GABRIEL JOSÉ BERNARDI COSTA

A responsabilidade do 'arbiter ex compromisso' no direito romano clássico

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Alessandro Hirata

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

GABRIEL JOSÉ BERNARDI COSTA

A responsabilidade do 'arbiter ex compromisso' no direito romano clássico

Dissertação de Mestrado apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Romano e Sistemas Jurídicos Contemporâneos, sob a orientação do Professor Associado Dr. Alessandro Hirata.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

Catalogação da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Costa, Gabriel José Bernardi

A responsabilidade do 'arbiter ex compromisso' no direito romano clássico ; Gabriel José Bernardi Costa ; orientador Alessandro Hirata -- São Paulo, 2021.

215 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Romano e Sistemas Jurídicos Contemporâneos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Arbitragem. 2. Compromissum. 3. Receptum Arbitrii. 4. Responsabilidade do árbitro. 5. Iudex qui litem suam fecit. I. Hirata, Alessandro, orient. II. Título.

Agradecimentos

Os erros, desacertos e incorreções do texto que permanecem são, claro, responsabilidade exclusiva do autor; mas poderiam ter sido acompanhados de muitos outros, se não fosse pela inestimável revisão, ajuda e paciência dos meus amigos Camila Sato, Carlos Spasiani Jr., Mariana Cardoso Zimmermann, João Camilo de Oliveira e Danieli Chiuzuli. Agradeço também a Ana Laura Carvalho por toda ajuda que me forneceu desde a matrícula à entrega deste trabalho.

Agradeço também a Professora Rosanna Ortu por me receber na Faculdade de Direito da Universidade de Sassari, onde pude realizar parte dos estudos; bem como a todos os funcionários da biblioteca daquela instituição que me prestaram um auxílio indispensável na consulta das obras utilizadas neste trabalho.

Semelhante agradecimento também deve ser dado aos funcionários das várias bibliotecas da Universidade de São Paulo, em especial das Faculdades de Direito de São Paulo e de Ribeirão Preto, cuja contribuição foi igualmente inestimável.

Por fim, devo agradecer também ao meu orientador, o Professor Alessandro Hirata, que sempre esteve disposto a ouvir minhas dúvidas e prestar-me seus conselhos.

Obrigado.

À minha família.

Resumo

COSTA, Gabriel José Bernardi, *A responsabilidade do 'arbiter ex compromisso' no direito romano clássico*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2021.

A arbitragem enfrenta o problema, enquanto instrumento extraprocessual de resolução de litígios, de como vincular o árbitro à execução do seu dever e, consequentemente, como responsabilizá-lo por violar esse mesmo dever; uma vez que, sem solucioná-lo, não há garantia de que aquela controvérsia será efetivamente decidida. Este trabalho investiga a maneira pela qual o direito romano respondeu ao problema. Assim, analisa-se os elementos constitutivos da arbitragem privada romana, o "compromissum" – celebrado entre as partes - e o "receptum arbitrii" - celebrado entre as partes e o árbitro -, procurando identificar a dinâmica jurídica que os permeava e as consequências normativas perante a responsabilidade do árbitro. Fundamental nesse sentido foi o estudo sobre o edito do pretor e seu tratamento da matéria, cuja rubrica reconstruída indica uma promessa de responsabilidade administrativa contra o árbitro, precluindo o exercício de uma ação e de uma responsabilidade jurisdicional. Tentou-se buscar as razões desse especial tratamento, em uma análise mediante um paralelo com o "iudex" e "arbiter" do processo judicial ordinário e com a responsabilidade por "litem suam facere" a que estes estavam sujeitos, para, daí, extrair algumas conclusões sobre a responsabilidade do árbitro e sua relação com a dinâmica de risco que repousava sobre as partes.

Palavras-chave: Arbitragem; Compromissum; Receptum Arbitrii; Responsabilidade do árbitro; Iudex qui litem suam fecit.

Abstract

COSTA, Gabriel José Bernardi, *The 'arbiter ex compromisso's liability in classical roman law*, Dissertation (Master), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2021.

As an alternative instrument of dispute resolution, arbitration faces the problem as to how to bind the arbiter to his duty and, consequently, how to make himself liable for the violation of those same duties; since, without a solution to this problem, there is no assurance that the controversy would be decided. This work investigates the way by which roman law has answered this particular problem. Therefore, it analyses the fundamental elements of roman private arbitration, the "compromissum" – concluded between the disputing parties – and the "receptum arbitrii" – concluded between the parties and the arbiter –, trying to identify the legal dynamic that ran through them and the normative consequences for the arbiter's liability. Fundamental was the study of the praetor's edict and it's handling of the subject, whose reconstructed section indicates a promise of administrative liability against the arbiter, excluding the exercise of an action and the jurisdictional liability. It was made an effort to search for the reasons of this special treatment, through an analysis of the "iudex" and "arbiter" from the ordinary judicial procedure and the liability by "litem suam facere" to which those individuals were submitted, in order to extract some conclusions about the private arbiter's liability and his relationship with the risk dynamic that lay amongst the parties.

Keywords: Arbitration, Compromissum, Receptum arbitrii, Arbiter's liability, Iudex qui litem suam fecit.

Nota Metodológica

As referências bibliográficas empregadas neste trabalho levaram em consideração o modelo apresentado por E. MARCHI em "*Guia de metodologia jurídica*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2009".

A primeira menção a uma obra encontra, na respectiva nota de rodapé, sua referência completa; sendo que, nas menções seguintes, a referência é feita de forma abreviada. Nas notas subsequentes, porém, não há alusão à nota em que o respectivo texto foi originalmente referenciado. Decidiu-se por essa apresentação mais sintética, pois uma relação exaustiva de todas as obras usadas no texto poderá ser encontrada ao final do trabalho, cujas entradas – além de apresentarem todos os elementos identificativos das respectivas obras – são organizadas alfabeticamente conforme o sobrenome dos autores.

As fontes primárias referenciadas ao longo do texto foram reunidas em um índice de fontes específico ao final do trabalho.

Quando alguma fonte primária mereceu algum destaque neste estudo, ela foi apresentada – integral ou parcialmente – em um quadro separado do restante do texto; no qual o texto latino foi reproduzido à esquerda, e a respectiva tradução, à direita. As alterações a esse esquema, quando ocorreram, deram-se pela necessidade de adaptar a estrutura textual da fonte às limitações gráficas da obra.

Os fragmentos de fontes clássicas transcritas no corpo do trabalho foram acompanhados de uma tradução em língua portuguesa elaborada pelo próprio autor, sendo exclusivamente suas quaisquer inexatidões ou falhas. Não obstante, foi de grande utilidade o confronto com outras traduções já publicadas.

As fontes clássicas referentes ao *Corpus Iuris Civilis* foram extraídas da edição de T. MOMMSEN, P. KRÜGER, R. SCHÖLL e W. KROLL (*Corpus Iuris Civilis*, Vol. 1 – 3, Berlin, Weidmann, 1872, 1892 e 1895). Para os fragmentos das Instituições de Gaio, fez-se uso da edição de U. MANTHE (*Die Institutionen des Gaius*, 2ª Ed., Darmstadt, WBG, 2010) e F. DE ZULUETA (*The Institutes of Gaius – Part I – Text with Critical Notes and Translation*, Oxford, Clarendon, 1958). As edições das demais fontes diretamente referenciadas ao longo do trabalho foram indicadas a partir de suas respectivas citações.

Siglas e Abreviações das Fontes Secundárias

AHDE Anuario de Historia del Derecho Español;

ANRW Aufstieg und Niedergang der römischen Welt;

AUPA Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo;
BIDR Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano – Vittorio Scialoja;

ED Enciclopedia del Diritto;

EI Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti;

Index Index – Quaderni Camerti di Studi Romanistici, International

Survey of Roman Law;

IURA Iura – Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico;

JLH The Journal of Legal History;

Labeo – Rassegna di Diritto Romano;

NDI Nuovo Digesto Italiano;

NNDI Novissimo Digesto Italiano;

PWRE Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft;

RIDA Revue Internationale des Droits de l'Antiquité;

RFD Revista da Faculdade de Direito da USP;
SDHI Studia et Documenta Historiae et Iuris;

SZ Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – RA;

TLL Thesaurus Linguae Latinae;

TR Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis;

Abreviações das Fontes Primárias

C. *Código de Justiniano*;

CIL Corpus Inscriptionum Latinarum;

C. Th. *Código de Teodósio*

Cons. Consultatio ueteris cuiusdam iurisconsulti;

D. Digesto;

Gai. Instituições de Gaio;

I. Instituições de Justiniano;

Nov. Novelas de Justiniano;

Sumário

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	OS ELEMENTOS DA ARBITRAGEM PRIVADA	10
	2.1. O "compromissum"	10
	2.2. O "arbiter ex compromisso"	29
	2.3. O "receptum arbitrii"	34
	2.4. A sentença do árbitro	53
3.	A RESPONSABILIDADE DO ÁRBITRO	78
	3.1. A "interpositio" do pretor e a reconstrução da cláusula edital	78
	3.2. A promessa edital e a "coercitio" do pretor	92
	3.3. Manifestações concretas da coerção	114
	3.4. Paralelos entre "arbiter ex compromisso" e "iudex"	118
	3.5. O "iudex qui litem suam fecit"	122
	3.6. Considerações parciais sobre a responsabilidade do juiz	153
	3.7. A ação contra o "arbiter ex compromisso" e C. 2, 3, 29, 2	154
	3.8. As reformas de Justiniano	171
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	178
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	185
6.	ÍNDICE DE FONTES	205
7.	ÍNDICE ONOMÁSTICO	212

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem, caracterizada por um procedimento privado em que se submetia um litígio à decisão de um árbitro privado estranho à relação existente entre os litigantes, não foi uma ideia exclusiva dos romanos e tampouco lhes cabe a sua invenção¹. Práticas semelhantes podem ser encontradas na experiência jurídicas de diversos povos e em diversos momentos. O que é particular ao direito romano é a estrutura jurídica ali assumida por essa figura, cuja criação deve-se à técnica jurisprudencial e à política pretoriana do período clássico².

Mas, malgrado a possível conveniência da arbitragem como instrumento de solução de controvérsias³, sua utilidade repousava em uma delicada relação com o direito. Se a normas jurídicas ignorassem o procedimento arbitral, ele seria ineficaz, perdendo o apelo como remédio aos conflitos privados. Se, por outro lado, a regulação fosse muito minuciosa, a arbitragem tornar-se-ia um simples reflexo do processo judicial e, consequentemente, redundante⁴.

¹ G. CRIFÒ, Arbitrato (diritto romano), in ED 2 (1958), p. 893.

² J. PARICIO, Los arbitrajes privados em la Roma clásica, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 22.

³ P. STEIN, Roman arbitration – an english perspective, in Israel Law Review 29 (1995), p. 216. Segundo uma hipótese levantada por M. MARRONE (cf. Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana, in Rivista dell'arbitrato 6 (1996), p. 8 e 17-20), o uso da arbitragem teria sido promovido e incentivado, além dos motivos de fundo, pela inclusão dos outros povos itálicos na comunidade romana. Como forma de se afastarem do processo público, atrelado à tradição da cidade de Roma, esses outros povos teriam se voltado à arbitragem privada como meio de obterem decisões mais próximas aos valores e regras vigentes antes do período da romanização. Nas palavras do romanista italiano, "il proprium dell'arbitrato sarebbe appunto il fato di essere espressione di gruppi 'amicali', o comunque 'sociali' – intesi come faticosamente ho tentato di chiarire –, nei quali i componenti si identificano più che nella compagine statale, talché ritengano più siciuro, anzi affato naturale, risolvere tra essi stessi le controversie privatistiche che reciprocamente li riguardano, affidandole quindi ad uno dei loro anziché ad um giudice integrato in uma struttura – la struttura statale – da essi, in relazione all'affare di cui si trata, vissuta come strana". Um possível indício da hipótese levantada por M. MARRONE, poderia ser encontrada na 1ª Carta de Paulo aos Coríntios, 6, 1-8; nesse trecho epistolar bíblico, Paulo repreende os membros daquela congregação por recorrerem a juízes não-cristãos na resolução de suas controvérias. Ele pergunta aos devotos: "Atreve-se um de vós, em litígio com outro, a ser julgado perante os injustos, e não os santos? [...] Não existe entre vós nenhum sábio que conseguirá julgar no meio do seu irmão?". A posição de Paulo representaria um exemplo de desconfiaça do povo cristão perante os juízes oficiais impostos pelos romanos e uma interpelação para que os cristãos procurassem juízes membros das comunidades cristãs e que compartilhassem os mesmos valores dos litigantes (cf. A. D'ORS, El arbitraje jurídico, in ID., Parerga historica, Pamplona, EUNSA, 1997, pp. 283-285).

⁴ P. STEIN, *Roman arbitration*. cit., p. 218. Ainda que se possa aproximar a arbitragem do processo jurisdicional ordinário, em virtude de seu caráter privado, a existência de uma fase *apud iudicem*, em que as partes estariam perante um *iudex privatus*, não criava um necessário paralelo com a arbitragem. A linha divisória mais marcante entre os dois esquemas encontrava-se na fonte dos poderes do julgador: enquanto o *iudex* assumia o encargo de julgador por um ato de nomeação do magistrado judiciário, fundado no seu *imperium*, o *arbiter* recebia os seus poderes de um ato negocial privado das partes (cf. F. BONIFACIO, *Arbitro e Arbitratore* (*diritto romano*), in NNDI 1 (1958), p. 925).

O procedimento arbitral dependeria, portanto, da solução das dificuldades advindas de dois elementos: 1) a execução da sentença arbitral e 2) a vinculação do árbitro à sua função de julgador. Esses seriam os dois pontos aos quais o direito deveria conceder instrumentos adequados para atribuir efetividade à arbitragem, sob pena de não haver garantias à obtenção de uma sentença definitiva ao litígio nem garantias de sua observação pelas partes⁵.

A fim de solucionar a primeira dessas dificuldades, a jurisprudência romana criou uma complexa figura formada por recíprocas "*stipulationes poenae*", pelas quais as partes em conflito prometiam pagar uma determinada pena pecuniária, na hipótese de uma delas desrespeitar ou ignorar a decisão proferida pelo árbitro escolhido⁶. Essa figura era conhecida como "*compromissum*"⁷.

Pelo "compromissum" o direito romano provia uma solução indireta à execução da sentença. Não se executava a decisão do árbitro, mas, por meio da aplicação da pena compromissada, obrigavam-se as partes a respeitá-la. Além disso, funcionava como instrumento para a garantia de que a sentença viria a ser proferida, pois estabelecia parâmetros à lealdade das partes⁸.

No entanto, a segunda daquelas dificuldades impostas pela arbitragem privada – isto é, a vinculação do árbitro ao seu papel – não pôde ser solucionada unicamente por uma atuação negocial dos litigantes e dependia de algum grau de intervenção jurídica externa. Assim, este trabalho pretende investigar como se dava a responsabilidade do árbitro no direito clássico, quais eram os instrumentos jurídicos empregados em sua concretização e quais os paralelos que podem ser traçados perante a responsabilidade do juiz ou do árbitro do processo judicial ordinário.

Para isso dividiu-se o trabalho em duas partes. Na primeira, são analisados os elementos que compunham a estrutura negocial da arbitragem privada romana, dando particular atenção ao "compromissum" (Cap. 2.1), ao "receptum arbitrii" (Cap. 2.2 e 2.3) e à dinâmica jurídica ali manifestada (Cap. 2.4).

⁵ P. STEIN, Roman arbitration. cit., p. 218.

⁶ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 3.

⁷ Cf. Cap. 2.1, abaixo.

⁸ A. FERNANDEZ BARREIRO – J. PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*, Madrid, Paideia, 2000, p. 142.

Já na segunda parte, investiga-se a responsabilidade do árbitro propriamente dita. Deu-se atenção à rubrica edital referente ao "receptum arbitrii" e à sua reconstrução, uma vez que é conhecida apenas parcialmente; para, daí, demarcar com um pouco mais de precisão os instrumentos empregados pelo pretor na responsabilização do árbitro que violasse os seus deveres (Cap. 3.1).

Uma exposição sobre a mecânica e atuação do pretor na concretização da rubrica edital (Cap. 3.2 e 3.3) é seguida por um panorama da responsabilidade do "iudex" e do "arbiter" do processo ordinário por "litem suam facere" (Cap. 3.4, 3.5 e 3.6). Com isso, tentou-se traçar alguns paralelos com a responsabilidade do "arbiter ex compromisso" – que cumpria uma função similar –, a fim de compreender as diferenças substanciais entre as duas figuras e extrair alguma conclusão sobre os motivos que impediam uma equiparação substancial entre elas.

Por fim, deu-se uma breve atenção ao procedimento arbitral no período pós-clássico e a Iust. C. 2, 3, 29, 2 (531 d. C.), que representa o único registro nas fontes do "arbiter ex compromisso" sendo responsabilizado por "litem suam facere" e, consequentemente, por uma ação judicial (Cap. 3.7 e 3.8).

Após esse trajeto, arriscou-se algumas considerações finais a título de conclusão (Cap. 4), sugerindo a hipótese de que a responsabilidade do árbitro – tal como gravada no edito do pretor e no Digesto – estava intrinsecamente relacionada à dinâmica jurídica da arbitragem, que não oferecia nenhum risco substancial aos litigantes no caso de o árbitro descumprir seus deveres.

2. OS ELEMENTOS DA ARBITRAGEM PRIVADA

2.1. O "compromissum"

A palavra "compromissum" corresponde à substantivação do verbo "compromittere", cujo registro mais antigo encontra-se no senatusconsulto "de Bacchanalibus", datado de 186 a. C, proibindo os cultos a Dionísio⁹. Nessa inscrição, o termo é empregado indistintamente como a simples realização de uma promessa solene¹⁰; no entanto, esse uso genérico – que pode ter sido predominante antes da recepção da arbitragem privada pelo edito do pretor – perderia lugar em favor de outro mais técnico¹¹.

Etimologicamente, o termo tem origem na composição da preposição "co-" e o verbo "promittere", sugerindo a ideia de uma promessa realizada em conjunto com outro sujeito¹². E, enquanto termo técnico-jurídico, a palavra manteve esse teor de bilateralidade, designando a combinação mútua de promessas destinadas à instauração e submissão das

⁹ CIL 10, 104.

¹⁰ Segundo E. FORCELLINI (cf. v. compromitto, in ID., Lexicon totius latinitatis, Vol. 1, 4ª Ed., Padova, Furlanetto, 1945, p. 739), o verbo em questão "generatim est simul promittere" e "speciatim est mutuo promisso fidem suam obligare". Sobre o sentido genérico do termo, cf. também O. HEY, v. compromitto, in TLL, vol. 3, cc. 2167-2168 e P. GLARE, v. compromitto e v. compromissum, in ID., Oxford latin dictionary, 2ª Ed., Oxford, Clarendon, 2012, p. 420.

¹¹ Na moderna linguagem corrente, o verbo "comprometer" é capaz de carregar diversos significados. Ele pode denotar – sem qualquer conotação valorativa – um simples acordo, uma promessa ou mesmo o envolvimento da parte em algo. Mas podem também indicar, agora com uma carga valorativa negativa, a ideia de "expor(se) a risco, embaraço ou prejuízo" ou a ideia de "causar dano" a algo ou alguém (cf. A. HOUAISS – M. VILLAR, v. comprometer, in ID. Dicionário Houaiss de língua portuguesa, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 779). Conforme uma hipótese levantada por D. DAUBE (cf. Compromise, in ID, Collected Studies in Roman Law, t. 2, Frankfurt, Klostermann, 1991, pp. 1373-1374), esse significado negativo dos termos não estaria presente na antiguidade clássica, porque só viria a se estabelecer na literatura a partir do século XVII, na França. Conforme esclarece o autor, esse sentido pejorativo decorreria do estabelecimento do jansenismo como doutrina cristã de oposição religiosa aos jesuítas, condenando não apenas a imoralidade, mas também aquela atitude pragmática de reciprocidade ("give-and-take") aplicada aos valores fundamentais do cristianismo. A influência cultural do jansenismo teria se apropriado do verbo "comprometer-se" e seu substantivo para denotar (e condenar) as práticas ocasionalmente cometidas, sobretudo pelos jesuítas, perante os valores cristões.

¹² A. ERNOUT – A. MEILLET, v. mitto, in ID., Dictionnaire étymologique de la langue latine – Histoire des mots, 4ª Ed., Paris, Klincksieck, 2001, pp. 407-408; M. DE VAAN, v. mitto, in ID., Etymological dictionary of latin and other italic languages, Leiden, Brill, 2008, pp. 383-384; A. WALDE – J. B. HOFMANN, v. mitto, in ID., Lateinisches etymologisches Wörterbuch, Vol. 2, 3ª Ed., Heidelberg, Carl Winters, 1954, pp. 97-98; S. SEGURA MUNGUÍA, v. mitto, in ID., Lexicón (incompleto) etimológico y semántico del latín y de las voces actuales que proceden de raíces latinas o griegas, Bilbao, Universidad de Deustro, 2014, pp. 387-394, especialmente, p. 389

partes a um juízo arbitral¹³, e normalmente instrumentalizada pela celebração de recíprocas "stipulationes poenales" entre os litigantes¹⁴.

Na caracterização do compromisso, o fragmento Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 1 – diz N. RAMPAZZO¹⁵ – estaria na base de uma série de equívocos presentes na romanística sobre arbitragem, principalmente pela forma como é traduzido e interpretado pelos autores.

ad finiendas lites pertinet.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 1: Compromissum Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 1: O compromisso, ad similitudinem iudiciorum redigitur et reconduzido à semelhança dos processos judiciais, concerne à delimitação de litígios.

À primeira vista, o texto sugeriria que o "compromissum" teria por objetivo o término das lides existente entre as partes ("ad finiendas lites pertinet"). Contudo, segundo N. RAMPAZZO¹⁶, apesar de essa ser uma interpretação possível, ela seria simplificadora demais. A análise do texto exigiria a individuação de dois níveis interpretativos: um linguístico e outro jurídico.

No âmbito linguístico, o significado de "finis" e, em particular "finire", seria aquele de definir ou delimitar, fosse no sentido de pôr fim a uma atividade ou no de fixar um âmbito de atuação¹⁷. Sendo que, no âmbito judiciário da burocracia imperial, o termo também

¹³ E. FORCELLINI, v. compromitto, in ID., Lexicon totius latinitatis, Vol. 1, cit., p. 739 ("Speciatim de partibus litigantibus, quae mutuo promisso fidem suam obligant, se arbitri electi judicio obtemperaturas"); H. DIRKSEN, v. Compromissum e v. Compromittere, in ID., Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum, Berlin, Duncker & Humblot, 1837, pp. 176-177 ("Mutua promissio. Conventio cum poenae stipulationes" e "Mutua promissione convenire [de arbitro recipiendo]"); H. HEUMANN - E. SECKEL, v. Compromittere, in ID., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9ª Ed., Jena, Gustav Fischer, 1926, p. 85 ("sich gegeseitig verpflichten, die Entscheidung eines Rechtsstreits einem Schiedsrichter zu überlassen und sich seinem Ausspruch zu unterwerfen, einem Schiedsgerichtsvertrag abschließen" e "compromissum (Subst.), die Uebereinkunft über die Entscheidung eines Rechtsstreits durch einen Schiedsrichter"); A. BERGER, v. compromissum (compromittere), in ID., Encyclopedic dictionary of roman law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 401 ("An agreement of the parties to submit their controversy to an arbitator"). Uma ampla relação de fontes pode ser encontrada em O. GRADENWITZ et al., v. compromissum e v. compromitto, in ID., Vocabularium iurisprudentiae romanae, Vol. 1, Berlin, Gregor Reimers, 1903, cc. 855-857.

¹⁴N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse – Consenso e imperatività nelle funzoni giudicanti in diritto romano classico, Napoli, Saturna, 2012, p. 35.

¹⁵ Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 12.

¹⁶ Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 13.

¹⁷ Em relação ao vocábulo "finire", H. HEUMANN – E. SECKEL (v. finire, in ID, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 206) indicam como primeira opção de significado os termos "bestimmen" ou "begrenzen" (conforme Paul. 6 ad Sab. D. 10, 3, 19 pr.; Veron. 1 stipul. D. 45, 1, 137; Nerat. 5 membr. D. 22, 6, 2) e, só como segunda opção, indica o significado de "beendigen". O mesmo sentido sugerem os dicionários

poderia apontar à conclusão de um conflito judiciário ou ao exaurimento de uma fase processual¹⁸. Da mesma maneira, o termo "lis" também é ambíguo e poderia indicar tanto a causa quanto o pedido¹⁹.

Compreendido no contexto do compromisso – que era a etapa preliminar para a resolução da controvérsia e à instituição do procedimento arbitral – o termo "lis" no fragmento em questão representaria a disputa em curso entre as partes; enquanto "finire" aproximar-se-ia ao ato de esclarecimento da questão a ser remetida ao árbitro. Não se tratava, assim, de um efeito jurídico resolutivo do conflito, caso contrário não haveria razão em se recorrer a um árbitro externo às partes para dirimir a questão. O "compromissum" teria a peculiaridade de delimitar o objeto litigioso e reconhecer os limites da controvérsia que existiria entre as partes, a fim de remetê-la ao "arbiter" para julgamento²⁰.

A instituição do procedimento arbitral acordada entre as partes litigantes era puramente negocial e não dispunha de nenhuma força obrigacional autônoma. Diante disso – e em estrita relação com a etimologia da palavra "compromissum" – as partes celebravam "stipulationes poenales" recíprocas, pelas quais cada uma prometia pagar uma pena à outra na hipótese de desrespeitarem o procedimento ou a sentença arbitral²¹.

O uso da "*stipulatio*" em sua forma penal – como uma promessa de pagamento de uma quantia em dinheiro, na hipótese de uma determinada prestação não ser cumprida pelo promitente – era um dos instrumentos jurídicos encontrados pelos romanos para a liquidar o

não-jurídicos, como: M. BACHERLER (cf. v. finio, in TLL, Vol. 6, cc. 780-786, especialmente cc. 781), que define: "i(dem) q(uod) finem facere, imponere, finibus circunscribere, claudere, ad finem (perfectionem) perducere"; C. LEWIS e C. SHORT (cf. v. finio, in ID., A new latin dictionary, New York, Harper & Brothers, 1891), cuja primeira sugestão é de "to limit, bound, enclose within boundries", E. FARIA (cf. v. finio, in ID., Dicionário escolar latino-português, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1962), cujas primeira e segunda entradas são respectivamente "limitar, delimitar, marcar" e "determinar, estabelecer, prescrever, decidir", sendo que apenas na sua terceira entrada que os significados de "acabar, pôr um termo, morrer" são propostos; P. GLARE (cf. v. finio, in ID., Oxford latin dictionary. cit., pp. 771-772) define como "to mark out the boundries of", "to establish the limits of, define" ou como "to describe, define".

¹⁸ Veja-se a forma pela qual a expressão é empregada nos seguintes fragmentos: *Constitutio Tanta*, 8b; Scev. 2 *resp.* D. 2, 15, 14; Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38, 17, 1, 12; Paul. *libro sing. de tac. fid.* D. 50, 16, 229; Paul. *libro sing. ad SC Orfitianum* D. 50, 16, 230; Pap. 14 *resp.* D. 40, 15, 2, 2; Pap. 1 *resp.* D. 50, 1, 17, 12; Severo e Antonino, C. 2, 3, 4, de 206 d. C.; Diocleciano e Maximiano, C. 2, 4, 16, de 293 d. C.; Diocleciano e Maximiano, C. 2, 9, 3, de 294 d. C.

¹⁹ A. BERGER, v. *lis*, in Id., *Encyclopedic dictionary of roman law. cit.*, p. 565; H. HEUMANN – E. SECKEL, v. *Lis*, in Id., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts.* cit., p. 318; W. STEINMANN, v. *lis*, in TLL, Vol. 7, Sec. 2, cc. 1496-1501; H. DIRKSEN, v. *Lis*, in Id., *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum.* cit., pp. 546-547; E. FORCELLINI, v. *lis*, in Id., *Lexicon totius latinitatis*, Vol. 3, 4ª Ed., Padova, Typis Seminarii, 1871, p. 98.

²⁰ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 17-18.

²¹ M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª Ed., München, Beck, 1996, p. 639.

eventual dano oriundo do inadimplemento, mas poderia também ser usada para tornar coercível um determinado comportamento destituído de instrumentos de execução²².

Enquanto instrumento de instauração do juízo arbitral, a presença de "stipulationes" poenales" recíprocas era essencial à validade do compromisso²³. Sem essas penas, as partes não estariam vinculadas a respeitarem a sentença, e o pretor tampouco poderia intervir contra o árbitro recalcitrante²⁴.

Tão significativa era a exigência dessas "stipulationes" recíprocas pelas fontes clássicas, que alguns autores como G. La PIRA²⁵, J. ROUSSIER²⁶ e F. BONIFACIO²⁷, defenderam a completa identidade entre compromisso e "stipulatio"; sobretudo porque, além de não conceder uma "actio", o "compromissum" não dava lugar a uma "exceptio pacti".

Ulp. 4 ad ed. D. 4, 8, 2: Ex compromisso Ulp. 4 ad ed. D. 4, 8, 2: Considera-se que petitionem.

placet exceptionem non nasci, sed poenae do compromisso não nasce exceção, mas a ação da pena.

Consultatio veteris Gregoriani: qui contra arbitri sententiam petit, sola in eum poenae actio ex

cuiusdam Consultatio cuiusdam veteris iurisconsulti, 9, 17²⁸: Item ex corpore iurisconsulti, 9, 17: Igualmente do 'corpus' gregoriano: quem pede contra a sentença do árbitro, compete contra ele apenas a ação da pena <fixada> no

²² M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 568. Como ressalta R. ZIMMERMANN (cf. The law of obligations - Roman foundations of the civilian tradition, Cape Town, Juta, 1990, p. 96-97 e ID., Stipulatio poenae, in The South African Law Journal 104 (1987), pp. 399-400), o compromisso é um dos principais exemplos da função "in terrorem" da "stipulatio poenae" como instrumento privado e voluntário para a garantia (ainda que indireta) da execução de uma determinada prestação. Essa função é expressamente atestada pelo Imperador Antonino Caracala em Anton. C. 2, 55, 1 (213 d. C.).

²³ F. BONIFACIO, *Compromesso*, in NNDI 3 (1959), p. 784.

²⁴ Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 3, 2 e Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 11, 1. Sobre a intervenção do pretor e a responsabilidade do árbitro privado, cf. Cap. 3.1, 3.2 e 3.3, abaixo.

²⁵ Compromissum e litis contestatio formulare, in AAVV, Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento, v. 2, Palermo, Castiglia, 1936, p. 191-192.

²⁶ Du compromis sine poena en droit romain classique, in Revue Historique de Droit Français et Étranger 18 (1939), pp. 167-205.

²⁷ Compromesso. cit., p. 784.

²⁸ No mesmo sentido, do "corpus" Gregoriano: Apenas a ação da pena <fixada> pelo compromisso cabe contra aquele que pede contrariamente à sentença de um árbitro, não cumulada <ação> com a definida no pacto acordado: livro I, título 10. (cf. A. OLIVEIRA, Consultatio ueteris cuiusdam iurisconsulti - tradução e identificação de aspectos retóricos, Dissertação (Mestrado), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 109).

compromisso competit, non etiam compromisso, não cumulada com <a conceptio pacti conventi: lib. I tit. X. ação> do pacto acordado: livro 1, título 10.

Segundo Ulpiano, a celebração de um compromisso concedia às partes somente a possiblidade de manejar a "actio ex stipulatu" para cobrar a pena ("poenae petitio"). Ele não autorizava a concessão de uma "exceptio" contra aquela parte que ajuizasse uma ação, para – no processo ordinário – requerer algo contrariamente à sentença do árbitro.

Ou seja, a via processual ordinária permanecia sempre aberta às partes. A despeito de terem concluído um compromisso, elas poderiam desobedecer a sentença do árbitro e se dirigirem à jurisdição pública, desde que se dispusessem a pagar a pena previamente acordada²⁹.

Como o exercício da "exceptio pacti" seria uma característica comum dos pactos no direito romano clássico³⁰, o "compromissum" não aparentaria ter a natureza de um pacto verdadeiro³¹. E, de fato, essa interpretação parece ter evidências nas fontes. Em todo o longo título D. 4, 8 ("de receptis"), o termo "pactum" e seus correlatos são mencionados em apenas quatro fragmentos, sugerindo que os próprios jurisconsultos romanos não aplicavam ao compromisso o mesmo regime jurídico dos pactos.

Em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2-3³², o termo "pactum" não é empregado na identificação do compromisso, mas como um substituto extraordinário da "stipulatio poenae", fazendo as vezes de elemento coercitivo atrelado ao "compromissum". Em

²⁹ M. Humbert, Deux notes en marge de l'arbitrage romain, in AAVV., IURIS VINCVLA – Studi in onore di Mario Talamanca, v. 4, Napoli, Jovene, 2001, p. 391.

³⁰ Essa característica pode ser claramente vista no fragmento Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 10, 1, em que Ulpiano analisa a aplicação de uma "*stipulatio poenae*" a um determinado pacto. No caso, o jurisconsulto concorda com a opinião de Sabino para admitir que a parte pudesse exercer cumulativamente tanto a "*actio ex stipulatio*" quanto a "*exceptio pacti*", na defesa de seus interesses.

³¹ G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., p. 192.

³² Em Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 11, 2, o termo "pactum" aparece em uma pergunta retórica de Ulpiano, pela qual ele se questiona acerca da eficácia da arbitragem, na hipótese de as "stipulationes" serem substituídas pelo depósito da coisa junto ao árbitro. ("Quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere?"). Em Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 11, 3, o uso do termo pode causar confusão quando Ulpiano reproduz uma opinião de Pompônio, segundo a qual "nudo pacto fiet compromissum". Mas mesmo nesse caso, a palavra "pactum" não é usada como sinônimo de "compromisso", pois também se relaciona ao instrumento coercitivo empregado pelos litigantes, isto é, provavelmente de pactos "de non petendo" autônomos empregados para garantir a observância do compromisso: "ut puta si ambo debitores fuerunt et pacti sunt, ne petat quod sibi debetur qui sententiae arbitri non paruit" (cf. G. ROTONDI, Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee – l'exceptio veluti pacti ex compromisso, in ID., Scritti giuridici, v. 1, Milano, Hoepli, 1922, p. 290 e K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, München, Beck, 1971, pp. 51-52).

específico, tratam-se de um "pactum de non petendo" e um pacto de depósito ou sequestro usados como garantia à obediência da sentença arbitral. Já em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3, o termo se refere a uma das hipóteses de extinção do "compromissum", possivelmente um "pacto de non petendo" destinado a impedir o exercício da "actio ex stipulatu" em juízo³³.

Mais delicado é o fragmento de Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 13, 1, cujo conteúdo parece contrapor-se aos textos anteriormente vistos ao sugerir a possível concessão de uma "*exceptio*" oriunda do "pacto" de compromisso.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 1: Idem Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum et de te poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum. Sed cui rei moveatur, non video: nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est: licet enim et de una re compromittere: si vero ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. Quamquam si petitor fuit qui stipulatus est, possit dici plenum esse compromissum, quia qui veluti convenitur tutus est pacti exceptione, is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem. Sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 1: Do mesmo modo, Pompônio escreve que, se apenas em relação às minhas controvérsias seja feito o compromisso e em relação a ti eu tenha estipulado a pena, deve-se ver se haja ou não um compromisso. Mas não vejo a qual escopo é provocada a questão; porque se é provocada por conta que em relação apenas às controvérsias de um é feito o compromisso, não há razão: certamente é permitido comprometer em relação a uma questão. Se, contudo, é provocada por conta que a "stipulatio" interveio somente para a outra parte, há razão. Contudo se o peticionante foi quem prometeu a "stipulatio", poder-se-ia dizer que o compromisso é pleno, porque o réu é protegido como se por uma exceção de pacto; e o autor, se não obedecer ao árbitro, tem a "stipulatio". Mas não creio que isso seja verdade. De fato, não é suficiente ter a exceção para que o árbitro seja coagido a proferir a sentença.

³³ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 73-74 e n. 77.

O fragmento reproduz um comentário de Ulpiano sobre uma opinião ambígua de Pompônio a respeito da celebração de um compromisso. Para este último jurista, não haveria compromisso válido se ele fosse concluído somente em relação às controvérsias de uma das partes ("si de meis solis controversiis sit compromissum").

Ulpiano repara na ambiguidade do argumento e o rejeita, caso a intenção de Pompônio se referisse à delimitação da lide, pois admite ser lícito remeter ao árbitro uma única controvérsia ("*licet enim et de una re compromittere*"). Ele, porém, reconhece que a afirmação de Pompônio estaria correta, caso este estivesse se referindo à situação na qual apenas uma das partes tivesse se submetido ao pagamento da pena³⁴.

Diante disso, Ulpiano expõe que, se a "stipulatio" fosse celebrada apenas em favor do credor, então seria possível admitir a validade do compromisso, já que o réu estaria protegido "veluti pacti exceptione". Não obstante, o próprio jurisconsulto conclui pela negativa dessa formulação e ressalta que, para a plena validade da arbitragem, não bastaria que a parte tivesse uma "exceptio" a seu favor ("Sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere")³⁵.

A genuinidade do fragmento é profundamente controvertida; pois a concessão de uma "exceptio" para tutelar o compromisso contradiz não apenas os textos Ulp. ad ed. D. 4, 8, 2 e Consult. 9, 17, como toda a estrutura da figura³⁶. Em um texto publicado no início do século passado, G. ROTONDI³⁷⁻³⁸ defendeu a existência de uma interpolação no fragmento.

³⁴ G. ROTONDI, Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee. cit., 1922, p. 288.

³⁵ G. ROTONDI, Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee. cit., pp. 288-289.

³⁶ F. BONIFACIO, *Compromesso*. cit., pp. 785-786.

³⁷ Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee. cit., pp. 284-297.

³⁸ Apesar dos excessos da crítica interpolacionista no início do século XX, diversos juristas aceitam a tese de G. ROTONDI; cf. F. SCHULZ, Einführung in das Studium der Digesten, Tübingen, Mohr, 1916, p. 121; G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., p. 193-194; F. BONIFACIO, Compromesso. cit., p. 785-786 e n. 8; J. PARICIO, Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia, in RIDA 31 (1984), p. 286; A. D'ORS, Derecho Privado Romano, 10ª Ed., Pamplona, EUNSA, 2004, p. 186-187). Apesar de concordar com a interpolação do fragmento, ainda que limitada à figura da "exceptio pacti", M. TALAMANCA (cf. Ricerche in tema di 'compromissum'. cit., p. 108-114 e n. 167) discorda da tese de G. ROTONDI por acreditar em se aproximar a uma concepção demasiadamente voluntarista da questão. Para o autor, a inexistência da "exceptio" no compromisso decorreria de uma restrição operada pela interpretação jurisprudencial. Apoiando-se em uma breve observação de J. DECLAREUIL (cf. Du compromis en droit romain et en droit français, Tese (Doutorado), Faculté de droit de Paris, Paris, 1887, p. 49), segundo a qual a admissão de uma "exceptio pacti" conduziria a um desequilíbrio entre as partes, M. TALAMANCA especula, como ele próprio admite, que o desequilíbrio decorreria do desbalanceamento entre os instrumentos de tutela dispostos pelas partes, pois, enquanto o a parte-autora teria à sua disposição somente um meio para a obtenção da pena e nenhuma ação para tutelar o interesse plasmado no pacto, o réu receberia - além da ação para cobrar a pena – um instrumento de tutela do interesse compromissado, a "exceptio". O autor italiano sugere encontrar alguns indícios dessa tese em Jul. 4 dig. D. 4, 8, 49, 2, em que a noção de desequilíbrio surge

Além do antagonismo aos demais textos do Digesto, o autor italiano aponta o uso da expressão "veluti pacti exceptione", cuja presença também aparece em Iust. C. 2, 55, 5 pr. (530 d. C.), como sinal de uma interpolação pré-justinianeia no texto de Ulpiano³⁹.

Segundo a interpretação de K.-H. ZIEGLER⁴⁰, Pompônio teria sustentado a opinião de que poderia haver um compromisso na hipótese de apenas o autor se tornar credor da pena perante a parte contrária, como quando ("veluti") o réu estivesse protegido por uma "exceptio pacti" e fosse absolvido pelo árbitro. Assim, Pompônio estaria pensando que um "pactum de non petendo" poderia ter sido concluído em favor do réu no lugar da tradicional sanção estipulatória.

Consequentemente, K.-H. ZIEGLER⁴¹ reconhece que a partir de Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 13, 1 não se poderia inferir que Pompônio ou Ulpiano tivessem em mente uma "*exceptio pacti*" concedida a partir do compromisso. Ou seja, a menção à "*exceptio*" no texto desse fragmento não seria necessariamente fruto de uma interpolação, pois poderia corresponder a uma figura completamente distinta e oriunda dos mecanismos alternativos à "*stipulatio poenae*"⁴².

A instituição de uma "exceptio veluti pacti" inerente à própria arbitragem privada – e nisso K.-H. ZIEGLER⁴³ concorda com G. ROTONDI – só seria reconhecida no período pósclássico e justinianeu. Mas mesmo então, a regra contida em Ulp. ad ed. D. 4, 8, 2 e Consult. 9, 17 teria permanecido intacta. O texto de Iust. C. 2, 55, 5 pr. registra a concessão de uma exceção em favor do litigante, mas o próprio fragmento deixa claro que ela não nascia do

como argumento, quando a "mentio hereditatis" em relação aos herdeiros de apenas uma das partes no compromisso seria reputada como não escrita. Contrário à opinião de M. TALAMANCA é J. PARICIO (cf. Los arbitrajes privados em la Roma clásica. cit., p. 32), para quem a questão seria mais pragmática. Como eram muitas as causas que poderiam conduzir ao fim da arbitragem e à dissolução do compromisso, não seria interessante fechar por completo as portas do processo ordinário mediante uma concessão de uma exceptio às partes.

³⁹ G. ROTONDI, *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee*. cit., pp. 291-297. Uma posição particular sobre Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 13, 1 tem M. HUMBERT (cf. *Deux notes en marge de l'arbitrage romain*. cit., p. 394, n. 10), que aceita ser interpolada a frase "*neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur*", pois o trecho final contradiria os parágrafos anteriores e o pensamento do próprio Ulpiano presente em 13 *ad ed*. D. 4, 8, 11, 3. Ele não acredita que o texto seja interpolado nos termos propostos por G. ROTONDI, pois a divergência entre Pompônio e Ulpiano, bem como o testemunho de Iust. C. 2, 55, 5 pr. (530 d. C.) poderiam ser considerados mais como critérios de autenticidade que de intervenção no fragmento.

⁴⁰ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 51-52.

⁴¹ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 51-52.

⁴² Um emprego de mecanismo alternativo na garantia de obediência à sentença arbitral pode também ser visto em Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 11, 2.

⁴³ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 183-185.

"compromissum", e sim da sentença arbitral devidamente prolatada pelo árbitro e subscrita pelas partes⁴⁴.

Na primeira metade do século passado, G. LA PIRA⁴⁵ considerou a inexistência de uma "exceptio" e da sempre presente menção às "stipulationes" pelas fontes para defender que o "compromissum" não poderia ter sido um acordo autônomo celebrado pelas partes, assumindo relevância jurídica apenas se traduzido nas recíprocas "stipulationes". A estrutura clássica do compromisso seria unicamente aquela de um negócio formal, bilateral ou plurilateral, concluído pela celebração de duas ou mais "stipulationes", com as quais as partes submeteriam uma controvérsia à decisão de um árbitro.

Desse pressuposto, G. La PIRA⁴⁶ extrai algumas consequências exegéticas. Talvez a mais relevante delas tenha sido inferir um paralelismo perfeito entre o compromisso e a "*litis contestatio*" e, por consequência, entre o processo arbitral e o processo ordinário. Desse paralelismo, o autor italiano deduz uma série de características de cada procedimento, preenchendo as lacunas de um com as informações do outro.

Dentre as conclusões de G. La PIRA⁴⁷, estava a hipótese de que – assim como no processo formulário – também na arbitragem privada as partes lançariam mão de fórmulas típicas para determinarem o julgamento a ser realizado pelo árbitro, materializadas em uma tradução do texto do "*iudicium*" para o discurso direto⁴⁸.

Grande parte da tese de G. LA PIRA seria posteriormente refutada pelo descobrimento das "*Tabulae Herculanenses*", cujo conteúdo reproduz diretamente o texto de alguns compromissos celebrados na cidade de Herculano⁴⁹. As tabuletas TH 76 e TH 82, por

⁴⁴ Esse fragmento é analisado no Cap. 3.8, abaixo.

⁴⁵ Compromissum e litis contestatio formulare. cit., pp. 189-194.

⁴⁶ Compromissum e litis contestatio formulare. cit., pp. 189-226.

⁴⁷ Dentre as outras conclusões sugeridas pelo jurista, estava aquela de que de todas as menções textuais ao termo "pactum" ou à "exceptio" vinculadas ao "compromissum" fossem interpoladas. cf. G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., pp. 192-209.

⁴⁸ G. La Pira (*Compromissum e litis contestatio formulare*. cit., pp. 210-212) reconstrói algumas fórmulas que ele supõe terem sido usadas na celebração das "*stipulationes*" compromissárias, no mesmo modelo da fórmula usada nos "*iudicia*", mas sob a redação do discurso direito.

⁴⁹ O compromisso era um acordo celebrado verbalmente, sobretudo porque implicava na conclusão de "*stipulationes*", mas os termos do compromisso poderiam e, muito provavelmente, eram reduzidos a termo num instrumento escrito. As tabuletas encontradas em Herculano são alguns exemplos de compromissos escritos (cf. TH 76, 81 e 82 e D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration*, Oxford, Holo, 2004, pp. 115-116).

exemplo, indicam que o compromisso não imitava a fórmula do processo ordinário⁵⁰. Por sinal, essas fontes sugerem que havia diversas maneiras de se redigir um compromisso⁵¹.

Pautado por essas novas fontes, M. TALAMANCA⁵² contesta a posição até então dominante na romanística – representada justamente por G. LA PIRA – e propõe uma nova interpretação para a natureza do compromisso. Para o autor, as tabuletas de Herculano comprovariam que o "compromissum" seria, na realidade, algo autônomo às "stipulationes poenales".

Para o autor, na base de toda "stipulatio" estaria uma "conventio", um acordo de interesses celebrado entre os litigantes cuja eficácia seria reforçada por aquele contrato verbal⁵³. A questão estaria, contudo, no grau de eficácia autônoma deixado a ao acordo subjacente, após as partes terem celebrado as "stipulationes poenae" como reforço obrigacional de seu conteúdo⁵⁴.

Normalmente, quando as partes tivessem transferido todo o regramento de seus interesses a uma "*stipulatio*", a "*conventio*" perderia a autonomia jurídica que justificasse seus efeitos, mesmo se esse acordo fosse capaz de, por si só, dar origem a uma "*actio*"⁵⁵. Esse é, por exemplo, o caso do mútuo que deixa de existir quando o seu conteúdo é traduzido em uma "*stipulatio*"⁵⁶.

Por outro lado, era também possível que as partes celebrassem uma simples promessa de pena, para o caso de verificada a realização de uma determinada condição. Nesse caso, a prestação primária – tal como definida pela "conventio" – não seria abarcada pela "stipulatio" e manteria a sua existência e eficácia jurídica autônomas. A constatação do

⁵⁰ O paralelismo entre "*iudicium*" e "*arbitrium*" já poderia ser considerado afastado pela interpretação dada a Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 1, que considera o "*compromissum*" como o instrumento de delimitação as controvérsias e não o instrumento de extinção dos litígios.

⁵¹ M. TALAMANCA, Ricerche in tema di compromissum. cit., pp. 6-11.

⁵² M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*. cit., pp. 66-69.

⁵³ Nesse sentido, que Pedio (Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 3) afirmaria "nullum esse contractum, nullam esse obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat". Com isso, o jurisconsulto romano pretenderia indicar que, mesmo nos negócios aperfeiçoados pela entrega material da coisa ou pelo proferimento de palavras solenes, eles deveriam ser erigidos sobre a voluntariedade do comportamento negocial. E, para M. TALAMANCA (cf. Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 39, n. 12), o fragmento iria além, indicando que a "conventio" na base do negócio obrigatório explicaria e influenciaria os efeitos deste último.

⁵⁴ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*. cit., pp. 38-40 e ID., *Istituzioni di diritto romano*. cit., p. 565.

⁵⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*. cit., p. 565.

⁵⁶ Paul. 3 *quaest*. D. 45, 1, 126, 2. Um fenômeno análogo pode ser visto no contrato de sociedade presente em Paul. 3 *epit. Alf. Dig.* D. 17, 2, 71, 1.

inadimplemento, enquanto condição para cobrança da pena estipulada, só poderia ser feita pela análise dos termos da "*conventio*" subjacente⁵⁷.

TH 76: In controversia quae est inter L. Cominium Primum et L. Appuleium Proculum de finibus fundi Numidiani qui est L. Comini Primi et fundi Strataniciani qui est L. Appulei Proculi quodque L. Appuleium Proculum et L.Cominium Primum de ea controversia invicem sibi deberi praescriptum sit [...] deberi pe [...] de ea controversia ita stipulati sunt itaque pacti: quod Ti. Crassius Firmus arbiter ex compromisso inter L. Cominium Primum heredemve eius palam coram utroque praesenti sententiam prove sententiam dicat dicive iubeat et ante dum ante K. Februarias primas sententiam dicat dicive iubeat diemque compromissi proferat proferrive iubeat: si quid adversus ea factum erit sive quid ita factum non erit HS M probos recte dari dolumque malum huic rei arbiterioque abesse afuturumque esse.

TH 76: Na controvérsia que há entre L. Cominio Primo e L. Apuleio Próculo em relação aos limites do fundo Numidiano, o qual é de L. Cominio Primo, e o fundo Strataciano, que é de L. Apuleio Próculo, e que L. Apuleio Próculo e L. Cominio Primo reciprocamente em relação a essa controvérsia deve ser prescrito [...] em relação a essa controvérsia são assim estipulantes e assim pactuado: que Ti. Crassio Firmo "arbiter ex compromisso" entre L. Cominio Primo ou seu herdeiro e L. Apuleio Próculo ou seu herdeiro profira a sentença ou ordene a sentença a ser proferida, abertamente na presença de uma e outra parte, antes das próximas calendas de fevereiro, e prorrogue o prazo do compromisso ou ordene proferir a sentença: se algo contra isso for feito ou que assim não for feito, deverá pagar devidamente 1000 bons sestércios, estando ausente dolo a esta matéria e ao "arbitrium" e sendo assim no futuro.

Segundo M. TALAMANCA⁵⁸, em TH 76, o texto mais bem conservado das tabuletas de Herculano e que permite sua quase completa reconstrução, mostraria como a "stipulatio" poderia ser configurada mediante uma cláusula genérica ("si quid adversus ea factum erit

۰,

⁵⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*. cit., p. 568.

⁵⁸ Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 69.

sive quid ita factum non erit HS M probos recte dari"), que operaria como a sanção contra a inexecução dos deveres inseridos no pacto de compromisso subjacente, mas sem, com isso, absorvê-lo⁵⁹.

Ele rejeita a interpretação de equivalência entre o compromisso e as "*stipulationes poenales*", pois estas – ainda que vinculadas entre si de maneira interdependentes – só poderiam produzir os efeitos que lhe fossem próprios. E, como a eficácia da "*stipulatio*" era apenas obrigacional e de natureza penal, elas não poderiam absorver os efeitos constitutivos do "tribunal arbitral"⁶⁰.

A vinculação da parte à decisão do árbitro não exauria o conteúdo do compromisso, cuja "conventio" subjacente seria autônoma e teria eficácia própria. A instituição da arbitragem, a definição das regras de seu funcionamento, a escolha dos árbitros, a delimitação da lide a ser-lhe remetida e todas as outras questões procedimentais teriam sido efeitos inadmissíveis de serem produzidos pelo contrato formal de "stipulatio", que só admitiria o dever de pagar a pena em caso de desrespeito à decisão do árbitro ou ao procedimento escolhido⁶¹.

Porém, apesar dos méritos da opinião de M. TALAMANCA, o cerne eficacial do compromisso permaneceria vinculado às "*stipulationes*", cuja existência era essencial à coerção sobre o árbitro recalcitrante. Além do mais, a conexão palingenética demonstrada por O. LENEL⁶² entre Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 10, 1 e Ulp. 4 *ad ed.* D. 4, 8, 2 manteria intacto o obstáculo à ideia do compromisso como um "*pactum*" verdadeiro e independente das "*stipulationes*"⁶³.

⁵⁹ A mesma característica poderia ser também constatada em TH 82, apesar de se tratar de um texto mais lacunoso; cf. M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*. cit., p. 69, m. 68 e J. PARICIO, *Los arbitrajes privados em la Roma clásica*. cit., p. 23 e n. 15. Contra essa interpretação cf. R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*. cit., pp. 98-100.

⁶⁰ M. TALAMANCA, Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 69.

⁶¹ A autonomia do "compromissum" seria confirmada por Anton. C. 2, 55, 1 (de 213 d. C.), cuja terminologia não deixaria dúvidas do mero caráter acessório da "stipulatio poenae", que serviria para garantir os efeitos jurídicos, de outro modo insuscetíveis de serem produzidos apenas pela "conventio compromissi" (cf. M. TALAMANCA, Ricerche in tema di compromissum. cit., pp. 66-70).

⁶² Palingenesia iuris civilis, v. 2, Leipzig, Tauchnitz, 1889, p. 434, n. 250.

⁶³ Em Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 10, 1, Ulpiano deixaria claro que apenas os pactos genuínos dariam origem a "exceptiones" e, em Ulp. 4 *ad ed.* D. 4, 8, 2, essa qualidade é expressamente excluída do "compromissum", sugerindo que Ulpiano não o considerava um pacto verdadeiro (cf. J. L. LINARES PINEDA, 'Compomissum' y 'receptum arbitrii' – aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación com el moderno, in J. Paricio (Org.), Derecho romano de obligaciones – Homenaje al profesor José Murga Gener, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aracés, 1994, p. 712.

Mas isso não afasta o fato de que, quando as fontes abordam o "*compromissum*", elas não se referem apenas a uma de suas partes, mas ao todo que disciplinasse os termos da arbitragem e a submissão dos litigantes ao árbitro escolhido e às penas prometidas⁶⁴. O compromisso não era simples pacto nem estava limitado às "*stipulationes poenales*"; ele era um fenômeno complexo⁶⁵.

Interessante é a sugestão, já mais recente, de J. L. LINARES PINEDA⁶⁶. Apesar de o "compromissum" só ser constituído e tomar forma com a conclusão das "stipulationes poenales" recíprocas – que constituiriam o núcleo eficacial dessa figura –, o comportamento que as partes pretendessem assegurar seria previamente definido pela "conventio" subjacente, a qual, independentemente da natureza de "pactum", exerceria um papel integrador do conteúdo dessas mesmas "stipulationes".

Aliás, como indicam os estudos conduzidos por R. KNÜTEL⁶⁷, a interpretação da "stipulatio" operada pela jurisprudência romana levava em conta não apenas a pronúncia literal das palavras, mas também as circunstâncias alheias à formulação desse contrato verbal. A rigidez da forma verbal teria sido paulatinamente desfeita, pois sua interpretação, complementação e correção ocorreria à luz dos "pacta" e "conventiones" informais que complementassem a obrigação principal.

Consequentemente, a "*conventio*" compromissária não seria destituída de relevância, pois serviria como fator de integração e interpretação do conteúdo do instrumento sancionatório escolhido pelas partes litigantes⁶⁸.

Não obstante, a exigência da "stipulatio" para a configuração do compromisso não deixava de ser primordial. Diante disso, J. ROUSSIER⁶⁹ chegou a afirmar que "sans poena il n'y a pas de compromis, juridiquement parlant". N. RAMPAZZO⁷⁰ considera essa afirmação

⁶⁴ J. PARICIO, Los arbitrajes privados em la Roma clásica. cit., pp. 28-29.

⁶⁵ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 101, n. 62.

^{66 &#}x27;Compomissum' y 'receptum arbitrii'. cit., pp. 715-717.

⁶⁷ Sobre la interpretación de la estipulación, in J. ADAME GODDARD (Org.), Derecho civil y romano – Culturas y sistemas jurídicos comparados, México, UNAM, 2006, pp. 196-235. Como ressalta R. KNÜTEL, a partir de uma ampla análise das fontes, teria se tornado comum a operação de uma interpretação dos contratos que levasse em consideração a vontade real dos contratantes, mesmo que se tratasse de uma "stipulatio", ao menos depois de Sexto Pédio (cf. Ulp 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 3). Quanto à relação entre "stipulatio" e "conventio", o autor alemão aponta à regra registrada por Paulo, segundo a qual "pacta in continenti facta stipulationi in esse creduntur" e que sugeriria que os acordos informais celebrados conjuntamente às "stipulationes" passariam a fazer parte de seu conteúdo (cf. Paul 3 quaest. D. 12, 1, 40).

⁶⁸ J. L. LINARES PINEDA, 'Compomissum' y 'receptum arbitrii'. cit., pp. 717-718).

⁶⁹ Du compromis sine poena en droit romain classique cit., p. 192.

⁷⁰ Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 24.

desproporcional, pois se apoiaria demasiadamente na exigência das penas recíprocas. De fato, apesar da centralidade assumida pelas "*stipulationes*" na figura do compromisso, o instrumento sancionatório empregado pelas partes poderia ser substituído, em alguns casos excepcionais.

Sem alterar a estrutura complexa de uma "conventio" atrelada a um instrumento sancionatório, a jurisprudência romana admitiu a extensão da ideia de pena para alcançar penalidades que não se constituíssem necessariamente em multas. Um texto de Ulpiano, em que o jurisconsulto admite outros tipos de sanções fazerem as vezes da pena⁷¹.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2: Quod ait "Pecuniam compromissam", praetor: accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria, sed si et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita Pomponius scribit. Quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? Et puto cogendum. Tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. Proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2: Aquilo que diz o pretor: "Pecunia compromissa" nós devemos compreender não só se uma e outra parte prometeram> uma pena em dinheiro, mas <também> se esteja prometida uma outra coisa no lugar da pena, <no caso de> qualquer uma não respeitar a sentença do árbitro; e assim escreve Pompônio. O que, portanto, se a coisa é depositada junto ao árbitro, conforme o pacto para dar a quem vencer ou dar a coisa se não obedecer à sentença, <o árbitro> pode ser coagido a proferir a sentença? Igualmente, se para isso é depositada junto a ele uma quantidade determinada. Então, se tiver prometido ao estipulante uma coisa, e o outro dinheiro, o compromisso é pleno e será coagido a proferir a sentença.

Apoiado em Pompônio, Ulpiano interpreta a expressão edital "pecunia compromissa" de forma ampla, não somente para abranger os casos em que uma "stipulatio"

⁷¹ J. PARICIO, Los arbitrajes privados em la Roma clásica. cit., p. 35.

poenae" houvesse sido celebrada, mas também para abarcar qualquer outra situação em que uma sanção contra o descumprimento da sentença arbitral pudesse ser estabelecida. A título de exemplo, Ulpiano apresenta o caso em que as partes depositam junto ao árbitro uma determinada coisa, para que ele a entregue ao vencedor da causa ou à parte contrária, em caso de desrespeito à sentença. No caso, o depósito da coisa litigiosa substitui a pena.

A extensão interpretativa das hipóteses em que a "coercitio" do pretor ainda seria possível atinge inclusive uma situação extraordinária incluída em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 3.

Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum, ut puta si ambo debitores fuerunt et pacti sunt, ne petat quod sibi debetur qui sententiae arbitri non paruit.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 3: Interdum, ut Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 3: Entretanto, como Pompônio escreve, por simples corretamente conclui-se pacto compromisso, como quando ambos forem devedores e pactuarem que quem não obedeça à sentença do árbitro não peça o que for devido.

Pompônio informa ter sido possível – em algumas ocasiões – celebrar um compromisso por meio de simples pacto ("nudo pacto fiet compromissum"), como na hipótese de ambas as partes serem devedoras uma das outra e acordarem pela renúncia de suas ações ordinárias, a fim de salvaguardarem-se contra o desrespeito da sentença arbitral.

M. TALAMANCA⁷² esclarece que, com a expressão "nudo pacto fiet compromissum", nem Pompônio nem Ulpiano se refeririam à "conventio compromissi", mas à forma adotada pelas partes para garantir a execução dos deveres assumidos no acordo subjacente. O "nudum pactum" seria o substituto às "stipulationes", não ao compromisso mesmo. Em específico, seria um caso de "pactum de non petendo", uma vez que o propósito das partes no caso seria impedir o acesso ao processo ordinário, caso alguma viesse a desrespeitar a sentença arbitral⁷³.

⁷² Ricerche in tema di compromissum. cit., pp. 122-123.

⁷³ M. HUMBERT, Deux notes en marge de l'arbitrage romain. cit., p. 393.

Essas questões, contudo, não parecem ter sido o objeto central da preocupação dos romanos, cuja jurisprudência estava mais afeita a problemas práticos no emprego do "compromissum", envolvendo suas partes, seu conteúdo, validade e formas de extinção.

No procedimento arbitral, a regra era a liberdade. Qualquer um poderia fazer parte de um "compromissum", salvo aquelas que o interesse público resguardasse com maior cautela⁷⁴. Assim, escravos⁷⁵, loucos não representados por um curador⁷⁶, menores que não atuassem com a "auctoritas" de seu tutor⁷⁷ ou que não tivessem atuado como fiador ou garante do pai⁷⁸, não poderiam ser partes em um compromisso.

Tampouco poderiam ser celebrados compromissos cujas causas ofereciam, por sua própria natureza, limites à liberdade negocial das partes⁷⁹. Assim, o compromisso não poderia ter como objeto os "*crimina*", os delitos infamantes⁸⁰, os casos sujeitos às ações populares nem as questões sobre "*status*" referente à liberdade⁸¹.

Ademais, apenas as controvérsias existentes à época da celebração do compromisso poderiam ser submetidas à decisão do árbitro, ficando excluídas do procedimento decisório qualquer conflito superveniente⁸². Essa regra é expressamente mencionada em Paul. 12 *ad Sab.* D. 4, 8, 46 e corresponde ao mesmo princípio aplicável ao "*iudicium*" ordinário⁸³.

Normalmente, o "*compromissum*" era celebrado para resolver um único conflito existente entre as partes. Mas nada impedia que elas o celebrassem para abarcar mais de uma ou, até mesmo, todas as controvérsias existentes entre si⁸⁴. Só não poderiam celebrar um acordo que compreendesse controvérsias futuras ou inexistentes⁸⁵.

Em Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 21, 6 esse tipo de compromisso é chamado de "*plenum*", o que sugeriria se tratar de um termo técnico para o compromisso que abarcasse todas as controvérsias das partes. Contudo, a mesma expressão aparece em outros fragmentos com

⁷⁴ J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 33.

⁷⁵ Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 8 e Ulp. 29 *ad ed*. D. 15, 1, 3, 8.

⁷⁶ Jul. 4 dig. D. 4, 8, 47, 1; Mod. 4 reg. D. 4, 8, 48 e Jul. 4 dig. D. 4, 8, 49.

⁷⁷ Gai. 5 ad ed. prov. D. 4, 8, 35.

⁷⁸ Os fragmentos de Ulp. 29 *ad ed.* D. 15, 1, 3, 9 e Ulp. 29 *ad ed.* D. 15, 1, 3, 10 esclarecem que se um menor celebrasse um compromisso e não viesse a respeitar a sentença proferida pelo árbitro, o seu pai fiaria responsável por uma "*actio de peculio*".

⁷⁹ G. BUGLIANI, Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano, in Rivista dell'arbitrato 17 (2007), p. 384.

⁸⁰ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 6.

⁸¹ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 7.

⁸² F. BONIFACIO, Compromesso. cit., p. 785.

⁸³ Jav. 10 epist. D. 5, 1, 35.

⁸⁴ G. Buigues Oliver, *La solución amistosa de los conflitos en derecho romano – el 'arbiter ex compromisso'*, Madrid, Montecorvo, 1990, p. 213.

⁸⁵ Paul. 12 ad Sab. D. 4, 8, 46.

sentido diverso. Além do já mencionado Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 1; em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 31, a locução é usada para se referir a um compromisso que continha uma "clausula doli"; enquanto em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2, ela é usada para identificar um acordo em que uma das partes prometesse como pena uma quantidade de dinheiro e a outra prometesse uma coisa.

Os diferentes usos do termo, em contextos distintos, sugerem que a expressão "compromissum plenum" não se referia a uma configuração determinada do acordo, com um conteúdo específico, mas a um compromisso que fora validamente concluído e que poderia produzir efeitos⁸⁶.

Além dos requisitos mínimos, as partes poderiam acrescentar cláusulas adicionais ao conteúdo do compromisso, adequando-o às suas necessidades. Por exemplo, além de indicar o árbitro e delimitar a controvérsia, as partes poderiam fixar um prazo para o fim da arbitragem, dentro do qual o árbitro deveria proferir a sua decisão⁸⁷.

si compromissum sine die confectum est, necesse est arbitro omnimodo dies statuere, partibus scilicet consentientibus, et ita causam disceptari: quod si hoc praetermiserit, omni tempore cogendus est sententiam dicere.

Pomp. 11 ad Q. Mucium D. 4, 8, 14: Sed Pomp. 11 ad Q. Mucium D. 4, 8, 14: Mas se um compromisso sem prazo é concluído, é de todo modo necessário fixar o prazo pelo árbitro, entende-se com o consentimento das partes, e assim decidir a causa: se isso for negligenciado, a qualquer tempo poderá ser coagido a proferir a sentença.

Pompônio informa que as partes poderiam fixar um termo final para o proferimento da sentença. Na ausência de tal determinação, caberia ao próprio árbitro, desde que com o consentimento das partes, fazer essa determinação. O jurisconsulto romano esclarece também que, caso o termo não seja fixado pelas partes nem pelo árbitro, então este ficaria sujeito a ser coagido pelo pretor a proferir a sua sentença, a qualquer tempo.

⁸⁶ G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., p. 215. Para N. RAMPAZZO (cf. Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 41), o "compromissum plenum" seria o arquétipo da "conventio" ideal. Isto é, aquela celebrada para exaurir todas as disputas entre as duas partes e dotada de todos os requisitos de validade necessários.

⁸⁷ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 4.

As fontes sugerem, porém, ter sido frequente a presença de disposições que concedesse ao árbitro a faculdade de prorrogar esse prazo⁸⁸.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 25, 1: Haec autem clausula "diem compromissi proferre" nullam aliam dat arbitro facultatem quam diem prorogandi: et ideo condicionem primi compromissi neque minuere neque immutare potest: et ideo cetera quoque discutere et pro omnibus unam sententiam ferre debebit.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 25, 1: Contudo esta cláusula "prorrogar do termo compromisso" não dá nenhuma faculdade ao árbitro além daquela de prorrogar o prazo: e por isso não pode reduzir nem mudar condição do primeiro compromisso: e por isso também deverá discutir as demais e pronunciar uma sentença para todas.

Esse fragmento de Ulpiano é bastante esclarecedor sobre os limites da prorrogação de prazo. Caso houvesse uma cláusula no compromisso concedendo ao árbitro a faculdade de prorrogar o prazo para julgamento, ele não estaria autorizado a livremente alterar a data para o proferimento da sentença. Não poderia reduzir o prazo ou alterar o conteúdo do compromisso, apenas a prorrogá-lo⁸⁹.

Quanto ao regime de extinção do "compromissum", Paulo oferece um panorama interessante das hipóteses normativas disponíveis no direito romano.

est, ut praetor se non interponat, sive initio nullum sit compromissum: sive sit, sed pendeat, an ex eo poena exigi potest: sive postea deficiat poena compromisso soluto die morte acceptilatione iudicio pacto.

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3: Summa rei Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3: É de suma importância que o pretor não intervenha, seja o compromisso nulo desde o início; seja válido, mas penda a possibilidade de exigir a pena; ou depois de ter se extinguido pode ter o compromisso se dissolvido "die". "morte".

"acceptilatione" ou "pacto".

⁸⁹ A mesma regra é repetida por outros fragmentos como: Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 21; Pap. 1 quaest. D. 4, 8, 33; Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 5; Alf. 7 dig. D. 4, 8, 50 e Jav. 11 ad Cass. D. 4, 8, 39, 1.

⁸⁸ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 4, n. 8

Paulo afirma que o pretor não deveria intervir, quando o compromisso fosse nulo desde a origem, caso ele fosse válido mas houvesse dúvidas sobre a possiblidade de cobrança da pena ou quando a pena já tenha deixado de ser exigível, por ter o compromisso sido extinto "die", "morte", "acceptilatione", "iudicio" e "pacto".

Esse elenco indica que o compromisso seria extinto sempre que fosse suprimida, por qualquer motivo, a incidência da pena estipulada⁹⁰. A primeira dessas causas de extinção do compromisso indicadas por Paulo era o decurso do prazo para proferimento da sentença ("die"). Se, até o termo final estabelecido pelas partes ou pelo árbitro, este não tivesse proferido sua decisão, o compromisso seria extinto, uma vez que não seria possível cobrar a pena pelo descumprimento de uma decisão proferida fora do prazo⁹¹.

A segunda hipótese de extinção era a morte ("morte") do árbitro⁹² ou de uma das partes. Não obstante, seria possível incluir uma cláusula autorizando o herdeiro a participar do vínculo compromissário, de modo que, caso seu pai viesse a falecer, a arbitragem poderia continuar perante os sucessores⁹³.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 1: Si heredis mentio vel ceterorum facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum: nec utimur Labeonis sententia, qui existimavit, si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit et is decesserit antequam daret, poenam committi, licet heres eius paratus sit offerre.

Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 27, 1: Se a menção de herdeiro ou dos demais <herdeiros> não tenha sido feita no compromisso, o compromisso é dissolvido pela morte: não empregamos o parecer de Labeão que pensava que se o árbitro tivesse ordenado dar algum dinheiro e ele tivesse morrido antes de ter dado, a pena pode ser cobrada, ainda que o seu herdeiro esteja disposto a oferecer.

Ulpiano esclarece ser possível a sua continuidade para além do falecimento, caso se incluísse no compromisso uma "heredis mentio". Mas é preciso ressaltar a necessidade de

⁹⁰ M. TALAMANCA, Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 81.

⁹¹ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 21.

⁹² Pomp. 11 *ex variis lec*. D. 4, 8, 40.

 $^{^{93}}$ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 4.

que a validade dessa cláusula dependia da inclusão dos herdeiros de ambas as partes. Sem essa reciprocidade, como no caso em que apenas os sucessores de uma das partes fossem mencionados, o compromisso viria a se extinguir com o falecimento de um dos litigantes⁹⁴.

Já a "acceptilatio" consistia na típica forma de extinção de obrigações contraída por meio de uma "stipulatio". Consequentemente, quando as partes dissolviam o vínculo obrigacional da pena estipulada, causavam a extinção do próprio compromisso⁹⁵.

A expressão "pacto", assim como a "acceptilatio", não significaria necessariamente o mútuo dissenso dirigido a extinguir a "conventio" subjacente ao compromisso, mas provavelmente – como sugere M. TALAMANCA⁹⁶ – um "pacto de non petendo" celebrado pelas partes a fim de impedirem o ajuizamento da "actio ex stipulatu" para a cobrança da pena.

Outra hipótese de extinção do compromisso era o "iudicium". Em relação a essa questão, o texto de Paulo é ambíguo, por isso M. TALAMANCA⁹⁷ sugere interpretá-lo junto das outras hipóteses de extinção ("acceptilatio" e "pacto"). Como as outras hipóteses destinam-se a atingir a eficácia da "stipulatio poenae", enquanto instrumento coercitivo da arbitragem, o mesmo propósito teria o "iudicium"; que, neste contexto, corresponderia à "litiscontestatio" sobre a "actio ex stipulatu" para a cobrança da pena.

Não seria caso de interpretá-lo no sentido da "deductio in iudicium" da pretensão inscrita no compromisso, pois o efeito normal da propositura da ação ordinária não seria a extinção do compromisso, mas a "comissio poenae" pela violação da obrigação de respeitar o procedimento ou a decisão arbitral⁹⁸.

2.2. O "arbiter ex compromisso"

Como o compromisso servia ao próposito de constituir as condições para as condições para a resolução de uma determinada controvérsia, as partes usavam-no para nomearem aquele sujeito que elas desejavam investir no encargo de proferir a decisão

⁹⁴ Jul. 4 dig. D. 4, 8, 47, 2.

⁹⁵ F. BONIFACIO, Compromesso. cit., p. 786.

⁹⁶ Ricerche in tema di compromissum. cit., pp. 73-74 e n. 77.

⁹⁷ Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 76.

⁹⁸ M. TALAMANCA, Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 72.

terminativa. Esse sujeito, cuja responsabilidade pretende-se aqui investigar, chamava-se "arbiter", uma palavra com etimologia obscura e controversa.

Não existe consenso sobre a origem desse termo, mas uma opinião com razoável prevalência sugere que o termo seja composto pela união de três partes: "ar", "bit" e "ter", sendo que cada elemento carregaria um sentido diferente e específico.

Enquanto a preposição "ar" (ou "ad", "99) indicaria o movimento em direção a alguma coisa ou lugar, o elemento "baeto" ou "bito" denotaria a própria ação de andar ou deslocarse, ao passo que "ter" corresponderia à desinência típica de um sujeito que desenvolve uma específica atividade 100. A união de todas essas partes denotaria, portanto, aquele sujeito que se moveria em direção a algum lugar ou destino e que, portando alguma prova consigo, poderia pôr fim à controvérsia 101. Mas essa hipótese não é consensual entre aqueles que se ocuparam dela 102.

⁹⁹ Segundo A. ERNOUT – A. MEILLET (cf. v. *arbiter*, in ID., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. cit., pp. 43), "*ar*-" poderia ser uma forma dialetal de "*ad*". Da mesma forma, A. F. RUDORFF, *Römische Rechtgeschichte*, vol. 2, Leipzig, Tauchnitz, 1859, p. 26, n. 9, diz que "*ar*-" corresponderia a uma forma de latim antigo correspondente a "*ad*-".

¹⁰⁰ F. E. VALPY, v. arbiter, in ID., An etymological dictionary of the latin language, London, A. J. Valpy, 1828, p. 30 ("Arbiter, a referee, arbitrator. Soft for 'adbiter' fr. 'bito', I go"); O. HEY, v. arbiter, in TLL, vol. 2, c. 404 ("cf. c. umbr. 'adputrati', fortasse derivatum ab 'ad' ('ar') et 'baetere'''); A. WALDE – J. B. HOFMANN, v. arbiter, in ID., Lateinisches etymologisches Wörterbuch, Vol. 1, 3ª Ed., Heidelberg, Carl Winters, 1938, p. 62 ("Augenzeuge, Schiedsrichter, Gebieter"); M. DE VAAN, v. arbiter, in ID., Etymological dictionary of latin and other italic languages. cit., p. 50. Por sua vez, A. VANIČEK (cf. v. arbiter, in ID., Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache, Leipzig, Teubner, 1874, pp. 46-47) propõe que a palavra "arbiter" fosse originada da raiz indo-europeia "ga/gva/ba", com o sentido de ir, deslocar-se. Assim, na definição desse autor, "arbiter ist der Hinzukommende"; isto é, aquele que se juntava a algo ou alguém, fosse como testemunha ou como uma parte neutra na resolução do conflito. Aceitam essa hipótese: M. WLASSAK, Arbiter, in PWRE II, 1 (1895), c. 408); L. WENGER, Receptum arbitrii, in PWRE IA, 1 (1914), c. 259; C. A. BÖTTCHER, Iudicet iudicarve iubeat - Reflexões sobre as origens do processo civil romano e da bipartição, São Paulo, Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, 2012, pp. 170-171. A propósito, L. WENGER (cf. Receptum arbitrii. cit., c. 259) afirma expressamente que essa etimologia seria definitiva, sendo que quaisquer outras tentativas de explicar a origem etimológica da palavra deveriam ser rejeitadas. Um extenso apanhado (e crítica) de todas as correntes etimológicas é feito por P. MARTINO, Arbiter, Roma, Consiglio Nazionale dele Ricerche e Dipartimento de Studi Glottoantropologici dell'Università di Roma 'La Sapienza', 1986, pp. 10-21.

¹⁰¹ F. E. VALPY, v. arbiter, in ID., An etymological dictionary of the latin language. cit., p. 30 ("One to whom parties fo for his opinion. It i salso used for a spy, a ser, a witness to a sight. That is, one who goes to a place to be on the look out, and see what is going on"); cf. também N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 9-10.

¹⁰² Na opinião de A. ERNOUT – A. MEILLET (cf. v. arbiter, in ID., Dictionnaire étymologique de la langue latine. cit., pp. 43), a única aproximação etimológica possível seria com o termo umbro "arputrati" ("arbitratu"), apesar disso essa relação não seria capaz de esclarecer por completo o termo latino. A relação com o umbro também é atestada por W. M. LINDSAY, The latin language – an historical account of latin sounds, stems and flexions, Oxford, Clarendon, 1894, pp. 287-288 e 577; A. WALDE – J. B. HOFMANN, v. arbiter, in ID., Lateinisches etymologisches Wörterbuch, Vol. 1, cit., p. 62 ("[...] 'arbiter' wäre dann Lehnw[ort] aus dem O[skisch]-U[mbrischen]") e, mais recentemente, por J. UNTERMANN (cf. Wörterbuch des Oskisch-Umbrischen, Heidelbert, Winter, 2000, pp. 53-54), que, apesar de admitir a possível relação entre "arputrati" e "arbitratu", registra que "Die Herkunft von lat. 'arbiter' ist ungeklärt". Pautado por estudos etimológicos mais recentes, M. De VAAN (cf. v. arbiter, in ID., Etymological dictionary of latin and other italic languages.

Outra etimologia – e que mais recentemente tem recebido atenção da romanística¹⁰³ – foi proposta por P. MARTINO¹⁰⁴. Segundo este autor, a palavra "arbiter" teria uma raiz ítalo-semítica 'rb, cujo significado normalmente denota a ideia de "garantia" ou "mediação". O termo teria ingressado no latim a partir do vocabulário empregado pelos mercadores mediterrâneos – principalmente os fenícios¹⁰⁵ –, os quais costumavam recorrer a especialistas ou garantes que se colocavam entre o comprador e o vendedor nos atos de comércio¹⁰⁶.

De qualquer forma, a ideia de um garante ou intermediário que teria se posicionado entre as partes, fosse para permitir a celebração de um ato ou para solucionar uma controvérsia que pudesse ter aparecido por conta do negócio, teria se conservado no vocabulário romano posterior¹⁰⁷. Não sem motivo, a palavra "arbiter" costuma aparecer nas

cit., p. 50) concorda que, normalmente "ar-" costuma ser derivado de "ad" e, portanto, a aproximação com alguma origem umbra seria possível. O autor também ressalta que a única conexão formal possível da palavra "arbiter" com algum elemento anterior seria com "baeto", mas mesmo esse verbo não teria etimologia certa. Segundo P. MARTINO (cf. Arbiter. cit., pp. 11-14), a proximidade do termo latino com o umbro tem fundamentado a tese original de que o termo se originasse de "baeto", "bito". Mas ele ressalva que essa proximidade não permitiria concluir por essa etimologia em específico, pois ela apresentaria, dentre outros empecilhos, alguns obstáculos fonéticos. As palavras "baeto/bito" têm uma vogal interna longa e que muito dificilmente teria sido abreviada na vogal curta de "arbiter". Ainda para P. MARTINO, a fortuna daquela tese etimológica deve-se em grande parte ao seu registro no Thesaurus Linguae Latinae (cf. O. HEY, v. arbiter, in TLL, vol. 2, c. 404). (cf. também N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 11 e D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, Roman Arbitration. cit., p. 18 e n. 24).

¹⁰³ Mais recentemente, tendem a se inclinar pela hipótese de P. MARTINO autores como: A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Contribución al estúdio histórico-jurídico del arbitraje, in Revista Jurídica de la Universidad Autônoma de Madrid 8 (2003), p. 217; ID., La deuda histórica del arbitraje moderno, Madrid, Dykinson, 2017, p. 24; N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 9-10 e J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 21 e n. 11.

¹⁰⁴ Arbiter. cit., especialmente pp. 59-72 e 119-120. Segundo o autor italiano, o termo fenício "arb" (garante) teria sido determinado pelo sufixo latino "-ter", compondo a forma "arb-i-ter", designando aqueles indivíduos que atuavam nos ambientes comerciais etrusco-latinos do mediterrâneo e cumpriam múltiplas funções: pregoeiros, agentes, mediadores, conciliadores, testemunhas, etc.

¹⁰⁵ Ao analisar os tratados firmados entre Roma e Cartago (Políbio, Hist. 3, 22, 8-10), V. MAROTTA (cf. *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e republicana*, in *Ostraka* 5 (1996), pp. 78-79 e nn. 85 e 86) chama a atenção ao fato que já no séc. VI a.C., eles impunham uma restrição aos mercadores romanos que desejassem operar nas regiões da Líbia e Sardenha, onde quaisquer transações comerciais deveriam ser necessariamente realizadas na presença de um funcionário cartaginês ("*keryx*" e "*grammateus*"). Estes intermediários supervisionavam as operações, atribuindo-lhes uma espécie de "fé pública" e prestando uma garantia a favor dos estrangeiros. Mas, conforme esclarece o autor, não se tratava de um privilégio concedido aos romanos, e sim de uma limitação de direito; cujo objetivo seria conservar os interesses comerciais de Cartago nessas regiões. Na análise de P. MARTINO (cf. *Arbiter*. cit., pp. 67-72), essas figuras mencionadas no tratado seriam características da raiz semítica "*'rb*".

¹⁰⁶ Essa mesma raiz está presente, por exemplo, na palavra "arrha", que corresponde a uma modalidade de garantia contratual característica do comércio mediterrâneo e com origem nas línguas semíticas orientais, tendo chegado ao latim por meio do grego (cf. A. ERNOUT – A. MEILLET, v. arra, in ID., Dictionnaire étymologique de la langue latine. cit., p. 48; A. WALDE – J. B. HOFMANN, v. arrabo, in ID., Lateinisches etymologisches Wörterbuch, Vol. 1, cit., p. 69; R. BEEKES – L. VAN BEEK, v. άρραβών, in ID., Etymological dictionary of greek, vol. 1, Leiden, Brill, 2010, pp. 139-140). Sobre a relação da raiz semítica 'rb com a arra e o "arbiter", cf. P. MARTINO, Arbiter. cit., pp. 88-93 e 96-100.

¹⁰⁷ D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration*. cit., p. 19.

fontes com dois sentidos distintos. De uma parte, ela costuma denotar a figura da testemunha, daquele que assiste ou observa algum fato ou evento¹⁰⁸; de outra, o "arbiter" denomina aquele indivíduo que decide uma matéria entre duas partes em virtude de um poder jurídico que lhe tenha sido atribuído¹⁰⁹.

Neste último sentido, portanto, ela denotaria uma modalidade especial de juiz. Com efeito, segundo esclarece É. BENVENISTE¹¹⁰, o árbitro corresponderia a essa figura de julgador que vem de fora e que testemunhara a controvérsia sem ser visto e, como tal, poderia julgá-la livre e soberanamente, sem qualquer vinculação aos fatos precedentes¹¹¹.

Se no processo ordinário, as partes poderiam escolher o "*iudex*" que julgaria o caso, conforme os nomes presentes no "*album iudicium*". O árbitro privado, contudo, poderia ser escolhido conforma a livre vontade das partes, inclusive entre aqueles indivíduos de fora do álbum. Não obstante, essa escolha não era ilimitada, já que nem todas as pessoas tinham legitimidade para serem escolhidos como árbitros¹¹².

Como regra geral, os critérios para assumir essa posição assemelhavam-se àqueles aplicados ao juiz do processo ordinário¹¹³. Assim, eram capazes o "filius familias"¹¹⁴, o ingênuo e o liberto¹¹⁵⁻¹¹⁶. Por outro lado, não poderiam ser árbitros os escravos¹¹⁷, o surdo,

¹⁰⁸ A obra de Plauto contém vários registros do termo "arbiter" sendo usado uma espécie de testemunha (cf. Plaut., Capitivi, 219; Plaut., Mercator, 1005; Plaut., Miles, 158). Em Plaut., Miles, 1137, por exemplo, lê-se: "Sequimini; simul circumspicite ne quis adsit arbiter"; segundo É. BENVENISTE, (cf. Le vocabulaire des institutions indo-européennes – 2. Pouvoir, droit, religion, Paris, Minuit, 1969, pp. 119-121), essa e as demais passagens em Plauto poderiam indicar que "arbiter" e "testis" seriam figuras afins, mas diferentes. Enquanto o "testis" seria aquele que estivesse à plena vista, o "arbiter" veria e ouviria o evento sem ser visto pelas partes (cf. também A. SCAFURO, The forensic stage – settling disputes in graeco-roman new comedy, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 154-192).

¹⁰⁹ É. BENVENISTE, Le vocabulaire des institutions indo-européennes. cit., pp. 119.

¹¹⁰ É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*. cit., pp. 120-122. Opinião semelhante é compartilhada por B. COHEN, *Arbitration in jewish and roman law*, in RIDA 5 (1958), pp. 202-203. Contra essa interpretação, porém, cf. P. MARTINO, *Arbiter*. cit., pp. 24-26.

¹¹¹ Ainda que P. MARTINO (cf. *Arbiter*. cit., pp. 119-120), discorde da afinidade entre "*arbiter*" e "*testis*", ele acredita que o árbitro teria sido recepcionado pelo discurso jurídico nos últimos anos do séc. VI a.C. e início do V a.C., durante os primeiros sucessos reivindicatórios da plebe. Nesse período, a atividade do pretor teria recepcionado como árbitros de disputas os intermediários e peritos que atuavam no foro. Mesmo nesse cenário, seria possível entrever a ideia de um terceiro de fora da disputa que, portando alguma prova ou conhecimento especial, teria qualidades que o capacitariam para atuar na controvérsia.

¹¹² P. STEIN, Roman arbitration. cit., p. 220.

¹¹³ G. BUGLIANI, Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano. cit., p. 385.

¹¹⁴ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 5 e Gai. 5 ad ed. prov. D. 4, 8, 6.

¹¹⁵ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 7 pr.

¹¹⁶ F. BONIFACIO, Arbitro e Arbitratore (diritto romano). cit., p. 926.

¹¹⁷ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 7 pr.

o mudo, o pupilo, o doente mental¹¹⁸, o menor de 25 anos¹¹⁹, o sacerdote¹²⁰ nem as mulheres¹²¹.

Além do mais, a pessoa nomeada deveria ser desinteressada no caso, pois se estivesse investida na questão, a sua atuação encontraria um obstáculo¹²².

Marcian. 2 reg. D. 4, 8, 51: Si de re sua Marcian. 2 reg. D. 4, 8, 51: Se um árbitro quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest.

tenha sido eleito sobre uma questão sua, não pode proferir a sentença, porque a si ordenaria ou proibiria de pedir; e, no entanto, não pode ordenar nem proibir qualquer coisa a si próprio.

Marciano esclarece que o árbitro não poderia proferir a sentença quando fosse escolhido para decidir um caso no qual ele tivesse interesse ("de re sua"). Ele justifica que, ao ocupar essa posição, o árbitro precisaria impor ordens e proibições aos litigantes e isso seria impossível, porque ninguém poderia ser sujeito ativo ou passivo de um comando proferido pela própria pessoa.

A incapacidade do árbitro, fosse porque não estava legitimado a ocupar o cargo de julgador da controvérsia ou porque estivesse em uma situação de conflito de interesses, determinava que sua eventual decisão seria nula¹²³. Por consequência, poderia ser livremente desrespeitada sem risco para as partes¹²⁴.

¹¹⁸ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 1.

¹¹⁹ Pomp. 11 ex var. lec. D. 4, 8, 41.

¹²⁰ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 4.

¹²¹ São poucas as fontes sobre o tema, mas uma constituição de Justiniano (C. 2, 56, 6 [530 d.C.]) deixa clara a proibição em relação às mulheres (cf. G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., pp. 106-107). Existe, porém, um único registro de uma "arbitrix", do séc. I d.C. (CIL 6, 10028): "Sophe thereobathylliana arbitrix imboliarum". "Imbolice" eram interlúdios apresentados por artistas de pantomima entre as peças de teatro mais substanciosas. Essa inscrição sugere que "Sophe" talvez tenha sido uma árbitra entre esses artistas. No entanto, muito pouco poderia ser inferido desse fragmento, mas, ao que parece, um compromisso como esse encontraria pouca guarida pelas regras gerais aplicáveis aos procedimentos arbitrais em geral. Outro registro similar é fornecido por Quintiliano (Orat., 4, 1, 19) que indica a Rainha Berenice, filha de Herodes Agripa I, como árbitra em um caso. Mas esse caso não poderia ser estendido como regra geral; é incerto que se tratasse de uma arbitragem compromissária e Berenice era uma exceção por si própria, uma vez que ela era rainha e filha e um rei (cf. D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, Roman Arbitration. cit., p. 57 e 139).

¹²² P. STEIN, Roman arbitration. cit., p. 220.

¹²³ F. BONIFACIO, Arbitro e Arbitratore (diritto romano). cit., p. 926.

¹²⁴ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 7, 1.

2.3. O "receptum arbitrii"

A simples conclusão do compromisso entre as partes não bastava, contudo, para vincular o árbitro eleito a proferir uma decisão sobre o caso. Ele deveria, antes, aceitar o encargo mediante o "receptum arbitrii". Somente se o árbitro aceitasse o papel de julgador, ele se vincularia ao dever de conduzir o procedimento arbitral e decidir o litígio, nos termos do compromisso subjacente¹²⁵.

autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, videtur arbitrium non recepisse.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2: Recepisse Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2: No entanto, é considerado ter recebido o "arbitrium", como diz Pédio no nono livro, quem assumiu as funções de juiz e prometeu pôr fim às controvérsias com sua própria sentença. Mas se, diz, intervém tão somente para verificar se <as partes> consentiriam discutir a lide a partir de seu conselho ou autoridade, não é considerado ter recebido o "arbitrium".

Ulpiano reporta uma opinião de Sexto Pédio, segundo a qual se consideraria ter aceito o "arbitrium" aquele indivíduo que assumisse as "iudicis partes", prometendo solucionar uma controvérsia mediante sua sentença ("finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur"). O jurisconsulto também acrescenta não haver uma assunção do "arbitrium" ("non videtur arbitrium recepisse"), caso aquele indivíduo apenas interviesse no litígio para averiguar ("ut experiretur") se os litigantes estariam dispostos a discutir a controvérsia a partir de seus conselhos e autoridade ("an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur").

Ao se referirem ao ato de adesão do julgador ao procedimento arbitral, nem Pédio nem Ulpiano fazem uso do substantivo "receptum" - usualmente empregado pela

¹²⁵ J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 36.

romanística – para nomear esse ato de adesão, mas sim do sintagma "arbitrium recipere". Isto é, o núcleo da ação do árbitro é representado pelo verbo "recipere"¹²⁶; que etimologicamente deriva do verbo "capere"¹²⁷, palavra capaz de apresentar múltiplos significados, mas cujo núcleo semântico repousava na ideia de "tomar em mãos", "pegar", "agarrar" ou "apoderar-se de algo"¹²⁸.

No caso de "recipere", a raiz do verbo é acrescida do prefixo "re-", cujo sentido fundamental é aquele de repetição¹²⁹, daí a definição de E. FORCELLINI¹³⁰ de que "stricto sensu, 'recipere' est rursum capere [...]"¹³¹. Não obstante, o termo poderia apresentar outros significados. Aliás, como elucidam A. ERNOUT – A. MEILLET¹³², os verbos derivados de "capere" – tais como "recipere" – costumavam fugir do núcleo semântico de "tomar algo em mãos" para denotarem significados especializados, os quais, muitas vezes, pertenciam a linguagens técnicas como o direito¹³³.

Em alguns textos jurídicos clássicos¹³⁴, de fato, o verbo "recipere" apresenta um significado material de "retomar" ou "recuperar" uma coisa¹³⁵. Em outros, porém, ele denota

¹²⁶ É pela substantivação de "receptus" – particípio passado do verbo "recipere" – que se origina o termo "receptum" (cf. F. RABER, Receptum, in Der Kleine Pauly 5 (1979), p. 1345).

¹²⁷ F. E. VALPY, v. capio, in ID., An etymological dictionary of the latin language. cit., p. 67; A. VANIČEK, v. kap, in ID., Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache. cit., pp. 31-32; A. WALDE – A. HOFMANN, v. capio, in ID., Lateinisches etymologisches Wörterbuch, Vol. 1, cit., pp. 159-160; A. ERNOUT – A. MEILLET, v. capio, in ID., Dictionnaire étymologique de la langue latine. cit., pp. 95-96; M. DE VAAN, v. capio, in ID., Etymological dictionary of latin and other italic languages. cit., pp. 89-90; S. SEGURA MUNGUÍA, v. capio, in ID., Lexicón (incompleto) etimológico y semántico del latín. cit., pp. 48-56, especialmente, pp. 55-56.

¹²⁸ P. GLARE, v. *capio*, in ID., *Oxford latin dictionary*. cit., pp. 295-297 e F. SARAIVA, v. *capio*, in ID., *Novíssimo dicionário latino-português*, 12ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 2006, p. 179.

N. MENDES DE ALMEIDA, Gramática latina – Curso único e completo, 29ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2000,
 p. 326 e J. BASSELAAR, Propylaeum latinum – Volume 1 – Sintaxe latina superior, São Paulo, Herder, 1960,
 p. 379.

¹³⁰ v. recipio, in ID., Lexicon totius latinitatis, Vol. 4, 4ª Ed., Padova, Arnaldo Forni, 1945, p. 25.

^{131 &}quot;Em sentido estrito, 'recipere' é tomar novamente".

¹³² v. capio, in ID., Dictionnaire étymologique de la langue latine. cit., pp. 95-96.

¹³³ E. FORCELLINI, v. *recipio*, in ID., *Lexicon totius latinitatis*, Vol. 4, cit., pp. 25-27; F. SARAIVA, v. *recipio*, in ID., *Novíssimo dicionário latino-português*. cit., pp. 1004-1005; P. GLARE, v. *recipio*, in ID., *Oxford latin dictionary*. cit., p. 1743; A. M. REZENDE – S. B. BIANCHET, v. *recipio*, in ID., *Dicionário do latim essencial*, 2ª Ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2016, p. 346 e, com extenso registro de abonações, J. SCHRICKX, v. *recipio*, in TLL, Vol. 11, cc. 326-353.

¹³⁴ Quanto ao emprego do termo em textos jurídicos, confira-se as várias acepções e abonações registradas em: H. DIRKSEN, v. *recipere*, in ID., *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum*. cit., p. 815; H. HEUMANN – E. SECKEL, v. *recipere*, in ID, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. cit., pp. 493-494 e A. BERGER, v. *recipere*, in ID., *Encyclopedic dictionary of roman law*. cit., p. 669 e J. SCHRICKX, v. *recipio*, in TLL, Vol. 11, cc. 341-344; 346-347; 350-352.

¹³⁵ A título de exemplo, veja-se que em Paul. 17 ad Sab. D. 49, 15, 19 pr., o termo é usado para se referir à recuperação de bens por meio de "postliminium" ("Nam quod bello amissimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere"); em Ulp. 19 ad ed. D. 41, 1, 44, o verbo é empregado na recuperação de uma coisa que havia sido anteriormente subtraída por outrem ("Sed putat potius nostrum manere tamdiu, quamdiu reciperari possit [...] Et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est"); em Ulp. 1 inst. D. 43, 26, 1, 2, o verbo refere-se à

o sentido de "receber", mas sem qualquer conteúdo recuperatório¹³⁶; podendo também indicar, em sentido figurado e com um certo enfraquecimento do prefixo¹³⁷, uma ideia de "aceitação", "admissão" ou "promessa"¹³⁸.

Há, contudo, outro significado para o termo. Em alguns fragmentos, ele aparece com um sentido técnico mais preciso de assumir uma obrigação, assumir um cargo ou de empreender em uma atividade. Nesses casos, "recipere" torna-se um sinônimo de "suscipere" ¹³⁹.

Este verbo também é derivado de "capere". No entanto, ele é acompanhado do prefixo "sub", que significa "por baixo, "sob", "de baixo para cima"¹⁴⁰. Consequentemente, poderia denotar simplesmente o ato de "tomar" ou "pegar algo por baixo", como poderia expressar mais figurativamente a ideia de "assumir algo sob seu próprio encargo", "encarregar-se" ou "empreender algo"¹⁴¹.

Interessante, nesse sentido, uma observação de E. FORCELLINI¹⁴² sobre o verbo "recipere", segundo a qual "saepe est polliceor, promitto. Est autem quiddam amplius quam

expectativa de recuperação de uma coisa, ínsita ao "precarium", o que o diferenciava da doação ("[...] qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus [...]").

¹³⁶ Veja-se que em Ulp. 1 *ad ed. aed, cur.* D. 21, 1, 31, 5, o verbo é usado, num caso de redibição, para indicar a entrega de um escravo viciado ao seu vendedor ("[...] *ab alio partem recipit hominis* [...]"); em Ulp. 27 *ad ed.* D. 13, 4, 2, 8, ele denota o ato de receber um pagamento ([...] *cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere* [...]"); em Jul. 53 *dig.* D. 46, 1, 16, 4, o verbo é também usado para denotar o recebimento de dinheiro em pagamento de uma obrigação natural ("[...] *qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*"); ou em Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 10, quando se emprega o termo para indicar o recebimento do escravo locado pelo "*conductor*" ([...] *qui servum receperunt* [...]").

¹³⁷ E. FARIA, Dicionário escolar latino-português. cit., p. 845.

¹³⁸ Em Pomp. 37 ad Q. Muc. D. 50, 7, 18, fala-se em "recipere" como aceitar o indivíduo relinquido ao inimigo, cujo "legatus" fora golpeado por esse mesmo indivíduo "[...] Quem hostes si non recepissent [...]"); em Ulp. 68 ad ed. D. 43, 8, 2, 28, usa-se o verbo para indicar o recebimento ou coleta de água oriunda da via pública ("[...] non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit [...]"); sentido semelhante é visto em Paul. 2 epit. Alf. dig. D. 8, 3, 29, ao tratar do dever do vizinho de receber as águas oriundas do imóvel superior ("[...] vicinum inferiorem recipere debere.") e em Paul. 21 ad ed. D. 8, 5, 9 pr., em que se menciona o recebimento do "stillicidium" do prédio vizinho ("[...] ne stillicidium meum reciperet [...]").

¹³⁹ H. HEUMANN – E. SECKEL (cf. v. recipere, in ID., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., pp. 493-494) definem que "recipere" – nesses casos – assume o sentido de "auf sich nehmen" ou "übernehmen". Cf. Paul. 2 sent. D. 19, 2, 55 pr.; Marc. lib sing. resp. D. 26, 7, 21; Ulp. 6 disp. D. 40, 1, 4, 1; Ulp. 29 ad ed. D. 16, 1, 8, 1; Paul. 21 quaest. D. 49, 14, 40; Gai. 5 ad ed. prov. D. 4, 9, 51; Ulp. 14 ad ed. D. 4, 8, 3, 2; Ulp. 2 opin. D. 50, 4, 3, 14; Ulp. 23 ad ed. D. 11, 3, 1, 2; Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 5, 3; Mac. lib. sing. resp. D. 26, 7, 21; e também J. SCHRICKX, v. recipio, in TLL, Vol. 11, c. 346.

¹⁴⁰ S. SEGURA MUNGUÍA, v. *capio*, in ID., *Lexicón (incompleto) etimológico y semántico del latín*. cit., p. 56-56. Segundo N. MENDES DE ALMEIDA (cf. *Gramática latina*. cit., p. 326), em algumas palavras começadas por "c", "p" e "t", o prefixo "sub-" tornou-se "sus", por influência da forma antiga "subs"; tal como ocorreria com "suscipio" (isto é, "sus-cipio").

¹⁴¹ P. GLARE, v. suscipio, in ID., Oxford latin dictionary. cit., pp. 2081-2082.

¹⁴² v. *recipio*, in ID., *Lexicon totius latinitatis*, Vol. 4, cit., p. 26. Uma definição semelhante é oferecida por J. SCHRICKX (cf. v. *recipio*, in TLL, Vol. 11, c. 346), segundo quem "*recipit, qui de se promittit, scilicet qui suscipit, quod ipse acturus, factutus, exsecuturus similiter est*". Vale também apontar a definição indicada por H. MENGE (cf. *Lateinische Synonymik*, 5ª Ed., Heidelberg, Carl Winter, 1959, p. 15 e 17-18), pois reforça a

'polliceor', quia significat rei eventum et periculum in se suscipere"¹⁴³. Ou seja, o seu emprego poderia, muitas vezes, denotar uma promessa; mas poderia implicar um significado mais extenso, já que era capaz de expressar a ideia de assumir ou encarregar-se ("suscipere") do perigo ou das consequências de algo.

Esse parece ser o significado presente no fragmento em questão, pois Sexto Pédio indica que quem "arbitrium recipit" era aquele que "iudicis partes suscepit". A relação entre as duas orações aponta para uma correspondência semântica entre "recipere" e "suscipere" 144. Além disso, ambos verbos são empregados como sinônimos em diversos fragmentos ao longo do título D. 4, 8 ("de receptis"), como núcleo da ação vinculativa do árbitro ao procedimento arbitral 145.

Aliás, esse paralelismo semântico não seria exclusivo do "receptum arbitrii". Segundo esclarece D. MEDICUS¹⁴⁶, quando o verbo "recipere" é empregado em relação aos "recepta" em geral – como no caso do "receptum nautae, cauponis, stabularii"¹⁴⁷ ou do

interpretação em questão. Segundo o filólogo alemão, "recipere" poderia significar "'auf sich nehmen, garantieren', sich mit seiner Ehre für die Erfüllung einer Sache verpflichen, so dass man dem andern moralisch verantwortlich ist" e "suscipere", "Etwas freiwillig 'auf sich nehmen', dies ist ein beneficium und Sache der diligentia, für die man anderen, höchstens sich selbst verantwortlich ist".

¹⁴³ "Frequentemente, é 'prometer'. Por outro lado, é alguma coisa mais ampla que 'prometer', porque significa assumir para si o evento e perigo de algo".

¹⁴⁴ Cf. com expressa menção à fonte em questão: H. DIRKSEN, v. recipere, in ID., Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum. cit., p. 815; H. HEUMANN – E. SECKEL, v. recipere, in ID, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 494 e J. SCHRICKX, v. recipio, in TLL, Vol. 11, c. 346.

¹⁴⁵ Além de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2, o verbo "suscipere" é usado em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 3 ("[...] officio quod susceperit [...]"); em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 4 ("[...] arbitrium susceperint [...]"); em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 16 ("[...] arbiterium susceptum [...]"); em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 4 ("[...] Ceterum si postea suscepit, iste quoque omnimodo sententiam ferre debet."); Iust. C. 2, 55, 6 (de 531 d. C.) ("[...] arbitrium in se susceperint [...]"). Vê-se que no direito clássico existe uma preferência pelo uso de "suscipere" por parte de Paulo, mas há exemplos seu uso por outros juristas, como Ulpiano, Sexto Pédio e, no direito justinianeu, por Justiniano que justificariam uma conclusão de não se tratar de uma característica exclusiva a um jurisconsulto. A preferência generalizada por "recipere" em vez de "suscipere" poderia ser encontrada, talvez, na tendência dos jurisconsultos reproduzirem o texto do edito do pretor, que expressamente adotou o verbo "recipere" para nomear a ação do árbitro (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2).

¹⁴⁶ Recipere, in Der kleine Pauly 5 (1979), cc. 1361-1362; nas palavras do autor alemão: "die Übernahme der Garantie für einen bestimmten Erfolg". Confira-se também o estudo terminológico de E. I. BEKKER (cf. 'Recipere' und 'permutare' bei Cicero, in SZ 3 (1882), pp. 2-3), no qual ele diz: "'recipere' bezeichnet das Uebernehmen einer Verbindlichkeit, das Perfektum 'recepisse" also das Bestehen derselben Verbindlichkeit, Verhaftetsein der Rezipienten [...]". Semelhantemente, F. RABER (cf. Receptum, in Der Kleine Pauly 5 (1979), p. 1345) indica que o "receptum" corresponderia ao sentido de "auf sich nehmen" e "übernehmen". Na literatura especifica sobre arbitragem, cf. N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 75 e G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., pp. 225-226.

¹⁴⁷ Ulp. 14 ad ed. D. 4, 9, 1 pr. ("Ait praetor: "Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo"); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 1, 1 ("[...] ne quem recipiant [...] eos quos recipiunt coeundi [...]"); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 1, 3 ("Si quis igitur ex his receperit [...]"); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 1, 6 ("[...] mercem receperint [...]"); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 1, 7 ("[...] si ante eas suscepit."); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 1, 8 ("Recipit autem / [...] quod in navem missae sunt, receptae videntur? Et puto omnium eum recipere custodiam [...]"); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 3 pr. ("[...] res in navem receptae [...]"); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 3, 1 ("[...] res susceptae sint / [...] qui receperit tenetur [...]"); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 3, 2 ("[...] quo exercentes

"receptum argentarii" 148 – ele costuma designar a assunção da garantia por um determinado resultado.

Veja-se que, no caso dos "nautae", "caupones" e "stabularii", garantia-se a integridade e segurança das coisas havidas dentro de suas dependências e que deveriam ser restituídas aos seus clientes¹⁴⁹ e, no caso dos "argentari", prometia-se a um terceiro a garantia de pagamento de um débito de seu cliente¹⁵⁰.

A ligação edital entre as várias formas de "receptum" – como já o demonstrara O. LENEL¹⁵¹ – consistia sobretudo em uma conexão de natureza formal, assentada no emprego do termo "recipere" como signo do elemento de aceitação de uma particular responsabilidade¹⁵². Tratavam-se de atos sortidos e desenvolvidos em sua própria individualidade¹⁵³; dentre os quais, o "receptum arbitrii" era aquele que mais se apartava dos demais, já que não compreendia a assunção de um débito alheio nem a guarda ou restituição de um objeto material¹⁵⁴.

. . . .

negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur."); Ulp 14. ad ed. D. 4, 9, 3, 3 ("Si filius familias aut servus receperit [...]"); Paul. 13 ad ed. D. 4, 9, 4, 1 ("Si nauta nautae, stabularius stabularii, caupo cauponis receperit, aeque tenebitur."); Gai. 5 ad ed. prov. D. 4, 9, 5, 1 ("[...] qui salvum fore recipit [...]"); Paul. 22 ad ed. D. 4, 9, 6, 3 ("[...] qui hospitio repentino recipitur, veluti viator."); Ulp. 18 ad ed. D. 4, 9, 7, 6 ("[...] in solidum receperint.").

¹⁴⁸ Gordiano, C. 4, 18, 1 (de 294 d. C.).

¹⁴⁹ D. RODRIGUES, *A responsabilidade do 'nauta' por fato de terceiro nas ações do 'ius honorarium'*, São Paulo, Tese (Livre-docência), Universidade de São Paulo, 2012, pp. 22-44, especialmente pp. 28-29 e P. FREZZA, *Receptum*. cit. p. 1026.

¹⁵⁰ Iust. C. 4, 18, 2 pr.-1; cf. A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione dele banche romane*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 57-65; M. TALAMANCA, *Argentarii*, in NNDI 1 (1958), pp. 940-941. ¹⁵¹ *Das edictum perpetuum*. cit., p. 33.

¹⁵² De fato, não é fácil perceber o parentesco entre os distintos "recepta", pois entre eles não existe perfeita uniformidade. Cada um envolvia uma prestação diferente, não havendo uma unidade funcional entre as várias figuras. Nesse sentido, a posição de que a reunião dos "recepta" deve-se a critérios meramente formais teve boa recepção ao longo dos anos e pode ser vista reproduzida em vários autores, como: E. I. BEKKER, 'Recipere' und 'permutare' bei Cicero. cit., p. 2; F. KLINGMÜLLER, Receptum, in PWRE IA, 1 (1914), c. 355; E. ALBERTARIO, Receptum, in EI 28 (1935), c. 954; M. KASER, Das römische Privatrecht, Vol. 1, 2ª Ed., München, Beck, 1971, pp. 583-584 e P. FREZZA, Receptum, in NNDI 14 (1980), p. 1026. Por outro lado, A. MAGDELAIN (cf. Le consensualisme dans l'édit du préteur, Paris, Sirey, 1958, pp. 152-155) e M. LÓPEZ-AMOR (cf. 'Receptum argentarii'. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum', in J. PARICIO (Org.), Derecho romano de obligaciones – Homenaje al profesor José Luis Murga Gener, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aracés, 1994, pp. 721-722) acreditam que os "recepta" foram reunidos no edito, para além do critério terminológico, em virtude de envolverem a assunção de obrigações com exclusividade para uma das partes, sendo marcados por uma marcada unilateralidade, bem como pelo fato de todos envolviam alguma espécie de responsabilidade de natureza especial, que ultrapassava os contornos normais da simples responsabilidade contratual.

¹⁵³ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3^a Ed., Torino, Giappichelli, 1963, pp. 191-192.

¹⁵⁴ D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration*. cit., p. 137. Por sinal, já no início do século passado, já dizia J. PARTSCH (cf. *Der ediktale Garantievertrag durch receptum*, in SZ 29 (1908), p. 405) que aquele que desejasse compreender as peculiaridades histórico-jurídicas dos três "*recepta*", do ponto de vista do edito do pretor, deveria separar o "*receptum arbitrii*" dos demais, pois ele estaria sujeito a um regime jurídico substancialmente diferente.

Como Sexto Pédio informa no fragmento em análise, o árbitro não recebia uma coisa ou dinheiro, mas o "arbitrium". Esse termo também se apresenta como um substantivo de múltiplos significados¹⁵⁵. Em sentido geral, "arbitrium" designa o "poder", "discricionariedade" ou "controle" de um indivíduo sobre algo¹⁵⁶. Mesmo em contextos jurídicos, o termo poderia denotar vários sentidos diferentes¹⁵⁷, como o procedimento presidido pelo árbitro ou a sua livre apreciação e juízo sobre uma causa¹⁵⁸. Poderia inclusive significar a própria sentença proferida na arbitragem¹⁵⁹.

Mas quando o termo "arbitrium" é empregado em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2 como objeto da ação do árbitro, assinalada pelo verbo "recipere" ou "suscipere", Sexto Pédio parece estar reproduzindo – com muita probabilidade – o texto do edito do pretor, que a emprega no núcleo de sua respectiva rubrica, conforme se lê expressamente em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2¹⁶⁰.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2: Ait praetor: Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2: Diz o pretor: "Oui arbitrium pecunia compromissa receperit".

"Quem tiver recebido o 'arbitrium' <mediante uma pena> compromissada em dinheiro".

Se o ingresso do árbitro na arbitragem compromissória implicava a assunção da garantia ou incumbência de algo, o "arbitrium" haveria de corresponder à atividade ou às tarefas desenvolvidas por esse indivíduo. Nesse sentido, esclarecem H. HEUMANN – E.

¹⁵⁵ E. FORCELLINI, v. arbitrium, in ID., Lexicon totius latinitatis, Vol. 1. cit., pp. 301-302; O. HEY, v. arbitrium, in TLL, vol. 2, cc. 410-415; F. SARAIVA, v. arbitrium, in ID., Novíssimo dicionário latino-português. cit., p. 97; P. GLARE, v. arbitrium, in ID., Oxford latin dictionary. cit., pp. 175-176.

¹⁵⁶ Ulp. 6 opin. D. 10, 2, 49 ("[...] qui suo arbitrio distrahunt [...]").

¹⁵⁷ H. DIRKSEN, v. arbitrium, in ID., Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum. cit., p. 78; H. HEUMANN – E. SECKEL, v. arbitrium, in ID, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 39; A. BERGER, v. arbitrium, in ID., Encyclopedic dictionary of roman law. cit., p. 366.

¹⁵⁸ Ulp. 28 ad Sab. D. 4, 8, 45 ("In compromissis arbitrium personae insertum personam non egreditur."); Ulp. 11 ad ed. D. 4, 2, 14, 5 ("[...] arbitrium absolutionem adfert [...]"); Gai. 9 ad ed. prov. D. 13, 4, 3, 8 ("Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio [...]"); Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D. 21, 1, 31, 13 ("[...] tunc in arbitrium iudicis veniet [...]").

¹⁵⁹ H. MENGE (cf. Lateinische Synonymik. cit., p. 124) aponta o "arbitrium" como análogo a "effatum", definindo-o como "Auspruch eines Schiedsrichters". Nas fontes, significativa é a definição de Paul. Fest. v. arbitrium, De verborum significatione: "dicitur sententia quase ab arbitro statuitur". Cf. também: Scaev. 2 dig. D. 4, 8, 44 ("Inter Castellianum et Seium controversia de finibus orta est et arbiter electus est, ut arbitratu eius res terminetur [...]") e Iust. C. 2, 55, 4 pr. ([...] sanctissimo arbitrio et huiusmodi rem censemus esse componendam.").

¹⁶⁰ Sobre a rubrica edital e a possível reconstrução de seu trecho faltante, cf. o Cap. 3.1 abaixo.

SECKEL¹⁶¹ que, quando aquele vocábulo ocupava a posição de objeto do verbo "recipere" – como é recorrente em relação à arbitragem¹⁶² – ele designaria as funções ou o cargo de árbitro ("die Funktionen, das Amt eines Schiedsrichters").

Isso parece corroborado em Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 13, 2; pois, quando Ulpiano explica que "recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit" – mais que um paralelo entre "recipere" e "suscipere" – a frase também exibe uma relação entre o "arbitrium", da primeira oração, e a locução "iudicis partes", da segunda.

O vocábulo "pars", ali, não denota a ideia de "uma fração do todo", já que não haveria lógica ao se dizer que o árbitro é aquele que assume uma fração do juiz. O termo, portanto, é usado em sentido figurado e denota o "officium", a função ou o papel a ser exercido pelo julgador da causa¹⁶³.

O sentido – tal como apresentado pelas fontes clássicas – é figurado ¹⁶⁴. Não obstante, é possível que a expressão "*receptum arbitrii*" tivesse mantido alguma lembrança semântica das formas mais arcaicas de arbitragem, em que os litigantes confiariam ao árbitro não somente o encargo de decidir a lide, como também lhe teriam entregue a própria coisa litigiosa para que a guardasse e entregasse – após o proferimento da decisão – a quem acreditasse ser o seu titular ¹⁶⁵.

fórmulas na conclusão do "compromissum".

¹⁶¹ v. arbitrium, in ID, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 39. Não se deve, porém, compreender a expressão "arbitrium recipere" ou "suscipere" da forma como sugere G. LA PIRA (cf. Compromissum e litis contestatio formulare. cit., p. 212), isto é, como a aceitação de ser árbitro de uma controvérsia comprometida conforme um esquema típico e formulário de "stipulationes" recíprocas, pois seria dar mais significado à expressão do que ela objetivamente poderia receber. Ademais, M. TALAMANCA (cf. Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 20) já demonstrou a inexistência do uso dessas mencionadas

¹⁶² O emprego dessa expressão é característico de todo o título "de receptis", principalmente naqueles extraídos de comentários ao edito do pretor, o que sugeriria a repetição da rubrica edital registrada em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2; a título de exemplo, poder-se-ia mencionar os seguintes fragmentos: Ulp. 13. ad ed. D. 4, 8, 3, 1 ("receperit arbitrium"); Ulp. 13. ad ed. D. 4, 8, 13, 2 ("Recepisse autem arbitrium" e "arbitrium recepisse"); Ulp. 13. ad ed. D. 4, 8, 9, 2 ("arbitrium recipere"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 5 ("arbitrium receperit"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9 ("si arbiter recipere in se arbiterium"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17, 2 ("arbitrium receperunt"); Paul. 13. ad ed. D. 4, 8, 16 ("arbiterium susceptum") e Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 1 ("arbiterium receptum"). Sobre esses termos e seu emprego nas fontes, cf. H. HEUMANN – E. SECKEL, v. arbitrium, in ID, Handlexikon zu den Quellen. cit., p. 39.

¹⁶³ Veja-se que H. HEUMANN – E. SECKEL (cf. v. *pars*, in ID, *Handlexikon zu den Quellen*. cit., p. 406) abonam essa interpretação justamente com o fragmento Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 13, 2.

¹⁶⁴ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 8-9.

¹⁶⁵ N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse*. cit., p. 76. Cf. também G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflitos en derecho romano*. cit., p. 231; P. FREZZA, *Receptum*. cit. p. 1026 e D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration*. cit., p. 137.

Nesse sentido, o árbitro teria sido uma figura bastante assemelhada ao "sequester", que recebia a coisa sob litígio para a guardar 166. É plausível, portanto, que o "receptum arbitrii" tivesse em suas raízes um conteúdo material de recebimento de uma coisa tal como sucedia com os demais "recepta" ¹⁶⁷. Sua evolução, porém, teria apagado de sua estrutura essa referência material, relegando essa figura apenas ao plano "intelectual" ¹⁶⁸.

De qualquer modo, no direito clássico, o "receptum arbitrii" corresponderia ao ato pelo qual a pessoa elegida pelos litigantes compromissários assumiria a garantia pela execução da função ou do papel de árbitro.

Mas cabe ressaltar que, ao contrário do "iudex" ou do "arbiter" do processo ordinário, que não poderiam rejeitar o encargo de julgador¹⁶⁹, o "arbiter ex compromisso" – como indica Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1 – era livre para decidir se aceitava ou não a posição para a qual fora eleito pelos litigantes¹⁷⁰.

neminem praetor cogat soluta est et extra

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1: Tametsi Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1: Ainda que o arbitrium pretor não coaja ninguém a assumir o recipere, quoniam haec res libera et papel de árbitro, porque essa questão é necessitatem livre, independente e posta fora de sua iurisdictionis posita, attamen ubi semel jurisdição obrigatória, quando alguém quis in se receperit arbitrium, ad curam et assume o papel de árbitro, o pretor julga

¹⁶⁶ Mod. 6 pand. D. 50, 16, 110.

¹⁶⁷ Segundo L. WENGER (cf. Receptum arbitrii. cit., c. 360), como transações materiais prevalecem em economias primárias, seria provável, no início, que a arbitragem fosse empregada apenas em disputas sobre a propriedade de algo, de forma que o árbitro privado (ou algum ancestral do "arbiter ex compromisso") poderia ter sido escolhido como o depositário da coisa litigiosa. Essa aproximação poderia ser vista nas obras de Plauto (Rudens, 1002-1005), em cuja comédia "Rudens" ("A Corda"), o personagem Trachalio sugere a Gripo entregar a coisa a um árbitro ou a um "sequester", a fim de resolver determinada contenda (cf. A. SCAFURO, The forensic stage - settling disputes in graeco-roman new comedy, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p.156). Não obstante, o próprio Digesto parece manter resquícios dessa característica, quando em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2, admite-se a conclusão de um "compromissum" em que as "stipulationes poenae" seriam substituídas pelo depósito da coisa junto ao julgador. Mas essa relação não deixa de ser obscura, principalmente porque a própria figura do "sequester" só teria assumido aquele sentido familiar aos juristas clássicos, quando a tomada de posse da coisa litigiosa passou a ser entregue apenas incidentalmente ao julgador (cf. M. WLASSAK, Arbiter. cit., c. 408)

¹⁶⁸ P. FREZZA, *Receptum*. cit. p. 1026.

¹⁶⁹ Ao aprovar a eleição do "iudex" realizada pelas partes litigantes, o magistrado proferia uma ordem ao juiz para julgar o caso ("iussum iudicandi"), transformando sua função em um "munus publicum" (cf. Paul. 16 ad Plauc. D. 5, 1, 78 e C. Gioffredi, Iudex, in NNDI 9 (1963), p. 335 e M. KASER - K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht. cit., pp. 293-295).

¹⁷⁰ J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 36.

sollicitudinem suam hanc rem pertinere que o zelo e cuidado sobre essa questão praetor putat [...] lhe concernem [...]

Esse fragmento, que é mais extenso e compõe a introdução dos comentários de Ulpiano ao título "de receptis" do edito 171, inicia relatando que o pretor não coagiria ninguém a assumir o papel de árbitro, pois, diz, "haec res libera et soluta est". Com essa afirmação, Ulpiano estaria a indicar que a assunção da posição de árbitro corresponderia a uma escolha autônoma do sujeito sobre a qual não caberia qualquer intervenção autoritária do pretor¹⁷².

Mas, uma vez exercida a faculdade de aceitar o papel de árbitro, o sujeito ficaria vinculado a executar a atividade prometida¹⁷³. Verificava-se uma resposta jurídica institucionalizada e manifestada pela instituição de uma supervisão do pretor sobre sua atividade, sob o fundamento de que o cuidado sobre exercício do "arbitrium" era de interesse do magistrado ("ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat")¹⁷⁴.

Além de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1, a liberdade cabível ao árbitro para aceitar ou rejeitar o "officium" que lhe fosse proposto é reforçada – ainda que de maneira negativa – pela hipótese excepcional registrada em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 5, cujo conteúdo corresponde a uma passagem da obra de Papiniano.

libro tertio quaestionum ait, si cum dies compromissi finiretur, prolato die litigatores denuo in eum compromiserint secundi compromissi arbitrium receperit, non esse cogendum recipere, si ipse in mora non fuit, quo minus partibus suis fungeretur: quod si per eum factum est, aequissimum esse cogi eum a praetore sequens recipere. Quae quaestio ita

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 5: Papinianus Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 5: Papiniano, no livro terceiro das questões, diz que, quando o prazo do compromisso termina, se os litigantes de novo se comprometem junto a ele com um prazo prorrogado, <mas o árbitro> não assume o "arbitrium" do segundo compromisso; não será coagido a assumir, exceto se o mesmo não foi quem <incorreu> em mora ao executar suas funções. Porém, se sucede por causa

¹⁷¹ O fragmento é analisado mais minuciosamente e em sua integralidade, no Cap. 3.1 abaixo.

¹⁷² N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 71-72.

¹⁷³ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1; Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2 e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 15.

¹⁷⁴ O mecanismo de vinculação do árbitro à execução do papel assumido pelo "receptum" e a natureza da sanção que lhe era aplicada são estudados no Cap. 3.2 abaixo, quando se analisa a cláusula edital referente à arbitragem

procedit, si nihil in priore compromisso de die proferendo caveatur: ceterum si cavebatur et ipse protulit, mansit arbiter.

dele, é equíssimo coagi-lo pelo pretor a assumir <o "arbitrium"> previsto <no compromisso> sucessivo. Esta questão assim procede se nada for previsto no compromisso anterior sobre a prorrogação do prazo. Nos demais, se for previsto e o mesmo prorrogou, permanece árbitro.

Como se viu anteriormente¹⁷⁵, as partes poderiam fixar um prazo para o pronunciamento da decisão arbitral¹⁷⁶. No entanto, concretizado o termo final previsto pelo compromisso sem que a sentença tenha sido efetivamente proferida, esse se extinguiria 177 e, como consequência, a pena prometida pelas partes não poderia mais ser cobrada 178.

Ao apresentar um caso em que o termo acordado no compromisso se consumara sem que a controvérsia tivesse sido decidida pelo árbitro, Papiniano informa que as partes teriam a faculdade de celebrar um novo compromisso. E, com isso, poderiam fixar um novo prazo ("prolato die") e reconduzir o árbitro ao mesmo papel de julgador ("denuo in eum compromiserint").

Papiniano reitera a liberdade inerente à celebração do "receptum arbitrii", quando diz que o árbitro não poderá ser coagido, caso decida não assumir o encargo de julgador consubstanciado pelo novo compromisso ("nec secundi compromissi arbitrium receperit, non esse cogendum recipere").

No entanto, o jurisconsulto apresenta uma exceção à regra geral de liberdade. O árbitro perderia sua faculdade para aceitar ou rejeitar a posição que lhe fosse oferecida, podendo ser coagido pelo pretor a receber imperiosamente o encargo ("aequissimum esse cogi eum a praetore sequens recipere"). Segundo Papiniano, a esfera de liberdade do árbitro escolhido – em regra, insuscetível de vinculação 179 – poderia ser comprimida caso o próprio árbitro tenha sido responsável pela frustração do primeiro compromisso.

¹⁷⁵ Cf. Cap. 2.1, acima.

¹⁷⁶ Pomp. 11 ad Q. Mucium D. 4, 8, 14.

¹⁷⁷ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3.

¹⁷⁸ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2 e Ulp. 13 ad ed D. 4, 8, 11, 2.

¹⁷⁹ Pois, como diz Ulpiano em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1, a assunção do encargo de árbitro era "res libera et soluta".

O árbitro só seria coagido a assumir, na hipótese de ter sido ele quem incorrera em mora no exercício de suas funções. Isto é, se por ação ou omissão sua, o prazo para proferimento da sentença se consumara sem que uma decisão tenha sido efetivamente tomada para resolver a controvérsia.

A conclusão é lógica e não representa propriamente uma exceção à liberdade normalmente reconhecida ao árbitro. Se o julgador mantivesse a liberdade para recusar a assunção do novo "arbitrium" mesmo quando ele tivesse dado causa à extinção do anterior, significaria que o "receptum arbitrii" não teria nenhuma força vinculante, pois implicaria um esvaziamento não apenas do seu dever assumido pelo "receptum", como os poderes de supervisão do pretor.

Assim, mais que reforçar a liberdade do árbitro, o fragmento em questão corrobora a vinculatividade do "receptum"; pois, uma vez assumido o encargo, o julgador ficaria vinculado até que proferisse a decisão ou até que o compromisso se extinguisse por culpa alheia. Essa mesma conclusão é comprovada por uma opinião de Juliano, reproduzida por Ulpiano em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9.

litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia iusta de causa, poenam committi Proculus et Atilicinus aiunt: sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita demum verum erit, si arbiter recipere in se arbiterium fuerit paratus: nam invitum non esse cogendum Iulianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse autem nihilo minus poena absolvitur.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9: Si quis ex Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9: Se algum dos litigantes não compareceu por doença, ou por ausência a causa de um assunto público, ou por magistratura ou por outra justa causa, Próculo e Aticilino dizem que incorre na pena. Mas se esteja disposto a <novamente> comprometer-se com o mesmo <árbitro>, a ação deve ser negada ou deve ser protegido por uma exceção. Mas isso é verdadeiro apenas se o árbitro estiver disposto a receber o "arbiterium", porque Juliano escreve no livro quarto dos "digesta" que contra a sua vontade não será coagido; sem embargo, o mesmo litigante> é absolvido da pena.

Em geral, as fontes trazem muito pouca informação em relação ao procedimento arbitral em si, que é tratado apenas incidentalmente quando se aborda a aplicação da pena estipulada. se o árbitro convocasse as partes à audiência, estas deveriam se apresentar.

Se algum dos litigantes deixar de se apresentar – ainda que por causa de doença, por cumprimento de um dever público, exercício da magistratura ou alguma outra causa – Próculo e Aticilino dizem que esse litigante ficará sujeito a pagar a pena compromissada ("poenam committi") ¹⁸⁰.

Certamente essa ausência referida no fragmento corresponde ao não comparecimento da parte ao ato de proferimento da sentença; ou seja, no julgamento propriamente dito. Como Ulpiano informa em Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 27, 4, a presença dos litigantes era essencial à validade da sentença ("*Proinde sententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit*", de modo que seu proferimento só seria admitido na ausência de uma das partes, caso o compromisso expressamente o autorizasse ("*nisi in compromissis hoc specialiter expressum sit, ut vel uno vel utroque absente sententia promatur*", 182).

E, tendo impossibilitado o proferimento de uma decisão válida, o litigante ausente teria frustrado todo o compromisso e, portanto, se sujeitaria à pena¹⁸³. No entanto, Ulpiano diz que não seria possível cobrar-lhe a pena, caso a parte estivesse disposta a renovar o compromisso¹⁸⁴. Mas ressalva que isso não dependeria apenas do desejo individual do litigante, pois seria contingente da disposição do árbitro em receber o papel de julgador mais

¹⁸⁰ J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., pp. 42-43.

¹⁸¹ Entretanto, a sentença proferiça não à presença dos litigantes não valerá.

¹⁸² A menos que nos compromissos não seja especialmente expresso que a sentença possa ser proferida na ausência de uma ou de outra parte.

¹⁸³ Igual regra se aplicava, conforme relata Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 27, 6, para o caso de os litigantes estarem presentes, mas um deles impedir o proferimento da decisão.

O bloqueio à cobrança da pena seria efetuado, como informa Ulpiano, pela denegação da ação ou pela concessão de uma "exceptio". Essa exceção muito provavelmente consistia em uma "exceptio doli", cujo instrumento é admitido em algumas passagens das fontes como meio de bloquear a cobrança da pena em algumas situações (cf. Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 23 pr.; Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 31; Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 14 e M. TALAMANCA, Sull'interpretazione di Ulpiano, L. 13 'ad ed', D. 4, 8, 21, 9-11, in AAVV., Studi in onore di Giuseppe Chiarelli, t. 4, Milano Giuffrè, 1974, pp. 4232-4233).

uma vez ("si arbiter recipere in se arbiterium fuerit paratus")¹⁸⁵⁻¹⁸⁶; pois, como esclarece Juliano, "invitum non esse cogendum"¹⁸⁷.

Ao dizer que contra a sua vontade, o árbitro não poderia ser objeto de uma coação que lhe forçasse a assumir o encargo de julgador, a referência a Juliano legitima a afirmação ulpianeia segundo a qual o "receptum arbitrii" corresponderia a uma questão "libera et soluta"¹⁸⁸.

Livre era um qualificativo igualmente aplicável ao próprio ato de assunção operado pelo árbitro eleito, uma vez que não se exigia nenhuma forma especial nem o cumprimento de qualquer outro elemento particular para se perfazer¹⁸⁹. Em contraposição ao "compromissum", o ato de "recipere arbitrium" aperfeiçoava-se pela promessa de cumprir o julgamento da demanda ou simplesmente por tomar posse do papel de árbitro, dando início ao procedimento, independentemente do modo como isso fosse feito¹⁹⁰.

Diante desses traços de liberdade privada, o "receptum arbitrii" é frequentemente classificado como um "pactum praetorium" 191. Mas classificá-lo dessa maneira não é de

¹⁸⁵ Segundo M. TALAMANCA (cf. *Sull'interpretazione di Ulpiano*. cit., p. 4233), ao se apoiar em Juliano, Ulpiano procuraria apontar uma situação verificável no plano da eficácia jurídica e não apenas uma simples possibilidade argumentativa.

¹⁸⁶ O fragmento usa o termo "*arbiterium*", que nada mais é que uma variante de "*arbitrium*" (Cf. v. *arbiterium*, in TLL, Vol. 2, c. 408 e P. GLARE, v. *arbiterium*, in ID., *Oxford latin dictionary*. cit., p. 175)

¹⁸⁷ Segundo K.-H. ZIEGLER (cf. *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech.* cit., pp. 78-79, n. 157), que levanta dúvidas sobre o fragmento Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3, 1, não haveria motivo para duvidar do conteúdo clássico dessa passagem.

¹⁸⁸ L. WENGER, *Receptum arbitrii*. cit., c. 359.

Alguns autores, como D. ROEBUCK e B. LOYNES DE FUMICHON (cf. Roman Arbitration. cit., p. 143) acreditam que teria sido relativamente comum que o "receptum" tomasse forma escrita mediante a aposição da assinatura do árbitro junto ao "compromissum" celebrado pelas partes. Um indício poderia ser encontrado nas "Tabulae Heculanenses" (cf. TH 77 e 81), as quais conservam alguns "compromissa" escritos e acompanhados da assinatura do respectivo árbitro. No entanto, é difícil dizer se a forma especial do "receptum" teria sido comum, ou se se cuida apenas de um reflexo do registro histórico desse tipo ato, mas fácil de ser conservado em escrito que oralmente. Como ressalta K.-H. ZIEGLER (cf. Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., pp. 80-81), a fundamental liberdade para "arbitrium recipere" não precluiria que as partes encolhessem um meio mais formal para abarcar o ato do árbitro, fosse por segurança ou por uma questão probatória.

¹⁹⁰ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 80.

¹⁹¹ Os "pacta praetoria" correspondem a uma categoria especial de acordos que não se fundavam sobre uma "causa" do "ius civile" e, por isso, não eram enquadrados como um contrato nem tampouco davam origem a uma "obligatio". Eles também se apartavam do restante dos "pacta", porque, enquanto estes eram tutelados indiretamente por uma "exceptio" ou dependiam de sua conclusão "in continenti" nos juízos de boa-fé para aproveitarem a ação contratual, os "pacta praetoria" recebiam a concessão de uma "actio in factum" como instrumento de tutela (cf. G. GROSSO, Il sistema romano dei contratti. cit., pp. 191-192; G. MELILLO, Patto (storia), in ED 32 (1982), p. 482; E. VOLTERRA, Istituzioni di diritto privato romano, Roma, Sapienza, 1988, p. 578 e A. GUARINO, Diritto privato romano, 12ª Ed., Napoli, Jovene, 2001, p. 945 e, mais recentemente, M. WOJTCZAK, Arbitration and settlement of claims in late antiquity, Tese (Doutorado), Warszawa, Uniwersytet Warszawski, 2016, p. 184).

todo correto¹⁹². Em parte porque não se trata de uma categoria romana, tendo sido criada pela jurisprudência medieval para apartar as figuras sujeitas à tutela excepcional do pretor daqueles pactos protegidos pelas leis e senatusconsultos¹⁹³. E, em parte, porque não se encontra qualquer indício da terminologia típica de "pactum" sendo usada nas fontes clássicas para se referir ao "receptum arbitrii" Menções à ideia de "pactum" ocorrem no título "de receptis" em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2; Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 3 e Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3, mas a referência é feita ao ato de conclusão do compromisso e não ao "receptum". Em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 1, há o registro da mencionada "exceptio veluti pacti", que, além de também estar vinculada ao compromisso e é considerada por alguns como fruto de interpolação¹⁹⁵.

De qualquer forma, mas talvez mais significativamente, a distinção do "receptum arbitrii" perante a categoria dos pactos manifesta-se na existência de uma rubrica própria no edito do pretor separada daquela aplicável aos "pacta"; o que indicaria tratar-se do fruto de um desenvolvimento particular e de traços profundamente singulares ¹⁹⁶.

Alguns autores chegam a classificá-lo inclusive como um contrato¹⁹⁷. Mas a definição é igualmente inadequada e, de todo modo, contrária às fontes. Nem nas fontes

¹⁹² K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 80.

¹⁹³ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. 1, cit., p. 583, n. 1; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*. cit., pp. 607-608 e G. MELILLO, *Patto (storia)*. cit., p. 482.

¹⁹⁴ K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 80. Na realidade, como esclarece B. Albanese (cf. Gli atti negoziali nel diritto privato romano, Palermo, Università di Palermo, 1982, p. 155), não era apenas em relação ao "receptum arbitrii" que isso ocorria, pois as fontes não empregam a terminologia típica dos pactos a nenhum dos "recepta". Não obstante, ainda se encontra casos na romanística de autores que se referem ao "recepta" como "pacta" ou como "pacta praetoria". Por exemplo, G. MELILLO (cf. Il negozio bilaterale romano – 'contrahere' e 'pacisci' tra il primo e il terzo secolo, 2ª Ed., Napoli, Liguori, 1986, pp. 201-205), defende que a unificação operada pela doutrina com a expressão "pacta praetoria" encontraria uma justificativa histórica suficiente nas características comuns das figuras.

¹⁹⁵ Cf. Cap. 2.1, acima.

¹⁹⁶ Apesar de insistir na inserção do "receptum" numa específica sistemática do consensualismo no edito do pretor, o próprio A. MAGDELAIN (cf. Le consensualisme dans l'édit du préteur. cit., p. 126) concorda que o fato de os "recepta" terem uma rubrica própria no edito do pretor, distinta daquela aplicável aos "pacta", seria um indício de que os "recepta" não teriam qualquer relação com o edito "de pactis". Sobre o caráter de individualidade dos "recepta" e a ausência de uma sistemática na matéria, cf. G. GROSSO, Il sistema romano dei contratti, 3ª Ed., Torino, Giappichelli, 1963, pp. 191-192.

¹⁹⁷ Essas posições eram mais comuns em autores mais antigos, principalmente naqueles do séc. XIX e início do séc. XX. Por exemplo, para B. MATHIASS (cf. *Die Entwicklung der römischen Schiedsgericht*, Rostock, Stiller, 1888, p. 21), o "receptum arbitrii" representaria a assunção contratual do "arbitrium" ("Im receptum liegt vertragsmässige Uebernahme des arbitrium [...]"). Já L. WENGER (cf. Receptum arbitrii. cit., c. 360) expressamente afirma que "das Receptum ist ferner gewiß Vertrag, pactum, nicht etwa bloβ einseitige formelle Erklärung des Arbiter, urteilen zu wollen", enquanto A. PERNICE (cf. Labeo – Das römische Privatrecht im ersten Jarhhunderte der Kaiserzeit, Vol. 1, Halle, Max Niemayer, 1873, p. 447) dizia que o "receptum arbitrii" era um verdadeiro contrato ("ein wahrer Vertrag") que se comportava como o mandato. Não obstante, ainda é possível ver aproximações semelhantes em alguns autores modernos, como A. VALIÑO (cf. Notas sobre el 'arbiter' y 'iudex' en el proceso del ordo, in L. PRATS (Org.), Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente, Vol. 2, Valencia, Universitat de Valencia, 1996, p. 536) e N. RAMPAZZO (cf. Sententiam dicere

clássicas nem mesmo naquelas do direito pós-clássico ou justinianeu – quando as fronteiras entre pactos e contratos se tornaram mais nebulosas – há qualquer indício de que as figuras convencionais do direito honorário, como o "*receptum arbitrii*", tenham sido tratadas como contratos ¹⁹⁸.

Ainda que se saliente a reciprocidade de vínculos obrigacionais, como fazia Labeão¹⁹⁹, ou se sublinhe o encontro de vontades em uma "*conventio*", como destacava Sexto Pédio²⁰⁰; o fato é que – como aponta M. TALAMANCA²⁰¹ – no direito romano a categoria do contrato estava intimamente relacionada à criação de obrigações.

Mas no caso do "*receptum*", o árbitro não se vinculava por meio de uma obrigação. O vínculo jurídico que o prendia à execução do encargo assumido tinha outra natureza; sendo tutelado, como se verá adiante, por mecanismos administrativos de coerção²⁰². Independentemente disso, K.-H. ZIEGLER²⁰³ diz que ele poderia ser definido como um ato

cogendum esse. cit., p. 77), que também apontam a semelhança da figura com o mandato, principalmente devido à coincidência das hipóteses de "excusatio" disponíveis ao árbitro e ao mandatário (Paul. Sent. 2, 15, 1 e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 15 e Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 16). Mas, a despeito dessas aproximações, esses autores modernos não consideram o "receptum arbitrii" como um contrato propriamente dito.

¹⁹⁸ G. PUGLIESE, Lezioni introduttiva sul contratto in diritto romano, in A. BURDESE (Org.), Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana, Padova, CEDAM, 2006, p. 33.

¹⁹⁹ Significativa na definição de "contractum" de Labeão, registrada em Ulp. 11 ad ed. D. 50, 16, 19, é a afirmação que: "[...] contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant [...]". O paralelo traçado entre o contrato, o "synallagma" e a locução "ultro citroque obligatio", indica que para aquele jurisconsulto o elemento característico da categoria consistiria na interdependência de obrigações; ou, como o chama F. GALLO, de uma bilateralidade objetiva (cf. Eredità di Labeone in matéria contrattuale, in A. BURDESE, Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana, Padova, CEDAM, 2006, pp. 147-148).

²⁰⁰ Em Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 1, 3, Ulpiano registra uma definição de Sexto Pédio, na qual o jurisconsulto afirma "[...] *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* [...]". O trecho apresenta uma hendíade, ou seja, uma figura retórica marcada pela coordenação entre os substantivos "*contractus*" e "*obligatio*" para exprimir uma ideia usualmente indicada por um substantivo e adjetivo; no caso, provavelmente estaria a substituir a noção de "contrato obrigatório". O trecho indicaria, assim, que todo contrato criador de obrigação seria marcado pela presença de uma "*conventio*" subjacente. Independentemente do valor conferido ao acordo de vontades, o texto de Sexto Pédio também reitera a equiparação do contrato à produção de vínculos obrigacionais. (cf. A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in F. MILAZZO (Org.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 3-7 giugno 2000)*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2004, pp. 102-103 e F. GALLO, *Eredità di Labeone in matéria contrattuale*. cit., p. 152).

p. 152).

201 Segundo o autor italiano, que dá bastante destaque aos critérios usados por Gaio em sua classificação das fontes de obrigações (Gai. 3, 88-89): "per i romani, il 'contractus' è il 'contrahere obligationem', sul piano effettuale la efficacia del 'contractus' si svolge exclusivamente sul piano obbligatorio: e questa orientazione si mantiene, del resto, ancora nella giurisprudenza bizantina [...]" (cf. M. TALAMANCA, Contratto e patto nel diritto romano, in A. BURDESE (Org.), Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana, Padova, CEDAM, 2006, p. 73).

²⁰² Cf. Cap. 3.2, abaixo.

²⁰³ Textualmente, o autor apresenta a seguinte definição: "es haldelt sich beim 'receptum arbitri' um ein nur unvollkommen ausgebildetes, der Struktur nach in dem Bereich vertragliches Verbindlichkeiten eigenes Art."; mas deve-se ressaltar que ele não emprega o adjetivo "vertraglich" ou o substantivo "Vertrag" com o sentido próprio de "contratual" ou "contrato". Ele mesmo ressalva as limitações da terminologia moderna, de modo

capaz de instituir uma relação jurídica de tipo especial, cuja estrutura não deixaria de pertencer ao campo das convenções juridicamente vinculantes.

A propósito, ainda que – como sucedia com os demais "recepta" – o processo de celebração da figura fosse mais rudimentar que aquele delineado para os contratos propriamente ditos, alguns traços de consensualismo continuavam estruturalmente presentes no "receptum arbitrii"²⁰⁴.

Tratava-se de um ato essencialmente privado, pelo qual árbitro assumia o seu encargo perante as partes e não perante o pretor; já que o fundamento de sua a competência não estava em nenhum ato do magistrado, mas no compromisso celebrado pelos litigantes. A propósito, não seria por outra razão que o árbitro reiteradamente se referiria ao "*compromissum*" em busca dos limites de sua atuação²⁰⁵.

De modo significativo, C. WEIZSÄCKER²⁰⁶ assinalou – ainda que de uma maneira um tanto moderna – que a oferta ou, pelo menos, o conteúdo da oferta para que o árbitro assumisse seu ofício repousaria no compromisso previamente celebrado entre os litigantes. Isso se torna nítido, quando se nota que o ato de "*recipere*", por uma questão lógica, não poderia denotar uma conduta primária, mas apenas secundária. Ele dependia necessariamente de um ato prévio, pois a assunção da garantia só poderia se aperfeiçoar como uma contradeclaração perante os litigantes que lhe haviam eleito²⁰⁷.

que o uso dos termos estaria muito mais próximo ao simples acordo ("Vereinbarung"); (cf. K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 80).

²⁰⁴ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. 1, cit., pp. 583-584 e K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech*. cit., p. 80.

²⁰⁵ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 78.

²⁰⁶ Das römische Schiedsgerichtamt unter Vergleichung mit dem officium judicis, Tübingen, Heinrich Laupp, 1879, p. 67. Apesar dos traços contemporâneos da afirmação do autor alemão, essa interpretação continua sendo aceita pela romanística mais recente: K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 78 e N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 81 e, ainda que não anunciem expressamente, o mesmo pensamento está presente em D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, Roman Arbitration. cit., p. 145.

²⁰⁷ E. I. BEKKER, 'Recipere' und 'permutare' bei Cicero. cit., pp. 2-3. Bastante característica é a posição apresentada por A. MAGDELAIN (cf. Le consensualisme dans l'édit du préteur. cit., pp. 125-126; 166-173 e 205-209), para quem o "receptum arbitrii" seria um ato fundado no consentimento das partes, já que era por uma promessa que o árbitro assumiria a missão oferecida pelos litigantes. Mas vale ressaltar que a posição do autor francês se insere dentro de sua hipótese maior, segundo a qual, na ordem contratual romana, o consensualismo seria dividido em dois grupos, "constitutum" e "recepta", por um lado, e contratos de boa-fé, por outro. A crucial diferença entre os grupos estaria na diversidade de regulamento. Isto é, haveria duas técnicas diferentes a reger o consensualismo no edito do pretor: a ausência ou a presença de um edito específico para cada uma de suas manifestações. Contrário a essa tese, G. GROSSO (cf. Il sistema romano dei contratti. cit., p. 192, n. 2) aponta que não seria possível inserir essas figuras no campo do consensualismo da maneira apresentara por A. MAGDELAIN, pois fazê-lo seria operar uma sobreposição externa que não encontraria fundamento ou inspiração nas fontes romanas.

Não obstante, a realidade parece ser mais complicada. Ainda que o "receptum arbitrii" estivesse marcado por traços de consensualismo – uma vez que sua conclusão dependia da manifestação de vontade do árbitro e sua correspectiva eleição no compromisso -, a figura continua a desafiar uma categorização.

No fim, pode-se arriscar dizer que se tratava de um ato "sui generis", cuja colocação nas tradicionais categorias do contrato ou do pacto não poderia ser feita sem se incorrer em alguma forma de anacronismo ou imprecisão. Os próprios romanos pareciam cientes dessa dificuldade ou, no mínimo, despreocupados com a categorização do "receptum arbitrii", haja vista ser apresentado no edito do pretor a partir uma rubrica própria e com um forte caráter de individualidade²⁰⁸.

As particularidades da figura deixam-se evidenciar quando se contata que, diversamente do ocorria com "receptum nautarum" em relação à "locatio conductio", o "receptum arbitrii" não cumpria um papel acessório ao "compromissum". Isto é, ele não era apenas um ato auxiliar e secundário ao compromisso, mas um elemento constitutivo e insubstituível do procedimento arbitral²⁰⁹.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 1: Arbitrum Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 1: O árbitro não autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit.

será coagido a proferir a sentença, se não interveio um compromisso.

Ulpiano deixa claro o vínculo entre a coação do pretor²¹⁰ e a existência de um compromisso. Não basta que tenha aceitado o encargo de decidir a controvérsia; pois, sem que as partes tenham delimitado o objeto do litígio e se comprometido a pagar a pena pelo descumprimento da decisão, o árbitro não seria responsável pelo seu ofício perante o pretor²¹¹.

²⁰⁸ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*. cit., p. 192, n. 2.

²⁰⁹ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 118.

²¹⁰ Novamente identificada pela expressão "cogere sententiam dicere".

²¹¹ Semelhante entendimento consta em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 4, no qual é registrada a opinião de Juliano de que não seria possível compelir o árbitro a proferir a sentença, caso uma das partes tivesse prometido alguma coisa, mas a outra não ("Item Iulianus scribit non cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter promiserit, alter non"). Como a existência do compromisso dependia da celebração recíproca de duas "stipulationes poenae" (ou, alternativamente, da promessa recíproca de qualquer outra coisa que faça às vezes da pena, como esclarece Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2), Juliano está a dizer o mesmo que Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 1, isto é,

Sem a integração do "receptum" ao "compromissum", a eficácia de todo o procedimento ficaria paralisada, e o pretor não poderia intervir²¹². Essa paralisia decorria fundamentalmente do fato de que a arbitragem correspondia a um procedimento decisório e, sem a assunção do encargo pelo árbitro eleito, não poderia haver qualquer julgamento ou resolução da demanda.

Igualmente marcante é um texto de Paulo, no qual ele expressamente indica a essencialidade dessa dependência existente na relação "receptum-compromissum".

arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere possit cautum est: non ergo quod libet statuere arbiter poterit nec in qua re libet nisi de qua re compromissum quatenus est et compromissum est.

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 15: De officio Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 15: É sabido por aqueles que tratam do oficio do árbitro que toda discussão deve se ater ao próprio compromisso, porque a ele não é permitido outra coisa exceto o que ali é previsto que possa fazer. Portanto, o árbitro não poderá decidir o que quiser nem sobre a questão que quiser, a menos que haja um compromisso sobre essa questão até o limite do compromisso.

Paulo anuncia que uma das principais características do compromisso – enquanto elemento instituidor do procedimento arbitral – estava na conformação dos poderes e limites de atuação do árbitro; pois, diz, toda a atuação executada pelo árbitro deveria partir do "compromissum" celebrado pelos litigantes ("omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum") 213 .

O encargo exercido pelo árbitro era delimitado, de modo que ele não estava autorizado a decidir a controvérsia que desejasse nem da forma que preferisse, a não ser que,

51

que não poderia haver a intervenção do pretor sem um compromisso subjacente. Confira-se o correlato Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17 pr., em que a mesma opinião de Juliano parece ser reproduzida com outras palavras.

²¹² Além do paradigmático Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 1, reitere-se o trecho final de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9, no qual Ulpiano indica que a coerção do árbitro a aceitar o novo "arbitrium" – após o anterior ter sido extinto sem culpa do julgador - só poderia ter lugar caso o árbitro estivesse disposto a recebê-lo; se não estivesse, não poderia ser compelido a aceitar, porque, segundo Juliano, "invitum non esse cogendum". Para N. RAMPAZZO (cf. Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 118), essa frase final de Juliano indicaria justamente a natureza constitutiva do "receptum".

²¹³ F. BONIFACIO, *Compromesso*. cit., p. 785.

ressalva Paulo, o próprio compromisso assim lhe permitisse²¹⁴. Este deveria oferecer o programa a ser seguido pelo julgador em sua atuação procedimental e fornecer os contornos da controvérsia para a prolação da sentença²¹⁵⁻²¹⁶.

Mas, mais que isso, não era apenas o "receptum arbitrii" que dependia do "compromissum" para se perfazer, pois as fontes apresentam uma profusão de exemplos de que também o "compromissum" tinha a sua plena eficácia atrelada à adequada execução do "arbitrium". Sem o proferimento de uma decisão válida pelo árbitro, as partes não poderiam cobrar a pena prometida mediante as "stipulationes" recíprocas²¹⁷⁻²¹⁸.

Essa interdependência eficacial indica ter havido uma relação de indispensável complementariedade entre o "compromissum" celebrado pelas partes litigantes e o "receptum arbitrii" realizado pelo árbitro eleito, de modo que a inexistência ou invalidade de um, causava a inevitável ineficácia do outro. A totalidade (isto é, a relação arbitral) só poderia ser constituída quando se tivesse todas as partes, pois a trama de efeitos jurídicos produzida por essas duas figuras compunha uma relação que transcendia a soma de suas partes²¹⁹.

Se

²¹⁹ Consulte-se T. DALLA MASSARA (cf. Studio sui rapporti tra sententia iudicis e decisione arbitrale, Napoli,

profundidade. Porém, ele conduz essa interpretação a extremos, afirmando que o "receptum arbitrii" não teria natureza jurídica independente, reduzindo-se a uma simples manifestação de vontade do árbitro. Além disso, diz que o compromisso tampouco teria relevância jurídica autônoma, sendo incapaz de, por si só, modificar a esfera jurídica das partes; e que seria um ato intraprocessual que apenas definiria o programa a ser conduzido pelas partes e pelo árbitro. Essa interpretação, contudo, parece forçosa. Não parece ser possível dizer que a complementariedade existente entre "compromissum" e "receptum arbitrii" implicasse na existência de um

²¹⁴ Semelhante regra encontra-se repetida por Paulo no fim de Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 17, quando Paulo menciona que a sentença deverá ser proferida em conformidade com o compromisso, e no início de Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 21, quando Paulo atesta que o árbitro não estava autorizado a fazer nada fora dos limites postos pelo compromisso.

Deve-se recordar que outro não era a função do próprio "*compromissum*", como aponta Ulpiano em Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 1.

²¹⁶ G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., pp. 197-200.

²¹⁷ Veja-se o caso de Ulp 13 *ad ed.* D. 4, 8, 7, 1, bem como de Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 13; Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 17 e Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 21, em que o árbitro decide contrariamente àquilo que estabelecera o compromisso; ou Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 9, 2, em que o "*iudex*" aceita o encargo de árbitro e profere uma decisão para uma causa à qual estava impedido ou para a qual ele próprio ordenara às partes que fosse nomeado como árbitro; em Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 21, 7, as partes ficam liberadas da pena, caso o árbitro lhes ordene algo desonesto; em Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 21, 8; Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 11 e Alf. 7 *dig.* D. 4, 8, 50, a pena prometida deixa de ser exigível, quando o árbitro descumpre o prazo do compromisso; e em Pomp. 11 *ex variis lec.* D. 4, 8, 40, a pena deixa de ser devida se o árbitro não comparece à audiência.

²¹⁸ P. FREZZA, *Receptum.* cit. p. 1026 e J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit.*, p. 40.

Jovene, 2012, p. 23 e ID., Reciproche relazione e integrazione tra arbitrato e 'iudicium' – un itinerário nella giurisprudenza classica, in L. GAROFALO (Org.), Il giudice privato nel processo civile romano – Omaggio ad Alberto Burdese, Vol. 2, Padova, CEDAM, 2012, p. 115), que também destaca a arbitragem romana como uma figura complexa composta por um "compromissum" – o qual constituiria o pressuposto para o exercício da função decisória – sobre o qual se apoiaria o "receptum arbitrii". A trilateralidade da relação arbitral é também destacada por G. MELILLO (cf. Il negozio bilaterale romano. cit., p. 206), no entanto, nos últimos anos, foi N. RAMPAZZO (cf. Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 53-54 e 77-82) que defendeu essa posição com mais

2.4. A sentença do árbitro

Se o conteúdo do "receptum arbitrii" consistia na assunção da garantia pelo fim da controvérsia, então pode-se concluir que o dever fundamental do árbitro repousava no exercício de uma atividade resolutória do litígio, identificada pela expressão "sententiam dicere"²²⁰. Isso é igualmente corroborado por Sexto Pédio, que – em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2 – assinala o encargo assumido como uma promessa²²¹ de solucionar uma controvérsia mediante sua sentença ("finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur")²²².

O termo "sententia" encontra a sua etimologia em "sentire" e, portanto, é usualmente empregado para se referir às manifestações do espírito. Na língua corrente, ele pode significar uma opinião, um sentimento ou um ponto de vista do sujeito que o expressa²²³. Mas no campo jurídico, esse substantivo – principalmente quando integra a locução "dicere sententiam" – assume um significado específico²²⁴. Nesses casos, sobretudo quando usada em referência aos juízes em geral, designa o pronunciamento do julgamento sobre a matéria que lhes esteja submetida²²⁵.

negócio jurídico plurilateral que transformasse aquelas figuras em meros componentes. Na verdade, não era raro que os juristas romanos empregassem combinações de figuras jurídicas distintas, na obtenção de efeitos atípicos. Além do mais, rejeitar a autonomia do "compromissum" (ele próprio, fruto de uma conjugação entre figuras jurídicas autônomas e separadas) significaria dizer que as "stipulationes" celebradas pelas partes tampouco teriam autonomia e que só passariam a valer após o ato informal do árbitro, algo incompatível com a natureza formal desses contratos. Ademais, tampouco seria possível negar a autonomia ao "receptum"; ainda que ele tivesse uma natureza "sui generis", os próprios romanos reconheciam-lhe uma individualidade própria, de outro modo, não teria sido possível conceder-lhe uma rubrica específica no edito do pretor (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2).

²²⁰ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., pp. 10 e 81.

²²¹ O verbo "pollicere" usado por Pédio em Ulpiano em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2 é característico, apesar da ambiguidade que possa oferecer. Seu sentido original é aquele de oferecer, prometer; mas outro sentido especial seria aquele de fazer uma promessa no campo das relações convencionais privadas, tal como é o caso do "receptum". Ele poderia indicar uma "stipulatio", porém, segundo H. HEUMANN – E. SECKEL (v. polliceri, in ID., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 436 e A. BERGER, v. polliceri, in ID., Encyclopedic dictionary of roman law. cit., p.), no contexto negocial, o termo poderia indicar uma promessa destituída de forma estipulatória ou escrita. De acordo com K.-H. ZIEGLER (cf. Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 78), no contexto da arbitragem, o termo não denotaria nada mais que o próprio "recipere", ou seja, a assunção pelo resultado.

²²² A centralidade do dever de proferir a sentença ("*sententiam dicere*") é reforçada, como se verá no Cap. 3.1 abaixo, pelo fato de essa conduta ter sido registrada no edito como objeto da preocupação do pretor.

²²³ A. ERNOUT – A. MEILLET, v. sentio, in ID., Dictionnaire étymologique de la langue latine. cit., p. 614; M. DE VAAN, v. sentio, in ID., Etymological dictionary of latin and other italic languages. cit., p. 554; S. SEGURA MUNGUÍA, v. sentio, in ID., Lexicón (incompleto) etimológico y semántico del latín. cit., pp. 682-685.

²²⁴ A. ERNOUT – A. MEILLET, v. sentio, in ID., Dictionnaire étymologique de la langue latine. cit., p. 614.

²²⁵ A. BERGER, v. *dicere sententiam* e v. *sententia*, in ID., *Encyclopedic dictionary of roman law*. cit., p. 434 e 700. Cabe ressaltar também que os autores H. HEUMANN e E. SECKEL (cf. v. *sententia*, in ID, *Handlexikon zu*

Como Pédio e Ulpiano apontam no fragmento mencionado²²⁶, o ato do árbitro deveria dirigir-se ao pronunciamento de uma decisão que lograsse a completa resolução da controvérsia delimitada pelo "compromissum"²²⁷. Ou seja, a assunção do papel de árbitro impunha o dever de empenhar-se pessoalmente na solução definitiva da disputa, de forma que a satisfação do "arbitrium" era o que diferenciaria o "receptum arbitrii" de qualquer outra intervenção destinada a adquirir informações ou oferecer conselhos²²⁸.

Isso é novamente evidenciado por Pédio²²⁹, quando ele diz não haver a assunção do papel de árbitro ("non videtur arbitrium recepisse"), caso o indivíduo apenas interviesse para averiguar a disposição dos litigantes em discutirem a controvérsia mediante seu conselho ou autoridade ("intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur"). A intervenção de terceiro – independentemente de sua competência e aptidão – poderia eventualmente levar à autocomposição do litígio, mas a resolução não partiria de um ato diretamente destinado a pôr um fim à contenda. Isto é, de uma heterocomposição por sentença²³⁰. Esses traços são igualmente enfatizados por Paulo em outra passagem do título "de receptis"²³¹.

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 1: Dicere autem Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 1: sententiam existimamus eum, qui ea mente *quid pronuntiat, ut secundum id discedere* eos a tota controversia velit. sed si de pluribus rebus sit arbiterium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia, sed adhuc erit a praetore cogendus.

Consideramos ainda pronunciar sentença aquele que pronuncia algo com intenção de querer, segundo isso, resolver entre eles toda a controvérsia. Mas se o "arbiterium" tenha sido recebido em relação a muitas questões, a menos que todas as controvérsias sejam terminadas,

den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 534) registram, além das diversas passagens em que o substantivo "sententia" é usado como "richterlicher Auspruch, Bescheid, Urteil", algumas abonações nas quais a palavra é usada em sentido mais amplo como "Sinn, Meinung, Absicht".

²²⁶ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2.

²²⁷ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 82.

²²⁸ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 76.

²²⁹ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2.

²³⁰ Como esclarece E. FAZZALARI (cf. *I fondamenti dell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato* 5 (1995), pp. 3-4), pela sentença, o árbitro impõe mediante a sua vontade um determinado resultado material às partes litigantes, que o investiram de poder decisório sobre a questão.

²³¹ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 82.

não é considerada proferida a sentença e ainda será coagido pelo pretor.

Paulo deixa explícito que o pronunciamento da sentença demandava do árbitro o proferimento de um parecer que se voltasse à solução de toda a controvérsia existente entre as partes litigantes ("ut secundum id discedere eos a tota controversia").

A preocupação do jurisconsulto, porém, parece repousar sobre a amplitude da decisão proferida; uma vez que, ao final do fragmento, ele esclarece considerar a sentença efetivamente proferida, apenas quando o árbitro se pronunciava sobre todas as controvérsias delimitadas pelo compromisso ("sed si de pluribus rebus sit arbiterium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia"). Entretanto, o fragmento não deixa de ser paradigmático ao registrar que apenas o juízo conclusivo sobre a demanda poderia configurar uma sentença propriamente dita²³².

Isto é, uma decisão que não extinguisse a controvérsia delimitada pelo "compromissum" não era propriamente um ato de "sententiam dicere". Da mesma forma, uma decisão vaga e que, portanto, não resolvia adequadamente a disputa tampouco cumpria o mesmo dever, haja vista promover o aparecimento de ulteriores disputas e questionamentos²³³.

Igualmente, seria inconcebível que uma sentença arbitral determinasse que as partes se dirigissem ao julgamento de um juiz ordinário, que lhes impusesse a celebração de um novo compromisso ou que lhes impusesse a procura de outro árbitro para julgar a matéria²³⁴.

²³² Como se mencionou anteriormente, no Cap. 2.1, o compromisso teria sido normalmente celebrado para resolver uma única controvérsia entre as partes litigantes, mas não havia nada que impedisse a celebração deum "compromissum" sobre múltiplas demandas (cf. Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 6 e Paul. 12 ad Sab. D. 4, 8, 46). Se se isso fosse feito, o árbitro teria de se pronunciar sobre todas elas. Essa necessidade aparece também em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 25 pr., onde Ulpiano reproduz uma opinião de Labeão, segundo quem o árbitro poderia validamente prorrogar o prazo de julgamento, desde que tivesse se pronunciado parcialmente sobre as controvérsias delimitadas no compromisso. O fundamento jurídico para que o árbitro pudesse realizar a prorrogação do julgamento – além da expressa autorização no compromisso – não é dado por Labeão, mas por Pompônio e Ulpiano. Estes corroboram a decisão labeoniana, sob o fundamento de que com aquela decisão – isto é, que não se manifestara sobre todas as controvérsias compromissadas – o árbitro não pusera fim às suas atribuições ("Et Pomponius probat Labeonis sententiam, quod et mihi videtur: quia officio in sententia functus non est").

²³³ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 3 e Cels. 2 dig. D. 4, 8, 37. K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 82.

²³⁴ Caso o árbitro procurasse postergar ou incentivasse as partes a recorrerem a outros juízes (ou árbitros), ele poderia ser desobedecido sem qualquer punição, pois, como esclarece P. STEIN (cf. *Roman arbitration*. cit., p. 255), o objetivo da arbitragem seria a obtenção de uma decisão para um determinado problema e, nessas circunstâncias, não se decidia nada. No final de Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 16, por exemplo, Paulo reproduz uma opinião de Sexto Pédio, pela qual este jurista contestava Juliano e reiterava que o árbitro não poderia

Nesses cenários, ainda que proferida uma decisão, o encargo arbitral não estaria extinto ("officio in sententia functus non est"), porque o árbitro não estaria pondo fim à controvérsia, mas apenas delegando-a ao juízo de outrem²³⁵.

E, para pôr fim à controvérsia e satisfazer plenamente o "*receptum arbitrii*", o árbitro deveria ater-se ao "*compromissum*", respeitando-lhe os termos pré-estabelecidos²³⁶. Essa regra é bastante explícita no já mencionado Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 15, onde Paulo nega que o árbitro estivesse autorizado a decidir qualquer matéria da forma que lhe aprouvesse; pois, enquanto julgador eleito pelo "*compromissum*", ele estava adstrito ao conteúdo ali previsto²³⁷.

Viu-se que o texto de Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 15, por mais que não seja o único, talvez seja a mais significativa corroboração da relação de complementariedade existente entre o "*compromissum*" e o "*receptum*". Não obstante, essa interdependência não deveria ser interpretada no sentido de que a sentença do árbitro estaria pré-determinada de antemão, pois os litigantes não poderiam prescrever antecipadamente o conteúdo do julgamento²³⁸.

Essa é uma conclusão lógica; pois, se a resolução da controvérsia estivesse prédeterminada, então não haveria controvérsia a ser sentenciada. Não haveria tampouco um objeto sobre o qual celebrar o "compromissum", o qual – caso fosse concluído sob esses termos – deveria ser reputado como inválido²³⁹. Apesar da aparente obviedade da situação, não deveria ter sido uma ocorrência de toda insólita, pois o próprio Paulo registra uma opinião de Juliano sobre o assunto.

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19 pr.: Qualem Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19 pr.: Além disso, autem sententiam dicat arbiter, ad diz Labeão, o tipo de sentença que profira praetorem non pertinere Labeo ait, o árbitro não diz respeito ao pretor, desde dummodo dicat quod ipsi videtur. Et ideo que profira o que lhe pareça. E, por isso, si sic fuit in arbitrium compromissum, ut se assim for compromissado um

sentenciar que as partes cumprissem aquilo que outro árbitro viesse a decidir. Segundo Pédio, esse tipo de sentença não poderia ser dado, porque não seria definitiva; já que promoveria a multiplicação de novas arbitragens e julgamentos.

²³⁵ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 25 pr.

²³⁶ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 21.

²³⁷ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 93

²³⁸ G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., p. 200.

²³⁹ É preciso reiterar que o "*compromissum*" pressupunha, por definição, a delimitação de uma lide (cf. Paul. 2 *ad ed.* D. 4, 8, 1).

certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere Iulianus scribit libro quarto digestorum.

"arbitrium" para que <o árbitro> profira certa sentença, o "arbitrium" será nulo, e não será coagido a proferir a sentença, escreve Juliano no livro quarto dos "digesta".

De forma um tanto abrupta em relação aos fragmentos imediatamente anteriores²⁴⁰, Paulo introduz a opinião de Labeão, segundo a qual o tipo ou natureza de sentença ("qualis sententia") eventualmente proferida pelo árbitro não concernia ao pretor ("ad praetorem non pertinere"). Mas o jurisconsulto deixa claro que essa impertinência dependia de que a pronúncia da decisão se desse conforme o próprio parecer do árbitro ("dummodo dicat quod ipsi videtur").

Ou seja, a irrelevância da sentença diante do pretor estava condicionada à garantia de liberdade no pronunciamento de seu conteúdo. Isso é corroborado por Paulo logo em seguida quando ele arregimenta uma abonação de Juliano e apresenta a hipótese de um compromisso no qual se determinava de antemão a sentença que o árbitro deveria proferir ("si sic fuit in arbitrium compromissum, ut certam sententiam dicat")²⁴¹.

A decisão cabível para uma situação como essa, diz Juliano, seria considerar como nulo todo o "arbitrium", liberando o árbitro do pronunciamento da sentença ("nec cogendum sententiam dicere")²⁴². A mesma conclusão é fornecida por Ulpiano, quando ele reflete sobre

²⁴⁰ O fragmento em questão está inserido em uma longa cadeia sobre o procedimento e circunstâncias do pronunciamento da sentença arbitral, que se inicia em Ulp. 13 ad ad. D. 4, 8, 17 pr. e continua para além do texto em análise. No fragmento, Paulo apresenta a opinião de Labeão de uma maneira aparentemente adversativa a uma passagem anterior; ocorre que o fragmento imediatamente anterior, não é de Paulo nem de Labeão, mas de Pompônio (Pomp. 17 epist. et var. lec. D. 4, 8, 18) e não aborda a questão específica do conteúdo da sentença ou da liberdade de julgamento do árbitro, mas lida com o problema do pronunciamento da sentença por um colegiado de árbitros. O. LENEL (cf. Palingenesia iuris civilis, vol. 1, Leipzig, Tauchnitz, 1889, c. 989, n. 244-245) reconstrói o texto de Paulo, conectando Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19 pr. como uma continuação a Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 16. Este texto, por sua vez, aborda o problema de extinção da arbitragem por decurso do prazo fixado no compromisso e a possibilidade de se reinstaurar o procedimento sob o comando do mesmo árbitro, caso as partes assim desejassem. É um conteúdo bastante similar a Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 5 e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9, já que a decisão presente ao final do fragmento reitera – ainda de que modo um pouco mais turvo – a livre faculdade do árbitro em assumir o encargo arbitral por meio do "receptum arbitrii". O que conduz à conclusão de que o termo "autem" no início do fragmento e, por extensão, também o conteúdo de Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19 pr., não tem propriamente um conteúdo adversativo, mas sim aditivo aos textos anteriores.

²⁴¹ F. BONIFACIO, Arbitro e Arbitratore (diritto romano). cit., p. 926.

²⁴² P. STEIN, Labeo's reasoning on arbitration, in South African Law Journal 91 (1974), p. 137.

um cenário semelhante, no qual a decisão do árbitro eleito é previamente vinculada à opinião de outrem.

Pomponius libro trigensimo tertio quaerit, si ita sit compromissum, ut quod Titio disceptatori placet, id Seius pronuntiet, quis sit cogendus? Et puto tale arbitrium non valere, in quo libera facultas arbitri sententiae non est futura.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17, 3: Inde Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17, 3: Por isso, Pompônio no livro trigésimo terceiro questiona, se seja comprometido que Tício pronuncie <a sentença> segundo aquilo que pareça ao juízo de Seio, quem será coagido? E creio que não vale o "arbitrium" no qual não haverá a livre faculdade do árbitro à sentença.

Ulpiano reporta uma pergunta de Pompônio extraída do trigésimo terceiro livro de seu digesto. Este jurisconsulto questiona qual dos dois árbitros eleitos - Seio ou Tício poderia ser coagido pelo pretor, na hipótese de o compromisso ter estabelecido que Seio deveria seguir a decisão proferida por Tício.

Segundo Ulpiano, não haveria coação cabível a nenhum dos árbitros, pois – tal como em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19 pr. – o "arbitrium" não seria válido ("et puto tale arbitrium non valere"). Por conta da intrínseca interdependência entre "compromissum" e "receptum", a invalidade da cláusula compromissária ocasionaria o desaparecimento de qualquer dever do árbitro e a obstrução à intervenção do pretor. Ainda para o jurisconsulto romano, esse haveria de ser o resultado, porque um dos requisitos mínimos de validade do "arbitrium" seria a garantia da liberdade decisória do julgador ("facultas arbitri sententiae").

Não é tão fácil afirmar com segurança se o "arbitrium" mencionado por Ulpiano – e por Paulo e Juliano no texto anterior – teria sido empregado para se referir apenas à função exercida pelo juiz ou ao procedimento arbitral como um todo²⁴³. Mas o contexto parece sugerir que se considerava a inteira estrutura arbitral como inválida, haja vista o árbitro estar

²⁴³ Como visto anteriormente, o termo "*arbitrium*" era plurívoco e poderia assumir diversos significados dentro do discurso sobre a arbitragem compromissária, tal como o papel exercido pelo juiz, o procedimento arbitral e até mesmo denotar a decisão proferida pelo árbitro.

sendo tolhido de sua atuação independente por iniciativa das partes que fixaram uma cláusula inválida no compromisso²⁴⁴.

Assim, por mais que se devesse respeitar a delimitação prefixada pelas partes no compromisso, o árbitro era plenamente livre para decidir a controvérsia que lhe fosse submetida²⁴⁵, pois a heterocomposição pressupunha a existência de uma lide e da liberdade decisória do julgador ("facultas arbitri sententiae").

Garantida a independência funcional e deliberativa do árbitro, como indicou Labeão²⁴⁶, pouco importaria ao pretor que tipo de sentença seria proferida, muito menos qual teria sido o seu conteúdo. Incidia, portanto, o princípio registrado por Paulo de que "summa rei est, ut praetor se non interponat"²⁴⁷.

Tanto é que, uma vez proferida, o árbitro não poderia alterar a sentença, pois ela se tornava imutável²⁴⁸. Segundo J. PARICIO²⁴⁹, essa é a interpretação mais segura das fontes, apesar de Sabino oferecer uma opinião aparentemente contrária.

videndum erit, an mutare sententiam possit. Et alias quidem est agitatum, si arbiter iussit dari, mox vetuit, utrum eo quod iussit an eo quod vetuit stari debeat. Et Sabinus quidem putavit posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat et ait Sabinum non de ea sensisse sententia, arbitrium finiat. praeparatione causae: ut puta si iussit preparo da causa: por exemplo, se ordenou

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 2: Unde Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 2: Donde será de se ver se pode mudar a sentença. E em outra ocasião, se o árbitro ordenou dar e, em seguida, vetou; foi discutido se deva respeitar o que ordenou ou o que vetou. E Sabino pensou poder. Cássio escusa bem a opinião de seu mestre e diz que Sabino não considerou aquela sentença que põe fim ao "arbitrium", mas aquela relativa ao

²⁴⁴ Interessante notar que, salvo pelo destaque ao "compromissum" dado por M. VASCONCELLOS (cf. Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano, Vol. 1, 1ª Ed., São Paulo, YK, 2017, p. 272), a interpretação dos tradutores modernos do Digesto tende a enfatizar a invalidade de todo o procedimento arbitral (cf. A. D'ORS et al., El Digesto de Justiniano - Tomo I - Costituciones Preliminares y Livros 1-19, Pamplona, Aranzadi, 1968, p. 225; O. BEHRENDS et al., Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung – II – Digesten 1-10, Heidelberg, Müller, 1995, p. 439; A. WATSON, The Digest of Justinian, Vol. 1, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998, p. 152 e S. SCHIPANI, Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae – Digesti o Pandette Dell'Imperatore Giustiniano – Texto e Traduzione, Vol. 1, Milano, Giuffrè, 2005, p. 362).

²⁴⁵ G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., p. 200.

²⁴⁶ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19 pr.

²⁴⁷ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3.

²⁴⁸ G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., p. 221.

²⁴⁹ Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 48.

litigatores calendis adesse, mox idibus iubeat: nam mutare eum diem posse.
Ceterum si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare sententiam non posse,

que os litigantes comparecessem nas calendas e, em seguida, ordenou nos idos; porque pode mudar o dia. De resto, se condenou ou absolveu, enquanto que o árbitro terá cessado de ser, não pode mudar a sentença,

Gai. 5 ad ed. prov. D. 4, 8, 20: Quia arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest.

Gai. 5 ad ed. prov. D. 4, 8, 20: Porque o árbitro, mesmo que tenha errado ao proferir a sentença, não pode corrigi-la.

O texto de Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 19, 2 corresponde a uma direta continuação ao fragmento anterior, onde Paulo informava que a sentença arbitral deveria se voltar à solução de toda a controvérsia existente entre as partes litigantes ("*ut secundum id discedere eos a tota controversia*")²⁵⁰. Diante daquela observação, o jurista levanta a questão se seria possível que o árbitro mudasse sua sentença depois de seu proferimento ("*an mutare sententiam possit*").

Sabino, cuja posição é registrada no texto, admitia a modificação da decisão após seu proferimento ("et Sabinus quidem putavit posse"). Contudo, a posição sabiniana é um tanto opaca. Num primeiro momento, ela parece responder justamente à dúvida apresentada por Paulo no início do fragmento; mas um esclarecimento é logo fornecido por Cássio, que, procurando justificar a posição de seu mestre, explica que Sabino não se referia às decisões definitivas, mas apenas àquelas preparatórias ("de preparatione causa").

A explicação de Cássio é relevante, pois complementa as posições vistas anteriormente²⁵¹. Não bastaria que o árbitro apenas ordenasse ou proibisse algo, já que a sentença em sentido estrito corresponderia àquela decisão que punha fim à controvérsia, condenando ou absolvendo o réu. Essas decisões não poderiam ser alteradas ("Ceterum si condemnavit vel absolvit [...] mutare sententiam non posse"), porque ao proferir tal decisão, o árbitro exauria sua função ("arbiter esse desierit")²⁵².

²⁵¹ Aquela de Pédio em Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 13, 2 e a do próprio Paulo em Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 19, 1.

²⁵² J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 48.

²⁵⁰ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 1.

Consequentemente, se o árbitro apenas ordenasse ou vetasse algo, mas o decretasse sem, com isso, condenar ou absolver a parte, ele poderia modificar a decisão. E o próprio Cássio fornece um exemplo: caso o julgador determinasse a convocação das partes à audiência nas calendas, poderia posteriormente alterar a data para os idos ("mox idibus iubeat: nam mutare eum diem posse").

O esclarecimento de Cássio é relevante em ainda outro sentido, porque indica que a sentença propriamente dita não seria a única decisão possível de ser proferida pelo árbitro ao longo do procedimento²⁵³. Ele teria a faculdade de emanar decisões interlocutórias destinadas ao preparo do julgamento ("de preparatione causa"), que poderiam definir – dentro dos limites delineados pelo compromisso – o lugar, momento ou modo de execução da audiência²⁵⁴.

De qualquer modo, Paulo e Cássio deixam claro que, ao julgar, o árbitro exauria a sua função. Ao fazê-lo, perdia a capacidade de operar qualquer transformação na sua decisão. Essa mesma regra é reiterada por Gaio no breve fragmento subsequente, mas com algumas pequenas particularidades relevantes; porque ele atesta a ideia de imutabilidade da sentença arbitral, mesmo nos casos em que o árbitro tenha cometido um erro em seu julgamento ("etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest")²⁵⁵.

Ainda que o árbitro reconhecesse ter cometido um erro em sua decisão, o julgamento proferido, qualquer que fosse seu conteúdo, era peremptório. Muito provavelmente, o "erro" ao qual Gaio se refere no fragmento não corresponderia a um equívoco procedimental que contrariasse os termos legitimamente impostos pelo compromisso ou que implicasse um

²⁵³ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 93.

²⁵⁴ G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., p. 221. O procedimento arbitral (e, por sua vez, o exercício do encargo de arbitro) não estava submetido às regras do processo ordinário. E, desde que o compromisso não o determinasse, o árbitro teria sido livre para ditar o caminho a ser seguido, conduzindo o procedimento como preferisse. M. WLASSAK (cf. Arbiter. cit., cc. 412-413) acredita que só o costume imporia certos limites ao árbitro, mas, independentemente disso, caberia a ele preencher as lacunas do compromisso. De qualquer forma, as fontes são bastante escassas quanto às informações sobre o procedimento arbitral. O que se encontra nas fontes são regras que impõem deveres de correção ao comportamento do árbitro (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 7 e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 11); imposições para que a sentença seja proferida na presença das partes e que estas sejam capazes de compreendê-la (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 5 e Jul. 4 dig. D. 4, 8, 47, 1). Em relação ao tempo e lugar da pronúncia da sentença terminativa, as fontes registram fragmentos sobre o tema (Pomp. 11 ad Quint. Muc. D. 4, 8, 14; Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 10; Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 15; Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 17; Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 21), mas que sugerem o que M. WLASSAK já propusera: que cabia ao árbitro colmatar os vazios do compromisso (cf. L. WENGER, Receptum arbitrii. cit., cc. 365-366; G. LA PIRA, Compromissum e litis contestatio formulare. cit., p. 200; M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 4 e n. 8; N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 115-117; J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 42).

²⁵⁵ J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 48.

desvio de competência do árbitro; porque, nessas situações, a decisão teria sido considerada como inexistente²⁵⁶. E, como tal, poderia ser livremente desrespeitada sem prejuízo para a parte²⁵⁷.

Como Gaio parece pressupor a existência de uma sentença válida, esse erro possivelmente corresponderia ao próprio dispositivo da sentença, de forma que o árbitro poderia ter condenado (ou absolvido) a parte que não o merecesse. Ou seja, a falha cometida pelo árbitro relacionar-se-ia ao juízo valorativo presente na decisão, o qual – mesmo sendo injusto – consolidava-se e impunha-se categoricamente aos litigantes.

Aliás, tratava-se de uma qualidade típica da arbitragem "ex compromisso", que a contrapunha – ou ao menos a distinguia – das demais modalidades de "arbitria"; tal como um longo e controverso fragmento de Próculo sobre o contrato de sociedade parece esclarecer.

Proc. 5 epist. D. 17, 2, 76: Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. Existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim

Proc. 5 epist. D. 17, 2, 76: Contraíste comigo uma sociedade sob a condição de que Nerva, amigo comum, estabelecesse as quotas da sociedade. Nerva determinou que tu fosses sócios de um terço e eu, de dois terços. Perguntas se isso é válido por direito de sociedade, ou se, apesar disso, somos sócios de partes iguais. Considero, porém, melhor se tivesses perguntado se seríamos sócios pelas quotas que ele estabelecesse ou pelas que um homem bom estabelecesse. De fato, os gêneros de "arbitria" são dois: um de tal maneira que, seja équo ou iníquo, devemos obedecer (o que é observado quando se dirige ao árbitro por meio de um compromisso); e outro de modo que deva remeter ao

²⁵⁶ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 1.

²⁵⁷ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 21.

persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.

"arbitrium" do homem bom, mesmo que a pessoa, por cujo arbitramento seja feito, seja nominalmente descrita.

Neste texto, um dos poucos que restaram das epístolas de Próculo²⁵⁸, o jurista do séc. I d.C. apresenta um caso concreto, no qual "tu" contraíra um contrato de sociedade com "ego", atribuindo a Nerva – um amigo comum a ambos os contraentes – a tarefa de repartir as quotas ("partes") que caberiam a cada um dos sócios nos resultados sociais.

Nerva cumpre seu encargo, atribuindo a uma das partes um terço dos resultados e à outra, dois terços. Diante dessa situação, Próculo é questionado se a divisão estabelecida pelo amigo eleito seria válida conforme o direito societário ("ratum id iure societatis")²⁵⁹, ou se divisão desigual deveria ser desconsiderada para que as quotas fossem repartidas em frações iguais entre as partes ("ex aequis partibus")²⁶⁰.

A questão parece estar vinculada à divisão desigual da participação nos resultados sociais, um tema profundamente controvertido na jurisprudência romana do final da República e início do Principado²⁶¹. No entanto, Próculo redireciona a dúvida, respondendo

²⁵⁸ As "Epistulae" de Próculo são provavelmente sua principal obra e acumulam 33 fragmentos diretos registrados na compilação justinianeia (cf. J. PARICIO, Sempronio Próculo, in R. DOMINGO (Org.), Juristas Universales – Volumen I – Juristas antigos, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 157-161). Segundo T. MAYER-MALY (cf. Proculus (Jurist), in PWRE XXIII, 1 (1957), cc. 1234-1240), as epístolas eram uma categoria tão distintiva de trabalho jurídico que praticamente toda a literatura casuística ("Problemliteratur") tem nas "Epistulae" a sua raiz; sendo que elas normalmente abordam questões vinculadas à vida cotidiana. Ainda segundo o autor, Próculo não teria um estilo apodítico como muitos de seus contemporâneos, de modo que suas respostas acabam sendo mais extensas que a de outros juristas. Em particular, Próculo tinha uma predileção por distinções, e Proc. 5 epist. D. 17, 2, 76 é um claro exemplo disso. Em virtude de seu caráter casuístico, as epístolas não ofereciam muitos pontos para que os compiladores posteriores pudessem dar início à alguma intervenção no texto, de forma que as interpolações são raras nesse tipo de texto.

²⁵⁹ O sintagma "ius societatis" deve ser compreendido, conforme esclarece G. SANTUCCI (cf. *Il socio d'opera in diritto romano – conferimenti e responsabilità*, Padova, CEDAM, 1997, p. 65 e n. 70), como o conjunto de normas típicas que regulavam o contrato de sociedade.

²⁶⁰ T. HONORÉ (cf. *Proculus*, in TR 30 (1962), p. 479) sugere que a dúvida em questão talvez tivesse sido apresentada por um pupilo ou ex-pupilo de Próculo; pois, após esclarecer os elementos fáticos iniciais, o jurisconsulto continuaria com "quaeris" e, em seguida, responderia à pergunta dizendo que a dúvida deveria ter sido feita de outro modo: "*Existimo autem melius te quaesiturum fuisse*", o que representaria uma resposta caracteristicamente pedagógica. Para o autor britânico, o caso seria imaginário, já que Próculo não teria realmente contraído uma sociedade com o seu pupilo; mas os personagens, sim: Próculo, o pupilo e Nerva, provavelmente o jurista contemporâneo de Próculo (cf. Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1, 2, 2, 52). Opinião semelhante, é compartilhada por F. GALLO (cf. *La dottrina di Proculo e quella di paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. 3, Torino, Giapichelli, 1970, p. 506, n. 69).

²⁶¹ A dúvida é plenamente compreensível do ponto de vista do regramento aplicável à "societas" romana, diante da regra geral segundo a qual a participação dos sócios nos resultados sociais deveria ser repartida em frações iguais entre si (cf. Ulp. 30 ad Sab. D. 17, 2, 29 pr. e Gai. 3, 150). Assim, os juristas clássicos não apenas enfrentaram o problema da "magna quaestio", isto é, aquele da possibilidade de se repartirem os lucros de forma diferente das perdas para um mesmo sócio (cf. Gai. 3, 149), mas também se questionavam sobre a

que a pergunta estaria mal formulada. Segundo o jurisconsulto, melhor seria questionar ("Existimo autem melius te quaesiturum fuisse") se as partes ficariam vinculadas pelas quotas impostas por Nerva ou por aquelas repartidas por um bom homem ("ex his quas virum bonum constituere oportuisset").

Diante disso, ele esclarece haver dois gêneros distintos de "arbitria". Em um deles, as partes deveriam acatar a sentença, independentemente de seu conteúdo ser justo ou injusto ("sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus"). Este tipo de "arbitrium", esclarece, corresponderia ao procedimento pelo qual as partes dirigir-se-iam ao árbitro por meio de um compromisso ("quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est"), isto é, corresponderia à arbitragem propriamente dita. Já a outra forma de "arbitrium" referia-se àquele procedimento pelo qual as partes recorriam ao um "vir bonus", para que ele desse seu parecer.

Apesar desse fragmento tratar os "arbitria" de forma aparentemente equiparadas, eles corresponderiam a procedimentos substancialmente diferentes, pois o "arbitrium boni viri" não era uma modalidade de arbitragem, mas daquilo que modernamente poderia ser chamado de arbitramento. Ou seja, de um procedimento pelo qual os contraentes de um negócio jurídico elegiam um terceiro, para que – mediante um ato de vontade sua – avaliasse e fixasse a prestação ou algum elemento constitutivo do negócio em questão²⁶².

A relevância do fragmento reside na relação de semelhança que o jurisconsulto elabora perante a decisão deveria ser obedecia, independentemente da equidade de seu conteúdo, e a arbitragem compromissária. Esse paralelo seria – além de mais um fator de corroboração da natureza peremptória da decisão do "arbiter ex compromisso" – um indício sobre os critérios e parâmetros decisórios do árbitro privado.

Essa equiparação, porém, não ficou imune a crítica. F. GALLO²⁶³, a propósito, defende que os dois gêneros de "*arbitria*" apresentados por Próculo não corresponderiam a uma contraposição entre arbitragem compromissária e arbitramento, e sim entre duas modalidades distintas de arbitramento; eliminando, assim, qualquer relação do fragmento

64

possibilidade – mais simples – de se poder repartir as quotas sociais de maneira igual entre lucros e perdas, mas em proporções diferentes entre os sócios. Os fragmentos de Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 76; Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 78 e Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 80 seriam exemplificativos dessas dúvidas (cf. G. SANTUCCI (cf. *Il socio d'opera in diritto romano. cit.*, p. 61-62).

²⁶² M. TALAMANCA, *Obbligazione (diritto romano)*, in ED 29 (1979), p. 32. No caso concreto apresentado, as partes recorrem a um terceiro, para que ele estabelecesse as frações pelas quais cada sócio responderia nos lucros e prejuízos da sociedade.

²⁶³ La dottrina di Proculo e quella di paolo in materia di arbitraggio. cit., pp. 481-484.

com o "arbitrium ex compromisso". Sua análise, porém, apoia-se na hipótese de que a frase "quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est" seria fruto de uma interpolação pós-clássica.

Para F. GALLO²⁶⁴, a condição inicialmente apresentada no fragmento ("*ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret*") não poderia representar uma cláusula compromissória, fosse porque a ideia era desconhecida no direito clássico²⁶⁵, ou porque, a partir dessa condição, não seria possível extrair a previsão e delimitação de uma controvérsia capaz de ser submetida a um árbitro para julgamento. Consequentemente, o autor italiano não acredita ser crível que Próculo tivesse lançado mão de uma contraposição entre arbitragem compromissária e arbitramento, pois essa seria uma distinção inútil à resolução da questão que lhe fora apresentada.

Ao extirpar a frase "quod [...] itum est" sob o fundamento de tratar-se de uma interpolação pós-clássica, F. GALLO²⁶⁶ é levado a concluir que Próculo teria respondido ao problema em questão mediante uma discriminação entre duas modalidades distintas de arbitramento: uma delas, normalmente chamada de "arbitrium merum", seria caracterizada pela indicação de uma pessoa determinada, cuja decisão estaria atrelada a critérios subjetivos; enquanto a outra corresponderia ao "arbitrium boni viri", marcada pela a indicação de um terceiro cuja decisão estaria vinculada a critérios objetivos característico de um "bonus vir"²⁶⁷.

_

²⁶⁴ La dottrina di Proculo e quella di paolo in materia di arbitraggio. cit., pp. 481-484.

²⁶⁵ A inexistência da ideia de uma cláusula compromissória foi bem investigada por M. TALAMANCA em: *Ricerche in tema di compromissum*. cit., p. 72.

²⁶⁶ La dottrina di Proculo e quella di paolo in materia di arbitraggio. cit., pp. 490-491 e 517-518; apesar de o autor italiano reconhecer que o estado atual das fontes é fruto da atuação dos compiladores justinianeus, não haveria a possibilidade de se afirmar com certeza se as supostas interpolações teriam sido inseridas no processo de elaboração da compilação. Ele sugere, portanto, que a frase "quod [...] itum est" pudesse ser atribuída a uma alteração pós-clássica que os compiladores justinianeus apenas se limitaram a reaproveitar, pois em Iust. C. 4, 38, 18 (de 530 d. C.), Justiniano menciona que apenas o "arbitrium merum" seria admissível para a determinação do preço na compra e veda. E, como consequência, a sua admissão no contexto do contrato de sociedade não poderia ter sido obra dos justinianeus, já que também corresponde a um contrato consensual de boa-fé.

²⁶⁷ Haveria dois tipos de arbitramento no direito romano clássico. Um deles, chamado de "arbitrium boni viri", seria aquele marcado pelo fato de que a avaliação do arbitrador deveria seguir um critério objetivo de equidade e externo àquele que, eventualmente, fosse escolhido para efetuar essa avaliação. Já a outra espécie, chamada de "arbitrium merum" pela romanística, seria caracterizada pelo fato de a escolha do arbitrador ser vinculante às partes que o elegeram e pelo fato de sua avaliação ter de ser obedecida independentemente de sua equidade. Isso ocorria, porque o critério de avaliação do "arbitrium merum" era subjetivo e conforme os critérios pessoais daquele que fora escolhido. F. GALLO (cf. La dottrina di Proculo e quella di paolo in materia di arbitraggio. cit., pp. 508 e n. 74 e 532-534) ressalta, porém, que a terminologia "merum", usada para se referir a esse tipo de arbitramento, além de não ser romana, seria inadequada, porque a avaliação desse tipo de arbitrador não corresponderia a uma análise puramente arbitrária ou potestativa, já que ele ainda deveria efetuá-la conforme certos critérios materiais; no caso do contrato de sociedade, por exemplo, deveria fazê-lo conforme o valor dos

Todavia, essa passagem aparenta não ter recebido muita atenção da crítica interpolacionista ao longo do século passado e, mesmo após o trabalho de F. GALLO, parece continuar alheia aos julgamentos de censura²⁶⁸.

De fato, é preciso concordar com F. GALLO que a condição inicial "ut Nerva [...] constituere" não corresponderia a uma cláusula compromissória, uma vez que seu conteúdo não representa uma composição destinada a pôr fim a um litígio, mas sim um expediente dos contraentes de uma sociedade para determinarem o valor da prestação que deveria ser executada ao longo da relação contratual. Mas isso, por si só, não parece ser um fundamento suficiente para extirpar a menção à arbitragem compromissária do fragmento²⁶⁹.

Ao oferecer a distinção em questão, Próculo não parece preocupado em apresentar alternativas ao processo de avaliação das quotas sociais, e sim em contrapor a vinculatividade das decisões proferidas no âmbito de cada um dos "arbitria"²⁷⁰. Aliás, a resposta definitiva do jurisconsulto ao problema – registrada em Proc. 5 epist. D. 17, 2, 78 – conclui pela incidência exclusiva do "arbitrium boni viri" nas relações societárias, em virtude do caráter de boa-fé da "actio pro socio" que regia o contrato de sociedade e que

aportes realizados pelos sócios. Veja-se que em Proc. 5 epist. D. 17, 2, 80, Próculo faz direta menção à "opera" aportada pelo sócio como um fator para ser levado em consideração. No entanto, o termo "merum" é usado indiscriminadamente pela romanística, inclusive em relação à arbitragem compromissária (cf. V. ARANGIO-RUIZ, La società in diritto romano, Napoli, Jovene, 1965, p. 113 e G. P. SOLINAS, A proposito dell'arbitrium boni viri, in Studi in onore di Gaetano Scherillo, vol. 2, Milano, La Goliardica, 1972, p. 545, n. 14).

²⁶⁸ A genuinidade da menção à arbitragem compromissária em Proc. 5 epist. D. 17, 2, 76 é aceita por: A. POGGI, Il contratto di società in diritto romano classico, vol. 2, Torino, Tipografia Sociale Torinese, 1934, pp. 166-168; C. ARNÒ, Corso di diritto romano – Il contratto di società, Torino, Giappichelli, 1938, p. 210; G. BROGGINI, Iudex arbiterve – Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters, Köln, Böhlau, 1957, pp. 113-114; M. TALAMANCA, Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 24, n. 58; F. BONIFACIO, Arbitro e Arbitratore (diritto romano). cit., p. 928; V. ARANGIO-RUIZ, La società in diritto romano. cit., pp. 111-113; K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., pp. 83, 136, 145-146, 258; M. TALAMANCA, Obbligazione (diritto romano). cit., p. 34, n. 220; M. TALAMANCA, Società in generale (diritto romano), in ED 42 (1991), p. 838, n. 262; R. ZIMMERMANN, The law of obligations. cit., p. 529; W. LITEWSKI, Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichter durch das materielle Recht, in M. SCHERMAIER (org.), Iurisprudentia universalis – Festgabe für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln, Böhlau, 2002, p. 412; A. GUARINO (cf. Societas consenso contracta, in ID., La società in diritto romano, Napoli, Jovene, 1988, pp. 75-77) também parece aceitar a genuinidade da passagem, pois não levanta nenhuma crítica a ela. Por sinal, G. SANTUCCI (cf. Il socio d'opera in diritto romano. cit., pp. 64 e 68, n. 80) anota que as críticas interpolacionistas de F. GALLO não teriam sido acolhidas pela doutrina, mantendo aquele autor em posição isolada.

²⁶⁹ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*. cit., p. 64. Além do mais, como os estudos de M. TALAMANCA (cf. *Obbligazione (diritto romano). cit.*, pp. 32-34 e nn. 217, 220-221) sugerem, não haveria indícios suficientes para se admitir a aplicação do "*arbitrium merum*" em matéria contratual no período clássico. Igualmente, G. P. SOLINAS (cf. *A proposito dell'arbitrium boni viri*. cit., 539-543 e 553), que também discorda expressamente de F. GALLO, aponta que as fontes clássicas, principalmente aquelas de Gaio (Gai. 3, 140; Gai. 3, 143; Gai 10 *ad ed. Prov.* D. 19, 2, 25 pr.; gai 10 *ad ed.* D. 19, 5, 22) referem-se ao arbitramento de terceiro determinado ("*arbitrium merum*"), mas o fazem em sentido de lhe negar aplicação em matéria contratual. O permitiria aceitar que a menção à arbitragem compromissária não estaria fora de lugar e seria genuína.

²⁷⁰ K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech.* cit., pp. 145-146.

permitiria a correção equitativa da prestação quando ela fosse fixada em desconformidade aos parâmetros do homem médio²⁷¹.

Não obstante, ainda que se considere o trecho "quod [...] itum est" como fruto de interpolação naquele fragmento em específico, seu conteúdo material não deixaria de ser genuíno do ponto de vista clássico. A mesma concepção de que o "arbitrium ex compromisso" seria alheio a um julgamento de equidade e deveria ser obedecido mesmo que a decisão arbitral apresentasse um conteúdo injusto é igualmente atestado por Ulpiano em outro texto²⁷².

debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit. Nam et divi Pii rescripto adicitur: "Vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet".

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 2: Stari autem Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 2: No entanto, deve respeitar a sentença do árbitro que por ela pronunciou sobre a questão, seja équa ou iníqua; e quem comprometeu impute-o a si. Porque é promulgado por um rescrito do divino Pio: "Ainda que pouco convincente, deve-se suportar a sentença com equanimidade".

Ulpiano diz que a sentença proferida pelo árbitro deveria ser obedecia, fosse ela justa ou injusta, e adverte – em uma frase um tanto críptica – que a parte que celebrara o compromisso teria de imputar a si próprio o resultado da arbitragem²⁷³.

A construção "sive aequa sive iniqua sit" é a mesma que aparece em Proc. 5 epist. D. 17, 2, 76, com a única diferença na desinência nominal dos adjetivos; já que no texto de Ulpiano eles se referem diretamente à "sententia", enquanto no fragmento de Próculo eles são empregados para qualificar o "arbitrium". Mas essa diferença não afeta o paralelo entre

²⁷¹ C. ARNÒ, Corso di diritto romano. cit., p. 212 e G. SANTUCCI, Il socio d'opera in diritto romano. cit., p. 67. Além do mais, é plenamente possível que, em virtude da falta de precisão terminológica para os termos "arbitrium" ou "arbiter", a arbitragem e o arbitramento fossem tratados em conjunto, o que justificaria a menção à arbitragem compromissária no fragmento de Próculo.

²⁷² J. Paricio, Los arbitraies privados en la Roma clásica, cit., pp. 40-41.

²⁷³ D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration*. cit., p. 185.

os fragmentos que permitiria concluir pela genuinidade clássica da peremptoriedade da decisão arbitral mencionada no texto anterior²⁷⁴.

Ulpiano fundamenta sua posição mencionando um rescrito do imperador Antonino Pio que reiterava o dever das partes de obedecerem a decisão, ainda que sua fundamentação fosse pouco verossímil ou convincente ("minus probabilis")²⁷⁵.

Essa relação reforça a natureza categórica a sentença vista em Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 19, 2 e Gai. 5 *ad ed. prov*. D. 4, 8, 20, onde se tinha a notícia de que a sentença arbitral não poderia ser alterada após ter sido proferida. Os textos de Proc. 5 *epist*. D. 17, 2, 76; Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 27, 2 e Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 19 pr., por sua vez, respaldam a compreensão de que aquela característica não era meramente formal, mas repousava sobre a própria substância da decisão arbitral. Por isso, são normalmente postos no centro de uma controvérsia sobre se o "*arbiter ex compromisso*" estaria ou não vinculado pelas regras de direito material no seu ato decisório²⁷⁶.

Há quem defenda que o árbitro deveria se ater, em princípio, ao direito objetivo, salvo se as partes não o tivessem isentado de tal dever²⁷⁷. Mas há quem discorde disso e sustente, contudo, que o árbitro estivesse completamente desvinculado dos parâmetros de direito objetivo, podendo decidir a causa com ampla discricionariedade, desde que respeitados os limites impostos pelo compromisso²⁷⁸.

⁴ C

²⁷⁴ Seria plenamente possível interpretar a referência à equidade do "*arbitrium*", em Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 76, como uma sinédoque. Aliás, a sinédoque é uma figura de linguagem normalmente caracterizado como uma espécie de metonímia usada na ampliação ou redução de sua referência básica; o que se dá pela substituição de palavras de diferentes extensões semânticas (cf. M. H. M. NEVES, *A gramática do português revelada em textos*, São Paulo, Editora Unesp, 2018, pp. 1146-1147). Assim, por meio de uma substituição semântica, Próculo tomaria o todo ("*arbitrium*") pela parte ("*sententia*"). De outra forma, seria ilógico supor que, ao dizer que o objeto poderia ser justo ou injusto, ele estivesse valorando o próprio procedimento e não a atividade do árbitro. Consequentemente, pode-se concluir por um substancial paralelo entre Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 76 e Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 27, 2 que apresentaria apenas diferenças formais.

²⁷⁵ Em Anton. C. 2, 55, 1 (213 d. C.), há o registro de um rescrito do Imperador Caracalla que, apesar de não corresponder ao mesmo texto mencionado por Ulpiano, parece reproduzir a mesma lógica, quando atesta que contra a sentença arbitral não se admitia recurso porque a decisão não dava lugar a uma "*actio iudicati*".

²⁷⁶ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*. cit., p. 529.

²⁷⁷ O grande representante dessa corrente é M. TALAMANCA (cf. *Ricerche in tema di compromissum*. cit., p. 24-25), para quem a inapelabilidade da decisão arbitral não seria indício de que o árbitro fosse livre para decidir segundo o quadro normativo de sua escolha, pois, por muito tempo, a decisão do juiz do processo ordinário também era irrecorrível, mas mesmo assim, ele deveria julgar conforme as normas de direito objetivo.

²⁷⁸ E. DE RUGGIERO, Arbiter, in ID., Dizionario epigráfico di antichità romane, Roma, Pasqualucci, 1895, p. 614; M. WLASSAK, Arbiter. cit., c. 413; F. BONIFACIO, Arbitro e Arbitratore (diritto romano). cit., p. 926; J. PARICIO, Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'. cit., p. 291; P. STEIN, Roman arbitration. cit., pp. 225-226; A. FERNANDEZ BARREIRO – J. PARICIO, Fundamentos de derecho privado romano, 4ª Ed., Madrid, Paideia, 2000, p. 143; J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 47. De sua parte, W. LITEWSKI (cf. Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichter. cit., pp. 409-413) conclui não ser possível afirmar categoricamente que o árbitro estivesse desvinculado do direito objetivo, mas acredita que –

Apesar dessa controvérsia, o fato é que as fontes são silentes em fornecer qualquer resposta concreta e, portanto, cada uma das correntes é levada a interpretar esse silêncio de uma forma diversa. Pressupondo que se deva evitar a imposição de concepções modernas às fontes clássicas, G. Bugliani²⁷⁹ aponta que a questão sobre a vinculatividade do árbitro ao direito objetivo corresponderia a uma questão relacionada ao moderno positivismo jurídico e, portanto, anacronicamente aplicada às fontes romanas.

Semelhantemente, G. BUIGUES OLIVER²⁸⁰ já sugerira que talvez uma solução repousasse na estrutura negocial que compunha a arbitragem romana. O problema da submissão do "arbiter ex compromisso" ao direito objetivo poderia, de fato, corresponder ao emprego de um prisma moderno na análise das fontes. Assim, melhor seria observar a estrutura jurídica que vinculava o árbitro e estabelecia o quadro de atuação para o seu encargo.

Como visto, os parâmetros para o julgamento eram estabelecidos pelo "*compromissum*"²⁸¹, de modo que o árbitro não estava adstrito a respeitar nenhuma fórmula imposta externamente pelo pretor. A estrutura arbitral, portanto, fechava-se sobre si própria²⁸². Ou seja, as limitações à atuação do árbitro partiam de dentro da própria estrutura arbitral; sendo que, dentro desse quadro, o árbitro teria liberdade para agir conforme seu próprio raciocínio e tomar sua decisão²⁸³.

Isso teria conduzido a atenção da jurisprudência romana a repousar sobre o controle externo e recorribilidade da sentença. O que parece ser corroborado pelo conteúdo dos fragmentos anteriormente mencionados. Quando Ulpiano²⁸⁴ atesta que "*Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit*", ele não estaria se referindo propriamente à discricionariedade decisória – isto é, à desvinculação do árbitro das regras de direito objetivo –, mas à impossibilidade de se impugnar a sua decisão²⁸⁵.

Não cabia recurso sobre a decisão e, uma vez proferida, não poderia ser alterada ("mutare sententiam non posse"); de modo que tanto o árbitro, quanto as partes deveriam se

se essa vinculação existia – ela era frágil, porque ele deteria amplos poderes discricionários. Posição semelhante é compartilhada por G. BUIGUES OLIVER (cf. *La solución amistosa de los conflitos en derecho romano*. cit., pp. 141-142).

²⁷⁹ Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano. cit., pp. 394-396.

²⁸⁰ La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., pp. 141-142.

²⁸¹ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 21.

²⁸² M. WLASSAK, *Arbiter*. cit., cc. 408-409.

²⁸³ G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., pp. 141-142.

²⁸⁴ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 2.

²⁸⁵ G. BUGLIANI, Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano. cit., p. 392.

contentar com o julgamento. Essa parece ser a interpretação mais compatível com o conteúdo de Proc. 5 epist. D. 17, 2, 76 e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 2, porque nesses textos faz-se menção ao respeito incondicional que se deve demonstrar perante a sentença, mesmo que fosse injusta ("sententiae stare")²⁸⁶.

Como se indicou, a atenção dos juristas não estava centrada no conteúdo, mas na imutabilidade da decisão²⁸⁷. E parece haver poucas dúvidas de que a sentença arbitral não estivesse sujeita a recursos, como atesta um rescrito imperial do séc. II d. C, esse teria sido um fato aceito pela jurisprudência clássica.

arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur. Sed si ultra diem compromisso comprehensum iudicatum est, sententia nulla est, nec ullam poenam committit qui ei non paruerit.

Anton. C. 2, 55, 1 (213 d. C.): Ex sententia Anton. C. 2, 55, 1 (213 d. C.): É frequentemente afirmado em rescritos que não pode apelar da sentença do árbitro "ex compromisso" concluída em perfeita adequação ao direito, porque dela não se pode conceder uma "actio iudicati" e para isso é prometida penas recíprocas, para que pelo medo delas não se retire do acordo. Mas se é julgado além do dia no compreendido compromisso, sentença é nula, nem incide em nenhuma pena quem a ela não obedecer.

O Imperador Antonino Caracala²⁸⁸ afirma ser frequentemente confirmado em rescritos imperiais ("saepe rescriptum est") não caber nenhum recurso contra a sentença do "arbiter ex compromisso", desde que tenha sido proferida "iure perfecto".

²⁸⁶ W. Litewski, *Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichter.* cit., p. 412.

²⁸⁷ Como se viu em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19 pr.; Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 2 e Gai. 5 ad ed. prov. D. 4, 8, 20, não parece haver muitas dúvidas na jurisprudência romana clássica acerca da impossibilidade de se alterar a sentença, depois que tenha sido pronunciada.

²⁸⁸ O fragmento registra apenas se tratar de um rescrito subscrito pelo Imperador Antonino, mas como é datado de 213 d. C., com muita probabilidade se trata do Imperador Caracala, que reinou como "augustus" de 198 d. C. até 217 d. C., data de sua morte (Cf. A. BIRLEY, Aurelius Antoninus, in HORNBLOWER, Simon e SPAWFORTH, Anthony (Org.), The Oxford classical dictionary, Vol. 1, 4a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 211-212 e R. HANSLIK, Caracalla, in Der kleine Pauly I (1964), c. 1295, cc. 1049-1051).

A impossibilidade de se apresentar um recurso contra a decisão arbitral, segundo o próprio texto, estaria vinculada à maneira pela qual a decisão adquiriria executoriedade. A partir de uma sentença proferida por um árbitro privado, não era concedida nenhuma "actio iudicati", pois a vinculação das partes dava-se somente mediante as penas reciprocamente prometidas entre os compromitentes ("ob hoc invicem poena promittitur")²⁸⁹.

Mas, ainda que a irrecorribilidade seja uma qualidade atestada pelas fontes, é difícil extrapolá-la e, dela, extrair a conclusão de que o árbitro estaria ou não vinculado ao direito material. O rescrito em questão associa a ausência de recurso ao adequado proferimento da decisão, entretanto é improvável que a expressão "*iure perfecto*" fizesse menção ao conteúdo da decisão, pois, o próprio fragmento parece sugerir que se tratasse apenas de uma adequação formal ao procedimento predeterminado no compromisso²⁹⁰.

Já que, após afirmar que o respeito à decisão era garantido pelas "stipulationes poenales" recíprocas, o texto segue dizendo que as partes estariam livres da pena – podendo desobedecer a decisão – caso ela tivesse sido pronunciada fora do prazo estabelecido. Ou seja, a sentença proferida em desconformidade com as regras procedimental não teria sido uma decisão proferida "iure perfecto".

Como esclarece W. LITEWSKI²⁹¹, obrigatoriedade e irrecorribilidade da decisão podem não provar a absoluta desvinculação do árbitro do direito objetivo, mas apontam à existência de uma desvinculação submetida a termos não tão rigorosos, uma vez que o limitado controle sobre a sentença refletiria o reconhecimento de uma ampla discricionariedade decisória ao árbitro²⁹². Não obstante, é preciso apontar que esse controle sobre a sentença arbitral não era completamente inexistente²⁹³.

²⁸⁹ O Imperador Caracala indica também que a inapelabilidade estaria relacionada à função "in terrorem" da pena prometida, isto é, à sua função coercitiva. Segundo R. ZIMMERMANN (cf. *The law of obligations*. cit., p. 98), admitir a interposição de um recurso contra a decisão do árbitro esvaziaria o propósito da "*stipulatio*" celebrada como instrumento que garantia a obediência à decisão.

²⁹⁰ G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., pp. 132-133.

²⁹¹ Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichter. cit., p. 412.

²⁹² Existe um caso específico de vinculação expressa do árbitro privado ao direito material em Iust. C. 2, 3, 29, 2 (531 d. C.), que é analisada mais minuciosamente no Cap. 3.7, abaixo. Mas para uma análise dessa constituição imperial em específico sob o prisma em questão, cf. W. LITEWSKI, *Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichter*. cit., pp. 414-415.

²⁹³ A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 162-163.

autem obtemperare litigatores, si arbiter aliquid non honestum iusserit.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 7: Non debent Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 7: Não devem, porém, os litigantes obedecerem, se o árbitro tiver decidido alguma coisa desonesta.

Nesse curto fragmento, Ulpiano expressamente atesta a ineficácia da decisão arbitral perante os litigantes, quando ela não fosse honesta. Com isso, o jurisconsulto aponta para um específico juízo de valor sobre o conteúdo da decisão que seria capaz de tolher a sua peremptoriedade.

O texto faz uso do verbo "iubere" para se referir ao ato decisório do árbitro e não ao "sententiam dare", mais comumente empregado para indicar a sentença. Isso sugere que Ulpiano estivesse se referindo àquelas decisões interlocutórias às quais Paulo e Cássio fazem menção em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 2²⁹⁴. O fragmento, por sinal, integra uma cadeia na qual esse mesmo verbo é repetido diversas vezes para se referir a decisões interlocutórias²⁹⁵. Particularmente interessante é Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 11, que parece corroborar essa interpretação do "iussum non honestum" mencionado por Ulpiano.

aliquem locum inhonestum adesse iusserit, puta in popinam vel in lupanarium, ut Vivianus ait, sine dubio impune ei non parebitur: quam sententiam et Celsus libro secundo digestorum probat. [...]

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 11: Sed si in Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 11: Mas se <0 árbitro> decidido tenha que litigantes> comparecessem em algum lugar desonesto, como em uma taverna ou em um lupanar, como Viviano diz, sem dúvida impunemente não lhe terá de ser obedecida: e Celso aprova esta opinião, no livro segundo dos "digesta". [...]

²⁹⁴ Segundo H. HEUMANN – E. SECKEL (cf. v. iubere, in ID, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., pp. 290-291), o verbo "iubere" teria, de fato, um sentido de um comando ou uma ordem ("Befehl"); e não necessariamente de uma sentença.

²⁹⁵ Em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 8, ele é usado em relação a uma ordem emitida pelo árbitro para que as partes se apresentassem em audiência, em uma determinada data. Em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 10, ele é usado em referência à ordem do árbitro para que as partes se apresentassem a um determinado lugar fora da cidade de Roma. Em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 11, a ordem também está relacionada ao comparecimento das partes à audiência. Apenas em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 12, o verbo "iubere" a presenta alguma ambiguidade, podendo se referir tanto à decisão interlocutória, quando à sentença definitiva.

O mesmo Ulp. ad ed. D. 4, 8, 21, 7 registra que, caso o árbitro tenha proferido uma ordem para que as partes se reunissem em algum lugar "inhonestum", sua decisão poderia ser desrespeitada impunemente ("impune ei non parebitur"); isto é, as partes não ficariam sujeitas ao pagamento da pena compromissada, caso recusassem o cumprimento da ordem arbitral²⁹⁶.

Na segunda parte do fragmento, Ulpiano reproduz um questionamento de Celso sobre o mesmo problema, mas que se trata apenas de uma variação do mesmo problema, cuja análise não é particularmente pertinente no momento²⁹⁷. O paralelo entre o genérico "aliquid non honestum iusserit", de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 7, e o concreto "aliquem locum inhonestum adesse iusserit", de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 11, sugere que o mencionado "iussum" se referiria, de fato, a uma decisão interlocutória; haja vista não se referirem a nenhuma decisão terminativa da controvérsia, mas apenas uma decisão preparatória da audiência ("de preparatione causa")²⁹⁸.

Isso poderia levar à conclusão de que a peremptoriedade absoluta da sentença arbitral se manteria intacta e que apenas as decisões interlocutórias estariam sujeitas a uma análise de mérito capaz de lhes tolher a validade e eficácia. Não obstante, existem registros nas fontes que permitiriam supor que a regra apresentada em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 7 poderia ser igualmente aplicada às decisões terminativas.

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 14: Cum Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 14: Quando quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset, testationibus etiam revelado manifestamente um inimigo e, conventus, ne sententiam diceret, nihilo minus nullo cogente dicere perseverasset, libello cuiusdam id querentis imperator Antoninus subscripsit posse eum uti doli

algum árbitro, por outras causas, tivesse se ainda que interpelado por testemunhas a não pronunciar a sentença, não obstante insistir em pronunciar por não ser coagido; o Imperador Antonino, por um libelo de

²⁹⁶ M. TALAMANCA, Ricerche in tema di compromissum. cit., p. 93.

²⁹⁷ Na segunda parte do texto, Ulpiano reproduz uma questão que seria encontrada no segundo livro dos "Digesta" de Celso, na qual o jurisconsulto romano analisa a possibilidade de descumprimento da ordem arbitral, quando o lugar determinado para a audiência ao qual um dos litigantes "honeste venire non possit". Ou seja, quando se tratar de um sítio cujo comparecimento, para uma das partes, não teria sido compatível com a sua honestidade e dignidade. A conclusão de Celso é a mesma da regra geral apresentada em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 7 e na primeira parte do fragmento: a ordem poderia ser impunemente desobedecida, porque uma ordem não poderia ser considerada válida para um dos litigantes e inválida para o outro ("[...] absurdum enim esse iussum in alterius persona ratum esse, in alterius non").

²⁹⁸ K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech. cit., p. 162.

mali exceptione. Et idem, cum a iudice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi appellari non potest, doli mali exceptionem in poenae petitione obstaturam. Per hanc ergo exceptionem quaedam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri.

alguém que disso se queixou, subscreveu poder usar uma exceção de dolo mau. E o mesmo <imperador>, quando consultado por um juiz perante quem era pedido uma pena, respondeu com um rescrito, ainda que não possa apelar, poder opor a exceção de dolo mau à petição de pena. Por isso, a exceção é uma certa espécie de apelo, pois permite impugnar a sentença do árbitro.

Quando um árbitro demonstrasse uma inimizade manifesta perante um dos litigantes e resolvesse proferir a decisão – mesmo após ter sido intimado expressamente para não seguir com o encargo assumido – poderia ser concedida uma "exceptio doli". Segundo Paulo, esse parecer fora extraído de um rescrito que Imperador Antonino, após um questionamento de um interessado que, provavelmente, era o inimigo desse árbitro.

A resposta imperial permitiria que a parte pudesse desobedecer a decisão sem correr o risco de ter de pagar a pena compromissada, pois a "exceptio doli" poderia ser usada para bloquear a "actio ex stipulatu" movida pelo eventual vencedor da causa. Apesar das diferenças estruturais entre a apelação e a "exceptio", o próprio Imperador reconhece uma certa semelhança em suas funções²⁹⁹. Mesmo não sendo possível apelar da decisão, essa exceção cumpriria um certo papel recursal, já que permitiria impugnar ("retractare") a sentença arbitral³⁰⁰.

Do fragmento é possível extrair que não só o árbitro estava proibido de agir com dolo perante os litigantes, como havia uma ressalva à regra geral da peremptoriedade da decisão arbitral, uma vez que permitia o exercício de um certo grau de controle sobre o conteúdo material da sentença³⁰¹.

74

²⁹⁹ W. LITEWSKI, Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichter. cit., p. 413.

³⁰⁰ Segundo H. HEUMANN – E. SECKEL (v. retractare, in ID., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 517), o verbo "retractare" tem um sentido geral de tratar novamente sobre algo ("von neuen verhandeln"), mas, em um contexto específico, o termo denota o ato de contestação do prévio tratamento ou decisão judicial ou arbitral ("zu dem Zwecke, um eine frühere gerichtiliche [schiedsgerichtliche] Behandlung oder ein richterliches Urteil [einem Schiedsspruch] anzufechten").

³⁰¹ W. LITEWSKI, *Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichter.* cit., p. 413.

Entretanto, isso ocorria diante uma situação na qual o árbitro já demonstrara sua manifesta inimizade perante as partes ("Cum quidam arbiter [...] inimicus manifeste apparuisset") e, por conta disso, fora intimado a não se manifestar ("testationibus etiam conventus, ne sententiam diceret"). Pode-se concluir que essas circunstâncias excepcionais justificariam a impugnação da decisão justamente porque tratava-se de uma sentença que não deveria ter sido proferida.

Mas cabe notar que – tal como a execução da sentença – essa impugnação extraordinária ocorria unicamente no plano da "comissio poenae", isto é, da cobrança das "stipulationes poenales". Tratava-se de uma objeção indireta, pois a decisão propriamente dita não era afetada. A parte prejudicada poderia apenas furtar-se do pagamento da pena pelo eventual descumprimento à sentença desonesta³⁰².

Talvez por isso mesmo a decisão do árbitro fosse essencialmente diferente daquela proferida pelo "*iudex*" ordinário, uma vez que não fazia coisa julgada³⁰³.

Paul. Sent. 5, 5a, 1³⁰⁴: [...] Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit: sed si poena inter eos promissum sit, poena re in iudicium deducta ex stipulatu peti potest.

1³⁰⁴: [...] Ex Paul. Sent. 5, 5a, 1: [...] O juiz eleito pelo dex sumptus rem compromisso não faz coisa julgada, mas, si poena inter eos se a pena seja prometida entre eles, re in iudicium quando a questão é deduzida em juízo, a pena pode ser pedida pela 'stipulatio'.

A obra da qual o texto em questão foi extraído, "Pauli Sententiae", talvez tenha sido a mais influente de um grupo da literatura caracterizado pela exposição abstrata de conceitos e princípios jurídicos, no qual os problemas práticos são praticamente inexistentes. Muitas das obras pertencentes a esse grupo literário têm certa natureza propedêutica; nesse sentido, o termo "sententiae" – quando aplicado ao título da obra – indicaria, como esclarece F. SCHULZ³⁰⁵, que seu conteúdo seria composto por máximas ou aforismos.

³⁰⁴ Fragmento extraído de G. BAVIERA, *Fontes iuris romani antejustiniani*, Vol. 2, Firenze, Barbera, 1968, pp. 386-417

³⁰² Como indica N. RAMPAZZO (cf. *Sententiam dicere cogendum esse*. cit., pp. 96-97), toda dinâmica jurídica da sentença arbitral se passava no plano da "*comissio poenae*". Tanto a existência, quanto a sua validade eram averiguadas à luz da cobrança da pena compromissada, de modo que a sentença que não cumprisse com os requisitos mínimos não se qualificava como condição suficiente para ensejar a cobrança da pena daquele que eventualmente a desrespeitasse (cf. Paul 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 16).

³⁰³ M. WLASSAK, Arbiter. cit., c. 408.

³⁰⁵ History of roman legal science, Oxford, Clarendon, 1946, pp. 173-174 e 176.

O fragmento em questão é um claro exemplo desse tipo de construção, pois limita-se a expor abstratamente que a decisão do "arbiter ex compromisso"³⁰⁶ não fazia coisa julgada ("rem iudicatam non facit"), indicando que, na hipótese de a controvérsia ser submetida ao juízo ordinário ("re in iudicium deducta"), a parte estaria autorizada a cobrar a pena prometida no compromisso³⁰⁷.

Por conta do caráter definitório e elementar dos fragmentos, duvida-se se Paulo era realmente o autor dessa obra ou se se tratava de uma compilação pós-clássica de aforismos destinados aos práticos³⁰⁸. Segundo F. SCHULZ³⁰⁹, é improvável que o texto, tal como é atualmente conhecido, tenha sido redigido por Paulo. Ainda que este jurisconsulto tivesse sido responsável pelo texto original, ele teria sido profundamente alterado no período pós-clássico.

Mas nem por isso o fragmento em questão perderia a relevância. O fato de que – a despeito de sua peremptoriedade – a sentença arbitral não fazia coisa julgada está intimamente relacionado com o texto clássico de Anton. C. 2, 55, 1 (213 d. C.), no qual o Imperador Antonino Caracala traça um paralelo entre a irrecorribilidade da decisão à impossibilidade de ajuizamento de uma "actio iudicati" a partir dessa mesma sentença³¹⁰.

Como visto anteriormente, o paralelo entre "litis contestatio" e "compromissum" era imperfeito, pois este último não manifestava nenhum efeito consumativo da ação³¹¹. A relação jurídica original mantinha-se intacta, e as partes ainda poderiam recorrer às vias ordinárias, uma vez que do compromisso não nascia nenhuma "exceptio" que pudesse bloquear o acesso ao processo ordinário³¹².

³⁰⁶ O fragmento substitui a palavra "arbiter" por "iudex", mas deixa claro se tratar de um julgador investido em seu cargo "ex compromisso".

³⁰⁷ Em sentido contrário, G. MELILLO (cf. *Il negozio bilaterale romano*. cit., p. 207) sustenta que a decisão do árbitro teria, sim, força de coisa julgada e não poderia ser avaliada ou revisada pelo pretor, porque o árbitro exerceria uma função jurisdicional. Essa posição parece ser resultado de uma tendência do autor em sobrepor ao direito romano clássico algumas concepções modernas; no caso do "*arbiter ex compromisso*", a ideia de que ele exercesse uma atividade efetivamente jurisdicional só tomaria certo corpo com a produção normativa dos imperadores, nos período pós-clássico e, principalmente, justinianeu, quando o árbitro passa a ser aproximado aos demais juízes ordinários (cf. Cap. 3.8, abaixo).

³⁰⁸ C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, in ANRW II. 15 (1976), p. 684.

³⁰⁹ History of roman legal science. cit., pp. 176-179.

³¹⁰ K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech.* cit., p. 137.

³¹¹ Além de Paul. Sent. 5, 5a, 1 e Anton. C. 2, 55, 1 (213 d. C.), essas características podem ser vistam em *Consultatio* 9, 17 e Ulp. 4 *ad ed.* D. 4, 8, 2.

³¹² J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. cit., p. 30.

Havia uma rejeição à tentativa de as partes proporem uma segunda ação sobre a mesma matéria. A jurisprudência romana reconhecia expressamente que a parte deveria suportar a decisão; uma vez que cada litigantes havia se comprometido a sujeitar-se à decisão do árbitro eleito, pois participaram na escolha do árbitro e na conformação do procedimento pelo "compromisso"³¹³.

Como esclarece F. Bonifacio³¹⁴, a sentença arbitral não impunha nenhum dever à parte sucumbente, e apenas lhe estabeleceria um ônus. Ela não fazia coisa julgada e, portanto, não permitia o manejo da "actio iudicati". A partir dela, não se abria nenhum caminho para a execução forçada; constituindo-se apenas como uma condição para a cobrança das "stipulationes poenales" que compunham o compromisso.

Consequentemente – mas desde que não se tratasse da situação extraordinária de um "iussum inhonestum" – o proferimento da decisão resolutória tinha o duplo efeito de liberar o árbitro do "receptum" e servir como fator de eficácia para a cobrança da pena estipulada pelas partes compromissárias, caso um dos litigantes não cumprisse com a sentença³¹⁵.

O proferimento da sentença era, portanto, cerne de toda a função do árbitro. Em torno dele gravitavam diversos outros encargos secundários, muitos dos quais – como os deveres referentes à condução do procedimento – eram dependentes do conteúdo estipulado no compromisso. No mais, não importava qual decisão o árbitro proferisse, mas apenas que ele efetivamente sentenciasse; de forma que, não cumprido esse encargo, abria-se a possibilidade para o pretor intervir e responsabilizar o árbitro recalcitrante³¹⁶.

³¹³ D. ROEBUCK— B. LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration*. cit., p. 185. Na primeira parte de Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 27, 2, lê-se que, além de ter de respeitar a decisão independentemente de sua equidade, a parte deveria atribuir a si próprio o resultado, porque fora ela que participara do compromisso: "*Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit* [...]". Na parte final do fragmento, quando Ulpiano cita o rescrito imperial, a concepção de que a parte deveria acatar o resultado é novamente reiterado pelo Imperador Antonino Pio: "[...] *sententiam aequo animo ferre debet*".

³¹⁴ *Arbitro e Arbitratore (diritto romano). cit.*, p. 925.

³¹⁵ Mod. 6 reg. D. 4, 8, 38 e D. ROEBUCK– B. LOYNES DE FUMICHON, Roman Arbitration. cit., p. 182.

³¹⁶ J. PARICIO, *Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'*. cit., p. 297.

3. A RESPONSABILIDADE DO ÁRBITRO

3.1. A "interpositio" do pretor e a reconstrução da cláusula edital

Diante do problema da responsabilidade do árbitro, o fragmento Ulp. 13 *ad e* D. 4, 8, 3, 1 é particularmente útil em apontar algumas pistas iniciais.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1: Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et et extra soluta est necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeret lites finiri, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit impleret?

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1: Ainda que o pretor não coaja ninguém a assumir o papel de árbitro, porque essa questão é livre, independente e posta fora de sua jurisdição obrigatória, quando alguém assume o papel de árbitro, o pretor julga que o zelo e cuidado sobre essa questão lhe concernem: não tanto porque ele favorecesse o término das lides, mas devem porque partes não decepcionar, pois da mesma forma elegeram entre si árbitros como bons homens. Imagine que, depois de uma causa ter já sido tratada mais de uma vez e depois de expostas de uma e outra parte a intimidade e revelados os segredos de negócio, o árbitro, ou para conceder um favor <a uma das partes> ou por ter sido sordidamente corrompido ou por qualquer outra causa, não queira proferir a sentença: poderia alguém negar ser justíssima que se desse a intervenção externa do pretor, para que o oficio assumido fosse satisfeito?

O texto compõe a introdução geral do título "de receptis". Nele, Ulpiano limita-se a apresentar abstratamente o problema de um árbitro privado que, mesmo após ter aceito o encargo de decidir uma determinada controvérsia, recusava-se a proferir sua sentença e cumprir o dever assumido pelo "receptum".

O cerne do fragmento encontra-se em sua segunda parte, onde Ulpiano propõe um caso hipotético ao leitor: o jurisconsulto sugere imaginar uma situação na qual o árbitro – após terem as partes revelados seus segredos e sua intimidade em favor de uma solução – recusa-se a proferir a sentença, para beneficiar a um dos envolvidos ou por ter sido corrompido, dentre outros motivos.

Diante da recusa, Ulpiano questiona se alguém poderia negar a equidade da intervenção pretoriana em favor da satisfação do encargo arbitral: "quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit impleret?".

O jurisconsulto não espera uma resposta do leitor, pois sua pergunta é meramente retórica. Ele apenas pretende enfatizar a sua solução para o problema apresentado: diante de um árbitro recalcitrante que tivesse aceito o encargo de proferir uma sentença e extinguir uma controvérsia privada, o pretor poderia intervir na relação jurídica e garantir que o árbitro cumprisse a sua função.

Malgrado seja uma situação hipotética, o problema apresentado pelo fragmento não é despojado de relevância prática. Pelo contrário. Ulpiano não era um jurista unicamente interessado no aspecto normativo da experiência jurídica. Além de particularmente influente e responsável por parte da sistematização do direito romano³¹⁷, ele sempre esteve em contato próximo da política romana; fosse como um observador atento ou como um participante ativo³¹⁸.

³¹⁷ G. CRIFÒ, *Ulpiano*. cit., p. 713.

³¹⁸ J. MACDONELL – E. MANSON, *Great jurists of the world*, Boston, Little and Brown, 1914, p. 34.

Durante sua vida, ocupou cargos importantes na administração romana, tendo vivido próximo ao centro do poder³¹⁹, orientado a condução da política imperial³²⁰ e teorizado sobre legitimação, estrutura e função do Poder³²¹.

Sua vasta produção jurídica estendia-se sobre os mais variados campos do direito de sua época³²². Seus principais trabalhos foram os Comentários "ad Sabinum", dedicados ao estudo do "ius civile" conforme a ordem de exposição adotada por Sabino, e os Comentários "ad Edictum", dedicados ao estudo do "ius honorarium" conforme a ordem do edito do pretor urbano e dos edis curuis³²³.

Por ter o fragmento acima sido extraído desta última obra, seria possível imaginar o problema jurídico do árbitro recalcitrante como uma questão eminentemente prática.

A natureza conjectural do fragmento, porém, deve-se à sua posição na obra de Ulpiano. Como compunha a introdução geral dos comentários à rubrica do pretor sobre o "receptum arbitrii", o jurisconsulto limitava-se a apresentar abstratamente os principais elementos da responsabilidade do árbitro que seriam, posteriormente, analisados em concreto nos fragmentos seguintes³²⁴.

d.C.) a 209 d.C., período em que ficou responsável por emitir respostas em nome do imperador sobre as consultas jurídicas que particulares lhe endereçavam. No mesmo período, compôs o conselho de Papiniano, enquanto este ocupou o posto de prefeito do pretório, entre 205 d.C. a 211 d.C. (cf. T. Honoré, *Domicio Ulpiano*, in R. Domingo (Org.), *Juristas Universales – Volumen I – Juristas antigos*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 208). Foi exilado pelo Imperador Heliogábalo, sendo convocado de volta a Roma pelo imperador Alexandre Severo, sob cujo reinado Ulpiano assumiu importantes cargos como "*magister libellorum*", membro do "*consilium*" imperial, "*praefectus annonae*" e, por fim, "*praefectus praetorio*" (cf. A. Guarino, *Storia del diritto romano*, 12ª Ed., Napoli, Jovene, 1998, pp. 505-506). Alguns ressentimentos surgidos contra si, em razão de sua ascensão política e sua atuação como membro do governo provocaram o seu assassinato durante uma revolta militar em 223 d.C. Havia dúvidas quanto à data exata da morte de Ulpiano, se em 223 ou em 228 d.C. Mas um papiro publicado por John Rea, em 1966 (P. Oxy, 31, 2565a), eliminou a dúvida, fixando-a em 223 d.C. Apesar da nova descoberta, A. Guarino (cf. *La data dela morte di Ulpiano*, in Id., *Pagine di diritto romano*, Vol. 5, Napoli, Jovene, 1994, pp. 431-433) defendia ser mais coerente com outros fatos do período que o jurisconsulto romano tivesse falecido por uma morte trágica em 228 d.C.

³²⁰ G. CRIFÒ, *Ulpiano – Esperienze e responsabilità del giurista*, in ANRW II.15 (1976), p. 713.

³²¹ Ulp. 2 de off. quaest. D. 2, 1, 3.

diversos temas. Ele demonstra conhecer tipos de vinhos e outras bebidas (Ulp. 23 ad Sab. D. 33, 6, 9, 11), ornamentos de metais preciosos (Ulp. 20 ad Sab. D. 34, 2, 19), vasos, recipientes (Ulp. 32 ad ed. D. 19, 2, 19, 1; Ulp. 20 ad Sab. D. 33, 7, 8), roupas e indumentárias várias (Ulp. 22 ad Sab. D. 34, 2, 22); ele demonstra também conhecimento sobre medicina (Ulp. 1 ad ed. Aed. Cur. D. 21, 1, 1, 7), bem como economia e estatística, política, comércio, burocracia estatal, mineração, atividade bancária e trabalho em geral (Macro. 2 ad leg. Vic. Hered. D. 35, 2, 68 pr.; Ulp. 59 ad. ed. D. 50, 16, 49; Ulp. 24 ad ed. D. 11, 6, 1; Ulp. 32 ad ed. D. 19, 2, 13, 3; Ulp. 10 ad ed. D. 50, 16, 17; Ulp. 35 ad ed. D. 26, 10, 3, 6). Para indicações das diversas áreas de conhecimento de Ulpiano, cf. G. CRIFÒ, Ulpiano. cit., p. 726-728.

³²³ T. HONORÉ, *Domicio Ulpiano*. cit., p. 209.

³²⁴ Conforme relata F. SCHULZ (cf. *History of roman legal science*. cit., p. 182-183), o "comentário" foi a categoria de produção jurídica mais importante do período clássico e normalmente assumia a forma lemática. O texto comentado e o seu comentário eram organizados em obras separadas e escritos em documentos

Por conta dessa natureza introdutória e retórica do texto, F. SCHULZ³²⁵ taxava o fragmento de interpolado, principalmente sua segunda parte. As explicações presentes no texto seriam tão linguisticamente desajeitadas e superficiais, que o autor conclui jamais terem sido escritas por Ulpiano. Por sinal, para aquele autor, todas essas introduções gerais aos comentários ao edito teriam sido o produto de escolas pré-justinianeias.

Essa crítica interpolacionista, porém, foi ignorada por grande parte da romanística contemporânea, cujas obras nem sequer chegam a comentar a questão³²⁶. Um silêncio sugestivo de que a genuinidade do texto fora reconhecida pela romanística mais recente. E, de fato, não haveria razão para se suspeitar da autenticidade do fragmento, muito menos de sua segunda parte, cujo conteúdo reproduz o estilo empregado por Ulpiano em outros fragmentos.

O jurisconsulto romano apreciava o uso do argumento analógico, indicando exemplos e sugerindo casos similares ao problema sob análise. Não era raro que Ulpiano sugerisse outras hipóteses, a fim de testar a aplicação da regra jurídica. Nessas situações, as expressões "quid tamen si", "sed est si ... aeque", "nisi forte" – bem como "finge enim..." – eram usadas para apresentar problemas novos³²⁷.

Por sinal, existem vários fragmentos ulpianeus em que hipóteses são introduzidas de maneira retórica pela expressão "finge enim...", tal qual ocorre no texto de Ulp. 13 ad ed. D.

diferentes. O leitor era apenas informado sobre a passagem em comento por meio de lemas, isto é, alguns trechos ou palavras do texto original eram usados como título ou subtítulos para determinadas seção do comentário. O lema poderia ser composto pelo texto comentado – caso fosse breve – ou apenas suas palavras iniciais, sendo identificado ao ser escrito fora do texto principal, por um espaçamento especial ou por símbolos particulares. Os comentários ao edito de Ulpiano tinham 83 livros, aproximadamente a mesma extensão dos de Paulo, mas só a metade daqueles escritos por Pompônio. Foi uma obra amplamente consultada no período pósclássico, sendo empregada na elaboração dos "Fragmenta Vaticana" (120, 266, 318, 320-324 e 339-346), da "Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum" (2, 4; 7, 3 e 12, 7) e dos "Scholia Sinaitica", sendo lida inclusive no Egito (P. Ryl. III 474 [FIRA II 313 e 314]). Ela serviu também à comissão de Triboniano como o principal comentário na elaboração do Digesto, não apenas porque era o mais recente dos grandes comentários, mas também por seus próprios méritos (cf. F. SCHULZ, History of roman legal science. cit. p. 196).

³²⁵ Einführung in das Studium der Digesten. cit., pp. 35-36 e History of Roman Legal Science. cit., p. 200. Além de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1, F. SCHULZ também índica Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1 pr. como exemplo de interpolação pré-justinianeia, principalmente pelo fato de se tratar de um conteúdo introdutório à rubrica de pactis do edito. Também sustentam a possibilidade de uma interpolação no texto D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON (cf. Roman Arbitration. cit., p. 145, n. 36).

³²⁶ Em um artigo de 1984, J. PARICIO (*Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'*. cit., p. 297, n. 51) expôs sua concordância com a opinião de F. SCHULZ, considerando interpolada a segunda parte de Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 3, 1, cujo conteúdo retórico seria incompatível com a obra clássica de Ulpiano. Não obstante, em uma obra posterior sobre o tema, o autor espanhol, ignora a questão e deixa de se pronunciar sobre interpolações no fragmento, sugerindo uma concordância com a genuinidade clássica do texto (cf. J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. cit., pp. 17-64).

³²⁷ Sobre o estilo de escrita de Ulpiano, bem como sobre o emprego dos termos e expressões comumente empregadas pelo jurisconsulto cf. T. HONORÉ, *Ulpian – Pioneer of human rights*, 2ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp.46-75.

4, 8, 3, 1³²⁸. E, reforçando a genuinidade do texto, o emprego do adjetivo "*aequus*" na forma superlativa "*aequissimus*", "*aequissima*" ou "*aequissimum*", para caracterizar a intervenção do pretor, também era uma característica das obras Ulpiano, que, segundo T. Honoré³²⁹, é responsável por 80 das 86 menções existentes no Digesto³³⁰.

Afastadas as suspeitas de interpolação de Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3, 1, pode-se dar atenção à fundamentação da decisão de Ulpiano, que se encontra na primeira parte do fragmento. Como visto anteriormente³³¹, o jurisconsulto informa que uma pessoa poderia livremente aceitar ou recusar o encargo de árbitro das controvérsias privadas que lhe fossem submetidas, pois esse ato recaía fora da esfera jurisdicional do pretor. Porém, uma vez aceito o encargo, o proferimento da sentença tornava-se matéria de interesse do magistrado e, consequentemente, seria submetida ao seu controle.

Ulpiano informa que a intervenção do pretor não partia de seu desejo em assegurar a solução dos conflitos privados ("non tantum quod studeret lites finiri") e sim de seu cuidado em defender as relações de confiança para que as partes não se decepcionassem ("verum quoniam non deberent decipi"), porque os litigantes escolheram o árbitro na esperança de que ele se comportasse como um bom homem ("qui eum quase virum bonum discepatorem inter se elegerunt").

E, diante da recusa do árbitro escolhido, o pretor poderia intervir para garantir o cumprimento da função arbitral. O cerne do problema apresentado pelo fragmento reside,

³²⁸ Além de Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3, 1, casos hipotéticos introduzidos pela expressão "*finge enim*" também podem ser encontrados em: Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 4, 3, 6; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 4, 7; Ulp. 12 *ad ed.* D. 4, 6, 23, 4; Ulp. 15 *ad ed.* D. 5, 3, 31 pr.; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 1, 13; Ulp. 25 *ad ed.* D. 11, 7, 4; Ulp. 28 *ad ed.* D. 14, 1, 1, 5; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14, 4, 7 pr.; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 52, 10; Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7, 1, 17 pr.; Ulp. 24 *ad Sab.* D. 36, 2, 14, 2; Ulp. 5 *de omn. trib.* D. 2, 15, 8, 20; Ulp. 4 *fidei.* D. 36, 1, 13, 3; Ulp. 1 *adult.* D. 48, 5, 24, 1; cf. T. HONORÉ, *Ulpian – Pioneer of human rights.* cit., p. 52, n. 150.

³²⁹ *Ulpian – Pioneer of human rights.* cit., pp. 61 e 70-71 e nn. 336 e 719-721.

³³⁰ O uso do superlativo "aequissimum" e suas variações por Ulpiano podem ser encontrados nos seguintes fragmentos, muitos dos quais extraídos dos seus Comentários ao Edito do pretor: Ulp. 10 ad ed. D. 3, 5, 13; Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 4; Ulp. 15 ad ed. D. 5, 3, 13, 9; Ulp. 15 ad ed. D. 5, 3, 37; Ulp. 18 ad ed. D. 4, 9, 7, 3; Ulp. 18 ad ed. D. 14, 3, 11 pr.; Ulp. 28 ad ed. D. 14, 3, 11, 5; Ulp. 30 ad ed. D. 16, 3, 1, 27; Ulp. 31 ad ed. D. 17, 1, 12, 9; Ulp. 34 ad ed. D. 25, 4, 1, 8; Ulp. 35 ad ed. D. 26, 10, 3, 7; Ulp. 39 ad ed. D. 27, 3, 1, 11; Ulp. 39 ad ed. D. 37, 4, 3, 4; Ulp. 40 ad ed. D. 37, 5, 3, 6; Ulp. 52 ad ed. D. 36, 4, 5, 30; Ulp. 52 ad ed. D. 39, 1, 5, 10; Ulp. 57 ad ed. D. 47, 10, 7, 2; Ulp. 68 ad ed. D. 43, 14, 1, 7; Ulp. 70 ad ed. D. 43, 18, 1, 5; Ulp. 25 ad Sab. D. 30, 53, 8; Ulp. 1 ad ed. cur. D. 21, 1, 17, 19; Ulp. 5 disp. D. 36, 1, 23, 3; Ulp. 5 omn. trib. D. 2, 15, 8, 22; Ulp. 4 fidei. D. 36, 1, 6, 3; Ulp. 5 fidei. D. 40, 5, 24, 14; Ulp. 3 off. cons. D. 42, 1, 15, 9; Ulp. 12 ad ed. D. 4, 6, 26, 9; Ulp. 22 ad ed. D. 11, 1, 11, 8; Ulp. 24 ad ed. D. 10, 4, 11 pr.; Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 7, 1; Ulp. 29 ad ed. D. 14, 5, 2, 1; Ulp. 32 ad ed. D. 19, 1, 13, 20; Ulp. 38 ad ed. D. 47, 6, 1, 2; Ulp. 39 ad ed. D. 37, 4, 3, 4; Ulp. 40 ad ed. D. 37, 8, 1, 1; Ulp. 43 ad ed. D. 38, 2, 8 pr.; Ulp. 70 ad ed. D. 43, 19, 3, 7; Ulp. 74 ad ed. D. 2, 11, 2, 1; Ulp. 79 ad ed. D. 36, 3, 1, 19; Ulp. 2 disp. D. 42, 1, 57; Ulp. 7 disp. D. 17, 1, 29, 6; Ulp. 6 ad ed. D. 3, 1, 1, 6; Ulp. 29 ad ed. D. 14, 4, 5, 13; Ulp. 32 ad ed. D. 19, 2, 9, 1; Ulp. 50 ad ed. D. 29, 5, 3, 17; cf. T. HONORÉ, *Ulpian – Pioneer of human rights*. cit., pp. 61 e 70-71 e nn. 336 e 719-721. ³³¹ Cap. 2.3, acima.

contudo, em que tipo de intervenção caberia ao magistrado. O fragmento de Ulpiano não na especifica, pois menciona somente que o pretor poderia "interponere se" para garantir a satisfação da função assumida ("implere"). Nesse sentido, é um fragmento incompleto.

Todavia, ele não é omisso porque contenha uma lacuna textual, mas porque não esclarece qual a natureza dessa atuação magistral que completaria a cadeia lógica entre a sua intervenção e a satisfação do ofício arbitral. A respectiva cláusula edital poderia ser um recurso valioso nessa investigação. Contudo, ela é conhecida apenas parcialmente do fragmento Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2.

"Qui arbitrium pecunia compromissa receperit".

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2: Ait praetor: Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 2: Diz o pretor: "Quem tiver recebido o papel de árbitro <mediante uma pena> compromissada em dinheiro".

A tradução fragmento não é tão simples. A oração é particularmente intrincada, haja vista a profunda natureza sintética do latim ser capaz de carregar um peso semântico exprimível em línguas modernas somente pela extensão da frase ou pela análise de alguns dos termos empregados.

Num primeiro momento, o problema reside no termo "arbitrium", que, como visto anteriormente³³², designaria a função ou ofício exercido pelo árbitro escolhido na resolução do litígio. Já os termos "pecunia compromissa", que são respectivamente um substantivo e um adjetivo no ablativo, em nada se relacionam com uma eventual remuneração pecuniária do árbitro, pois indicam a causa da assunção do papel de árbitro. O próprio Ulpiano reforça essa interpretação, quando, na primeira parte de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2, deixa claro que a locução se refere ao compromisso em que fosse prometido uma pena pelo descumprimento da sentença arbitral.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2: Quod ait Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2: Aquilo que "Pecuniam compromissam", diz o pretor: "Pecunia compromissa" nós praetor: accipere nos debere, non si utrimque devemos compreender não só se uma e

³³² Sobre o "arbitrium" e seus significados, cf. Cap. 2.3 acima.

poena nummaria, sed si et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita Pomponius scribit. [...]

outra parte prometeram> uma pena em
 dinheiro, mas <também> se esteja
 prometida uma outra coisa no lugar da
 pena, <no caso de> qualquer uma não
 respeitar a sentença do árbitro; e assim
 escreve Pompônio. [...]

O fragmento é um efetivo ato de interpretação da cláusula edital por parte de Ulpiano, que, apoiado numa opinião de Pompônio, elucida o significado da expressão "pecunia compromissa" como equivalente à promessa de uma "stipulatio poenae" ou como a promessa de quaisquer coisas com valor econômico³³³.

Daí que não se poderia duvidar de que a pessoa, que recebe o papel de árbitro "pecunia compromissa", deveria recebê-lo com base em um compromisso válido, pelo qual as partes litigantes tivessem reciprocamente prometido — sob a ameaça de "stipulationes poenales" ou de outro instrumento de valor econômico — respeitar a decisão do árbitro. Ou seja, a parte conhecida do edito não se refere à sanção magistral propriamente dita, pois se restringe a qualificar a figura do árbitro que a ela estaria sujeita.

O consequente da promessa edital e a natureza da atuação do pretor deveriam ser buscados na segunda parte da rubrica edital, a qual não é expressamente mencionada pelas fontes e deve ser reconstruída com o auxílio de outros fragmentos³³⁴.

Alguns autores, como N. RAMPAZZO³³⁵, chegaram a sugerir uma possível reconstrução da cláusula edital a partir dos editos aplicáveis aos demais "recepta", cujo conteúdo encontra-se expresso nas fontes: em Ulp. 14 ad ed. D. 4, 9, 1 pr., lê-se: "Ait praetor: 'Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo";336-337.

³³³ O fragmento já foi anteriormente analisado, quando se tratou do "*compromissum*" e da pena prometida pelas partes.

³³⁴ J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. cit., p. 24.

³³⁵ Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 134.

³³⁶ "Diz o pretor: 'se os transportadores marítimos, os estalajadeiros e os mantenedores de estábulos não restituírem aquilo que tiverem recebido de alguém para salvaguardar, concederei ação contra eles". (Tradução de D. RODRIGUES, *A responsabilidade do 'nauta' por fato de terceiro nas ações do 'ius honorarium'*. cit., p. 24)

³³⁷ O conteúdo edital é reforçado por Ulp. 14 *ad ed*. D. 4, 9, 3, 1, em cuja parte inicial lê-se: "*Ait praetor: 'Nisi restituent, in eos iudicium dabo'* [...]".

O pretor prometia "dare iudicium" contra os "nautae", "caupones" ou "stabularii" que não houvessem restituído as coisas recebidas para serem guardadas; isto é, prometia distintivamente a concessão de uma ação ("actio de recepto") contra aqueles que frustrassem a devolução da coisa consigo depositada³³⁸.

Alicerçado no paralelo entre o "receptum arbitrii" e dos demais "recepta", N. RAMPAZZO³³⁹ propõe uma reconstrução do edito, de forma que ao descumprimento do dever de sentenciar pelo árbitro corresponderia a seguinte promessa edital: "Qui arbitrium pecunia compromissa receperit nisi sententiam dicat, in eum iudicium dabo".

É difícil, porém, admitir essa hipótese. O próprio N. RAMPAZZO³⁴⁰, apesar de aceitar a plausibilidade de uma ação contra o árbitro renitente, reconhece que essa simetria entre as cláusulas editais não seria completamente avalizada pelas fontes. Ela seria mais formal que material, pois, como O. LENEL³⁴¹ já identificara no início do século passado, os editos sobre os "nautae", "caupones", "stabularii" e "argentarii" foram agrupados junto do "receptum arbitrii" apenas porque, neles todos, a assunção de responsabilidade é designada pela palavra "recipere"³⁴².

A reconstrução da cláusula em questão deveria, assim, pautar-se menos pelo paralelismo formal com outros editos e tentar inferir das fontes as indicações sobre o conteúdo da promessa do pretor, em matéria de arbitragem.

Normalmente, nos comentários ao edito – principalmente naqueles de Ulpiano – o jurista apresenta o assunto com uma introdução geral, transcrevendo a cláusula edital e seguindo-a com um comentário bem detalhado das palavras que o compõem, na sequência em que esses termos e frases aparecem na fórmula. Esclarece D. PUGSLEY³⁴³ que, quando o Digesto não reproduz a citação completa da previsão legislativa ou mesmo quando sua citação é suspeita de interpolação, é possível reconstruí-la pela observação dos comentários que a acompanham.

³³⁸ C. GUTIÉRREZ GARCÍA, Receptum arbitrii, in Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho 5 (1990), p. 153.

³³⁹ Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 134.

³⁴⁰ Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 134-136.

³⁴¹ Das edictum perpetuum. cit., p. 33.

³⁴² Essa opinião é compartilhada por K.-H. ZIEGLER (cf. *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht.* cit., p. 11-12), para quem não existiria nas cláusulas dos demais "recepta" outro elemento estrutural para sua união com o "receptum arbitrii" (cf. F. SCHULZ, *History of roman legal science.* cit., p. 151; cf. também E. I. BEKKER, 'Recipere' und 'permutare' bei Cicero. cit., pp. 1-17).

³⁴³ On the style of Paul's and Ulpian's commentaries on the edict, in Acta Juridica (1973), p. 186

Mas os comentários não se limitam apenas à explicação das palavras editais, pois também discutem as consequências jurídicas do "compromissum" e do "receptum" para as partes, principalmente o modo como seu conteúdo refletiria na atuação do pretor em cada caso³⁴⁴. Consequentemente, seria possível obter alguma confirmação dessas hipóteses ao longo do título D. 4, 8.

No entanto, não se encontra qualquer indício de que a promessa edital teria sido de "iudicium dare". Alguns textos fazem uso do termo "iudicium" enquanto ação (ou processo) judicial, mas eles não tratam de uma "actio" cujo propósito fosse a responsabilização do árbitro.

Em Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 21, 12, por exemplo, há menção de um "*iudicium*"; mas, no caso, trata-se de uma referência à "*actio ex stipulatu*" que a parte dispunha para cobrar a pena, quando a contraparte não tivesse cumprido – dentro de um prazo módico – a decisão do árbitro. A situação não enfrenta a responsabilidade do árbitro, cujos deveres foram – no caso – adequadamente cumpridos, já que todo o raciocínio jurídico ali desenvolvido pressupõe o próprio proferimento de uma sentença válida.

Outro texto que também apresenta o termo "iudicium" é Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 16, 1. Este fragmento é mais interessante que o anterior, por fazer referência a uma ação na qual o árbitro fosse réu no juízo ordinário. Porém, tampouco aqui se trata de uma ação concedida pelo pretor contra o "arbiter" recalcitrante. O texto aborda uma hipótese de "excusatio", isto é, de liberação do julgador de seus deveres, caso ele fosse réu de uma ação alheia à arbitragem, e o termo de proferimento da sentença arbitral não pudesse ser diferido.

A ausência da expressão "iudicium dare" pela jurisprudência clássica nos textos sobre arbitragem reforçaria os indícios de que a reconstrução do edito como "[...] nisi sententiam dicat, in eum iudicium dabo" estaria incorreta.

A efetiva reconstrução precisaria buscar nas fontes alguma referência à efetiva promessa edital. O já referido Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3, 1 apresenta um primeiro indício para tanto, quando ali Ulpiano menciona que a atuação do pretor se dava pela sua "*interpositio*" em favor da satisfação do encargo arbitral.

³⁴⁴ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*. cit., p. 131

Nas fontes, a expressão "interponere se" denota a intervenção externa em uma relação jurídica alheia³⁴⁵. Uma intervenção não apenas de um privado na relação de outrem³⁴⁶, pois diversas fontes referem-se à intervenção do pretor³⁴⁷ ou do *iudex*³⁴⁸, quando intercedem oficialmente em uma relação para tomarem alguma providência³⁴⁹.

Em matéria de arbitragem, essa mesma expressão aparece em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3, anteriormente analisado quando se tratou das formas de extinção do compromisso³⁵⁰. No fragmento, Paulo diz ser de elevada importância que o pretor não intervenha ("Summa rei est, ut praetor se non interponat") quando o compromisso fosse nulo, quando a pena não pudesse ser exigida ou quando houvesse dúvidas quanto à sua exigibilidade.

À primeira vista, o texto não esclarece o significado da "interpositio" do pretor. Contudo, para inferir o seu sentido, deve-se notar que o fragmento é parte de uma cadeia mais ampla³⁵¹, em que Paulo analisa a questão da coercibilidade do árbitro.

distinguemus in compromissis, minor an maior sit poena quam res de qua agitur. 1. Non cogetur arbiter sententiam dicere, si poena commissa sit. 2. Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem. 3. Summa rei est, ut praetor se non nullum interponat, sive initio compromissum; sive sit, sed pendeat, an ex eo poena exigi potest; sive postea

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32 pr.: Non Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32 pr.: Não distinguiremos nos compromissos se a pena seja maior ou menor que o objeto da lide. 1. O árbitro não será coagido a proferir a sentença, se a pena for exigível. 2. Se a mulher em nome alheio comprometer, não valerá a "pecunia compromissa" por conta da "intercessio". 3. É de suma importância que o pretor não intervenha, seja o compromisso nulo desde o início; seja válido, mas penda a

³⁴⁵ Segundo H. HEUMANN – E. SECKEL (v. interponere, in ID, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 269) a expressão "interponere se" significaria "in ein fremdes Schuldverhältniss sich einmischen" ou "einschreiten".

³⁴⁶ C. 4, 29, 6, 2 e C. 4, 29, 23.

³⁴⁷ Ulp. 11 ad ed. D. 4, 4, 16, 3; Paul. 1 sent. D. 4, 4, 24, 1.

³⁴⁸ Ulp. 3 *de off.* D. 42, 1, 15, 7; Ulp. 2 *de off.* D. 25, 3, 5, 2.

³⁴⁹ A. BERGER, v. *Interponere se*, in ID., *Encyclopedic dictionary of roman law*. cit., p. 513.

³⁵⁰ Cf. Cap. 2.1.

³⁵¹ Na sua reconstrução palingenética, O. LENEL (cf. *Palingenesia iuris civilis*, vol. 1, cit., c. 990, n. 251) sugere que Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3 teria originalmente um conteúdo ligeiramente mais extenso, uma vez que dele também faria parte o conteúdo de Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 12, o qual viria inserido na pausa existente entre "[...] exigi potest" e "sive postea deficiat [...]".

deficiat poena compromisso soluto die possibilidade de exigir a pena; ou depois morte acceptilatione iudicio pacto.

de ter se extinguido pode ter o compromisso se dissolvido "die", "morte", "acceptilatione" ou "pacto".

Paulo esclarece não haver diferença que a pena fosse estipulada com valor superior ou inferior ao objeto da demanda, pois, uma vez que passasse a ser devida, o árbitro não poderia mais ser coagido. A título de exemplo, ele menciona o caso em que um compromisso fosse celebrado por uma mulher em nome de outra pessoa. Paulo diz que, nesse caso, não se poderia exigir a pena da mulher, porque as mulheres estavam vedadas de "*intercedere*" e, assim, de assumir responsabilidade em nome de outrem.

O exemplo se refere à aplicação das regras do senatusconsulto "Velleianum" ³⁵², que proibia as mulheres de prestarem garantias em relações obrigacionais de outras pessoas, como a fiança. Nesses casos, o negócio não seria propriamente nulo, mas poderia perder sua eficácia por conta oposição de uma "exceptio senatusconsulti Velleiani" pela outra parte³⁵³.

Consequentemente, se uma mulher celebrasse o compromisso em nome alheio, o árbitro não poderia ser coagido a proferir a sentença, porque a pena não seria exigível diante dessa "exceptio" cabível contra a "actio ex stipulatu".

Por fim, ao mencionar as hipóteses de extinção do compromisso, Paulo reitera a regra geral pela qual o pretor não poderia intervir na arbitragem, caso as penas estipuladas deixassem de ser exigíveis em virtude da morte de uma das partes, da realização de uma "acceptilatio", de um "pacto de non petendo" ou da conclusão da "litis contestatio" em um processo ordinário sobre a mesma matéria.

Além de confirmar a vinculação da responsabilidade do árbitro à existência de um compromisso válido e eficaz, essa cadeia de textos de Paulo tem o mérito de vincular o

ses Senatusconsulto, cujo conteúdo encontra-se registrado em Ulp. 29 ad ed. D. 16, 1, 2, 1, foi promulgado em 46 d. C. para enfrentar o disseminado costume das mulheres de assumirem débitos contraídos por terceiros, declarando-as como incapazes de prestar garantias em favor de terceiros ("intercere pro aliis") (cf. M. KASER, Römische Rechtgeschichte, 2ª Ed., Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 1967, p. 133; A. GUARINO, Storia del diritto romano, 12 ª Ed., Napoli, Jovene, 1998, p. 448 e E. VOLTERRA, Istituzioni di diritto privato romano. cit., p. 169, n. 2). Segundo R. ZIMMERMANN, esse senatusconsulto teria sido uma tentativa do Senado de reverter ou frear o processo social de emancipação das mulheres em curso desde o período social das Guerras Púnicas, a fim de limitar a presença das mulheres nos negócios e transações comerciais; ele também sugere ter sido um instrumento de proteção das mulheres que, desconhecendo a realidade negocial, intervinham em relações negociais de terceiros (cf. The law of obligations. cit., pp. 145-146).

³⁵³ Paul. 30 ad ed. D. 16, 1, 1 pr.

conteúdo da "interpositio" do pretor à aplicação de um ato de coerção destinado a forçar o árbitro a proferir a sentença.

No parágrafo primeiro, Paulo refere-se à inadmissibilidade de coerção, quando já caiba a cobrança da pena ("Non cogetur arbiter sententiam dicere, si poena commissa sit") e, logo depois, no terceiro parágrafo, o jurisconsulto retoma essa mesma ideia ao mencionar as hipóteses de extinção do compromisso. Mas, nesse último fragmento, ele faz uso de uma expressão, a qual, não obstante seja mais genérica, representaria a mesma ideia: "praetor se non interponat".

Diante da ligação semântica estabelecida por Paulo, quando Ulpiano³⁵⁴ pergunta – em D. 4, 8, 3, 1 – se não seria justo que o pretor interviesse na arbitragem para garantir que o árbitro cumprisse o seu oficio, pode-se concluir que essa intervenção não correspondia à concessão de uma ação ("iudicium dare"), mas, sim, a uma ingerência do magistrado que desembocaria no exercício da coerção administrativa ("cogere") sobre a pessoa do árbitro³⁵⁵.

O título de receptis está repleto de fragmentos que permitiriam reproduzir esse exercício de reconstrução. Particular atenção merece Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 15³⁵⁶, que trata das hipóteses de exoneração do árbitro de suas funções e que parece reproduzir com certa fidelidade o conteúdo do edito.

arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet et excusationem recipere causa cognita.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 15: Licet autem Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 15: Malgrado o pretor praetor destricte edicat sententiam se anuncie categoricamente que coagirá o árbitro a proferir a sentença, por vezes, porém, deve ter em conta as suas razões e, "causa cognita", aceitar as escusas. [...]

[...]

³⁵⁴ Júlio Paulo e Domício Ulpiano foram juristas contemporâneos e lidaram com as mesmas circunstâncias políticas e jurídicas do final do direito romano clássico. Ambos juristas - apesar de suas diferenças preocuparam-se em recompilar e organizar a produção dos juristas anteriores, de forma que seu vocabulário jurídico deve ter sido próximo o suficiente para se estabelecer uma relação entre a expressão "interponere se" em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1 e Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3. (cf. A. HONORÉ, The severan lawyers - A preliminar survey, in SDHI 28 (1962), pp. 162-232; D. PUGSLEY, On the style of Paul's and Ulpian's commentaries on the edict. cit., p. 186; C. A. MASCHI, La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Julius Paulus, in ANRW II.15 (1976), pp. 668-707; J. L. MURGA - M. SERRANO-VICENTE, Julio Paulo, in R. DOMINGO (Org.), Juristas Universales - Volumen I - Juristas antigos, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 204-208).

³⁵⁵ Sobre a manifestação e procedimento de "interpositio" do pretor, cf. Cap. 3.1, abaixo.

³⁵⁶ Este fragmento serviu como principal instrumento na reconstrução do edito por O. LENEL (cf. *Das edictum* perpetuum. cit., p. 130).

Ulpiano preocupa-se em apresentar algumas hipóteses que permitiriam ao árbitro eximir-se da função de julgador assumida pelo *receptum arbitrii*. Essa liberação, porém, era excepcional. O jurisconsulto deixa claro que a regra geral exigia do árbitro o proferimento da sentença, cujo cumprimento o pretor prometia garantir. O árbitro só poderia ser escusado de sua função – afastando as consequências declaradas no edito – após uma cognição do pretor que lhe permitisse constatar a legitimidade das alegações.

Particular interesse desperta o início do fragmento, pois Ulpiano parece estar parafraseando a rubrica edital quando afirma que "licet autem praetor destricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum [...]"; isto é, que o pretor declarava a promessa de coagir o árbitro a proferir a sentença.

Tem-se um indício, principalmente no uso da expressão "praetor edicat", de que esse fragmento seja uma paráfrase do conteúdo edital. O verbo "edicere" referia-se a um ato de anunciar, de declarar ou tornar algo público³⁵⁷ e era normalmente utilizado nas fontes jurídicas para representar o exercício do "ius edicendi" por aqueles que dele dispusessem, como o pretor³⁵⁹⁻³⁶⁰.

O núcleo da atividade do magistrado, porém, está no verbo "cogere", que no texto aparece conjugado no imperativo futuro ("coacturum"). O termo indicaria a promessa de proteção jurídica pelo pretor, mediante o exercício de uma coerção sobre o particular. E, tal como nas promessas similares, provavelmente estaria redigido na primeira pessoa do singular do futuro simples do indicativo: "cogam"³⁶¹⁻³⁶².

Como se sabe pelo trecho final do próprio Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 3, 1, essa "*coercitio*" seria destinada "*ut officium quod in se recepit impleret*", isto é, dirigida à satisfação do ofício

³⁵⁷ H. HEUMANN – E. SECKEL, v. *Edicere*, in ID, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts.* cit., p. 164 e H. DIRKSEN, v. *Edicere*, in ID., *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum.* cit., p. 311. Sobre o emprego do termo "*edicere*" especialmente nas fontes não-jurídicas, cf. O. HEY, v. *edico*, in TLL, vol. 5, cc. 63-75.

³⁵⁸ A. BERGER, v. *Edicere*, in ID., *Encyclopedic dictionary of roman law*. cit., p. 447 e B. Albanese, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, Montaina, 1978, p. 164 e n. 217.

³⁵⁹ Gai. 1, 6 e Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1, 2, 2, 10.

³⁶⁰ O uso da expressão "*praetor edicit*" ou "*edixit*" é usado no lugar do frequente "*praetor ait*", em Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 4, 1, para anunciar o conteúdo da cláusula edital a respeito dos menores de 25 anos, e em Ulp. 57 *ad ed.* D. 47, 10, 7, pr., para anunciar a cláusula edital sobre "*iniuria*". Igualmente, em Ulp. 42 *ad ed.* D. 38, 2, 1, para se referir à promessa edital do pretor Rutílio acerca da disciplina na propriedade dos libertos, Ulpiano também usa da expressão "*praetor* [...] *edixit*".

³⁶¹ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 10.

³⁶² Sobre o emprego do verbo "cogere", cf. abaixo Cap. 3.2.

assumido pelo "receptum arbitrii". E, como se extrai da lição de Pédio em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2, esse oficio correspondia ao dever de pôr fim à controvérsia entre as partes pelo proferimento de sua sentença ("sententiam dicere")³⁶³.

Se estava na essência da atuação do árbitro, é provável que o proferimento da sentença também pautasse a sanção do pretor, e que o edito prometesse a aplicação de uma "coercitio ut sententiam dicere" 364.

Reforçando essa hipótese, existem diversos fragmentos em que a jurisprudência clássica discorre sobre o cabimento de uma coerção do pretor sobre o árbitro, destinada à garantia do proferimento da sentença³⁶⁵.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 1: Arbitrum Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 1: O árbitro, autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit.

porém, não será coagido a proferir a sentença, não interveio um compromisso.

Esse fragmento de Ulpiano é conciso, mas ilustra bem o possível conteúdo do edito. O jurisconsulto estava preocupado em indicar o compromisso válido como condição necessária à intervenção do pretor, de forma que, se as partes não tivessem celebrado um "compromissum" ou este fosse inválido, o pretor deveria se abster de atuar no caso³⁶⁶. Mas o texto também é bastante elucidativo ao ratificar a intervenção do pretor como um "cogere" para forçar o árbitro a "sententiam dicere".

Construções semelhantes também podem ser encontradas ao longo de todo o título "de receptis". Por sinal, o verbo "cogere" e suas variações aparecem em 40 dos 129

³⁶³ Sobre o "receptum arbitrii" e o papel do árbitro, cf. acima Cap. 2.3, 2.4.

³⁶⁴ K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Rech.* cit., pp. 10 e 81.

³⁶⁵ Para um elenco das menções a essa coerção no título "de receptis", cf. abaixo n. 361.

³⁶⁶ O fragmento inclui-se no meio de uma longa cadeia de fragmentos (sobre a reconstrução dessa cadeia, cf. O. LENEL, Palingenesia iuris civilis, vol. 2, Leipzig, Tauchnitz, 1889, c. 485, nn. 453-454), nos quais Ulpiano dedica-se a estudar a pessoa do árbitro e o cabimento da atuação do pretor em algumas situações excepcionais, como o caso de nomeação de um escravo como árbitro, mas emancipado antes da sentença ser proferida (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9 pr.), ou o caso da nomeação como árbitro de pupilos, loucos, surdos e mudos (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 1), juízes (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 2) ou de pessoas infames (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 3), bem como de hipóteses em que as partes não celebram "stipulationes poenales", mas fazem um depósito nas mãos do julgador (Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2).

parágrafos que compõem as 52 "leges" desse título; sendo que, em pelo menos 24 delas, o termo aparece dentro de alguma variação de "cogere ut sententiam dicere" ³⁶⁷.

Essa promessa de "cogere", tantas vezes ecoada nos fragmentos "ad edictum" da jurisprudência, torna plausível a reconstrução que O. LENEL³⁶⁸ faz da segunda parte do edito: "QUI ARBITRIUM PECUNIA COMPROMISSA RECEPERIT, EUM SENTENTIAM DICERE COGAM"³⁶⁹ e que poderia ser traduzida como "Quem tiver recebido o papel de árbitro <mediante uma pena> compromissada em dinheiro, coagirei a proferir a sentença".

3.2. A promessa edital e a "coercitio" do pretor

³⁶⁷ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1 (Tametsi neminem praetor cogat arbitrum recipere [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 3 ([...] et quidem arbitrum cuiuscumque coget officio [...]); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 4 ([...] nullo modo possunt cogi [...]. Inferiores possunt cogi.); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 5 (Sed et filius familias compelletur); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 7, 1 ([...] nec Titius cogendum sententiam dicere [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 8 ([...] Titium cogendum); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 3 ([...] qui non coguntur sententiam dicere); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11 pr. ([...] eum cogere inter eos discepare [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 1 (Arbitrum autum cogendum non esse sententiam dicere [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2 ([...] an cogendum sit sententiam dicere? Et puto cogendum [...] plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere.); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 4 ([...] non cogendum arbitrum sententiam dicere [...] non enim prius arbitrum cogendum sententiam dicere [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 1 ([...] ut arbiter sententiam dicere cogatur.); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 3 ([...] non cogitur sententiam dicere, quibus iudex non cogetur [...]); Pomp. 11 ad Q. Muc. D. 4, 8, 14 ([...] omni tempore cogendus est sententiam dicere); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 15 ([...] sententiam si arbitrum dicere coacturum [...]); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 16 pr. ([...] causa cognita difere cogitur.); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 16, 1 ([...] ne cogatur); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17 pr. ([...] non esse cogendum arbitrum sententiam dicere.); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17, 1 ([...] non esse cogendum sententiam dicere [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17, 2 ([...] nemo unus cogendus erit sententiam dicere [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17, 3 ([...] quis sit cogendus?); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17, 4 ([...] sed erit cogendus sententiam dicere [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 17, 6 ([...] an cogere eos praetor debeat sententiam dicere [...] et debet preator cogere arbitros [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 19 pr. ([...] nec cogendum sententiam dicere.); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 19, 1 ([...] non videtur dicta sententia, sed adhuc erit a praetore cogendus.); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 5 ([...] non esse cogendum recipere [...] esse cogi eum [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9 ([...] non esse cogendum [...]); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 30 ([...] preatorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere [...]); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 1 (Non cogetur arbiter sententiam dicere [...]); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 4 ([...] an cogatur arbiter sententiam dicere [...]); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 5 (Item non est cogendus [...]); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 8 ([...] non est cogendus arbiter sententiam dicere [...] puto cogendum arbitrum sententiam dicere [...] cogendus sit arbiter sententiam dicere [...]); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 13 ([...] est cogatur [...]); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 14 ([...] nullo cogente dicere [...]); Gai. 4 ad ed. prov. D. 4, 8, 35 ([...] non est arbiter cogendus pronuntiare [...]); Paul. 77 ad ed. D. 4, 8, 36 ([...] cogente praetore arbiter dicat sententiam [...]).

³⁶⁸ Das edictum perpetuum. cit., p. 130.

³⁶⁹ Essa reconstrução é amplamente aceita pela romanística, cf. L. WENGER, *Receptum arbitri*. cit., c. 361; K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*. cit., p. 6-7 e n. 6; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano – II – Il processo formulare*, Torino, Giappichelli, 1982, p. 37; W. SELB, *Das prätorisches Edikt – Vom rechtpolitischen Programm zur Norm*, in H.-P. BENÖHR *et. al* (Org.), *Iuris professio – Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Graz, Böhlau, 1986, pp. 265; C. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Receptum arbitrii*. cit., p. 153.

O conteúdo do edito sobre o "receptum arbitrii" é excepcionalmente conciso. O pretor prometia coagir ("cogam") aquele que tivesse assumido a função de árbitro a proferir uma sentença, desde que as partes litigantes tivessem entre si prometido o pagamento de uma pena ("pecunia compromissa")³⁷⁰. Esse conteúdo, no entanto, pouco esclarece o problema da responsabilidade sobre o árbitro, pois a promessa é genérica e deixa turva a sanção eventualmente aplicável³⁷¹.

Caso se tratasse de uma promessa de ação civil – que coubesse às partes por força do "ius civile" – a cláusula edital traria a simples enunciação da respectiva fórmula. E se se tratasse de uma ação decretal, isto é, concedida pelo pretor para os casos nos quais uma ação civil não fosse cabível, a cláusula edital assumiria a forma de um provimento cujo conteúdo compreenderia uma indicação da situação fática acompanhada da concessão de uma ação (ou processo) para aquele caso. Neste caso, seria normalmente usada a promessa de "iudicium dare" 372, que, como visto anteriormente, não encontra respaldo nas fontes clássicas sobre arbitragem.

No entanto, havia cláusulas editais mais amplas que não seguiam o modelo das fórmulas civis nem traziam explicitamente qual remédio jurídico o particular poderia esperar ser concedido pelo pretor. Diante desses editos sem remédio explícito, C. A. CANNATA³⁷³ adverte que se deve ter cautela para não os compreender como enunciados normativos abstratos, e, sim, como meras promessas³⁷⁴.

³⁷⁰ K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 6-7.

³⁷¹ J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 53.

³⁷² Segundo C. A. CANNATA (cf. Profilo istituzionale del processo privato romano. cit., pp. 31-33), o provimento de "iudicium dare" só seria possível nos casos em que a ação honorária, modelada à semelhança de alguma outra ação civil, fosse estendida para além do seu campo natural de incidência ou quando se tratasse de uma "actio in factum".

³⁷³ Profilo istituzionale del processo privato romano. cit., p. 33.

³⁷⁴ Por sinal, os romanos frequentemente usavam o termo "pollicetur" para se referirem a esses atos dos magistrados. (cf. C. A. CANNATA, Profilo istituzionale del processo privato romano. cit., p. 33). Segundo W. SELB (cf. Das prätorisches Edikt. cit., 1986, p. 261-269), poucos discordariam de que os editos fossem uma fonte normativa de direito, como uma expressão da manifestação abstrata de uma regra jurídica. Contudo, essa seria uma definição mais apropriada a editos como aquele registrado em Ulp. 23 ad ed. D. 11, 3, 1 pr., em que se lê "Ait praetor: [...] iudicium dabo". Era uma promessa de instituição de um "iudicium" cuja fórmula, comentada por Ulpiano em Ulp. 23 ad ed. D. 11, 3, 5, 4 trazia uma reprodução do conteúdo edital; fosse em relação às suas partes, aos seus pré-requisitos ou ao escopo da condenação. Tudo já estava previamente definido no edito, como a redação abstrata de uma hipótese normativa moderna. Para W. SELB, seria esse perfeito paralelismo entre edito e fórmula que colocaria o edito no mesmo patamar de uma "lex perfecta" e, assim, poderia ter seu caráter normativo pleno reconhecido. No entanto, o autor ressalva que as promessas de "iudicium dare", que eram as mais numerosas no "Edictum Perpetuum", não seriam todas necessariamente normativas, pois haveria diferentes modelos de "iudicium dare", não se configurando todas sob uma mesma categoria unitária.

Mas, mesmo se considerados como simples promessas, existiam alguns casos em que o remédio jurídico concedido pelo pretor não se repetia em todas as situações. Havia uma ampla gama de relações possíveis entre a promessa enunciada no edito e o remédio concretamente operado pelo magistrado³⁷⁵.

Essa situação é típica do edito "*de pactis conventis*", em que o pretor se limitava a prometer que faria cumprir os pactos celebrados ("*servabo*"), desde que não fossem marcados por dolo nem fossem contrários à lei, senatusconsultos ou constituições imperiais³⁷⁶.

E poderia também ser encontrada nos editos "de minoribus viginti quinque annis" ³⁷⁷, "de aleatoribus" ³⁷⁸ e "de iniuris et famosis libellis" ³⁷⁹, nos quais o pretor limitava-se a uma promessa de "animadvertere", ou seja, de observar ou vigiar a ação das pessoas envolvidas naquelas circunstâncias previstas pelas respectivas cláusulas, a fim de protegê-las ou punilas. As condições para uma eventual intervenção do magistrado eram vagas, e as medidas ou remédios a serem usados pelo pretor não eram mencionados previamente, variando conforme a situação concreta ³⁸⁰.

A indeterminação repete-se no edito sobre o árbitro recalcitrante, onde, como visto, o pretor enunciava: "QUI ARBITRIUM PECUNIA COMPROMISSA RECEPERIT, EUM SENTENTIAM DICERE COGAM". Aqui, o núcleo da promessa repousava no verbo "cogere", cuja etimologia

³⁷⁵ W. SELB, *Das prätorisches Edikt*. cit., 1986, p. 261.

³⁷⁶ No edito sobre pactos (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 7), consta uma redação em que os elementos essenciais permaneciam em aberto. Não há mais que um programa do pretor sobre como sua conduta seria dirigida. A promessa de "*servare*" viria a ser desenvolvida por instrumentos concretos como a "*denegatio actionis*", a "*exceptio pacti conventi*" (Paul. 3 *ad ed.* D. 2, 14, 27, 8) ou mesmo pela "*exceptio doli*" (D. 2, 14, 16 pr.), mas também por meio de editos específicos que prometiam ações especificas, como D. 23, 4 ("*de pactis dotalibus*") ou pela concessão de ações decretais (D. 19, 5); (cf. W. SELB, *Das prätorisches Edikt.* cit., 1986, p. 266).

³⁷⁷ Ulp. 11 *ad ed*. D. 4, 4, 1, 1.

³⁷⁸ Ulp. 23 *ad ed*. D. 11, 5, 1 pr.

³⁷⁹ Ulp. 77 *ad ed*. D. 47, 10, 15, 25.

³⁸⁰ A promessa de "animadvertere" operava apenas como uma referência para a atuação do magistrado, que se ocuparia de dar concretude em cada caso concreto. Em relação à tutela do jogo de dados, segundo os comentários de Ulpiano (Ulp. 23 ad ed. D. 11, 5, 1, 4) a atuação do pretor variava de multas a fustigações e, inclusive, "vincula publica"; ou seja, tratavam-se de medidas incluídas no âmbito da "coercitio" do magistrado. Situação similar sucedia no edito "ne quid infamandi causa fiat" (Ulp. 77 ad ed. D. 47, 10, 15, 25), mas ali admitia-se a possibilidade de uma ação em algumas circunstâncias. Quanto ao edito para a proteção dos menores de 25 anos (Ulp. 11 ad ed. D. 4, 4, 1, 1), existe uma ampla variedade de medidas mencionadas pelas fontes que poderiam dar concretude à promessa edital (Ulp. 11 ad ed. D. 4, 4, 13, 1; Ulp. 11 ad ed. D. 4, 4, 3, 1; Ulp. 11 ad ed. D. 4, 4, 3, 3; Ulp. 11 ad ed. D. 4, 4, 3, 7), e que os comentários clássicos intitulam como "in integrum restitutio" (cf. W. SELB, Das prätorisches Edikt. cit., 1986, pp. 261-264).

remonta à composição do prefixo "*cum*" e o verbo "*agere*" ³⁸¹ e denota um sentido de agir junto a algo, dando-lhe destino ou orientando-lhe o caminho³⁸².

Essa ideia de direcionamento da conduta alheia encontra diversos usos nos textos clássicos e, particularmente nas fontes jurídicas³⁸³, não é raro encontrá-la com o sentido de reunir, coletar, juntar ou agrupar algo no mesmo lugar ³⁸⁴ ou com o de unir ou conectar elementos separados em um só³⁸⁵.

Não obstante, essa ideia de direcionamento atrela-se frequentemente ao emprego da força³⁸⁶; daí o termo assumir um significado de instigar, coagir ou compelir alguém a fazer algo³⁸⁷. Em especial, quando vinculado à atuação de uma autoridade pública, ele exprime a execução da ordem imposta pelo magistrado mediante a aplicação de instrumentos que decorrem de sua própria autoridade diante do cidadão culpado ou desobediente, isto é, da "coercitio"³⁸⁸.

³⁸¹ A contração fonética das vogais, a fim de se evitar o hiato e a pronúncia separada das vogais, teria transformado "coago" ("cumago") em "cogo"; cf. S. SEGURA MUNGUÍA, Lexicón (incompleto) etimológico y semántico del latín. cit., p. XLIII.

³⁸² S. SEGURA MUNGUÍA, v. *ago*, in ID., *Lexicón* (*incompleto*) *etimológico* y *semántico del latín*. cit., p. 10; M. DE VAAN, v. *ago*, in ID., *Etymological dictionary of latin and other italic languages*. cit., p. 30; A. ERNOUT – A. MEILLET, v. *ago*, in ID., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. cit., p. 17; A. WALDE – J. HOFMANN, v. *cogo*, in ID., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Vol. 1, cit., p. 242.

³⁸³ Sobre o significado do verbo "cogere" nas fontes jurídicas, cf. H. HEUMANN – E. SECKEL, v. cogere, in ID, Handlexikon zu den Quellen. cit., p. 74 e H. E. DIRKSEN, v. cogere, in ID., Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum. cit., p. 152. Para um extenso elenco de fontes jurídicas onde o termo é empregado, cf. O. GRADENWITZ – B. KÜBLER – E. SCHULZE, v. cogo, in ID., Vocabularium iurisprudentiae romanae, Vol. 1, cit., cc. 789-795 Sobre o significado do termo em geral, confira-se E. FORCELLINI, v. cogo, in ID., Lexicon totius latinitatis, Vol. 1, 4ª Ed., Padova, Typis Seminarii, 1865, pp. 676-677; E. FARIA, v. cogo, in ID., Dicionário escolar latino-português. cit., p. 202; F. SARAIVA, v. cogo, in ID., Novíssimo dicionário latino-português. cit., p. 242 e principalmente O. HEY, v. cogo, in TLL, vol. 3, cc. 1519-1534.

³⁸⁴ Este significado é bastante frequente, aparecendo sobretudo em matéria de frutos; cf. Paul. 20 *ad ed.* D. 5, 3, 36, 5; Paul. 3 *ad Vit.* D. 7, 1, 50; Ulp. 17 *ad ed.* D. 8, 3, 3, 1; Paul. 34 *ad ed.* D. 14, 2, 2, 2; Ulp. 31 *ad Sab.* D. 24, 3, 7, 1; Ulp. 35 *ad ed.* D. 26, 7, 3, 7; Ulp. 68 *ad ed.* D. 43, 14, 1, 4; Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 3; Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 4; Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 7; Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 12; Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 4, 6; Marc. 14 *inst.* D. 48, 6, 1; Scaev. 22 *dig.* D. 48, 10, 24; Marc. 4 *inst.* D. 49, 14, 31.

³⁸⁵ Pomp. 17 ad Q. Muc. D. 9, 2, 39 pr.; Nerat. 1 memb. D. 9, 2, 53.

³⁸⁶ A. ERNOUT – A. MEILLET, v. ago, in ID., Dictionnaire étymologique de la langue latine. cit., p. 17.

³⁸⁷ Além dos fragmentos sobre a aplicação do edito do pretor em matéria de arbitragem mencionados acima, veja-se também: Paul. 3 *ad ed.* D. 2, 13, 9 pr.; Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 9; Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 10; Paul. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 21, 5; Paul. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 21, 6; Pap. 10 *resp.* D. 39, 5, 29 pr.

³⁸⁸ Segundo C. GIOFFREDI (cf. *I principi del diritto penale romano*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 45-61), em matéria de repressão penal, prevalece o uso da expressão "vindicare" para denotar a função de repressão e retribuição da pena no direito romano clássico e pré-clássico. Junto a ela, é também recorrente encontrar o verbo "coercere", cujo substantivo correlato é "coercitio", no sentido de defesa e repressão. (cf. H. HEUMANN – E. SECKEL, v. coercere, in ID, *Handlexikon zu den Quellen*. cit., p. 74; Ulp. 3 ad ed. D. 2, 2, 3 pr.; Ulp. 3 ad ed. D. 2, 2, 3, 1; Ulp. 5 ad ed. D. 2, 4, 2; Ulp. 8 ad ed. D. 3, 2, 17; Ulp. 30 ad ed. D. 16, 3, 1, 4). A função de defesa da ordem social poderia também ser expressa como "publica disciplina". Segundo o autor, esta expressão é mais típica de textos de períodos recentes, apesar de que poderia ter uma raiz tardo-clássica. A ideia de uma disciplina pública contrapõe-se à ideia de uma esfera de interesses privada, exprimindo uma

Como a concretização da responsabilidade do árbitro recalcitrante não sucedia por meio de nenhuma ação, mas mediante essa promessa genérica cujo núcleo substancial era um ato de coerção ("cogam") ³⁸⁹, não se tratava de uma responsabilidade atrelada um ato jurisdicional³⁹⁰. O árbitro respondia em virtude de um ato "magis imperii quam iurisdictionis"³⁹¹, isto é, em virtude da faculdade repressiva incluída no poder político e administrativo do magistrado.

Assim, pode-se concordar com W. SELB³⁹² quando ele sugere que esse tipo de edito serviria apenas como uma diretriz política para a intervenção do pretor, pois a sua promessa genérica aproximava-se mais de um programa de política jurídica sem caráter normativo ("als ein rechtspolitisches Programm ohne Normcharakter") que de uma norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto.

O pretor, guiado pela promessa edital, atuava na manutenção das relações sociais, pois uma consequência da soberania do poder público romano – onde ele fosse competente – era a obrigatoriedade de normas proibitivas de determinados comportamentos, cujas violações autorizariam a incidência de sanções contra o agente violador. No caso do árbitro que não cumprisse a função assumida pelo "receptum arbitrii", a promessa edital

exigência social mais ampla e indicando que a pena imposta pelo magistrado teria um efeito dissuasor sobre o particular.

³⁸⁹ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 7.

³⁹⁰ Sobre a separação entre "coercitio" e "iurisdictio", cf. B. SANTALUCCIA, Diritto e processo penale nell'antica Roma, 2ª Ed., Milano, Giuffrè, 1998, p. 22 e T. MOMMSEN, Abriss des römischen Staatsrecht, 1893, trad. esp. de P. DORADO, Compendio del derecho público romano, Madrid, La España Moderna, 1901, pp. 375-376. Acerca uma clara separação entre a "coercitio" e a "iudicatio", cf. J. L. STRACHAN-DAVIDSON, Problems of the roman criminal law, Vol. 1, Oxford, Clarendon, 1912, p. 97. Na realidade, a relação entre "iurisdictio" e "imperium"/"coercitio" é conturbada. Conforme a síntese de C. A. BÖTTCHER (cf. História da magistratura - O pretor no direito romano, São Paulo, LCTE, 2011, pp. 58-62), existiriam duas principais correntes sobre a natureza da "iurisdictio". Uma a identifica com o próprio "imperium" de que dispunham os magistrados e seria defendida principalmente por juristas germânicos. Enquanto a segunda corrente, mais aceita por juristas italianos, defenderia a "iurisdictio" como uma qualidade própria dos magistrados que presidiam a resolução de litígios e, assim, não se confundiria com o "imperium". Nenhuma das correntes em sua forma extremada, contudo, arrecadaram muitos seguidores. O mais provável seria que os conceitos de "iurisdictio" e "imperium" não se confundiam, mas tampouco estariam completamente apartados, de modo que aquela encontraria seu fundamento neste último. Isso seria particularmente perceptível, segundo C. A. BÖTTCHER, quando se notasse a figura da jurisdição delegada (cf. também J. GAUDEMET, Institutions de l'antiquité, Paris, Sirey, 1967, p. 33 e M. KASER - K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht. cit., pp. 183-191). Segundo C. A. CANNATA (cf. Profilo istituzionale del processo privato romano. cit., p. 27-28), no direito clássico, a ideia de "iurisdictio" aproximar-se-ia ao poder de "dare iudicem", isto é, de nomear um juiz ao caso conforme indicado pelas partes, de "iudicare iubere", ou seja, de impor ao juiz a função de julgar e, por fim, de "iudicium dare", de conceder a ação (ou processo) à parte que o exigisse. E, como visto anteriormente, não havia nenhuma promessa de "iudicium dare" no caso do árbitro desobediente.

³⁹¹ Esta expressão aparece ocasionalmente no Digesto, particularmente em Ulp. 1 *ad ed.* D. 2, 1, 4 e Paul. 1 *ad ed.* D. 50, 1, 26, para qualificar aqueles instrumentos jurídicos cuja aplicação os magistrados extraíam de seu poder de "*imperium*"; cf. M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht.* cit., pp.185-186 e 191 e n. 21 e C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano.* cit., pp. 35-38.

³⁹² W. SELB, Das prätorisches Edikt. cit., 1986, p. 262.

direcionaria a atuação repressiva do pretor, estabelecendo as circunstâncias, os requisitos e o destinatário daquela atividade chamada de "*coercitio*" 393.

Essa figura, porém, desafia uma caracterização. Como esclarece C. A. BÖTTCHER³⁹⁴, a expressão "*coercitio*" não era um termo técnico propriamente dito. No entanto, existiriam indícios suficientes nas fontes para a distinguir das demais figuras correlatas³⁹⁵.

Pode-se, assim, arriscar uma tentativa e dizer que correspondia àquela parcela do poder discricionário e atribuído ao magistrado romano, destinado à garantia da ordem e obediência dos indivíduos³⁹⁶. O exercício desse instrumento não dependia da instalação de um procedimento judicial nem de confirmação pelos Comícios³⁹⁷, o que, segundo A. DE DOMINICIS³⁹⁸, caracterizaria a "*coercitio*" como um virtual poder de polícia à disposição das autoridades administrativas romanas³⁹⁹.

A "coercitio" passou por algumas transformações, atingindo maior ou menor relevância, conforme o momento histórico⁴⁰⁰. No período arcaico, ela teria sido a síntese de toda a atividade punitiva do magistrado, pois faltariam regras específicas sobre o procedimento sancionatório, de modo que todo ato punitivo teria emanado de uma

³⁹³ E. COSTA, Crimini e pene da Romulo a Giustiniano, Bologna, Zanichelli, 1921, pp. 34-35.

³⁹⁴ História da magistratura. cit., p. 186 e n. 589 e ID., *Iudicet iudicarve iubeat.* cit., pp. 50-53.

³⁹⁵ Cic. *de leg.* 3, 3, 6.

³⁹⁶ Esse seria o significado mais estrito da "*coercitio*", porém, como aponta J. L. STRACHAN-DAVIDSON (cf. *Poblems of the roman criminal law*. cit., pp. 97-100), ela também poderia ser usada em um sentido mais amplo para indicar qualquer ação repressiva de um magistrado e qualquer sanção por ele aplicada, fosse para punir condutas passadas ou para reprimir desordem presentes, como indicariam as seguintes passagens: Paul. *Sent*. 5, 26, 1; Cal. 3 *cog*. D. 48, 10, 31; Herm. 5 *iuris epit*. D. 48, 15, 7 e Cal. 6 *cog*. D. 48, 19, 28.

³⁹⁷ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1898, trad. esp. de P. DORADO, *Derecho penal romano*, Madrid, Temis, 1999, p. 24.

³⁹⁸ Havia também uma manifestação da "*coercitio*" no seio familiar; mas ali ela cabia ao "*pater*" sobre seus filhos e ao "*dominus*" sobre seus escravos. '*Coercitio*', in NNDI 3 (1959), pp. 417-418 (cf. também '*Coercitio*', in NDI 3 (1938), pp. 264-270).

³⁹⁹ A institucionalização da função policial representa uma profunda mudança na sociedade ocidental e na relação havida entre o Poder Público e os cidadãos. Mas essa institucionalização só ocorreria nos Séculos XVIII e XIX, com a criação de organizações especializadas no policiamento do corpo social. Quando se faz menção ao policiamento em Roma, costuma-se referir ao exercício da "coercitio" pelos magistrados e à atuação dos edis ou dos "tresviri capitales", aos "cohortes urbanae", "cohortes praetoriae" ou aos diversos "praefecti" do principado (cf. W. NIPPEL, Policing Rome, in The Journal of Roman Studies 74 (1984), p. 20 e ID. Public order in ancient Rome, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 5-12).

⁴⁰⁰ Essa evolução na figura da "coercitio" é bastante característica do processo evolutivo dos instrumentos sancionatórios do direito público romano, cujo desenvolvimento ocorreu em estrita ligação com o aparecimento de novas formas processuais, principalmente porque, como informa A. Burdese (cf. *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, UTET, 1966, p. 242), as figuras sancionatórias romanas eram determinadas em função das várias formas em que se manifestava a repressão pública.

manifestação discricionária do "*imperium*" ⁴⁰¹⁻⁴⁰², dentre cujos titulares encontravam-se os pretores⁴⁰³.

A introdução de previsões normativas expressas – primeiramente com a Lei das XII Tábuas e, depois, com a "*Lex Valeria*" – teriam introduzido os primeiros limites à discricionariedade dos magistrados⁴⁰⁴.

 401 B. Santaluccia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*. cit., p. 22 e A. De Dominicis, '*Coercitio'*. cit., p. 418.

⁴⁰² Os romanos jamais definiram o que fosse o "imperium", de modo que só poderia ter seu conteúdo definido negativamente, a partir das limitações que viria a sofrer. Contudo, o termo normalmente denota o poder supremo atribuído aos cargos elevados da magistratura romana. Mas, como aponta L. BOVE (cf. 'Imperium', in NNDI 8 (1962), pp. 209-212), essa não é uma definição que poderia ser satisfatoriamente aceita, pois sugere que ele fosse uma manifestação estática, quando, na verdade, era uma realidade dinâmica e complexa. Ao longo do tempo, o "imperium" dos magistrados teria apresentado diversas feições, sendo reconhecido em magistrados e agentes públicos distintos. Segundo P. VOCI (cf. Per la definizione dell'imperium, in Studi in memoria di Emilio Albertario, Vol. 2, Milano, Giuffrè, 1953, p. 91), com cuja opinião L. BOVE (cf. 'Imperium', in NNDI 8 (1962), p. 210) concorda, o "imperium" teria raiz na monarquia etrusca. Ele não teria sido uma atribuição originária do "rex" romano, pois a ideia de um poder supremo e absoluto conflitaria com a particular organização da comunidade arcaica marcada por um caráter federativo. Durante a República, contudo, ele teria sido reconhecido aos magistrados superiores que sucederam ao "rex". Esse poder constituía-se da soma de poderes e faculdades exercitáveis pelo magistrado, até o limite da competência da comunidade romana, a fim de que pudessem cumprir suas funções republicanas e realizar a administração da "civitas" (cf. J. GAUDEMET, Institutions de l'antiquité, Paris, Sirey, 1967, pp. 331-332). Segundo T. MOMMSEN (cf. Abriss des römischen Staatsrecht, 1893, trad. esp. de P. DORADO, Compendio del derecho público romano, Madrid, La España Moderna, 1901), por se tratar de uma expressão do poder de mando de que dispunham os magistrados, a "coercitio" não seria uma característica própria de nenhuma magistratura em particular, mas um traço da magistratura romana em geral à exceção do questor (cf. E. COSTA, Cicerone giureconsulto, Vol. 1, 2ª Ed., Bologna, Zanichelli, 1927, pp. 367-368 e F. RABER, 'Coercitio', in Der kleine Pauly I (1964), cc. 1240-1241). Plena "coercitio" tinham os magistrados com "imperium", bem como os governadores das províncias e o tribuno da plebe. Já o poder coercitivo do "princeps" apoiava-se sobre o seu "imperium" proconsular e sobre o seu "tribunicia potestas". Os magistrados sem "imperium" dispunham de um poder de coerção limitado, como os censores e os edis (cf. C. A. BÖTTCHER, História da magistratura. cit., p. 62). Esse poder menor limitava-se à aplicação de multas ou à apreensão de bens patrimoniais, enquanto a "coercitio" ampla dos magistrados superiores poderia ir mais além e alcançava a pena capital, venda à escravidão, aprisionamento, confinamento, castigo corporal, sequestro patrimonial, imposição de multas e a "pignoris capio" (cf. K. J. NEUMANN, 'Coercitio', in PWRE IV, 1 (1900), c. 201).

⁴⁰³ Em Ulp. 5 *ad ed.* D. 2, 4, 2, quando Ulpiano diz que "In ius vocari non oportet neque consulem neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci [...]", ele está preocupado em indicar a impossibilidade de citação verbal de magistrados para ocuparem a posição de réus na demanda judicial ("in ius vocatio"), uma vez que estes eram detentores de "imperium"; no entanto, o jurisconsulto é bastante explícito ao indicar que – justamente por disporem desse poder – eles poderiam infligir penas ou encarcerar o cidadão.

⁴⁰⁴ Segundo A. BURDESE (cf. *Manuale di diritto pubblico romano*. cit., pp. 244-258), a intervenção dos Comícios diante da coerção dos magistrados representou não só o primeiro tipo de processo penal do direito romano, mas também a primeira limitação à "coercitio". Ao comentar a instituição da "provocatio ad populum", Pompônio diz em Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1, 2, 2, 16 que a nova legislação impediu a aplicação da pena capital contra um cidadão romano sem a autorização do povo nos Comícios ("lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi"), tendo sido deixado ao magistrado apenas a possibilidade exercitar a sua "coercitio" ou a de realizar prisões ("ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent"). As leis sobre a "provocatio ad populum" e, particularmente a "Lex Valeria" de 300 a. C., vincularam a aplicação de penas capitais – anteriormente incluídas no âmbito do poder geral de coerção dos magistrados – à aprovação dos Comícios (cf. B. SANTALUCCIA, *Processo penale (diritto romano)*, in ED 26 (1987), pp. 324-329 e V. ARANGIO-RUIZ, *Coercizione*, in EI 10 (1931), p. 697). Na opinião de J. L. STRACHAN-DAVIDSON (cf. *Problems of the roman criminal law*. cit., p. 99), a "coercitio" em sentido estrito seria permitida a não se sujeitar à "provocatio", porque seria aplicável a casos de delinquência menores, cuja

Mas, mesmo no período republicano, a aplicação da "coercitio" permaneceu ampla e sua incidência era consideravelmente indiscriminada. Uma verdadeira delimitação de seu campo de incidência ocorreria apenas com a instituição das "quaestiones" — órgãos processuais destinados a decidir ilícitos previstos e sancionados por lei⁴⁰⁵ —, que terminaram por delimitar a esfera de aplicação da "coercitio" ao campo das infrações de polícia e obstrução às ordens dos magistrados⁴⁰⁶.

A partir da introdução das "quaestiones", esclarece A. DE DOMINICIS⁴⁰⁷, a repressão penal ordinária e a "coercitio" passariam a ser exercidas em planos distintos, cabendo ao escopo desta última todas aquelas questões que não estivessem sujeitas à esfera de competência da repressão criminal propriamente dita. E, com o início do Império, a "coercitio" teria sido cada vez mais aplicada como manifestação do poder de polícia dos magistrados, para sancionar uma série de ilícitos não-criminais cuja repressão fosse motivada pelo interesse público⁴⁰⁸.

Com a consolidação da administração imperial e a expansão da atividade coercitiva dos funcionários imperiais, a linha de demarcação entre poder de polícia e coerção criminal existente na República termina se esvanecendo, enquanto o procedimento da "cognitio extra ordinem" acaba por absorver tanto a matéria reservada às "quaestiones", quanto aquela normalmente reservada à "coercitio", 409.

Mas, a despeito de ter sido em grande parte assimilada pela "cognitio extra ordinem", pode-se notar que, no período tardo-clássico, a "coercitio" continuava sendo aplicada como manifestação do poder de polícia em alguns casos particulares de desobediência, tal como sucedia com o árbitro recalcitrante⁴¹⁰.

punição seria igualmente módica. Sobre a instituição da "provocatio ad populum" em geral, cf. A. LINTOTT, Provocatio – From struggle of the orders to the principate, in ANRW I. 2 (1972), pp. 226-267, especialmente pp. 233-246.

⁴⁰⁵ B. SANTALUCCIA, *Processo penale (diritto romano)*. cit., pp. 335-342.

⁴⁰⁶ A. DE DOMINICIS, 'Coercitio'. cit., pp. 418-419.

^{407 &#}x27;Coercitio'. cit., p. 419.

⁴⁰⁸ A. LINTOTT, *The constitution of the Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 94-104.

⁴⁰⁹ A. DE DOMINICIS, 'Coercitio'. cit., pp. 419-420.

⁴¹⁰ Os casos de incêndio culposo também permaneceram sujeitos à atuação do poder de polícia dos magistrados. Em Ulp. *lib. sing. de. off. Praef. Urbi* D. 1, 15, 4, Ulpiano reporta o conteúdo de um rescrito dos Imperadores Antonino Caracala e Sétimo Severo dirigido ao prefeito dos vigias urbanos ("*praefectus vigilum*") Júnio Rufino, autorizando-o a usar de sua "*coercitio*" para aplicar pauladas e açoites ("*fustibus vel flagellis*") na punição daqueles moradores que tivessem culposamente provocado incêndios em suas residências. Se o incêndio tivesse sido cometido dolosamente, então o rescrito determinava que o agente deveria ser entregue ao "*praefectus Urbi*", que tomaria as providências adequadas.

Que a responsabilidade do árbitro estivesse calcada na "coercitio" pode ser confirmado – além da reconstrução da promessa edital – a partir de um fragmento de Ulpiano em que o jurisconsulto aborda o tratamento jurídico concedido à pessoa do árbitro e aos destinatários da sanção do pretor⁴¹¹. O texto transmite uma especial preocupação com aquelas pessoas escolhidas como árbitro e que – simultaneamente – ocupassem uma posição de privilégio⁴¹².

Normalmente, pouco importava a condição pessoal da pessoa sujeita à coerção, pois todos estariam igualmente vinculados a obedecerem a seus comandos, desde que estivessem submetidos à autoridade do magistrado. Assim, se a responsabilidade do árbitro correspondia à "coercitio", enquanto manifestação do "imperium", ela deveria se sujeitar aos mesmos limites impostos a este último⁴¹³.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 3: Tractemus de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 3: Tratemos das personis arbitrantium. Etguidem arbitrum cuiuscumque dignitatis coget officio quod susceperit perfungi, etiam si forte vel praetor, quoniam in hoc imperium non habet.

pessoas dos árbitros. De fato, <o pretor> coagirá o árbitro de qualquer dignidade a concluir o encargo assumido, ainda que sit consularis: nisi forte sit in aliquo seja consular; exceto se estiver em outra magistratu positus vel potestate, consul posição ou poder, como o cônsul ou o pretor, porque sobre estes não terá "imperium".

Ulpiano esclarece que todos estariam sujeitos à sua coerção, inclusive aquelas pessoas que dispusessem de dignidade consular. Com isso, Ulpiano não se refere ao cônsul propriamente dito, mas àqueles senadores que – em algum momento – haviam ocupado o oficio consular ou àquelas pessoas que receberam a "adlectio inter consulares" ou a "insignia consularia", 414.

⁴¹¹ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 135-139.

⁴¹² G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., pp. 113 e 238.

⁴¹³ T. MOMMSEN, Römisches Staatsrecht, 1888, trad. fr. de P. GIRARD, Droit public romain, Vol. 1, 3a Ed., Paris, Thorin, 1892, p. 157.

⁴¹⁴ O ex-cônsul ou aquele investido nos mesmos direitos honoríficos dispunham de preferência no Senado, sendo convocados a falarem e a votarem antes dos demais senadores. Além disso, alguns cargos e magistraturas eram apenas acessíveis ao "vir consulares", como a censura e alguns governos provinciais; cf. M. KASER, Römische Rechtgeschichte. cit., p. 53; B. KÜBLER, Consularis 1, in RE IV, 1 (1900), cc. 1138-1142 e H. HAUSMANINGER, 'Consularis", Der kleine Pauly I (1964), c. 1295.

O jurisconsulto ressalva, porém, que os cônsules e pretores estariam excluídos da "coercitio". O fundamento para esse tratamento é dado ao final do fragmento, quando Ulpiano enuncia o impedimento de se exercitar o "imperium" sobre aqueles magistrados ("quoniam in hoc imperium non habet"); algo que é reiterado por Paulo no fragmento imediatamente posterior⁴¹⁵.

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 4: Nam Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 4: Porque os magistratus superiore aut pari imperio nullo modo possunt cogi; nec interest ante ipso magistratu arbitrium an susceperint. Inferiores possunt cogi.

magistrados de superior "imperium" não podem de modo algum ser coagidos; não importa se assumiram o papel de árbitro antes ou na própria magistratura. Os inferiores podem ser coagidos.

Paulo adverte que os pretores, enquanto magistrados responsáveis pela aplicação da sanção, não poderiam exercer sua coerção sobre os ocupantes de alguma magistratura dotada de "imperium" em patamar igual ou superior ao seu, não interessando que tivessem assumido o "arbitrium" antes ou durante a sua magistratura. Mas o jurisconsulto esclarece, porém, ser possível coagir os magistrados que ocupassem posições hierarquicamente inferiores.

A impossibilidade de sanção não se refere a situações de nulidade do compromisso ou incapacidade do árbitro⁴¹⁶, pois, como a menção ao "*imperium*" denuncia, os fragmentos tratam dos limites impostos à punição do pretor pela estrutura de poder existente entre as diversas magistraturas. Em específico, indicam os reflexos que a hierarquia, a colegialidade e a paridade de poder ("par potestas") dos magistrados exerciam na eficácia do "receptum arbitrii", quando o árbitro fosse um magistrado⁴¹⁷.

Cuida-se do poder de veto entre os magistrados ("intercessio"), cujo conteúdo seria uma dedução lógica da colegialidade da magistratura romana, pela qual todo e qualquer integrante disporia de uma capacidade integral de exercer sua função⁴¹⁸. Essa seria uma

101

⁴¹⁵ F. BONIFACIO, *Arbitro e Arbitratore (diritto romano)*. cit., p. 296, n. 1.

⁴¹⁶ G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., p. 113.

⁴¹⁷ Semelhante situação ocorria no "iudicium", cf. Paul. 13 ad Sab. D. 5, 1, 58.

⁴¹⁸ F. BONIFACIO, *Arbitro e Arbitratore (diritto romano)*. cit., p. 296, n. 1.

característica de qualquer magistratura, uma vez que, havendo mais de um integrante na mesma função, cada titular disporia do integral exercício de seus poderes⁴¹⁹.

Não obstante, seria especialmente marcante nas magistraturas dotadas de "*imperium*" e, por isso, capazes de exercerem a "*coercitio*". Se o "*imperium*" era um poder indivisível, ele não poderia ser fracionado entre os agentes públicos, devendo, pois, caber inteiramente a cada um de seus titulares⁴²⁰.

Assim, quando Ulpiano e Paulo apontam à responsabilidade do árbitro como consequência da ingerência do pretor fundada no seu "*imperium*", uma vez que sujeita às mesmas restrições dessa figura, eles provam que a responsabilidade do árbitro era calcada na "*coercitio*". O que, por consequência, não seria uma responsabilidade de natureza jurisdicional, mas administrativa e particularmente voltada à coibição de atos de desobediência do árbitro⁴²¹.

Um fragmento de Cícero em "De Legibus", uma obra escrita nos últimos anos da República romana⁴²², em que o autor trava um diálogo com seu irmão Quinto e seu amigo Ático sobre suas concepções acerca das leis e da organização da República romana, é especialmente exemplificativo da relação entre atos de desobediência e a "coercitio", bem como da sua paralisação diante da "intercessio".

Cic. de leg. 3, 3, 6: Justa imperia sunto, isque cives modeste ac sine recusatione parento. Magistratus nec oboedientem et noxium civem multa vinculis verberibusve coherceto, ni par maiorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto. Cum magistratus iudicassit

ria sunto, Cic. de leg. 3, 3, 6: Que os comandos ecusatione sejam justos, e que os cidadãos dientem et modestamente e sem recusa lhes eberibusve satisfaçam. Que o magistrado coaja o potestas cidadão desobediente e ofensivo com multa, prisão ou açoites, se um poder igual iudicassit ou maior ou o povo não o proibir, aos

⁴¹⁹ A. LINTOTT, *The constitution of the Roman Republic*. cit., pp. 94-96 e P. VOCI, *Per la definizione dell'imperium*. cit., pp. 85-86.

⁴²⁰ P. VOCI, *Per la definizione dell'imperium*. cit., pp. 85-86.

⁴²¹ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 138-139 e n. 110.

⁴²² A atmosfera amena e um tanto bucólica presente no diálogo (Cic. *de leg.* 1, 1), uma amigável referência a Pompeu (Cic. *de leg.* 1, 8; Cic. *de leg.* 2, 1-3) e a ausência a qualquer menção à Guerra Civil sugeriria que o texto tenha sido composto logo após ao final de seu proconsulado na Cilícia em 51 a. C. (cf. A. LINTOTT, *The constitution of the Roman Republic.* cit., pp. 225-232 e ID., *Cicero as evidence – A historian's companion*, Oxford, Oxford Press, 2008, p. 436). Isso é reforçado pelo relato de Plutarco (Cícero, 36, 7) de que, após o término de seu proconsulado, Cícero teria visitado seu amigo Ático – que aparece no diálogo – em Atenas.

inrogassitve, per populum multae poenae certatio esto. Militiae ab eo qui imperabit provocatio nec esto, quodque is qui bellum geret imperassit, ius ratumque esto.

quais haja "provocatio". Quando o magistrado julgasse ou irrogasse, que a disputa da multa e pena seja pelo povo. Que não haja, no serviço militar, "provocatio" daquele que imperará e que seja cada um que comande a guerra direito e válido.

Malgrado expresse sua intenção de propor sugestões sobre como as leis romanas deveriam ser, deduzindo um corpo normativo a partir de princípios que ele considerava superiores e que certamente lhe concedia um espaço de inovação⁴²³, Cícero admite estar reproduzindo aquilo que, até então, teria sido "mos" ⁴²⁴. Porém, a despeito dessa ressalva, o texto de "De Legibus" é permeado de arcaísmos ou falsas reconstruções do direito romano, que torna o conteúdo de algumas passagens espúrio ou insatisfatório⁴²⁵.

No fragmento em questão, o autor demanda⁴²⁶ que os comandos dos magistrados ("imperia") fossem proferidos com justiça, e que o cidadão os obedecesse sem opor nenhum obstáculo ao seu cumprimento. Em consequência, para garantir o cumprimento dessas ordens, Cícero exige do magistrado a aplicação de seus poderes de coerção, aludindo ao uso da multa, aprisionamento ou do açoite ("Magistratus nec oboedientem et noxium civem multa vinculis verberibusve coherceto").

Mas ele ressalva a impossibilidade de um magistrado aplicar sua "coercitio" – tal como Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 3 e Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 4 – contra outro magistrado de poder igual ou superior, referindo-se ao poder de veto ("intercessio") que esses magistrados dispunham entre si. Ele também ressalva a proibição imposta pelo povo ao exercício da coerção, em uma clara menção às restrições instituídas pela "provocatio ad populum" ao ofício do magistrado romano.

⁴²³ Sobre os limites inovativos de Cícero em "*De Legibus*", cf. A. LINTOTT, *The constitution of the Roman Republic*. cit., pp. 225-232.

⁴²⁴Cic. De leg. 2, 23.

⁴²⁵ J. ZETZEL, *Cicero – On the Commonwealth and On the Laws*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. xxiii.

⁴²⁶ O texto perpassa um sentido de "exigência" ou "requisição" dirigida ao destinatário, indicado principalmente pelo uso do verbo "sum" no imperativo futuro ("sunto" e "esto").

Conforme indica A. LINTOTT⁴²⁷, esse fragmento seria substancialmente legítimo e encapsularia os princípios de direito público da República romana, apesar de se apresentar como uma ligeira variação da prática político-jurídica da época; principalmente quando apresenta o magistrado como o principal agente de vigilância e manutenção da ordem, sendo que, na realidade, eles não disporiam do tempo ou dos recursos necessários para tanto.

De fato, por mais que o magistrado pudesse lançar mão de sua "coercitio" para afastar a resistência do particular aos seus comandos, seria improvável que o cônsul ou o pretor circulassem pela cidade coibindo, de oficio, atos delinquentes ou desobedientes. Essas funções seriam relegadas aos magistrados inferiores⁴²⁸. Ainda assim, como indica O. ROBINSON⁴²⁹, a ideia de um policiamento ostensivo seria estranha aos romanos, pois a manutenção da ordem pública dependia, em grande parte, da cooperação dos próprios cidadãos.

Além disso, o conservadorismo (e imaginação) de Cícero também estaria presente no texto – ainda segundo A. LINTOTT⁴³⁰ – quando ele se refere à possibilidade do magistrado usar de açoites e fustigações contra cidadãos, como instrumento de manutenção da ordem pública, algo que não refletiria as circunstâncias no final da República romana, pois esse método de coerção havia sido proibido pelas "Leges Porciae", 431.

Mas, conquanto as flagelações tenham sido excluídas do âmbito da "coercitio" por essas leis, E. COSTA⁴³² acredita que o texto não representaria uma inovação espúria. O texto seria preciso, pois Cícero estaria tratando das características da magistratura fora do exercício urbano de seu ofício, onde a coerção – principalmente a "verberatio" – não seria tão limitada quando na cidade.

De qualquer maneira, o fragmento é interessante em um outro aspecto. Na sua segunda parte, quando Cícero menciona que "cum magistratus iudicassit inrogassitve, per populum multae poenae certatio esto", ele estaria aludindo à persecução criminal

⁴²⁷ The constitution of the Roman Republic. cit., pp. 225-232.

⁴²⁸ A. LINTOTT, *The constitution of the Roman Republic*. cit., pp. 94-104.

⁴²⁹ An introduction to roman criminal law, in De Jure 31 (1998), p. 324.

⁴³⁰ The constitution of the Roman Republic. cit., pp. 225-232.

⁴³¹ Liv., *ab Urbe condita*, 10, 9, 4 e Cic., *De Rep.*, 2, 54. Sobre as "*leges porciae*", cf. A. LINTOTT, *Provocatio*. cit., pp. 249-253.

⁴³² Cicerone giureconsulto. cit., p. 368. Segundo o autor, o trecho "rappresenta la contenenza della coercitio del magistrato in generale, fuor della sfera dell'esercizio urbano del suo ufficio. Nella sfera urbana, al tempo del Nostro, l'applicazione dei verbera contro i cittadini era così rigorosamente interdetta, che il ricorso a questa pote valere, in caso memorabile, di típico spediente, per riaffermare in chi ne fu colpito la condizione di straniero".

propriamente dita e à incidência da "provocatio", para logo ressalvar sua aplicação em relação ao magistrado enquanto comandante militar.

Segundo C. A. BÖTTCHER⁴³³, a contraposição entre a primeira e a segunda parte do fragmento indicaria o reconhecimento – por Cícero e pela mentalidade romana – de uma clara separação entre o campo da "*coercitio*" e da jurisdição criminal propriamente dita. Por consequência, a decisão do magistrado que determinasse a imposição de alguma coerção sobre o indivíduo não seria propriamente uma sentença, mas um simples ato administrativo⁴³⁴. Ela não produzia os mesmos efeitos de uma sentença, autorizando que a parte, por exemplo, recorresse à autoridade administrativa superior em busca da absolvição da pena que lhe fora imposta⁴³⁵.

Nesse sentido, A. DE DOMINICIS⁴³⁶ sugere que os fatos sujeitos à "coercitio" – ao menos no que se referiria ao direito clássico – poderiam ser caracterizados como "contravenções", isto é, situações transgressoras de menor potencial ofensivo⁴³⁷⁻⁴³⁸.

De modo que a função penal seria meramente secundária na "coercitio", pois, ao contrário da "poena" propriamente dita, as suas funções repressivas ou preventivas encontravam-se alocadas num segundo plano⁴³⁹. A "coercitio" operava como uma figura eminentemente instrumental, cuja atuação dirigia-se contra o cidadão desobediente,

⁴³³ História da magistratura. cit., p. 186, n. 589.

⁴³⁴ Assim como T. MOMMSEN, também E. COSTA (cf. *Crimini e pene da Romulo a Giustiniano*. cit., p. 35) compreende a "*coercitio*" como uma atividade do magistrado subtraída da esfera da "*cognitio*" e, por consequência, isenta de seguir os mesmos procedimentos e garantias.

⁴³⁵ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*. cit., pp. 24-35.

⁴³⁶ 'Coercitio'. cit., p. 421.

⁴³⁷ F. DE MARTINO, *Storia dela costituzione romana*, Vol. 1, 2ª Ed., Napoli, Jovene, 1972, pp. 422-423.

⁴³⁸ Na maioria dos casos registados nas fontes sobre o exercício da "coercitio", encontram-se conflitos de magistrados entre si ou contra algum senador; como quando um magistrado superior confrontava um inferior (Liv., Ab Urbe cond. 42, 9, 4; Suet. De vitis Caes. 17, 2; Cic. Pro Mil. 89; Liv., Ab Urbe cond. 3, 55, 9; Liv., Ab Urbe cond. 5, 11, 11), quando um magistrado confrontava um candidato sem qualificações para ocupar um cargo público (Val. Max. 9, 7, 1; Vell. Pater. 2, 92, 3; Apiano Bell. Civ. 3, 31), quando um magistrado convocava um senador que se recusava a comparecer (Gell. Noc. At., 14, 7, 10; Cic. Philip. 1, 12; Plut. Cic. 43, 7) ou quando um senador obstruía uma reunião presidida por um magistrado (Gell. Noc. At., 4, 10, 8; Cic. De orat. 3, 4). Esses exemplos levaram W. NIPPEL (cf. Policing Rome, in The Journal of Roman Studies 74 (1984), p. 22 e ID. Public order in ancient Rome, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 5-12) a sugerir que a "coercitio" não seria – via de regra – um instrumento de disciplina do indivíduo romano ordinário, mas uma arma a ser usada contra a classe governante (cf. Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 3 e Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 4). Apesar disso, ele mesmo observa que essa seria uma conclusão preliminar, uma vez que as fontes teriam uma tendência a registrar os casos mais proeminentes do exercício das "coercitio" e não suas instâncias mais banais. No direito privado, por sinal, são exemplos da incidência da "coercitio" - além do caso do árbitro recalcitrante – os quase-delitos "de effusis et deiectis" (Ulp. 23 ad ed. D. 9, 3, 1, 8) e "de positis et suspensis" (Ulp. 23 ad ed. D. 9, 3, 5, 6), quando cometidos por escravos. Outras situações seriam o do "crimem suspecti tutoris", os "crimina" previstos pelas "leges iudiciorum publicorum", bem como alguns "crimina extraordinaria" (cf. A. DE DOMINICIS, 'Coercitio'. cit., p. 421).

⁴³⁹ T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*. cit., p. 157.

dobrando sua vontade e obrigando-o – direta ou indiretamente – a cessar sua resistência e a cumprir o comando do magistrado⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹.

E, nisso, o texto de Cícero destaca um ponto fundamental que T. MOMMSEN⁴⁴² já notara: a desobediência civil e "*coercitio*" seriam ideias correlatas. O que não significava que desobediência fosse um delito propriamente dito, pois corresponderia a qualquer ato pelo qual uma pessoa obstaculizasse ou prejudicasse um magistrado no exercício de suas funções ou em sua personalidade⁴⁴³.

Daí, poder-se pensar a recalcitrância do árbitro não apenas como uma violação à confiança das partes que o tivessem escolhido como julgador de seu litígio, mas também como uma ofensa contra a comunidade como um todo, que justificaria uma reação punitiva do magistrado em favor da coisa pública⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ P. Voci, *Per la definizione dell'imperium*. cit., p. 70.

⁴⁴¹ De certa maneira, tanto a jurisdição criminal quanto a coerção do magistrado poderiam se valer dos mesmos expedientes sancionatórios, mas apenas na jurisdição criminal caberia a imposição de uma pena verdadeira ("Strafe"), pois no exercício da "coercitio" haveria lugar apenas para meios coercitivos; cf. K. J. NEUMANN, 'Coercitio'. cit., c. 201.

⁴⁴² T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*. cit., pp. 26-28.

⁴⁴³ Liv., *ab Urbe condita*, 3, 35, 6; 3, 51, 13; 6, 38, 12; 25, 3, 19 e 43, 16, 10. A natureza indeterminada desse ato infracional de desobediência, contra o qual o poder público direcionava sua repressão, seria mais um fator de distinção entre o procedimento da "*coercitio*" e o restante da jurisdição criminal propriamente dita e que se ocupava da repressão dos ilícitos penais determinados (cf. T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*. cit., pp. 159-160).

⁴⁴⁴ Um fragmento de Ulpiano sobre depósito necessário elucida um pouco essa função de defesa da ordem social cumprida pelos magistrados. Em Ulp. 30 ad ed. D. 16, 3, 1, 4, Ulpiano, referindo-se aos parágrafos imediatamente anteriores, diz haver uma razão justa ("iustam rationem habet") acerca de uma distinção de causas. Com isso, ele se refere à distinção feita pelo próprio pretor em seu edito entre o depósito comum e o depósito necessário, que ocorria quando depositava-se algo com outrem em virtude de algum acontecimento fortuito que apresentasse algum perito iminente para o depositante, como tumultos, desmoronamentos, incêndios ou naufrágios (Ulp. 30 ad ed. D. 16, 3, 1, 1-3). O fundamento para essa distinção, relata Ulpiano, estaria nas consequências jurídicas para as partes, caso o depositário não restituísse a coisa. No depósito comum, a não-restituição ensejava uma indenização equivalente ao valor simples do bem depositado, enquanto, se se tratasse de depósito necessário, a responsabilidade do depositário seria maior. A tentativa do depositário se aproveitar das circunstâncias excepcionais do depositante teria sido visto como uma grave violação da confiança ("perfidia"), motivando uma reação punitiva por parte do magistrado (cf. R. ZIMMERMANN, The law of obligations. cit., p. 207). É verdade que a coerção, no caso do depositário, era enunciada no edito como uma "actio in duplum", mas, aqui, a relevância não estava no remédio edital e sim na função que ele cumpria. Ulpiano é categórico ao afirmar que se tratava de uma reação coercitiva do pretor, cuja função de utilidade pública destinava-se a obter ou manter o bem-estar da comunidade, mediante a aplicação de uma pena contra aquele que houvesse violado a confiança alheia ("publica utilitas coercenda est vindicandae rei publicae causa"). H. HEUMANN - E. SECKEL (cf. v. coercere, in ID, Handlexikon zu den Quellen. cit., p. 74), que apontam o propósito da "coercitio" nesse caso como sendo "das öffentliche Wohl durch Strafen aufrecht erhalten". O fragmento, portanto, tem a virtude de ressaltar a garantia da confiança como uma preocupação de primeira ordem do pretor, uma vez que estaria relacionada à "publica utilitas" e à "res publica". Consequentemente, a conduta do pretor pode ser compreendida como uma atividade voltada ao cumprimento de um propósito social de tutela da ordem e garantia de funcionalidade da administração.

No já analisado Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3, 1, o jurisconsulto Ulpiano dá um indício bastante revelador sobre essa função do pretor.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1: [...] attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeret lites finiri, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit impleret?

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1: [...] quando alguém assume o papel de árbitro, o pretor julga que o zelo e cuidado sobre essas coisas lhe concernem: não tanto porque ele favorecesse o término das lides, mas porque as partes não devem decepcionar, pois da mesma forma elegeram entre si árbitros como bons homens. Imagine que, depois de uma causa ter já sido tratada mais de uma vez e depois de expostas de uma e outra parte a intimidade e revelados os segredos de negócio, o árbitro, ou para conceder um favor <a uma das partes> ou por ter sido sordidamente corrompido ou por qualquer outra causa, não queira proferir a sentença: poderia alguém negar ser justíssima que se desse a intervenção externa do pretor, para que o oficio assumido fosse satisfeito?

Ulpiano esclarece que o magistrado não interferia na arbitragem privada apenas porque se preocupava com a resolução dos conflitos ("non tantum quod studeret lites finiri"), mas porque as partes não deveriam se decepcionar com os árbitros que tivessem escolhido ("verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt").

O texto associa a atuação do árbitro – de quem se esperava uma conduta coerente com a de um "vir bonus" – com a intervenção do pretor, externada por Ulpiano como uma resposta legítima ("aequissima") àquele árbitro que não proferisse a sentença. O que chama

a atenção, porém, vem logo antes da pergunta retórica do jurista, no trecho em que ele descreve o comportamento das partes e do árbitro.

As partes apresentam o conflito ao árbitro, que a analisa mais de uma vez ("post causam iam semel atque iterum tractatam"), expõem-lhe sua intimidade e contam-lhe os segredos de seus negócios ("post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta"), e, mesmo assim, o árbitro nega-se a pronunciar a decisão. Os motivos para essa omissão são variados: Ulpiano aponta a uma possível corrupção ou a concessão de algum favor, dentre outras causas ("vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa").

O investimento de confiança, que as partes empreendem com a escolha do julgador, depois com as audiências e revelações íntimas ou sigilosas, é frustrado pelo árbitro quando violava o "receptum" e descumpria seu dever de "sententiam dicere". A gravidade dessa violação extrapola os limites da esfera das partes, pois o cuidado sobre a atuação do árbitro – Ulpiano diz – era relevante ao pretor ("ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere") e autorizava sua intervenção a fim de manter o bem-estar da comunidade.

No entanto, é preciso fazer uma distinção entre o descumprimento do "receptum arbitrii" e o ato de desobediência que ensejaria a "coercitio" do pretor. Por mais que o fragmento de Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1 mostre o inadimplemento do árbitro como uma violação à confiança que transcendia a esfera privada das partes, para alcançar a esfera pública e, assim, permitir a intervenção do pretor, esse inadimplemento não correspondia a uma desobediência a um comando do pretor.

A intervenção do magistrado é posterior à instauração do comportamento recalcitrante, de forma que, quando o árbitro se recusa a decidir a controvérsia, ele apenas atrai a atenção do pretor e estabelece os pressupostos para sua eventual coerção.

Como se viu anteriormente, a "interpositio" do pretor mencionada em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1 e em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32 vinculava-se à "coercitio", no entanto, ela não se limitava única e exclusivamente a um ato de coerção sobre a pessoa do árbitro. A intervenção do pretor manifestava-se em um procedimento um pouco mais complexo, pois, apesar de a coerção administrativa operar como seu vetor principal, ela pressupunha, antes, a expedição de um comando ou ordem ao árbitro para que satisfizesse sua função.

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 12: Si Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 12: Se o árbitro arbiter sese celare temperaverit, tentar se esconder, o pretor deve procurá-lo, praetor eum investigare debet, et si diu e se não aparecer por muito tempo, uma non paruerit, multa adversus eum multa contra ele deve ser fixada. dicenda est.

A complexa trama de deveres prescritos ao árbitro poderia transformar a honra de ter sido escolhido como o julgador de uma controvérsia em um ônus estafante, a ponto de criar situações em que o árbitro se esconderia das partes para se furtar do julgamento e de seus encargos⁴⁴⁵. Diante de tal situação, Paulo esclarece que o pretor deveria procurá-lo ("*praetor*" eum investigare debet") e, se não fosse encontrado e permanecesse oculto por muito tempo ("si diu non paruerit"), o pretor poderia aplicar-lhe uma multa ("multa adversus eum dicenda est").

Esse fragmento de Paulo, embora conciso, é crucial para elucidar o regime de responsabilidade do árbitro. Além de ser a única referência textual sobre uma sanção concreta sobre a pessoa do árbitro ("multa"), ele esclarece que a aplicação da "coercitio" dependia, antes, de um procedimento investigativo do magistrado ("investigatio").

A especificidade do caso levou J. PARICIO⁴⁴⁶ a sugerir não se tratar de um princípio geral que pudesse ser estendido amplamente a qualquer caso, uma vez que não se trata de um juiz que não sentencia, mas que foge e evade o seu encargo.

O conteúdo desse fragmento, porém, parece ser apenas um exemplo dado por Paulo para ilustrar um caso de descumprimento do dever de proferir uma sentença dentro do prazo estabelecido pelo compromisso. O texto que lhe antecede no Digesto⁴⁴⁷, por exemplo, trata da possibilidade que o árbitro tinha de exigir a prorrogação do prazo para proferimento da sua sentença, sugerindo que a sanção ("multa"), mencionada em seguida, corresponderia a uma medida punitiva de caráter genérico cabível contra qualquer árbitro que descumprisse com o prazo concedido pelo "compromissum" 448.

⁴⁴⁵ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 135.

⁴⁴⁶ Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., pp. 53-54 e ID., Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'. cit., p. 298.

⁴⁴⁷ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 11.

⁴⁴⁸ N. RAMPAZZO (cf. *Sententiam dicere cogendum esse*. cit., p. 133) defende que a sanção aplicada pelo pretor teria natureza preferencialmente patrimonial, no lugar de uma "deductio in vincula".

Em todo caso, o texto tem a virtude de indicar que – diante do descumprimento do dever de "sententiam dicere" – o pretor não partia imediatamente para a aplicação de sua "coercitio". Diante da inobservância do papel de árbitro assumido no "receptum", o pretor deveria procurar o árbitro ("investigare"), averiguando onde ele se escondia 449.

Paulo deixa claro que não bastava que o árbitro se escondesse para a aplicação da multa; era preciso que – além de se furtar a cumprir o seu encargo – o árbitro permanecesse oculto por um longo período de tempo ("diu").

É possível que, diante dessa contumácia, o pretor ordenasse ao árbitro que aparecesse e retomasse seu papel, decidindo a controvérsia compromissada pelas partes. Se o árbitro se mantivesse oculto ou, por qualquer outro motivo se negasse a proferir a sentença ("vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere" 450), ele estaria desobedecendo um comando do magistrado e, assim, sujeitando-se à sua "coercitio".

Pode-se inferir do fragmento que, não tendo a sentença sido proferida tempestivamente, a coerção sobre o árbitro só teria cabimento após investigação do pretor que elucidasse as causas do descumprimento ao "receptum arbitrii". Ou seja, a aplicação de medidas coercitivas seria apenas um caso de "ultima ratio" 451.

Para K. J. NEUMANN⁴⁵², onde a desobediência fosse notória, não seria necessário averiguá-la mediante um procedimento cognitivo. Enquanto C. A. CANNATA⁴⁵³, por outro lado, ressalva que, quando o remédio prometido pelo pretor não fosse explicitamente previsto no edito - como é o caso da promessa de "coercitio" contra o árbitro - o pretor teria sido sempre livre para concedê-lo "causa cognita", dependendo inteiramente de sua discricionariedade perante as circunstâncias fáticas de cada caso.

No caso do árbitro recalcitrante, isso pode ser constatado no já mencionado fragmento Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 15, em que Ulpiano informa que o pretor deveria "excusationem recipere causa cognita". Apesar da menção referir-se à exoneração do árbitro de seus deveres enquanto julgador, a cognição em questão era a mesma que o pretor realizaria para a imposição da "coercitio", uma vez que - caso o magistrado analisasse a

⁴⁴⁹ K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht.* cit., p. 85.

⁴⁵⁰ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 1.

⁴⁵¹ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 85.

^{452 &#}x27;Coercitio'. cit., c. 202.

⁴⁵³ Profilo istituzionale del processo privato romano. cit., pp. 40-42.

situação e constatasse a ausência de uma "excusatio" legítima - o árbitro permaneceria vinculado pelo "receptum" e poderia sofrer a sanção se insistisse na desobediência ao pretor.

Uma referência à "cognitio" do pretor aparece também em outro fragmento de Ulpiano, no qual ele reproduz uma opinião de Juliano.

Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 4: *Iulianus ait, si* Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 4: Juliano diz infamaverunt litigatores, eum non omnimodo praetorem debere eum excusare, sed causa cognita.

que, se os litigantes difamaram-no [o árbitro], o pretor não deve escusá-lo de qualquer forma, mas com cognição de causa.

Se as partes litigantes houvessem difamado ("infamaverunt") o árbitro, Juliano diz que o pretor não deveria escusá-lo em qualquer situação ("non omnimodo praetorem debere eum excusare"), pois o magistrado deveria liberá-lo do encargo assumido somente após a cognição da causa ("sed causa cognita"). Isto é, não bastaria que o árbitro fosse alvo de uma difamação, pois a escusa estava vinculada à análise do caso concreto.

Caberia ao pretor, caso a caso, analisar as circunstâncias da arbitragem privada para se constatar a legitimidade da escusa, eventualmente alegada pelo árbitro, a fim de liberá-lo do "receptum", ou, em sentido contrário, coagi-lo a cumprir seu papel.

A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁴⁵⁴, apoiado em Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 6, acredita que a intervenção do pretor na arbitragem compromissária ocorreria mais de oficio que a pedido das partes.

indistincte scribit: si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est, vel de ea re, de qua publicum iudicium sit

Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 6: Iulianus Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 6: Juliano, indistintamente, escreve: se por erro é levado ao árbitro um delito infamante, ou outra coisa da qual seja constituído um constitutum, veluti de adulteriis sicariis et juízo público, como adultério, homicídio e semelhantes, o pretor deve vetar de

⁴⁵⁴ La deuda histórica del arbitraje moderno. cit., p. 133.

similibus, vetare debet praetor sententiam pronunciar a sentença e não dar execução dicere nec dare dictae exsecutionem. dicere nec dare dictae exsecutionem.

No fragmento, Juliano – cuja opinião é transmitida por Paulo – afirma que o pretor deveria vetar o pronunciamento de uma decisão arbitral ("vetare debet praetor sententiam dicere") ou de impedir que ela seja cumprida ("nec dare dictae exsecutionem"), caso a arbitragem tratasse de matérias como os delitos infamantes, adultério, homicídio ou outra causa semelhante.

O teor da opinião de Juliano insere-se numa longa cadeia de fragmentos de Paulo⁴⁵⁵, na qual o jurisconsulto preocupa-se em traçar os limites da intervenção do pretor, distinguindo as circunstâncias em que o magistrado estaria impedido de exercer sua coerção e as circunstâncias em que ele poderia coagir o árbitro a cumprir seu dever⁴⁵⁶.

Em geral, Paulo preocupa-se com a legitimidade daquele que vier a assumir o papel de árbitro ou com a validade do compromisso celebrado pelas partes. O texto de Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 6 refere-se a este último ponto. Nele, Juliano exclui do escopo de aplicação do compromisso as controvérsias que oferecessem, por sua própria natureza, limites à liberdade negocial das partes⁴⁵⁷. E, ao fazê-lo, sugere que o pretor interviria oficiosamente na arbitragem para proibir o proferimento da decisão ("*vetare debet praetor*").

Como regra geral, L. WENGER⁴⁵⁸ acreditava que a atuação sancionatória aconteceria apenas a requerimento das partes, mas – também apoiado em Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 6 – ele admitia a possibilidade de uma intervenção de ofício destinada a proibir o árbitro a julgar, caso houvesse algum obstáculo ao adequando cumprimento do compromisso.

É mesmo possível que o pretor pudesse intervir por conta própria nos casos em que ele acreditasse haver relevante interesse, pois – como se vê em Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3, 1 –

- -

⁴⁵⁵ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32 pr.-21

⁴⁵⁶ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. 1, cit., c. 990, n. 251)

⁴⁵⁷ G. BUGLIANI, Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano. cit., p. 384.

⁴⁵⁸ Receptum arbitri, in PWRE IA, 1 (1914), c. 361. Essa opinião é igualmente compartilhada por P. FREZZA (cf. Receptum, in NNDI 14 (1980), p. 1026). Segundo K.-H. ZIEGLER (cf. Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 86), apesar de Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 6 aparentar uma exceção em que a intervenção do pretor dava-se aparentemente de ofício e sem a requisição pelas partes, a coerção contra o árbitro teria normalmente sido aplicada apenas após um pedido de uma ou de ambas as partes, uma vez que estaria à disposição do pretor a possibilidade de encerrar – direta ou indiretamente – o procedimento arbitral (cf. Paul. 13 ad ed. 4, 8, 32, 5 e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 5 e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11 pr.). Ademais, a ideia de um pedido oriundo das partes não é de todo desconhecida das fontes; em Ulp 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 4, temse um relato de um caso em que as partes interpelam o árbitro para julgar a controvérsia.

o "receptum arbitrii" assumia juridicidade quando o magistrado "ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat", isto é, quando julgasse que a matéria lhe interessasse⁴⁵⁹.

Isso talvez explicaria a atuação oficiosa do pretor em Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 6, uma vez que seu conteúdo estava intimamente atrelado à arbitragem sobre matéria de "ordem pública", o que muito provavelmente interessaria ao pretor – enquanto agente responsável pela manutenção da ordem –, a ponto de intervir e suspender a condução do julgamento.

No entanto, a tese de que a atuação do pretor se dava preponderantemente de ofício não parece de todo correta. O controle externo do pretor sobre a efetividade da arbitragem funcionava mediante um intrincado esquema de impulsos e freios, constituindo-se como a ingerência pública na atuação privada de solução de conflitos. Se no processo ordinário, o papel exercido pelo pretor seria inerente ao próprio desenrolar do procedimento, operando como o preâmbulo de toda a atividade que viria a ser exercida, no procedimento arbitral, por outro lado, a autoridade do pretor era apenas incidental e não participava do desenvolvimento normal do procedimento⁴⁶⁰.

O modo como os fragmentos do título "*de receptis*" são redigidos e a forma pela qual os juristas romanos abordam a questão sugerem que o pretor estaria numa posição de contínua vigilância sobre a conduta do árbitro, interferindo quando constatasse a necessidade para tanto⁴⁶¹. Essa percepção, no entanto, seria mera consequência da atuação dos juristas romanos, que pautavam o momento de intervenção pretoriana como prisma de seus estudos, o que sugeriria ser algo muito mais corriqueiro que a realidade⁴⁶².

Como já se mencionou anteriormente, os magistrados superiores não dispunham dos recursos necessários para atuarem ostensivamente na manutenção da ordem e dependiam em grande parte da colaboração dos próprios cidadãos, de forma que seria mais provável o exercício da "coercitio" contra o árbitro mediante provocação da parte.

E essa parece ser a posição mais próxima das fontes. Como o próprio Paulo estabelece em Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 3 – um texto pertencente à mesma cadeia de Paul.

113

⁴⁵⁹ Tal como sugerido por Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3, 1, G. CRIFÒ (cf. *Arbitrato*. cit., p. 893) sustentava que o pretor exerceria um estrito controle sobre o procedimento arbitral, a fim de conferir juridicidade a seus elementos. Nesse sentido, cf. L. WENGER, *Receptum arbitri*, in PWRE IA, 1 (1914), c. 361.

⁴⁶⁰ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 137.

⁴⁶¹ J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. cit., pp. 41-42. O conteúdo de Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 6 é muito sugestivo dessa abordagem.

⁴⁶² J. PARICIO, Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., pp. 41-42

13 ad ed. D. 4, 8, 32, 6 – era crucial que o pretor não interviesse ("Summa rei est, ut praetor se non interponat"), mesmo que o compromisso tivesse deixado de existir, fosse nulo ou que a pena não fosse exigível⁴⁶³.

Na realidade, as fontes não trazem nenhum relato explícito do procedimento para exercício da "*interpositio*" do pretor e responsabilidade do árbitro, porém, o "*investigare*" em Paul. 13 *ad* ed. D. 4, 8, 32, 12 sugere que o pretor – assim que tomasse conhecimento sobre a situação – mandaria buscar o árbitro para ouvir suas razões e, posteriormente, a depender de seu juízo, ordenaria que seguisse com o seu dever, cominando-lhe uma sanção conforme sua promessa edital⁴⁶⁴.

Consequentemente, a "coercitio" do pretor só se manifestava nas situações patológicas da relação arbitral, ocorrendo em casos de carência de competência, inércia, ineficiência ou desobediência do árbitro⁴⁶⁵. Em geral, são questões estranhas ao mérito, mas preliminares ou funcionais ao regulamento do curso adequado do procedimento⁴⁶⁶.

3.3. Manifestações concretas da coerção

A coerção sobre o árbitro teria se provado – na opinião de K.-H. ZIEGLER⁴⁶⁷ – um meio surpreendentemente versátil e elástico de assegurar a efetividade da arbitragem privada, uma vez que ela era dirigida a corrigir a desobediência do árbitro, dobrar sua vontade e induzi-lo a proferir a respectiva sentença ("sententiam dicere"). Essa indução seria obtida mediante uma sanção indireta, a partir da aplicação de instrumentos coercitivos concretos, conforme os requisitos exigidos pelo edito do pretor⁴⁶⁸.

A escolha do instrumento, porém, dependia do arbítrio do magistrado, a quem também cabia a determinação da desobediência no caso concreto. Esse exercício não estava

⁴⁶³ Como aponta J. Paricio (cf. *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. cit., p. 42), a contínua supervisão do pretor sobre o árbitro contraditaria o propósito da arbitragem de eludir a jurisdição ordinária. E, enquanto Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 3 seja o texto mais paradigmático nesse sentido, esse distanciamento entre pretor e árbitro parece ser também mencionado por Labeão em Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 19 pr., quando o jurista diz que não competia ao pretor qual deveria ser o conteúdo da decisão proferida pelo árbitro, contanto que a sentença fosse pronunciada conforme seu próprio parecer ("*Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere Labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur*").

⁴⁶⁴ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 133.

⁴⁶⁵ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 86.

⁴⁶⁶ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., pp. 137-138.

⁴⁶⁷ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 90.

⁴⁶⁸ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 4.

sujeito a nenhum critério específico, pois, como esclarece T. MOMMSEN⁴⁶⁹, mesmo após a instauração da "*provocatio*" e das "*quaestiones*" a coerção do magistrado teria mantido seu caráter arbitrário primitivo. Por sinal, a fixação prévia e abstrata da sanção concreta, como fruto do direito positivo, teria sido sempre considerada uma contradição à essência da "*coercitio*"⁴⁷⁰.

A promessa edital do pretor – enquanto um programa normativo de sua intervenção – não especificava a forma que a coerção do pretor deveria tomar, de modo que, para se conhecer os instrumentos concretos de responsabilidade do árbitro, seria preciso buscá-los casuisticamente nas fontes ou mesmo deduzi-los do regime geral da "coercitio".

Além do caso do árbitro, existem outros registros de uma promessa edital fundada em um ato de coerção destinada a compelir alguém a fazer algo, como no caso do "iusiurandum" do "procurator" e da "satisdatio" Porém, os fragmentos correlatos a esses temas não apresentam nenhum indício concreto sobre o tipo de coerção aplicado pelo em cada caso 474.

Em relação ao árbitro, apesar das diversas menções à coerção no título "de receptis", tratam-se quase sempre de referências genéricas ao poder coercitivo do pretor⁴⁷⁵. Há, contudo, um único fragmento no qual se encontra uma referência ao possível conteúdo que a "coercitio" poderia assumir na arbitragem privada: o já analisado texto de Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 12 aponta explicitamente à possibilidade de se aplicar uma "multa" ("multae dictio") contra o árbitro recalcitrante.

Aquele fragmento compõe uma exposição mais ampla de Paulo acerca do descumprimento do árbitro em proferir sua sentença dentro do prazo estabelecido pelo compromisso. Não obstante, ele apresenta uma situação concreta em que o árbitro deixa de sentenciar a disputa, porque se escondera das partes. O fragmento reporta a possibilidade

⁴⁶⁹ T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*. cit., p. 170.

⁴⁷⁰ W. SELB, Das prätorisches Edikt. cit., 1986, p. 265.

⁴⁷¹ Em Ulp. 26 *ad ed*. D. 12, 2, 34, 6, tem-se notícia de que a promessa edital do pretor sobre o juramento era: "*Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam*", que se poderia traduzir como "Aquele, a quem é pedido o juramento, coagirei a pagar ou a jurar". Seu conteúdo é também confirmado por Aulo Gélio (*Noc. At.*, 10, 15, 31).

⁴⁷² Ulp. 8 ad ed. D. 3, 3, 8, 3, onde se lê: "Procuratorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solvi exposuit", praetor ait, "iudicium accipere cogam" [...].

⁴⁷³ A menção ao "cogere" do pretor na "satisdatio" ocorre apenas no título D. 2, 8: "Qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur".

⁴⁷⁴ W. SELB, *Das prätorisches Edikt*. cit., 1986, p. 265.

⁴⁷⁵ Em geral, tratam-se de fragmentos que apontam simplesmente ao "*cogere*" do magistrado sobre o árbitro, sem qualquer ulterior concretização. Sobre essas menções, cf. acima, Cap. 3.2

que o pretor tinha de aplicar-lhe uma multa ("multa adversus eum dicenda est"), caso o árbitro não fosse encontrado e permanecesse oculto por muito tempo ("si diu non paruerit").

Enquanto manifestação do poder de polícia, o exercício da "coercitio" poderia ser dividido – segundo A. DE DOMINICIS⁴⁷⁶ – em duas espécies distintas, conforme a sanção assumisse caráter corporal ou patrimonial. Nesta última categoria, a "multae dictio", isto é, a imposição de uma punição pecuniária ao cidadão, corresponderia ao mais antigo instrumento coercitivo à disposição do pretor⁴⁷⁷.

Não só pelo fato de se tratar de uma expressão típica da coerção do magistrado⁴⁷⁸, mas a sua expressa menção nas fontes sugere que a multa também fosse um instrumento ocasionalmente usado para compelir o árbitro a satisfazer seu encargo ou, em último caso, para o responsabilizar por sua recalcitrância. Não obstante, os magistrados tinham à sua disposição outros instrumentos; o que poderia sugerir a possibilidade de o árbitro estar submetido a gama ampla de possíveis ferramentas coercitivas.

De fato, é possível que fossem usados outros instrumentos sancionatórios contra o árbitro, sobretudo porque a terminologia empregada no edito era ampla o suficiente para que o pretor fosse além da simples multa⁴⁷⁹.

Nesse sentido, no final do século XIX, A. PERNICE⁴⁸⁰ sugeriu que, além da multa, o pretor poderia coagir o árbitro mediante a "*pignoris capio*". Apesar de não indicar uma fonte plausível para sua afirmação⁴⁸¹, sua sugestão parece ter sido adotada por O. LENEL⁴⁸², o qual, posteriormente, teria influenciado o restante da romanística moderna⁴⁸³.

Coercitio. Cit., p. 423.

477 G. LONGO, *Multa*, in EI 18 (1934), c. 18. A multa aplicada pelo pretor poderia ser imposta em favor do "aerarium" ou de alguns templos ("in sacrum indicare"), como o templo de Ceres (cf. K. J. NEUMANN, 'Coercitio'. cit., c. 203), e seu valor estava sujeito à livre avaliação do magistrado (cf. T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*. cit., p. 181). A lei poderia, porém, estabelecer limites à sua cominação (cf. Festo, *De verb. Significatu*, v. *Multam*. Cf. M. L. Ruy, *De verborum significatu* – *Análise e tradução*, Vol. 1, São Paulo, Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, 2012, p. 332).

⁴⁷⁶ 'Coercitio'. cit., p. 423.

⁴⁷⁸ A. DE DOMINICIS, 'Coercitio'. cit., p. 423.

⁴⁷⁹ J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. cit., p. 55.

⁴⁸⁰ Diz o autor: "der Prätor nötigt ihn [o árbitro] dazu durch ausserordentliche Mittel (Multierung, pignoris capio)". cf. ID., Labeo – Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. cit., p. 447.

⁴⁸¹ A. PERNICE cita os seguintes fragmentos como base de sua alegação: Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 3, 1; Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 13, 2; Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 12; Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 15 e Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 20. Salvo por Paul. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 32, 12, nenhum desses menciona o uso da "*pignoris capio*" por parte do pretor nem de outro instrumento de coerção.

⁴⁸² Das edictum perpetuum. cit., p. 131.

⁴⁸³ Alguns autores que aceitam a proposta de A. Pernice e O. Lenel são: K. J. Neumann, 'Coercitio'. cit., c. 203; L. Wenger, Receptum arbitri. cit., c. 361; G. Crifò, Arbitrato (diritto romano). cit., p. 895; K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 85; P. Frezza, Receptum. cit., p. 1026; W. Selb, Das prätorisches Edikt. cit., 1986, p. 265; C. Gutiérrez García, Notas sobre el arbiter

A "pignoris capio" consistia na apreensão de uma coisa pertencente ao indivíduo desobediente e, em geral, resultando na sua posterior destruição⁴⁸⁴; sendo possivelmente usado em concorrência com a multa⁴⁸⁵.

Malgrado a sugestão de A. PERNICE, a "pignoris capio" como instrumento de sanção ao árbitro não aparece mencionada nenhuma vez nas fontes sobre a matéria. Por sua parte, K.-H. ZIEGLER⁴⁸⁶ e N. RAMPAZZO⁴⁸⁷ sugerem que pudesse ser estendida à arbitragem mediante a aplicação dos princípios gerais da "coercitio" do pretor, uma vez que essa figura aparece usada em outras situações.

Ulp. 24 ad ed. D. 25, 4, 1, 3: Quid ergo, si non responderit aut non veniat ad praetorem? Numquid senatus consulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? Sed finge non esse eo contentum maritum, qui se patrem potius optet quam carere filio velit. Cogenda igitur erit remediis praetoris et in ius venire, si venit, respondere: pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel multis coercenda.

Ulp. 24 ad ed. D. 25, 4, 1, 3: O que então, se não tiver respondido ou não venha <perante> o pretor? Talvez a pena do senatusconsulto aplicamos, isto é, que possa o marido não reconhecer <o filho>? Mas imagine que o marido não esteja contente com isso, que opte ser pai antes de querer ser privado do filho. Deve ser coagida <a mulher>, então, com os remédios do pretor ou para> "in ius venire" ou, se vem, <para> responder: se recusar, devem <seus bens> ser tomados em penhor e vendidos ou coagida com multa.

O fragmento acima lida com o problema da mulher grávida que é convocada pelo pretor, mediante requerimento do homem, a apresentar-se e esclarecer se está ou não

117

romano y su posible relación com el iudex, in Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho 6 (1991), p. 142; G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., p. 237; M. KASER e K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht. cit., p. 639;

 ⁴⁸⁴ Cf. Gai. 4, 26-29.
 485 C. A. BÖTTCHER, *História da magistratura*. cit., pp. 122-123 e T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*. cit., pp. 183

p. 183. 486 Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 7, n. 7.

⁴⁸⁷ Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 156, n. 36.

grávida⁴⁸⁸, mas não comparece ao interrogatório. Ulpiano pergunta se deve ou não ser concedida a pena do senatusconsulto para que se permita ao marido o direito de não reconhecer a criança. Ele conclui que a mulher deverá ser compelida pelos remédios do pretor a comparecer e responder ao interrogatório. Se ela novamente se recusar, estaria sujeita à aplicação da "pignoris capio" ou de uma "multa".

Tratando-se de um caso de aplicação de "pignoris capio" ou "multa" por conta de um indivíduo privado que descumpre a ordem do pretor, é possível pensar na extensão das mesmas consequências ao caso do árbitro recalcitrante, pois também se refere ao exercício da "coercitio" pretoriana⁴⁸⁹.

De qualquer maneira, é possível concordar com J. PARICIO⁴⁹⁰ quando diz que a ausência de testemunhos concretos nas fontes sobre a questão da responsabilidade do árbitro sugeriria que ela pouco interessaria aos jurisconsultos romanos, mais preocupados em indicar ao pretor as linhas gerais de sua atuação.

3.4. Paralelos entre "arbiter ex compromisso" e "iudex"

Mesmo quando usado para nomear o sujeito instituído como julgador de uma causa, o termo "arbiter" não era unívoco. Ele era usado para identificar figuras diferentes, pertencentes a instrumentos jurídicos díspares e, em alguns casos, com funções distintas⁴⁹¹.

Na terminologia processual romana, havia dois termos para designar aquele indivíduo privado encarregado de decidir a controvérsia com sua sentença: "iudex" e "arbiter". A mais antiga menção ao "arbiter" encontra-se no texto da Lei das XII Tábuas, em referência à "legis actio per iudicis arbiterve postulationem" aplicável a débitos oriundos de "stipulationes", processos divisórios de heranças e condomínios⁴⁹³.

Essa "legis actio" teria sido introduzida para dar conta daqueles conflitos que não se davam necessariamente por meio de argumentos contraditórios e cuja solução não poderia

⁴⁸⁸ Ulp. 24 ad ed. D. 25, 4, 1, 1 e Ulp. 24 ad ed. D. 25, 4, 1, 2.

⁴⁸⁹ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 156, n. 36.

⁴⁹⁰ Los arbitrajes privados en la Roma clásica. cit., p. 55.

⁴⁹¹ G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano. cit., pp. 30-31.

⁴⁹² A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La deuda histórica del arbitraje moderno*. cit., p. 126.

⁴⁹³ Gai. 4, 17a. Na opinião de B. ALBANESE (cf. *Il processo privato romano dele 'legis actiones'*, Palermo, Palumbo, 1987, p. 104) é possível que essa "*legis actio*" tenha sido aplicada – durante o período republicano posterior – também a créditos oriundos de mútuo não formais e a casos de "*indebiti solutio*".

ser alcançada pela "*legis actio sacramenti*", Assim, fazia-se necessário nomear um árbitro para decidir aqueles casos nos quais a composição de interesses demandava uma atuação em sua quantificação e delimitação, a partir de conhecimentos técnicos⁴⁹⁵.

Como uma atuação mais maleável por parte do julgador acabou se tornando cada vez mais requerida e demandada no processo ordinário, a separação entre "iudex" e "arbiter" foi paulatinamente desaparecendo, de forma que um foi praticamente absorvido pelo outro⁴⁹⁶. Consequentemente, não se distinguia a figura do "iudex" daquela do "arbiter"; sendo que a jurisprudência romana – sobretudo no direito clássico – usava as palavras de forma intercambiável⁴⁹⁷. No processo ordinário, portanto, o "arbiter" torna-se apenas um nome especial para um "iudex" cujo processo lhe dava maior discricionariedade que o "strictum iudicium", 498.

Diante disso, vale destacar uma informação de Juliano de que não apenas a nomenclatura e o conteúdo do encargo arbitral, mas também a sanção aplicada pelo magistrado era substancialmente compartilhada pelo "*iudex*" do processo ordinário.

Jul. 5 dig. D. 5, 1, 74 pr.: De qua re Jul. 5 dig. D. 5, 1, 74 pr.: Sobre a causa cognoverit iudex, pronuntiare quoque que o juiz tenha conhecido, também será cogendus erit. coagido a proferir <a sentença>.

O curto fragmento de Juliano sintetiza o pronunciamento da sentença como o dever essencial do juiz⁴⁹⁹, de modo que – caso uma controvérsia tenha sido submetida à sua cognição – o juiz ficaria vinculado a decidi-la a ponto de também estar sujeito ao poder

⁴⁹⁴ B. Albanese, *Il processo privato romano dele 'legis actiones'*. cit., pp. 105-109.

⁴⁹⁵ C. A. BÖTTCHER, *Iudicet iudicarve iubeat. cit.*, pp. 171-174. A concepção do "arbiter", que remonta à "legis actio per iudicis arbiterve postulationem", estava, pois, vinculada à decisão de casos em que a solução não dependia da averiguação alternativa de existência ou inexistência de um direito, mas estava relacionada a uma questão de compartilhamento de um bem ("sharing") (cf. F. DE ZULUETA, *The institutes of Gaius – Part II – Commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 239).

⁴⁹⁶ C. A. BÖTTCHER, *Iudicet iudicarve iubeat.* cit., p. 170, n. 526.

⁴⁹⁷ Característico desse fato é definição de Festo sobre o "arbiter" (Fest. De verb. sig., v. arbiter): "dicitur iudex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem" ("diz-se o juiz que possua decisão e poder sobre todas as coisas"; cf. M. L. RUY, De verborum significatu. cit., p. 69). Cf. também D. ROEBUCK, Bricks without straw – arbitration in roman Britain, in Arbitration International 23 (2007), p. 150.

⁴⁹⁸ Interessante a consideração de F. DE ZULUETA (cf. *The institutes of Gaius*. cit., p. 225), segundo quem: "*Not every 'iudex' was an 'arbiter'*, *but every 'arbiter' was a 'iudex' and properly described by such*".

⁴⁹⁹ J. PARICIO – I. CREMADES, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico*, in AHDE 54 (1984), p. 181.

coercitivo do pretor ("quoque cogendus erit"); pois, como esclarecem M. KASER - K. HACKL⁵⁰⁰, tratava-se de um "munus publicum" exercido pelo julgador, do qual o juiz – tal como o árbitro⁵⁰¹ – só se exoneraria em situações excepcionais, como quando fosse detentor de maior ou igual "imperium" que o pretor⁵⁰².

Assim, o pronunciamento da sentença cumpria uma função tão essencial na atividade do "iudex", que o papel desempenhado pelo julgador se esgotava tão logo a decisão fosse proferida e independentemente da qualidade substancial que pudesse apresentar.

posteaquam semel sententiam dixit, juiz definitivamente proferiu a sentença, postea iudex esse desinit: et hoc iure ele cessa de ser juiz: e este direito é utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est.

Ulp. 51 ad Sab. D. 42, 1, 55: Iudex Ulp. 51 ad Sab. D. 42, 1, 55: Depois que o empregado, de modo que o juiz, uma vez que condenou ou a mais ou a menos, não pode corrigir a sua sentença; pois bem ou mal seu oficio é extinto.

Ulpiano é categórico ao afirmar que, ao proferir a sentença, o juiz deparava-se com a extinção de seu encargo. Esse esgotamento do ofício ocorria mesmo se o "iudex" houvesse se desviado dos limites impostos pela fórmula, pois seria impossível corrigir qualquer erro cometido pelo julgador na decisão ("corrigere sententiam suam non possit")⁵⁰³.

A essencialidade do pronunciamento da sentença estava igualmente presente no papel exercido pelo árbitro, pois – como já se viu na lição de Pédio registrada em Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 2 – o oficio do "arbiter ex compromisso" dirigia-se substancialmente ao ato de "sententiam dicere".

⁵⁰² Paul. 13 ad Sab. D. 5, 1, 58 e Ulp. 23 ad ed. D. 50, 5, 13, 2; cf. K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 85 e n. 187 e A. MAGDELAIN, Le consensualisme dans l'édit du préteur. cit., pp. 157-158.

⁵⁰⁰ Das römische Zivilprozessrecht. cit., p. 196, n. 37; T. GIMÉNEZ-CANDELA, Los llamados cuasidelitos, Madrid, Trivium, 1990, p. 9

⁵⁰¹ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3, 3 e Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 4.

⁵⁰³ A impossibilidade de correção da sentença e exaurimento do encargo de julgador não significavam que, independentemente da sua decisão, o "iudex" fosse isento de responsabilidade caso tivesse violado a fórmula, como se pode ver pelo fragmento Gai, 4, 52.

A jurisprudência clássica foi profícua em reconhecer as semelhanças entre as duas figuras, tanto é que o título "de receptis" é introduzido pelo fragmento no qual Ulpiano atesta que o "compromissum" era "ad similitudinem iudiciorum redigitur" ⁵⁰⁴. Essa atividade analógica dos juristas permitiu que as regras aplicáveis ao processo ordinário pudessem ser empregadas na atenuação das incompletudes normativas da arbitragem. Havia, portanto, para além do pronunciamento da sentença, outros atributos compartilhados entre arbitragem "ex compromisso" e "iudicium" ordinário.

A aplicação analógica de regimes ocorre principalmente em relação à pessoa do árbitro. A título de exemplo, pode-se apontar Cal. 1 *ed. monit*. D. 4, 8, 41, em que Calístrato reflete sobre a possibilidade de um menor de vinte anos ser nomeado árbitro de uma controvérsia. O jurisconsulto conclui que o menor não poderia assumir o encargo de "*arbiter*" e, por consequência, a sentença que ele viesse a proferir poderia ser livremente desrespeitada, sem risco de se submeter à pena prometida.

A conclusão recorre ao impedimento imposto pela "Lex Iulia" aos menores de vinte anos de ocuparem o cargo de "iudex" em um processo ordinário, pois, se o fizessem, não poderiam ser constrangidos a decidir a matéria. Calístrato traça um paralelo com o papel exercício pelo "arbiter", estendendo-lhe aquela proibição e atestando: "nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere".

Fragmentos como esse indicam que a jurisprudência clássica poderia recorrer ao regramento mais completo do "*iudicium*", a fim de colmatar as possíveis lacunas e suprir as deficiências normativas da arbitragem privada e, assim, oferecer soluções a alguns dos problemas concretos apresentados pelo procedimento arbitral.

E, ainda que não seja possível estabelecer uma perfeita identidade entre "arbitrium ex compromisso" e a atividade do "iudex" ou "arbiter" do processo ordinário, a existência de elementos comuns entre as duas figuras sugere que não teria sido improvável a aplicação analógica de outras regras e procedimentos de uma figura à outra⁵⁰⁵; sendo igualmente possível imaginar um compartilhamento de regimes em relação à responsabilidade e à sanção jurídica incidentes sobre a pessoa do julgador.

Como o "*iudex*" e "*arbiter*" estavam ambos sujeitos ao poder coercitivo do pretor e cumpriam virtualmente o mesmo tipo de função, não seria de todo arriscado supor –

⁵⁰⁴ Ulp. 13 *ad ed*. D. 4, 8, 1 e cf. Cap. 3.1 e 3.2.

⁵⁰⁵ D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration*. cit., p. 96.

conforme fizeram alguns autores modernos⁵⁰⁶ – que o "arbiter ex compromisso" também estivesse submetido às consequências do "litem suam facere", expressão empregada para indicar a responsabilidade civil do juiz ou do árbitro ordinário, mas cujo sentido é, em grande parte, incerto, já que nenhuma fonte esclarece categoricamente o seu significado⁵⁰⁷.

3.5. O "iudex qui litem suam fecit"

V. ARANGIO-RUIZ⁵⁰⁸ sugeria que, no período arcaico, o sentido original da expressão "litem suam facere" talvez estivesse vinculado à apropriação indébita da coisa litigiosa pelo juiz; o que aconteceria quando ele fosse o responsável por manter consigo o objeto da controvérsia e o devesse entregar, ao final do processo, ao vencedor da demanda.

Essa hipótese é bastante sugestiva, sobretudo se considerado que o termo "lis" era empregado nas fontes romanas para denominar não apenas a "actio" levada a juízo ou a disputa judicial⁵⁰⁹, mas também para indicar o objeto desse litígio⁵¹⁰.

No entanto, ainda que a hipótese de V. ARANGIO-RUIZ conte com alguns seguidores⁵¹¹, não encontra muito apoio nas fontes e – em grande parte – trata-se de uma especulação⁵¹². Ademais, como apontam H. HEUMANN – E. SECKEL⁵¹³, a ideia da "*lis*" como

⁵⁰⁶ J. Paricio, *Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'*. cit., pp. 299-300; A. D'Ors, *El arbitraje jurídico*. cit., pp. 279-280; Id., *Derecho Privado Romano*. cit., p. 187 e n. 2; C. Gutiérrez García, *Receptum arbitrii*. cit., pp. 154-155; N. Rampazzo, *Sententiam dicere cogendum esse*. cit., p. 161.

⁵⁰⁷ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere', in BIDR 91 (1988), p. 1.

⁵⁰⁸ Istituzioni di diritto romano, 14^a Ed., Napoli, Jovene, 1960, pp. 377-378.

⁵⁰⁹ Ulp. 23 ad ed. D. 50, 16, 36.

⁵¹⁰ A. BERGER, v. Lis, in ID., Encyclopedic dictionary of roman law. cit., p. 565.

⁵¹¹ A tese de V. Arangio-Ruiz teve alguma recepção entre alguns autores como J. Paricio – I. Cremades, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico*. cit., pp. 185-186); A. Burdese, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, in AAVV., *Diritto e processo nella esperienza romana – Atti del seminário torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, Jovene, 1994, pp. 160-161) e M. Giusto, *Per una storia del 'litem suam facere'*, in SDHI 71 (2005), p. 457 e n. 4 e p. 469. Este último autor, por sinal, sugere que a sanção do direito arcaico aplicável ao "*iudex*" que se apropriasse da coisa litigiosa, tomando-a para si, corresponderia àquela aplicável aos casos de furto (cf. Tab. VIII, 14 [Gell., *Noc. At.*, 11, 18, 8]).

⁵¹² Como adverte F. DE MARTINO (cf. 'Litem suam facere'. cit., pp. 2-3), investigar os elementos originários dessa figura "è come addentrarsi nelle tenebre", haja vista a escassez de fontes que permitam qualquer conclusão segura sobre a matéria. Cf. também J. PARICIO – I. CREMADES, La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. cit., p. 186 e, principalmente, R. SCEVOLA, La responsabilità del 'iudex privatus', Milano, Giuffrè, 2004, pp. 198-203.

⁵¹³ Com ampla referência às fontes, cf. v. *Lis*, in ID., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. cit., p. 318; W. STEINMANN, v. *lis*, in TLL, Vol. 7, Sec. 2, cc. 1496-1501; H. DIRKSEN, v. *Lis*, in ID., *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum*. cit., pp. 546-547; E. FORCELLINI, v. *lis*, in ID., *Lexicon totius latinitatis*, Vol. 3, cit., p. 98.

objeto do litígio estava muito mais relacionada ao interesse das partes sob julgamento que à coisa material propriamente dita.

De qualquer forma, a sugestão de que o "litem suam facere" implicasse uma apropriação do litígio por parte do juiz não é de todo incompatível com a ideia de uma lide imaterial, ou seja, da lide como contraposição de interesses⁵¹⁴. Nesse sentido, alguns autores defendem que a expressão indicaria o ilícito cometido pelo "iudex" que se envolvesse pessoalmente na controvérsia que deveria julgar⁵¹⁵; isto é, indicaria a parcialidade do juiz que se apropriava dos interesses sob litígio, a fim de beneficiar uma das partes.

Nesse mesmo sentido, P. BIRKS⁵¹⁶ defende que a expressão latina deveria conter – até certo ponto – a própria definição da conduta do julgador. Por essa razão, ele sustenta que o "litem suam facere" estivesse relacionado ao comportamento parcial do "iudex" e aponta a uma passagem em "De oratore", na qual Cícero faz uso da mesma expressão ("litem tuam facias") para indicar aquele advogado que se envolve pessoalmente no caso e prejudica o seu cliente.

pro altero dicas, litem tuam facias aut afferare iracumdia. causam relinguias, nihilne noceas? [...]

Cic. De oratore, 2, 305: [...] Quid, si cum Cic. De oratore, 2, 305: [...] O que, se quando falas por outrem, fazes tua a lide ou, ofendido, alegas com ira e abandonas a causa, não causas prejuízo? [...]

Esse trecho insere-se em uma passagem mais extensa, na qual Cícero exemplifica algumas posturas que o orador, sobretudo o advogado, teria de evitar para não prejudicar sua

⁵¹⁴ Como bem notam J. PARICIO – I. CREMADES, (cf. La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. cit., p. 186), apesar a sugestão de V. ARANGIO-RUIZ acerca da apropriação da coisa litigiosa pelo "iudex" não seria incompatível com sentido da expressão "litem suam facere", pois "es verdad que el juez que no da sentencia retiene el litigio (la cosa litigiosa) y se lo apropria".

⁵¹⁵ P. STEIN, The nature of quasi-delictual obligations in roman law, in RIDA 5 (1958), p. 564; D. PUGSLEY, 'Litem suam facere', in Irish Jurist 4 (1969), pp. 351 e 354; P. BIRKS, The problem of quasi-delict, in Current Legal Problems 22 (1969), p. 167; G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate, in ANRW II.14 (1982), pp. 14-15; R. ZIMMERMANN, The law of obligations. cit., p. 16, n. 87; O. ROBINSON, Justinian and the compilers' view of the iudex qui litem suam fecerit, in H.-G. KNOTHE – J. KOHLER, Status familiae – Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag, München, Beck, 2001, pp. 389-390; A. SANTOS JUSTO, Direito privado romano – II – Direito das obrigações, 3ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 137-138 e n. 4; E. DESCHEEMAEKER, Obligations quasi ex delicto and strict liability in roman law, in JLH 31 (2010), p. 12.

⁵¹⁶ The problem of quasi-delict. cit., p. 167. O trecho também é considerado como significativo no esclarecimento do sentido da expressão "litem suam facere" por A. WATSON (cf. The law of obligations in the later roman republic, Oxford, Clarendon Press, 1965, p. 270).

argumentação ou a causa que ele deveria estar defendendo. O fragmento corresponde a uma pergunta retórica dirigida ao interlocutor, na qual o autor questiona se o advogado não estaria causando um prejuízo à sua demanda, quando – ao se pronunciar em defesa de seu cliente – faz sua a lide e, ofendido pelo adversário, perde de vista a causa e parte ao ataque contra o adversário.

A obra de Cícero não esclarece o que se poderia compreender por "litem tuam facere", mas o contexto vincula a expressão a uma atitude parcial do advogado, o que poderia ser visto principalmente na aproximação do "litem suam facere" com a conduta de abandono da causa ("causam relinquere") cometida pelo orador, após a parte contrária tê-lo atacado pessoalmente⁵¹⁷.

A tecnicidade da locução, tal como apresentada por Cícero, não é pacífica. Alguns autores como D. PUGSLEY⁵¹⁸ e A. D'ORS⁵¹⁹ rejeitam que essa passagem comprovasse a equivalência de "*litem suam facere*" com a ideia de parcialidade no julgamento. O ponto crucial dessa perspectiva estaria justamente no fato de Cícero abordar a efetividade retórica de um advogado e não o regime de responsabilidade do "*iudex*", o que tornaria improvável que o mesmo significado pudesse ser transferido ao contexto do juiz.

Além do mais, as fontes jurídicas clássicas parecem sugerir que o "*litem suam facere*" não estaria relacionado à parcialidade do julgador, mas, sim, às consequências processuais às quais o "*iudex*" estaria submetido caso violasse os seus deveres⁵²⁰.

Nesse sentido, A. BURDESE⁵²¹ sugere uma possível e esporádica utilização de expressões nascidas no âmbito jurídico e, posteriormente, transportadas para o âmbito literário, onde teriam assumido um significado substancialmente diferente do original. No caso do "litem suam facere", a sua transposição para o campo literário o teria afastado de

⁵¹⁷ F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti*, Bologna, Bononia University Press, 2010, p. 52.

⁵¹⁸ Vale ressaltar, porém, que, apesar de discordar do uso técnico da expressão em Cícero, D. PUGSLEY (cf. '*Litem suam facere*'. cit., p. 354) defende a correspondência da expressão '*litem suam facere*" com algum tipo de comportamento do juiz.

⁵¹⁹ 'Litem suam facere', in SDHI 48 (1982), p. 371. A opinião de A. D'ORS é igualmente compartilhada por F. MATTIOLI (cf. Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitt. cit., p. 53, n. 74). ⁵²⁰ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 371.

⁵²¹ Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., pp. 161-162. Para A. BURDESE, essa translação de significados poderia estar também vinculada à expansão das hipóteses de sanção criminal de corrupção de juízes, no final da República. Sobre a responsabilidade criminal dos juízes romanos, cf. G. MACCORMACK, *The liability of the judge in the republic and principate*. cit., pp. 6-16.

seu significado jurídico originário, aproximando-o à ideia de parcialidade ou envolvimento pessoal na causa.

De qualquer forma, se essa particular expressão era usada coloquialmente – como aparentemente faz Cícero -, pode-se supor que não se tratava de uma locução nova na linguagem romana, mas uma expressão cujo significado sofrera um processo de diluição ao longo do tempo. Aliás, a antiguidade do "litem suam facere" é atestada por Macróbio, em uma passagem de suas Saturnálias, na qual o autor se refere a um discurso proferido no século II a.C. por Caio Tício, em favor da "Lex Fannia".

cum multi alii tum etiam C. Titius, vir aetatis Lucilianae, in oratione qua legem Fanniam suasit. [...] Describens enim homines prodigos in forum ad iudicandum ebrios commeantes, quaeque soleant inter se sermocinari, delibuti ait: Ludunt alea studiose, stipati. Ubi horae unguentis, scortis decem sunt, iubent puerum vocari, ut comitium eat percontatum, quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non inpleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant. Veniunt in comitium: tristes iubent dicere: quorum negotium est narrant: iudex testes poscit: ipsus it minctum: ubi redit, ait se

Macr. Sat. 3, 16, 14-16⁵²³: Id ostendunt Macr. Sat. 3, 16, 14-16: Mostra-o, com muitos outros, também C. Tício, homem contemporâneo de Lucílio, no discurso pelo qual persuade a favor da Lex Fannia. [...] Descrevendo certamente os homens pródigos – que, ébrios, punham-se a caminho do fórum para exercerem o papel de juízes - e aquilo que entre si costumavam discutir, assim diz: "jogam os dados com paixão, besuntados de perfume, acompanhados de prostitutas. Quando são dez horas, fazem chamar um menino, para que fosse ao comício averiguar o que era feito no fórum, quem tenha persuadido a favor e quem tenha dissuadido, quantas tribos tenham aprovado e quantas proibido. Então correm ao comício, para que não façam sua a lide. Enquanto iam, nenhuma é a ânfora na viela que não enchem, posto que

⁵²² P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα – Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati, Vol. 2, Pavia, Mattei, 1916, p. 132-133.

⁵²³ Extraído de J. WILLIS, Ambrosii Theodosii Macrobii Saturnalia – Apparatu critico instruxit in Somnium Scipionis commentarios, 2ª Ed., Stuttgart, Teubner, 1994, p. 204.

omnia audivisse: tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet palpebras. Eunt in consilium: ibi haec oratio: 'Quid mihi negotii est cum istis nugatoribus potius quam potamus mulsum mixtum vino Graeco, edimus turdum pinguem bonumque piscem, lupum germanum qui inter duos pontes captus fuit?' haec Titius.

tinham a bexiga cheia de vinho. Chegam ao comício: tristes comandam que se pronunciem. As partes narram o negócio. O juiz chama as testemunhas e o mesmo vai urinar. Quando retorna, diz ter escutado tudo, pede as tábuas, examina as letras; por conta do vinho, com dificuldade sustenta as pálpebras. Vai ao 'consilium'. Ali, eis a oração: 'o que me interessam estes falastrões? Por que não bebemos 'mulsum' misturado com vinho grego, comemos um rico tordo e um bom peixe, um genuíno robalo que foi capturado entre as duas pontes? Isto Tício.

Macróbio⁵²⁴ era um escritor do final do século IV d.C. e início do século V d.C., aliás, as "*Saturnalia*" – talvez sua obra mais famosa – é um diálogo ao estilo platônico que se passa ao longo de três dias, provavelmente nas festas do ano de 383⁵²⁵ ou 384 d.C.⁵²⁶, e compõe-se de diálogos travados entre os convidados do festival em honra a Saturno, celebrado a partir de 17 de dezembro de cada ano⁵²⁷.

Os personagens do texto de Macróbio, muitos dos quais famosos aristocratas pagãos da época, aproveitam as festas, enquanto tinham discussões sobre diversos temas⁵²⁸, tais como as extravagâncias dos hábitos culinários de alguns romanos⁵²⁹. A propósito, o

⁵²⁴ Pouco se sabe de Macróbio além do fato de que tinha um filho chamado Eustáquio, a quem dedicou as suas obras (Macr. *Sat.* 1, *Praef.*, 1), e de que não era nativo da Itália, pois, como ele mesmo informa no prefácio de "*Saturnalia*", nasceu sob outro céu ("*sub alio orto caelo*") (cf. Macr. *Sat.* 1, *Praef.*, 11). Supõe-se que fosse grego ou tenha nascido em alguma província oriental de cultura grega, como o Egito, em virtude das várias referências a esta região em seus textos (cf. P. V. DAVIES, *Macrobius – The Saturnalia*, New York, Columbia University Press, 1969, pp. 1-2). Há quem, por outro lado, sugere uma origem africana, diante de seu profundo conhecimento da literatura latina e ocasionais erros gramaticais na língua grega (cf. A. CAMERON, *The date and identity of Macrobius*, in *The Journal of Roman Studies* 56 (1966), p. 25. (cf. também A. CAMERON, *The last pagans of Rome*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 231-234).

⁵²⁵ L. HOLFORD-STREVENS, *Macrobius*, in S. HORNBLOWER – A. SPAWFORTH (Org.), *The Oxford classical dictionary*, 4^a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 880-881.

⁵²⁶ A. CAMERON, The date and identity of Macrobius. cit., p. 29.

⁵²⁷ J. SCHELD, Saturnus, Saturnalia, in S. HORNBLOWER – A. SPAWFORTH (Org.), The Oxford classical dictionary, 4^a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1322.

⁵²⁸ L. HOLFORD-STREVENS, *Macrobius*. cit., pp. 880-881.

⁵²⁹ Macr. *Sat.* 3, 15, 1 e 9.

fragmento em questão insere-se em uma longa passagem na qual os personagens recordam as preferências do final da República por certas espécies de peixes romanos e exóticos⁵³⁰.

Macróbio emprega uma "suasio" de Caio Tício, indicado como um contemporâneo do satirista Lucílio, como prova da predileção dos romanos daquela época pelos peixes pescados no rio Tibre⁵³¹. E, não obstante a função que a passagem possa assumir na obra, o seu conteúdo corresponde a um discurso em favor da "Lex Fannia", a segunda e mais conhecida das leis suntuárias⁵³², promulgada em 161 a.C.⁵³³.

O texto retrata a conduta de alguns homens incumbidos de exercerem o cargo de juízes e decidirem um certo litígio. No entanto, em vez de estarem preocupados com suas funções públicas, ocupam-se com jogos de dados e prostitutas. E na décima hora, isto é, logo antes do pôr do sol⁵³⁴, enviavam um menino ao fórum, para averiguar a condução dos negócios públicos e a votação das leis. Logo após, diz Tício, saíam correndo para evitarem de fazer sua a lide ("*Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant*").

O trajeto ao "comitium"⁵³⁵ era marcado por condutas indecorosas, ao passo que a condução da audiência propriamente dita era feita com muita pouca atenção. As partes eram deixadas a sós, enquanto o juiz retirava-se novamente do recinto e, mal tendo ouvido as manifestações dos interessados, requeria a apresentação da documentação pertinente e a

⁵³⁰ Macr. *Sat.* 3, 16, 1-17.

⁵³¹ Macr. *Sat.* 3, 16, 13-14.

⁵³² Leis suntuárias, em geral, correspondem a previsões normativas que proíbem ou restringem a ostentação pública de luxo. Na Roma republicana, porém, a expressão "leges sumptuariae" refere-se àquela legislação destinada a coibir gastos excessivos em comida e nas ceias privadas (cf. E. WEISS, Lex Fannia, in PWRE XII, 2 (1925), c. 2353 e V. ROSINVACH, The 'lex fannia sumptuaria of' 161 BC, in The Classical Journal 102 (2006), p. 1). Nesse sentido, é notável que Catão, o Velho (cf. Macr. Sat. 3, 17, 13), se refira a essas leis como leis alimentares ("leges cibariae"). A "Lex Fannia", mencionada por Caio Tício, talvez seja a mais relevante das leis suntuárias republicanas, pois não só é aquela de que mais se tem informações a respeito, como também foi a lei que estabeleceu o padrão a ser seguido pelas leis posteriores. Em suas disposições, essa lei impunha limitações ao número de convidados que poderiam participar de uma ceia, limitava quanto dinheiro poderia ser gasto na compra de comida para as ceias, proibia o consumo de alguns alimentos considerados excessivamente luxuosos (Gell., Noc. At., 2, 24, 2), mas previa algumas exceções para os dias de feriados ou para vegetais e outros alimentos produzidos nas propriedades dos indivíduos (Gell., Noc. At., 2, 24, 3; 5-6; Plínio, Nat., 10, 139). As previsões normativas dessa (e de outras leis suntuárias) teriam tido quase nenhum efeito prático, mas serviam como uma manifestação simbólica contra as práticas e abusos de cidadãos privados em detrimento da coisa pública. A passagem de Caio Tício, em que ele exorta pela aprovação da lei, é bastante representativa da decadência e desconsideração de alguns membros da aristocracia romana em relação aos ofícios públicos (cf. V. ROSINVACH (cf. The 'lex fannia sumptuaria of' 161 BC. cit., pp. 2-9).

⁵³³ Gell., *Noc. At.*, 2, 24, 2-6.

⁵³⁴ M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 458.

⁵³⁵ Conforme esclarece F. MATTIOLI (cf. *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti*. cit., p. 45, n. 58), a menção ao "*comitium*" deveria ser compreendida no caso concreto como uma referência ao lugar em que era administrada a justiça civil. Tratava-se, em geral, de um lugar localizado na área norte do fórum, onde se reuniam as assembleias populares e onde deveria ter lugar o exercício da jurisdição.

examinava com dificuldade o texto, em virtude do sono causado pela embriaguez ("tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet palpebras").

Ao retirar-se para seu "consilium", o juiz reclama da lide sob seu julgamento e exorta os companheiros a irem comer. As fontes não indicam que a "Lex Fannia" proibisse ou limitasse demonstrações públicas de embriaguez, além do mais, o juiz e seus companheiros não estão vindo de uma ceia e, sim, de uma sessão de jogos de dados⁵³⁶.

Não obstante, por fazê-los dizer que prefeririam estar ceando peixes frescos e vinhos estrangeiros a estarem cumprindo seu ofício público, Caio Tício relaciona a vida desordenada marcada pelo excesso de álcool, jogos, prostituição e ceias suntuosas a uma conduta decadente mais ampla, na qual os homens – que deveriam ter uma conduta irreprimível – procuravam substituir a sua responsabilidade pública pelos prazeres privados do luxo⁵³⁷.

Por mais que estivesse incluída em uma obra do séc. IV d. C., a "suasio" de Caio Tício representaria a mais antiga menção ao "iudex qui litem suam facere" A responsabilidade do juiz não é propriamente objeto do texto e a questão aparece, apenas incidentalmente, quando se diz que os juízes saiam correndo de sua sessão de jogos para o comício, a fim de não fazerem sua a lide ("ne litem suam faciant").

Essa consequência não teria sido algo banal a ponto de poder ser ignorada, caso contrário indivíduos tão despreocupados com os afazeres da vida pública – como esses descritos por Caio Tício – não teriam saído correndo ("vadunt") em direção ao julgamento que deveriam presidir.

O texto sugere que a pressa dos personagens estaria intimamente relacionada à hora do dia⁵³⁹. Ao mandarem, às dez horas, um menino averiguar a situação no fórum, para, só depois, apressarem-se afoitos à audiência, não seria arriscado supor que davam início ao julgamento muito próximo ao pôr do sol⁵⁴⁰, já que a décima segunda hora correspondia ao crepúsculo⁵⁴¹.

⁵³⁶ V. ROSINVACH, The 'lex fannia sumptuaria of' 161 BC. cit., p. 9.

⁵³⁷ V. ROSINVACH, The 'lex fannia sumptuaria of' 161 BC. cit., p. 9.

⁵³⁸ P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. cit., p. 132-133.

⁵³⁹ F. MATTIOLI, Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitt. cit., p. 47.

⁵⁴⁰ M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 458.

⁵⁴¹ N. MENDES DE ALMEIDA, *Gramática latina*. cit., p. 455.

Ademais, ao chegarem tarde à audiência, eles teriam, muito provavelmente, prolongado a sessão de julgamento e invadido o horário normal da refeição; daí o convite à ceia que, ao final do texto, o juiz faz aos seus colegas no "consilium" e que representa a chave da crítica de Caio Tício às extravagâncias alimentares dos romanos⁵⁴².

A hora é de extrema relevância na análise do texto, pois, conforme a Tab. XII, 1, 9⁵⁴³, os julgamentos deveriam terminar impreterivelmente até o anoitecer ("solis occasus suprema tempestas esto"), de forma que se esperava o início das audiências, preferivelmente, antes do meio dia⁵⁴⁴.

Não há qualquer esclarecimento expresso sobre o que pudesse significar a expressão "litem suam facere" nesse contexto, contudo, é possível inferir que ela não estivesse vinculada ao comportamento malicioso ou parcial dos juízes. Quanto a isso, Caio Tício parece deixar claro que o juiz do caso era indiferente aos litigantes⁵⁴⁵, principalmente no trecho em que dirige a seguinte pergunta aos seus colegas: "Quid mihi negotii est cum istis nugatoribus [...]?".

Além do mais, a patente negligência e embriaguez dos personagens tampouco parece – por si só – ser um critério de punibilidade⁵⁴⁶. A propósito, os personagens parecem evitar a responsabilidade pelo simples fato de se apresentarem para decidirem a causa antes do pôr do sol, independentemente da qualidade de sua decisão no processo⁵⁴⁷.

Consequentemente, o esforço para não fazerem sua a lide está muito mais vinculado a uma tentativa de se comparecer tempestivamente à audiência judicial⁵⁴⁸ ("*Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant*"), que a uma tentativa de se conduzir o processo diligentemente⁵⁴⁹.

Logo, além de enfraquecer a tese de que o "litem suam facere" corresponderia à parcialidade do julgador, o texto da "suasio" não faz nenhuma consideração acerca do grau de culpabilidade do juiz responsável, que parece ser responsável pelo simples "factum" de

⁵⁴⁵ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 372.

⁵⁴² V. ROSINVACH, The 'lex fannia sumptuaria of' 161 BC. cit., p. 9, n. 43.

⁵⁴³ Gell., *Noc. At.*, 17, 2, 10; Varrão, *Ling. lat.*, 7, 51.

⁵⁴⁴ Tab. XII, 1, 7.

⁵⁴⁶ G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate. cit., pp. 9-10.

⁵⁴⁷ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 372.

⁵⁴⁸ G. MACCORMACK, *The liability of the judge in the republic and principate.* cit., p. 9 e F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti.* cit., p. 47 e n. 63.

⁵⁴⁹ E. CuQ, Manuel des institutions juridiques des romains, 2ª Ed., Paris, Plon, 1928, pp. 589-590.

não se proferir a sentença ou concluir um julgamento antes do ocaso, nos termos da regra prevista em Tab. XII, 1, 9⁵⁵⁰.

Tem certa razão F. DE MARTINO⁵⁵¹, porém, quando diz que Macróbio é suspeito enquanto fonte para a história do "litem suam facere", cuja menção não só estaria inserida em uma passagem ligeiramente confusa, como tampouco se poderia ter absoluta certeza sobre a genuinidade do conteúdo. De fato, não se sabe por quantas mãos teria passado o texto da "suasio" atribuído a C. Tício, antes de Macróbio cristalizá-lo na forma que se lê atualmente⁵⁵².

Apesar dessa incerteza, os indícios apresentados pela "suasio" acerca da dinâmica do "litem suam facere" não são isolados. Dentre outros fragmentos, o texto da "Lex Irnitana" parece reforçar algumas das sugestões de Macróbio.

Lex Irnitana 91⁵⁵³: [XA, 1l. 42-44] Lex Irnitana 91: [XA, 1l. 42-44] Rubrica. *iudicio esse desinat.* [...]

R(ubrica). Quo iure intertium denuntietur, Por quais regras é notificado o 'intertium', dies diffindatur diffi<s>susve sit, res o dia é prorrogado, a coisa é decidida, a iudicetur, lis iudici((i)) damni sit, res in lide seja ao dano do juiz, cessa a coisa em juízo. [...]

[11. 51-54] [...] si neque dies diffi<s>sus [11. 51-54] [...] se não tenha sido neque iudicatum fuerit, uti lis iudici prorrogado o dia nem decidido, que a lide

⁵⁵⁰ G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate. cit., pp 9-10 e M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 459. Em sentido contrário, D. PUGSLEY (cf. 'Litem suam facere'. cit., p. 354) e O. ROBINSON (cf. The iudex qui litem suam fecit explained, in SZ 116 (1999), pp. 196-197). Esta última autora defende que o texto de Macróbio reafirmaria a ideia de que os juízes que fazem sua a lide estariam agindo imprudentemente e de forma culpável, ainda que não estivessem agindo de modo desonesto. Ademais, ela levanta o ponto de que uma questão sócio-política teria exercido um papel relevante no regime de responsabilidade do "iudex", nos períodos mais antigos de Roma. Ela sugere que, como o ofício do "iudex" era um cargo - por definição - de elevada honra e que apenas cidadãos das classes superiores teriam sido incluídos no "album" para convocação, teria sido provável que, ao final da República e início do Império, fosse considerado inapropriado sancionar o "iudex" sem prova de dolo ou desonestidade. 551 'Litem suam facere'. cit., pp. 6-7.

⁵⁵² Inclusive, existe na romanística um debate sobre se a "suasio" de C. Tício estaria inserida no contexto do processo formulário ou "per legis actiones" (cf. M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 457). Contrário a essa posição, cf. A. BURDESE (cf. Note sulla responsabilità del 'iudex privatus'. cit., pp. 38-40), para quem a responsabilidade do juiz só teria surgido no campo de aplicação do processo formulário.

⁵⁵³ Extraído com os respectivos sinais diacríticos de F. LAMBERTI, 'Tabulae Irnitanae' – Municipalità e 'ius romanorum', Napoli, Jovene, 1993, pp. 362-364; o texto também pode ser consultado, com ligeiras diferenças, em J. GONZÁLEZ - M. CRAWFORD, The lex irnitana - A new copy of the flavian municipal law, in The Journal of Roman Studies 76 (1986), pp. 147-243, especialmente na p. 179, que recebeu algumas correções em M. CRAWFORD, The text of the lex irnitana, in The Journal of Roman Studies 98 (2008), p. 182, mas sem alterações na passagem em análise.

arbitrove damni sit, et si intra it tempus, quod legis Iuliae, quae de iudici<i>s privatis proxime lata est, kapite XII [XB, ll. 1-3] senatusve consultis [[det kaput]] ad it kaput legis pertinentibus conpr<e>hensum est, iudicatum non sit, uti res in iudicio non sit [...]

seja ao dano do juiz ou árbitro, e se não seja decidido no prazo previsto no capítulo XII da 'Lex Iulia', recentemente emanada sobre juízos privados, [XB, ll. 1-3] e nos senatusconsultos relativos a esse capítulo da lei, que a causa não esteja mais em juízo [...]

[II. 15-18] [...] utique, si neque diffissum e lege neque iudicatum sit per quos dies quoque loco ex h(ac) l(ege) iudicari licebit oportebit, iudici arbitro<ve> lis damni sit, utique, si intra it tempus qu*o*d supra conpr<e>hensum est iudicatum non sit, res in iudicio non sit [...]

[ll. 15-18] [...] e se não for prorrogado nem decidido nos dias e lugares conforme esta lei, será autorizado e necessário que seja a lide ao dano do juiz ou do árbitro, e, se não seja decidido no prazo acima previsto, que a coisa não esteja mais em juízo.

A "Lex Irnitana", descoberta em 1981 em um vilarejo próximo a Sevilha, corresponde ao mais completo exemplo da "Lex Flavia municipalis"⁵⁵⁴, uma lei geral sobre diversos temas jurídicos promulgada por Domiciano, sob as bases da "Lex Iulia municipalis" de Augusto⁵⁵⁵. O texto foi registado em dez tabuletas de bronze, das quais apenas seis foram preservadas⁵⁵⁶. A penúltima tabuleta, de onde o fragmento em análise foi extraído, aborda os procedimentos e administração das cortes de justiça⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ T. GIMÉNEZ-CANDELA, *La 'lex Irnitana'*. *Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, in RIDA 30 (1983), pp. 125-140; C. SÁNCHEZ-MORENO, *Lex Irnitana*, in R. BAGNALL, et al. (Org.), *The Encyclopedia of Ancient History*, Oxford, Blackell, 2013, p. 4040.

⁵⁵⁵ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 375 e, especialmente, ID., La nueva copia irnitana de la 'lex flavia municipalis', in AHDE 53 (1983), p. 8.

⁵⁵⁶ Tem-se o conteúdo das tabuletas III, V, VII, VIII, IX e X, sendo que esta última é fragmentária. Alguns fragmentos da tabuleta II foram posteriormente descobertos e publicados, enquanto uma parte substancial da tabuleta VI pode ser reconstruída, pois seu conteúdo coincide em grande parte com aquele da "*Lex Malacitana*" (cf. A. D'ORS, *La nueva copia irnitana de la 'lex flavia municipalis'*. cit., pp. 5-15; C. SÁNCHEZ-MORENO, *Lex Irnitana*, in R. BAGNALL, et al. (Org.), *The Encyclopedia of Ancient History*, Oxford, Blackwell, 2013, p. 4040). ⁵⁵⁷ C. SÁNCHEZ-MORENO, *Lex Irnitana*. cit., p. 4041.

A rubrica do capítulo em questão informa que seu conteúdo versa sobre a notificação do "intertium"⁵⁵⁸, a prorrogação do dia, o julgamento da lide, a responsabilidade do juiz e o término da causa em juízo.

Uma característica importante do processo romano residia na consideração de que o procedimento deveria começar, ser executado e ser completamente encerrado em um único dia⁵⁵⁹. Ou seja, ele deveria ser finalizado e a sentença proferida antes do fim do dia. Se isso não ocorresse e o juiz não conseguisse alcançar uma decisão, ele poderia proferir um juramento de "non liquet", pelo qual ele juraria que os elementos materiais à sua disposição não lhe permitiam tomar uma decisão⁵⁶⁰.

Além do juramento de "non liquet", o juiz poderia ainda proceder com o adiamento formal do julgamento, normalmente indicado pela expressão "diffissio" ou "diem diffindere" significando literalmente "dividir o dia" 562. O juiz poderia "diem diffindere" quando precisasse refletir melhor sobre a solução a ser dada ao caso em concreto 563, ou mesmo se precisasse controlar o número de audiências a serem realizadas, nas causas mais complexas 564; de forma que não teria sido apenas uma simples prorrogação do julgamento, mas um instrumento processual para auxiliar o juiz a adequadamente cumprir o seu encargo 565.

Na "Lex Irnitana", a "diffissio" aparece vinculada ao correto adimplemento do "officium iudicis". Trata-se de uma figura consideravelmente antiga, que já aparecia na Lei das XII Tábuas⁵⁶⁶, onde consta uma prescrição autorizando o adiamento do processo, quando

O significado da palavra "intertium" era até pouco tempo desconhecido. No contexto da "Lex Irnitana", como esclarece F. Lamberti (cf. 'Tabulae Irnitanae'. cit., p. 185-191) pareceria se referir a uma forma elíptica da expressão "iudicium in tertium diem constitutum". Nesse sentido, o magistrado deveria estabelecer junto às partes o dia de início da fase "apud iudicem"; e esse dia não poderia ser anterior ao "dia depois de amanhã". Ou seja, o "intertium" seria o apontamento para que as partes compareçam diante do juiz dali há dois dias, ou seja, no terceiro dia. Presume-se que o prazo era concedido para que os litigantes tivessem tempo hábil de notificarem os interessados e avisarem ao juiz. O capítulo 90 da "Lex Irnitana" trata precisamente do assunto: "de intertium dando" (cf. também A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 376 e, especialmente, n. 28 e T. GIMÉNEZ-CANDELA, Los llamados cuasidelitos. cit., pp. 13-29).

⁵⁵⁹ E. METZGER, A new outline of the roman civil trial, Oxford, Clarendon, 1997, p. 101.

⁵⁶⁰ E. DESCHEEMAEKER, *Obligations quasi ex delicto and strict liability in roman law.* cit., p. 12.

⁵⁶¹ E. METZGER, A new outline of the roman civil trial. cit., p. 103.

⁵⁶² A. ERNOUT – A. MEILLET, v. findo, in Id., Dictionnaire étymologique de la langue latine. cit., p. 235.

⁵⁶³ Gell. *Noc. At.* 14, 2, 11.

⁵⁶⁴ Sobre a "diffissio", cf. também A. BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, in ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano, 1994, pp. 107-111.

⁵⁶⁵ T. GIMÉNEZ-CANDELA, Los llamados cuasidelitos. cit., p. 30.

⁵⁶⁶ Tab. 2, 2.

as partes ou o juiz estivessem acometidos por alguma moléstia que exigisse o diferimento temporário da atividade judiciária⁵⁶⁷.

O "diem diffindere" permitia que se criasse uma certa ficção, mantendo a unidade ideal do dia da audiência, que seria apenas repartido em porções menores e distribuído ao longo de vários outros dias. Com isso, o juiz poderia garantir que o processo seria analisado e julgado dentro do mesmo dia ficcional, mantendo, assim, a causa "in iudicio" ⁵⁶⁸.

As hipóteses pelas quais poderia ter lugar a "diffissio" não são, porém, expressamente enumeradas nas fontes. Sabe-se, a partir da "Lex Irnitana" e do Pap. Ant. 1, 22, que a falha na prorrogação configuraria um caso de "litem suam facere". No mais, pode-se inferir que as consequências de uma inadequada prorrogação do processo se relacionavam precipuamente com o limite temporal estabelecido para o proferimento definitivo da sentença⁵⁶⁹.

O trecho de linhas 51 a 54 da coluna "A" – que continua nas linhas 1 a 3 da coluna "B" – estabelece a responsabilidade do "iudex" ou do "arbiter" ordinários ("uti lis iudici arbitrove damni sit")⁵⁷⁰ que não tivessem prorrogado o processo nem proferido a sentença ("si neque dies diffi<s>sus neque iudicatum fuerit"). Em seguida, a lei dispõe que a causa não estaria mais em juízo ("uti res in iudicio non sit"), se a lide não tivesse sido decidida no prazo previsto pelo décimo segundo capítulo da "Lex Iulia" e seus senatusconsultos correlatos ("si intra it tempus, quod legis Iuliae [...] iudicatum non sit").

Ao analisar essa passagem da "Lex Irnitana", M. GIUSTO⁵⁷¹ distingue duas situações fáticas, que, mesmo sendo tratadas pelo mesmo fragmento, corresponderiam a hipóteses materiais diferentes. Na primeira, o processo não teria sido concluído com uma sentença, no prazo estabelecido pela "Lex Iulia", por conta da inatividade das próprias partes. Nesse caso,

⁵⁶⁷ F. LAMBERTI, 'Tabulae Irnitanae'. cit., pp. 192-193.

⁵⁶⁸ E. METZGER, A new outline of the roman civil trial, Oxford, Clarendon, 1997, pp. 103-104.

⁵⁶⁹ F. LAMBERTI, 'Tabulae Irnitanae' cit., p. 195.

⁵⁷⁰ A partícula enclítica "-ve" denota alternatividade e corresponde à partícula latina "vel"; em português poderia ser traduzida por "ou". Como ela junta duas palavras e não orações, é empregada de maneira enclítica (cf. N. MENDES DE ALMEIDA, Gramática latina. cit., p. 404; E. FARIA, v. -ve, in ID., Dicionário escolar latinoportuguês cit., p. 1047). No fragmento em questão, a expressão "iudex arbiterve" significaria "o juiz ou o árbitro". Cabe ressaltar que, quando a lei menciona a expressão "iudex arbiterve", o termo "arbiter", que ali aparece alternativamente ao "iudex", não se refere ao "arbiter ex compromisso" da arbitragem privada, mas ao "arbiter" judicial do processo ordinário. A expressão, que já era encontrada nas XII Tábuas (Tab. 2, 2), indica que a previsão normativa em questão se aplicava a todos os casos em que a controvérsia fosse deixada à resolução de um "iudex" ou de um "arbiter" (cf. G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate. cit., pp. 4-5).

⁵⁷¹ Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 460

o fragmento indicaria que a ausência de uma sentença não teria sido devida exclusivamente por um comportamento do juiz e, portanto, a consequência, aqui, não seria "lis damni iudici sit", mas "res in iudicio non sit".

Tratar-se-ia de um caso de "*mors litis*", em que o único a ser prejudicado seria o autor da ação, pois ele perderia a possibilidade de exercer sua pretensão em juízo. As razões que impediriam a conclusão do processo também seriam imputáveis ao autor, que, conhecendo o risco de sua inércia, nada faz para solucionar o problema⁵⁷².

Na segunda hipótese, uma vez finalizada a fase "*in iure*", as partes acordariam em comparecer perante um juiz no terceiro dia. Nesse momento, caberia ao juiz cumprir seu encargo e proferir uma sentença ou, alternativamente, prorrogar o dia de julgamento, caso houvesse alguma causa legítima para tanto. Se o juiz (ou o árbitro) não cumprisse seu papel, a "*lis*" ficaria às custas do julgador ("*iudici arbitro*<*ve*> *lis damni sit*") ⁵⁷³.

Não obstante, a tese de M. GIUSTO não parece plenamente correta, pois as mesmas disposições são novamente repetidas nas linhas 15 a 18, também da coluna "B" e, pela ordem que se apresenta nesse trecho, o juiz ou árbitro parecem ser indiscriminadamente responsabilizados tanto por não terem promovido a prorrogação do dia, como por não terem julgado a causa no prazo da "Lex Iulia" ("si neque diffissum e lege neque iudicatum sit per quos dies quoque loco ex h(ac) l(ege) iudicari licebit oportebit")⁵⁷⁴.

O texto da "*Lex Irnitana*" aponta o não-pronunciamento de sentença – seja por não ter lugar o julgamento tempestivo, seja pela falha na prorrogação adequada da audiência – como o critério de responsabilidade do julgador⁵⁷⁵. São eventos objetivamente apuráveis e cuja constatação não dependeria da perquirição sobre os motivos que possam ter conduzido o juiz a faltar com seu encargo⁵⁷⁶.

O que a "*Lex Irnitana*" também deixa claro é que essa responsabilidade do juiz por descumprimento de seus deveres tem seu fundamento calcado na "*mors litis*", isto é, na extinção da lide, indicada quando o texto menciona que "*res in iudicio non sit*"⁵⁷⁷.

⁵⁷² M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 460

⁵⁷³ M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 460

⁵⁷⁴ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 19.

⁵⁷⁵ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 387.

⁵⁷⁶ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 20.

⁵⁷⁷ E. DESCHEEMAEKER, *Obligations quasi ex delicto and strict liability in roman law*. cit., p. 14. De sua parte, F. LAMBERTI (cf. *'Tabulae Irnitanae'*. cit., p. 198) concorda que a expressão *"res in iudicio non sit"* corresponderia à *"mors litis"*, no entanto, a autora acredita que a ideia de *"mors litis"* não implicasse a perda completa da ação, mas apenas a consumação da fase *"apud iudicem"*, de forma que a ação poderia ainda ser

Nesse sentido, Gaio⁵⁷⁸ informa ter havido um regulamento diferente entre os "*iudicia legitima*" e os "*iudicia imperio continentia*". Aqueles extinguiam-se dentro de um ano e seis meses, enquanto estes extinguiam-se com o término do mandato do magistrado que os tivesse instituído. Se o processo não terminasse dentro dos termos indicados pela lei judiciária, ele seria considerado terminantemente finalizado, a despeito da situação em que ele pudesse se encontrar; de forma que, caso houvesse uma nova propositura da ação, o réu teria à sua disposição uma "*exceptio*"⁵⁷⁹ com a qual poderia impor a existência de um processo anterior e bloquear a continuidade da nova ação⁵⁸⁰.

Essa "exceptio" não era denominada apenas "exceptio rei iudicatae", mas "exceptio rei iudicatae vel in iudicio deductae" onde a referência à "deductio in iudicium" consistia justamente no acordo entre autor e réu que punha fim à fase processual "in iure" e iniciava a fase "apud iudicem", isto é, identificava-se com a "litis contestatio" consumada⁵⁸².

É precisamente o acréscimo do termo "vel in iudicium deductae" que faz com que essa possível defesa do réu também se estendesse a um processo inconcluso, ou seja, a um processo que, após a cristalização promovida pela "litis contestatio" 583, fosse interrompido sem ser decidido por uma sentença. Essa distinção aparece registrada em um trecho dos Fragmenta Augustodunensia 584.

Fragmenta Augustodunensia 4, 110: Ne Fragmenta Augustodunensia 4, 110: No autem idem litigans audiatur in iudiciis entanto, o mesmo litigante é ouvido em diversis post primam actionem.... juízos diferentes depois da primeira ação... er(go).... ei opponitur exceptio rei in logo... a ele é oposta pelo réu a "exceptio"

reproposta posteriormente. Contratiamente, cf. A. BURDESE, Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., p. 163-164.

⁵⁷⁸ Gai. 4, 103-105.

⁵⁷⁹ Gai. 4, 106.

⁵⁸⁰ A. METRO, Brevi note sulla 'mors litis' per inattività, in Fundamina 20 (2014), p. 642.

⁵⁸¹ Gai. 3, 181; Gai. 4, 106, Gai. 4, 107; Gai. 4, 121.

⁵⁸² A. METRO, *Brevi note sulla 'mors litis' per inattività*. cit., p. 642; cf. também A. BERGER, v. *res in iudicium deducta* e v. *deducere in iudicium*, in ID., *Encyclopedic dictionary of roman law*. cit., pp. 427 e 678, respectivamente.

⁵⁸³ Os romanos teriam plena consciência do conceito de que a relação jurídica material se transformava em uma relação processual, após a conclusão da "litis contestatio", promovendo a substituição de uma ou outra. Tanto é que Gaio (3, 180 e 3, 181) elenca a "litis contestatio" como meio de extinção das obrigações; após a sua celebração, as partes não estariam mais vinculadas "ex obligatione", mas "ex litis contestatione". Esse efeito extintivo era particularmente aplicado aos "iudicia legitima", mas não impedia a concessão da "exceptio" nos "iudicia imperio continentia" cf. E. VOLTERRA, Istituzioni di diritto privato romano. cit., p. 234).

⁵⁸⁴ A. METRO, *Brevi note sulla 'mors litis' per inattività*. cit., p. 643.

iudicium) rei in iudicium deductae, (si processo) da coisa apresentada em juízo, iudicata in legitimo iudicio) rei iudicatae. Deductae in iudicium vel iudicatae ...

iudicium (hoc est si adhuc pendet da coisa em juízo (esta é se ainda pende o (se julgada em um processo legítimo) da coisa julgada. Apresentada em juízo ou julgada [...]

Segundo A. METRO⁵⁸⁵, ainda que se trate se uma obra pós-clássica e redigida sem muito estilo, essa fonte ainda revela utilidade na compreensão da contraposição entre "res iudicata" e "in iudicio deducta", sobretudo se considerada a natureza dessa obra e seu propósito destinado ao aprendizado, ainda mais por se tratar de uma obra possivelmente redigida por um aluno que aprendia a matéria "ex ore docentis".

Segundo o autor do fragmento, a "exceptio" poderia ser imposta contra a repropositura de uma ação que já fosse julgada anteriormente ("si iudicata in legitimo iudicio") ou que, ainda que não decidida, esteja pendente de julgamento ("hoc est si adhuc pendet iudicium").

Consequentemente, quando a "Lex Irnitana" dispõe que a causa não estaria mais em juízo ("res in iudicio non sit"), nas hipóteses em que o juiz não tivesse sentenciado a lide no prazo estabelecido pela lei judiciária nem corretamente prorrogado o processo, ela indica a consumação da "mors litis" e a impossibilidade de repropositura da mesma ação por uma omissão do "iudex".

Ademais, é interessante notar que – ao tratar da responsabilidade do juiz – o fragmento não faz uso expresso da frase "litem suam facere", mas de "iudici arbitrove lis damni sit". E parece indicar que o juiz responderia por um valor equivalente ao da "lis" sob seu julgamento, isto é, pelo valor que o réu teria de pagar caso tivesse sido condenado no processo⁵⁸⁶. No entanto, o seu significado não é de todo claro, pois não indica em qual

⁵⁸⁵ Brevi note sulla 'mors litis' per inattività. cit., p. 643. Segundo F. SCHULZ (cf. History of roman legal science. cit., pp. 301-302), essa obra corresponde a comentários lemáticos às Instituições de Gaio e foi provavelmente escrita no século V d.C. na escola jurídica de Augustoduno, atual Autun na França, por um autor desconhecido. Ainda que não se tratasse de um centro de ensino jurídico comparável a Roma ou Beirute, Autun ainda era um centro educacional de alguma fama na antiguidade. O texto demonstra uma tendência classicizante, o que poderia ser percebido pelos comentários ao quarto livro das instituições de Gaio, o qual já estaria praticamente obsoleto àquela época, mas ainda assim é extensamente comentado pelo autor.

⁵⁸⁶ M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 460

sentido a transgressão do juiz lhe provocaria um dano nem indica a forma pela qual essa sanção poderia ser instrumentalizada⁵⁸⁷.

Malgrado a existência de obscuridades no texto da "Lex Irnitana", essa fonte ainda concede informações úteis para se desvendar o significado da responsabilidade do juiz, a qual – como a "suasio" de C. Tício já sugeria – estaria relacionada ao descumprimento de regras procedimentais, como o proferimento intempestivo da sentença ou a falha na "diffisio diei" 588. Esse vínculo entre responsabilidade do "iudex" e adequada condução do procedimento judicial aparece também em outro fragmento clássico.

```
Pap. Ant. 1, 22, recto, col. 2, 11. 10-19<sup>589</sup>:
...() pup(ill.) si . e. . o[...] obsta-
bit exc(eptio), aut restitutoriu(m)
iud(icium) dabitur. Q(uod) si sciens eu(m)
pup(illum) esse lit(igaverit) s(ine) t(utore) a(uctore) repel<l>etur iure
pr(aeto)rio. § Item Pomp(onius) scr(ibit), si fal-
so t(utore) a(uctore) male fuerit diffis<s>us
dies ed(ictum) q(ui)d(em) cessare et iudi-
cem q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue)
s(ententi)am dixit litem suam fe-
[cisse]
```

Pap. Ant. 1, 22, recto, col. 2, 11. 10-19:

[...] pupilo [...] a 'exceptio' obstará, ou será dado um 'iudicium restitutorium'. Porque, se estivesse ciente que o pupilo teria litigado sem autorização do tutor, será repelido pelo direito pretório. Igualmente, Pompônio escreve que, se com autorização de um falso tutor, o dia teria sido mal prorrogado, cessa o edito, e o juiz, que nem prorroga nem profere a sentença, fez sua lide.

⁵⁸⁸ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., pp. 19-20.

 $^{^{587}}$ F. De Martino, 'Litem suam facere'. cit., pp. 19-20.

⁵⁸⁹ O fragmento foi extraído de R. CANEVAILE, *Corpus papyrorum latinarum*, Wiesbaden, Otto Harrassowitz, 1956, pp. 144-145.

Este documento escrito sobre uma folha de um "codex" de pergaminho foi encontrado nos arredores de Antinoópolis, no Egito, na primeira metade do século passado. Acredita-se que ele corresponda a uma passagem – omitida pelo Digesto de Justiniano – do livro XII dos comentários "ad Edictum" de Ulpiano sobre o edito de falso tutor⁵⁹⁰.

O documento está redigido em duas colunas. Enquanto a primeira é muito fragmentária e sua leitura quase impossível, a segunda pôde ser parcialmente reconstruída⁵⁹¹, permitindo-se conhecer seu conteúdo como uma exposição acerca das hipóteses de um pupilo que atuava sem um tutor (ou com um tutor falso).

O início do fragmento menciona a possibilidade de exercício de uma "exceptio" ou concessão de um "iudicium restitutorium". No entanto, essa passagem faz referência ao trecho desconhecido que lhe antecede, o que torna difícil uma adequada apreensão sobre seu verdadeiro significado. É possível que a lacuna se referisse à hipótese em que o autor da ação desconhecesse a incapacidade da contraparte, contrapondo-se, assim, ao trecho imediatamente subsequente⁵⁹².

Logo em seguida, porém, o autor do texto esclarece uma regra segundo a qual, se uma pessoa estivesse ciente de que o pupilo litigava sem "auctoritas" de seu tutor⁵⁹³, ele poderia ser repelido conforme o direito honorário ("repel<l>etur iure pr(aeto)rio"). Provavelmente, o texto refere-se ao autor da ação, que, conhecendo o fato de o pupilo estar em juízo sem a autorização de seu tutor, poderia ver seu pedido por um "iudicium restitutorium" negado, e a "exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae" reafirmada pelo magistrado⁵⁹⁴.

O ponto determinante para o tema da responsabilidade do juiz, contudo, vem logo em seguida. O autor do texto cita uma opinião de Pompônio pela qual cessaria o edito (" $ed(ictum) \ q(ui)d(em) \ cessare$ "), se, mesmo com a autorização de um falso tutor, o dia

⁵⁹⁰ R. CANEVAILE, Corpus papyrorum latinarum. cit., p. 144.

⁵⁹¹ R. CANEVAILE, *Corpus papyrorum latinarum*. cit., p. 144.

⁵⁹² A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 373. Se esse fosse o caso, então, a "exceptio" mencionada no fragmento provavelmente estaria precedida por uma negativa, como sugere M. GIUSTO (cf. Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 461), pois a concessão da exceção não encontraria fundamentos equitativos, haja vista a sua incongruência com a situação. Desse modo, o autor que concluísse uma "litis contestatio" com um pupilo sem tutor poderia reapresentar a sua ação com a segurança de que uma eventual "exceptio rei iudicatae" seria negada pelo pretor, bem como com a concessão de uma "restitutio in integrum" a seu favor.

⁵⁹³ O "*auctor*" era aquele que dava a aprovação, isto é, exercia a "*auctoritas*", tornando válida uma transação que não poderia ser adequadamente concluída apenas pela pessoa incapaz. Normalmente, o "*auctor*" correspondia ao tutor do pupilo (cf. A. BERGER, v. *auctor*, in ID., *Encyclopedic dictionary of roman law*. cit., p. 368).

⁵⁹⁴ M. GIUSTO, *Per una storia del 'litem suam facere'*. cit., p. 461.

tivesse sido mal prorrogado⁵⁹⁵; e arremata dizendo que o juiz faria sua a lide, caso não tivesse prorrogado nem decidido a controvérsia ("iudicem q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue) s(ententi)am dixit litem suam fecisse").

Se o juiz incumbido de decidir uma causa não prorroga o processo ou o faz de uma maneira imprópria que pudesse resultar na ausência de uma sentença, estaria cometendo uma transgressão procedimental que poderia resultar na perda da ação para o pupilo⁵⁹⁶. Logo, afastar-se-ia aquela responsabilidade nascente do fato em que um tutor falso concedia a sua "auctoritas"⁵⁹⁷, de modo que o remédio adequado deixaria de ser aquele prometido no edito "quod falso tutore"⁵⁹⁸ e passaria a ser aquele prometido pelo edito do "iudex qui litem suam fecit" ⁵⁹⁹.

Diante da ausência da "diffisio" ou de uma sentença, pouco importaria a existência do falso tutor, pois, segundo Pompônio, o comportamento do julgador teria tornado inútil a aplicação do edito em questão⁶⁰⁰. A "mors litis" e a perda da ação teriam resultado em uma situação em que o único recurso remanescente ao autor seria buscar uma indenização contra o juiz⁶⁰¹.

O fragmento repete a regra já presente na "Lex Irnitana", segundo a qual a responsabilidade do juiz estaria relacionada à omissão ou à má execução da "diffisio" ou do proferimento da sentença⁶⁰², com a diferença, contudo, na expressão empregada. Enquanto

⁵⁹⁵ T. GIMÉNEZ-CANDELA (cf. *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 43-45) sugere que o fragmento do papiro seja reconstruído da seguinte maneira: "si ... m(inus) fuerit diffis<s>us dies" e não como "si ... m(ale) fuerit diffis<s>us dies". Ao integrar a abreviação "m" como "minus", no lugar de "male", a autora afasta as dificuldades impostas pela expressão "male diffindere", cujo significado não é propriamente o mesmo que "non diffindere"; dessa forma, ela conseguiria alcançar homogeneidade com a tese de que a responsabilidade do juiz repousaria propriamente na ausência de prorrogação do julgamento, tal como indica a "Lex Irnitana 91". De sua parte, R. SCEVOLA (cf. La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., pp. 233-236) demonstra certa propensão pela tese da autora espanhola, que é aceita por A. BURDESE (cf. Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., p. 160, n. 17) e F. MATTIOLI (cf. Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti. cit., pp. 33-35). No entanto, a hipótese de que o fragmento mencionasse mesmo "male diffindere" não estaria de todo afastada, pois, como aponta F. LAMBERTI (cf. 'Tabulae Irnitanae'. cit., p. 196), um mal diferimento do processo poderia consistir na prorrogação do julgamento para além do prazo total que o processo teria para ser definitivamente finalizado, de forma que o "iudex" seria liberado de seu encargo sem mesmo ter proferido a sentença; o que poderia ser um problema considerável nos "iudicia imperio continentia", cujo prazo era mais exíguo que os "iudicia legitima", uma vez que se vinculavam ao tempo de mandato do magistrado que lhes instituíra. Dessa forma, uma má prorrogação, também poderia resultar em "mors litis". Cf. também: E. METZGER, A new outline of the roman civil trial. cit., pp. 104-106.

⁵⁹⁶ G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate. cit., p. 19.

⁵⁹⁷ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 16.

⁵⁹⁸ M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 461.

⁵⁹⁹ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 373.

⁶⁰⁰ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*. cit., pp. 119-120 e R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*. cit., pp. 226.

⁶⁰¹ A. BURDESE, Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., p. 165.

⁶⁰² A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 373.

a "Lex Irnitana" diz que "iudici arbitrove lis damni sit", o Papiro de Antinoópolis vincula a violação às mesmas normas procedimentais à expressão "litem suam facere" 603.

O paralelo entre as locuções reforça a hipótese de que, ao fazer sua a lide, o juiz não estaria – como o advogado de Cícero⁶⁰⁴ – abandonando a imparcialidade e se apropriando do litígio como se a disputa lhe dissesse respeito. Ao violar algumas regras procedimentais objetivamente apuráveis, o "iudex" estaria se sujeitando a responder pela lide, no valor do prejuízo sofrido pela parte⁶⁰⁵. Assim, o "litem suam facere" não parece indicar o comportamento do juiz, mas as consequências provocadas por sua falta. Especificamente, a falta cometida faria com que ele se tornasse parte de um processo em potencial, mediante a atração contra si próprio de uma ação no mesmo valor da lide que ele deveria ter decidido ("iudici lis damni sit")⁶⁰⁶.

Mas esses não parecem ser os únicos critérios de responsabilização do "*iudex*" que as fontes clássicas apresentam. Em um fragmento de suas Instituições, Gaio aponta que o "*litem suam facere*" poderia se caracterizar mesmo quando alguém proferisse uma sentença, mas a proferisse contrariamente à fórmula.

Gai. 4, 52: Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet; alioquin litem suam facit; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit; minoris damnare ei permissum est. At si etiam ... qui formulam accipit intendere debet, nec

Gai. 4, 52: Deve também o juiz observar que, quando seja posta a 'condemnatio' em quantia certa, não condene nem mais nem menos que a soma fixada; de outro modo, faz sua a lide; igualmente se seja posta uma 'taxatio', não condene a mais de quanto seja taxado; caso contrário de certo e semelhantemente faz sua a lide. Condenar a menos é permitido. E se

⁶⁰⁵ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., pp. 373-374 e n. 23

⁶⁰³ T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*. cit., pp. 39 e 41; F. LAMBERTI, *'Tabulae Irnitanae'*. cit., pp. 194-195.

⁶⁰⁴ Cic. *De oratore*, 2, 305.

⁶⁰⁶ Compartilham dessa interpretação: O. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte, Vol. 2, Leipzig, Von Veit, 1901, p. 1349; P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. cit., pp. 133-134; E. CUQ, Manuel des institutions juridiques des romains. cit., p. 590; A. BERGER, v. iudex qui litem suam facit, in ID., Encyclopedic dictionary of roman law. cit., p. 519; F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 36; P. JÖRS et al., Römisches Recht, 4ª Ed., Berlin, Springer, 1987, p. 260; J. NASCIMENTO JR., Considerações acerca do 'iudex qui litem suam fecit', in RFD 96 (2001), p. 108; A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., pp. 373-374; ID, Derecho privado romano, 10ª Ed., Pamplona, EUNSA, 2004, p. 160, n. 3; R. SCEVOLA, La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., p. 206 e A. GUASCO, La responsabilità del 'iudex privatus', in Index 36 (2008), p. 415.

amplius ... certa condemnatione constringi ... usque velit⁶⁰⁷.

também ... que aceita a fórmula não deve pretender a mais ... ser obrigado por uma condenação certa ... até onde queira.

O jurisconsulto esclarece a regra pela qual o juiz estava adstrito a seguir, quando fosse determinar o valor da condenação. Caso a fórmula contivesse uma "condemnatio" por quantia certa, o juiz deveria condenar o réu – na hipótese de procedência da ação – na quantia exata prevista ("neque maioris neque minoris summa posita condemnet"). Se condenasse em um valor superior ou inferior àquele prefixado, faria sua a lide ("alioquin litem suam facit").

Se, de outro modo, a fórmula previsse uma "taxatio", o juiz teria a possibilidade de condenar o réu até o limite pré-estabelecido, mas não poderia ultrapassar aquele valor máximo previsto ("si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit"). Era plenamente possível condenar em uma quantia inferior, mas se a condenação ultrapassasse o valor fixado, então o juiz teria, igualmente, feito sua a lide ("alias enim similiter litem suam facit")⁶⁰⁸.

Nos casos previstos na "Lex Irnitana" e no Pap. Ant. 1, 22, o "litem suam facere" era identificado com condutas omissivas do juiz, que – direta ou indiretamente – não proferia sua sentença e provocava a correspondente perda a ação. Já no fragmento de Gaio, o juiz faz sua a lide mesmo tendo concretamente sentenciado. Mas, ainda assim, esse fragmento não deixa de se relacionar aos textos anteriores, pois associa a responsabilidade do juiz com a sua conformação aos deveres processuais⁶⁰⁹.

Com efeito, por mais que o juiz tenha efetivamente pronunciado uma decisão, tratava-se de uma sentença que violava os termos da fórmula e, portanto, seria duvidoso que correspondesse a uma decisão válida⁶¹⁰. Ela seria equiparável à própria ausência de

⁶⁰⁹ G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate. cit., p. 18.

⁶⁰⁷ O final do fragmento de Gaio é incompleto. Segundo F. DE ZULUETA (*The institutes of Gaius*. cit., p. 254 e nn. 2-5), depois de "at si etiam" segue uma linha e meia ilegível; após "amplius" seguem aproximadamente sete palavras ilegíveis e, após "condemnatione constringi" seguem duas linhas ilegíveis. De acordo com F. MATTIOLI (cf. Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti. cit., pp. 28-29), as linhas ilegíveis ao final do fragmento, apesar de impedirem a total compreensão do texto, não forneceria um obstáculo à interpretação do "litem suam facere", pois o contexto do fragmento sugeriria que a figura não teria sido melhor desenvolvida no trecho lacunoso.

⁶⁰⁸ A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*. cit., p. 138.

⁶¹⁰ M. KASER, Rec. a J. KELLY, Roman litigation, Clarendon Press, Oxford, 1966, in SZ 84 (1967), p. 517, n. 36.

decisão⁶¹¹, já que, como esclarece Javoleno⁶¹², a autoridade do juiz não poderia ultrapassar aquilo que fosse deduzido em juízo ("quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest").

E. VOLTERRA⁶¹³ sugere que o "iudex" talvez fosse responsabilizado pelo fato de a "aestimatio" ter sido calculada dolosamente. No entanto, o fragmento em questão não faz nenhuma menção a qualquer elemento de culpabilidade. Gaio é claro ao mencionar que o "iudex" faria sua a lide se simplesmente condenasse fora dos limites impostos pela fórmula. Ao que parece, esse relato salienta critérios eminentemente objetivos para a configuração da responsabilidade civil do juiz, os quais se configurariam a despeito de se ter portado de maneira dolosa ou negligente.

A ideia de que a violação à fórmula precisaria ser complementada pela culpa, ou mesmo pelo dolo, a fim de configurar a conduta ilícita do "iudex qui litem suam fecit" não tem um sólido apoio em Gai. 4, 52, mas encontra alguns indícios em outros textos.

suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse intellegitur, aliquid licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

Gai. 3 aur. D. 50, 13, 6: Si iudex litem Gai. 3 aur. D. 50, 13, 6: Se o juiz tenha feito sua a lide, não parece obrigado propriamente por delito; mas porque tampouco é obrigado por contrato, e de todo modo é compreendido ter cometido alguma falta, ainda que por imprudência, por isso parece ser obrigado como se por delito em uma 'actio in factum', e, por causa disso, suportará a pena que à consciência do julgador tiver parecido équa.

612 Jav. 2 epist. D. 10, 3, 18.

⁶¹¹ Seguem a mesma posição A. D'ORS (cf. 'Litem suam facere'. cit., p. 372 e n. 19), C. A. CANNATA (cf. Profilo istituzionale del processo privato romano. cit., p. 186, n. 25) e J. PARICIO - I. CREMADES, (cf. La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. cit., p. 183).

⁶¹³ Istituzioni di diritto privato romano. cit., p. 570.

No fragmento, Gaio aborda a natureza jurídica da conduta de "*litem suam facere*", enquanto uma categoria dentre as fontes de obrigações. O texto, retirado no livro 50 do Digesto, é praticamente idêntico a Gai. 3 *aur*. D. 44, 7, 5, 4⁶¹⁴ e a I. 4, 5 pr.⁶¹⁵, salvo por seu trecho final, que não aparece naquele e é ligeiramente distinto neste outro fragmento.

Gaio diz que, caso um juiz tenha feito sua a lide, ele estaria sujeito a uma obrigação. No entanto, a causa dessa obrigação não estaria propriamente em um delito⁶¹⁶ ("non proprie ex maleficio obligatus videtur"), nem tampouco em um contrato ("sed quia neque ex contractu obligatus est"). Porém, como se entende que sua atuação ainda corresponderia uma violação um tanto faltosa ("utique peccasse aliquid intellegitur"), o juiz seria obrigado "quasi ex maleficio".

Diferentemente dos fragmentos anteriormente analisados, o texto de Gai. 3 *aur.* D. 50, 13, 6 não faz nenhuma referência concreta ao tipo de comportamento que o juiz deveria executar para se obrigar à semelhança dos delitos.

O fragmento não define o "litem suam facere" nem indica que tipo conduta poderia configurá-lo. O único elemento do qual se poderia extrair alguma referência concreta é indicado pela expressão "pecasse aliquid", cuja amplitude permite que se pense tanto em violações procedimentais⁶¹⁷, como em transgressões materiais⁶¹⁸, sobretudo se for considerado que, no direito clássico, a ideia de "peccatum" representava uma infração genérica a uma norma com alguma natureza delitual⁶¹⁹.

^{. .}

⁶¹⁴ Gai. 3 aur. D. 44, 7, 5, 4: Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri. [Se o juiz tenha feito sua a lide, não parece obrigado propriamente por delito, mas porque tampouco é obrigado por contrato, e de todo modo é compreendido ter cometido alguma falta, ainda que por imprudência, por isso parece ser obrigado como se por delito].

⁶¹⁵ I. 4, 5 pr.: Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit. [Se o juiz tenha feito sua a lide, não parece obrigado propriamente por delito; mas porque tampouco é obrigado por contrato, e de todo modo é compreendido ter cometido alguma falta, ainda que por imprudência, por isso parece ser obrigado como se por delito, e, por causa disso, suportará a pena que à consciência do julgador parecer équa].

⁶¹⁶ O termo "maleficium" é empregado por Gaio como sinônimo de "delictum", por sinal, essa equiparação aparece reiteradas vezes nas Instituições gaianas (cf. Gai. 1, 128; 2, 181; 4, 75; 4, 112; cf. também J. PARICIO, Los cuasidelitos – observaciones sobre su fundamento histórico, Madrid, Civitas, 1987, pp. 33-34 e n. 28).

⁶¹⁷ Como aquelas já indicadas por Gai. 4, 52, pela "*Lex Irnitana*" 91 ou pelo Pap. Ant. 1, 22. ⁶¹⁸ M. GIUSTO, *Per una storia del 'litem suam facere*'. cit., p. 466.

⁶¹⁹ Segundo A. BERGER (cf. v. *Peccatum*, in ID., *Encyclopedic dictionary of roman law*. cit., p. 623), o termo "peccatum", no direito clássico, corresponderia a uma violação a uma norma com alguma natureza delitual. H. HEUMANN – E. SECKEL (cf. v. *Peccare*. in ID., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. cit., p. 411) por sua vez, indicam que "peccare" poderia ser compreendido como "sich vergehen", isto é, como delinquir ou cometer uma falta; os autores identificam inclusive o termo "peccatum" com "delictum".

A preocupação de Gaio, pelo menos nesse trecho conservado pelo Digesto, limita-se a esclarecer a classificação jurídica dessa figura. O jurisconsulto considera que o juiz que faz sua a lide não comete um delito nem conclui um contrato, mas a presença de um elemento transgressor em sua conduta aproximaria essa figura ao campo delitual. Daí sua definição de que ele estaria obrigado "quasi ex maleficio".

O termo "quasi", nessa e noutras locuções semelhantes, está conectado ao verbo e não propriamente ao substantivo "maleficio" 620, pois ela serve a uma função conformativa e indica um paralelo entre duas ações 621. No caso, o termo liga-se ao verbo "tenere" em sua forma de passiva do presente do infinitivo, que, por sua vez, denota a ideia de ser obrigado por algo 622. Logo, ao dizer que o juiz "quasi ex maleficio teneri", Gaio indica que – ao ter cometido um ato considerado faltoso – o "iudex" obrigava-se de modo análogo àquele indivíduo que cometesse um delito 623.

De qualquer forma, quando Gaio diz que o juiz se obrigava por ter cometido uma espécie de falta, ainda que por imprudência ("licet per imprudentiam"), não parece que a análise jurídica se pautasse por uma aferição da culpa como elemento da conduta transgressora do "iudex". Isso porque a conjunção "licet" tem uma função concessiva no texto, introduzindo uma oração que, apesar de expressar uma ideia contrária à principal, não impede sua concretização⁶²⁴.

Consequentemente, as expressões "peccatum" e "peccare" não implicam, nas fontes jurídicas clássicas, o mesmo sentido que vieram assumir no discurso ocidental influenciado pelo cristianismo, onde "pecar" adquire um sentido moral e uma implicação de culpa (cf. A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 389, n. 73; cf. também U. KEUDEL, v. pecco, in TLL, Vol. 10, Sec. 1, cc. 885-901 e, especialmente, cc. 885-886; E. FORCELLINI, v. peccatum, in ID., Lexicon totius latinitatis, Vol. 3, cit., p. 605 e F. SARAIVA, v. pecco, in ID., Novissimo dicionário latino-português. cit., p. 856). Por sinal, conforme esclarece F. LOURENÇO (cf. O grego dos evangelhos e a presente tradução, in ID, Bíblia – Volume I – Novo testamento – Os quatro evangelhos, São Paulo, Companhia das Letras, 2017, p. 46) a palavra grega "hamartía" ("άμαρτία"), que a Vulgata traduz por "peccatum", tem o inconveniente de reportar às discussões teológicas sobre a natureza do pecado, as quais são muito posteriores à redação dos evangelhos e do discurso dos primeiros cristãos. Em rigor, o termo grego significaria "erro" e estaria relacionado com "hamartánô" ("αμαρτανω"), que significaria algo como "errar o alvo"; e, no texto bíblico, esses termos estão sempre envoltos em metáforas, de forma que "pecar" não tem o mesmo significado no Gênesis que no Livro de Daniel ou no Evangelho de Mateus (cf. também G. ANDERSON, Sin – A history, New Haven, Yale University Press, 2009, p. 6).

 ⁶²⁰ A. BERGER, v. Quasi contractus-quasi delictum, in ID., Encyclopedic dictionary of roman law. cit., p. 665.
 ⁶²¹ N. MENDES DE ALMEIDA, Gramática latina. cit., p. 374 e ID., Gramática metódica da língua portuguesa, 46ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 363.

⁶²² A. BERGER, v. teneri, in ID., Encyclopedic dictionary of roman law. cit., p. 731; H. DIRKSEN, v. tenere, in ID., Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum. cit., pp. 949-950 e F. SARAIVA, v. teneo, in ID., Novíssimo dicionário latino-português. cit., pp. 1188-1189.

⁶²³ Como bem nota P. BIRKS (cf. *The roman law of obligations*, Oxford, Clarendon, 2014, p. 249), a terminologia empregada ("quasi") denota que a categoria correlata não estaria presente no caso concreto; isto é, os quase-contratos e os quase-delitos estariam reunidos em categorias próprias, pois não seriam contratos nem delitos.

⁶²⁴ N. MENDES DE ALMEIDA, *Gramática latina*. cit., pp. 368-370.

Consequentemente, Gaio concede a possibilidade de que o juiz fizesse sua a lide por "imprudentia", mas ressalva que a presença desse elemento era de todo desnecessária para a configuração do "litem suam facere", sendo possível, portanto, imaginar que a responsabilidade do juiz se desse objetivamente⁶²⁵.

Essa conclusão é, ainda, reforçada pelo próprio significado do termo "*imprudentia*". No direito clássico, ele não correspondia a uma modalidade de culpa, tal como se compreende contemporaneamente. Não era precisamente um termo técnico, pois denotava a falta de "*prudentia*"⁶²⁶ e, como este termo indicava a virtude pela qual o agente conseguia distinguir um comportamento conveniente daquele inconveniente, a ideia de "*imprudentia*" não significaria necessariamente a culpa, mas o desconhecimento e a inexperiência 627.

O termo "*imprudentia*" viria a adquirir um sentido mais próximo àquele do direito moderno, quando os compiladores justinianeus empregaram os textos clássicos dentro de uma ordem jurídica que tomava a "*culpa*" com cerne da responsabilidade civil e, assim, precisaram adaptar o significado do termo e adequá-lo à nova situação⁶²⁸.

No contexto das "Res cottidianae", portanto, Gaio concede que o "iudex" poderia fazer sua a lide mesmo que por ignorância ou inexperiência, indicando que se tratasse de uma hipótese de responsabilidade objetiva. A ação teria sido concedida contra o juiz que faltasse com seu dever, com base em um simples "factum", sem que houvesse necessariamente um juízo subjetivo sobre sua conduta⁶²⁹.

[•]

⁶²⁵ V. ARANGIO-RUIZ (cf. *Istituzioni di diritto romano*. cit., p. 378) sustenta que a ideia da responsabilidade subjetiva do juiz por negligência poderia ter tido alguma aceitação dentre os juristas romanos próximos da filosofia grega desde o período republicano, mas ele crê que essa aceitação teria sido uma posição prevalente apenas no período pós-clássico. Essa opinião, porém, decorre em grande parte do fato de o autor italiano acreditar que as "*Res cottidianae*" teriam sido escritas por um autor desconhecido do período pós-clássico e não por Gaio.

⁶²⁶ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 389.

⁶²⁷ A. PERNICE, Labeo – Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Vol. 2, Halle, Max Niemeyer, 1878, p. 292; C. A. CANNATA, Obbligazioni nel diritto romano, in Digesto IV, Sez. Civ. 12 (1995), p. 23; T. GIMÉNEZ-CANDELA, Los llamados cuasidelitos. cit., p. 52 e A. BURDESE, Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., p. 169. No fragmento Paul. 3 ad ed. D. 2, 2, 2, por exemplo, podese encontrar um caso em que o termo "imprudentia" é empregado não com a ideia de implicação de culpa, mas com o sentido de ignorância. Em sentido contrário, cf. F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 7 e 10; J. PLESCIA, Judicial accountability and immunity in roman law, in The american jornal of legal history 45 (2001), pp. 46-67. Há quem sustente a interpolação do termo, como C. DE KONNICK, Iudex qui litem suam fecit – La responsabilité quase-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire, in L. DE LIGT et al. (Org.), Viva vox iuris romani – Essays in honour of Johannes Spruit, Amsterdam, Gieben, 2002, pp. 83-84.

⁶²⁹ M. GIUSTO, *Per una storia del 'litem suam facere'*. cit., p. 467. Observa A. BURDESE, (cf. *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*. cit., p. 169 e n. 46) que o juiz ainda poderia ter sua responsabilidade caso apresentasse algum motivo que constituísse motivo para uma "*excusatio*" (cf. Ulp. 5 *ad*

Ao que se pode extrair das fontes, o "litem suam facere" corresponderia, em sentido técnico, ao fato de um juiz se sub-rogar no lugar do demandante da ação, em virtude de não ter proferido a sentença no momento em que deveria fazê-lo ou, o que lhe equivaleria, por ter proferido uma sentença nula⁶³⁰.

O trecho final de Gai. 3 aur. D. 50, 13, 6 revela, por fim, que o cometimento da falta pelo juiz, sujeitava-o a uma "actio in factum". Isso permitiria – esclarece Gaio – que o juiz responsável pelo "litem suam facere" pudesse ser condenado mediante uma pena cujo parecesse justo ao responsável pela sua aplicação.

Malgrado os vários indícios nas fontes de que o juiz responderia objetivamente por violações procedimentais, um texto de Ulpiano fornece um obstáculo à unidade da categoria.

(dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Ulp. 21 ad ed. D. 5, 1, 15, 1: Iudex tunc Ulp. 21 ad ed. D. 5, 1, 15, 1: Então o juiz litem suam facere intellegitur, cum dolo é compreendido fazer sua a lide, quando malo in fraudem legis sententiam dixerit com dolo mau em fraude de lei profere a sentença (parece fazer isto com dolo mau, se dele é evidentemente demonstrado ou 'gratia' ou 'inimicitia' ou também 'sordes'), para que seja coagido a prestar a verdadeira estimação da lide.

Conforme descreve Ulpiano nesse fragmento, o juiz também faria sua a lide quando, dolosamente, proferisse uma sentença em fraude à lei ("cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit"). O texto destoa substancialmente dos fragmentos anteriores⁶³¹, pois,

631 Por isso, o fragmento foi alvo de diversas críticas interpolacionistas, que atacaram a genuinidade de seu conteúdo. A. D'ORS (cf. 'Litem suam facere'. cit., pp. 377-379), por exemplo, contesta o emprego da expressão "in fraudem legis", a qual, segundo ele, teria um significado ambíguo. Para o autor, ela não seria muito compatível com a exigência do "dolus malus", exemplificado pelos elementos da "gratia", "inimicitia" e "sordes", cujo significado estaria muito mais relacionado à ideia de injustiça que à inobservância de imperativos normativos. Ainda segundo A. D'ORS (cf. 'Litem suam facere'. cit., pp. 378 e 389), o fragmento não seria apenas interpolado, mas completamente não genuíno, sugerindo que deveria ser excluído de qualquer análise sobre o direito clássico. Para esse autor, o fragmento em questão não seria propriamente interpolado pelos compiladores justinianeus, pois, na sua visão, a concepção justinianeia sobre a matéria seria aquela apresentada nos fragmentos de Gaio e que foi, eventualmente, fixada em I. 4, 5 pr. Além do mais, diz, o uso genérico do termo "lex" para se referir ao ordenamento jurídico como um todo – tal como parece estar sendo usado no fragmento em questão – não seria próprio de juristas clássicos. Segundo A. D'ORS, o texto de Ulp.

ed. D. 5, 1, 16), desse modo, o autor italiano sugere que a responsabilidade do juiz não poderia ser fundada num simples "factum" onde não seria levado em consideração o nexo causal ou qualquer elemento subjetivo. 630 A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 369.

além de indicar o dolo como requisito de responsabilidade, ele não se refere ao uma falta de natureza processual, mas a uma violação relacionada à substância da lei⁶³².

O texto fornece o exemplo de três motivos impróprios que poderiam evidenciar ("si evidens arguatur") o dolo no pronunciamento da sentença: "gratia", "inimicitia" e "sordes". A aposição da frase para esclarecer a ideia de dolo no pronunciamento da sentença foi considerada uma interpolação dos compiladores ou um glossema pós-clássico, não somente porque haveria uma incompatibilidade com as demais fontes sobre o "iudex qui litem suam fecit", mas porque ofereceria um obstáculo à unidade de toda a categoria dos quase-delitos⁶³³.

A ideia dos quase-delitos é profundamente controversa e sujeita a diversas teorias, justamente em razão da heterogeneidade das figuras que compõem a categoria, como o "litem suam facere"634.

Uma posição bastante predominante na romanística, mas que encontra raízes no início do século passado, entrevê nos quase-delitos uma categoria de ilícitos de responsabilidade objetiva⁶³⁵. Malgrado seja uma tese plausível em muitos aspectos, a figura do "*iudex*" – e o texto de Ulp. 21 *ad ed.* D. 5, 1, 15, 1 em particular – continua a oferecer um empecilho à unidade da categoria⁶³⁶.

Diante disso, P. BIRKS⁶³⁷ sugeriu que, diferentemente dos delitos, nos quais o agente seria responsável por uma vinculação obrigacional involuntária, o quase-delito

²¹ ad ed. D. 5, 1, 15, 1 seria um texto marcado por amplos glossemas pós-clássicos que os compiladores aproveitaram, sem se darem conta, porém, da contrariedade que ele apresentava à sua concepção sobre o "litem suam facere". V. ARANGIO-RUIZ (cf. Istituzioni di diritto romano. cit., p. 378), por outro lado, defendia que a frase "dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit" seria tecnicamente perfeita e teria a caraterística de ter sido transcrita a partir do próprio edito; posição com a qual concorda F. DE MARTINO (cf. 'Litem suam facere'. cit., pp. 8-9), mas apenas em relação à menção ao dolo.

⁶³² A. FÖLDI, Appunti sulla categoria dei quasi-delitti, in Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Budapestinensis 37 (1999-2000), p. 9; G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate. cit., p. 21.

⁶³³ O. LENEL, *Das edictum perpetuum.* cit., p. 168; P. STEIN, *The nature of quasi-delictual obligations in roman law.* cit., p. 569.

⁶³⁴ Gai. 3 aur. D. 50, 13, 6.

⁶³⁵ B. KÜBLER, Die Haftung für Verschulden bei kontraktsählinchen und deliktsähnlichen Schuldverhältinissen, in SZ 39 (1918), pp. 218-222; P. STEIN, The nature of quasi-delictual obligations in roman law. cit., p. 569; J. PARICIO, Los cuasidelitos – observaciones sobre su fundamento histórico, Madrid, Civitas, 1987, pp. 47-48; T. GIMÉNEZ-CANDELA, Los llamados cuasidelitos. cit., pp. 159-160; R. ZIMMERMANN, The law of obligations. cit., p. 17; A. J. SIRKS, Delicts, in D. JOHNSTON (Org.), The cambridge companion to roman law, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 268; J. C. RIBEIRO NETO, Iudex qui litem suam facit – Hipóteses de responsabilidade objetiva no direito romano clássico, São Paulo, Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, 2015, p. 90.

⁶³⁶ P. STEIN, *The nature of quasi-delictual obligations in roman law.* cit., p. 569.

⁶³⁷ The problem of quasi-delict. cit., p. 180 e ID. The roman law of obligations. cit., p. 263.

corresponderia a uma causa de vinculação não necessariamente involuntária, pois pressuporia a prévia assunção de uma posição especial pelo agente. Enquanto qualquer pessoa poderia incorrer em um delito, os quase-delitos só poderiam ser cometidos por aqueles em situações particulares. A tese acomodaria melhor a figura em questão, já que seria preciso se tornar um "*iudex*", antes de "*litem suam facere*"; isto é, seria preciso assumir o encargo de julgar a causa e desempenhá-lo adequadamente, antes que se pudesse violar esse mesmo dever⁶³⁸.

Não obstante, ainda é possível que a categoria dos quase-delitos não estivesse relacionada a nenhum elemento ordenador específico e correspondesse apenas a uma categoria residual ou mesmo artificial⁶³⁹, o que, de certo modo, explicaria a menção de Gaio⁶⁴⁰ às "variae causarum figurae" como categoria que abarcaria aquelas situações que não fossem contratos ou delitos⁶⁴¹.

Independentemente disso, a passagem aposta ao cerne do fragmento, que tem uma profunda conotação de opinião, pretende expandir a ideia de "dolus malus", equiparando-o ao comportamento do juiz marcado por "gratia", "inimicitia" ou "sordes"; cuja prova teria de ser alcançada a partir de elementos externos ou patentemente manifestos no julgamento, tal como sugere o termo "evidens" mencionado no texto⁶⁴².

As expressões "gratia" e "inimicitia" corresponderiam a estados de ânimo antiéticos e perniciosos à correição da decisão judicial, pois implicariam na complacência ou hostilidade para com alguma das partes. Já a "sordes" é normalmente identificada com

⁶³⁸ M. KASER – K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht. cit., p. 196 e n. 38.

⁶³⁹ Como sustenta O. ROBINSON (cf. *Justinians' institutional classification and the class of quasi-delict*, in JLH 19 (1998), pp. 246-249), a categoria dos quase-delitos seria artificial (ela emprega inclusive o termo "*bogus*" para se referir a essa categoria) e fora criada para contrabalancear e manter a simetria perante os quase-contratos, a fim de tornar as Instituições imperiais mais didáticas. Sobre essa a dificuldade classificatória. Cf. também: T. MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, in *Irish Jurist* 2 (1969), pp. 375-385; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*. cit., pp. 38-44 e ID., *Istituzioni di diritto romano*. cit., p. 632. Uma interessante observação é apresentada por J. C. RIBEIRO NETO (cf. *Iudex qui litem suam facit*. cit., pp. 44-45), que apesar de defender a responsabilidade objetiva como critério unificador da categoria, aponta que os quase-delitos poderiam decorrer de uma mera "semelhança de família" ("*Familienähnlichkeit*"), isto é, corresponderia a um conjunto de conceitos entre os quais existiriam relações não reduzíveis a um único conceito ou princípio; seus elementos integrantes, tal como em uma família humana, nem sempre teriam uma qualidade única em comum. Sobre essa mesma ideia, cf. N. ABBAGNANO, v. *Famiglia*, in ID., *Dizionario di filosofia*, 2ª Ed., Torino, UTET, 1971, p. 377 e F. WAISMANN, *Einführung in das mathematische Denken – Die Begriffsbildung der modernen Mathematik*, Wien, Gerold, 1936, p. 182.

⁶⁴⁰ Gai. 2 aur. D. 44, 7, 1, pr.

⁶⁴¹ F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, 2ª Ed., Milano, Cisalpino-Goliardica, 1988, p. 672.

⁶⁴² P. BIRKS, A new argument for a narrow view of litem suam facere, in TR 53 (1983), p. 386.

alguma espécie de corrupção do juiz, porém M. GIUSTO⁶⁴³ questiona-se acerca do motivo que teria levado à escolha de um termo tão restrito para qualificar o dolo do julgador, pois – apesar de "sordes" indicar uma baixeza de espírito, mesquinhez e ganância – essas não teriam sido qualidades morais necessariamente relacionada a atos de corrupção. Mas, como sugere R. SCEVOLA⁶⁴⁴, o termo "sordes" significaria na origem algo similar à inimizade e, apenas no período justinianeu, teria sido reinterpretado como corrupção.

Essas hipóteses de comportamento, se tomadas em conjunto, provavelmente exauririam as hipóteses mais comuns de vícios do juiz, além de indicarem que o "*iudex*" – além dos simples desvios procedimentais já indicados – também poderia ser responsabilizado por condutas marcada pela parcialidade⁶⁴⁵.

Ainda que o trecho aposto ao fragmento seja considerado um glossema ao texto de Ulpiano, ele não altera a substância do texto, pois opera uma função acessória de esclarecimento sobre o seu núcleo fundamental⁶⁴⁶. Consequentemente, se o trecho for removido do fragmento, ainda se manteria o fundamento de que o "*iudex*" faria sua a lide caso proferisse dolosamente uma sentença em fraude à lei.

Consequentemente, Ulpiano indica que não bastaria o simples dolo do julgador. Antes que essas tendências enviesadas do julgador se tornassem relevantes, seria necessário que estivessem conjugadas com um julgamento "*in fraudem legis*"⁶⁴⁷.

Alguns autores, como B. KÜBLER⁶⁴⁸, O. LENEL⁶⁴⁹, T. GIMÉNEZ-CANDELA⁶⁵⁰ e, mais recentemente, A. BURDESE⁶⁵¹, sugeriram que a fraude mencionada por Ulpiano se referiria a alguma lei específica, como a "*Lex Furia*", a "*Lex Cornelia*" ou mesmo a "*Lex Iulia*". Essa hipótese funda-se sobre a "*inscriptio*" do texto de Ulpiano, uma vez que, em seu livro 21

⁶⁴³ Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 465.

⁶⁴⁴ La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., p. 250; cf. também A. Burdese, Note sulla responsabilità del 'iudex privatus'. cit., p. 46.

⁶⁴⁵ G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate. cit., p. 23.

⁶⁴⁶ Sobre a composição gramatical da oração e a noção de aposição e aposto, cf. N. MENDES DE ALMEIDA, *Gramática latina. cit.*, p. 132 e A. B. HAUY, *Gramática da língua portuguesa padrão*, São Paulo, Edusp, 2015, pp. 1135-1154.

⁶⁴⁷ G. MACCORMACK, The liability of the judge in the republic and principate. cit., p. 23.

⁶⁴⁸ Die Haftung für Verschulden bei kontraktsählinchen und deliktsähnlichen Schuldverhältinissen, in SZ 39 (1918), p. 221.

⁶⁴⁹ Das edictum perpetuum. cit., pp. 216-217.

⁶⁵⁰ Los llamados cuasidelitos, cit., pp. 49-50.

⁶⁵¹ Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., pp. 176-177.

"ad edictum", comentava-se a "Lex Cicereia" e "Cornelia", enquanto no livro 20, a "Lex Furia" 652.

No entanto, não é porque a expressão de Ulpiano tenha se originado a partir de comentários às garantias pessoais que a fraude não poderia estar relacionada a outros casos de violação genérica à lei⁶⁵³. Autores como P. BIRKS⁶⁵⁴, J. PARICIO – I. CREMADES⁶⁵⁵, M. GIUSTO⁶⁵⁶ e principalmente R. SCEVOLA⁶⁵⁷, creem que Ulpiano estaria aplicando uma regra geral ao caso particular do "*iudex*", de forma que a "*fraus*" a qualquer preceito jurídico poderia levar à configuração do ilícito de "*litem suam facere*".

Como esclarecem W. Kunkel – T. Mayer-Maly⁶⁵⁸, o especial problema da fraude à lei era um tema bem compreendido pela jurisprudência clássica, que, já no final do século I d.C., teria iniciado a traçar uma discriminação entre a simples violação à lei e a fraude propriamente dita. E é de se supor que, à época de Ulpiano, esse conceito já estivesse mais bem definido.

Aliás, em Ulp. 4 ad ed. D. 1, 3, 30, o próprio Ulpiano oferece a seguinte lição sobre a matéria: "Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ὑητὸν ἀπὸ διανοἰας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit" ⁶⁵⁹. Isto é, frauda-se a lei quando se atua contrariamente àquilo que ela não quer, ainda que não o tenha expressamente proibido. O jurisconsulto ainda acrescenta que a relação entre agir "contra legem" e agir "in fraudem legi" refletiria o mesmo paralelo existente entre a palavra e o pensamento.

Essa relação é também esclarecida por Paulo em *lib. sing. ad leg. Cinc.* D. 1, 3, 29, onde se diz que: "Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui

⁶⁵² O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. 2, cit., cc. 539-542; E. DESCHEEMAEKER (cf. *Obligations quasi ex delicto and strict liability in roman law*. cit., pp. 16-17) concorda que o sentido original da passagem fosse o de uma fraude a alguma lei específica, mas sugere que – após o texto ser inserido no Digesto pelos compiladores – ele teria alcançado um sentido genérico.

⁶⁵³ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 9.

⁶⁵⁴ P. JÖRS et al., Römisches Recht. cit., p. 387

⁶⁵⁵ La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. cit., p. 202.

⁶⁵⁶ Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 464.

⁶⁵⁷ La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., pp. 307-320. Por sua vez, F. MATTIOLI (cf. *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti.* cit., pp. 23-24 e nn. 18-20), demonstra-se disposta a aceitar a hipótese que, apesar de Ulpiano estar lidando – em concreto – com a violação a uma lei específica, em particular, a "*Lex Cornelia*", ele estaria prescrevendo uma lei geral a um caso específico.

⁶⁵⁸ Römisches Recht. cit., p. 118.

⁶⁵⁹ Ulp. 4 ad ed. D. 1, 3, 30: "É feita a fraude à lei quando é feito aquilo que ela não quis que fosse feito, mas não proibiu que fosse feito; e como dista a palavra do pensamento, assim dista a fraude daquilo que é feito contra a lei".

salvis verbis legis sententiam eius circumvenit"⁶⁶⁰. Consequentemente, uma sentença seria "contra legem" caso não respeitasse a letra da lei, descumprindo o que ela expressamente estatui; enquanto seria uma decisão "in fraudem legis", caso a sentença observasse a letra da lei, mas violasse o seu espírito.

Segundo G. MACCORMACK⁶⁶¹, seria plausível que, no fragmento em questão, Ulpiano estivesse descrevendo uma situação na qual a sentença do "*iudex*" adequar-se-ia à letra da lei, mas violaria o seu espírito, pois essa seria uma interpretação que não apenas seria compatível com a definição de "*fraus legis*" – fornecida pelo próprio Ulpiano em Ulp. 4 *ad ed.* D. 1, 3, 30 –, como melhor se coadunaria à ideia da mencionada "*vera aestimatio litis*".

Uma posição interessante é, porém, sugerida por R. SCEVOLA⁶⁶², que admite a substancial genuinidade do fragmento e propõe que Ulpiano teria ampliado a aplicação do "litem suam facere" perante as demais hipóteses de responsabilidade do juiz. Para o autor, Ulpiano não estaria tratando de um caso de "iniuria iudicis", sobretudo porque o processo formulário – assim como o processo "per legis actiones" – não reconhecia o princípio da impugnabilidade da sentença e, portanto, de sua revisão.

O autor propõe que a expressão "dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit" estaria relacionada ao uso equivocado dos poderes processuais por parte do juiz, principalmente em relação à manifestação sobre as provas. Assim, a "fraus legis" poderia ser compreendida como violações formais tipicamente diferentes daquelas representadas pelo "neque diffindere neque sententiam dicere", mas sempre reconduzíveis a aspectos processuais do encargo judicial⁶⁶³.

Apesar de ser uma sugestão em grande parte hipotética⁶⁶⁴, ao interpretar o fragmento não como uma situação de injustiça material da sentença, mas como um uso incorreto dos poderes instrutórios pelo juiz, em relação à sua atividade diretiva do processo, R. SCEVOLA

⁶⁶⁰ Paul. lib. sing. ad leg. Cinc. D. 1, 3, 29: "Faz <qualquer coisa> contra a lei quem faz aquilo que a lei proíbe; frauda a lei quem, respeitadas as palavras da lei, contorna o seu sentido".

⁶⁶¹ The liability of the judge in the republic and principate. cit., p. 23.

⁶⁶² La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., pp. 321-332. Segundo A. BURDESE (cf. Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., pp. 177-178) e F. MATTIOLI, (cf. Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti. cit., p. 30), o fragmento de Ulpiano representaria uma forma de extensão da responsabilidade por "litem suam facere" anteriormente indicada no texto de Gai. 4, 52, haja vista ambas apresentarem uma conduta que resultava em uma sentença que, válida ou não, provocava a responsabilidade do juiz em virtude de uma violação aos poderes concedidos ao órgão julgador pela lei ou por um ato do magistrado.

⁶⁶³ R. SCEVOLA, La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., p. 373.

⁶⁶⁴ A. BURDESE, Note sulla responsabilità del 'iudex privatus'. cit., p. 46.

oferece uma solução compatível com as hipóteses de responsabilidade apresentadas pela "*Lex Irnitana*" e pelo Pap. Ant. 1, 22⁶⁶⁵.

Além do mais, trata-se de uma hipótese que se coaduna com o fato de que o "*iudex*" raramente estaria em posição de desaplicar uma regra jurídica material, haja vista a sua decisão estar eminentemente limitada à matéria de fato e ao desenvolvimento da atividade instrutória⁶⁶⁶.

Consequentemente, seria possível sugerir que esse texto de Ulpiano não teria tido a pretensão de oferecer uma definição abrangente do "*litem suam facere*", mas apenas apontar uma de suas possíveis expressões; particularmente, aquela manifestação de um comportamento ilícito do juiz que, diversamente das demais hipóteses, requereria a presença de um elemento doloso para sua configuração⁶⁶⁷.

Diante disso, completa Ulpiano ao final do fragmento, se estivesse configurada uma conduta de "litem suam facere" por "fraus legis", o juiz poderia ser coagido a prestar a "vera aestimatio litis". Apesar de algumas discordâncias na romanística, A. Burdese 668 considera o trecho final do fragmento substancialmente genuíno, em parte devido ao fato de que não seria incomum no discurso ulpianeu a referência à ideia de "vera aestimatio litis". De qualquer forma, a expressão serviria para relacionar o valor da responsabilidade do juiz ao prejuízo sofrido pelo autor da ação frustrada ("aestimatio litis").

Ao adicionar o adjetivo "vera", Ulpiano possivelmente estaria indicando a necessidade de uma adequação do valor da condenação imposta ao juiz à uma avaliação equitativa da sanção, correspondendo a uma sutil, mas importante adequação da "condemnatio". Esse fator de avaliação equitativa permitiria garantir, além de uma

152

__

⁶⁶⁵ Uma posição não muito distante é sustentada por T. GIMÉNEZ-CANDELA (cf. *Los llamados cuasidelitos*. cit., pp. 49-50), que, apesar de propor a ideia de que a fraude à lei mencionada no fragmento se referiria à uma lei específica, sugere que essa lei seria a "*Lex Iulia*" mencionada na "*Lex Irnitana*" e que teria disciplinado os procedimentos formais de condução do processo aos quais o juiz deveria se conformar. Essa seria uma hipótese que, igual àquela de R. SCEVOLA, favoreceria a ideia de uma vinculação entre o "*litem suam facere*" e a violação a regras procedimentais.

⁶⁶⁶ Em sentido contrário, M. GIUSTO (cf. '*Litem suam facere*' – *A proposito di uma recente monografia*, in SDHI 72 (2006), pp. 403-404), que discorda de R. SCEVOLA e de sua interpretação restritiva da "fraus legis" reafirmando que a fraude poderia alcançar, além de violações procedimentais, também violações substanciais. Mas isso só é possível, pois M. GIUSTO reconhece que o fragmento de Ulpiano representaria o momento em que a figura da apelação – nascida com as "*cognitiones extra ordines*" no sec. I d.C. – teria sido estendida para o processo formulário. De qualquer forma, o autor ressalta que a "*fraus legis*" não corresponderia a qualquer erro substancial, mas à inobservância, elisão ou aplicação inexata de um preceito normativo.

⁶⁶⁷ F. MATTIOLI, Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti. cit., p. 22 e n. 17.

⁶⁶⁸ Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., p. 182 e n. 83.

penalização do "iudex", a reparação que a parte prejudicada possa ter sofrido para além do simples valor da "lis".

3.6. Considerações parciais sobre a responsabilidade do juiz

A responsabilidade o "iudex" – pelo menos no quadro fixado ao final do período clássico - corresponderia a casos em que o julgador cometeria violações a critérios elementares, mas inerentes à condução do processo, ao respeito à fórmula, ao proferimento da sentença e à sua idoneidade enquanto ato legítimo de resolução da controvérsia.

O juiz que violasse seus deveres de direção do processo e não proferisse a sentença, não prorrogasse adequadamente o processo ou proferisse uma sentença que extrapolasse os termos da "taxatio" teria provocado a extinção da lide e aberto a possibilidade para que o réu invocasse a "exceptio rei iudicatae vel in iudicio deductae" contra qualquer tentativa de repropositura da ação.

Em sua maior parte, essas hipóteses correspondiam a casos de responsabilidade objetiva, mas – tal como a categoria dos quase-delitos na qual estava incluído – o "litem suam facere" não dispunha de uma perfeita homogeneidade conceitual, já que a responsabilidade do julgador exigia a presença do dolo, quando se tratasse de uma sentença "in fraudem legis".670.

Para além da atividade coercitivo-disciplinar do pretor, o "litem suam facere" parece ter correspondido a uma responsabilidade substitutiva àquela do réu, já que, em virtude da conduta do juiz, o autor teria perdido a possibilidade de obter uma decisão válida e de satisfazer seu interesse⁶⁷¹. Tratando-se de uma responsabilidade substitutiva à do réu, ao fazer sua a lide, o juiz atraía para si uma ação judicial, que, como se vê em Gai. 3 aur. D. 50, 13, 6, correspondia a uma "actio in factum" cuja titularidade caberia autor da causa original. Este indivíduo era quem havia sofrido o prejuízo pela má condução do processo e,

⁶⁶⁹ M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 465. Contrariamente, cf. F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 9

⁶⁷⁰ C. DE KONNICK, *Iudex qui litem suam fecit.* cit., pp. 83-84.

⁶⁷¹ A. BURDESE, Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., p. 183.

consequentemente, havia perdido a causa e a possibilidade de a reapresentar em juízo sob as mesmas condições⁶⁷².

3.7. A ação contra o "arbiter ex compromisso" e Iust. C. 2, 3, 29, 2 (531 d. C.)

No final do século XIX, ao analisar o "receptum arbitrii", A. PERNICE⁶⁷³ chegou a afirmar que ali estariam presentes todos os requisitos para a concessão de uma ação contra o árbitro; mas, apesar disso, ressaltava que essa teria sido uma figura cujo desenvolvimento teria sido interrompido, haja vista não receber nenhuma tutela jurisdicional direta.

A ideia de que o direito romano clássico não teria concedido nenhuma ação contra o "arbiter ex compromisso" tem sido a interpretação predominante na romanística moderna⁶⁷⁴. A despeito disso, na segunda metade do século passado, A. D'ORS⁶⁷⁵ acenou à possibilidade de que o "receptum" talvez desse lugar a uma "actio in factum" contra o árbitro que, tendo aceitado o cargo de julgador, não chegava a proferir a sentença.

Segundo o autor espanhol, haveria um duplo paralelismo que autorizaria pensar na concessão dessa ação. Por um lado, o "receptum arbitrii" pertenceria àquele grupo de "recepta", os quais, marcados por um ato de assunção de garantia, eram tutelados pelo pretor mediante uma ação. Por outro, haveria uma correlação fática entre a desídia do árbitro e os casos do "iudex qui litem suam facere" que permitiria pensar na concessão de uma tutela jurisdicional direta contra o "arbiter" 676.

Todavia, foi principalmente J. PARICIO⁶⁷⁷ o responsável por desenvolver essa ideia. Segundo este autor, teria sido perfeitamente possível que, em algumas situações, o pretor

⁶⁷² A. BURDESE, In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano. cit., p. 102.

⁶⁷³ Labeo – Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Vol. 1, cit., p. 447. Segundo o autor alemão, a ausência da ação contra o árbitro teria sido uma consequência da dificuldade de se fixar o valor do prejuízo acionável.

⁶⁷⁴ Por todos, cf. K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht.* cit., pp. 84-86 e M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*. cit., pp. 2-4.

⁶⁷⁵ El arbitraje jurídico. cit., pp. 279-280. Conforme relata J. PARICIO (cf. Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'. cit., pp. 299-300), A. D'ORS já sugeria essa tese nas primeiras edições de seu manual. Não foi possível consultar as edições mais antigas, mas na décima e última edição de seu curso, o autor espanhol ainda sustentava a tese fixada na quinta edição da obra, pela qual ele sustentava que o "receptum arbitrii" talvez pudesse – à semelhança dos outros "recepta" – permitir uma "actio in factum" contra o árbitro (cf. A. D'ORS, Derecho Privado Romano. cit., p. 187 e n. 2).

⁶⁷⁶ A. D'ORS, El arbitraje jurídico. cit., p. 280.

⁶⁷⁷ J. PARICIO (cf. *Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'*. cit., pp. 300-306) aponta ao fragmento Cal. 1 *ed. mon.* D. 4, 8, 41, de Calístrato, como um possível indício nas fontes da existência da ação contra o

pudesse ter concedido uma ação similar àquela do "*iudex qui litem suam fecit*" contra o árbitro que não cumprisse o seu encargo, desde que estivessem presentes certos elementos fáticos que mimetizassem as hipóteses de responsabilidade do juiz.

Especificamente, a ação seria cabível sempre que o atraso injustificado no proferimento da sentença conduzisse a um dano ou prejuízo semelhante àquele que ocorria quando o "*iudex*" cometesse um ato suscetível de "*litem suam facere*". E isso teria lugar quando o atraso no proferimento da sentença frustrasse permanentemente a pretensão das partes (sobretudo do autor) à solução da controvérsia, provocando a preclusão definitiva das vias judiciais ordinárias⁶⁷⁸.

Essa frustração poderia se concretizar nos seguintes contextos: 1) se o árbitro deixasse de sentenciar um caso no qual as partes houvessem determinado o termo final da arbitragem no mesmo dia do termo prescricional da ação ordinária, ou 2) se as partes tivessem acrescentado ao compromisso um pacto de renúncia às suas ações, e o árbitro não proferisse sua decisão. Desse modo, o inadimplemento do árbitro privaria ao autor a possibilidade de se socorrer da via jurisdicional ordinária, causando-lhe prejuízos semelhantes àqueles ocasionados pelo "*iudex*" que descumprisse os seus deveres⁶⁷⁹.

Imagine-se o caso de uma compra e venda, em que o comprador reclamaria ter adquirido uma mercadoria com vícios ocultos. Ele teria contra o vendedor a tutela de uma ação edilícia exercitável no prazo de seis meses ("actio redhibitoria") e outra no prazo de um ano ("actio quanti minoris"). Diante do conflito, comprador e vendedor decidem recorrer à arbitragem e celebram um compromisso, no qual estipulam o prazo de um ano para o árbitro sentenciar e resolver o litígio sobre os vícios redibitórios.

menor de 25 anos.

155

árbitro. O ponto nevrálgico do texto, para o autor, estaria no emprego do verbo "sucurrere" para indicar a tutela concedida ao maior de 20 e menor de 25 anos que aceitasse o papel de árbitro. Diante dessa expressão, J. PARICIO traça um paralelo com Ulp. 4 ad ed. D. 2, 13, 1, 5, no qual se concede uma "actio in factum" contra o demandante que não fizera a "editio" processual. Reconhece-se que, em Ulp. 4 ad ed. D. 2, 13, 1, 5, estar-se-ia reconhecendo de forma implícita a existência de uma "actio" e que o pretor deveria "subvenire" essas pessoas contra a ação que o demandado poderia exigir contra elas por não terem procedido com a "editio". O paralelo proposto pelo autor espanhol residiria justamente entre os termos "subvenire" e "sucurrere", uma vez que se tratam de sinônimos. Ele argumenta que seria possível compreender este último verbo – presente em Cal. 1 ed. mon. D. 4, 8, 41 – como uma admissão de que o pretor deveria proteger o maior de 20 e menor de 25 anos contra uma ação que lhe fosse movida. Todavia, o próprio autor conclui não ser uma interpretação muito exata, pois a única coisa que Calístrato daria a entender seria uma disseminada compreensão presente na jurisprudência da época de que a proteção da "lex Iulia" ao menor de 20 anos também deveria ser estendida ao

⁶⁷⁸ J. PARICIO, Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'. cit., p. 306.

⁶⁷⁹ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 161.

Caso o árbitro não sentenciasse nem requeresse a prorrogação do prazo dado (ou mesmo se sentenciasse após o decurso do prazo), o "compromissum" seria extinto⁶⁸⁰ e a pena estipulada não poderia ser cobrada⁶⁸¹. Ademais, a controvérsia ficaria sem solução, pois o comprador não teria mais como recorrer à jurisdição ordinária, diante da prescrição de suas duas ações edilícias. Perante uma situação como essa, poder-se-ia imaginar que o comprador teria a seu dispor uma ação decretal, concedida pelo pretor mediante o seu poder de "imperium"⁶⁸², cujo objeto haveria de ser uma pretensão indenizatória pelo dano produzido pelo árbitro inadimplente⁶⁸³.

A hipótese de J. PARICIO é sugestiva, principalmente porque aponta a um cenário em que as consequências provocadas pelo descumprimento ao "receptum arbitrii" espelhavam a "mors litis" e a preclusão das vias de acesso à jurisdição, que, como visto, a "Lex Irnitana" indicava serem situações suscetíveis de "litem suam facere".

Ademais, essa hipótese tem a virtude de indicar que a concessão de uma "actio" contra o árbitro, à semelhança do "iudex", poderia ter sido tecnicamente possível; já que – além de as funções exercidas por cada figura serem suficientemente próximas entre si – alguns dos elementos fáticos essenciais ao "iudex qui litem suam facere" também poderiam ser encontrados na arbitragem compromissória, nomeadamente a falta cometida pelo julgador e a consequente preclusão das vias judiciais ordinárias.

Mas essa preclusão não ocorre como consequência ou efeito direto do "compromissum" nem do "receptum arbitrii". Na hipótese levantada por J. PARICIO, o autor perde a possibilidade de ajuizar suas ações ordinária por conta da estrutura procedimental escolhida pelas próprias partes, que atribuiu o termo final da arbitragem para junto do prazo prescricional daquelas ações. Trata-se muito mais de uma coincidência externa, cujo risco é deliberadamente escolhido pelas partes, que de um efeito natural da arbitragem privada.

Também é preciso ressaltar que a tese de J. PARICIO apoia-se em uma situação fática excepcionalíssima que não encontra qualquer menção nas fontes. A propósito, apesar de

⁶⁸⁰ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3

⁶⁸¹ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 21.

⁶⁸² Além das ações editais cuja fórmula era disposta no edito e, consequentemente, as partes tinham a expectativa – se não um verdadeiro direito – à sua concessão, o pretor poderia usar de seu "*imperium*" para tutelar situações para as quais não se previa uma fórmula edital e, portanto, não eram tuteladas pelo "*ius civile*" nem pelas ações editais honorárias. Nesses casos, o pretor poderia conceder uma ação decretal – também chamada de uma "*actio in factum*" (cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*. cit., p. 313).

⁶⁸³ N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 162.

ainda se deparar com alguma ressonância na romanística⁶⁸⁴, a ausência completa de um apoio explícito nas fontes clássicas levou o autor espanhol, eventualmente, a abandonar sua tese em favor da opinião de que a única sanção aplicável ao "arbiter" corresponderia a um ato coerção administrativa do pretor⁶⁸⁵.

Apesar de também rejeitar a tese de que caberia uma ação contra o árbitro à semelhança do "iudex qui litem suam fecit", I. CREMADES⁶⁸⁶ propôs uma hipótese própria para o cabimento de uma ação decretal contra o "arbiter ex compromisso".

A sugestão desse autor espanhol repousa na ideia de que a estrutura jurídica da arbitragem romana, tal como interpretada pela maioria da romanística, seria lacunosa e não contemplaria uma solução para o particular caso em que o árbitro não tivesse sentenciado no prazo estabelecido e – após a extinção do compromisso celebrado – uma das partes não quisesse mais renovar o procedimento arbitral, concedendo um novo prazo para julgamento⁶⁸⁷.

A concessão da ação, segundo esse mesmo autor, dependeria de três condições: 1) a inocência das partes em relação à ausência de sentença, 2) a vontade de uma delas em renovar o compromisso e 3) a impossibilidade de fazê-lo, por conta da recusa da contraparte.

Como o árbitro só poderia ser compelido pelo magistrado a aceitar um novo "receptum" e a se submeter a um novo prazo para julgamento, na hipótese de ambas as partes desejarem renovar o "compromissum" 688. Portanto, a ausência de uma sentença por culpa do árbitro somada à recusa de um dos litigantes em promover a renovação da arbitragem, diz I.

⁶⁸⁴ Também sugerem o cabimento de uma ação contra o árbitro "ex compromisso": C. GUTIÉRREZ GARCÍA, Receptum arbitrii. cit., pp. 154-155; N. RAMPAZZO, Sententiam dicere cogendum esse. cit., p. 161. Semelhantemente, F. SCHULZ, em sua obra "Prinzipen des römischen Rechts" (cf. 1934, trad. ing. M. WOLFF, Principles of Roman Law, Oxford, Clarendon, 1936, p. 225) parece sugerir o cabimento de uma ação contra o árbitro, quando ele diz que o "receptum arbitrii", enquanto um "pactum praetorium" seria acionável. No entanto, em uma obra posterior, o autor alemão é categórico a afirmar que "the parties had no action against him [o árbitro]" (cf. Classical Roman Law, Oxford, Clarendon Press, 1951, cf. p. 564).

⁶⁸⁵ Apesar de ainda defender essa ideia em seu curso de direito romano escrito juntamente com A. FERNANDEZ BARREIRO em 2000 (cf. *Fundamentos de derecho privado romano*. cit., pp. 142-143), o autor espanhol mudaria de posição em seu livro publicado em 2014 (cf. J. PARICIO, *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. cit., pp. 54-55).

⁶⁸⁶ La acción contra el árbitro que no dió sentencia, in AAVV., Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias, Tomo III, Madrid, Seminario de derecho romano 'Ursino Alvarez', 1988, pp. 1192-1202. O autor espanhol aponta que teria sido muito improvável que as partes configurassem o procedimento arbitral de uma maneira contrária à sua finalidade, que teria sido dissuasória, mas não impeditiva do recurso à jurisdição ordinária, haja vista a estrutura jurídica e eficácia do "compromissum" não denotarem uma renúncia à jurisdição.

⁶⁸⁷ I. CREMADES, *La acción contra el árbitro que no dió sentencia*, in AAVV., *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, Tomo III, Madrid, Seminario de derecho romano 'Ursino Alvarez', 1988, pp. 1192-1195.

⁶⁸⁸ Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 5 e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9.

CREMADES⁶⁸⁹, teria frustrado a expectativa da parte que desejasse renovar o compromisso; bem como teria ofendido o pretor, cuja promessa edital de garantir o pronunciamento da sentença ficaria impossibilitada.

Assim, acredita o autor, teria sido natural a concessão de uma ação contra o árbitro culpado, porque, sem ela, a estrutura do compromisso teria sido incapaz de satisfazer o interesse frustrado⁶⁹⁰.

É preciso, contudo, apontar que – tal como a sugestão de A. D'ORS e a tese de J. PARICIO – a hipótese levantada por I. CREMADES tampouco tem apoio explícito nas fontes e, em grande parte, consiste em uma especulação operada em cima das lacunas normativas e de analogias em matéria de renovação do procedimento arbitral. Aliás, o próprio autor reconhece que o silêncio das fontes seria expressivo e que os motivos indicados para a suposta concessão da ação contra o árbitro indicariam mais a sua possibilidade que uma efetiva probabilidade ou frequência, a qual, se de fato existiu, haveria de ter sido mínima ou praticamente inexistente⁶⁹¹.

A responsabilidade do "arbiter ex compromisso", até onde as fontes permitem uma conclusão, era um fenômeno jurídico "magis imperii quam iurisdictionis" cuja máxima expressão encontrava-se na rubrica edital do pretor, pela qual se prometia "cogere" o árbitro a proferir a sentença⁶⁹².

E ainda que se admita a possibilidade de que essa promessa edital pudesse ser concretizada – para além de uma sanção administrativa – mediante a concessão de uma ação decretal, não existe qualquer menção nas fontes de que isso teria sido efetivamente realizado no período clássico⁶⁹³. As poucas referências existentes sobre a sanção aplicada ao árbitro compromissário recalcitrante mencionam somente atos coercitivos de natureza administrativo-disciplinar, como a multa⁶⁹⁴.

A única fonte a aproximar a responsabilidade do "arbiter ex compromisso" ao "litem suam facere" do juiz ordinário e que, portanto, poderia sugerir o cabimento de uma ação

⁶⁸⁹ La acción contra el árbitro que no dió sentencia. cit., pp. 1192.

⁶⁹⁰ I. CREMADES, La acción contra el árbitro que no dió sentencia. cit., pp. 1198-1204.

⁶⁹¹ I. Cremades, *La acción contra el árbitro que no dió sentencia*. cit., p. 1204. A tese do autor espanhol foi aceita por N. Rampazzo (cf. *Sententiam dicere cogendum esse*. cit., p. 158-159 e n. 41).

⁶⁹² Cf. acima Cap. 3.1, 3.2.

⁶⁹³ K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 84-86

⁶⁹⁴ Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 12.

contra o árbitro não provém do período clássico, mas corresponde a uma constituição imperial proferida por Justiniano no ano de 531 d. C.

Iust. C. 2, 3, 29 pr. (531 d. C.): Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori proscriptione [sic] propter cingulum militiae suae vel vel dignitatis etiam sacerdotii praerogativam, licet ante dubitabatur, sive oportet eandem scripturam tenere et eum qui hoc pactus est non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestari decedere quidem a scriptura, suo autem iure uti: sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. 1. Si enim ipso edicto praetoris pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valent, cum alia regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare? 2. Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos perveniat scituros, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intellegantur.

Iust. C. 2, 3, 29 pr. (531 d. C.): Se, no redigir de um instrumento, um aceitara não fazer uso da "praescriptio fori" por conta de sua posição militar, de uma dignidade ou de outra prerrogativa sacerdotal, apesar de anteriormente ser duvidado se aquele escrito deveria ser respeitado, e se aquele que celebrara esse pacto não deveria infringir sua convenção ou se deveria ser concedido a ele a permissão de renunciar à escritura e fazer uso de seu direito: decretamos que a ninguém é permitido infringir seus próprios pactos e enganar os contraentes. 1. Se, com efeito, no próprio edito do pretor os pactos convencionados, que não tiverem sido feitos contra as leis nem com dolo mau, devem ser de qualquer forma observados, por qual razão os pactos não valem para esta questão, visto que conforme outra regra de direito antigo todos têm a permissão de renunciar àquilo que a seu favor foi introduzido? 2. E assim, todos os nossos juízes observem a isso nos litígios e, deste modo, cabe a observação aos juízes pedâneos, aos compromissários e aos árbitros eleitos; e devem saber que, se descumprirem, e

ainda será compreendido terem feito sua a lide.

O processo judicial do período pós-clássico e justinianeu viu o esquema geral da jurisdição ser repartido, para além da esfera comum, em uma série de jurisdições especiais em favor de determinadas matérias ou pessoas que se beneficiassem de "privilegium fori" ou seja, de algum favor excepcional que garantisse a uma particular categoria de indivíduos a possibilidade de se evadirem às regras de competência processual aplicáveis às demais pessoas 696.

Os indivíduos beneficiados por esse "privilegium" tinham acesso sobretudo a instâncias recursais especiais, normalmente vinculadas a órgãos de classe⁶⁹⁷. Havia, por exemplo, jurisdições especiais para atender aos senadores⁶⁹⁸, aos advogados⁶⁹⁹, aos soldados⁷⁰⁰, bem como aos funcionários palacianos ("palatini"), oficiais da administração financeira, dentre outros⁷⁰¹.

A constituição em questão, incialmente publicada no ano de 531 d.C. e, portanto, alguns anos antes de finalizados o Digesto⁷⁰² e as Instituições⁷⁰³, está inserida no título "*de pactis*" do livro segundo do Código de Justiniano e lida com o problema do pacto de renúncia ao uso da "*praescriptio fori*"; que, no direito pós-clássico e justinianeu, correspondia instrumento de defesa apresentado ao início do processo⁷⁰⁴, pelo qual a parte poderia impugnar a incompetência de determinada jurisdição e fazer valer um eventual privilégio pessoal⁷⁰⁵.

Em seu texto, aponta-se a existência de dúvidas sobre se as pessoas que houvessem celebrado um pacto – pelo qual concordavam renunciar ao seu foro privilegiado, mediante a

⁶⁹⁵ M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*. cit., pp. 542-543. Sobre os diversos "*privilegia fori*" e suas repercussões na administração do Império Romano no período tardo antigo, cf. A. H. M. JONES, *The later roman empire* – 284-602 – A social economic and administrative survey, vol. 1, Norman, University of Oklahoma Press, 1964, pp. 484-494.

⁶⁹⁶ A. BERGER, v. privilegium fori, in ID., Encyclopedic dictionary of roman law. cit., p. 651.

⁶⁹⁷ M. KASER – K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht. cit., pp. 543-545.

⁶⁹⁸ Paul. 1 sent. D. 50, 1, 22, 6; C. Th. 1, 6, 11; C. Th. 2, 1, 4.

⁶⁹⁹ Const. C. 2, 7, 22, 6 (505 d. C.).

⁷⁰⁰ C. Th. 2, 1, 2; Hon. e Ten. C. 3, 13, 6 (413 d. C.).

⁷⁰¹ C. Th. 1, 7, 4 (= Hon. e Teod. C. 1, 29, 2 [414 d. C.]); Teod. e Valent. C. 12, 52, 3 (444 d. C.); Leão C. 12, 59, 5 (s.d.); Anast. C. 12, 54, 5 (s.d.); Nov. 8, 6.

⁷⁰² Iust. *Const. Tanta* pr.-24 (533 d. C.) (= Iust. C. 1, 17, 2 pr.-24 [533 d. C.]).

⁷⁰³ Iust. *Const. Imperatoriam Maiestatem* pr.-7 (533 d. C.).

⁷⁰⁴ C. Th. 11, 30, 65 (= Hon. e Teod. C. 8, 35, 13 [415 d. C.])

⁷⁰⁵ M. KASER – K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht. cit., pp. 587-588.

não oposição da respectiva "praescriptio fori" – deveriam se ater àquilo que fora pactuado, submetendo-se assim à jurisdição ordinária, ou se poderiam ignorar ao pacto e requererem o respeito ao seu benefício.

Justiniano estatui que o pacto celebrado deveria ser obedecido ("nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere"), pois se os pactos que não eram concluídos com "dolus malus" nem violavam os preceitos legais deveriam ser respeitados, o mesmo também haveria de valer para o caso em questão, haja vista ser igualmente lícito renunciar à situação instituída a favor de si próprio.

No segundo parágrafo da constituição, Justiniano estabelece, por fim, que o conteúdo do pacto também vincularia todos os indivíduos incumbidos de decidirem controvérsias, fossem eles juízes pedâneos, árbitros eleitos⁷⁰⁶ ou, até mesmo, árbitros compromissários. Se esses julgadores ignorassem o pacto celebrado e descumprissem o seu conteúdo, eles teriam cometido uma falta igualmente suscetível de "litem suam facere" ("si neglexerint, etiam litem suam facere intellegantur").

Conforme sugere F. MATTIOLI⁷⁰⁷, o dispositivo dessa constituição reconduz o "*litem suam facere*" a novos comportamentos, mas o faria em uma circunstância de continuidade com a concepção clássica, principalmente com aquela presente em Gai. 4, 52; haja vista ambas reproduzirem o caso de um juiz que extrapola os limites de seus poderes jurisdicionais e toma uma decisão fora de sua competência, mesmo que a delimitação dessa competência se originasse a partir de um pacto celebrado entre as partes.

Não obstante, essa constituição é marcante, principalmente em sua parte final, pois apresenta o único caso em que um "arbiter ex compromisso" estaria sujeito a "litem suam facere". Assim, o texto de C. 2, 3, 29, 2 pareceria sugerir, portanto, que os casos de descumprimento aos pactos de renúncia aos "privilegia fori" corresponderiam a uma hipótese de transposição do regime jurídico do "iudex" ao árbitro compromissário, o qual

161

⁷⁰⁶ O funcionário ou governador responsável pela administração da justiça no processo da "cognitio" pósclássica poderia ele próprio decidir a controvérsia, como poderia indicar um "iudex pedaneus" e, em algumas situações, um "arbiter" para proferir a decisão em seu lugar. Esses "arbitrii" eram geralmente indicados para solucionarem controvérsias que exigiam algum tipo de inspeção ou exame discricionário sobre o objeto litigioso – tal como ocorria em ações demarcatórias ou divisórias –, de modo que se trata de uma modalidade específica de árbitro judicial que não se confunde com o "arbiter ex compromisso", que era uma figura eminentemente privada e cujo fundamento de seus poderes decisórios continuava a repousar no "compromissum" e no "receptum arbitrii"; sobre isso, cf. M. KASER – K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht. cit., pp. 547-549.

⁷⁰⁷ Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti. cit., p. 64 e n. 96.

também estaria sujeito à responsabilidade substitutiva ao dano sofrido pela parte lesada, podendo ser demandado por uma "actio in factum".

Malgrado as aparências iniciais do fragmento, deve-se apontar que a menção ao "litem suam facere" nessa constituição se dá num contexto substancialmente diferente daquele existente no período clássico, quando a disciplina sobre a responsabilidade patrimonial do juiz fora consolidada.

A alteração do panorama político romano, ao longo da época imperial, provocou reflexos consideráveis nas estruturas jurídicas, principalmente nas figuras processuais. A consolidação de poder nas mãos do imperador que conduziu Roma ao Dominato também provocou o aparecimento de um sistema processual de natureza eminentemente pública⁷⁰⁸.

Nos períodos pós-clássico e justinianeu, portanto, permaneceram poucos elementos do direito clássico. A extinção do processo formulário⁷⁰⁹ e a possibilidade de impugnação à sentença – peculiar aos "*iudicia extra ordinem*" – garantiam a existência de um remédio pelo qual os vícios e defeitos cometidos pelo julgador pudessem ser mais facilmente corrigidos. Isso teria enfraquecido as razões para a manutenção de uma responsabilidade patrimonial do "*iudex*", já que as partes teriam mais dificuldade de se depararem perante prejuízos processuais irreparáveis⁷¹⁰.

Além disso, a transformação do "*iudex privatus*" em uma modalidade de funcionário público e a decantação da jurisdição na pessoa do imperador favoreceram a alteração da responsabilidade do juiz, que deixou de ser marcada por uma relação travada entre o "*iudex*" e os litigantes, para se tornar o reflexo de uma situação na qual o juiz se inseria na hierarquia administrativa do poder público⁷¹¹.

Nesse cenário, como elucida R. LAMBERTINI⁷¹², teria havido o estabelecimento de um estatuto normativo destinado prevalentemente a proteger o interesse público e a defender a organização administrativa do Império, tomando o lugar da preponderante tutela do indivíduo privado. Inevitável, assim, que a responsabilidade do juiz assumisse uma fisionomia eminentemente disciplinar com tonalidades penais.

⁷¹⁰ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 24 e A. BURDESE, Note sulla responsabilità del 'iudex privatus'. cit., pp. 50-52.

⁷⁰⁸ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., pp. 22-23.

⁷⁰⁹ C. Th. 1, 16, 7.

⁷¹¹ R. LAMBERTINI, Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico, in ID., Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 199-201.

⁷¹² Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico. cit., p. 201.

Isso posto, uma corrente romanística relativamente recente propõe que o "litem suam facere" pode ter passado a significar – no período pós-clássico e justinianeu – uma responsabilidade disciplinar referente à falta cometida por qualquer forma de julgador no cumprimento de suas funções e não mais uma responsabilidade substitutiva à do réu⁷¹³.

O principal ponto de apoio dessa corrente repousa no desaparecimento das razões para que o "*litem suam facere*" continuasse a corresponder a uma responsabilidade substitutiva àquela do réu, mas outros fatores são levados em consideração.

O. ROBINSON⁷¹⁴, por exemplo, sugere que os compiladores teriam aproveitado a figura do "iudex qui litem suam fecit" para dois propósitos distintos. Primeiramente, na composição da divisão das obrigações e, em um segundo lugar, como instrumento de controle administrativo de funcionários públicos ou de seus delegados, como o "iudex pedaneus".

Semelhantemente, R. SCEVOLA⁷¹⁵ sustentou que, no direito justinianeu, o "*litem suam facere*" não estaria vinculado a nenhuma conduta específica do juiz, como ocorria no processo formulário. A figura teria sido desfigurada de seus elementos originais, assumindo contornos penais. Segundo esse autor, o emprego da locução "*poenam sustinebit*" – em I. 4, 5 pr. e Gai. 3 *aur.* D. 50, 13, 6 – seria um indicativo de que a figura teria se convertido em uma espécie de ilícito disciplinar destinado a reforçar as relações hierárquicas da administração imperial.

Consequentemente, a referência ao "litem suam facere" em C. 2, 3, 29, 2 constituiria nada mais que o produto de um percurso histórico, iniciado no período pós-clássico, cujo resultado seria uma responsabilidade do juiz nascida do descumprimento das disposições normativas proferidas pelos seus superiores hierárquicos e pelo imperador. O desrespeito a

⁷¹⁵ La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., pp. 544-548. Cf. também: A. BURDESE, Note sulla responsabilità del 'iudex privatus'. cit., p. 51.

⁷¹³ Dentre os autores mais recentes a defenderem essa posição, cf. O. ROBINSON, Justinian and the compilers' view of the iudex qui litem suam fecerit. cit., pp. 389-396; EAD., Justinians' institutional classification and the class of quasi-delict. cit., pp. 245-250; EAD., The 'iudex litem suam fecerit' explained. cit., pp. 195-199; A. BURDESE, Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare. cit., p. 186; ID., In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano, in ID., Miscellanea romanistica, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano, 1994, p. 102; M. GIUSTO, Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 468, n. 36; R. SCEVOLA, La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., p. 537. Também parece aceitar essa posição. J. C. RIBEIRO NETO (cf. Iudex qui litem suam facit. cit., pp. 56-61.

⁷¹⁴ Justinian and the compilers' view of the iudex qui litem suam fecerit. cit., pp. 389-390.

essas disposições teria sido interpretado como uma lesão ao interesse público e, portanto, exigiria a aplicação de uma sanção disciplinar sobre a pessoa do julgador⁷¹⁶.

Ainda segundo essa corrente, a sobrevivência do "*litem suam facere*" nas fontes pósclássicas e justinianeias – a despeito de já não mais corresponder à figura do processo formulário – representaria apenas a introdução de uma reminiscência classicista sem valor jurídico efetivo no contexto da responsabilidade disciplinar por Justiniano e seus compiladores⁷¹⁷.

Se essa perspectiva estiver correta, isso significaria que – no direito pós-clássico e justinianeu – a responsabilidade do juiz ordinário teria se aproximado ao esquema clássico aplicado ao "arbiter ex compromisso", cuja responsabilidade de natureza administrativa apoiava-se no exercício da "coercitio" do pretor e servia ao propósito instrumental de garantia aos comandos do magistrado.

Alguns estudos mais recentes sobre a responsabilidade do juiz – sobretudo aqueles conduzidos por A. PETITO⁷¹⁸, R. LAMBERTINI⁷¹⁹ e F. MATTIOLI⁷²⁰ – demonstram que, de fato, o campo de aplicação do "*litem suam facere*" no período pós-clássico virtualmente desaparecera, abrindo espaço a uma expansão da responsabilidade coercitivo-disciplinar sobre a pessoa do julgador, que, já nessa época, integrava a estrutura hierárquica imperial⁷²¹.

⁷¹⁶ R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*. cit., pp. 546-547, n. 10.

⁷¹⁷ F. DE MARTINO, 'Litem suam facere'. cit., p. 24 e R. SCEVOLA, La responsabilità del 'iudex privatus'. cit., pp. 540-541. A hipótese de que o "litem suam facere", sobretudo o caso mencionado em Iust. C. 2, 3, 29, 2 (531 d.C.), fosse uma simples reminiscência clássica encontraria algum reforço no fato de que o texto daquela constituição é parcialmente reproduzido em Iust. C. 1, 3, 50 pr. (531 d. C.), porém, dessa vez, sem qualquer referência ao "litem suam facere". Que o texto de Iust. C. 2, 3, 29, 2 (531 d.C.) fosse o original é comprovado, dentre outros, por K.-H. ZIEGLER (cf. Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 223-224). Diante da dupla presença dessas constituições, M. GIUSTO (cf. Per una storia del 'litem suam facere'. cit., p. 468 e n. 36) ressalta o contexto histórico de C. 2, 3, 29 pr.-2, escrita em um momento próximo às "quinquaginta decisiones". Como nesse período os responsáveis pelos provimentos normativos imperiais estariam ocupados com a leitura de textos clássicos e a elaboração do Digesto, não seria de se excluir que a referência ao "litem suam facere" nesse caso fosse devido à possível cópia de um texto que os justinianeus tivessem à mão. Assim, enquanto Iust. C. 2, 3, 29, 2 (531 d.C.) conteria um eco do regramento clássico, em Iust. C. 1, 3, 50 pr. (531 d. C.), o conteúdo teria sido reformulado, sendo eliminadas as referências desnecessárias aos debates jurisprudenciais, ao edito do pretor e à responsabilidade do juiz (cf. R. LAMBERTINI, Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico. cit., p. 231, n. 95).

⁷¹⁸ Il 'iudex qui litem suam facere' nella parafrasi di Teofilo, in C. CASCIONE, E. GERMINO e C. M. DORIA, Parti e giudici nel processo – dai diritti antichi all'attualità, Napoli, Saturna, 2006, pp. 453-491.

⁷¹⁹ Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico. cit., pp. 203-222.

⁷²⁰ Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti. cit., pp. 55-61.

⁷²¹ Alguns casos exemplificativos da responsabilidade "penal-disciplinar" do juiz no período pós-clássico podem ser vistos em: Marc. 14 *inst*. D. 48, 10, 1, 3, que informa sobre a punição ao juiz que descumprir as constituições imperiais; C. Th. 2, 1, 6, que lida sobre o dever de audiência e prorrogação inadequada do processo; Paul. *Sent*. 5, 25, que noticia a pena de deportação ao juiz que descumprisse as constituições imperiais; C. Th. 1, 2, 7 (= *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, 8, 7), que comunica sobre a pena de multa aplicável ao juiz que descumprisse os rescritos do imperador; C. Th. 11, 29, 5, que informa sobre a

Todavia, isso não significaria necessariamente que as menções justinianeias à essa figura fossem desprovidas de um conteúdo jurídico específico. Apesar de concordar que o "litem suam facere" teria sofrido profundas alterações ao longo dos anos, A. Petito⁷²² discorda de que essa expressão tivesse se tornado o signo de uma simples reminiscência clássica ou que tivesse se transformado em uma espécie de responsabilidade administrativa.

Segundo o autor italiano, as fontes justinianeias seriam claras ao indicarem que não teria havido outro remédio processual senão a "actio" contra o "iudex qui litem suam fecit" já que o registro desse instrumento processual está presente não apenas em Gai. 3 aur. D. 50, 13, 6, como também aparece na Paráfrase de Teófilo (4, 5 pr.)⁷²⁴.

Ademais, o uso da palavra "poena" nos textos de Gai. 3 aur. D. 50, 13, 6 e I. 4, 5 pr. não corresponderiam necessariamente a uma prova de responsabilidade disciplinar. Uma análise preliminar do léxico das Instituições imperiais poderia reforçar a tese de R. SCEVOLA: há três textos em que essa palavra é empregada junto ao verbo "sustinere" e, em dois deles, existe uma relação com delitos de natureza criminal⁷²⁵.

Contudo, além do escasso número de casos nesse sentido, o termo "poena" poderia assumir o sentido mais amplo de "ultio peccati"; isto é, de uma consequência decorrente de alguma falta, imposta para garantir um interesse público ou mesmo para realizar a pretensão de um indivíduo privado⁷²⁶. Assim, o sintagma "poenam sustinebit" – presente em Gai. 3

imposição da mesma pena cabível ao ilícito de sacrilégio aos juízes que descumprissem as regras em caso de recurso ou sobre "consultatio ante sententiam"; C. Th. 1, 6, 9, onde também se aborda o caso de uma multa ao juiz que descumprisse um comando do imperador. É interessante apontar a C. Th. 11, 30, 65 – uma constituição imperial outorgada pelos Imperadores Honório e Teodósio no ano 415 d. C. – que também lida com a questão da "praescriptio fori" e a oposição de recursos a decisões interlocutórias, mas que, diferentemente da posterior constituição de Justiniano (C. 2, 3, 29, 2) estatui a imposição de uma "multa" aos juízes e funcionários públicos que a descumprirem. Para uma análise minuciosa das diversas fontes do período pós-clássico, cf. R. LAMBERTINI, Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico. cit., pp. 203-222 e F. MATTIOLI, Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti. cit., pp. 55-61.

⁷²² Il 'iudex qui litem suam facere' nella parafrasi di Teofilo. cit., pp. 473-474.

⁷²³ A. PETITO, Il 'iudex qui litem suam facere' nella parafrasi di Teofilo. cit., pp. 473-474.

⁷²⁴ Apesar de escrever as paráfrases em grego, Teófilo foi um contemporâneo de Justiniano, tendo participado das comissões imperiais responsáveis pela elaboração da primeira edição do "*Codex*", bem como do Digesto e das Instituições. Possivelmente, morreu logo após o ano de 534 d. C., uma vez que não chegou a participar da comissão responsável pela elaboração da segunda edição do "*Codex*"; mas essa hipótese é disputada, sendo possível que o jurista tenha morrido tempos depois e não tenha participado da composição do novo código por algum outro motivo, como uma possível enfermidade ou por ter caído em desgraça perante o Imperador (cf. J. M. LLANOS PITARCH, *Teófilo*, in DOMINGO, Rafael, (Org.), *Juristas Universales – Volumen I – Juristas antigos*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 232-233).

⁷²⁵ I. 4, 5 pr. ("iudex [...] poenam sustinebit"); I. 4, 18, 3 ("[...] cuius poena animae amissionem sustinet [...]") e I. 4, 18, 6 ("[...] poenam legis Corneliae de sicariis sustinebit").

⁷²⁶ H. DIRKSEN, v. poena, in ID., Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum. cit., p. 723 ("Vltio peccati, Vindicta pubblica [...]"); E. FORCELLINI, v. poena, in ID., Lexicon totius latinitatis, Vol. 3, cit., p. 742 ("[...] hinc latiori significatione est adnimadversio, supplicium, ultio peccati, multa [...]"); H. HEUMANN – E. SECKEL, v. poena, in ID., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. cit., p. 435 ("Strafe, das für den Fall einer

aur. D. 50, 13, 6 e em I. 4, 5 pr. – poderia ter indicado simplesmente a indesejada consequência aplicável ao juiz que houvesse cometido alguma falta ("et utique peccasse aliquid intellegitur")⁷²⁷.

Dessa forma, não haveria muitos obstáculos para se interpretar a "poena" aplicável ao juiz que "litem suam fecit" – mesmo no direito justinianeu – como equivalente a uma "actio in factum" concedida a favor da parte prejudicada, até porque o próprio fragmento de Gai. 3 aur. D. 50, 13, 6 vincularia essas duas figuras entre si⁷²⁸.

Normübertretung von der Rechtsordnung angedrohte Uebel, [...] welches entweder im öffentlichen Interesse zu verhängen und zu vollstrecken ist [...] oder zu dessen Verwirklichung dem Verletzten ein im Zivilverfahren zu verfolgender Anspruch (actio poenalis) gewährt wird. [...]"); P. GLARE (Org.), v. poena, in Id., Oxford latin dictionary. cit., pp. 1535-1536 ("The disadvantage resulting from some action or situation, penalty, unpleasant consequence"). Sobre as diversas acepções e usos que esse termo poderia encontrar, inclusive no campo jurídico, cf. M. Ottink, v. poena, in TLL, vol. 10, cc. 2497-2511.

⁷²⁷ A. PETITO, *Il 'iudex qui litem suam facere' nella parafrasi di Teofilo*. cit., pp. 473-474.

⁷²⁸ Interessante notar que, ao longo do título "de receptis" do Digesto (D. 4, 8), a palavra "poena" é reiteradamente empregada pelos jurisconsultos clássicos, mas nunca assume um significado suscetível se ser compreendido como a concessão de uma ação. Em todos os fragmentos clássicos em que o termo aparece, há sempre a sua vinculação com as "stipulationes poenales" utilizadas pelas partes na configuração do "compromissum" ou com uma condenação do árbitro que, naquele caso concreto, impôs uma pena a ser cumprida pela parte sucumbente. Isto é, no título "de receptis", o termo "poena" nunca se refere à pessoa do árbitro, tratando quase que unicamente da eficácia indireta alcançada pelo exercício da "actio ex stipulatio". Cf. Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 2 ("[...] sed poenae petitionem."); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 3 pr. ("[...] neque poenae eo nomine commissae petitio dabitur"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 7, 1 ("Poena non committitur [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 9, 2 ("[...] poenae persecutio."); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 2 ("Quod ait praetor: 'Pecuniam compromissam', accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria, sed si et alia res vice poenae [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 11, 4 ("[...] et si sub condicione fuerit poena compromissa [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13 pr. ("[...] sit poena compromissi [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 1 ("[...] et de te poenam sim stipulatus [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 4 ("[...] si arbiter poenam ex compromisso peti vetuerit [...] quia non de poena compromissum est."); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 8 ("[...] poena non committetur."); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 9 ("[...] poenam committi [...] poena absolvitur."); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 11 ("[...] poena compromissi [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 21, 12 ("[...] poena statim peti potest [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 23 pr. ("[...] poenam compromissi [...] poenam petere [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 23, 1 ("[...] poenam non committi [...] poenam non committas [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 23, 3 ("[...] poenam non committi."); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 26 ("[...] ut poena committatur [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 1 ("[...] poenam committi [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 3 ([...] poena committetur [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 4 ([...] poena committetur [...] poenam autem is qui defuit committit [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 6 ("[...] poena committetur."); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 27, 7 ("Sed si poena non fuisset adiecta compromisso [...]"); Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 29 ("[...] an poena committatur? [...]"); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 30 ("[...] quia iam poena non potest esse [...] eum poena committenda [...]"); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32 pr. ("[...] in compromissis, minor an maior sit poena [...]"); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 1 ("[...] si poena commissa sit."); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 3 ("[...] an ex eo poena exigi potest: sive postea deficiat poena compromisso soluto die morte acceptilatione iudicio pacto."); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 8 ("[...] poenae exsecutionem [...]"); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 11 (" [...] ne poena committatur."); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 13 ("[...] ad poenam non facit."); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 32, 14 [...] poena petebatur [...] poenae petitione [...]"); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 34 pr. ("[...] poena committatur [...]"); Paul. 13 ad ed. D. 4, 8, 34, 1 ("Semel commissa poena [...]"); Gai. 5 ad ed. prov. D. 4, 8, 35 ("[...] poena non tenetur [...] a quo poena peti possit [...]"); Ulp. 77 ad ed. D. 4, 8, 36 ("[...] et petatur ex compromisso poena [...]"); Cels. 2 dig. D. 4, 8, 37 ("[...] poenam committet [...]"); Mod. 6 reg. D. 4, 8, 38 ("Cum poena ex compromisso petitur [...]"); Jav. 11 ex Cassio D. 4, 8, 39 pr. ("[...] poena ex compromisso committitur [...]"); Jav. 11 ex Cassio D. 4, 8, 39, 1 ("[...] poenam committendam prodest."); Pomp. 11 ex variis lect. D. 4, 8, 40 ("[...] Procul dubio poena minime commissa est [...] non committi poenam."); Cal. 1 ed. monit. D. 4, 8, 41 ("[...] ideoque poena ex sententia eius nullo modo committitur [...]"); Pap. 2 resp. D. 4, 8, 42 ("[...] quibus non restitutis poenae causa fisco secundum formam compromissi condemnavit [...] stipulationis poena committitur

Em acréscimo, a ideia de que os compiladores teriam lançado mão de um obsoleto "litem suam facere" apenas para completarem a quadripartição dos quase-delitos encontra um forte oponente em R. LAMBERTINI⁷²⁹. O autor acredita que a menção a uma figura sem qualquer função efetiva seria substancialmente incompatível com o sistema jurídico delineado no direito justinianeu, pois, mesmo que Justiniano tivesse uma inegável tendência classicista, essa atitude contrastaria com a consciência crítica e normativa presente na compilação.

Tal consciência manifestar-se-ia principalmente nas Instituições imperiais, elaboradas atenciosamente para possibilitarem a melhor compreensão por parte dos alunos⁷³⁰ e, portanto, mais suscetíveis de ignorarem ou excluírem matérias obsoletas e destituídas de aplicação prática; como sucedera com as "obligationes litteris"⁷³¹, as quais são mencionadas apenas como uma distante lembrança⁷³².

Tomadas essas reflexões em consideração, seria plausível supor que C. 2, 3, 29, 2 se referisse efetivamente a um caso específico de "litem suam facere", instrumentalizado pela concessão de uma "actio in factum" contra os julgadores que descumprissem os comandos impostos pela constituição imperial.

Malgrado seja possível delinear alguns contornos clássicos à figura, R. LAMBERTINI⁷³³ sublinha o papel exercido pela conjunção "*etiam*", ao final do fragmento C. 2, 3, 29, 2 ("[...] *etiam litem suam facere intellegantur*"). Conforme sugere o autor, o termo não cumpriria uma função pleonástica, pois salientaria que os juízes estariam sujeitos ao "*litem suam facere*" em acréscimo a uma responsabilidade de outra natureza, provavelmente aquela coercitivo-disciplinar já bastante consolidada nos séculos anteriores.

^{[...]&}quot;); Scev. 1 resp. D. 4, 8, 44 ("[...] poena ex compromisso commissa est [...] poenam commissam."); Marc. 4 reg. D. 4, 8, 52 ("[...] poenam ex compromisso debet, sed postea solvendo poena liberatur.").

⁷²⁹ Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico. cit., pp. 228-231.

⁷³⁰ I. 1, 1, 2.

⁷³¹ I. 3, 21.

⁷³² R. LAMBERTINI, Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico. cit., p. 230.

⁷³³ Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico. cit., p. 233. Para o autor, que não ignora as tendências classicistas de Justiniano, o imperador teria tentado operar uma revitalização da figura clássica do "litem suam facere", de forma que C. 2, 3, 29, 2 marcaria um momento de recordação dessa forma de responsabilidade patrimonial do juiz que, há séculos, não era expressamente mencionada pelos textos jurídicos (cf. R. LAMBERTINI, Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico. cit., pp. 236-237). Esse autor também supõe que as Instituições teriam procurado delinear os contornos dessa figura que, no ano de 531 d. C., já aparecera empregada num caso prático pela C. 2, 3, 29 pr.-2, numa tentativa de reintroduzi-la no ordenamento jurídico romano. Mas, terminada a fase compilatória, os empenhos justinianeus teriam, com o passar dos anos, se diluído; e a figura teria retornado ao desuso.

Logo, o "litem suam facere" – no contexto da mencionada constituição imperial – não corresponderia a uma modalidade de responsabilidade disciplinar; mas, sim, a uma responsabilidade civil de natureza patrimonial apoiada no manejo de uma "actio in factum" contra o juiz faltoso; a qual, provavelmente, corresponderia a uma consequência complementar à disciplina coercitiva incidente sobre a pessoa do julgador.

Poder-se-ia concluir que, de fato, a constituição imperial em questão marcaria uma confluência entre a responsabilidade patrimonial do juiz ordinário e a responsabilidade do "arbiter ex compromisso, o qual também teria passado a se sujeitar ao "litem suam facere" nesse caso específico. E, assim, o texto de C. 2, 3, 29, 2 ofereceria uma situação em que o "arbiter" também estaria sujeito a uma responsabilidade de natureza jurisdicional⁷³⁴.

De qualquer forma, não seria de todo estranho que Justiniano tivesse incluído o "arbiter ex compromisso" no elenco dos juízes suscetíveis a "litem suam facere". Conforme esclarece K.-H. ZIEGLER⁷³⁵, o texto de C. 2, 3, 29, 2 indicaria uma maior proximidade entre arbitragem privada e processo ordinário por meio da fixação ou, pelo menos, da tentativa de se apresentar a ideia de uma jurisdição unitária entre as diversas espécies de julgadores. Algo apreciável principalmente no parágrafo em questão, quando se estatui a regra para que "omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent".

Cuida-se de uma atitude fundamentalmente nova perante a arbitragem privada, que passa a ser aproximada e arrolada conjuntamente com as demais modalidades de jurisdição pública. Com a cristalização dessa nova concepção, K.-H. ZIEGLER⁷³⁶ acredita que a arbitragem teria deixado de ser vista como uma matéria exclusivamente privada – quando era apenas indiretamente objeto da preocupação pública – para se tornar um procedimento de resolução de conflitos expressamente reconhecido pelo poder público⁷³⁷.

Essa tendência tende a despontar principalmente nas fontes posteriores ao reinado de Constantino e prossegue até o período justinianeu⁷³⁸.

⁷³⁴ K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht.* cit., p. 223 e N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse.* cit., pp. 154-155, n. 29.

⁷³⁵ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 223-224.

⁷³⁶ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 177-178.

⁷³⁷ Segundo M. MARRONE (cf. *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*. cit., p. 13), a ideia de unidade da função judicante, não importando se atribuída a órgãos públicos ou a indivíduos privados, teria sedimentado uma orientação pela qual a resolução de controvérsias não poderia se desenvolver completamente alheia à autoridade de um legislador soberano.

⁷³⁸ Para uma relação das constituições representativas dessa nova tendência, cf. K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*. cit., pp. 176-190 e pp. 205-245, M. TALAMANCA, *Ricerche in tema*

A título de exemplo, pode-se ver que, em C. Th. 8, 8, 3 pr.⁷³⁹, de 386 d. C., os imperadores Graciano, Valentiniano e Teodósio impuseram o respeito ao calendário cristão na cobrança de dívidas, na condução de litígios e procedimentos judiciais, inclusive perante árbitros privados ("ne apud ipsos quidem arbitros vel in iudiciis flagitatos vel sponte delectos ulla sit agnitio iurgiorum"). O fato marcante dessa constituição não estaria na regra jurídica propriamente emitida pelos imperadores, mas no posicionamento dos "arbitri" ao lado dos juízes ordinários⁷⁴⁰⁻⁷⁴¹.

Veja-se que, em relação à interrupção da prescrição, Justiniano também impõe em C. 2, 55, 5, 3, de 530 d. C., uma solução com clara intenção reformadora ("plenius tamen et generaliter definimus") que conduziria a uma completa equalização do procedimento arbitral privado com o procedimento público ordinário nessa matéria ("quasi in ordinario iudicio lis fuisset inchoata")⁷⁴².

Já em C. 2, 55, 5, 4⁷⁴³, também de 530 d. C., Justiniano dispõe uma regra geral ("generaliter sancimus") para que as provas instruídas no procedimento arbitral ("apud

di 'compromissum'. cit., p. 143, n. 229 e M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., pp. 11-14.

⁷³⁹ A constituição é também reproduzida em C. Th. 2, 8, 18 e C. Th. 11, 7, 13. O conteúdo dessas constituições é substancialmente reproduzido em Val., Theod. e Arc. C. 3, 12, 6, 1-6 (389 d. C.). Vale ressaltar também que, em Ulp. 77 *ad ed.* D. 4, 8, 36, já era possível observar algumas situações de ineficácia da sentença arbitral proferida em alguns dias festivos.

⁷⁴⁰ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 13.

⁷⁴¹ Exposição semelhante pode ser vista no texto de C. Th. 15, 14, 9, de 395 d. C., em que os imperadores Arcádio e Honório – ao disciplinarem acerca da validade dos atos realizados "tyrannicis temporibus" – mencionam as sentenças arbitrais numa relação com o processo público. K.-H. ZIEGLER (cf. Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 179) assevera não ser possível ignorar a relação fática estabelecida com o processo público e claramente expressada pela frase "convelli enim iudicium non oportet". A relação com o processo público é também reconhecida por M. MARRONE (cf. Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 13). Essa constituição, em particular, refere-se aos atos celebrados no reinado do tirano Flávio Eugênio (cf. C. PHARR (Org.), The theodosian code and novels and the sirmondian constitutions – a translation with commentary, glossary, and bibliography, Princeton, Princeton University Press, 1952, p. 438, n. 11). Algumas críticas à interpretação de K.-H. ZIEGLER na análise dessas constituições são feitas por M. TALAMANCA (cf. L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano, in Labeo 20 (1974), pp. 84-85).

⁷⁴²K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht.* cit., p. 215. Segundo a interpretação de M. TALAMANCA (cf. *Ricerche in tema di 'compromissum'*. cit., p. 143, n. 229), essa constituição teria reconhecido ao "*compromissum*" o mesmo valor da "*litiscontestatio*" naquilo que se referiria à interrupção de prazos prescricionais e decadência.

⁷⁴³ O texto dessa constituição é uma versão reduzida de Iust. C. 4, 20, 20, de 530 d. C., que contém a mesma regra de caráter geral, porém indica que o aproveitamento dos testemunhos realizados perante árbitros privados ("apud compromissarios iudices") no procedimento de jurisdição ordinária dependeria de uma previsão nesse mesmo sentido pelo "compromissum" ("si quidem in compromissis aliquid pro huiusmodi causa statutum est, hoc observari"). Na inexistência de uma previsão nesse sentido, como seria provável de ocorrer, a parte onerada pelo depoimento da testemunha poderia rejeitar seu reaproveitamento e exigir que ela fosse novamente arguida. Sobre o texto, cf. K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 216.

compromissarios") pudessem ser igualmente aproveitadas nos procedimentos ordinários ("in ordinariis iudicis").

A aproximação entre as figuras é particularmente interessante em Iust. C. 3, 1, 14, de 530 d. C., pois a sua redação espelha a mesma terminologia utilizada em C. 2, 3, 29, 2, proferida no ano subsequente pelo mesmo imperador. A norma prevista por aquela constituição impõe a todos os juízes ("et generaliter omnes omnino iudices Romani iuris disceptatores") a não iniciarem seus procedimentos antes de colocarem as sagradas escrituras diante do assento do julgador e lá as deixarem até o término dos procedimentos ("non aliter litium primordium accipere, nisi prius ante iudicialem sedem sacrosanctae deponantur scripturae").

No texto, Justiniano procura apresentar uma lista exaustiva de juízes, na qual se elencam não apenas os funcionários públicos, os juízes pedâneos, os delegados do imperador ou de outro funcionário imperial, mas também os árbitros compromissários ("qui ex recepto (id est compromisso, quod iudicium imitatur) causa dirimendas suscipiunt")⁷⁴⁴.

A inclusão do árbitro compromissário na categoria "omnes iudices" – cuja expressão está igualmente presente em C. 2, 3, 29, 2 – seria mais um reflexo dessa tentativa tipicamente pós-clássica de atrair a arbitragem privada para próximo de uma jurisdição unitária que envolvesse todos os julgadores do direito romano e que justificaria a transposição do "litem suam facere" ao caso do "arbiter ex compromisso"⁷⁴⁵.

Essa transposição não é arbitrária, pois se insere nesse contexto mais amplo que vinha se delineando ao longo do período pós-clássico. Não obstante, as consequências estatuídas por essas constituições imperiais – ainda quando proferidas com pretensões de generalidade – não deixam de corresponder a situações especiais⁷⁴⁶.

O "litem suam facere" de C. 2, 3, 29, 2, além de cumprir um papel complementar à responsabilidade coercitivo-disciplinar, tinha aplicação apenas nos casos excepcionais de descumprimento aos pactos de renúncia aos "privilegia fori". Aliás, a constituição não prevê

⁷⁴⁴ M. KASER – K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht. cit., pp. 531-532.

⁷⁴⁵ K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht.* cit., pp. 219-220. A descrição dos árbitros privados como "*iudices qui ex recepto (id est compromisso, quod iudicium imitatur) causa dirimendas suscipiunt*" seria – na opinião do autor alemão – bastante instrutiva sobre a concepção pós-clássica da arbitragem. A despreocupada equiparação do "*receptum*" com o "*compromissum*" indicaria que o editor dessa constituição não estaria em pleno conhecimento dos fundamentos clássicos da arbitragem (que conceberiam funções distintas a cada uma dessas figuras).

⁷⁴⁶ K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 256.

requisitos genéricos que permitissem concluir que o "arbiter ex compromisso" fosse suscetível a "litem suam facere" em quaisquer circunstâncias. E nos parágrafos precedentes (C. 2, 3, 29 pr.-1), Justiniano indisfarçadamente se manifesta no sentido de estar lidando com uma regra aplicável apenas à situação em análise ("in hac causa").

Por sinal, a enunciação extraordinária de um "arbiter qui litem suam facit", que não se repete em nenhuma fonte clássica e em nenhuma outra constituição imperial, é um indício de que até então a responsabilidade do árbitro "ex compromisso" não teria estado sujeita à uma "actio in factum" à semelhança daquela concedida contra o juiz. Caso contrário, não teria sido necessário enfaticamente manifestá-la para o caso do descumprimento ao pacto de renúncia à "praescriptio fori".

Além disso, o próprio texto de C. 2, 3, 29, 2 estatui o "litem suam facere" como uma responsabilidade complementar àquela coercitivo-disciplinar aplicável aos juízes, conforme demonstraria a conjunção "etiam" ao final do fragmento. Essa complementariedade seria mais um fator de comprovação de que, fora esse caso concreto, o "arbiter ex compromisso" teria permanecido sujeito unicamente à "coercitio" pública.

Isso indicaria que C. 2, 3, 29, 2 – tal como as demais constituições em que uma jurisdição unitária parece ser insinuada – representaria apenas a concretização de uma singular anomalia. Uma exceção ao cediço regime da arbitragem.

3.8. As reformas de Justiniano

É também curioso que, na esteira dos desenvolvimentos pós-clássicos, Justiniano tenha se apresentado como o grande promotor de mudanças no regime jurídico da arbitragem e a aproximado do processo ordinário; sem que, com isso, tenha alterado os fundamentos clássicos da responsabilidade do árbitro⁷⁴⁷. Algo que reforçaria ainda mais o conteúdo de C. 2, 3, 29, 2 como uma exceção ao regime de responsabilidade do "arbiter ex compromisso".

A primeira grande reforma de Justiniano na arbitragem ocorre com C. 2, 55, 4, do ano 529 d. C., pela qual ele autoriza a concessão de ações destinadas a tutelarem aquele

...

⁷⁴⁷ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., pp. 13-14.

"compromissum" que estivesse devidamente garantido por um juramento das partes litigantes e do árbitro.

Iust. C. 2, 55, 4, 4 (529 d. C.): Et in his Iust. C. 2, 55, 4, 4 (529 d. C.): E em todos omnibus casibus liceat vel in factum vel condictionem ex lege vel in rem utilem instituere, secundum quod facti qualitas postulaverit.

os casos permita-se apresentar ou uma "<actio> in factum" ou uma "condictio ex lege" ou uma "<actio> in rem utile", segundo aquilo que a natureza dos fatos tenha requerido.

Ainda que a sentença arbitral continuasse a não ser garantida por uma "actio iudicati", a nova constituição de Justiniano estatuía que a parte vencedora receberia, dependendo da situação ("secundum quod facti qualitas postulaverit), uma "actio in factum", uma "actio in rem utilis" ou uma "condictio ex lege". E, com isso, ela poderia exigir da contraparte a satisfação do direito reconhecido pelo árbitro⁷⁴⁸.

A concessão de uma ação destinada a garantir a eficácia direta da sentença arbitral, teria permitido que a decisão do árbitro recebesse uma eficácia executiva análoga àquela do processo ordinário⁷⁴⁹. Consequentemente, o conteúdo de C. 2, 55, 4 é, no geral, uma reforma

⁷⁴⁸ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 14. Segundo K.-H. ZIEGLER (cf. Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 209-210), o texto de C. 2, 55, 4, 4 corresponderia a uma espécie de "auto-interpolação" justinianeia ("justinianischen Selbstinterpolation"), pois C. 2, 55, 5 pr.-1 e C. 2, 55, 4, 6, que apenas mencionam a "actio in factum", demonstrariam que, originalmente, as outras espécies de ações não teriam sido concedidas pelo legislador. A "actio in rem utilis" e a "condictio ex lege", nesse caso específico, acredita o autor alemão, provavelmente não teriam sido nada mais que uma tentativa de sistematicamente classificar a "actio in factum", já que a "actio in rem utilis" poderia ter sido pretendida para servia a casos em que a sentença arbitral condenasse a parte a uma conduta não-monetária. Contra essa hipótese, cf. F. SITZIA, Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustinianeu e bizantino, in AUPA 57 (2014), pp. 245-248.

⁷⁴⁹ Existe uma prevalência da romanística moderna em aceitar a natureza executória das ações mencionadas em C. 2, 55, 4, 4; em C. 2, 55, 4, 6 e em C. 2, 55, 5 pr. (cf. F. BONIFACIO, Compromesso (diritto romano). cit., 786; M. TALAMANCA, Ricerche in tema di 'compromissum'. cit., p. 105, n. 149; M. TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano. cit., p. 569; C. RINOLFI, 'Episcopalis audientia' e arbitrato, in S. PULIATTI – U. AGNATI (Org.), Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C., Parma, Monte Università Parma, 2010, pp. 201-203; S. BARBATI, Sugli elenchi degli organi giudiziari in età giustinianea, in JUS 1-2 (2010), p. 74; T. DALLA MASSARA, Studio sui rapporti tra 'sententia iudicis' e decisione arbitrale, Napoli, Jovene, 2012, pp. 68-69). Essa posição é contestada por F. SITZIA (cf. Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustinianeu e bizantino. cit., pp. 245-248), para quem a cognição instaurada pela "actio in factum" não poderia se exaurir em um exame sumário sobre a existência ou não da "sententia arbitri", pois seria preciso analisar os demais pressupostos jurídicos de validade exigidos pelo legislador; podendo, em certas circunstâncias, até ser aberta uma instrução probatória para a oitiva de testemunhas, no caso de "pacta" concluídos "non in scriptis".

legislativa original que se desprende do direito clássico e se aproxima da prática dos pósclássicos⁷⁵⁰.

A mesma constituição também previu, em C. 2, 55, 6-7, a concessão de uma "actio in factum" para o caso em que as partes litigantes subscrevessem a sentença arbitral, prometendo cumprir o comando do árbitro.

Não obstante, talvez a mais ilustrativa das alterações justinianeias na eficácia da arbitragem privada corresponda à segunda grande reforma de Justiniano na matéria, promovida em 530 d. C. por meio de C. 2, 55, 5 pr. Por essa constituição, admitiu-se que uma arbitragem instaurada por um "compromissum sine poena" - isto é, por um compromisso celebrado sem qualquer promessa de pena pelas partes⁷⁵¹ – fosse sancionada por uma "actio in factum" e por uma "exceptio veluti pacti", sempre que as partes tivessem subscrito a sentença do árbitro⁷⁵².

procedit, quod non displicet ambabus partibus eorum sententia, non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententia eius exsecutioni mandari [...]

Iust. C. 2, 55, 5 pr. (de 530 d. C.): [...] si Iust. C. 2, 55, 5 pr. (de 530 d. C.): [...] se quidem subscripserint, postquam definitio de fato tenham subscrito, depois que a delimitação se apresente, a sentença que não desagrade a ambas as partes, não somente ao réu proverá uma "exceptio veluti pacti", mas também ao autor, de nossa autoridade, uma "actio in factum", para que a execução da sentença possa ser encarregada [...]

⁷⁵⁰ K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 210.

⁷⁵¹ Como visto anteriormente (cf., acima, Cap. 2.1), desde o tempo da jurisprudência severiana, acentuara-se a tendência de se favorecer o caráter instrumental dos elementos verbas da "stipulatio", surgindo, para além dos "verba", uma preocupação com a "causa" da "stipulatio". A "stipulatio" terminou sendo concluída sob uma forma documental em que se poderia inserir qualquer conteúdo (cf. M. TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano. cit., p. 566) O reconhecimento do "compromissum sine poena" é fruto das transformações sofridas pela "stipulatio" no direito pós-clássico e que teriam afetado substancialmente o "compromissum" clássico (cf. K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 181-182). O paulatino desaparecimento dos elementos verbais da "stipulatio" praticamente conduziu a um pacto compromissário escrito. A consolidação do compromisso como um verdadeiro pacto teriam permitido a celebração de um "compromissum" celebrado sem qualquer promessa de pena pelas partes (cf. M. TALAMANCA, Ricerche in tema di 'compromissum'. cit., p. 141).

⁷⁵² A concessão de uma "actio in factum" também passou a ser admitida para se garantir a eficácia da sentença arbitral - com C. 2, 55, 4, 6 -, quando as partes opusessem a sua "subscriptio" à decisão do árbitro, prometendo o seu cumprimento (cf. K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 210).

Conforme estabelece essa constituição, após as partes terem subscrito a sentença pronunciada, seria garantida ao réu uma "exceptio veluti pacti" e ao autor, uma "actio in factum", para que ele pudesse executar a decisão arbitral ("quatenus possit sententia eius exsecutioni mandari").

Sobre esse fragmento, cabe reiterar as observações já expostas por M. TALAMANCA⁷⁵³ e K.-H. ZIEGLER⁷⁵⁴; segundo as quais a "*exceptio veluti pacti*", franqueada ao réu absolvido pela sentença do árbitro, e a correlata "*actio in factum*", garantida ao autor vitorioso, não eram concedidas com base no "*compromissum*", mas a partir do reconhecimento da decisão arbitral⁷⁵⁵.

Ainda segundo K.-H. ZIEGLER⁷⁵⁶, a regra atestada em Ulp. 4 *ad ed*. D. 4, 8, 2 e na *Cons*. 9, 17 teria continuado a valer no direito pós-clássico e justinianeu. Entretanto, para garantir eficácia jurídica ao "*compromissum sine poena*" que vinha se propagando com as transformações sofridas pela "*stipulatio*", os jurisconsultos não teriam tido outra opção senão aceitar a proibição à "*exceptio pacti*" fundada no compromisso e a admitir uma "*exceptio veluti pacti*" para alguns casos excepcionais, com fundamento da decisão arbitral.

Ou seja, não se tratava de uma exceção pactual como qualquer outra; pois, como não se originava do "compromissum" enquanto tal, e sim da "sententia arbitri" que as partes tivessem aceitado respeitar. Qualquer preclusão ou impedimento ao julgamento do mesmo caso submetido ao procedimento arbitral só poderia ocorrer, portanto, nos procedimentos instaurados por um "compromissum sine poena" e quando sentença arbitral já tivesse sido proferia e aceita pelas partes⁷⁵⁷.

Malgrado essas profundas alterações no regime jurídico da arbitragem privada, Justiniano iria revogar sua reforma de 529 d. C., por meio de Nov. 82, 11 proferida dez anos depois. Com ela, seria abolida a figura do compromisso juramentado e a correlata concessão

⁷⁵⁶ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 182-183. Sobre as críticas a K.-H. ZIEGLER e sua interpretação acerca da "exceptio veluti pacti", de C. 2, 55, 5 pr. e Ulp. 13 ad ed. D. 4, 8, 13, 1, cf. M. TALAMANCA, L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano. cit., pp. 96-97.

⁷⁵³ Ricerche in tema di 'compromissum'. cit., p. 142.

⁷⁵⁴ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 182-183.

⁷⁵⁵ Cf. acima Capítulo 1.1.

⁷⁵⁷ K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*. cit., pp. 182-183. A aceitação da sentença, todavia, não dependia unicamente de uma manifestação expressa das partes. A reforma de Justiniano (C. 2, 55, 5, 1 [530 d. C.]) também admitiu a aceitação tácita da decisão arbitral ("silentio eam roboraverint"), caso as partes se mantivessem em silêncio e não apresentassem nenhuma objeção no prazo de dez dias após o pronunciamento da decisão (cf. K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*. cit., p. 214).

da "actio in factum" que garantia a eficácia direta da decisão arbitral e, assim, seria repristinada a "poena" como o instrumento coercitivo contra a parte recalcitrante⁷⁵⁸.

Justiniano⁷⁵⁹ fundamenta o regresso ao regime anterior a partir da experiência negativa da prática jurídica que, frequentemente, deparava-se perante árbitros ignorantes ou destituídos de experiência que prejudicavam o julgamento do caso que lhes era consignado⁷⁶⁰.

O texto final dessa novela, contudo, afirma expressamente que todas as outras disposições precedentes, inclusive aquelas proferidas por Justiniano em matéria de arbitragem, permaneceriam em vigor e que a derrogação em questão alcançaria somente as normas referentes ao compromisso juramentado⁷⁶¹.

Assim, as "actiones in factum" concedidas em C. 2, 55, 5 pr. ou em C. 2, 55, 4, 6 teriam continuado a vigorar normalmente, haja vista se tratarem de matérias diferentes da arbitragem juramentada prevista em C. 2, 55, 4⁷⁶². No entanto, M. TALAMANCA⁷⁶³ demonstra, a partir de uma análise das fontes pós-justinianeias e bizantinas, o posterior estabelecimento de uma linha interpretativa que teria dilatado o alcance da norma originalmente prevista em Nov. 82, 11.

A proibição à figura do compromisso juramentado espraiou-se também para a hipótese do "*laudum homologatum*", isto é, para ao caso em que as partes subscreviam a decisão arbitral e, com isso, garantiam uma tutela acionária para sua pretensão⁷⁶⁴. A partir dessa novela, esclarece F. SITZIA⁷⁶⁵, afirmou-se no mundo bizantino uma leitura que operaria dois princípios centrais: a sentença arbitral não apresentaria mais nenhum caráter vinculante

⁷⁶⁰ Muitas novelas de Justiniano, relata F. SITZIA (cf. *Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustinianeu e bizantino*. cit., p. 241 e 253) referem-se a temas que o imperador já afrontara nos primeiros anos de seu reinado e que criaram, de alguma forma, problemas interpretativos ou que se mostraram inadequados na realização dos propósitos das reformas legislativas. As apresentar as novas regras, contudo, Justiniano normalmente procura defender a sua intervenção anterior, motivando sua novela a partir de tecnicidades nascidas na prática jurídica. Não faltariam, porém, alguns casos nos quais ele reconhece que a regra do "*Codex*" criara inconvenientes relevantes e, portanto, deveria sofrer algumas alterações. Uma dessas hipóteses é justamente Nov. 82, 11. (cf. também K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*. cit., p. 239).

 $^{^{758}}$ M. Talamanca, Ricerche in tema di 'compromissum'. cit., p. 143 e K.-H. Ziegler, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., p. 240.

⁷⁵⁹ Nov, 82, 11 pr.

⁷⁶¹ F. SITZIA, Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustinianeu e bizantino. cit., p. 243.

⁷⁶² K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht.* cit., p. 249 e M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*. cit., p. 14, n. 52.

⁷⁶³ Ricerche in tema di 'compromissum'. cit., pp. 144-145, n. 230.

⁷⁶⁴ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*. cit., pp. 144-147 e n. 230.

⁷⁶⁵ Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustinianeu e bizantino. cit., p. 259.

para as partes, enquanto a "*poena*" voltaria a ser o elemento central da arbitragem, sob uma função eminentemente penitencial⁷⁶⁶.

Igual interpretação já tinha M. TALAMANCA⁷⁶⁷, segundo o qual a retomada de proeminência da "*poena compromissi*" teria fechado as portas à figura do "*compromissum sine poena*" formalmente reconhecido em C. 2, 55, 5 pr. e aos seus efeitos jurídicos, inclusive à "*exceptio veluti pacti*", uma vez que, tendo pago a pena prometida, as partes litigantes ficariam livres para descumprirem a sentença e exercerem suas pretensões perante a autoridade judiciária ordinária⁷⁶⁸.

A Nov. 82, 11 poderia representar, com isso, um retorno ao regime clássico⁷⁶⁹. Não obstante, como aponta K.-H. ZIEGLER⁷⁷⁰, a jurisprudência clássica sempre predominou sobre o regime da arbitragem privada, mesmo no direito pós-clássico e justinianeu quando foi pontualmente modificada por novas regras.

As reformas de 529 e 530 d. C., bem como algumas das outras constituições imperiais outorgadas no direito pós-clássico, promoveram alterações substanciais no regulamento jurídico da arbitragem, introduzindo diversas maneiras de se obter a execução direta da decisão arbitral, mas elas não parecem ter revolucionado a arbitragem privada como um todo. Os fragmentos compilados pelos próprios justinianeus no título D. 4, 8 ("de receptis") apresentam um quadro que continua a refletir, em grande parte, o esquema clássico do procedimento arbitral fundado sobre o "compromissum" e "receptum arbitrii" 771.

Foram vários os casos de aproximação entre arbitragem privada laica e processo ordinário promovidas pela legislação imperial, fomentadas pela tentativa pós-clássica de fundar uma jurisdição única que compreendesse juízes e árbitros. Mas esse movimento, que, ao longo do direito pós-clássico e início do justinianeu, materializou-se apenas em situações ocasionais nas quais o legislador submeteu aspectos secundários da atividade judicante a uma regra comum.

⁷⁶⁶ Sobre as tendências do período pós-justinianeu, cf. também M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*. cit., p. 14, n. 52; K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*. cit., pp. 251 e 259.

⁷⁶⁷ Ricerche in tema di 'compromissum'. cit., pp. 146-148. O autor italiano chama a atenção ao fragmento de *Epitome Iuliani*, 76, 12. O autor dessa fonte restringiria o escopo de Nov. 82, 11 pr.-1, indicando que o autor – diante do descumprimento do réu à decisão arbitral – poderia socorrer-se da jurisdição ordinária e exigir sua pretensão à "poena".

⁷⁶⁸ M. TALAMANCA, *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*. cit., p. 85.

⁷⁶⁹ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*. cit., pp. 144-145.

⁷⁷⁰ Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 245-248.

⁷⁷¹ F. Sitzia, Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustinianeu e bizantino. cit., pp. 261-262.

Nisso, é característico o regime de responsabilidade do árbitro, que permaneceu o mesmo durante todos os períodos do direito romano, seguindo os princípios estabelecidos pela jurisprudência clássica. A quebra da tradição ocorre com a extensão do "litem suam facere" ao "arbiter ex compromisso" na hipótese prevista em C. 2, 3, 29, 2; mas, mesmo essa constituição, representa uma exceção à regra geral⁷⁷².

⁷⁷² K.-H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht. cit., pp. 255-256

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto no Capítulo 2.1, o pretor prometia em seu edito coagir ("cogere") o árbitro que, tendo assumido o encargo de decidir terminativamente a controvérsia entre os litigantes, não proferia a sentença. Já no Capítulo 2.2, viu-se que essa promessa implicava em uma responsabilidade de caráter administrativo pautada pelo exercício da "coercitio" e, portanto, associada ao "poder de polícia" exercido pelos magistrados na Roma antiga.

Assim, a solução empregada pelos jurisconsultos romanos na vinculação do árbitro ao cumprimento do seu papel não correspondia à concessão de um instrumento jurídico que permitisse às partes responsabilizá-lo diretamente por sua recalcitrância.

Apesar de o "receptum arbitrii", como visto no Capítulo 1.3, ser o ato pelo qual a pessoa eleita investia-se na posição de árbitro, ele não criava uma obrigação em sentido estrito. Tampouco havia a concessão de uma ação contra o árbitro que deixasse de sentenciar o litígio delimitado pelo compromisso.

A sua responsabilidade era, portanto, indireta. Ao tomar posse do cargo, ele colocava-se em posição para ser fiscalizado pelo magistrado e, caso não satisfizesse seu dever, poderia ser ordenado a fazê-lo; correndo o risco de ser punido administrativamente pelo pretor, na hipótese de descumprir o comando do pretor.

Não obstante, nos últimos séculos da república romana, o pretor concedeu tutela jurisdicional a várias e difusas figuras negociais da atividade comercial⁷⁷³, inclusive a alguns pactos cuja dinâmica de assunção de garantia era similar à do "receptum arbitrii" — como o "receptum nautarum, cauponum et stabuliorum" e o "receptum argentariorum" —, aos quais o edito previa a promessa de "iudicium dare" dare".

A recepção jurisdicional desses pactos levanta a questão do porquê o magistrado não ter conferido o mesmo reconhecimento formal, por meio de uma ação específica, aos acordos que compunham a estrutura da arbitragem privada; sobretudo se considerado que o "iudex" e o "arbiter" do processo ordinário execiam uma função semelhante e poderiam ser

⁷⁷³ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., p. 2.

⁷⁷⁴ Em Ulp. 14 ad ed. D. 4, 9, 1 pr., Ulpiano registra a seguinte rubrica edital para o "receptum nautarum, cauponum et stabuliorum": "Ait praetor: 'Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo". E em relação ao "receptum argentariorum", O. LENEL (cf. Das edictum perpetuum. cit., p. 132-135) reconstrói a respectiva rubrica da seguinte forma: "Quod argentariae mensae exercetores pro alio solui receperint, nisi solvetur, iudicium dabo".

responsabilizados jurisdicionalmente por "litem suam facere", conforme estudado no Capítulo 2.5.

M. MARRONE⁷⁷⁵ propõe que o pretor teria adotado uma posição de "desfavor" perante a arbitragem. Essa posição, diz, encontraria alguma justificativa no próprio desenvolvimento histórico do processo "*per formulam*". Para o autor, o magistrado não teria visto nenhum motivo para conceder uma ação específica para tutelar a arbitragem privada, sendo que o processo formulário teria, ele mesmo, se originado a partir de um modelo de arbitragem e já garantiria às partes alguma ingerência na escolha do juiz do caso.

Mesmo que houvesse uma demanda pelo processo arbitral, teria sido compreensível que o pretor concedesse um maior "favor" ao seu próprio procedimento judicial, negando à arbitragem uma tutela jurisdicional e concedendo-lhe apenas um grau mínimo de eficácia jurídica, mediante o exercício da sua "coercitio"⁷⁷⁶.

Já M. Humbert⁷⁷⁷ não rejeita por completo que o pretor se recusasse a reconhecer abertamente a tutela acionária da arbitragem em virtude de uma questão de desprestígio pautada pelo seu próprio orgulho. Não obstante, para o autor francês, a coerção administrativa do pretor não se destinaria a garantir a eficácia do "receptum arbitrii", caso contrário o magistrado teria, sim, concedido uma "actio in factum" o árbitro.

O pretor encontrar-se-ia perante um mecanismo que não lhe daria outra possibilidade senão garantir que o árbitro tivesse proferido uma sentença obrigatória, pois o proferimento de uma sentença válida era um pré-requisito para a tutela das "stipulationes poenales" celebradas junto do "compromissum". Ou seja, segundo M. HUMBERT⁷⁷⁸, o pretor concederia uma promessa edital apenas no limite necessário para garantir o cumprimento dos requisitos de validade das duas estipulações penais.

A posição de M. HUMBERT não parece contradizer a hipótese de M. MARRONE, já que também admite algum componente político na conduta do pretor. Mesmo este último autor reconhece que a promessa edital de coagir o árbitro a "sententiam dicere" circunscrevia uma intervenção destinada a garantir aquilo que nenhum expediente negocial poderia assegurar, isto é, o constrangimento do árbitro a proferir a decisão⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., pp. 2-3

⁷⁷⁶ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., pp. 3-4.

⁷⁷⁷ Deux notes en marge de l'arbitrage romain. cit., pp. 390-391, n. 5.

⁷⁷⁸ Deux notes en marge de l'arbitrage romain. cit., pp. 390-391, n. 5.

⁷⁷⁹ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., pp. 3-4.

Parece plausível que a promessa edital do pretor estava diretamente relacionada ao cumprimento dos requisitos de eficácia do procedimento arbitral, já que sem isso não haveria como vincular o árbitro à execução do encargo assumido pelo "receptum" ou garantir a eficácia do "compromissum". Isso, porém, não explica por completo o motivo pelo qual a responsabilidade do árbitro limitava-se à esfera administrativa e não alcançava o campo jurisdicional, tal como sucedia com o "iudex".

Como já apontara H. HÜBNER⁷⁸⁰, a responsabilidade do "iudex" e o "arbiter" ordinários estava intimamente relacionada ao modo pelo qual o processo do "ordo *iudiciorum privatorum*" estaria estruturado. A proximidade em que se encontravam as partes junto ao "iudex" - o qual exercia uma posição de poder manifestada não somente pelo pronunciamento da sentença, mas também pela condução do procedimento - criava uma dinâmica especial, na qual o juiz teria comando sobre o destino de todo o processo.

A concessão de uma "actio in factum" contra o "iudex" destinava-se a tutelar o dever que ele havia assumido, e cujo descumprimento implicava não apenas na violação ao "iussum iudicandi" do pretor, mas também provocava um grave prejuízo ao autor que poderia perder definitivamente o seu direito de ação⁷⁸¹.

Uma vez que a "litis contestatio" tenha sido realizada, a pretensão original do autor se extinguiria e seria substituída por uma "obligatio iudicati", nesse momento, verificavase o efeito preclusivo imposto pelo princípio "bis de eadem re ne sit actio", isto é, o autor não poderia mais repropor sua ação, independentemente de qual êxito pudesse ter o processo⁷⁸³.

Como analisado no Capítulo 2.5, se o "iudex" falhasse em cumprir seus deveres adequadamente, não obedecesse aos parâmetros impostos pela fórmula ou não proferisse a sentença, o autor correria o risco de perder completamente a ação. Nesse cenário, não haveria nenhuma outra alternativa ao autor; restando-lhe apenas a ação pautada no "litem suam facere" para obter uma indenização do juiz⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit, in IURA 5 (1954), pp. 200-208.

⁷⁸¹ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 370.

⁷⁸² Gai. 3, 180-181.

⁷⁸³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*. cit., pp. 330-334.

⁷⁸⁴ G. MACCORMACK, *The liability of the judge in the republic and principate*, cit., p. 20 e E. DESCHEEMAEKER, *Obligations quasi ex delicto and strict liability in roman law.* cit., pp. 17-18.

Apesar de H. HÜBNER⁷⁸⁵ sugerir que o controle exercido pelo juiz sobre o procedimento corresponderia a uma equivalente assunção do risco processual, parece que a razão ainda repousaria com B. KÜBLER⁷⁸⁶, que, já no início do século passado, observara que o risco do processo seria carregado sobretudo pelas partes litigantes (principalmente pelo autor) e não pelo juiz.

E isso parece bem fundamentado no fato de que era o autor quem experimentaria a perda da ação e sofreria um prejuízo direto por um ato do juiz, tal como indicado pelo Capítulo 91 da "Lex Irnitana". Mas isso não elimina toda a razão de H. HÜBNER⁷⁸⁷, pois a responsabilidade do juiz por "litem suam facere" ainda teria sido elaborada a partir dessa situação de poderes e interesses que envolvia os litigantes e o julgador. A diferença repousaria, contudo, na circunstância de que a responsabilidade do "iudex qui litem suam fecit" exerceria uma função de garantia das partes e da integridade do sistema processual, redistribuindo o risco das partes para o juiz⁷⁸⁸.

Como se vê, a responsabilidade por "litem suam facere" estava intimamente relacionada à estrutura jurídica do "ordo" e à existência de regras cujo descumprimento poderia provocar a completa frustração do direito da parte⁷⁸⁹. A concessão de uma "actio in factum" teria permitido, portanto, que aquele dano sofrido diretamente pela parte pudesse ser atribuído ao juiz, cuja conduta na condução e controle do processo teria sido a causa primeira do prejuízo.

O mesmo não ocorria na arbitragem. Apesar de proximidades funcionais entre as "iudex" e "arbiter ex compromisso", o risco que pendia sobre as partes do processo ordinário não encontrava um paralelo no procedimento arbitral. Como ressalta C. A. CANNATA⁷⁹⁰, o pretor não teria concedido uma ação contra o "arbiter ex compromisso", porque ele não era "datus" pelo magistrado, mas assumia seu encargo por meio de uma estrutura negocial eminentemente privada, onde o "compromissum" não reproduzia a eficácia da "litis"

5 -

⁷⁸⁵ Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit. cit., pp. 204-205.

⁷⁸⁶ Die Haftung für Verschulden bei kontraktsählinchen und deliktsähnlichen Schuldverhältinissen. cit., p. 222; o autor reconhece que o risco é assumido eminentemente pelas partes, mas ele também ressalta que, no processo romano, os litigantes detinham um controle considerável na formação da dinâmica processual, principalmente por exercerem um papel na escolha do juiz responsável por decidir sua causa.

⁷⁸⁷ Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit. cit., pp. 201.

⁷⁸⁸ A. Guasco, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, in Index 36 (2008), pp. 421-422.

⁷⁸⁹ J. PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico*. cit., p. 185.

⁷⁹⁰ Profilo istituzionale del processo privato romano. cit., p. 37. Nesse sentido, cf. também C. GUTIÉRREZ GARCÍA, Notas sobre el 'arbiter' romano e su posible relación com el 'iudex'. cit., pp. 144-145 e A. VALIÑO, Notas sobre el 'arbiter' y 'iudex' en el proceso del 'ordo'. cit., pp. 535.

contestatio" nem dava lugar a uma "exceptio" que pudesse causar o fechamento das vias judiciais ordinárias às partes.

Ademais, diante da má condução do procedimento arbitral ou do não pronunciamento da sentença, as partes não estariam sujeitas às mesmas consequências que os litigantes do processo ordinário. Caso o árbitro violasse o "receptum" e descumprisse seus deveres, as partes ficariam livres das penas estipuladas no "compromissum" e as partes poderiam estabelecer um novo procedimento arbitral ou livremente recorrer ao processo ordinário, para fazerem valer suas pretensões.

A questão relacionada à prorrogação do prazo para julgamento da demanda ilustra bem o risco assimétrico que pesava sobre as partes no processo ordinário e no arbitral. Como o árbitro deveria conduzir a arbitragem em conformidade aos termos estabelecidos pelos litigantes no compromisso ("nihil extra compromissum facere potest")⁷⁹¹, ele não poderia proferir sua sentença fora do prazo⁷⁹².

Conforme indicado no Capítulo 1.3 e 1.4, se o árbitro precisasse prorrogar o prazo conferido pelo compromisso, a fim de adquirir mais tempo para proferir sua decisão, teria sido necessário a existência de uma cláusula que permitisse essa prorrogação. Caso contrário, a sentença proferida intempestivamente poderia ser desobedecida, sem que as partes corressem o risco de responderem pelas respectivas estipulações penais ("*impune iubenti non parebitur*")⁷⁹³.

Diante disso, é inevitável recordar o texto da "*Lex Irnitana*" ou do Pap. Ant. 1, 22. Todos tratam da prorrogação irregular do prazo de julgamento, a diferença, porém, reside no fato de que – se o árbitro conduzisse mal o procedimento arbitral – as partes tornavam-se isentas de qualquer prejuízo imediato.

⁷⁹¹ Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 21. Nesse fragmento, Paulo é claro ao dizer que, sem a expressa autorização no compromisso, o árbitro não estava autorizado a prorrogar o prazo do procedimento. Se o fizesse, as partes poderiam descumprir livremente a decisão ("[...] *ceterum impune iubenti non parebitur*").
⁷⁹² Cf. acima, Cap. 2.3, 2.4.

⁷⁹³ Essa regra, que parece ter sido imanente à própria arbitragem, teria vigorado ao longo de todo o período clássico, haja vista também ser mencionada por um fragmento de Alfeno (cf. Alf. 7 *dig.* D. 4, 8, 50). No fragmento, aborda-se o problema de um árbitro que, não podendo decidir no prazo designado pelo compromisso, determina a sua prorrogação. Diante da ordem, um dos litigantes se recusa a cumpri-la e, em seguida, leva a Alfeno a dúvida se ele estaria sujeito à pena prometida. Alfeno responde que o litigante não estaria vinculado ao pagamento da pena prometida, porque o compromisso não conferia ao árbitro a faculdade de prorrogar o prazo de julgamento ("*non esset arbitro permissum ut id iuberet*").

Essa diferença no risco que pesava sobre os litigantes poderia explicar a decisão político-normativa⁷⁹⁴ tomada pelo pretor na fixação da diferença nos regimes de responsabilidade⁷⁹⁵: como os litigantes não estavam sujeitos ao risco de "*mors litis*" por um ato atribuível ao "*arbiter ex compromisso*", não havia a necessidade de se conceder uma ação para redistribuir esse risco ao árbitro.

Consequentemente, o compromisso permaneceria como uma figura substancialmente diferente da "litis contestatio" processual, inclusive no direito pós-clássico e justinianeu. Sua eficácia continuaria limitada e, tal como demonstrado no Capítulo 1.1, não teria sido capaz de extinguir ou substituir as pretensões originais das partes litigantes, as quais, até o momento em que a sentença arbitral fosse aceita, teriam podido recorrer ao processo ordinário.

A preclusão das vias ordinária, caso fosse cabível, só poderia ocorrer depois que o árbitro tivesse desempenhado adequadamente suas funções e pronunciasse a sentença. Desse modo, mesmo no cenário pós-clássico em que se admite uma "exceptio" em favor do réu, não haveria cenário em que uma falta cometida pelo "arbiter ex compromisso" pudesse obstruir às partes de recorrerem ao processo ordinário para demandarem suas pretensões.

Não havia substituição da responsabilidade do litigante na arbitragem. Se o árbitro descumprisse ou cumprisse mal seu encargo, a "*stipulatio poenae*" prometida pela parte poderia ser simplesmente desconsiderada.

A ausência de uma responsabilidade pela via jurisdicional não é precisamente resultado de uma natureza inestimável do "arbitrium", mas reflexo da inexistência de um

⁷⁹⁴ O conteúdo político no regime de responsabilidade do árbitro não parece de todo excluído, pois ele ainda aparenta regido por um certo "desfavor" do pretor. A preterição do procedimento arbitral em favor da jurisdição ordinária poderia ser constatada, por exemplo, quando os imperadores Arcádio e Honório (C. Th. 2, 1, 10, de 398 d. C.) proibiram o povo judeu a terem seus próprios tribunais, mas os deixaram livre para resolver suas disputas diante do patriarca ou de outros judeus mediante procedimentos arbitrais. De acordo com B. COHEN (cf. Arbitration in jewish and roman law. cit., pp. 194-195) a natural inferioridade com a qual os romanos enxergavam a arbitragem teria sido responsável por não as equiparar às cortes judiciárias ordinárias, para os fins de serem proibidas entre os judeus. Mas também não deixa de ser significativo, sob a perspectiva do "desfavor", que a tutela jurídica reconhecida à arbitragem privada laica jamais se equiparou àquela recebida pelas manifestações arbitrais religiosas que se desenvolveram no período pós-clássico. Em 408 d. C., Arcádio, Honório e Teodósio (C. Th. 1, 27, 2 = C. 1, 4, 8) estabeleceram eficácia executiva direta para as decisões proferidas no esquema da "episcopalis audientia", as quais assumiram a mesma autoridade substancial da coisa julgada e da executividade de que dispunha a jurisdição pública. Uma regra análoga fora proferida dez anos antes para a arbitragem hebraica presidida pelo patriarca da comunidade (C. Th. 2, 1, 10 = Arcádio e Honório, C. 1, 9, 8, de 398 d. C.). (cf. B. COHEN, Arbitration in jewish and roman law. cit., pp. 165-223; M. TALAMANCA, L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano. cit., pp. 84-85 e, principalmente, M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana. cit., pp. 12-13). ⁷⁹⁵ A. D'ORS, 'Litem suam facere'. cit., p. 370.

prejuízo efetivo às partes que pudesse ser causado pela atuação direta do árbitro. E isso decorria da intrínseca relação de interdependência existente entre as figuras (e partes) que compunham o procedimento arbitral.

Litigantes e árbitro atuavam em uma relação de complementariedade, na qual a totalidade da arbitragem só poderia ser constituída quando se tivesse todas as suas partes. O "compromissum" e o "receptum" eram, portanto, imersos em um todo. Se um deles se frustrasse, o todo era frustrado. Era uma dinâmica substancialmente diferente daquela aplicável ao "iudex" (ou ao "arbiter") do processo ordinário. Se estes frustrassem seu encargo, o processo poderia se extinguir, precluindo definitivamente as pretensões das partes, porque a "litis contestatio" não malograva junto do "officium iudicis".

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola, Dizionario di filosofia, 2ª Ed., Torino, UTET, 1971.

ALBANESE, Bernardo, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982.

ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano dele 'legis actiones'*, Palermo, Palumbo, 1987.

ALBANESE, Bernardo, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, Montaina, 1978.

ALBERTARIO, Emilio, Receptum, in EI 28 (1935), c. 954.

ANDERSON, Gary, Sin – A history, New Haven, Yale University Press, 2009.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, Coercizione, in EI 10 (1931), p. 697.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a Ed., Napoli, Jovene, 1960.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, La società in diritto romano, Napoli, Jovene, 1965.

ARNÒ, Carlo, Corso di diritto romano – Il contratto di società, Torino, Giappichelli, 1938.

BACHERLER, Michael, v. finio, in TLL, Vol. 6, cc. 780-786.

BARBATI, Stefano, Sugli elenchi degli organi giudiziari in età giustinianea, in JUS 1-2 (2010), pp. 37-141.

BASSELAAR, José, *Propylaeum latinum – Volume 1 – Sintaxe latina superior*, São Paulo, Herder, 1960.

BAVIERA, Giovanni, Fontes iuris romani antejustiniani, Vol. 2, Firenze, Barbera, 1968.

BEEKES, Robert e VAN BEEK, Lucien, Etymological dictionary of greek, vol. 1, Leiden, Brill, 2010.

BEHRENDS, Okko *et al.*, *Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung – II – Digesten 1-10*, Heidelberg, Müller, 1995.

BEKKER, Ernst Immanuel, 'Recipere' und 'permutare' bei Cicero, in SZ 3 (1882), pp. 1-17.

BENVENISTE, Émile, Le vocabulaire des institutions indo-européennes – 2. Pouvoir, droit, religion, Paris, Minuit, 1969.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.

BIRKS, Peter, A new argument for a narrow view of litem suam facere, in TR 53 (1983), pp. 373-387.

BIRKS, Peter, *The problem of quasi-delict*, in *Current Legal Problems* 22 (1969), pp. 164-180.

BIRKS, Peter, The roman law of obligations, Oxford, Clarendon Press, 2014.

BIRLEY, Anthony, *Aurelius Antoninus*, in HORNBLOWER, Simon e SPAWFORTH, Anthony (Org.), *The Oxford classical dictionary*, Vol. 1, 4^a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 211-212.

BONIFACIO, Franco, Arbitro e Arbitratore (diritto romano), in NNDI 1 (1958), pp. 925-928.

BONIFACIO, Franco, Compromesso (diritto romano), in NNDI 3 (1959), pp. 784-786;

BÖTTCHER, Carlos Alexandre, *História da magistratura – O pretor no direito romano*, São Paulo, LCTE, 2011.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre, *Iudicet iudicarve iubeat – Reflexões sobre as origens do processo civil romano e da bipartição*, São Paulo, Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, 2012.

BOVE, Lucio, 'Imperium', in NNDI 8 (1962), pp. 209-2012.

BROGGINI, Gerardo, *Iudex arbiterve – Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln, Böhlau, 1957.

BUGLIANI, Giacomo, Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano, in Rivista dell'arbitrato 17 (2007), pp. 377-396.

BUIGUES OLIVER, Gabriel, La solución amistosa de los conflitos en derecho romano – El 'arbiter ex compromisso', Madrid, Montecorvo, 1990.

BURDESE, Alberto, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in MILAZZO, Francesco, (Org.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 3-7 giugno 2000*), Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2004, pp. 87-108.

BURDESE, Alberto, *In margine ala responsabilità del giudice in diritto romano*, in ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano, 1994, pp. 101-120.

BURDESE, Alberto, Manuale di diritto pubblico romano, Torino, UTET, 1966.

BURDESE, Alberto, Note sulla responsabilità del 'iudex privatus', in AAVV., Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli – Volume Primo – Teoria e storia. Diritto amministrativo generale, Padova, CEDAM, 2007, pp. 35-54.

BURDESE, Alberto, Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare, in AAVV., Diritto e processo nella esperienza romana – Atti del seminário torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera, Napoli, Jovene, 1994, pp. 152-186.

CAMERON, Alan, The date and identity of Macrobius, in The Journal of Roman Studies 56 (1966), p. 25-38.

CAMERON, Alan, *The last pagans of Rome*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

CANEVAILE, Robert, Corpus papyrorum latinarum, Wiesbaden, Otto Harrassowitz, 1956.

CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano – II – Il processo formulare*, Torino, Giappichelli, 1982.

COHEN, Boaz, Arbitration in jewish and roman law, in RIDA 5 (1958), pp. 165-223.

COSTA, Emilio, Cicerone giureconsulto, Vol. 1, 2ª Ed., Bologna, Zanichelli, 1927.

COSTA, Emilio, Crimini e pene da Romulo a Giustiniano, Bologna, Zanichelli, 1921.

CRAWFORD, Michael, *The text of the lex irnitana*, in *The Journal of Roman Studies* 98 (2008), p. 182.

CREMADES, Ignacio, La acción contra el árbitro que no dió sentencia, in AAVV., Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias, Tomo III, Madrid, Seminario de derecho romano 'Ursino Alvarez', 1988, pp. 1187-1204.

CRIFÒ, Giuliano, Arbitrato (diritto romano), in ED 2 (1958), pp. 893-895.

CRIFÒ, Giuliano, *Ulpiano – Esperienze e responsabilità del giurista*, in ANRW II.15 (1976), pp. 708-789.

Cuo, Édouard, Manuel des institutions juridiques des romains, 2ª Ed., Paris, Plon, 1928.

D'ORS, Álvaro et al., El Digesto de Justiniano – Tomo I – Costituciones Preliminares y Livros 1-19, Pamplona, Aranzadi, 1968.

D'ORS, Álvaro, 'Litem suam facere', in SDHI 48 (1982), pp. 368-394.

D'ORS, Álvaro, Derecho Privado Romano, 10ª Ed., Pamplona, EUNSA, 2004.

D'ORS, Álvaro, *El arbitraje jurídico*, in ID., *Parerga historica*, Pamplona, EUNSA, 1997, pp. 271-291.

D'ORS, Álvaro, *La nueva copia irnitana de la 'lex flavia municipalis'*, in AHDE 53 (1983), pp. 5-15

Dalla Massara, Tommaso, Reciproche relazione e integrazione tra arbitrato e 'iudicium' – un itinerário nella giurisprudenza classica, in L. Garofalo (Org.), Il giudice privato nel processo civile romano – Omaggio ad Alberto Burdese, Vol. 2, Padova, CEDAM, 2012, pp. 113-173.

Dalla Massara, Tommaso, *Studio sui rapporti tra 'sententia iudicis' e decisione arbitrale*, Napoli, Jovene, 2012.

DAUBE, David, *Compromise*, in ID, *Collected Studies in Roman Law*, t. 2, Frankfurt, Klostermann, 1991, pp. 1373-1374.

DAVIES, Percival Vaughan, *Macrobius – The Saturnalia*, New York, Columbia University Press, 1969.

DE DOMINICIS, Antonio, 'Coercitio', in NDI 3 (1938), pp. 264-270.

DE DOMINICIS, Antonio, 'Coercitio', in NNDI 3 (1959), pp. 417-426.

DE FRANCISCI, Pietro, Συνάλλαγμα – Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati, Vol. 2, Pavia, Mattei, 1916.

DE KONNICK, Constant, *Iudex qui litem suam fecit – La responsabilité quase-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire*, in DE LIGT, Luuk, et al. (Org.), *Viva vox iuris romani – Essays in honour of Johannes Spruit*, Amsterdam, Gieben, 2002, pp. 79-88.

DE MARTINO, Francesco, 'Litem suam facere', in BIDR 91 (1988), pp. 1-36.

DE MARTINO, Francesco, *Storia dela costituzione romana*, Vol. 1, 2^a Ed., Napoli, Jovene, 1972.

DE RUGGIERO, Ettore, *Arbiter*, in ID., *Dizionario epigráfico di antichità romane*, Roma, Pasqualucci, 1895, pp. 613-628.

DE VAAN, Michiel, Etymological dictionary of latin and other italic languages, Leiden, Brill, 2008.

DE ZULUETA, Francis, *The institutes of Gaius – Part I – Text with critical notes and translation*, Oxford, Clarendon, 1958.

DE ZULUETA, Francis, *The institutes of Gaius – Part II – Commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1963.

DECLAREUIL, Joseph, *Du compromis en droit romain et en droit français*, Tese (Doutorado), Faculté de droit de Paris, Paris, 1887.

DESCHEEMAEKER, Eric, Obligations quasi ex delicto and strict liability in roman law, in JLH 31 (2010), pp. 1-20.

DIRKSEN, Henrico, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1837.

ERNOUT, Alfred e MEILLET, Alfred, *Dictionnaire étymologique de la langue latine – Histoire des mots*, 4^a Ed., Paris, Klincksieck, 2001.

FARIA, Ernesto, *Dicionário escolar latino-português*, 3ª Ed., Ministério da Educação e Cultura, Brasília, 1962.

FAZZALARI, Elio, I fondamenti dell'arbitrato, in Rivista dell'arbitrato 5 (1995), pp. 1-12.

FERNANDEZ BARREIRO, Alejandro e PARICIO, Javier, Fundamentos de derecho privado romano, 4ª Ed., Madrid, Paideia, 2000.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Contribución al estúdio histórico-jurídico del arbitraje*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autônoma de Madrid* 8 (2003), pp. 215-240.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Del arbitraje configurado a 'semejanza de los juicios'*. *Compromisso quod iudicium imitatur*, in *Revista de Derecho UNED* 11 (2012), pp. 269-278.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Madrid, Dykinson, 2017.

FARIA, Ernesto, *Dicionário escolar latino-português*, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1962.

FÖLDI, András, Appunti sulla categoria dei quasi-delitti, in Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Budapestinensis 37 (1999-2000), pp. 9-26.

FORCELLINI, Egidio, Lexicon totius latinitatis, Vol. 1, 4ª Ed., Padova, Furlanetto, 1945.

FORCELLINI, Egidio, Lexicon totius latinitatis, Vol. 3, 4ª Ed., Padova, Typis Seminarii, 1871.

FORCELLINI, Egidio, Lexicon totius latinitatis, Vol. 4, 4ª Ed., Padova, Arnaldo Forni, 1945.

FREZZA, Paolo, *Receptum*, in NNDI 14 (1980), pp. 1026-1027.

GALLO, Filippo, *Eredità di Labeone in matéria contrattuale*, in BURDESE, Alberto, *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006, pp. 139-158.

GAUDEMET, Jean, Institutions de l'antiquité, Paris, Sirey, 1967.

GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *La 'lex Irnitana'*. *Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, in RIDA 30 (1983), pp. 125-140.

GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, Los llamados cuasidelitos, Madrid, Trivium, 1990.

GIOFFREDI, Carlo, I principi del diritto penale romano, Torino, Giappichelli, 1970.

GIOFFREDI, Carlo, *Iudex*, in NNDI 9 (1963), pp. 334-335.

GIUSTO, Matteo, 'Litem suam facere' – A proposito di uma recente monografia, in SDHI 72 (2006), pp. 389-413.

GIUSTO, Matteo, Per una storia del 'litem suam facere', in SDHI 71 (2005), pp. 457-473.

GLARE, Peter (Org.), Oxford latin dictionary, 2^a Ed., Oxford, Clarendon, 2012.

GONZÁLEZ, Julián e CRAWFORD, Michael, *The lex irnitana – A new copy of the flavian municipal law*, in *The Journal of Roman Studies* 76 (1986), pp. 147-243.

GRADENWITZ, Otto, KÜBLER, Bernhard e SCHULZE, Ernst, *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, Vol. 1, Berlin, Gregor Reimers, 1903.

GROSSO, Grosso, Il sistema romano dei contratti, 3ª Ed., Torino, Giappichelli, 1963.

GUARINO, Antonio, Diritto privato romano, 12ª Ed., Napoli, Jovene, 2001.

GUARINO, Antonio, *La data della morte di Ulpiano*, in ID., *Pagine di diritto romano*, Vol. 5, Napoli, Jovene, 1994, pp. 431-433.

GUARINO, Antonio, *Societas consenso contracta*, in ID., *La società in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1988, pp. 1-120.

GUARINO, Antonio, Storia del diritto romano, 12ª Ed., Napoli, Jovene, 1998.

GUASCO, Alessio, La responsabilità del 'iudex privatus', in Index 36 (2008), pp.409-424.

GUTIÉRREZ GARCÍA, Cándida, Notas sobre el 'arbiter' romano y su posible relación con el 'iudex', in Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho 6 (1991), pp. 139-146.

GUTIÉRREZ GARCÍA, Cándida, *Receptum arbitrii*, in *Anales de la Universidad de Alicante:* Facultad de Derecho 5 (1990), pp. 147-158.

HANSLIK, Rudolf, Caracalla, in Der kleine Pauly I (1964), c. 1295, cc. 1049-1051.

HAUSMANINGER, Herbert, 'Consularis', in Der kleine Pauly I (1964), c. 1295.

HAUY, Amini Boainain, Gramática da língua portuguesa padrão, São Paulo, Edusp, 2015.

HEUMANN, Hermann e SECKEL, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9^a Ed., Jena, Gustav Fischer, 1926.

HEY, Oskar, v. arbiter, in TLL, vol. 2, cc. 404-407.

HEY, Oskar, v. arbitrium, in TLL, vol. 2, cc. 410-415.

HEY, Oskar, v. cogo, in TLL, vol. 3, cc. 1519-1534.

HEY, Oskar, v. compromitto, in TLL, vol. 3, cc. 2167-2168.

HEY, Oskar, v. edico, in TLL, vol. 5, cc. 63-75.

HOLFORD-STREVENS, Leofranc, *Macrobius*, in HORNBLOWER, Simon e SPAWFORTH, Anthony (Org.), *The Oxford classical dictionary*, 4^a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 880-881.

HONORÉ, Antony, *The severan lawyers – A preliminary survey*, in SDHI 28 (1962), pp. 162-232

HONORÉ, Tony, *Domicio Ulpiano*, in DOMINGO, Rafael, (Org.), *Juristas Universales – Volumen I – Juristas antigos*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 208-211.

HONORÉ, Tony, *Proculus*, in TR 30 (1962), pp. 472-509.

HONORÉ, Tony, *Ulpian – Pioneer of human rights*, 2^a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro, *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

HÜBNER, Heinz, Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit, in IURA 5 (1954), pp. 200-208.

HUMBERT, Michel, *Deux notes en marge de l'arbitrage romain*, in AAVV, *IURIS VINCVLA* – *Studi in onore di Mario Talamanca*, v. 4, Napoli, Jovene, 2001, pp. 389-411.

JONES, Arnold Hugh Martin, *The later roman empire* – 284-602 – A social economic and administrative survey, vol. 1, Norman, University of Oklahoma Press, 1964.

JÖRS, Paul et al., Römisches Recht, 4^a Ed., Berlin, Springer, 1987.

KARLOWA, Otto, Römische Rechtsgeschichte, Vol. 2, Leipzig, Von Veit, 1901.

KASER, Max e HACKL, Karl, Das römische Zivilprozessrecht, 2ª Ed., München, Beck, 1996.

KASER, Max, Das römische Privatrecht, Vol. 1, 2ª Ed., München, Beck, 1971.

KASER, Max, Rec. a J. KELLY, Roman litigation, Clarendon Press, Oxford, 1966, in SZ 84 (1967), pp. 510-521.

KASER, Max, Römische Rechtgeschichte, 2ª Ed., Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 1967.

KEUDEL, Ursula, v. *pecco*, in TLL, Vol. 10, Sec. 1, cc. 885-901.

KLINGMÜLLER, Fritz, Receptum, in PWRE IA, 1 (1914), cc. 355-358.

KNÜTEL, Rolf, Sobre la interpretación de la estipulación, in J. ADAME GODDARD (Org.), Derecho civil y romano – Culturas y sistemas jurídicos comparados, México, UNAM, 2006, pp. 196-235.

KÜBLER, Bernhard, Die Haftung für Verschulden bei kontraktsählinchen und deliktsähnlichen Schuldverhältinissen, in SZ 39 (1918), pp. 172-223.

LA PIRA, Giorgio, Compromissum e litis contestatio formulare, in AAVV, Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento, v. 2, Palermo, Castiglia, 1936, pp. 189-226.

LAMBERTI, Francesca, 'Tabulae Irnitanae' – Municipalità e 'ius romanorum', Napoli, Jovene, 1993.

LAMBERTINI, Renzo, Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico, in ID., Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 189-237.

LENEL, Otto, Das edictum perpetuum – Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3^a Ed., Aalen, Scientia, 1974.

LENEL, Otto, Palingenesia iuris civilis, vol. 1, Leipzig, Tauchnitz, 1889.

LENEL, Otto, Palingenesia iuris civilis, vol. 2, Leipzig, Tauchnitz, 1889.

LEWIS, Charlton e SHORT, Clark, *A new latin dictionary*, New York, Harper & Brothers, 1891.

LINARES PINEDA, José Luis, 'Compromissum' y 'receptum arbitrii' – aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación com el moderno, in J. Paricio (Org.), Derecho romano de obligaciones – Homenaje al profesor José Murga Gener, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aracés, 1994, p. 709-720.

LINDSAY, Wallace Martin, *The latin language – an historical account of latin sounds, stems and flexions*, Oxford, Clarendon, 1894.

LINTOTT, Andrew, *Cicero as evidence – A historian's companion*, Oxford, Oxford Press, 2008.

LINTOTT, Andrew, *Provocatio – From struggle of the orders to the principate*, in ANRW I.2 (1972), pp. 226-267.

LINTOTT, Andrew, *The constitution of the Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

LITEWSKI, Wisław, Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichter durch das materielle Recht, in Schermaier, Martin (org.), Iurisprudentia universalis – Festgabe für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln, Böhlau, 2002, pp. 409-416.

LLANOS PITARCH, José María, *Teófilo*, in DOMINGO, Rafael, (Org.), *Juristas Universales – Volumen I – Juristas antigos*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 232-233.

LONGO, Giannetto, *Multa*, in EI 18 (1934), c. 18.

LÓPEZ-AMOR, Mercedes, 'Receptum argentarii'. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum', in PARICIO, Javier (Org.), Derecho romano de obligaciones – Homenaje al profesor José Luis Murga Gener, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aracés, 1994, pp. 721-728.

LOURENÇO, Frederico, *Bíblia – Volume I – Novo testamento – Os quatro evangelhos*, São Paulo, Companhia das Letras, 2017.

MACCORMACK, Geoffrey, *The liability of the judge in the republic and principate*, in ANRW II.14 (1982), pp. 3-28.

MACDONELL, John e MANSON, Edward, *Great jurists of the world*, Boston, Little and Brown, 1914.

MAGDELAIN, André, Le consensualisme dans l'édit du préteur, Paris, Sirey, 1958.

MANTHE, Ulrich, Die Institutionen des Gaius, 2ª Ed., Darmstadt, WBG, 2010.

MAROTTA, Valerio, Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e republicana, in Ostraka 5 (1996), pp. 63-138.

MARRONE, Matteo, Sobre el arbitraje privado em la experiencia jurídica romana, in Roma e America. Diritto Romano Comune – Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina 5 (1998), pp. 57-73.

MARRONE, Matteo, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana, in Rivista dell'arbitrato 6 (1996), pp. 1-20.

MARTINO, Paolo, *Arbiter*, Roma, Consiglio Nazionale dele Ricerche e Dipartimento de Studi Glottoantropologici dell'Università di Roma 'La Sapienza', 1986.

MASCHI, Carlo Alberto, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, in ANRW II.15 (1976), pp. 668-707.

MATHIASS, Bernhard, Die Entwicklung der römischen Schiedsgericht, Rostock, Stiller, 1888.

MATTIOLI, Fabiana, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti*, Bologna, Bononia University Press, 2010.

MAYER-MALY, Theo, Divisio obligationum, in Irish Jurist 2 (1969), pp. 375-385.

MAYER-MALY, Theo, *Proculus (Jurist)*, in PWRE XXIII, 1 (1957), cc. 1234-1240.

MEDICUS, Dieter, Recipere, in Der kleine Pauly 5 (1979), cc. 1361-1362.

MELILLO, Generoso, *Il negozio bilaterale romano* – 'contrahere' e 'pacisci' tra il primo e il terzo secolo, 2^a Ed., Napoli, Liguori, 1986.

MELILLO, Generoso, *Patto (storia)*, in ED 32 (1982), pp. 479-496.

MENDES DE ALMEIDA, Napoleão, *Gramática latina – Curso único e completo*, 29ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

MENDES DE ALMEIDA, Napoleão, *Gramática metódica da língua portuguesa*, 46ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

MENGE, Hermann, Lateinische Synonymik, 5^a Ed., Heidelberg, Carl Winter, 1959.

METRO, Antonino, Brevi note sulla 'mors litis' per inattività, in Fundamina 20 (2014), pp. 638-647.

METZGER, Ernst, A new outline of the roman civil trial, Oxford, Clarendon, 1997.

MOMMSEN, Theodor, *Abriss des römischen Staatsrecht*, 1893, trad. esp. de DORADO, Pedro, *Compendio del derecho público romano*, Madrid, La España Moderna, 1901.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht*, 1888, trad. fr. de GIRARD, Paul, *Droit public romain*, Vol. 1, 3^a Ed., Paris, Thorin, 1892

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, 1898, trad. esp. de DORADO, Pedro, *Derecho penal romano*, Madrid, Temis, 1999.

MURGA, José Luis e SERRANO-VICENTE, Martín, *Julio Paulo*, in DOMINGO, Rafael, (Org.), *Juristas Universales – Volumen I – Juristas antigos*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 204-208.

NASCIMENTO JR., Jaime, Considerações acerca do 'iudex qui litem suam fecit', in RFD 96 (2001), pp. 103-118.

NEUMANN, Karl Johannes, 'Coercitio', in PWRE IV, 1 (1900), cc. 201-204.

NEVES, Maria Helena de Moura, *A gramática do português revelada em textos*, São Paulo, Editora Unesp, 2018.

NIPPEL, Wilfried, Policing Rome, in The Journal of Roman Studies 74 (1984), pp. 20-29.

NIPPEL, Wilfried, *Public order in ancient Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

OLIVEIRA, Alexandre Espinha, *Consultatio ueteris cuiusdam iurisconsulti – tradução e identificação de aspectos retóricos*, Dissertação (Mestrado), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

OTTINK, Marijke, v. *poena*, in TLL, vol. 10, cc. 2497-2511.

PARICIO, Javier e CREMADES, Ignacio, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico*, in AHDE 54 (1984), pp. 179-208.

PARICIO, Javier, Los arbitrajes privados en la Roma clásica, Madrid, Marcial Pons, 2014.

PARICIO, Javier, Los cuasidelitos – observaciones sobre su fundamento histórico, Madrid, Civitas, 1987.

PARICIO, Javier, Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso' – Sanción contra el árbitro que no dió sentencia, in RIDA, 31 (1984), pp. 283-306.

PARICIO, Javier, Sempronio Próculo, in DOMINGO, Rafael, (Org.), Juristas Universales – Volumen I – Juristas antigos, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 157-161

PARTSCH, Josef, Der ediktale Garantievertrag durch receptum, in SZ 29 (1908), pp. 403-422.

PASTORI, Franco, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, 2ª Ed., Milano, Cisalpino-Goliardica, 1988.

PERNICE, Alfred, *Labeo – Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Vol. 1, Halle, Max Niemeyer, 1873.

PERNICE, Alfred, *Labeo – Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Vol. 2, Halle, Max Niemeyer, 1878.

PERNICE, Alfred, V. Parerga, in ZSS 3 (1882), pp. 127-171.

PETITO, Andrea, *Il 'iudex qui litem suam facere' nella parafrasi di Teofilo*, in CASCIONE, Cosimo, GERMINO, Emilio e DORIA, Carla Masi, *Parti e giudici nel processo – dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, Saturna, 2006, pp. 453-491.

PETRUCCI, Aldo, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione dele banche romane*, Torino, Giappichelli, 2002.

PHARR, Clyde (Org.), The theodosian code and novels and the sirmondian constitutions – a translation with commentary, glossary, and bibliography, Princeton, Princeton University Press, 1952.

PLESCIA, Joseph, Judicial accountability and immunity in roman law, in The american journal of legal history 45 (2001), pp. 51-70.

Poggi, Agostino, *Il contratto di società in diritto romano classico*, vol. 2, Torino, Tipografia Sociale Torinese, 1934.

Pugliese, Giovanni, *Lezioni introduttiva sul contratto in diritto romano*, in Burdese, Alberto (Org.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006, pp. 23-36.

Pugsley, David, 'Litem suam facere', in Irish Jurist 4 (1969), pp. 351-355.

Pugsley, David, On the style of Paul's and Ulpian's commentaries on the edict, in Acta Juridica (1973), pp. 185-200.

RABER, Fritz, Coercitio, in Der kleine Pauly 1 (1964), cc. 1240-1241.

RABER, Fritz, Receptum, in Der Kleine Pauly 5 (1979), p. 1346.

RAMPAZZO, Natale, Sententiam dicere cogendum esse – Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico, Napoli, Saturna, 2012.

REZENDE, Antônio Martinez e BIANCHET, Sandra Braga, *Dicionário do latim essencial*, 2ª Ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2016.

RIBEIRO NETO, João Costa, *Iudex qui litem suam facit – Hipóteses de responsabilidade objetiva no direito romano clássico*, São Paulo, Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, 2015.

RINOLFI, Cristiana, 'Episcopalis audientia' e arbitrato, in S. Puliatti – U. Agnati (Org.), Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C., Parma, Monte Università Parma, 2010, pp. 191-239.

ROBINSON, Olivia, An introduction to roman criminal law, in De Jure 31 (1998), pp. 322-335.

ROBINSON, Olivia, *Justinian and the compilers' view of the iudex qui litem suam fecerit*, in KNOTHE, Hans-Georg e KOHLER, Jürgen, *Status familiae – Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2001, pp. 389-396.

ROBINSON, Olivia, *Justinians' institutional classification and the class of quasi-delict*, in JLH 19 (1998), pp. 245-250.

ROBINSON, Olivia, *The 'iudex qui litem suam fecit' explained*, in SZ 116 (1999), pp. 195-199.

RODRIGUES, Dárcio, *A responsabilidade do 'nauta' por fato de terceiro nas ações do 'ius honorarium'*, São Paulo, Tese (Livre-docência), Universidade de São Paulo, 2012.

ROEBUCK, Derek e LOYNES DE FUMICHON, Bruno, Roman Arbitration, Oxford, Holo, 2004.

ROEBUCK, Derek, *Bricks without straw – arbitration in roman Britain*, in *Arbitration International* 23 (2007), pp. 143-156.

ROSINVACH, Vincent, *The 'lex fannia sumptuaria of' 161 BC*, in *The Classical Journal* 102 (2006), pp. 1-16.

ROTONDI, Giovanni, *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee – l'exceptio veluti pacti ex compromisso*, in ID., *Scritti giuridici*, v. 1, Milano, Hoepli, 1922, pp. 284-297.

ROUSSIER, Jules, Du compromis sine poena en droit romain classique, in Revue Historique de Droit Français et Étranger 18 (1939), pp. 167-205.

RUDORFF, Adolf Friedrich, Römische Rechtgeschichte, vol. 2, Leipzig, Tauchnitz, 1859.

Ruy, Maria Lucia, *De verborum significatu – Análise e tradução*, Vol. 1, São Paulo, Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, 2012.

SÁNCHEZ-MORENO, Carlos, *Lex Irnitana*, in BAGNALL, Roger *et al.* (Org.), *The Encyclopedia of Ancient History*, Oxford, Blackwell, 2013, pp. 4040-4042.

SANTALUCCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2ª Ed., Milano, Giuffrè, 1998.

SANTALUCCIA, Bernardo, Processo penale (diritto romano), in ED 36 (1987), pp. 318-360.

SANTOS JUSTO, Antônio, *Direito privado romano – II – Direito das obrigações*, 3ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

SANTUCCI, Gianni, *Il socio d'opera in diritto romano – conferimenti e responsabilità*, Padova, CEDAM, 1997.

SARAIVA, Francisco Rodrigues, *Novissimo dicionário latino-português*, 12^a Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 2006.

SCAFURO, Adele, *The forensic stage – settling disputes in graeco-roman new comedy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

SCEVOLA, Roberto, La responsabilità del 'iudex privatus', Milano, Giuffrè, 2004.

SCHELD, John, *Saturnus, Saturnalia*, in HORNBLOWER, Simon e SPAWFORTH, Anthony (Org.), *The Oxford classical dictionary*, 4^a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1322.

SCHIPANI, Sandro et al., Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae – Digesti o Pandette Dell'Imperatore Giustiniano – Texto e Traduzione, Vol. 1, Milano, Giuffrè, 2005.

SCHRICKX, Josine, v. recipio, in TLL, Vol. 11, cc. 326-353.

SCHULZ, Fritz, Classical Roman Law, Oxford, Clarendon Press, 1951.

SCHULZ, Fritz, Einführung in das Studium der Digesten, Tübingen, Mohr, 1916.

SCHULZ, Fritz, History of roman legal science, Oxford, Clarendon, 1946.

SCHULZ, Fritz, *Prinzipen des Römischen Rechts*, 1934, trad. ing. WOLFF, Marguerite, *Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon, 1936.

SEGURA MUNGUÍA, Santiago, Lexicón (incompleto) etimológico y semántico del latín y de las voces actuales que proceden de raíces latinas o griegas, Bilbao, Universidad de Deustro, 2014.

SELB, Walter, Das prätorische Edikt – Vom rechtpolitischen Programm zur Norm, in BENÖHR, Hans-Peter, et. al (Org.), Iuris professio – Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Graz, Böhlau, 1986, pp. 259-272.

SIRKS, Adriaan Johan, *Delicts*, in D. JOHNSTON (Org.), *The cambridge companion to roman law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 246-271.

SITZIA, Francesco, *Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustinianeu e bizantino*, in AUPA 57 (2014), pp. 239-264.

SOLINAS, Guido Paolo, *A proposito dell'arbitrium boni viri*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. 2, Milano, La Goliardica, 1972, pp. 539-571.

STEIN, Peter, *Labeo's reasoning on arbitration*, in *South African Law Journal* 91 (1974), pp. 135-140.

STEIN, Peter, Roman arbitration – an english perspective, in Israel Law Review 29 (1995), pp. 215-227.

STEIN, Peter, *The nature of quasi-delictual obligations in roman law*, in RIDA 5 (1958), pp. 563-570.

STEINMANN, Werner, v. *lis*, in TLL, Vol. 7, Sec. 2, cc. 1496-1501.

STRACHAN-DAVIDSON, James Leigh, *Problems of the roman criminal law*, Vol. 1, Oxford, Clarendon, 1912.

TALAMANCA, Mario, Argentarii, in NNDI 1 (1958), pp. 940-941.

TALAMANCA, Mario, Contratto e patto nel diritto romano, in Burdese, Alberto (Org.), Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana, Padova, CEDAM, 2006, pp. 37-83.

TALAMANCA, Mario, Istituzioni di diritto romano, Milano, Giuffrè, 1990.

TALAMANCA, Mario, *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*, in Labeo 20 (1974), pp. 83-104.

TALAMANCA, Mario, Obbligazione (diritto romano), in ED 29 (1979), pp. 1-78.

TALAMANCA, Mario, Ricerche in tema di 'compromissum', Milano, Giuffrè, 1958.

TALAMANCA, Mario, Società in generale (diritto romano), in ED 42 (1991), pp. 814-860.

TALAMANCA, Mario, Sull'interpretazione di Ulpiano, L. 13 'ad ed', D. 4, 8, 21, 9-11, in AAVV., Studi in onore di Giuseppe Chiarelli, t. 4, Milano Giuffrè, 1974, pp. 4227-4245.

UNTERMANN, Jürgen, Wörterbuch des Oskisch-Umbrischen, Heidelbert, Winter, 2000.

VALIÑO, Alejandro, *Notas sobre el 'arbiter' y 'iudex' en el proceso del 'ordo'*, in PRATS, Lorenzo, (Org.), *Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente*, Vol. 2, Valencia, Universidad de Valencia, 1996, pp. 535-541.

VALPY, Francis Edward, *An etymological dictionary of the latin language*, London, A. J. Valpy, 1828.

VANIČEK, Alois, Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache, Leipzig, Teubner, 1874.

VASCONCELLOS, Manoel et al., Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano, Vol. 1, 1^a Ed., São Paulo, YK, 2017.

Voci, Pasquale, *Per la definizione dell'imperium*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Vol. 2, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 66-102.

Volterra, Edoardo, Istituzioni di diritto privato romano, Roma, La Sapienza, 1988.

Waismann, Friedrich, Einführung in das mathematische Denken – Die Begriffsbildung der modernen Mathematik, Wien, Gerold, 1936.

WALDE, Alois e HOFMANN, Johann Baptist, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Vol. 1, 3^a Ed., Heidelberg, Carl Winters, 1938.

WALDE, Alois e HOFMANN, Johann Baptist, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Vol. 2, 3^a Ed., Heidelberg, Carl Winters, 1954.

WATSON, Alan, *The Digest of Justinian*, Vol. 1, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.

WATSON, Alan, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford, Clarendon Press, 1965.

WEISS, Egon, Lex Fannia, in PWRE XII, 2 (1925), c. 2353.

WEIZSÄCKER, Carl, Das römische Schiedsgerichtamt unter Vergleichung mit dem officium judicis, Tübingen, Heinrich Laupp, 1879.

WENGER, Leopold, Receptum arbitrii, in PWRE IA, 1 (1914), cc. 358-372.

WILLIS, James, Ambrosii Theodosii Macrobii Saturnalia – Apparatu critico instruxit in Somnium Scipionis commentarios, 2^a Ed., Stuttgart, Teubner, 1994.

WLASSAK, Moritz, Arbiter, in PWRE II, 1 (1895), cc. 408-411.

WOJTCZAK, Marzena, Arbitration and settlement of claims in late antiquity, Tese (Doutorado), Warszawa, Uniwersytet Warszawski, 2016.

ZETZEL, James, *Cicero – On the Commonwealth and On the Laws*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

ZIEGLER, Karl-Heinz, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht, München, Beck, 1971.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Stipulatio poenae*, in *The South African Law Journal* 104 (1987), pp. 399-415.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations – The roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Juta, 1990.

6. ÍNDICE DE FONTES

	C. Th. 2, 1, 4160
Instituições de Gaio	C. Th. 2, 8, 18169
•	C. Th. 8, 8, 3 pr169
1, 128143	
2, 181143	Código de Justiniano
3, 14963	C 1 17 2 m 160
3, 15063	C. 1, 17, 2 pr
3, 180135	C. 1, 29, 2
3, 181135	C. 1, 3, 50 pr
4, 106	C. 1, 4, 8
4, 107135	C. 1, 9, 8
4, 112143	C. 2, 3, 29 pr159, 164, 167, 171
4, 121135	C. 2, 3, 29, 26, 9, 71, 161, 163, 164,
4, 17a118	165, 167, 168, 170, 171, 177
4, 26117	C. 2, 3, 4
4, 52120, 140, 143, 151	C. 2, 4, 16
4, 75143	C. 2, 55, 1
	C. 2, 55, 4
Código de Teodósio	C. 2, 55, 4 pr
C. Th. 1, 16, 7162	C. 2, 55, 5 pr17, 172, 173, 174, 175,
C. Th. 1, 2, 7164	176
C. Th. 1, 27, 2	C. 2, 55, 5, 1174
C. Th. 1, 6, 11160	C. 2, 55, 5, 3
C. Th. 1, 6, 9165	C. 2, 55, 5, 4
C. Th. 1, 7, 4160	C. 2, 55, 6
C. Th. 11, 29, 5	C. 2, 56, 633
C. Th. 11, 30, 65160, 165	C. 2, 7, 22, 6160
C. Th. 11, 7, 13169	C. 2, 9, 3
C. Th. 15, 14, 9	C. 3, 1, 14170
C. Th. 2, 1, 10183	C. 3, 12, 6, 1
C. Th. 2, 1, 2	C. 3, 13, 6
. 111. 2, 1, 2100	2. 5, 15, 0100

C. 4, 18, 138	D. 3, 5, 1382
C. 4, 20, 20169	D. 3, 5, 3, 1095
C. 4, 29, 2387	D. 3, 5, 3, 995
C. 4, 29, 6, 287	D. 4, 8, 11, 150, 51, 91, 92
C. 4, 38, 1865	D. 4, 8, 11, 214, 23, 26, 43, 47, 50, 83, 91,
C. 8, 35, 13160	92, 166
C. 12, 52, 3160	D. 4, 8, 3, 2 .36, 37, 39, 40, 42, 43, 53, 83
C. 12, 54, 5160	D. 4, 2, 14, 539
C. 12, 59, 5160	D. 4, 2, 21, 595
	D. 4, 2, 21, 695
Digesto	D. 4, 4, 190, 94
g .	D. 4, 4, 13, 194
D. 1, 2, 2, 1090	D. 4, 4, 16, 387
D. 1, 2, 2, 52	D. 4, 4, 24, 187
D. 1, 3, 29	D. 4, 4, 3, 194
D. 1, 3, 30	D. 4, 4, 3, 294
	D. 4, 4, 3, 394
D. 2, 11, 2, 182 D. 2, 13, 1, 5155	D. 4, 4, 3, 682
D. 2, 13, 9 pr95	D. 4, 4, 3, 794
D. 2, 14, 1, 3	D. 4, 4, 782
D. 2, 14, 10, 121	D. 4, 6, 23, 482
D. 2, 14, 16 pr94	D. 4, 6, 26, 982
D. 2, 14, 27, 894	D. 4, 8, 111, 19, 52, 56, 121
D. 2, 14, 7, 794	D. 4, 8, 11 pr92, 112
D. 2, 15, 1412	D. 4, 8, 11, 314, 17, 24, 47
D. 2, 15, 8, 2082	D. 4, 8, 11, 450, 92, 166
D. 2, 15, 8, 2282	D. 4, 8, 1287
D. 2, 2, 3 pr95	D. 4, 8, 13 pr
D. 2, 2, 3, 195	D. 4, 8, 13, 1 . 15, 17, 26, 47, 92, 166, 174
D. 2, 4, 295, 98	D. 4, 8, 13, 234, 37, 39, 40, 53, 54, 60, 91,
D. 3, 1, 1, 682	116, 120
D. 3, 2, 1795	D. 4, 8, 13, 392
D. 3, 3, 8, 3115	D. 4, 8, 13, 482, 112

D. 4, 8, 1426, 43, 61, 92	D. 4, 8, 26166
D. 4, 8, 1589, 92, 110	D. 4, 8, 2728, 61, 67, 68, 70, 77, 166
D. 4, 8, 1637, 40, 48, 57, 92	D. 4, 8, 27, 128, 166
D. 4, 8, 16, 186, 92	D. 4, 8, 27, 267, 68, 69, 70, 77
D. 4, 8, 17 pr51, 57, 92	D. 4, 8, 27, 3166
D. 4, 8, 17, 192	D. 4, 8, 27, 561
D. 4, 8, 17, 240, 92	D. 4, 8, 3 pr166
D. 4, 8, 17, 358, 92	D. 4, 8, 3, 140, 41, 42, 43, 46, 78, 81, 82,
D. 4, 8, 17, 492	86, 89, 90, 92, 107, 108, 110, 112, 113,
D. 4, 8, 17, 692	116
D. 4, 8, 1857	D. 4, 8, 3, 3 37, 92, 100, 103, 105, 120
D. 4, 8, 19 pr.56, 57, 58, 59, 68, 70, 92,	D. 4, 8, 3092, 166
114	D. 4, 8, 3126, 45
D. 4, 8, 19, 140, 54, 60, 62, 92	D. 4, 8, 32 pr87, 112, 166
D. 4, 8, 19, 259, 60, 68, 70, 72	D. 4, 8, 32, 192, 166
D. 4, 8, 213, 16, 17, 21, 76, 166, 174	D. 4, 8, 32, 1152, 109, 166
D. 4, 8, 2060, 68, 70	D. 4, 8, 32, 12 109, 114, 115, 116, 158
D. 4, 8, 21, 1061, 72	D. 4, 8, 32, 1352, 92, 166
D. 4, 8, 21, 1161, 72, 73, 166	D. 4, 8, 32, 1473, 92, 166
D. 4, 8, 21, 1272, 86, 166	D. 4, 8, 32, 1551, 56, 61, 116
D. 4, 8, 21, 355	D. 4, 8, 32, 1655, 75
D. 4, 8, 21, 4166	D. 4, 8, 32, 1752, 61
D. 4, 8, 21, 527, 40, 42, 57, 92, 157	D. 4, 8, 32, 20116
D. 4, 8, 21, 625, 55	D. 4, 8, 32, 433, 37, 92
D. 4, 8, 21, 752, 61, 72, 73	D. 4, 8, 32, 592
D. 4, 8, 21, 852, 72, 166	D. 4, 8, 32, 625, 111, 112, 113, 114
D. 4, 8, 21, 940, 44, 51, 57, 92, 157, 166,	D. 4, 8, 32, 725
202	D. 4, 8, 32, 825, 92, 166
D. 4, 8, 23 pr45, 166	D. 4, 8, 3327
D. 4, 8, 23, 1166	D. 4, 8, 34 pr166
D. 4, 8, 23, 3166	D. 4, 8, 34, 1166
D. 4, 8, 25 pr55, 56	D. 4, 8, 3525, 92, 166
D. 4, 8, 25, 127	D. 4, 8, 3692, 166, 169

D. 4, 8, 3755, 166	D. 4, 9, 1, 7	37
D. 4, 8, 3877, 166	D. 4, 9, 1, 8	37
D. 4, 8, 39 pr166	D. 4, 9, 3 pr	37
D. 4, 8, 39, 127, 166	D. 4, 9, 3, 2	37
D. 4, 8, 437, 92, 101, 103, 105, 120	D. 4, 9, 3, 3	38
D. 4, 8, 4028, 52, 166	D. 4, 9, 4, 1	38
D. 4, 8, 4133, 121, 154, 155, 166	D. 4, 9, 51	36
D. 4, 8, 42166	D. 4, 9, 6, 3	38
D. 4, 8, 4439, 167	D. 4, 9, 7, 3	82
D. 4, 8, 4539	D. 4, 9, 7, 6	
D. 4, 8, 4625, 55	D. 5, 1, 15, 1	146, 147
D. 4, 8, 47,25, 29, 61	D. 5, 1, 16	146
D. 4, 8, 47, 125, 61	D. 5, 1, 35	25
D. 4, 8, 4825	D. 5, 1, 58	101, 120
D. 4, 8, 4916, 25	D. 5, 1, 74 pr	119
D. 4, 8, 49, 216	D. 5, 3, 13, 9	82
D. 4, 8, 532, 92	D. 5, 3, 31 pr	82
D. 4, 8, 5027, 52, 182	D. 5, 3, 36, 5	95
D. 4, 8, 5133	D. 5, 3, 37	82
D. 4, 8, 52167	D. 6, 1, 13	82
D. 4, 8, 632	D. 7, 1, 17 pr	82
D. 4, 8, 7 pr32	D. 7, 1, 50	95
D. 4, 8, 7, 133, 52, 92, 166	D. 8, 3, 29	36
D. 4, 8, 892	D. 8, 3, 3, 1	95
D. 4, 8, 9 pr91	D. 8, 5, 9 pr	36
D. 4, 8, 9, 133, 91	D. 9, 2, 39 pr	95
D. 4, 8, 9, 240, 52, 91, 166	D. 9, 2, 53	95
D. 4, 8, 9, 391, 92	D. 9, 3, 1, 8	105
D. 4, 8, 9, 4111	D. 9, 3, 5, 6	105
D. 4, 8, 9, 5112	D. 10, 2, 49	39
D. 4, 9, 1, 137	D. 10, 3, 19 pr	11
D. 4, 9, 1, 337	D. 10, 4, 11 pr	82
D. 4. 9. 1. 6.	D. 11. 1. 11. 8	82

D. 11, 3, 1, 236	D. 17, 2, 7662, 63, 64, 66, 67, 68, 70
D. 11, 3, 5, 493	D. 17, 2, 7864, 66
D. 11, 5, 1 pr94	D. 17, 2, 8064, 66
D. 11, 5, 1, 494	D. 19, 1, 13, 2082
D. 11, 6, 180	D. 19, 2, 13, 380
D. 11, 7, 482	D. 19, 2, 19, 180
D. 12, 1, 4022	D. 19, 2, 25 pr66
D. 13, 4, 2, 836	D. 19, 2, 55 pr36
D. 13, 4, 3, 839	D. 19, 2, 9, 182
D. 13, 6, 5, 336	D. 19, 5, 2266
D. 13, 6, 7, 182	D. 21, 1, 1, 780
D. 14, 1, 1, 582	D. 21, 1, 17, 1982
D. 14, 2, 2, 295	D. 21, 1, 31, 1339
D. 14, 3, 11 pr82	D. 21, 1, 31, 536
D. 14, 3, 11, 582	D. 22, 6, 211
D. 14, 4, 5, 1382	D. 24, 3, 7, 195
D. 14, 4, 7 pr82	D. 25, 3, 5, 287
D. 14, 5, 2, 182	D. 25, 4, 1, 1118
D. 15, 1, 3, 1025	D. 25, 4, 1, 2118
D. 15, 1, 3, 825	D. 25, 4, 1, 3117
D. 15, 1, 3, 925	D. 25, 4, 1, 882
D. 16, 1, 1 pr88	D. 26, 10, 3, 680
D. 16, 1, 2, 188	D. 26, 10, 3, 782
D. 16, 1, 8, 136	D. 26, 7, 2136
D. 16, 3, 1, 1106	D. 26, 7, 3, 795
D. 16, 3, 1, 1036	D. 27, 3, 1, 1182
D. 16, 3, 1, 2782	D. 29, 5, 3, 1782
D. 16, 3, 1, 495, 106	D. 30, 53, 882
D. 17, 1, 12, 982	D. 33, 6, 9, 1180
D. 17, 1, 29, 682	D. 33, 7, 880
D. 17, 2, 29 pr63	D. 34, 2, 1980
D. 17, 2, 5282	D. 34, 2, 2280
D. 17, 2, 71, 119	D. 35, 2, 68 pr80

D. 36, 1, 13, 382	D. 47, 10, 7, pr	90
D. 36, 1, 23, 382	D. 47, 6, 1, 2	82
D. 36, 1, 6, 382	D. 47, 8, 12	95
D. 36, 2, 14, 282	D. 47, 8, 3	95
D. 36, 3, 1, 1982	D. 47, 8, 4	95
D. 36, 4, 5, 3082	D. 47, 8, 4, 6	95
D. 37, 4, 3, 482	D. 47, 8, 7	95
D. 37, 5, 3, 682	D. 48, 10, 1, 3	164
D. 37, 8, 1, 182	D. 48, 10, 24	95
D. 38, 17, 1, 1212	D. 48, 10, 31	97
D. 38, 2, 190	D. 48, 15, 7	97
D. 38, 2, 8 pr82	D. 48, 19, 28	97
D. 39, 1, 5, 1082	D. 48, 5, 24, 1	82
D. 39, 5, 29 pr95	D. 48, 6, 1	95
D. 40, 1, 4, 136	D. 49, 14, 31	95
D. 40, 15, 2, 212	D. 49, 14, 40	36
D. 40, 5, 24, 1482	D. 49, 15, 19 pr	35
D. 41, 1, 4435	D. 50, 1, 17, 12	12
D. 42, 1, 15, 787	D. 50, 1, 22, 6	160
D. 42, 1, 15, 982	D. 50, 1, 26	96
D. 42, 1, 55120	D. 50, 16, 17	80
D. 42, 1, 5782	D. 50, 16, 19	48
D. 43, 14, 1, 495	D. 50, 16, 229	12
D. 43, 14, 1, 782	D. 50, 16, 230	12
D. 43, 18, 1, 582	D. 50, 16, 36	122
D. 43, 19, 3, 782	D. 50, 16, 49	80
D. 43, 26, 1, 235	D. 50, 4, 3, 14	36
D. 43, 8, 2, 2836	D. 50, 5, 13, 2	120
D. 45, 1, 126, 219	D. 50, 7, 18	36
D. 45, 1, 13711		
D. 46, 1, 16, 436	Instituições de Justi	iniano
D. 47, 10, 15, 2594	·	
D. 47, 10, 7, 282	I. 1, 1, 2 I. 3, 21	
	1. J, ∠1	

I. 4, 18, 3165	Cic. de leg. 2, 1-3	102
I. 4, 18, 6165	Cic. De orat. 3, 4	105
I. 4, 5 pr143, 146, 163, 165, 166	Cic. De leg. 2, 23	103
	Cic. de leg. 1, 8	102
Fontes Epigráficas	Cic. <i>Philip</i> . 1, 12	105
	Cic. <i>Pro Mil</i> . 89	105
CIL 10, 10410	Cic., De Rep., 2, 54	104
CIL 6, 10028	Gell. Noc. At., 4, 10, 8	105
Lex Irnitana 91130, 139, 143, 182	Gell. Noc. At., 14, 7, 10	105
	Gell., Noc. At., 2, 24, 2	127
Consultatio veteris cuiusdam	Gell., Noc. At., 2, 24, 3	127
iurisconsulti	Gell., Noc. At., 11, 18, 8	122
8, 7164	Gell., Noc. At., 17, 2, 10	129
9, 17	Liv., Ab Urbe cond. 42, 9, 4	105
9, 1713, 10, 70, 174	Liv., ab Urbe condita, 10, 9, 4	104
	Liv., Ab Urbe cond. 5, 11, 11	105
Tabulae Herculanenses	Liv., Ab Urbe cond. 3, 55, 9	105
7618, 20	Macr. Sat. 3, 15, 1	126
7746	Macr. Sat. 3, 16, 1	127
8118, 46	Macr. Sat. 3, 16, 13	127
8218, 21	Macr. Sat. 3, 17, 13	127
	Macr. Sat. 3, 16, 14	125
Pauli Sententiae	Plaut., Capitivi, 219	32
	Plaut., <i>Mercator</i> , 1005	32
2, 15, 148	Plaut., Miles, 1137	32
5, 25	Plaut., <i>Rudens</i> , 1002	41
5, 5a, 175, 76	Plínio, Nat., 10, 139	127
5, 26, 197	Plut. Cic. 43, 7	105
	Quint. Orat., 4, 1, 19	33
Fontes Literárias	Suet. De vitis Caes. 17, 2	105
Apiano, Bell. Civ. 3, 31105	Val. Max. 9, 7, 1	105
Cic. De oratore, 2, 305123	Varrão, Ling. lat., 7, 51	129
Cic. de leg. 3, 3, 697	Vell. Pater. 2, 92, 3	105

7. ÍNDICE ONOMÁSTICO

	R. CANEVAILE137, 138
N. Abbagnano148	C.A. CANNATA92, 93, 96, 110, 142,
B. Albanese47, 90, 118, 119	145, 181
E. Albertario38	B. COHEN32, 183
G. Anderson144	E. Costa97, 98, 104, 105
V. Arangio-Ruiz66, 98, 122, 123,	M. Crawford130
145, 147	I. Cremades119, 122, 123, 142, 150,
C. Arnò66, 67	157, 158
M. BACHERLER12	G. Crifò7, 79, 80, 113, 116
J. Basselaar35	E. Cuq129, 140
G. Baviera75	A. D'Ors7, 16, 59, 122, 124, 129,
R. Beekes31	131, 132, 134, 138, 139, 140, 142, 144,
O. Behrends59	145, 146, 154, 158, 180, 183
E.I. Bekker37, 38, 49, 85	T. Dalla Massara
É. BENVENISTE32	D. Daube10
A. BERGER11, 12, 35, 39, 53, 87,	P.V. DAVIES126
90, 122, 135, 138, 140, 143, 144, 160	A. DE DOMINICIS97, 98, 99, 105, 116
S.B. BIANCHET35	C. DE KONNICK145, 153
P. BIRKS123, 144, 147, 148, 150	F. DE MARTINO105, 122, 130, 134,
A. Birley70	137, 139, 140, 145, 147, 150, 153, 162,
F. Bonifacio7, 13, 16, 25, 29, 32, 33,	164
51, 57, 66, 68, 77, 101, 172	F. DE ZULUETA8, 119, 141
C.A. BÖTTCHER 30, 96, 97, 98, 105,	M. DE VAAN10, 30, 35, 53, 95
117, 119	P. DE FRANCISCI125, 128, 140
G. Broggini66	J. DECLAREUIL16
G. BUGLIANI25, 32, 69, 112	E. Descheemaeker123, 132, 134,
G. Buigues Oliver25, 26, 33, 37,	150, 180
40, 69, 71, 100, 101, 117, 118	H. DIRKSEN11, 12, 35, 37, 39, 90,
A. Burdese48, 97, 98, 122, 124, 130,	122, 144, 165
132, 135, 139, 145, 149, 151, 152, 153,	A. Ernout 10, 30, 31, 35, 53, 95, 132
154, 162, 163	E. FARIA12, 36, 95, 133
A. CAMERON126	E. FAZZALARI

A. Fernandez Barreiro8, 68, 157	T. Honoré63, 80, 81, 82	
A. Fernandez de Buján71	A. Houaiss10	
A. Fernández de Buján111, 118	H. HÜBNER180, 181	
A. FÖLDI147	M. Humbert14, 17, 24, 17	
E. FORCELLINI10, 11, 12, 35, 36, 39,	A.H.M. Jones160	
95, 122, 144, 165	O. KARLOWA140	
P. Frezza38, 40, 41, 52, 112, 116	M. Kaser12, 38, 41, 47, 49, 88, 9	
F. GALLO48, 63, 64, 65, 66	100, 117, 120, 141, 148, 160, 161, 170	
T. GIMÉNEZ-CANDELA120, 131, 132,	U. Keudel144	
139, 140, 145, 147, 149, 152	F. KLINGMÜLLER38	
C. GIOFFREDI41, 95	R. Knütel22	
M. Giusto122, 127, 128, 130, 133,	B. KÜBLER100, 147, 149, 181	
134, 136, 138, 139, 143, 145, 149, 150,	W. KUNKEL150	
152, 153, 163, 164	G. La Pira13, 14, 16, 18, 19, 40, 52,	
P. GLARE10, 12, 35, 36, 39, 46, 166	56, 59, 61	
J. GONZÁLEZ130	F. Lamberti130, 132, 133, 134, 139,	
O. GRADENWITZ11, 95	140	
G. Grosso38, 46, 47, 49, 50	R. Lambertini162, 164, 165, 167	
A. Guarino46, 66, 80, 88	O. LENEL21, 38, 57, 85, 86, 87, 89, 91, 92,	
A. Guasco140, 181	112, 116, 139, 147, 149, 150, 178	
C. Gutiérrez García85, 92, 116,	C. Lewis	
122, 157, 181	J.L. Linares Pineda22	
K. Hackl12, 41, 96, 117, 120, 148,	A. Lintott99, 102, 103, 104	
160, 161, 170	W. Litewski66, 68, 70, 71, 74	
R. Hanslik70	M. Llanos Pitarch165	
H. Hausmaninger100	G. Longo116	
A.B. Hauy149	M. LÓPEZ-AMOR38	
H. HEUMANN11, 12, 35, 36, 37, 39,	F. Lourenço144	
40, 53, 72, 74, 87, 90, 95, 106, 122, 143,	B. Loynes de Fumichon18, 31, 33,	
165	38, 40, 46, 49, 67, 77, 81, 121	
O. HEY10, 30, 31, 39, 90, 95	A. M. REZENDE35	
J.B. HOFMANN10, 30, 31	G. MACCORMACK123, 124, 129,	
L. HOLFORD-STREVENS126	130, 133, 139, 141, 147, 149, 151, 180	

J. MACDONELL79	118, 119, 122, 123, 142, 143, 147, 150,	
A. Magdelain38, 47, 49, 120	154, 155, 156, 157, 158, 181, 194	
E. Manson	J. PARTSCH38	
V. MAROTTA31	F. Pastori14	
M. Marrone	A. PERNICE47, 116, 117, 145, 15	
114, 154, 168, 169, 171, 172, 175, 176,	А. РЕТІТО164, 165, 166	
178, 179, 183	A. Petrucci38	
P. MARTINO30, 31, 32	J. Plescia145	
C.A. Maschi76, 89	A. Poggi66	
B. Mathiass47	D. Pugsley85, 89, 123, 124, 130	
F. Mattioli124, 127, 128, 129, 139,	F. RABER35, 37, 98	
141, 150, 151, 152, 161, 164, 165	N. RAMPAZZO11, 12, 22, 26, 30,	
T. Mayer-Maly63, 148, 150	31, 37, 40, 42, 47, 49, 50, 51, 52, 54, 56,	
D. MEDICUS37	61, 75, 84, 85, 100, 102, 109, 113, 114,	
A. MEILLET 10, 30, 31, 35, 53, 95, 132	117, 118, 122, 155, 156, 157, 158, 168	
G. MELILLO46, 47, 52, 76	J.C. RIBEIRO NETO147, 148, 163	
N. Mendes de Almeida35, 36, 128, 133,	O. Robinson104, 123, 130, 148, 163	
144, 149	D. Rodrigues	
H. MENGE36, 39	D. Roebuck18, 31, 33, 38, 40, 46,	
A. Metro135, 136	49, 67, 77, 81, 119, 121	
E. METZGER132, 133, 139	V. Rosinvach127, 128, 129	
T. Mommsen8, 96, 97, 98, 100, 105,	G. ROTONDI14, 16, 17	
106, 115, 116, 117	A.F. Rudorff30	
J.L. Murga89	M.L. Ruy116, 119	
J. NASCIMENTO JR140	C. SÁNCHEZ-MORENO131	
K.J. NEUMANN98, 106, 110, 116	B. Santaluccia96, 98, 99	
M.H.M. NEVES68	A. Santos Justo123, 141	
W. NIPPEL97, 105	G. Santucci63, 64, 66, 67	
A. OLIVEIRA13	F. Saraiva35, 39, 95, 144	
M. Ottink166	A. Scafuro32, 41	
J. PARICIO7, 8, 16, 21, 22, 23, 25, 31,	R. Scevola122, 139, 140, 149, 150,	
34, 38, 41, 45, 52, 59, 60, 61, 63, 67, 68,	151, 152, 163, 164, 165	
76, 77, 81, 84, 93, 109, 113, 114, 116,	J. Scheld 126	

S. SCHIPANI
J. Schrickx35, 36, 37
F. Schulz16, 75, 76, 80, 81, 85, 136,
157
E. SECKEL11, 12, 35, 36, 37, 39, 40,
53, 72, 74, 87, 90, 95, 106, 122, 143,
165
S. Segura Munguía 10, 35, 36, 53, 95
W. Selb92, 93, 94, 96, 115, 116
M. Serrano-Vicente89
C. Short12
A.J. Sirks147
F. Sitzia172, 175, 176
G.P. Solinas66
$P. \ Stein7, 8, 32, 33, 55, 57, 68, 123, 147$
W. Steinmann
J.L. Strachan-Davidson96, 97, 98
M. Talamanca13, 15, 16, 19, 20,
21, 24, 28, 29, 38, 40, 45, 46, 47, 48, 64,
65, 66, 68, 73, 148, 156, 168, 169, 172,
173, 174, 175, 176, 180, 183
J. Untermann30
A. Valiño47, 181
F.E. VALPY30, 35
L. VAN BEEK31
A. VANIČEK30, 35
M. VASCONCELLOS59
M. VILLAR10
P. Voci98, 102, 106
E. Volterra46, 88, 135, 142
F. WAISMANN148
A. WALDE10, 30, 31, 35, 95
A. Watson59, 123

E. WEISS
C. Weizsäcker49
L. WENGER30, 41, 46, 47, 61, 92,
112, 113, 116
J. WILLIS125
M. Wlassak30, 41, 61, 68, 69, 75
M. WOJTCZAK46
J. ZETZEL103
KH. Ziegler17, 40, 46, 47, 48, 49,
53, 54, 55, 66, 73, 76, 85, 90, 91, 92, 93,
96, 110, 112, 114, 116, 117, 120, 154,
158, 164, 168, 169, 170, 172, 173, 174,
175, 176, 177
R. ZIMMERMANN13, 21, 66, 68, 71,
88, 106, 123, 147