabilidade do juiz gortínio

Percorrido o tema da atendibilidade de factos na decisão judicial, pretendemos de seguida tecer algumas considerações sobre a responsabilidade do juiz gortínio no âmbito do exercício da sua função. E se o juiz errasse a aplicação do direito ao caso ou desconsiderasse alguma prova essencial que levasse ao vencimento da causa? Qual seria a consequência jurídica do erro judiciário que fosse imputável ao juiz na Gortina do século V a.C.? Por outro lado, se o juiz não emitisse sentença ou proferisse decisão com considerável atraso, haveria responsabilização daquele?

As respostas não se nos afiguram cristalinas nem de fácil tratamento. O Grande Código de Gortina (IC IV 72) não nos oferece uma solução. Tal não implica necessariamente que o problema não tivesse relevância ou não tivesse merecido tratamento por parte do legislador, uma vez que poderia preexistir alguma lei que, de certa forma, regulasse aqueles problemas enunciados. Em suma, propomo-nos indagar a existência de uma regra análoga à quinta lei do Código de Hamurabi, que castigaria e exoneraria o juiz que tivesse emitido uma decisão judicial comprovadamente errada²³⁹ ou, noutra interpretação, que tivesse alterado a decisão após a sua prolação²⁴⁰. Ou, ainda,

(1983, 147) entende que o juiz do primeiro processo teria de ser diferente do juiz do segundo processo. De facto, o insigne Autor expressa «[i]l giudice investito della questione accoglierà la domanda dell'attore soltanto se il giudice che ha pronunciato a suo tempo la condanna e il suo μνάμων testimoniano che tale sentenza è stata effettivamente resa. Accolta la domanda dell'attore, gli eredi del convenuto potranno più opporsi all'esecuzione adducendo l'inesistenza della condanna», o que parece indiciar que entende que o elemento literal do texto (IC IV 72, 31-34) não possibilita a ilação de que os juizes do primeiro processo (onde se obteve uma sentença condenatória de um réu que posteriormente faleceu) e do segundo processo (onde se pretendia o reconhecimento da existência daquela sentença perante os herdeiros do réu condenado) poderiam ser a mesma e única pessoa.

²³⁹ BONFANTE 1903, 2, ou seja, uma sanção para o juiz que decidisse erroneamente em termos jurídicos ou fácticos, desde que tal viesse a ser demonstrado posteriormente.

²⁴⁰ HARPER (1904, 11-13) e também LAUTNER 1922, 45-47, PIMENTEL 2008, 61 e SLANSKI

o*.1 [— —]ν μο̅λο̅ι̅ | ἡ̅ προπολ[— —]»²⁴².

Esta norma, inscrita em treze blocos de pedra no templo de Apolo Pítio, apresenta apenas algumas partes legíveis, das quais é possível apreender o seguinte:

«a-m – of the gathering place – is to lead – he should kill, either to judge the case or he himself (is to pay?) – seizing is not to – of the gathering place – says, not these their own (?) –

m*-o* - oath or – should plead or declare beforehand (?)»²⁴³.

Na esteira de GAGARIN & PERLMAN²⁴⁴, a lei em apreço pretende regular um determinado procedimento para os casos de homicídio, estatuindo muito possivelmente que o juiz ou julgava o caso²⁴⁵ ou teria ele mesmo de pagar uma multa. Parece, assim, surgir uma forma de responsabilização do juiz por omissão de pronúncia, ou, mais concretamente, por não prolação da decisão devida. Ao não decidir, o juiz estaria a frustrar um litígio que não era seu e, conseqüentemente, a *fazer sua a lide*.

Desta forma, a ausência de prolação de sentença pelo juiz fá-lo-ia incorrer em responsabilidade, provavelmente a ser discutida numa acção própria após aquele deixar de exercer o respectivo cargo²⁴⁶. Este remédio contra a violação do dever principal do juiz, que era decidir o conflito que surgia diante dele, em processos atinentes a homicídios, poderá permitir-nos tirar algumas ilacções. Antes da publicação da lei em apreço, os juízes gortínios eximir-se-iam de cumprir o dever de julgar casos, tanto de índole cível como criminal (nas modernas acepções). Uma segunda ilacção possível que se pode retirar é que a comunidade, perante esta realidade, sentiu necessidade de evitar a omissão de julgamento devido em situações dotadas de maior sensibilidade,

²⁴² Disponível em <https://inscriptions.packhum.org/> (consultado em 07-10-2019) e reproduzida em GAGARIN & PERLMAN 2016, 273.

²⁴³ GAGARIN & PERLMAN 2016, 273.

²⁴⁴ 2016, 274.

²⁴⁵ Este será um dos casos em que *δικάζειν* assume o sentido genérico de decidir, sem que o conteúdo decisório esteja pré-definido na lei, como no Grande Código de Gortina, ver *supra* nota 79.

²⁴⁶ Porventura, em caso de procedência, dando lugar à intervenção do *τίταν*, referido em IC IV 14 (g-p ← 1), que, de acordo com VAN EFFENTERRE & RUZÉ (1994, 310), era um financiador na eventualidade de existir uma falha dos magistrados. Em IC IV 78, os mesmos Autores (1994, 74-75) traduzem *τίται* por *vérificateurs*, vislumbrando-se estes como zeladores do bom cumprimento das funções públicas. WILLETTS (1982, 241) refere-se a um *public indemnifier*, acentuando que controlavam o *officium iudicis* dos *dikastai*.

como é o caso do homicídio. No caso de não se obter a reposição do mínimo de justiça, *rectius* a sentença condenatória do infractor, tal eventualidade poderia lançar a comunidade no anátema da espiral perpétua da *vindicta privata*. Poderia surgir o risco de que os familiares da vítima do homicídio procurassem, por sua própria iniciativa, alcançar aquilo que o sistema judicial não lhes tinha concedido. Daí que o legislador tenha sentido a pressão e a necessidade de evitar que o juiz se desobrigasse de emitir decisão em casos que pudessem pulverizar a sociedade e perturbá-la ao ponto de todo e qualquer cidadão, perante o infortúnio de um familiar seu ser vítima de homicídio, e sem reposição do equilíbrio devido, procurar a justiça por suas próprias mãos, sem prévia interposição dos tribunais.

Desta forma, o juiz gortínio estaria pressionado para decidir um caso de homicídio que se lhe apresentasse, sob pena de incorrer na prática de um ilícito que acarretava uma sanção, provavelmente monetária²⁴⁷. Parece-nos que esta norma muito provavelmente terá sobrevivido ao ponto de ter aplicação no século V a.C. em Gortina, e, também entendemos, que poderá ter sido aplicada analogicamente a outro tipo de casos (embora possa ter existido alguma outra regulação mais genérica quanto à consequência de omissão de decisão pelo juiz, o que desconhecemos).

Assim, conclui-se que a norma IC IV 9 poderá ter representado uma regra semelhante à responsabilização do direito romano em caso de *iudex litem suam fecit*, obrigando o juiz a desembolsar o valor da multa correspondente ao ilícito em apreço, através da intervenção de um *τίταν*.

No segundo plano, com pertinência também para indagar os expedientes de responsabilização do juiz gortínio, surge-nos a norma IC IV 14, que reproduzimos de seguida:

“a.1 [— —]η πεδαθ[— —]

b.1 [— —]η άμύοτον π[— —]

c.1 [— —]α | ταν πσ[— —]

d.1 [— —]ι λαγάσαι ό ά[— —]

e.1 [— —]ς ταν πσαμα[— —]

f.1 [— —]ονοαροσ[— —]

g-p.1 [— —] πεντήκοντα λέβη[τας F]εκάστο̄ καταστᾶσαι. ρόσμος {²⁶κόσμος}²⁶
 ό έπιστάς | αἱ μῆ έστείσαιτο, άφτ[όν ό]πήλε̄ν | και τόν τίταν | αἱ

²⁴⁷

Partindo da perspectiva que nos é dada em GAGARIN & PERLMAN 2016, 273-4.

μη ἴσταιται τ[— —]

[2] [— —] λέβητας κα[τ]αστᾶσαι φέκαστον. | τρι[ο]ν φετίον τὸν ἀφτὸν μη
ροομεῖν {²⁶κοομεῖν}²⁶, | δέκα μὲν γνόμονας, | πέντε [δὲ κσ]ενίος | vac.

q.1 [— —]σει[— —]

[2] [— —] καὶ πσ[— —]

r.1 [— —]μον | τος[— —]

[2] [— —]τας δο[— —]

s.1 [— —]εν ἄπερ τὸ ἀνδ[ρὸς — —]

[2] [— —] τὸν ἀνηβον το[— —]”²⁴⁸.

Os Autores VAN EFFENTERRE & RUZÉ²⁴⁹ oferecem a seguinte tradução:

“1 --- acquitter chaque fois cinquante chaudrons. Le cosme en charge, s'il ne fait pas payer, il les devra lui-même, et le titas (ou contrôleur), s'il ne le fait pas payer, --- (devra au double ?) ---

2 --- acquitter chacun --- chaudrons.

De trois ans, le même personnage ne sera pas cosme; de dix ans, pour les gnômones (enquêteurs ? ou juges ?) ; de cinq ans, pour le (cosme) des étrangers, vacat.”

Esta norma proibia a renovação ou a repetição de mais de um determinado número de mandatos por parte de algumas magistraturas (não iteração de *kosmos*, *gnômones* e *ksenios kosmos*), sendo uma garantia de carácter constitucional contra a eventual instituição de uma tirania²⁵⁰.

Anteriormente deixámos latente que o *dikastas*, pelo menos na Gortina do século V a.C., não corresponderia ao *kosmos*. Perguntamo-nos, por isso, como é que a

²⁴⁸ Disponível em <https://inscriptions.packhum.org/> (consultado em 07-10-2019), e objecto de tratamento pormenorizado em VAN EFFENTERRE & RUZÉ 1994, 309-311.

²⁴⁹ 1994, 308-310.

²⁵⁰ E como bem lembram VAN EFFENTERRE & DEMARGNE (1937, 342-343), embora em relação à lei constitucional de Dreros e aos *kosmoi*, esta rotatividade acaba por ser o reverso lógico da imunidade concedida às magistraturas em relação às acções cíveis: «[l]a nécessité d'un délai s'explique aisément, puisque les actions) civiles contre les cosmes paraissent avoir été suspendues pendant la durée de leurs fonctions: cette immunité ne pouvait se prolonger indéfiniment». Isto é, esta imunidade não podia durar eternamente, sob pena de pôr em causa de forma definitiva direitos de outros cidadãos. Também assim WILLETTS (1955, 106), para além de reforçar que só desta forma poderia haver uma genuína prestação de contas (*accountability*) do exercício do cargo de *kosmos*.

norma anteriormente referida pode permitir-nos indagar e adentrar o sistema de responsabilização judiciária gortínio, uma vez que a mesma não contempla no seu elemento literal os *dikastai*? Os *kosmoi* teriam tido algumas prerrogativas materialmente jurisdicionais antes do Grande Código de Gortina, aproximadamente nos séculos VII e VI a.C.²⁵¹, o que deixou de se verificar no Grande Código de Gortina (IC IV 72, Coluna VIII, 55)²⁵². Desconhece-se se a lei gortínia (IC IV 14), perante a eventualidade de os *kosmos*, *ksenios kosmos* ou *gnômones* terminarem os respectivos mandatos e continuarem a exercer funções como se não tivessem findado, comportava sanções para os mesmos, como sucedia com a lei constitucional de Dreros, designadamente com perda ampla dos direitos civis²⁵³.

A questão que se pode suscitar em relação à norma gortínia IC IV 14 é se a mesma se veio a aplicar aos *dikastai*, uma vez que o elemento literal da mesma não contempla a função do *dikastas*, função que se tornou omnipresente no Grande Código. Mesmo que não tenha vindo a abranger analogicamente o exercício de função de *dikastas*, esta seria rotativa, como qualquer outra magistratura²⁵⁴. Não sabemos, contudo, como o ordenamento jurídico gortínio sancionaria o *dikastas* que decidisse casos após o término das suas funções, designadamente se se bastaria com a sanção divina para evitar a prática do facto ilícito de julgar fora do respectivo mandato ou se cominaria mais penalidades.

²⁵¹ WILLETTS 1967, 32.

²⁵² Ver nota 70.

²⁵³ Vd. VAN EFFENTERRE & RUZÉ 1994, 307-308; VAN EFFENTERRE & DEMARGNE 1937, 334, 343 e 346; SEELENAG 2014, 19, 122 e 131, que coloca a hipótese de um *ex-kosmos* usurpar funções do actual *kosmos*, fazendo-se passar por tal. Para uma visão crítica desta construção, MAFFI (2015, 169-171).

²⁵⁴ Atendendo à provável data de IC IV 14 (anterior ao século VI a.C.) e que coevamente era muito provável que os *kosmoi* fossem o principal órgão judiciário de resolução de conflitos, é ponderoso pensar se posteriormente esta norma não se veio a estender aos *dikastai*. Como explica WILLETTS (1982, 241-242), com o aumento da complexidade dos procedimentos legais, instituiu-se a magistratura especial dos *dikastai* para a resolução da maioria dos casos judiciais (como ressalta do Grande Código). Contra, THÜR (2007, 42), nos termos *supra*. Ora, se esta magistratura surgiu após aquela primeira lei, que visava os que então decidiam casos judiciais, muito provavelmente chegou a ter aplicação para os *dikastai*. Também SEELENAG (2015, 171) nos parece contra esta aplicação analógica, bastando-se com a ausência de norma que limitasse os mandatos dos *dikastai*.

(*mnamon*) não cumprissem as funções que lhes eram confiadas pela lei para a resolução destes concretos conflitos. Interessa-nos, naturalmente, a responsabilização do juiz. Este deveria decidir, no prazo de quinze dias, a questão da delimitação dos limites dos prédios em apreço, tendo em conta as versões apresentadas pelas partes. A razão apresentada por GAGARIN & PERLMAN para o prazo concedido pelo legislador é a de que o juiz poderia sentir necessidade de inspeccionar o local ou inquirir a vizinhança²⁵⁷. O autor da acção poderia opor-se à demora daquela decisão (ultrapassagem daquele prazo) mediante reclamação perante o próprio juiz, mas também em acção própria e autónoma, podendo o juiz e o *mnamon* jurar exactamente o contrário, ou seja, que não ultrapassaram aquele prazo²⁵⁸. Caso não jurassem, significaria que o juiz teria infringido a norma, ou seja, que não houvera prolação da decisão no prazo máximo de quinze dias, pelo que este sofreria uma sanção correspondente àquela prevista para aqueles que se furtassem a decidir (IC IV 42, B, 7-9)²⁵⁹. GAGARIN & PERLMAN consideram que tal comando da lei significa que existiria uma lei prévia que obrigasse o juiz a julgar. Ora, esta lei muito provavelmente seria aquela prevista em IC IV 9 (a-m)²⁶⁰, e que, conforme se discorreu *supra*, consagrava uma regra análoga à do *iudex litem suam fecit* para os casos de homicídio. Muito provavelmente, os gortínios estenderiam a sanção aí prevista para outros casos (como o caso abstractamente previsto em IC IV 42).

Um outro problema que se pode colocar é o que aconteceria se o juiz não emitisse sentença, em qualquer caso em que a lei não sancionasse, de forma expressa ou por remissão para uma lei anterior, a omissão do juiz de decidir o caso. A título

²⁵⁷ 2016, 307, e também WILLETTS 1955, 219. Como deixámos latente *supra*, consideramos que esta necessidade só seria aferida se uma ou ambas as partes requeressem a produção dessa prova ao juiz.

²⁵⁸ Nessa acção autónoma, perante outro *δικαστάς*, para apreciar se tinha sido ultrapassado o prazo de quinze dias de emissão de decisão na acção de demarcação de terrenos, o juiz desta última acção e respectivo *mnamon* eram considerados *orkioteroi*. Como já se disse *supra*, supõe-se que houvesse oferecimento de juramentos de ambas as partes, dando a lei preferência aos juramentos do juiz e *mnamon* da acção de demarcação de terrenos, MAFFI 2007, 210-211 (n. 21). É também possível que tal procedimento fosse extra-judicial perante um *τίταν*, embora na leitura das leis gortínias a cláusula *orkioteiron* nos pareça de reserva de juiz.

²⁵⁹ «As if he [*δικαστάς*] had refused to carry out the process of law, unless public service or family mourning excused the delay», WILLETTS 1955, 219.

²⁶⁰ Tal como admitem GAGARIN & PERLMAN 2016, 307.

meramente exemplificativo, no Grande Código, nas hipóteses referidas em IC IV 72, I, 19-24; V, 40-45, IX, 25-30, não é estatuída nenhuma consequência para o juiz que não emita decisão. É certo que o juiz que não emitisse uma decisão para o caso concreto violaria o mais elementar dever judicial: decidir o caso. Mas qual seria a forma de o autor reagir contra esta falta de decisão? Entendemos que, como já expusemos, a solução contida em IC IV 9 (regime sancionatório do juiz que não decide processos cujo objecto seja homicídio) poderia ter tido a virtualidade de ser analogicamente mobilizada para outros casos. A norma contida em IC IV 42, B, 6-9, apela a uma lei anterior fixadora de sanção pela omissão de decidir. Se essa lei era a norma IC IV 9 é a questão também suscitada por GAGARIN & PERLMAN²⁶¹. Caso assim fosse, significaria que IC IV 9 teria um carácter subsidiário, ou melhor, quereria significar que estabelecia o regime base sancionatório da omissão de decisão pelo juiz.

Mais, quando o legislador gortínio atribui ao juiz o poder de decisão, seguramente quer assegurar que este decida o caso: *male seu bene officio functus*, mal ou bem que decida o caso! Por isso, era expectável que este fosse um dever susceptível de ser controlado por *τίται*, funcionários públicos encarregados de supervisionar e controlar a observância da lei pelo *dikastas*. As multas aplicadas pelos *τίται* poderiam ser aquelas escritas em IC IV 9 ou numa outra lei anterior.

Outro problema poderia surgir nesta sede. Qual seria a sanção aplicável ao juiz que, embora decidindo, desrespeitava um juízo vinculado? Qual seria o grau de controlo dessa decisão violadora de um comando pré-estabelecido pela lei gortínia, isto é, nas situações de *δικάδδεν*? Uma vez que não se tem acesso à realização do direito em concreto em Gortina, ficaremos sempre num plano especulativo. As decisões do juiz singular gortínio eram inatacáveis, inapeláveis, insusceptíveis de recurso²⁶². No nosso entendimento, a única hipótese de sindicar uma decisão judicial que não respeitasse o *δικάδδεν* legal (exemplos: IC IV 72, I, 21; IX, 29-30 e 50-51; XI, 27-28) seria precisamente através de uma interpretação forçada da norma que sancionava o juiz que se subtraísse ao dever de julgar (referida em IC IV 42, B, 6-9)²⁶³. Prosseguindo com este entendimento, passaria a existir uma equivalência entre o dever de julgar (emitir sentença) e o dever de julgar conforme o resultado pretendido pela lei (*δικάδδεν*). Em

²⁶¹ 2016, 307.

²⁶² «*Sa décision, sans appel, a une valeur absolu*», BILE 1988, 349.

²⁶³ «*As if he were unwilling to judge...*», na tradução de GAGARIN & PERLMAN 2016, 306.

concreto, seria equivalente a que, no caso tratado em IC IV 72, IX, 24-31, o juiz não reconhecesse que o autor da acção já tivera intentado uma outra acção contra um *de cuius*, do qual o réu fosse herdeiro, após as testemunhas terem certificado este facto²⁶⁴. Ou, no caso referido em IC IV 72, IX, 31-36, equivalente a que o juiz não reconhecesse a existência de uma sentença anterior a favor do autor, caso testemunhassem pela existência dessa sentença o juiz que a emitira e o seu respectivo *μνάμων* (os dois enquanto testemunhas do referido facto). Nestes exemplos, o juiz estaria a violar o resultado querido e imposto pela lei. Em conformidade com o supra-referido, estas decisões do juiz estariam em contravenção com o resultado pretendido pela lei: o veredicto do juiz violaria a lei que fundamenta, limita e pré-determina a sua actuação. A questão prende-se, pois, com o princípio da imutabilidade das decisões proferidas e os remédios oferecidos pela lei contra a falta de justeza material daquelas. Desconhecemos se haveria mecanismos de apelação, ou se se fazia intervir a classe dos *τίται*, zeladores do cumprimento da lei e do exercício judicial, que poderiam fazer com que o juiz infractor pagasse uma multa (correspondente àquela prevista em IC IV 9) e que houvesse uma restituição ao lesado, ou simplesmente se se deixava o infractor à mercê do castigo divino, por violar a lei que jurara aplicar. O fundamento poderia então ser que a decisão do juiz contrária ao *δικάδδεν* exigido por lei correspondia à ausência da justa decisão querida pela lei. Contudo, esta afirmação parece rebuscada e arriscada para o ambiente normativo e jurídico de Gortina.

Uma hipótese alternativa para fazer face à emissão de uma decisão contrária ao *δικάδδεν* estatuído por lei seria através de uma acção autónoma, possivelmente a decorrer após o fim do mandato do *dikastas* que inobservou a lei. Mas a lei gortínia parece silente quanto à matéria, porventura porque tais abusos não constituiriam uma situação frequente, uma vez que a rotatividade dos cargos e o receio pelo castigo divino

²⁶⁴ A norma é tratada de forma exaustiva em MAFFI 1983, 121 e ss. A hipótese que apresentamos seria apenas com o intuito de o autor fazer substituir o *de cuius* falecido pelos respectivos herdeiros na primitiva acção. Assim, MAFFI (1983, 126) refere que uma das hipóteses plausíveis na norma «*si riferisca al fatto che il defunto aveva già un processo in corso, i cui effetti non si erano del tutto esauriti alla morte del de cuius; perche l'iter processuale possa giungere a compimento, evitando così che gli atti processuali siano stati compiuti invano, occorre che gli eredi si sostituiscano al defunto*», mais precisamente em relação à terminologia *έπιμολέν*.

ou outras represálias poderiam ser bastantes para garantir o cumprimento fiel da lei pelos juízes²⁶⁵.

Finalmente, quanto à *ὀμνύντα κρίνεν*, parece-nos que, caso o juiz decidisse, a decisão seria completamente inatacável²⁶⁶, uma vez que a lei confia ao prudente arbítrio do juiz a justa decisão do caso concreto. Assim entendemos porque não corresponde às situações tipicamente geradoras de responsabilidade do juiz, como o caso de ausência de decisão (IC IV 9), atraso na emissão da sentença (IC IV 42), ou decisão *contra legem* (imposição de resultado através de *δικάδδεν*). Não havendo um destes vícios ou defeitos externos a inquinar a decisão, não restaria mais nenhuma hipótese aos litigantes que não se submeter àquela. Parece, assim, reger em absoluto o princípio de inalterabilidade da sentença jurisdicional na *ὀμνύντα κρίνεν*.

7. Conclusões

É tempo de concluir. Percorridos diversos aspectos do direito processual no Grande Código de Gortina (IC IV 72) e noutra legislação especial vigente no século V a.C., podemos delinear algumas conclusões.

A iniciativa probatória *ex officio iudicis* no direito de Gortina parece-nos um problema controverso e carecido de aclaração. Como em todas as áreas do antigo direito

²⁶⁵ À questão inscrita no brocardo «*quis custodiet ipsos custodiet?*» respondemos que os deuses eram os derradeiros vigilantes do cumprimento honesto e cabal da função jurisdicional. A este sentido, parece aderir MACLACHLAN 2012, 11: «[t]he fact that the "Great Code," along with 7 other Cretan legal inscriptions, were preceded by *θιοί*, might have placed these written records under the surveillance of the gods, serving as a potential curse should the laws be wrongly read or enforced».

²⁶⁶ Em IC IV 41, V, existe uma passagem incompleta que levanta uma possível alternativa. A passagem é a seguinte: «[ντα κρίνεν τὸν δικαστάν]/-----/[. .] ι . ισα . [.]ν. α[ἰ δέ/κα μὴ ὀμόσει, τὸ ἀπλ-/<ό>ον καταστασεῖ. vac.» (retirado de CALERO SECALL 2017, 15), e que traduz como «[e]l juez decida bajo juramento [.....]. Y si no prestara juramento, pagará su valor simple». Uma vez que existe um grande lapso epigráfico, não se pode afirmar que esta parte seja sobre o mesmo tema referido em IC IV 41, IV, ou seja, proibição de venda de escravo fugitivo durante um ano. A Autora (2017, 26) avança com a hipótese de a sanção pecuniária ser em relação a uma pessoa (testemunha?) que deveria jurar, quando teria de afirmar ou desmentir algum facto. Contudo, não se poderia colocar a hipótese de ser em relação ao juiz que não jurasse antes de decidir quanto tempo tinha mediado entre a fuga do escravo e a sua venda? Se sim, este poderia ser mais um exemplo de responsabilização do juiz por errada decisão (por não a ter coberto pelo seu juramento).

grego, estaremos perante uma «*fonte inesgotável de problemas de difícil solução*»²⁶⁷. Na nossa perspectiva, tal deve-se à circunstância de o estudo do direito grego se centrar na realização do direito em abstracto e não tanto na figura do juiz, que é fundamental no tema que tratamos. O legislador é o epicentro da discussão jurídica da Ática e de toda a Antiga Grécia²⁶⁸. Assim, a experiência jurídica grega pode ser caracterizada como tendencialmente não jurisprudencial²⁶⁹, ao contrário do direito romano, o que torna ainda mais impenetrável a questão dos poderes probatórios do *dikastas* gortínio. Desta forma, cabe ao intérprete partir dos textos normativos e tentar reproduzir e extrair os grandes princípios jurídicos inerentes e implícitos no elemento literal da lei, tese central da *juristische Denkformen* de WOLFF.

O processo gortínio vertido nas leis de Gortina (Grande Código, Segundo Código e a restante legislação vigente no século V a.C.) apresenta algumas características processuais marcantes. Por um lado, o legislador consagra a regra da proibição da auto-activação do tribunal (*nemo iudex sine actore*). O tribunal não podia dar início a um processo por si. De facto, a iniciativa processual caberia aos particulares, que deveriam manifestar essa vontade. Por outro lado, o processo gortínio parece animado pelo princípio da auto-responsabilidade probatória das partes, cabendo às partes trazer a matéria de prova, as provas e, inclusivamente, alegar as razões de direito que servissem de fundamento à acção.

No entanto, embora às partes coubesse também invocar as referidas razões de direito, o juiz não estava sujeito ou limitado às considerações jurídicas das partes, podendo e devendo divergir delas quando entendesse que a lei aplicável ao caso concreto fosse diversa daquelas indicadas pelas partes. Atendendo também à circunstância de a lei cercear extensamente a actuação judicial, raramente concedendo ao *δικαστής* uma margem de discricionariedade, tal indicia que o juiz deveria fazer o possível para aplicar correctamente o direito objectivo. Ademais, o regime sancionatório do *δικαστής* vertido em IC IV 9, IC IV 14 e IC IV 42 demonstra que a função jurisdicional era controlada pela *polis* com fito de que fosse zelado o cumprimento da lei. Por isso, concluímos que da legislação gortínia do século V a.C.

²⁶⁷ CRUZ 1961, 116, embora referindo-se ao direito sucessório grego, sentimo-nos confortados com a ponderação certa das palavras do Autor.

²⁶⁸ MAFFI 2004, 38.

²⁶⁹ STOLFI 2006, 23.

resulta a vigência do princípio *iura novit curia*: o juiz não estava sujeito às alegações das partes no que concerne à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.

Em termos de poderes processuais, o *δικαστής* usufruía de extensos poderes procedimentais, ao nível da gestão do processo num plano puramente formal (*case management*), decidindo de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Contudo, num plano de gestão material do processo, podemos ainda concluir que ao juiz de Gortina estava vedada a iniciativa de prova *ex officio iudicis*. Paradoxalmente, este sujeito processual não era um comum espectador do debate judiciário e da dialéctica probatória entre as partes. Pelo contrário, a sua intervenção na produção de prova tornava-se exacerbada sobretudo quando as partes apresentavam requerimentos probatórios constituídos apenas por declarações juramentadas das próprias partes ou apenas por declarações juramentadas da contraparte (juramentos contrapostos) no esquema *deferimento/riferimento*. Caso não existisse uma solução pré-definida pelo legislador que atribuísse o direito de jurar a uma das partes, através da cláusula *ὀρκιότερον*, caberia ao julgador escolher uma das partes e atribuir-lhe o direito de prestar uma declaração juramentada sobre a matéria litigiosa, que lhe atribuiria a vitória. O julgador tomaria essa decisão intermédia consoante alguns critérios discricionários, porquanto não regulados pela lei, mas deveria efectivamente atribuir o direito de jurar a uma das partes que se propunha prestar declaração juramentada sob pena de o processo culminar com uma decisão na modalidade de *ὀμνόντα κρίνεν*, sem qualquer prova carreada pelas partes, o que o mais das vezes prejudicaria a parte que teria de fazer prova dos factos que lhe aproveitavam.

No que concerne à demais actividade instrutória, por princípio o julgador esperaria os contributos probatórios dos litigantes.

Quanto ao aproveitamento e conhecimento dos factos que surgissem no processo, por princípio o julgador também só conheceria os factos aportados pelas partes para o processo.

No que respeita a factos provenientes da ciência privada, isto é, os factos colhidos pelo julgador enquanto este estivesse despido das vestes oficiais, entendemos que inexistem fontes normativas que possibilitem uma pronúncia da nossa parte. Se tal fosse possível, como em Atenas do século IV a.C., o processo gortínio seria inquisitorial, visto que abriria a possibilidade de o julgador introduzir matéria de facto subtraída ao contraditório das partes, colocando em causa a neutralidade metodológica do julgador na aquisição dos factos. O juiz estaria, desta forma, numa situação de incompatibilidade

psicológica, pois iria julgar factos sobre os quais já teria formado uma convicção antes da submissão daqueles ao contraditório processual²⁷⁰. Se o juiz pudesse desrespeitar o princípio da proibição do recurso aos conhecimentos privados, estaria a apropriar-se de uma posição subjectiva correspondente à de uma testemunha, afastando-se do protótipo de terceiro imparcial²⁷¹.

No que respeita aos factos notórios, é possível entrever alguns exemplos de casos em que fossem introduzidos no processo factos que eram do conhecimento generalizado do homem médio da *polis*, designadamente nos casos de IC IV 41, IV, 6-16, e IC IV 72, I, 51-56. Contudo, estes factos teriam de ser alegados pela parte interessada, estando apenas facilitada a prova da sua verificação, precisamente por serem factos indesmentíveis da realidade cultural onde o *δικαστής* estava inserido.

Finalmente, os factos conhecidos em virtude do exercício da função judicial restringiam-se, atendendo às fontes que pudemos consultar, à previsão normativa de IC IV 72, IX, 31 e ss. De facto, poderia colocar-se a hipótese de numa primeira acção o julgador ter condenado um devedor e depois essa decisão ser fulcral numa segunda acção. Assim, se o juiz dos dois processos fosse o mesmo, de acordo com aquela norma, o mesmo poderia introduzir no processo o facto de existir uma decisão condenatória de um determinado devedor.

Estudámos ainda o regime de responsabilidade do juiz gortínio pela prática de erros judiciários. Detivemo-nos fundamentalmente em três normas: IC IV 9, IC IV 14 e IC IV 42.

Em relação à primeira, a lei em apreço pretende regular um determinado procedimento para casos de homicídio, estatuidando que o juiz ou julgava o caso ou teria ele mesmo de pagar uma multa, responsabilizando-se o julgador pela não prolação da decisão devida. Ao não decidir, o juiz estaria, conseqüentemente, a *fazer sua a lide*. Tal regra era idêntica à responsabilização do direito romano em caso de *iudex litem suam fecit*, obrigando o juiz a desembolsar o valor da multa correspondente ao ilícito em apreço, através da intervenção de um *τίταν*.

No que respeita à segunda, estamos perante uma lei de não-iteração de mandatos análoga à existente em Dreros, contudo, desconhece-se se no ordenamento jurídico gortínio existia um regime sancionatório semelhante para punir os juizes que emitissem

²⁷⁰ CALAMANDREI 1925, 285.

²⁷¹ Esta incompatibilidade funcional é sobrelevada por CALAMANDREI (1925, 284).

sentenças após terem cessado as suas funções. Embora não se preveja a figura do *δικαστάς* no seu elemento literal, é destinada a categorias profissionais análogas, pondo-se a hipótese de ter sido aplicada analogicamente aos juízes (IC IV 14 é bastante anterior ao Grande Código de Gortina, e neste último o *δικαστάς* parece ser a única figura identificada como juiz).

Analisámos ainda a norma de IC IV 42, B, concluindo que a sanção aí plasmada, relativa ao atraso na emissão de uma sentença, poderia ser resolvida por via de reclamação perante o próprio juiz, mas também em acção própria e autónoma, onde o juiz e o *μόνων* seriam *orkioteroi* de que não fora ultrapassado qualquer prazo. A sanção para a ultrapassagem daquele prazo seria aquela prevista em IC IV 9.

Finalmente, problematizámos a extensão analógica da sanção referida em IC IV 9 e, conseqüentemente, IC IV 42, a outros casos em que a lei não sancionasse de forma expressa ou implícita a omissão do juiz de decidir o caso. Entendemos que a única via para sindicar uma decisão judicial que não respeitasse o *δικάδδεν* legal seria precisamente através de uma interpretação forçada da norma que sanciona o juiz que se subtrai ao dever de julgar (referida em IC IV 42, Coluna B, 6-9). De acordo com este entendimento, passaria a existir uma equivalência entre o dever de julgar (emitir sentença) e o dever de julgar conforme o resultado pretendido pela lei (*δικάδδεν*). Porém, tal conclusão esbarra nas suas consequências jurídicas: não existem elementos suficientes que permitam afirmar que se fazia intervir a classe dos *τίται*, zeladores do cumprimento da lei e do exercício judicial, nesta sede ou simplesmente se deixava o infractor à mercê do castigo divino, por violar a lei que jurara aplicar. Colocámos ainda uma hipótese alternativa para fazer face à emissão de uma decisão contrária ao *δικάδδεν* estatuído por lei, que seria através de uma acção autónoma, possivelmente a decorrer após o fim do mandato do *dikastas* que inobservou a lei. Quanto à modalidade de decisão *όμύντα κρίνεν*, parece-nos que seria completamente inatacável, atenta à singularidade de o juiz poder decidir de acordo com a sua consciência e atendendo ao material do processo.

Por todo o exposto, entendemos que no direito de Gortina do século V a.C. existem suficientes textos normativos que permitem concluir que o juiz gortínio, muito provavelmente desprovido de competências técnico-jurídicas como o juiz ático, era um «convidado de pedra» perante a introdução de factos e provas no processo, com raras excepções. Contudo, teria uma importante intervenção na dialéctica probatória, podendo a sua actuação efectivamente influenciar não só o rito processual como

também o desfecho da lide em termos de mérito. A função do juiz era a de conhecer, em termos epistemologicamente correctos, o direito-objecto, que lhe era dado, ou nas instituições culturais do povo, onde se deveria limitar a colhê-lo, ou pelo poder legislativo, que o tivesse prescrito. No horizonte do pensamento jurídico gortínio, o direito era a lei da *polis*. A cultura jurídica gortínia seria uma síntese ou o cruzamento da *voluntas* política (do legislador), a ineliminável dimensão religiosa e seus costumes²⁷², e o debate judiciário. O *δικαστάς* era precisamente um homem que «*vivia encaixado como uma parte no todo*», sem se autonomizar das leis da cidade, sendo estas o universo que o continha, e «*ele, contido no universo, contemplava-o e reflectia-o, como um espelho reflecte uma imagem, sem perguntar por si nem pela natureza do fenómeno dessa reflexão*»²⁷³. Para o julgador importava apurar e apreender, num primeiro momento, o significado da lei enquanto proposição textual, o sentido semanticamente comunicado pela norma-texto, daí advindo a importância conferida pelos gortínios à disposição pública das leis e à sua publicação através da monumentalização.

Embora se possa afirmar que o julgador era tendencialmente indiferente à composição do litígio assente em factos historicamente verdadeiros, ainda assim a influência exercida pelo *δικαστάς* gortínio no fundo da causa permite entrever em Gortina uma incipiente ideia de relação jurídica processual trilateral²⁷⁴.

8. The Gortynian Procedural law in the fifth century BCE: the judge and the rules of evidence

EXTENDED ABSTRACT

The absence of trial records in Gortyn makes it difficult to understand fully the

²⁷² Patente no juramento purgatório a Artemisa na Coluna III do Grande Código ou ainda no verbo *επαριόμενον* em IC IV 72, II, 40-41, «*lancer des imprécations contre soi-même*» que «*montre bien le rôle magico-religieux de la parole*», BILE 1988, 352, e que reforça a ideia de que o direito, na sua origem, se confunde com a religião e com o sagrado, vd. ZUCCOTTI 2000, 6.

²⁷³ MONCADA 1955, 11.

²⁷⁴ «*A relação processual, em vez de considerada como relação de mero interesse privado, passa a ser encarada como relação de carácter público*», a seguinte passagem de REIS (2012, 252) dilucida bem a questão da caracterização da relação jurídica processual como trilateral, a partir do momento em que se permite ao juiz maior intervenção em diversas matérias atinentes ao fundo da causa.

procedural system in Gortyn. Trials are the centrepiece of any legal procedure, civil or criminal, and contributes more than any other event to the shape of the litigation. The Law-making may explain what substantive and procedural legal norms were intended to be created or revised, but not how those rules were understood by the community and applied in the courts.

In the fifth century BCE, the written laws in Gortyn, some of which date back to the sixth century BCE, offer an indication of the rules concerning subject matter jurisdiction (IC IV 72, VIII, 55; XII, 7), the procedure for notifying a defendant (IC IV 41, II, 6-16; 72, I, 39-44), formulation of claims (IC IV 41, I, 1-17), applicable substantive law, the establishment of facts through proof (IC IV 72, III, 5-9; XI, 46-55), and even rules for deciding a case (IC IV 72, I, 20-24; XI, 26-31), but do not provide sufficient insight into the environment of litigation. Other rules, such as those governing the development of evidence, particularly evidence beyond that presented by the respective parties through their autonomous efforts, and those concerning finality of judgments, are not considered.

Nevertheless, it is intended to ultimately discuss whether or not Gortynian procedure of the fifth century BCE may be seen as an adversarial or inquisitorial system. In order to do so, I will discuss the expression *μὲ ἐνδίκων ἤ(μ)ην* and its effects on the lawsuit, and consider other aspects of legal procedure, such as judicial fact-finding and case management, oath-takings, judicial powers to handle the *quaestio iuris* autonomously, ways of rendering judgment, and, finally, the judge's liability for mistaken judicial decisions.

In the fifth century BCE several legislative enactments were effected in Gortyn. The most famous of these was the 'Queen of Inscriptions' (Willets, 1967), the Great Code of Gortyn (c. 450 BCE, IC IV 72), which contained precepts of substantive law in family, succession, property, and contract matters, as well as some principles respecting procedural law. Even though this piece of legislation should be wholly regarded as an integral part of previous rules and regulations, it has a consistency that extends through all its twelve columns and, therefore, I consider the designation of Code to be accurate. Although the regulation of some matters implies previous laws (through the expression *αἱ ἐγρᾶται*, e.g., in IC IV 72, IV, 46, 48, VIII, 25-26, 29-30; IX, 29), the Great Code is sufficiently autonomous to be designated as such, and most Codes nowadays presuppose concepts and rules contained in previous laws (§1., pp. 3-4).

I will focus on some of the procedural aspects regulated in the fifth century BCE Gortyn legislation that will be useful in determining whether Gortyn procedural law embodied an adversarial or an inquisitorial system. Under the first of these, the adversarial system, the parties define their cases through pleading and are responsible for setting out the facts that constitute all the elements required by statute and gathering evidence. The disposition principle means that the lawsuit is at the parties' disposal, and they are able to commence and terminate it, determine the matters of fact and, finally, the judge remains passive during the proceedings, is not concerned with the search the substantive truth and is bound by the parties' pleadings. The adversarial system assigns to the parties the task of presenting their arguments and expects that the truth will emerge from each party's presentation. The inquisitorial system, on the other hand, regards the discovery of substantive truth as a higher value. Consequently, it is the duty of the judge to discover facts objectively and gather evidence for the sole purpose of reaching the truth, since a decision can only be just if it is truthful to actual facts and events. The judge who gathers evidence *sua sponte* unwittingly helps one the parties and, therefore, is not entirely impartial. This is the traditional view of these systems, which may not be entirely a correct one. While it is true that the judge is empowered to search for facts and gather evidence in the inquisitorial procedure, it is also unquestionable that only the evidence and facts considered without hearing both parties or gathered from the private judicial knowledge may pose a threat to the impartiality of the judge. The judge is not impartial if he forms an idea of the factual merits of the case prior to the trial or infringes the 'principle of equality of arms' of the parties. The judge who indicts or charges someone or initiates the proceedings by other means will not be sufficiently impartial to judge it and, if the procedural rules allow it to occur, the system of litigation is undoubtedly inquisitorial (§1., pp. 5-6).

The proceedings in Gortyn were initiated by the claimant (*ἄρκον τᾶς δίκας*), who brought an action before the judge (*δικαστᾶν*) against the other party (*ἀνπιμῶλος*). The plaintiff would present the relevant facts of the case and the remedy he sought. The defendant would then submit a defence and he could even accompany it with a counterclaim (IC IV 72, I, 18-24) and the judge was prohibited from initiating proceedings. The Gortynian procedure seemed to disregard the discovery of substantive truth and found a *forma legal* truth sufficient. The truth would arise from the parties' pleadings and evidence presentation (§2., p. 8). Moreover, before going to court, parties would often have to comply with pre-action protocols (IC IV 41, I, 1-17). If these

protocols were not fully met, the substantive rights of the claimant would be compromised. If the claimant did not demonstrate the fulfilment of what was prescribed by law, the plaintiff's case would be dismissed and there would be no possibility of bringing a new action against the same defendant based on the same cause of action. The following is specified in the 'Little Code' (c. 500-450, IC IV 41, I, 1-17, II, 6-17). The owner of a wounded or dead animal, injured or killed by another animal, in order to be given the right of claim for compensation would have to transport it or display it and summon the attacking animal's owner to come and view the corpse before two witnesses (*μαίτορανας*). These regulations served simultaneously as a way of formulating the claim and as a procedure of serving notice to the defendant.

The law expressly states that there shall be no legal action if those protocols are not met (*μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην*, vd. IC IV 41, I, 12, III, 3-4). Curiously, the expression *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην* in the Great Code is always used in provisions that the legislator did not want to be applicable to behaviour prior to its entrance into force. If a plaintiff sued a defendant for unlawful behaviour in the light of the Great Code but prior to its entrance into force, the case would have to be dismissed (IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4).

The use of the same terminology on both occasions suggests that the legal consequences of failing to comply with the pre-trial protocols and bringing an action against someone regarding behaviour that took place before the law came into force are equivalent. I consider that in these cases the dismissal would be with prejudice and, therefore, a case with the same cause of action could not be brought back to court (§2.1., p. 18). The failure to fulfil the pre-trial protocols referred in the provisions of IC IV 41, I, 1-17, II, 6-17, would permit the judge to dismiss the case with prejudice on his own accord (*sua sponte*), without the need of pleading by the parties (§2.1., p. 16). However, when it comes to the provision of IC IV 41, III, I tend to consider that there would not be legal action if the defendant made a successful affirmative defense. The sense of the beginning of Column III (1-7) is unclear, as is pointed out by Gagarin and Perlman (2016, 296), but the interpretation given by Calero Secall (2017, 22-23) seems convincing. The latter author states that the provision was applicable to injuries done to pairs of animals and that liability would not be imposed on the defendant if the claimant's injured animal was replaced with a matching one by the defendant (e.g., an ox that would make a good pair with the surviving one). I regard this as an affirmative defense, since the defendant would bring up new facts to defend himself beyond the

mere denial of the allegations of the plaintiff, and these new facts, if proven, would excuse the defendant from liability. Having said this, these new facts would have to be averred or raised by the defendant and could not be considered *sua sponte* by the court (p. 17). I conclude that whenever *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην* appears in the Gortynian laws, the judge would have to address the merits of the case and dismiss it with prejudice, and this could result from three different circumstances: i) when the plaintiff failed to comply with pre-action protocols in respect of a legal provision foreseen it as essential to bring the action to the court, this could be considered *sua sponte* by the judge or at the request of the defendant (IC IV 41, I, 1-17, II, 6-17); ii) the defendant raised some new matter which would substantively defeat the claim (IC IV 41, III, 1-7); iii) the cause of action of the claim referred to events that occurred before the Great Code came into force, and the judge could dismiss it on his own accord or at the request of the defendant (in the situations regulated in IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4).

At the same time, it is possible to find dismissals of the cases without prejudice, i.e., the plaintiff would be able to correct any errors or defects and then bring the action again before the judge. If the claimant sued the other party for breach of contract and brought the action before the *ὀρπανοδικαστῶν* (the orphans' judge, vd. IC IV 72, XII, 7), the judge would lack jurisdiction over the subject matter of the claim, a circumstance which would not preclude the claimant from initiating proceedings before a judge who had jurisdiction over the case (§2.1., p. 19).

A Gortynian judge had an active role in case management, a conclusion that can be reached by considering the texts inscribed in IC IV 72, V, 28-34; VII, 35-52; IX, 30-34; XI, 46-55. In the first example, if one or more heirs wanted to divide an inheritance, but others opposed it, the judge would have to decree that the entire property would be put in the hands of those who wished to divide it until the division occurred. The *dikastas* would not decide the merits of without hearing the pleading of all the heirs, so if there were many heirs in the dispute, the judge might schedule how many would be heard on a given day (V, 28-34). In the second example, the judge could expedite the court proceedings in order to allow an unmarried heiress who was an only child to marry as soon as possible, as Gortynian law intended (VII, 35-52). In the third example, given that the judge and the clerk of the court (*μνάμων*) of an earlier action would have to testify in a later proceeding in order to certify the existence of the first proceeding and its outcome (a judgment as evidence in a later proceeding), the *dikastas* of the second

proceeding would perhaps schedule the hearing of those two on the same day or, alternatively, decide to hear one of them and postpone the other hearing, merely for personal convenience (IX, 30-34). In the fourth example, the oath of denial sworn by a woman that denied the charge of taking property belonging to a former husband had to take place before the judge, the clerk of the court and a witness who has been adult for fifteen years or more, so the judge could choose the day which best suited the participants (XI, 46-55). These are examples of a formal manner of active case management (*die formeller (senza r finale) Verfahrensleitung*), since the judge did not intervene on the merits of the case (§3.1., pp. 28-30). However, the Gortynian *dikastas* did not have powers to intervene *sua sponte* with the specifics of evidence and facts presented in the case (substantive case management or *die materielle Prozessleitung*). The Gortyn laws do not hand over those powers to the judge and the empirical evidence suggests that the parties were the ones in a better position to bring the relevant proofs to the trial (§3.2., pp. 32-33).

In some proceedings, the *dikastas* would have to come to a decision even when the parties did not gather any evidence to support their pleadings (IC IV 72, I, 18-24). In such cases, IC IV 72, I, 18-24, if there was a witness for one side only, the judge would rule for that side, but if there were no witnesses or witnesses on either sides, then he would have to decide the case on the basis of his own discretion. Maffi (2011; 2007, 204-205) has argued that this procedure applied in all cases, even those where a criterion of legal proof was mandated. That is to say, whenever the law required the judge to rule according to a witness, if there were no witnesses, the judge would have to decide according to his own prudent assessment. Gagarin (2010, 129, 132-133) is cautious in regard to Maffi's view and argues that, in general, the lack of the formal witnesses demanded by law would deny the claimant the right to argue his case. Pelloso (2009, 119-122; 2016, 504-505, 513; 2018, 146-149) denies the possibility of applying by analogy the procedure of IC IV 72, I, 18-24 to other cases, because the form of action foreseen in I, 18-24, supposed that the defendant would respond to the lawsuit with claims of their own against the plaintiff (by filing a counterclaim and arguing that the slave was owned by the defendant and not by the claimant). Pelloso states that both parties had a burden of proof in order to justify and substantiate their respective claims, which would not occur in other forms of actions. One might argue that in other forms of action (that is to say, excluding *diadikasia* procedures such as in IC IV 72, I, 18-24) in which only the plaintiff had the responsibility to prove a disputed charge or allegation,

the absence of witnesses or any other proof would lead necessarily to the dismissal of the action on the grounds of insufficient evidence. In other words, the plaintiff would not have an entitlement to a favourable decision. In fact, there is no such rule for decision making in Gortyn laws such as ‘*onus probandi incumbit ei qui dicit et non ei qui negat*’. The rule in this area that the Gortyn legislator successfully enacted was precisely the one inscribed in IC IV 72, I, 18-24. This rule provides a general criterion for evidence assessment. Thus the question is: what is the standard of proof in the Gortyn procedure? It is hard to say, because the rule is not explicit. In the absence of any proof, the *dikastas* was supposed to decide at its discretion and reasonable conviction, taking into account the entire content of the hearings and the pleadings. But under these circumstances a sensible and just *dikastas* would most probably not adjudicate a decision in favour of the claimant (§3.3, pp. 37-39).

Whenever the law had evidence assessed according to predetermined and fixed criteria (legal proofs), the claimant who gathered the evidence referred in provisions such as IC IV 72, II, 16-20, IX, 43-51, X, 29-32 would have an entitlement to a decision in his favour. However, if the claimant had not gathered the evidence predetermined in the law, he would have other ways of winning the case (§3.3, p. 38).

In regard to oath-taking, two fascinating terms emerge in the Gortyn Laws: *ὀρκιότερον* (IC IV 41, II, 12; IC IV 42, II, 5; IC IV 45, B, 3-4, IC IV 72, II, 15, III, 49-50, IV, 6-7) and *ἀπόμύσαι* (IC IV 72, III, 7, IX, 54, XI, 48-49). The first granted preference in the matter of the oath to a litigant and the second refers to someone who has denied a charge. The expression *ὀρκιότερον* suggests that both parties proposed swearing oaths. As only one of the oaths could be sworn, the legislator in some cases predetermined which would be preferable. The oath of denial was a mechanism that led automatically to the acquittal or the conviction of the defendant. The defendant had to swear an oath denying the charges of the prosecution in order to be acquitted of the charge. If he did not swear it, he would inevitably be declared guilty of the charge. That is to say, the proceedings would end one way or the other after the defendant had been given the possibility of denying the charges under oath. If the *orkiotos* (the litigant given preference in respect to the oath), for whatever reason, gave up swearing the oath, that party would not automatically lose the case, except when the law expressly imposed that consequence (vd. IC IV 45, B). The Gortyn laws did not specify any consequence for a case in which both litigants had simultaneously offered to swear an oath, and the *orkiotos* later gave up swearing the prescribed oath. Presumably the judge would have

to recall the other litigant to swear the oath. So, the case would not end automatically if the *orkiotos* did not swear the oath (with the exception, IC IV 45, B). However, if the law did not contain the expression *ὀρκιότερον* and there were no witnesses and the parties proposed to swear oaths at the same time, the judge would have to choose which oath was preferable, probably on the basis of his prudent assessment. Under no circumstances could the judge command *sua sponte* any party to swear an oath, if it was not prescribed by law (§3.4., pp. 39-49).

It is suggested in the Gortyn legal system the *dikastas* could determine questions of law arising in any dispute *sua sponte* and was not restricted by the submissions presented by the parties. The laws seem to have been primarily addressed to the judges, who had to apply the law precisely as the legislator intended (Perlman 2002, 197; Avilés 2011, 6). Even though the laws were not totally inaccessible to the public, it would be absurd to say that the *dikastas* would exercise his powers to settle the dispute only on the basis of what the parties said about the applicability of the law, i.e., which law would be applied or how the law should be interpreted. The *dikastas*' power to apply the legal sources he deemed applicable was the only way to achieve the efficacy and effectiveness intended by the legislator, even if they do not belong to the law chosen or pleaded by the parties. It would also be unreasonable if the judge could only order remedies accordingly to the parties' pleadings, given that most of the time the law predetermines the penalty the judge had to impose (e.g., IC IV 72, II, 2-14). Therefore, I argue that the principle '*iura novit curia*' was recognised in the fifth century Gortyn (§4., pp. 54-59).

Additionally, questions can be asked concerning the *dikastas*' use of knowledge to decide a case: could the judge decide a case on the basis of his personal knowledge, when that knowledge conflicted with the charges and evidence given at the trial, or according to widely-known facts that were not considered at the trial? In respect of private knowledge, the Gortyn laws do not provide any hint (§5.1., pp. 56-62).

From IC IV 41, IV, 6-16, 72, I, 51-56 taking judicial notice of local matters that were common knowledge appears to have been possible in. For example, in IC IV 41, IV, 6-16, the law set the maximum length of time that a party in dispute had to initiate the legal proceedings in order to recover possession of a slave (one year after the slave has taken refuge). If that party was a *kosmos*, the one-year time-period would begin after the end of his term (Maffi 2003b, 55). The fact that the party had been a *kosmos* and the time he held that office were notorious facts, indisputable and generally known

by every ordinary person. It seems most likely that the *dikastas* would judicially notice those facts and exempt the parties from having to prove them (§5.2., pp. 62-65).

The question of the knowledge that the *dikastas* acquired from a previous case he had tried is dealt with in provision IC IV 72, IX, 31 and ss. The death of a adjudged debtor would oblige the adjudged creditor to bring an action against the heirs of the former in order to establish the existence of the previous judgment. In this new action the law required two witnesses: the judge of the first action and his *μνάμων* (clerk of the court), if he was alive and a citizen. Once these testified, the existence of the first judgment would be recognised and the adjudged creditor could commence enforcement proceedings against the heirs of the adjudged debtor. If the judge hearing the second case was the same of the previous one, I consider he could take judicial notice of the existence of the previous case and the content of its judgment and call the clerk of the court in office at that time. Maffi (1983, 147) seems to differ, on the grounds that “*αἰ μὲν κα νίκας ἐπιμολεῖ, ὁ δικαστὰς κὸ μνάμων, αἶ κα δόει καὶ πολιατεύει, οἱ δὲ μαίτυρες οἱ ἐπιβάλλοντες*” (IC IV 72, IX, 31-34) implies that the judge of the first case would have to be necessarily a witness in the second case (§5.3., pp. 65-68).

Last but not the least, the Gortyn *dikastas* could be held liable for the content of his judicial decisions. The Great Code does not address the liability of judges for their own decisions. But three provisions, IC IV 9, IC IV 14 and IC IV 42, B, seem relevant to this matter. The first one constitutes a rule similar to the Roman *iudex litem suam fecit*, imposing a sanction or penalty on the judge who failed to reach a verdict in a homicide case (§6., pp. 69-71). Provision IC IV 14 dates back to the sixth century BCE and concerns restrictions on holding office and non-iteration, however, the literal or semantic factor in the norm does not include the *dikastas*. This may certify that this office did not exist back then and, therefore, the provision may have been applicable analogically to the *dikastas* when this office was later created (§6., pp. 71-72). The text inscribed in IC IV 42, B, contained procedural rules in a boundary dispute, the judge would have to decide in fifteen days, otherwise a penalty could be imposed on him as if he were unwilling to judge, which may be a cross-reference to an earlier law such as IC IV 9 (Gagarin and Perlman 2016, 307). It is arguable that in cases where the law does not explicitly sanction the judge for not deciding the case, the earlier text IC IV 9 could also be applicable, analogically, to impose a penalty on the *dikastas*. The same could be said of the *dikastas* who judged cases ignoring the instructions set forth in the laws, ruling against what was prescribed by law (normally associated to *δικάδδεν*).

Probably, the text IC IV 9 could also be applicable analogically, since the duty of deciding a case is equivalent to the duty of applying correctly the law. Nevertheless, for those cases in which the law allowed the judge to freely assess and decide (*ὀμνόντα κρίνεν*), the judge could not be held liable for a wrongful decision since the law did not predetermine a content for the judgment (§6., pp. 73-76).

All things considered, one could argue that the Gortynian procedure constituted an adversarial system, in which the judge was a passive fact-finder, who ruled solely on the evidence presented by the parties. He could, however, have some influence on the merits of the case by choosing the litigant who would swear an oath when the law did not determine who was the *orkiotos*. The *dikastas* would also have to search for the applicable law and would not rely solely on the statements of the parties concerning the substantive contents of law.

Furthermore, there is no record of Gortynian's judges having the possibility of using their private knowledge to decide cases and only if that had in fact been the case could be said that Gortynian procedure was an inquisitorial system.

Bibliografia

ABEL LLUCH 2003 = X. ABEL LLUCH, *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, in *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, cur. X. Abel Lluch & J. Picó i Junoy, Barcelona 2003, 141-155.

ABEL LLUCH 2005 = *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona 2005.

ALMEIDA 2018 = F. ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, Coimbra 2018.

ANDRÉ 1910 = G. ANDRÉ, *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Paris 1910.

AVILÉS 2010 = D. AVILÉS, *Ancient Greek Statutes*, translation of doctoral thesis *Altgriechische Gesetze*, 2010.

AVILÉS 2011 = D. AVILÉS, *Slaves, non-citizens and written law in ancient Greece*, in *Ancient History Bulletin*, 25 (2011) 1-8.

BARTOLINI 2015 = F. BARTOLINI, *Eccezioni e preclusioni nel processo civile*, Milano 2015.

BEARZOT 2017 = C. BEARZOT, *Processo decisionale e assunzione di responsabilità nella democrazia ateniese*, in *ὄριος – Ricerche di Storia Antica* 9 (2017) 263-280.

BEAUFILS 2000 = K. BEAUFILS, *Beyond the argo-polis. A social archaeology of the Argolid in the 6th and early 5th centuries BCE*, London 2000.

BILE 1988 = M. BILE, *Le dialecte crétois ancien: étude de la langue des inscriptions postérieures aux IC*, Paris 1988.

BIONDI 1970 = B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma 1970.

BISCARDI 1982 = A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982.

BISCARDI 1999a = A. BISCARDI, *La Gnome Dikaiotete et l'interprétation des lois dans la Grèce ancienne*, in *Scritti di diritto greco*, a cur. E. Cantarella, A. Maffi, Milano 1999, 89-102.

BISCARDI 1999b = A. BISCARDI, *Diritto greco e scienza del diritto*, in *Scritti di diritto greco*, a cur. E. Cantarella, A. Maffi, Milano 1999, 133-155.

BONFANTE 1903 = P. BONFANTE, *Le Legge di Hammurabi: Re di Babilonia (a. 2285-2242 a. C.)*, Milano 1903.

BONNER 1905 = R. BONNER, *Evidence in athenian courts*, New York 1905.

BORGES 2011 = G. BORGES, *O Direito Constitutivo: Um resgate greco-clássico do Νόμιμον ἔθος como Εὐταξία Νόμιμη e Δικαστηκὴ Ἀσκηση*, São Paulo 2011.

BÖTTCHER 2012 = C. BÖTTCHER, *Judicet iudicarive iubeat: reflexões sobre as origens do processo civil romano e da bipartição*, São Paulo 2012.

BRONZE 2012 = F. BRONZE, *Analogias*, Lisboa 2012.

BÜCHELER/ZITELMANN 1885 = F. BÜCHELER & E. ZITELMANN, *Das recht von Gortyn*, Frankfurt 1885.

CALAMANDREI 1925 = P. CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, parte I (1925) 273-304.

CALAMANDREI 1947 = P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova 1947, 27-51.

CALERO SECALL 1997 = I. CALERO SECALL, *Leyes de Gortina*, Madrid 1997.

CALERO SECALL 2010 = I. CALERO SECALL, *Contribución al estudio de los términos ἐπίδομαι y ἐπιμολέω en las leyes arcaicas de Gortina*, in *Estudios griegos e indoeuropeos* 20 (2010) 45-54.

CALERO SECALL 2014 = I. CALERO SECALL, *Las leyes cretenses y la responsabilidad noxal por los daños causados por animales y esclavos*, in *Flor. II.* (2014) 31-47.

CALERO SECALL 2017 = I. CALERO SECALL, *El Segundo Código de Gortina, IC IV 41. Tradicción (= Traducción) y comentario*, in *Myrtia* 32 (2017) 11-31.

CANTARELLA 2015 = E. CANTARELLA, *Diritto greco: Appunti delle lezioni*, Milano 2015.

CAPELO 2014 = M. CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais [T.R.C., Acórdão de 22 de Junho de 2010]*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 143, n.º 3985 (2014), 286-304.

CAVALLINI 2017a = C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)*, in *Rivista di Diritto Processuale LXXII* (Seconda Serie), n.º 3 (2017) 774-771.

CAVALLINI 2017b = C. CAVALLINI, *Why is the Iura Novit Curia Principle not Applied Yet in English Law?*, *Global Jurist*, 17, n.º 3 (2017) 1-8.

CHANOTIS 2005 = A. CHANOTIS, *The great inscription, its political and social institutions, and the common institutions of the Cretans*, In: Greco, E.; Lombardo, M. (Hrsgg.): *La Grande Iscrizione di Gortyna. Centoventi anni dopo la scoperta*, Atti del I Convegno Internazionale di Studi sulla Messarà, Athens 2005, 175-194.

CHAVANNES 1885 = R. CHAVANNES, *La loi de Gortyne*, *Bulletin de correspondance hellénique* 9 (1885) 301-317.

CHIOVENDA 1993 = G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azione (= azioni). Sulla regola 'ne eat iudex ultra petitum partium'*, in *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), vol. I, Milano 1993, 157-177.

CLARK 2011 = C. CLARK, *The Gortyn Law in Architectural Context*, Dartmouth 2011.

CREMADES UGARTE & PARICIO SERRANO 1984 = I. CREMADES UGARTE & F. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico*, in *Anuario de historia del derecho español* 54 (1984) 179-208.

CRUZ 1961 = G. CRUZ, *O problema da sucessão dos ascendentes no antigo direito grego*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 15, vol. I (1961), 101-149.

CRUZ 1984 = S. CRUZ, *Direito romano = lus romanum*, Coimbra 1984.

CUNIBERTI 2011 = G. CUNIBERTI, *Procedure giudiziarie e riconciliazione sociale nell'Atene di Solone*, in *Dike* 14 (2011), 1-18.

CUNHA 2003 = S. CUNHA, *Dicionário compacto do direito*, São Paulo 2003.

CURA 2003 = A. CURA, *Mora debitoris no direito romano clássico: contributo para o seu estudo*, Coimbra 2003.

DAVID 2014 = K. DAVID, *From Babylon to Crete, a Millenium of Influence: The Creation of the Gortyn Law Code*, Brandeis 2014.

DAVIES 2005 = J. DAVIES, *The Gortyn Laws*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, edited by Michael Gagarin / David Cohen, Cambridge 2005, 305-327.

DURAN 2004 = M. DURAN, *La institución de los jueces extranjeros como medio de resolución de disputas entre privados*, in *Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, coord. Delfim F. Leão, Livio Rossetti, Maria do Céu G. Z. Fialho, Coimbra 2004, 263-293.

ENDEMANN 1925 = F. ENDEMANN, *Römisches Privatrecht*, Berlin/Boston 1925.

FABIANI 2003 = E. FABIANI, *Brevi note sulla sindacabilità (= sindacabilità) in sede di legittimità del potere del giudice di deferire il giuramento suppletorio (Nota a Cass. 15 gennaio 2003, n. 525)*, *Il foro italiano* CXXVI 11 (2003) 3107-3119.

FABIANI 2008 = E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile – I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli 2008.

FERNÁNDEZ BARREIRO 1975 = A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los principios dispositivo e inquisitivo en el proceso romano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 41 (1975) 125-158.

GAGARIN 1982 = M. GAGARIN, *The Organization of the Gortyn Law Code*, *Greek, Roman and Byzantine Studies*. 23, n.º 2 (1982) 129-146.

GAGARIN 1984 = M. GAGARIN, *The Testimony of Witnesses in the Gortyn Laws*, *Greek, Roman and Byzantine Studies*, 25, n.º 4 (1984) 345-349.

GAGARIN 1986 = M. GAGARIN, *Early Greek law*, California 1986.

GAGARIN 1988 = M. GAGARIN, *The First Law of the Gortyn Code*, *Greek, Roman and Byzantine Studies* 29 (1988) 335-343.

GAGARIN 2008 = M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, Cambridge 2008.

GAGARIN 2010 = M. GAGARIN, *Legal procedure in Gortyn*, in *Symposion 2009: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, (Seggau, 25.-30. August 2009) herausgegeben von Gerhard Thür, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2010, 127-145.

GAGARIN 2017 = M. GAGARIN, *El derecho griego antiguo y la cuestión de su unidad*, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 42, 94 (2017) 13-31.

GAGARIN & PERLMAN 2016 = M. GAGARIN & P. PERLMAN, *The Laws of Ancient Crete c. 650-400 BCE*, Oxford 2016.

GERNET 1916 = L. GERNET, *Observations sur la loi de Gortyne*, in *Revue des Études Grecques*, tome 29, fascicule 135 (1916) 383-403.

GERNET 1937 = L. GERNET, *Sur la notion du jugement en droit grec*, in *Archives d'Histoire du Droit Oriental*, Tome I, 1937, 111-144.

GERNET 1982 = L. GERNET, *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris 1982.

GERNET 2001 = L. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce: Étude sémantique*, Paris 1917 (= Paris 2001).

GIORDANO 2013 = R. GIORDANO, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Milano 2013.

GUARDUCCI 2017 = M. GUARDUCCI, *L'epigrafia greca dalle origini al tardo impero*, Roma 2017.

GUIZZI 2018 = F. GUIZZI, *Gortina (1000-450 A.C.): una città cretese e il suo codice*, Napoli 2018.

HARRIS 2004 = E. HARRIS, *More thoughts on open texture in Athenian Law*, in *Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, coord. Delfim F. Leão, Livio Rossetti, Maria do Céu G. Z. Fialho, Coimbra 2004, 241-262.

HARRIS 2005 = E. HARRIS, *Feuding or the Rule of Law? The Nature of Litigation in Classical Athens. An Essay in Legal Sociology*, In *Symposion 2001: Vorträge zur Dike* - 24 (2021): 83-198

griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Evanston, Illinois, 5.-8. September, 2001) = Papers on Greek and Hellenistic legal history (Evanston, Illinois, September 5-8, 2001). Gargarin, M. & Wallace, R.W. eds., Vienna: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2005, 125-142.

HARRIS 2018 = E. HARRIS, *Trials, Private Arbitration, and Public Arbitration in Classical Athens or the Background to [Arist.] Ath. Pol. 53, 1-7*, in *Athenaion Politeiai tra storia, politica e sociologia: Aristotele e Pseudo-Senofonte*, a cura di C. Bearzot - M. Canevaro - T. Gargiulo - E. Poddighe, Milano 2018, 213-230.

HEADLAM 1892 = J. W. HEADLAM, *The Procedure of the Gortynian Inscription*, in *The Journal of Hellenic Studies*, XIII (1892) 48-69.

HÖLKESKAMP 1992 = Karl-J. HÖLKESKAMP, *Lawgivers and the "Codification of Law" in Archaic Greece [Problems and Perspectives]*, in *Mètis. Anthropologie des mondes grecs anciens*, 7, n.º 1-2, 1992, 49-81.

IC = INSCRIPTIONES CRETICAE, ed. Margherita Guarducci. 4 vols. Rome 1935-1950. Vol. 4, *Tituli Gortynii* (1950), disponível em em <https://epigraphy.packhum.org/book/293?location=474> (consultado em 13-09-2019).

JEFFERY 1949 = L. H. JEFFERY, *Comments on some archaic greek inscriptions*, in *The Journal of Hellenic Studies*, LXIX (1949) 25-38.

JOHNSTONE 2011 = S. JOHNSTONE, *A History of Trust in Ancient Greece*, Chicago 2011.

JÚNIOR 2001 = J. JÚNIOR, *Considerações acerca do "Iudex qui litem suam fecit"*, in *Revista Da Faculdade De Direito* 96 (2001) 103-118.

JUSTO 2000 = A. JUSTO, *Direito Privado Romano I: parte geral*, Coimbra, 2000.

KRISTENSEN 2004 = K. KRISTENSEN, *Codification, tradition, and innovation in the Law Code of Gortyn*, in *Dike* 7 (2004) 135-168.

LEÃO 2001 = D. LEÃO, *Sólon: ética e política*, Lisboa 2001.

LEÃO 2004 = D. LEÃO, *Matéria religiosa: processos de impiedade (Asebeia)*, in *Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, coord. Delfim F. Leão, Livio Rossetti, Maria do Céu G. Z. Fialho, Coimbra 2004, 201-226.

LEÃO 2009 = D. LEÃO, *O sexo e a cidade: um caso de prostituição masculina (Ésquines contra Timarco)*, in *A sexualidade no mundo antigo*, coordenado por José Augusto Ramos, Maria do Céu Fialho, Nuno Simões Rodrigues, Porto 2009, 293-303.

LEÃO 2012a = D. LEÃO, *Fontes para o estudo do direito ático*, in *Humanitas*, LXIV (2012) 97-112.

LEÃO 2012b = D. LEÃO, *Boulomenos, ho*, In *The Encyclopedia of Ancient History*, ed. Roger S Bagnall, Kai Brodersen, Craige B Champion, Andrew Erskine, Sabine R Huebner, 2012, 1177 – 1178.

LEÃO & RHODES 2016 = D. LEÃO & P. J. RHODES, *The laws of Solon: a new edition with introduction, translation and commentary*, London, 2016.

LEBRE DE FREITAS 2013 = J. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*, Coimbra 2013.

LEITE 2014 = P. LEITE, *Ética e retórica forense: asebeia e hybris na caracterização dos adversários em Demóstenes*, Coimbra 2014.

LEMOSSE 1957 = M. LEMOSSE, *Les lois de Gortyne et la notion de codification*, in *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité* IV (1957) 131-164.

LIEBMAN 1960 = E. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Rivista di Diritto Processuale* XV (1960) 551-565.

MAFFI 1976 = A. MAFFI, 'Nomos' e mezzi di prova nella teoria aristotelica e nella prassi giudiziaria attica, in *Seminario Romanistico Gardesano – promosso dall'Istituto milanese di Diritto romano e Storia dei diritti antichi 19-21 maggio*, 1976, 115-126.

MAFFI 1983 = A. MAFFI, *Studi di epigrafia giuridica greca*, Milano 1983.

MAFFI 1986 = A. MAFFI, *La confessione giudiziaria nel diritto Greco*, In: *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge. Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)* Rome 1986, 7-26.

MAFFI 1997 = A. MAFFI, *Il diritto di famiglia nel codice di Gortina*, Milano 1997.

MAFFI 2001 = A. MAFFI, *Hans Julius Wolff e gli studi di diritto greco a trent'anni dal I Symposium*, *Dike* 4 (2001) 269-291.

MAFFI 2002 = A. MAFFI, *Processo di status e rivendicazione in proprietà nel Codice di Gortina: Diadikasia o azione delittuale?*, *Dike* 5 (2002) 111-134.

MAFFI 2003a = A. MAFFI, *Studi recenti sul Codice di Gortina*, *Dike* 6 (2003) 161-226.

MAFFI 2003b = A. MAFFI, *La legittimità a stare in giudizio del kosmos gortinio (IC IV 72 I 51-55 e IC IV 41 IV 6-16)*, in *Symposion 1999: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien 2003, 37-56.

MAFFI 2004 = A. MAFFI, *Gli studi di diritto greco oggi*, in *Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, cur. Delfim F. Leão, Livio Rossetti, Maria do Céu G. Z. Fialho, Coimbra 2004, 33-49.

MAFFI 2007 = A. MAFFI, *Quarant'anni di studi sul processo greco*, *Dike* 10 (2007) 185-267.

MAFFI 2010 = A. MAFFI, *Certeza del diritto nell'ambito del diritto greco*, comunicação oral apresentada no âmbito da Convenção "La certeza del diritto nell'esperienza storica e attuale", Convegno Triennale della Società Italiana di Storia del Diritto, Facoltà di Giurisprudenza a Modena.

MAFFI 2011 = A. MAFFI, *Giudice e mezzi di prova nel diritto di Gortina*, *Collana della Rivista di Diritto Romano – Atti del Convegno Processo Civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo ático in memoria di Arnaldo Biscardi*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 Dicembre 2001, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 153-160.

MAFFI 2015 = A. MAFFI, *Rassegna Critica*, *Dike* 18 (2015) 165-190.

MAFFI 2018 = A. MAFFI, *Toward a New Shape of the Relationship Between Public and Private Law in Ancient Greece*, in *Ancient Greek Law in the 21st Century*, ed. by Paula Perlman, Texas 2018, 70-84.

MAFFI 2019 = A. MAFFI, *Trasimaco fra Platone e Aristotele*, in <http://blog.petiteplaisance.it/wp-content/uploads/2019/04/Alberto-Maffi-Trasimaco-fra-Platone-e-Aristotele-.pdf> (consultado em 10 de Agosto de 2019), 2019, 1-6.

MARQUES 2007 = M. MARQUES, *Introdução ao Direito*, Coimbra 2007.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ 1997 = Á. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Estudio sobre el vocabulário jurídico en el dialecto cretense*, *Fortvnatae*, 9 (1997) 103-123.

MARTINI 1999 = R. MARTINI, *Considerazioni comparatistiche in tema di sacramentum*, in *Mélanges Fritz Sturm I*, cur. Jean-François Gerken... [et al.], Liège 1999, 381-394.

MARTINI 2001 = R. MARTINI, *Diritto Romano e Diritto Greco: (Un'esperienza didattica e di ricerca: bilancio provvisorio)*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, XIII, (2001), 175-184.

MARTINI 2005 = R. MARTINI, *Diritti Greci*, Bologna 2005.

MACLACHLAN 2012 = B. MACLACHLAN, *Isonomia in Gortyn?*, in *Conference, Justice on the Margins, UWO 2011*, 1-22 [disponível em https://www.academia.edu/21245523/Isonomia_in_Gortyn, consultado em 21-11-2021].

- MERRIAM 1885 = A. MERRIAM, Law Code of the Kretan Gortyna, in *The American Journal of Archaeology and of the History of the Fine Arts* 1, (1885) 324-350.
- MESQUITA 2012 = M. MESQUITA, *Reconvenção e Excepção no Processo Civil*, Coimbra 2012.
- MESQUITA 2017 = M. MESQUITA, *A «morte» do princípio do dispositivo?*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 147 (2017) 86-119.
- MITCHELL & RHODES 1996 = L. MITCHELL & P. RHODES, *Friends and Enemies in Athenian Politics*, in *Greece & Rome*, Second Series 43, 1, (1996) 11-30.
- MONCADA 1955 = MONCADA, L., *Filosofia do Direito e do Estado: Parte Histórica*, Coimbra 1955.
- MONTELEONE 2007a = G. MONTELEONE, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, I, Padova 2007.
- MONTELEONE 2007b = G. MONTELEONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Rivista di Diritto Processuale*, LXII, 4 (2007) 863-874.
- MONTERO AROCA = J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1996.
- NIEVA FENOLL 2010 = J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010.
- ORTEGA VILLARO 1986 = B. ORTEGA VILLARO, *Un ejemplo de análisis gramatical: Las leyes de Gortina*, *Revista de Filología de la Universidad de La Laguna* 5 (1986) 185-194.
- OSBORNE 1985 = R. OSBORNE, *Law in Action in Classical Athens*, in *The Journal of Hellenic Studies* 105 (1985) 40-58.
- OSBORNE/RHODES 2017 = R. OSBORNE & P. J. RHODES, *Greek Historical Inscriptions 478-404 BC*, Oxford 2017.
- PALAO HERRERO 2007 = J. PALAO HERRERO, *El sistema jurídico ático clásico*, Madrid 2007.
- Paoli 1925 = U. Paoli, *Giudizi paragrafici nel diritto processuale attico*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II (1925) 218-239.
- PAPANKONSTANTINOY, 2002 = Z. PAPANKONSTANTINOY, *Written Law, Literacy and Social Conflict in Archaic and Classical Crete*, in *Ancient History Bulletin* XVI 3-4 (2002) 135-150.
- PARKER 2005 = R. PARKER, *Law and Religion*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, cur. M. Gagarin, D. Cohen, Cambridge 2005, 61-81.

PELLOSO 2009 = C. PELLOSO, *'Astreintes' e regime probatorio nel processo gortinio: considerazioni in margine a IC IV 72 I, 15-35*, in *Dike* 12 (2009) 91-170.

PELLOSO 2012 = C. PELLOSO, *Giudicare e decidere in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8.*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, Padova 2012, 61-128.

PELLOSO 2016 = C. PELLOSO, *Fase istruttoria e modalità di giudizio nella prima colonna del 'Codice' di Gortina*, in *Atene e oltre: Saggi sul diritto dei greci*, Napoli 2016, 481-513.

PELLOSO 2018 = C. PELLOSO, *'Provare', 'giudicare', 'decidere': brevi note sulla prima colonna del 'codice' di Gortina*, in *Kállistos Nómois: Scritti in onore di Alberto Maffi*, Torino 2018, 133-152.

Pepe 2019 = L. Pepe, *Atene a processo: il diritto ateniese attraverso le orazioni giudiziarie*, Bologna 2019.

PERLMAN 2000 = P. PERLMAN, *Gortyn. The First Seven Hundred Years (Part I)*, in *Polis & Politics: Studies in Ancient Greek History*, cur. P. Flensted-Jensen, T. Nielsen, L. Rubinstein, Copenhagen 2000, 59-89.

PERLMAN 2002 = P. PERLMAN, *Gortyn. The First Seven Hundred Years (Part II): The Laws from the Temple of Apollo Pythios*, in *Even More Studies in the Ancient Greek Polis: Papers from the Copenhagen Polis Centre 6*, Stuttgart 2002, 187-227.

PICÓ I JUNOY 2007 = J. PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona 2007.

PIMENTEL 2008 = A. PIMENTEL, *A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônio*, in *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*, Salvador 2008, 37-68.

PISANI 2006 = A. PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006.

PLATÃO 1967-1968 = PLATÃO, *Laws, Book XI*, translated by R.G. Bury. Cambridge, MA, Harvard University Press; London (1967-1968).

PLATÃO 2007 = Platão, *A República*, introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira, Lisboa 2007.

PLESCIA 1970 = J. PLESCIA, *The Oath and Perjury in Ancient Greece*, Tallahassee 1970.

PUNZI 1965 = C. PUNZI, *Jura novit curia*, Milano 1965.

REIS 2012 = J. REIS, *Código de Processo Civil anotado*, III, Coimbra 2012.

- RENDINA 2014 = M. RENDINA, *Per una critica del principio iura novit curia: Premesse sistematiche*, Milano 2014
- RIES 1989 = G. RIES, Altbabylonische Beweisurteile, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte RA CXIX* (1989) 56-80.
- ROBB 1991 = K. ROBB, *The Witness in Heraclitus and in Early Greek Law*, *The Monist* 74 (1991) 638-676.
- ROCHA 2015 = J. ROCHA, *História do direito no Ocidente: Oriente, Grécia, Roma e Ibéricos: antiguidade*, Rio de Janeiro 2015.
- SATTA 1981 = S. SATTA, *Diritto Processuale Civile*, Padova 1981.
- SCARSELLI 2010 = G. SCARSELLI, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, in *Il giusto processo civile*, 5 (2010) 45-75.
- SEALEY 1994 = R. SEALEY, *The justice of the Greeks*, Ann Arbor 1994.
- SEELENTAG 2014 = G. SEELENTAG, *An Epic Perspective on Institutionalization in Archaic Crete*, in *Cultural Practices and Material Culture in Archaic and Classical Crete: Proceedings of the International Conference, Mainz, May 20-21, 2011*, cur. O. Pilz, G. Seelentag, Berlin/Boston 2014, 121-140.
- SEELENTAG 2015 = G. SEELENTAG, *Das Archaische Kreta: Institutionalisierung im Frühen Griecheland*, Berlin/Boston 2015.
- SIRON 2017 = N. SIRON, *Le laconisme des Athéniens. Construction de l'évidence des faits dans les discours judiciaires de l'Athènes classique (V^e-IV^e siècles avant J.-C.)*, *Hypothèses* 20 (2017) 93-107
- SLANSKI 2012 = SLANSKI, *The Law of Hammurabi and its audience*, *Yale Journal of Law & the Humanities* 24 (2012) 97-110.
- SMITH 1924 = G. SMITH, *The Administration of Justice from Hesiod to Solon*, Chicago 1924.
- STEIN 1893 = F. STEIN, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig 1893.
- STOLFI 2006 = E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006.
- STOLFI 2020 = E. STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia: Legge, politica, giustizia*, Roma 2020.
- STÜRNER 1982 = R. STÜRNER, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, Tübingen 1982.
- TALAMANCA 1979 = M. TALAMANCA, 'Δικαζειν' e 'κpinein' nelle testimonianze greche più antiche, in *Symposion 1974*, Köln-Wien (1979) 103-135.

TALAMANCA 2017 = M. TALAMANCA, *Dike ouk eisagogimos: Contributi allo studio del processo attico*, Volume postumo a cura di Alberto Maffi, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Akten der Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtsgeschichte, 26, 2017.

TARUFFO 2013 = M. TARUFFO, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, in *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

THOMAS 1995 = R. THOMAS, *Written in stone? Liberty, equality, orality and the codification of law*, *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 40 (1995) 59-74.

THOMAS 2005 = R. THOMAS, *Writing, Law, and Written Law*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, cur. M. Gagarin, D. Cohen, Cambridge 2005, 41-60.

THÜR 1970 = G. THÜR, *Zum δικάζειν bei Homer*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Weimar (1970) 426-444.

THÜR 2007 = G. THÜR, *Die Einheit des 'Griechischen Rechts'. Gedanken zum Prozessrecht in den griechischen Poleis*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics* IX (2007) 25-54.

THÜR 2010 = G. THÜR, *Legal procedure in the Gortyn Code. Response to Michael Gagarin*, Symposium 2009, hg. v. Gerhard Thür, Akten der Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtsgeschichte 21, Wien 2010, 147–150.

THÜR 2012 = G. THÜR, *Rechtstransfer aus dem Vorderen Orient im archaischen griechischen Prozess*, in *Transferts culturels et droits dans le monde grec et hellénistique (Actes du colloque international, Reims, 14-17 mai 2008)*, hg. v. Bernard Legras, Paris 2012, 47–61.

THÜR 2014a = G. THÜR, *Rationality and irrationality in the ancient Greek law of procedure*, in *Fundamina* 20 (2014) 916-924.

THÜR 2014b = G. THÜR, *Richter, Beweis und Urteil im Stadtrecht von Gortyn (Kreta, 5. Jh. v. Chr.)*», LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“, Arbeitspapier 12, 2014, 1–12 [disponível em https://epub.oeaw.ac.at/0xc1aa5576_0x003766c8, consultado em 10-03-2022].

TODD 1993 = S. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1993.

UBERTIS 2018 = G. UBERTIS, *Dialettica probatoria e terzietà del giudice*, in *Ars Interpretandi: Rivista di Ermeneutica Giuridica*, VII, n.º 1 (2018), 57-70.

VAN EFFENTERRE/DEMARGNE 1937 = H. VAN EFFENTERRE & P. DEMARGNE, *Recherches à Dréros, II Les inscriptions archaïques*, in *Bulletin de correspondance hellénique* 61 (1937), 333-348.

VAN EFFENTERRE/RUZÉ 1994 = H. VAN EFFENTERRE & F. RUZÉ, *Nomima. Recueil d'inscriptions politiques et juridiques de l'archaïsme grec*, Tome I: Cités et institutions. Rome: École Française de Rome, 1994, disponível em: http://www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1994_cat_188_1 (consultado em 22-07-2019).

VERDE 1972 = G. VERDE, *Contro il giuramento suppletorio e contro una recente pronunzia della Corte costituzionale*, in *Il foro italiano* XCV (1972) 2753-2762.

WHITLEY 1997 = J. WHITLEY, *Cretan Laws and Cretan Literacy*, in *American Journal of Archaeology* 4 (1997) 635-661.

WILLETTS 1955 = R. WILLETTS, *Aristocratic Society in Ancient Crete*, London 1955.

WILLETTS 1967 = R. WILLETTS, *The Law Code of Gortyn*, Berlin 1967.

WILLETTS 1982 = R. WILLETTS, *Cretan laws and society*, in *The Cambridge Ancient History*, 2nd ed., vol 3, Part. 3: the expansion of the Greek world, eight to sixth centuries B.C., cur. J. Boardman, N. Hammond, Cambridge 1982, 234-248.

WOLFF 1946 = H. WOLFF, *The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks*, in *Traditio* 4 (1946) 31-87.

WOLFF 2013 = H. WOLFF, *Diritto greco – Diritto tolemaico*, in *Dike* 16 (2013) 97-122.

WOODARD 1997 = R. WOODARD, *Greek writing form Knossos to Homer: a linguistic interpretation of the origin of the Greek alphabet and the continuity of Ancient Greek Literacy*, New York 1997.

WÜRTHWEIN 1977 = M. WÜRTHWEIN, *Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess*, Berlin 1977.

ZETTEL 1977 = G. ZETTEL, *Der Beibrigungsgrundsatz: Seine Struktur und Geltung im deutschen Zivilprozessrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1977.

ZUCCOTTI 2000 = F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico: elementi per uno studio comparatistico*, Milano 2000.