

2. OS ELEMENTOS DA ARBITRAGEM PRIVADA

2.1 O “*compromissum*”

A palavra “*compromissum*” corresponde à substantivação do verbo “*promittere*”, 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 instau-

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 cristãos.

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 Deusto, 2014, pp. 387-394, especialmente, p. 389.

ração e submissão das 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.

Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 1: *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet.*

Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 1: *O compromisso, 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 existentes entre as partes (“*ad finiendas lites pertinet*”). Contudo, segundo N. RAMPAZZO¹⁶, apesar de essa ser uma interpretação possível, ela seria redutora 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,

¹³ E. FORCELLINI, v. *compromitto*, in ID., *Lexicon totius latinitatis*, Vol. 1, cit. (Nota 10), p. 739 (“*Speciatim de partibus litigantibus, quae mutuo promisso fidem suam obligant, se arbitri electi iudicio 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 gegenseitig 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 arbitrator*”). 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.

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

¹⁵ *Sententiam dicere*. cit. (Nota 14), p. 12.

¹⁶ *Sententiam dicere*. cit. (Nota 14), p. 13.

¹⁷ Em relação ao vocábulo “*finire*”, H. HEUMANN – E. SECKEL (v. *finire*, in ID., *Handlexikon*. cit. (Nota 13), 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 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 circumscribere, 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 boundaries*”, 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. (Nota 10), pp. 771-772) define como “*to mark out the boundaries of*”, “*to establish the limits of, define*” ou como “*to describe, define*”.

o termo também poderia apontar à conclusão de um conflito judiciário ou ao esaurimento 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 instauração do procedimento arbitral acordado 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 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

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*. cit. (Nota 13), p. 565; H. HEUMANN – E. SECKEL, v. *Lis*, in ID., *Handlexikon*. cit. (Nota 13), p. 318; W. STEINMANN, v. *lis*, in TLL, Vol. 7, Sec. 2, cc. 1496-1501; H. DIRKSEN, v. *Lis*, in ID., *Manuale latinitatis*. cit. (Nota 13), pp. 546-547; E. FORCELLINI, v. *lis*, in ID., *Lexicon totius latinitatis*, Vol. 3, 4^a Ed., Padova, Typis Seminarii, 1871, p. 98.

²⁰ N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere*. cit. (Nota 14), pp. 17-18.

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

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.

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 placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.*

Ulp. 4 *ad ed.* D. 4, 8, 2: Considera-se que do compromisso não nasce exceção, mas a ação da pena.

Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti, 9, 17²⁸: *Item ex corpore Gregoriani: qui contra arbitri sententiam petit, sola in eum poenae actio ex compromisso competit, non etiam conceptio pacti conventi: lib. I tit. X.*

Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti, 9, 17: Igualmente do ‘*corpus*’ gregoriano: quem pede contra a sentença do árbitro, compete contra ele apenas a ação da pena <fixada> no compromisso, não cumulada com <a ação> do pacto acordado: livro 1, título 10.

Segundo Ulpiano, a celebração de um compromisso concedia às partes somente a possibilidade 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 pac-

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.

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. (Nota 23), 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).

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

tos 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 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.

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*. cit. (Nota 25), 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*”. 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).

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

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 is qui convenitur tutus est veluti 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.

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

³⁴ G. ROTONDI, *Un nuovo esempio*. cit. (Nota 32), p. 288.

³⁵ G. ROTONDI, *Un nuovo esempio*. cit. (Nota 32), pp. 288-289.

cionais 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.

Pomp. 11 *ad Q. Mucium* D. 4, 8, 14: *Sed 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: 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.

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 debet.*

Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 25, 1: Contudo esta cláusula "prorrogar o termo do compromisso" não dá nenhuma faculdade ao árbitro além daquela de prorrogar o prazo: e por isso não pode reduzir nem mudar a 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.

⁸⁷ M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato*. cit. (Nota 3), p. 4.

⁸⁸ M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato*. cit. (Nota 3), p. 4, n. 8

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.

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 quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest.*

Marcian. 2 *reg. D.* 4, 8, 51: Se um árbitro 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.

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.

era rainha e filha de um rei (cf. D. ROEBUCK – B. LOYNES DE FUMICHON, *Roman Arbitration*. cit. (Nota 49), p. 57 e 139).

¹²² P. STEIN, *Roman arbitration*. cit. (Nota 3), p. 220.

¹²³ F. BONIFACIO, *Arbitro e Arbitratore*. cit. (Nota 4), p. 926.

¹²⁴ Ulp. 13 *ad ed. D.* 4, 8, 7, 1.

¹²⁵ J. PARICIO, *Los arbitrajes*. cit. (Nota 2), p. 36.

Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 13, 2: *Recepisse 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, non videtur arbitrium 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 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

¹²⁶ É pela substantivação de “*receptus*” – participio 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*. cit. (nota 100), p. 67; A. VANIČEK, v. *kap*, in ID., *Etymologisches Wörterbuch*. cit. (Nota 100), pp. 31-32; A. WALDE – A. HOFMANN, v. *capio*, in ID., *Lateinisches etymologisches*, Vol. 1, cit. (Nota 100), pp. 159-160; A. ERNOUT – A. MEILLET, v. *capio*, in ID., *Dictionnaire étymologique*. cit. (Nota 12), pp. 95-96; M. DE VAAN, v. *capio*, in ID., *Etymological dictionary*. cit. (Nota 12), pp. 89-90; S. SEGURA MUNGUÍA, v. *capio*, in ID., *Lexicón*. cit. (Nota 12), pp. 48-56, especialmente, pp. 55-56.

¹²⁸ P. GLARE, v. *capio*, in ID., *Oxford latin dictionary*. cit. (Nota 10), pp. 295-297 e F. SARAIVA, v. *capio*, in ID., *Novíssimo dicionário latino-português*, 12ª Ed., Rio de Janeiro, Garnier, 2006, p. 179.

¹²⁹ 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 “Em sentido estrito, ‘*recipere*’ é tomar novamente”.

¹³² v. *capio*, in ID., *Dictionnaire étymologique*. cit. (Nota 12), pp. 95-96.

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.

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

²²⁰ K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*. cit. (Nota 32), 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*. cit. (Nota 13), p. 436 e A. BERGER, v. *polliceri*, in *Id.*, *Encyclopedic dictionary*. cit. (Nota 13), p. 634), 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*. cit. (Nota 32), 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, 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*. cit. (Nota 12), p. 614; M. DE VAAN, v. *sentio*, in *Id.*, *Etymological dictionary*. cit. (Nota 12), p. 554; S. SEGURA MUNGUÍA, v. *sentio*, in *Id.* *Lexicón*. cit. (Nota 12), pp. 682-685.

²²⁴ A. ERNOUT – A. MEILLET, v. *sentio*, in *Id.*, *Dictionnaire étymologique*. cit. (Nota 12), p. 614.

²²⁵ A. BERGER, v. *dicere sententiam* e v. *sententia*, in *Id.*, *Encyclopedic dictionary*. cit. (Nota 13), p. 434 e 700. Cabe ressaltar também que os autores H. HEUMANN e E. SECKEL (cf. v. *sententia*, in *Id.*, *Handlexikon*. cit. (Nota 13), p. 534) registram, além das diversas passagens em que o substantivo “*sententia*” é usado como “*richterlicher Ausspruch, 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*. cit. (Nota 32), p. 82.

“*receptum arbitrii*” de qualquer outra intervenção destinada a adquirir informações ou oferecer conselhos²²⁸.

Isso é novamente evidenciado por Pêdio²²⁹, 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*”). Nesse caso, 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 sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit. sed si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia, sed adhuc erit a praetore cogendus.*

Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 19, 1: Consideramos ainda pronunciar a sentença aquele que pronuncia algo com intenção de querer, segundo isso, resolver entre eles toda a controvérsia. Mas se o “*arbitrium*” tenha sido recebido em relação a muitas questões, a menos que todas as controvérsias sejam terminadas, 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 arbitrium 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.

²²⁸ N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere*. cit. (Nota 14), 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*. cit. (Nota 32), p. 82.

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 de um “*compromissum*” sobre múltiplas demandas (cf. Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 21, 6 e Paul. 12 *ad Sab.* D. 4, 8, 46). 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

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 ed.* 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 soluta est et extra 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 finire, 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 impleat?*

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 porque as partes não devem se 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 ofício 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.

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*”

³¹⁷ G. CRIFÒ, *Ulpiano – Esperienze e responsabilità del giurista*, in ANRW II.15 (1976), p. 713.

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

³¹⁹ Ele foi, provavelmente, secretário da chancelaria “*a libellis*” de Sétimo Severo entre os anos de 202 (ou 203 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 antiguos*, 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*, 12^a 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 della 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*. cit. (Nota 317), p. 713.

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

³²² Além de conhecedor do direito, Ulpiano dispunha de um conhecimento “quase enciclopédico” sobre 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. (Nota 317), p. 726-728.

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, ll. 10-19⁵⁸⁹:

... () pup(ill.) si . e . o[. . .] obsta-
bit exc(eptio), aut restitutoriu(m)
iud(iciu)m 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(ictu)m q(ui)d(em) cessare et iudi-
cem q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue)
s(ententi)a(m) dixit litem suam fe-
[cisse

Pap. Ant. 1, 22, *recto*, col. 2, ll. 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.

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

⁵⁸⁸ F. DE MARTINO, ‘*Litem suam facere*’. cit. (Nota 507), pp. 19-20.

⁵⁸⁹ Como forma de assegurar uma melhor autenticidade, o fragmento foi extraído de R. CANEVALE, *Corpus papyrorum latinarum*, Wiesbaden, Otto Harrassowitz, 1956, pp. 144-145, mantendo-se a formatação do original, que reproduz a estrutura encontrada no papiro original.

⁵⁹⁰ R. CANEVALE, *Corpus papyrorum latinarum*. cit. (Nota 589), p. 144.

⁵⁹¹ R. CANEVALE, *Corpus papyrorum latinarum*. cit. (Nota 589), p. 144.

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 repellido 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 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 ne-q(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

⁵⁹² A. D'ORS, ‘*Litem suam facere*’. cit. (Nota 519), 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*. cit. (Nota 511), 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*. cit. (Nota 13), p. 368).

⁵⁹⁴ M. GIUSTO, *Per una storia*. cit. (Nota 511), p. 461.

⁵⁹⁵ T. GIMÉNEZ-CANDELA (cf. *Los llamados cuasidelitos*. cit. (Nota 500), 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. (Nota 512), pp. 233-236) demonstra certa propensão pela tese da autora espanhola, que é aceita por A. BURDESE (cf. *Sulla responsabilità*. cit. (Nota 511), p. 160, n. 17) e F. MATTIOLI (cf. *Ricerche sulla formazione*. cit. (Nota 517), 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. (Nota 553), 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*. cit. (Nota 559), pp. 104-106.

⁵⁹⁶ G. MACCORMACK, *The liability of the judge*. cit. (Nota 515), p. 19.

6. ÍNDICE DE FONTES

Instituições de Gaio

1, 128.....	124
2, 181.....	124
3, 149.....	56
3, 150.....	56
3, 180.....	117
3, 181.....	117
4, 17a.....	103
4, 26.....	101
4, 52.....	104, 122, 123, 124
4, 75.....	124
4, 103.....	117
4, 106.....	117
4, 107.....	117
4, 112.....	124
4, 121.....	117

Código de Teodósio

C. Th. 1, 2, 7.....	142
C. Th. 1, 6, 9.....	142
C. Th. 1, 6, 11.....	138
C. Th. 1, 7, 4.....	139
C. Th. 1, 16, 7.....	140
C. Th. 1, 27, 2.....	158
C. Th. 2, 1, 2.....	139
C. Th. 2, 1, 4.....	138
C. Th. 2, 1, 10.....	158
C. Th. 2, 8, 18.....	146
C. Th. 8, 8, 3 pr.....	146
C. Th. 11, 7, 13.....	146
C. Th. 11, 29, 5.....	142
C. Th. 11, 30, 65.....	139, 142
C. Th. 15, 14, 9.....	146

Código de Justiniano

C. 1, 3, 50 pr.....	142
C. 1, 4, 8.....	158
C. 1, 9, 8.....	158
C. 1, 17, 2 pr.....	139
C. 1, 29, 2.....	139
C. 2, 3, 4.....	11
C. 2, 3, 29, 2..8, 63, 133, 140, 141, 142, 145, 147, 148, 153.....	

C. 2, 3, 29 pr.....	138, 142, 145, 148
C. 2, 4, 16.....	11
C. 2, 7, 22, 6.....	138
C. 2, 9, 3.....	11
C. 2, 55, 1.....	11, 19, 60, 62, 67
C. 2, 55, 4, 6.....	149, 150, 151
C. 2, 55, 4 pr.....	34
C. 2, 55, 5, 1.....	151
C. 2, 55, 5, 3.....	146
C. 2, 55, 5, 4.....	147
C. 2, 55, 5 pr.....	149, 150, 151, 152
C. 2, 55, 6.....	32, 149
C. 2, 56, 6.....	28
C. 3, 1, 14.....	147
C. 3, 12, 6, 1.....	146
C. 3, 13, 6.....	139
C. 4, 18, 1.....	33
C. 4, 20, 20.....	147
C. 4, 29, 6, 2.....	76
C. 4, 29, 23.....	76
C. 4, 38, 18.....	57
C. 8, 35, 13.....	139
C. 12, 52, 3.....	139
C. 12, 54, 5.....	139
C. 12, 59, 5.....	139

Digesto

D. 1, 2, 2, 10.....	79
D. 1, 2, 2, 16.....	86
D. 1, 2, 2, 52.....	56
D. 1, 3, 29.....	130, 131
D. 1, 3, 30.....	130, 131
D. 1, 15, 4.....	87
D. 2, 1, 3.....	70
D. 2, 1, 4.....	84
D. 2, 2, 2.....	126
D. 2, 2, 3, 1.....	83
D. 2, 2, 3 pr.....	83
D. 2, 4, 2.....	83, 86
D. 2, 8.....	100
D. 2, 11, 2, 1.....	72
D. 2, 13, 1, 5.....	134
D. 2, 13, 9 pr.....	83
D. 2, 14, 1, 3.....	17, 19, 42
D. 2, 14, 1 pr.....	71
D. 2, 14, 7, 7.....	82