

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ NO DIREITO ROMANO: A FIGURA DO "IUDEX QUI LITEM SUAM FECERIT"\***

**THE JUDGE'S LIABILITY IN ROMAN LAW: THE IUDEX QUI LITEM SUAM FECERIT**

DÉBORA CRISTINA HOLENBACH GRIVOT\*\*

**Resumo:**

*Litem Suam Facere* é instituto romano pertinente à categoria das obrigações que nascem por um quase delito, segundo a classificação de Justiniano. Diz respeito à responsabilização de um *iudex privatus* que se comporta de forma contrária ao direito. O presente estudo pretende analisar os fragmentos de fontes romanas que abordam o assunto, perquirindo a sua problemática e seu tratamento jurídico no direito romano.

**Palavras-chave:**

*Litem Suam Facere – Iudex Privatus - Obligatio quae ex quasi delicto nascuntur.*

**Abstract:**

The institute of *Litem Suam Facere* belongs to the category of a “*obligatio quae ex quasi delicto nascuntur*” according the Justinien classification. It is an accountably of the *iudex privatus* that have behavior contrary to right. This paper intends to analyze the romaine’s sources about this topic, researching your thematic and approach in Roman Law.

**Keywords:**

*Litem Suam Facere – Iudex Privatus - Obligatio quae ex quasi delicto nascuntur.*

**Sumário**

I – Introdução

(a) A oportunidade do tema

(b) Noções preliminares para compreensão da problemática: *Ordo iudiciorum privatorum*, a figura do *iudex privatus*

II – A responsabilidade do *iudex privatus*: *Litem suam facere*

(a) A problemática

(b) Tipologia e alcance do instituto

(c) Componente da *Res Cottidianae* de Gaio e *Obligatio ex quase delicto* de Justiniano

---

\* ARTIGO RECEBIDO EM 31-05-2010 E APROVADO EM 05-01-2011.

\*\* Professora de Direito Romano e de História do Direito nas Faculdades: Faculdade São Judas Tadeu de Porto Alegre e Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Endereço eletrônico: [deboraromanista@terra.com.br](mailto:deboraromanista@terra.com.br).

III – O remédio jurídico para o caso de o juiz “fazer sua a lide”

IV – Conclusão

V – Bibliografia

## **I – Introdução**

### **a) A oportunidade do tema.**

O estudo dos institutos de direito romano tem sofrido acentuada indiferença. Isto porque parece muito mais proveitoso ao jurista moderno acompanhar as novas tecnologias do que dedicar-se à formação intelectual e perquirir soluções jurídicas apresentadas pelos antepassados. Desconhece o novo operador que a noção e a consciência da técnica do direito dos antigos servem não apenas para construir uma indissolúvel cultura jurídica, mas também para compreender a prática atual. Neste sentido, um tema de grande relevância na atualidade é a responsabilidade civil do juiz. O presente trabalho não tem nenhuma preocupação com o instituto moderno da responsabilização do juiz. O que pretende este estudo é formar uma sustentável reflexão sobre o tema no Direito Romano, que, em que pese não ter conexão direta com o direito atual, faz parte da herança inesgotável de soluções jurídicas apresentada pelos antigos. A análise de uma fração das fontes que versam sobre a matéria, bem como a observação da doutrina de alguns grandes romanistas, como Álvaro D’Ors, por exemplo, embasa a pesquisa.

O tema versa sobre a *fattispecie* de o juiz privado romano realizar conduta classificada como “*litem suam facere*” cuja tradução para nossa língua seria algo aproximado a “*fazer sua a lide*”. Antes de analisar especificamente o comportamento do juiz e as acepções desta tipologia na doutrina – que de antemão já se observa: não é unânime –, o presente trabalho cuida de informar previamente o leitor do âmbito de aplicação desta figura, começando pelo campo do *ordo iudiciorum privatorum* como forma de processar e apresentando noções prévias do *index privatus*. A partir de então, a pesquisa se direciona a analisar as fontes romanas dedicadas ao tema, seguidas de abordagens e reflexões já concretizadas na doutrina romanística, objetivando estimar o alcance do instituto. Para rematar a investigação são observadas as tutelas jurídicas cabíveis bem como as sanções possíveis para sanar o dano. Em grau de conclusão, o presente artigo, substancialmente, evoca o estudo histórico para observar a conduta e a posição do juiz, personagem indispensável para que o direito efetivamente seja, como Celso elegantemente define, *ars boni et aequi* (D.1.1.1pr. Ulpiano).

**b) Noções preliminares para compreensão da problemática: *Ordo iudiciorum privatorum*, a figura do *iudex privatus*.**

Uma das principais características do Direito Romano é a utilização de diferentes sistemas para regulação do processo civil. A variação da forma de processar é consoante com as transformações experimentadas na sua longa evolução histórico-jurídica, que perpassam bem treze séculos de história. Por outro lado, quanto mais se investiga as origens do processo civil romano, mais se observa a sua natureza privada, que, segundo ensina José Carlos Moreira Alves, do estudo dos povos primitivos, verifica-se que a tutela dos interesses era, a princípio, feita pelos próprios ofendidos, ou então pelos grupos a que eles pertenciam, daí a dizer-se que o que havia era a *justiça privada* e não a *justiça pública* que é distribuída pelo Estado, sendo que só muito mais tarde e em decorrência de longa evolução, é que se passa da justiça privada para a justiça pública.<sup>1</sup> Assim, o procedimento civil romano, no que diz respeito às duas primeiras formas de processar, chamadas de *Legis Actiones* e de *Processo Formulario* seguiam a natureza privada, ainda que regulada pelos dispositivos do Estado. Michel Villey<sup>2</sup>, explicando com clareza o tema, afirma que na Roma dos primeiros reis e dos primeiros tempos da República, não se vive o regime da vingança privada. O litigante, se persegue ele próprio e pela sua força pessoal o objecto da sua reclamação, se *age* pessoalmente, deve pelo menos submeter-se a certas regras. O Estado obriga-o a fazer controlar a regularidade da sua *acção*; são estabelecidos magistrados a fim de presidirem à boa ordem da justiça; são, no período real, o rei, que secunda, dum maneira difícil de precisar, o colégio dos altos dignitários; depois os cônsules; enfim, a partir de 367 antes da nossa era, o pretor. O pretor, doravante, recebe no tribunal os cidadãos pronto a fazer-lhes justiça; escuta as suas pretensões, autoriza-os, ou não, a prosseguirem a acção; impõe-lhes ordinariamente cessar com toda a violência antes de ter feito verificar a exatidão das suas afirmações por um árbitro, que em Roma usa o nome de *juiz*.

O *ordo iudiciorum privatorum* é justamente a ‘ordem dos processos privados’ que se perfectibilizava numa divisão de instâncias, na qual se concretizavam respectivamente a *iurisdictio* do magistrado<sup>3</sup> e o *iudicatio* do juiz<sup>4</sup> escolhido. Assim que a primeira fase processual se

---

<sup>1</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 191.

<sup>2</sup> VILLEY, Michel, *Direito Romano*, Tradução de Fernando Couto, Res-Editora: Porto, 1991, pg. 40.

<sup>3</sup> Neste ponto máximo de cuidado para quem está experimentando o direito romano incipientemente: o magistrado em Roma não tem o mesmo significado que no direito atual. Enquanto atualmente a expressão magistrado alude a um órgão constitucional do Poder Judiciário (veja Constituição Federal 1988, art. 92),

desenrolava perante o Magistrado (o Pretor) e era chamada de fase *in iure*, na qual era competente o Pretor para intervir com a sua jurisdição, segundo ensina Alvaro D’Ors, “somente para canalizar o litígio, às vezes com prévio conhecimento (*causae cognitio*), além de poder autorizar o trâmite de reclamação (*dare actionem*) ou poderia impedi-lo durante o tempo da sua magistratura (*denegare actionem*), e assim controlava a efetividade de todo o direito, pretório e civil”<sup>5</sup>. Na segunda fase processual, o processo tramita perante um *iudex privatus*, isto é, um juiz privado que tinha a fundamental missão de desenvolver internamente (produção das provas) o processo e de ditar a correspondente sentença.

Como se sabe, as fontes são escassas sobre a fase *apud iudicem*, tanto a ponto de Mario Talamanca afirmar que este tema aparece disciplinado de forma menos pontual do que a fase *in iure* e nos limites das discussões sobre as questões de fato, assim este assunto raramente prendia a atenção do jurista<sup>6</sup>. É neste âmbito que se situa o estudo da responsabilização do juiz por conduta ilegítima: sem clara precisão das fontes romanas, tampouco doutrinária.

De outra parte, faz-se necessária análise acerca da figura do *iudex* e de suas funções e competências jurídicas para melhor reconhecer a conduta contrária, sujeita a tipificação como *litem suam facere*. O juiz privado, como já se disse, cuidava da segunda e última fase processual romana que compreendia a produção probatória e a prolação da sentença. Uma das melhores explicações sobre este assunto é a dos autores argentinos Luis Alberto Peña Guzmán e Luis Rodolfo Argüello. Segundo eles, os juízes romanos existiram em número ilimitado, normalmente designados a pedido do autor da ação ou então por sorteio de listas selecionadas para cada litígio, que era confeccionada pelo magistrado e exposta no foro. Para desempenhar esta alta função era requisito indispensável que o candidato tivesse cumprido vinte anos de idade e pertencesse à classe senatorial, ou, desde a *Lex Sempronia Iudiciaria* de 122 a.C., à ordem

---

conhecido popularmente como juiz, em Roma, o magistrado é a pessoa pública vinculada ao novo ordenamento constitucional instaurado a partir da República, chamado de Magistraturas. O magistrado romano responsável pela administração da justiça é o Pretor e sua tarefa é basicamente presidir a primeira fase processual, concedendo ou denegando a ação. Na segunda fase do processo romano surge a figura do *iudex*, cuja tradução é juiz, mas este personagem não é vinculado ao Estado, não tem caráter nem poder público tal como o juiz dos dias de hoje.

<sup>4</sup> Entendido aqui como *iudex privatus* romano.

<sup>5</sup> D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 12ª Ed., Pamplona: EUNSA, 2004, pg. 123.

<sup>6</sup> TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè: Milano, 1990, pg. 353.

de cavaleiros. Os juizes não podiam se esquivar da nomeação porque o cargo era irrenunciável, uma vez que de interesse público<sup>7</sup>.

O *index privatus* também é chamado de *index unus* e não pode ser confundido com o *arbiter* que, segundo alguns romanistas, em face da escassez de informações, trata-se de um juiz popular que tem de deslocar-se para o lugar do litígio, como no caso de processo acerca de demarcação de terras<sup>8</sup>, nem mesmo com os *recuperatores* considerado um colégio judicial (composto por três ou cinco membros), não permanente, integrado por particulares, ainda que sobre estes não existam notícias precisas.

Desta forma, o *index privatus* é peça chave na aplicação da justiça no caso concreto, já que sua atribuição era justamente a de cumprir o destino final do processo, resolvendo o litígio, sentenciando. Para tanto deveria tratar-se de um homem, cidadão romano, constante do *album indicum* que incorporasse as características de ilibada idoneidade pessoal que amparava a segurança jurídica de sua escolha e que assegurava a honestidade de sua decisão, que por sua vez era irretocável<sup>9</sup>.

Assim, a principal competência do *index* era a prolação da sentença dentro limites conferidos pelo magistrado que atuou na fase anterior, e para tanto se submetia a juramento de que o faria e que seria de forma isenta, como *bonus vir*. Estando tudo regular, desde a pessoa do *index* até a sentença por ele proferida, não há que se falar em problema com o processo. Mas existe o caso de o juiz não corresponder às suas competências, e é neste setor que o direito romano tratou do *index qui litem suam fecerit*. A partir deste ponto, passamos a analisar os enquadramentos e as soluções, tanto das fontes como da doutrina romanística, sobre a tipologia, significado, ocasião e alcance do tema.

## II – A responsabilidade do *index privatus*: *Litem suam facere*.

### a) A problemática

---

<sup>7</sup> GUZMÁN, Luis Alberto Peña e ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Derecho Romano*, 2ª Ed., Tipografia Editora Argentina: Buenos Aires, 1966, pg. 447.

<sup>8</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.*, pg. 198. Segundo o autor, por causa da natureza das lides, o *arbiter* tem poderes mais amplos do que o *index*. Ainda sobre o *arbiter*, GUZMÁN, Luis Alberto Peña e ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *op. cit.*, ensinam que este era também um particular designado pelo magistrado e que trabalhava com faculdades mais amplas e uma maior liberdade e espontaneidade na apreciação dos fatos para a resolução da lide, não estando obrigado a ajustar-se aos moldes estritos impostos pelo magistrado, tal qual o *index*.

<sup>9</sup> A irrecorribilidade da sentença proferida pelo *index* correspondia ao espírito romano da praticidade e principalmente ao próprio sistema privado de processar, que se sustentava na confiança e idoneidade do juiz, cidadão que cumpria o *munus publicum* sem ser vinculado ao Estado.

O *index privatus* recebia do magistrado um poder e uma obrigação: a de julicar<sup>10</sup>. Esta circunstância independia da sua vontade e aceitação, conforme se atesta das seguintes fontes:

D.50.5.13.2:”Qui non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur.”	D.50.5.13.2: “Quem não tem excusa, é obrigado, mesmo contra a sua vontade, a julgar.”
---	---

Assim, ao juiz que descumprisse a obrigação primária de dar a sentença era atribuída, de forma taliônica, a configuração da conduta *litem suam facere*. Especial atenção ao fato de que a obrigação de dar a sentença não significa estritamente decidir a controvérsia no que respeita ao seu conteúdo material, ao mérito da lide. Existia no Direito Romano a possibilidade do “*sibi non liquere*”. Trata-se de instituto no qual o *index*, jurando que não conseguiu formar opinião segura, poderia eximir-se do dever de dar a sentença. A este aspecto atestam as seguintes fontes:

D. 42.1.36 (Paulo, 17 ad Ed.): Pomponius libro trigensimo septimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, etsi dissentiret, plurium sententia optineret.	D. 42.1.36 (Paulo, 17 ad Ed.): Escreve Pomponius no seu trigésimo sétimo livro dos Comentários ao Edito que se de vários juízes, para um deles não lhe parecia, ao conhecer causa sobre a liberdade, provado o assunto, mas os outros estiveram de acordo, se ele jurar que para ele não estava provado o assunto, mesmo calando ele, proferiam a sentença os demais que estivessem de acordo porque, ainda que dissentissem, prevaleceria a sentença dos demais.
---	---

<sup>10</sup> Excelente explicação sobre esta temática em PUGLIESE, Giovanni, *Il Processo Civile Romano – II – Il Processo Formulare*, Tomo I. Milano: Giuffrè, 1963, pg. 252.

Desta forma, o *iudex* podia escusar-se da obrigação de proferir a sentença se não tivesse claramente a solução da lide (*sibi non liquere*), caso em que, em se tratando de *iudex unus* o magistrado designava novo juiz. Além disso, outra fonte atesta que eram aceitáveis diversos tipos de escusas para não julgar, como doença, dedicação ao sacerdócio, etc. Vejamos:

<p>D. 50.5.13pr. (Ulpianus 23 ad Ed.): Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum: forte quod in perpetuum quis operam dare non potest, quod in eam valetudinem incidit, ut certum sit eum civilia officia subire non posse: aut si alio morbo laboret, ut suis rebus superesse non possit: vel si quid sacerdotium nacti sint, ut discedere ab eo sine religione non possint. nam et hi in perpetuum excusantur.</p>	<p>D. 50.5.13pr. (Ulpianus 23 ad Ed.): O Pretor promete que perdoará ao que entende que não pode julgar, porque não pode prestar seus serviços, porque contraiu tal enfermidade que é certo que não poderá desempenhar seus encargos civis, ou se padece de outra enfermidade de maneira que não possa superá-la para suas coisas, ou se tenha obtido algum sacerdócio, de forma que não possa deixá-lo sem que isto ofenda sua religião; porque também estes também estão escusados de maneira perpétua.</p>
--	---

Para liberar-se, o juiz deveria fazer um juramento, e segundo a opinião de Francesca Lamberti, esta ação era quase um *actus contrarius* em relação ao *iusiurandum* inicial que por sua vez deveria versar propriamente na promessa de *rem decidere*<sup>11</sup>. Assim, quando da nomeação do cidadão para cumprir o *munus* de julgar, prestava antecipadamente um juramento de atuar em conformidade com a verdade e com o *ius*<sup>12</sup>. Este juramento era coerente com o contexto mágico-religioso que respaldava e legitimava a atuação do corpo cívico na estrutura do *ordo iudiciorum*. Segundo aponta Gutierrez-Masson, as idéias ético-morais que estavam subjacentes ao juramento eram precisamente a *fides* e o *officium* com os quais se articulava o *munus iudicandi* – tarefa de encargo cívico, atribuída a todo cidadão romano que estivesse incluído no *album*

<sup>11</sup> LAMBERTI, Francesca, *Riflessioni in tema di 'Litem suam Facere'*, in: LABEO, n° 36 (1990) 2, pg. 256.

<sup>12</sup> Cf. D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, pg. 160.

*indicum* ou que fosse designado por comum acordo entre os litigantes<sup>13</sup>. Além disso, também porque a sua decisão era inapelável<sup>14</sup>, o indivíduo indicado para sentenciar<sup>15</sup>, o fazia mediante juramento (em época pagã invocando Júpiter – o deus dos juramentos, em época cristã, a Deus ou a Santíssima Trindade) de que a sua conduta seria adequada com a honestidade, a equidade e a justiça, como resultado do cumprimento dos *tria iuris praecepta* ulpinianos consagrados em D.1.1.10.1<sup>16</sup>, no sentido de atuar com atenção à partes, valorando corretamente as provas, solicitando assessoramento jurisprudência etc. para, como um *bonus vir*, sentenciar<sup>17</sup>.

O juramento promissório que ocorria na ocasião da indicação para atuar como *iudex* e no momento em que ele recebia o *iussum iudicandi*<sup>18</sup> ganhou novo fôlego de estudos depois do descobrimento da *Lex Irnitana* porque esta lei, no capítulo 69, apresenta disposição intitulada *De iudicio pecuniae communis*. Em tal passagem, a lei determina que, antes de proferir a sentença, é preciso que seja feito juramento por Júpiter, por Augusto, por Cláudio, pelos primeiros imperadores da dinastia Flávia, pelo gênio de Domiciano que estava no comando de Roma naquele momento e pelos deuses *Penates* que julgariam conforme o *aequum et bonum* e que tal seria feito máxime ao interesse comum<sup>19</sup>. Assim, a *Lex Irnitana* cumpre papel importantíssimo no estudo deste tema seja porque traz previsão expressa sobre a conduta *litem suam facere* do *iudex* conforme será analisado mais adiante) seja porque anuncia a necessidade de juramento por parte daquele que cumprirá a tarefa de sentenciar. Mas além da *Lex Irnitana*, também outra fonte, mais remota inclusive, aponta para a responsabilização do juiz que descumpriu o juramento feito:

Aulo Gelio, <i>Noctes Atticae</i> , 20.1.7-8: Dure	Aulo Gelio, <i>Noctes Atticae</i> , 20.1.7-8: O
--	---

<sup>13</sup> GUTIERREZ-MASSON, Laura, *Peccatum iudicis y juramento promisorio en el proceso civil romano. Reflexiones de ayer y de hoy*, in: TSDP – II, 2009, pg. 4.

<sup>14</sup> D.42.1.55: ‘... ut iudex ... corrigere sententiam suam non possit...’. D.42.1.55: “... o iudex não pode corrigir a sua sentença.”

<sup>15</sup> A etimologia da expressão remete ao “sentir”, ter uma convicção, como uma forma de por fim ao conflito baseado no seu “sentire”.

<sup>16</sup> D.1.1.10.1: “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.” D.1.1.10.1: “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu.”

<sup>17</sup> Referência em GUTIERREZ-MASSON, Laura, *op. cit.*, pg. 11.

<sup>18</sup> *Iussum Iudicandi* – expressão cujo significado é “ordem de julgar que é dada pelo Pretor ao juiz no procedimento formulário”.

<sup>19</sup> Cf. GUTIERREZ-MASSON, Laura, *op. cit.*, pg. 13. Segundo a autora, é preciso sublinhar que a inclusão dos imperadores na formula do juramento foi uma das modificações introduzidas pela *Lex Flavia Municipalis*, copiada pela *Lex Irnitana* em relação ao modelo de Augusto.



<p>autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poena existumes?</p>	<p>que pode ser pensado, que são duras essas leis? a menos que você pense que é dura a lei que pune com a morte, qualquer juiz ou árbitro condenado por aceitar suborno, ou que tem qualquer ladrão surpreendido no fato de que a servidão em cima dele que o roubo foi cometido? ou que permite que qualquer um que matar um ladrão de noite? Diga-me, eu suplico, que estão tão ansiosos em busca da sabedoria, me diga, você não acha que qualquer um desses crimes é merecedor de morte, ou a perfídia do juiz, expondo à venda o seu juramento, ao contrário de todas as leis humanas e divinas, a ousadia de um assaltante intolerável, ou a violência traiçoeira de um saqueador noturno?</p>
--	--

Nesta fonte literária, a lei das XII Tábuas é cenário para punição com pena de morte para o juiz “corrupto”. Segundo Francesca Lamberti, pela referência de Aulo Gellio, parece possível concluir que a dúvida se a sanção (capital) era motivada pelo fato de o juiz ter descumprido o juramento prestado por ele mesmo quando assumiu o poder-dever de judicar (*iudicis illius... iusiurandum suum pecunia vendentis...*) e por isso condenável por ter violado todo o direito divino e humano (*omnia iura divina atque humana*)<sup>20</sup>. Mas a romanística parece de acordo com o enquadramento dogmático da conduta, a partir da leitura deste passo literário, no campo dos *crimina* e não dos *delicta*. Este aspecto é importante porque esta conduta do juiz seria extremamente reprovável a ponto de se equiparar aos crimes, como por exemplo, o *perduellio* e o *parricidium*<sup>21</sup>. Assim, não há dúvidas que existe um nexo histórico, de grandiosa valia, na composição da conduta do juiz e a sua sanção, mas como assevera Lamberti, não parece

<sup>20</sup> LAMBERTI, Francesca, *op. cit.*, pg. 222.

<sup>21</sup> GUASCO, Alessio, *La Responsabilità del 'Iudex Privatus'*, in: INDEX 36, 2008, pg. 410.

convincente a suposição de punição capital seja ao juiz; e mais, se esta regra efetivamente existiu, ela caiu em desuso, cuja hipótese de laicização dos procedimentos jurisdicionais (em especial as disposições relativas ao *iudex*) pode determinar a gradual perda de validade sagrada das condutas no processo<sup>22</sup>.

A partir deste ponto já é possível compreender que, mesmo antes do estabelecimento do processo formulário, e precisamente à luz dos dispositivos da Lei das XII tábuas, a conduta ilícita do juiz se aproxima do instituto do *litem suam fecerit* ainda que a tal expressão não exista alusão específica. Então, mesmo sem indicação ao *litem suam facere*, o juiz que não cumpre o juramento e age de forma antijurídica, sofre repressão taliônica. Frise-se, seja porque faltou com o seu juramento, seja porque foi corrompido.

Para além da violação do juramento, outras condutas do juiz também geram o enquadramento como *facere sua a lide*. A doutrina é controvertida sobre a precisa tipologia do instituto. Mas algumas se podem depreender diretamente das fontes romanas. Então, adiante serão analisadas algumas hipóteses tratadas pela doutrina romanística acerca deste assunto.

#### **b) Tipologia e alcance do instituto.**

Segundo alguns romanistas, a responsabilidade do juiz que “fez sua a lide”, na época clássica, era objetiva e por isso independia da culpa ou do dolo do juiz. Na evolução do direito romano, passada a época clássica, e principalmente por causa das transformações jurídico-sociais desta nova etapa, sobretudo no campo processual, a responsabilidade do juiz transforma-se de objetiva em subjetiva, já que se perquire a natureza da sua conduta e se exige a culpa (*imprudencia*) para configuração do instituto. Assim, existe uma mudança no critério de valoração, uma vez que se passa do *factum* objetivo de não dar a sentença, para a idéia subjetiva da *imprudencia*<sup>23</sup>. Para melhor verificação desta problemática, analisa-se a fonte romana a este respeito:

D. 5.1.15.1: Iudex tunc litem suam facere intellegitur cum dolo malo in	D.5.1.15.1: Diz-se que o juiz fez sua a lide quando, com dolo mau, tenha
---	--

<sup>22</sup> LAMBERTI, Francesca, *op. cit.*, pg. 223. Segundo a autora, a punição com a pena de morte sugere que o seu endereçamento sejam os magistrados, mas ainda assim, tal hipótese geraria sérios problemas de compreensão de temas como *imperium*, *coercitio*, etc.

<sup>23</sup> Coma Fort, José Maria, *op. cit.*, pg. 178.

<p>fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes ut veram aestimationem litis praestare cogatur.</p>	<p>pronunciado sentença em fraude a lei. Porém se considera que fez isso com dolo mau caso se prove seu evidente favorecimento, ou inimizade, ou também suborno, para que se lhe obrigue a responder a verdadeira estimação do pleito.</p>
---	--

O texto em exame é atribuído a Ulpiano (sob muita controvérsia)<sup>24</sup> e tem a evidente pretensão de apontar o conteúdo e significado do tipo *litem suam facere*<sup>25</sup>, ainda que na afirmação de D’Ors este fragmento seja adulterado e seja a causa de todos os erros sobre a matéria<sup>26</sup>. Nesta passagem a conduta dolosa do juiz é a de emanar uma sentença intencionalmente viciada pela complacência por uma das partes litigantes, ou ao contrário pela inimizade com uma delas ou ainda pela baixeza de intenção e a conseqüente sanção (obrigação de prestar a *vera aestimatio*)<sup>27</sup>. Neste passo, sobressaem as expressões “*dolo malo*” e “*fraudem legis*”. Por *dolo malo* conectado a *fraudem legis*, num sumário exame do passo em questão, é possível depreender que *litem suam facere* pode ser compreendido como o ilícito cometido pelo *iudex* com a precisa intenção de contrariar um dispositivo legislativo. No que diz respeito à *fraudem legis* – contrariedade a dispositivo legislativo – D’Ors é veemente em aduzir que parece referir-se melhor a uma inobservância furtiva (sub-reptícia é a expressão que o autor emprega) dos imperativos legais, e chega mais longe, afirmando que a referência à lei é surpreendente porque, se não existe indicação precisa e concreta de qual lei (ou plebiscito) se trata, a simples

<sup>24</sup> Álvaro D’Ors não titubeia em dizer: “que este texto não pode atribuir-se a Ulpiano apesar da referência no Digesto, me parece que deveria reconhecer-se sem reservas”. D’ORS, Álvaro, *Litem suam facere*, in: SDHI (48) 1982, pg. 377.

<sup>25</sup> Neste sentido é também a opinião de Francesca Lamberti, e a autora sustenta sua afirmação na expressão “*intellegitur*”, cuja adequada tradução seria “entende-se”. Esta expressão poderia ser uma das interpretações do tema e não a sua precisa significação. LAMBERTI, Francesca, *op. cit.*, pg. 225.

<sup>26</sup> D’ORS, Álvaro, *Litem suam facere*, pg. 373.

<sup>27</sup> Em excelente artigo tratando do tema, Jaime Meira do Nascimento Junior manifesta a opinião segundo a qual, em que pese a existência deste passo, não se pode enquadrar no tema de *litem suam facere* a hipótese do *iudex* venal ou corrupto. E para tal afirmação baseia-se na opinião de Álvaro D’Ors de que esta conduta seria sancionada, segundo a Lei das XII Tábuas, com a pena máxima, conforme fonte já analisada Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, 20.1.7-8). NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do, *Considerações acerca do ‘Iudex qui litem suam fecit’*, in: Revista da Faculdade de Direito USP, v.96(Jan.-Dez.2001), pg. 107.

referência ao ordenamento jurídico configura-se muito suspeitosa, já que tal menção abstrata não é própria dos juristas clássicos<sup>28</sup>.

A formulação do passo D.5.1.15.1 pode ser capaz de compreender várias hipóteses de ilícitos, mas é seguro que não abarca todas as hipóteses em que o *iudex* pode ser condenado por fazer sua a lide, uma vez que há notícias de enquadramento nesta tipologia para o juiz que não respeitava o dia fixado para o julgamento, ou que postergava a sentença de modo equivocado. Esta configuração é chamada de *diffissio* e segundo Álvaro D’Ors, depois do descobrimento da *Lex Irnitana*<sup>29</sup>, se pode dar melhor precisão ao tema. A passagem é:

Lex Irnitana: Et, si / neque dies diffisus neque iudicatum fuerit, uti lis iudi-/ci arbitrove damni sit.	Lex Irnitana: E se não determina data para novo julgamento nem dá a sentença, então o juiz ou árbitro causam dano para a lide.
--	--

Pela leitura deste contexto é possível deduzir que a conduta de não determinar o dia do julgamento (*diffissio*), e por tanto não proferir a sentença é *iudici ... damni sit*, agir fazendo sua a lide<sup>30</sup>. A esta conclusão chegam Ignacio Cremades e Javier Paricio, afirmando que pela análise de três passagens específicas sobre o tema (incluídas estas que estão em análise agora, acrescidas de um fragmento do livro 12 *ad edictum* em P.Ant.I,22), mesmo que díspares, resta suficientemente provado que *litem suam facere* é a consequência de não dar a sentença<sup>31</sup>. Isto porque, nas faculdades do juiz, estão as possibilidades de emitir imediatamente a sentença ou

<sup>28</sup> D’ORS, Álvaro, *Litem suam facere*, pg. 378.

<sup>29</sup> Em 1981 foram descobertas na província de Sevilla, tábuas de bronze que continham o texto de uma lei municipal de Irni que por sua vez eram cópia da Lex Flavia Municipalis. Neste achado, a temática acerca do processamento privado e principalmente, acerca da conduta ilegítima do *iudex*, tomou novo fôlego. A contribuição de um dos maiores romanistas de todos os tempos, Álvaro D’Ors, foi fundamental para este sopro nos estudos da responsabilidade do juiz privado no direito romano porque foi responsável por uma das traduções da referida Lex e porque sobre ela produziu brilhante doutrina, e segundo alguns, o ponto final sobre o assunto. Em artigo específico sobre o tema, Ignacio Cremades e Javier Paricio afirmam: “É certo que algumas soluções apontadas por D’Ors podem ser discutíveis – ele mesmo em determinados pontos se manifesta com dúvidas – mas resulta evidente que o seu artigo passa a ser desde então insubstituível no tema de *litem suam facere*.” In: CREMADES, Ignacio y PARICIO, Javier, *La Responsabilidad del Juez em el Derecho Romano Clasico*, AHDE, 1984 (54), pg. 180.

<sup>30</sup> Neste sentido é a posição de Lamberti, segundo a qual: “o juiz que não tenha fixado o *dies* de prosseguimento da causa e obviamente não tenha nem mesmo prolatado a sentença, parece ter agido, conforme as disposições do Edito, fazendo sua a lide”. LAMBERTI, Francesca, *op. cit.*, pg. 228.

<sup>31</sup> CREMADES, Ignacio y PARICIO, Javier, *op. cit.*, pg. 182.

diferi-la, e segundo aponta Lamberti, pela melhor interpretação da fonte romana; se o juiz não faz nem uma nem outra coisa, age como *litem suam fecerit*, já que o não fixar a data da resolução do litígio bem como o não sentenciar comportam para o autor a gravíssima consequência da extinção do processo<sup>32</sup>.

Por outro lado, também a expressão *dolo malo* contida no passo em exame pode ser questionada. Autoridade no assunto, Álvaro D'Ors afirma veementemente que a explicação da intenção do juiz é interpolada, e o afirma aduzindo opinião de Lenel<sup>33</sup>. O que ocorre é que, efetivamente, outras fontes seguras sobre o tema mencionam apenas incidentalmente a intenção em si, enfatizando na conduta. Por isso que alguns testemunhos sobre a temática pressupõem o dolo, sem referi-lo explicitamente. É o caso da famosa passagem de Gaio, nas suas *Institutiones*:

<p>Gaio 4.52: Debet autem iudex attendere ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit ne pluitis condemnet quam taxatum sit, alias enim litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est.</p>	<p>Gaio 4.52: Sendo a condenação pedida em quantia certa, o juiz não deve condenar o réu nem em importância maior nem em importância menor da que foi reclamada pelo autor; do contrário, faz sua a lide. Havendo avaliação, não deverá o juiz condenar em quantia maior do que a coisa foi avaliada, pois do contrário também faz sua a lide. O juiz tem o poder de condenar em quantia menor ao máximo avaliado.</p>
---	--

Com base neste texto, parece não ser necessário o elemento *dolo malo* para a configuração do instituto do *litem suam facere*, já que a ele não existe qualquer referência. Mas frise-se que esta passagem apresenta lacunas (não chegou intacta à modernidade) e, segundo a opinião de Lamberti, não haver menção ao dolo não impede a hipótese de haver *dolo presumido*<sup>34</sup>. E assim, poderia então o ilícito *litem suam facere* compreender uma ampla gama de

<sup>32</sup> LAMBERTI, *op. cit.* Pg. 234.

<sup>33</sup> D'ORS, *Litem suam facere*, cit., pg. 378.

<sup>34</sup> LAMBERTI, *op. cit.*, pg. 227.

*fattispecies*, com ou sem a presença do elemento volitivo intencional. Então, o texto de Ulpiano teria mera exemplificação de um tipo de conduta sem excluir outras possibilidades nas quais responda o *iudex* por mera *imprudentia*. Neste âmbito, com a indicação de que o termo *imprudentia* nas fontes romanas tem uma aceitação genérica de ‘falta de consciência’, Lamberti chega a afirmar que alguns romanistas entendem que o juiz poderia incorrer em *litem suam facere* também se a sua falta não fosse devida nem a dolo, nem a culpa, mas a um simples nexo de causalidade entre a própria conduta e o evento juridicamente configurado como ilícito<sup>35</sup>.

Outro argumento forte aduzido pela autora consubstancia-se na interrogação: se a conduta do juiz que faz sua a lide deve ser intencional, dolosa, não deveria então enquadrar-se como um delito? Esta retórica leva a autora a apresentar sistematicamente quatro diferentes vertentes para análise do tema: (1) Necessidade da apresentação de dolo por parte do *iudex*, se não real, ao menos presumido<sup>36</sup>. (2) A responsabilidade do juiz se sustenta na culpa<sup>37</sup>, podendo indicar a conclusão de MacCormack de que o instituto primeiramente repreendia as hipóteses de negligência processual – não comparecer no dia marcado ou não realizar uma regular *diffissio diei* – e mais tarde seria abarcada também o comportamento fraudulento do juiz. (3) A mais radical é a teoria da responsabilidade objetiva e, quem sabe, talvez seja a teoria que abarca maior número de adeptos. Para esta corrente não se perquire o estado de consciência do juiz, mas só a efetiva conduta delituosa, observado o nexo de causalidade entre o comportamento e a consequência danosa sofrida pela parte no processo<sup>38</sup>. (4) Uma última hipótese<sup>39</sup>, derivada da que aponta para uma responsabilidade objetiva, e que segundo a autora é ainda mais extrema, é aquela que prega a falta de autenticidade do passo D.5.1.15.1 e que a tipologia desta matéria e a ausência de sentença – omissão da atividade processual. Segundo D’Ors, um juiz *litem suam faciebat* quando não determinava dia para julgamento (*diffissio*), ou quando não dava a sentença, ou quando dava uma sentença contra a fórmula (caso em que a sentença era nula e equivalia a ausência de sentença). Assim, a *fattispecies* era: não ter dado a sentença, ter frustrado o litígio.

---

<sup>35</sup> LAMBERTI, *op. cit.*, pg. 239.

<sup>36</sup> Sustentando esta tese, a autora apresenta os seguintes juristas: KELLY, *Roman Litigation*, STOJCEVIC, *Iudex qui litem suam fecit*, BIRKS, *The Problem*, MacCORMICK, *Iudex qui litem suam Fecit*. Nesta seara, acrescenta o erro processual grave como suporte fático para *litem suam ferece*.

<sup>37</sup> Sustentando esta tese, a autora apresenta os seguintes juristas: RUDORF, *Istituzioni*, WENGER, *Istituzioni*.

<sup>38</sup> Sustentando esta tese, a autora apresenta os seguintes juristas: HÜBNE, *Zur Haftung*, SEIDL, *Juristische*, TOMULESCU, *Problèmes*,

<sup>39</sup> Nesta última hipótese de enquadramento do tema, a sustentação é dada pela opinião de Álvaro D’Ors.

Esta última vertente apresenta-se como a mais recente interpretação doutrinal sobre o assunto, especialmente porque formulada pela palavra de um experto do porte de Álvaro D’Ors. Mas, com certeza, não encerra o debate, porque vozes de grande credibilidade apontam em sentido diverso, como é o caso de Francesca Lamberti. Por fim, é válido apresentar a conclusão de Ignácio Cremades e Javier Paricio sobre este tema, já que, para eles, salvo o fragmento “*dolo malo ... sordes*”, deve ser considerado genuíno o texto de Ulpiano (D.5.1.15.1), sendo que afirmam que para poder detectar e sancionar a fraude à lei cometida pelo juiz é indispensável que exista uma revisão da sentença – hipótese que só veio a se concretizar no direito romano na época imperial avançada e não antes<sup>40</sup>.

**c) Componente da *Res Cottidiana* de Gaio e *Obligatio ex quase delicto* de Justiniano.**

De outra parte, as fontes atestam, ainda que em passagens quase idênticas, mais notícias sobre o assunto:

<p>Inst. 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.</p>	<p>D. 44.7.5.4 (Gaio 3 aur.): 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.</p>	<p>D. 50.13.6 (Gaio 3 res. cott. sive aur.): 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 in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.</p>
---	--	--

<sup>40</sup> CREMADES, Ignácio y PARICIO, Javier, *op. cit.*, pg. 208.

<p>Inst. 4.5.pr: O juiz que fizer sua a lide não se obriga propriamente por um delito, mas como também não está obrigado por um contrato, mas por certo se entende que prevaricou, embora por imprudência, é por isso considerado como responsável por um quase delito e sofrerá a pena que parecer equitativa à consciência do juiz.</p>	<p>D. 44.7.5.4 (Gaio 3 aur.): Se o juiz fizer sua a lide, não propriamente por delito fica obrigado, mas como tampouco se obrigou por contrato se entende que certamente pecou em algo, ainda que por imprudência, se considera por isso que está obrigado por um quase delito.</p>	<p>D. 50.13.6 (Gaio 3 res. cott. sive aur.): Se o juiz fizer sua a lide, não se considera obrigado propriamente por um delito, mas como tampouco foi obrigado em virtude de um contrato e se compreende que cometeu delito, ainda que por imprudência, por isso parece ser obrigado quase por delito com a ação <i>in factum</i> e sofrerá a pena em quanto parecer justo para tanto à consciência do juiz.</p>
---	---	---

Estas três fontes jurídicas são, a princípio, idênticas e estão dentro das *Variae Causae Figurae* cuja autoria é atribuída à Gaio<sup>41</sup>. Desta forma, a inserção da matéria da conduta ilegítima do juiz ocorre no campo das fontes obrigacionais, que da classificação gaiana como *variae causae figurae* para a classificação justinianéia de *obligatio quae quae ex maleficio*. Segundo Coma Fort, as modalidades de fontes obrigacionais que, à época da elaboração das Institutas de Justiniano, estavam mais próximas ao conceito de delito, passaram a constar na classificação *obligationes quae ex maleficio*, e, por isso, o conceito já prefigurado nos *libri rerum cottidianarum* e as categorias constantes nas *Institutiones* não foram mais do que um desenvolvimento natural realizado como consequência do afã escolástico e sistematizador próprio das escolas de direito daquela época<sup>42</sup>. Ocorre que a precisa identificação comum das categorias que integravam as

<sup>41</sup> Sobre esta matéria, ver incomparável obra sobre o assunto COMA FORT, José Maria, *El Derecho de Obligaciones en las Res Cottidianae*, Madrid: Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez, 1996.

<sup>42</sup> COMA FORT, José Maria, *op. cit.*, pg. 157. O autor afirma inclusive (pg. 159) que as disposições sobre as obrigações nascidas de quase delito no Digesto são idênticas àquelas dispostas nas Institutas, de tal sorte que se pode deduzir que os fragmentos contidos nas *institutiones* foram pegos diretamente do Digesto sem se verificar o livro original. E ainda, se os compiladores agiram desta forma, segundo a sua opinião, é porque a reelaboração do original foi feita conforme os ditames da classificação das fontes obrigacionais, sem haver necessidade de efetuar modificações, tal qual ocorre com o instituto da tutela.



*variae causae figurae* era a negativa: não se enquadravam nem em contrato nem em delito e por isso se diz que o rigor intrínseco da classificação quadripartida de Justiniano é muito relativo<sup>43</sup>.

Diz-se que, dessa quadripartição, as figuras que integravam a categoria dos *quasi ex contractu* estavam ajustadas por não manifestarem o elemento ‘acordo de vontades’ imprescindível e contido na categoria dos *contractus*. E, de forma simétrica, na categoria dos *quasi ex delicto*, agrupavam-se as figuras contrárias ao direito (ilícitos) que não apresentassem o propriamente elemento dolo. Segundo a respeitada opinião de Arangio-Ruiz, os casos enumerados nas fontes obrigacionais de Justiniano como *quase-delicto* têm em comum somente a origem histórica, o que significa que derivam não propriamente do *ius civile*, mas do direito pretório e por causa disso teriam ficado não apenas fora do esquema clássico de delitos, mas fora de todo o sistema das obrigações propriamente ditas, sendo que a simetria da classificação seria atribuída não ao efetivo elemento material das fontes, mas ao amor pelas belas construções uniformes<sup>44</sup>.

Desta forma, compreendida a figura do *iudex qui litem suam fecerit* no quadro das obrigações que surgem de um quase delito (classificação de Justiniano), dentro de todas as observações já apresentadas, é possível indicar que a natureza da infração é delineada no sentido de que o juiz faz sua a lide essencialmente porque é possível imputar-lhe uma falta, já que a própria classificação em “quase contrato” e quase delito” parece ser mais residual do que tecnicamente precisa.

### III – O remédio jurídico para o caso de o juiz “fazer sua a lide”.

A construção doutrinária, mesmo baseada nas fontes romanas, apresenta-se caótica, longe de ser pacífica. A melhor forma de apresentar a solução romana para o caso de o juiz fazer sua a lide tem sido a de analisar o percurso histórico das fases processuais – *legis actiones*, processo formulário e *cognitio extraordinaria*. Acerca da notícia mais remota da configuração do *litem suam facere*, aponta-se um evento descrito por Macróbio:

Macróbio, <i>Saturnalia</i> , 3.16.15: Ludunt	Macróbio, <i>Saturnalia</i> , 3.16.15: Eles jogam
---	---

<sup>43</sup> PARICIO, Javier, *Las Fuentes de las obligaciones en La tradición Gayano-Justiniana*, in: in: Derecho Romano de Obligaciones: Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pg. 60.

<sup>44</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires: Depalma, 1986, pg. 329.

<p>alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati. Ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari ut comitium eat percontatum quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quod vetuerint. Inde ad comitium vadunt, ne litem suam facint.</p>	<p>em dados, perfumados, cercados de cortesãs. Quando chega a décima hora, eles mandam um escravo ao Comício para informar o que acontece no fórum, quem propõe a lei, quem a combate, o que foi decretado pelas tribos, o que foi proibido. Finalmente, eles vão até o Comício, por medo de serem pessoalmente responsáveis pela falta de julgamento</p>
---	---

Neste testemunho, conta-se a história de dois juízes que, inseridos em atividades como de jogos de azar e passatempos ociosos, bêbados, esperam até o último momento e então vão ao ‘*comitium*’ dar a sentença para evitar que se enquadrem em *litem suam facere*. Esta fonte aponta duas perspectivas: a primeira é que o temor de fazer sua a lide deve se justificar por uma consequência bem grave naquela época; a segunda de que esta época é bem remota, já que o texto aproxima-se de 161 a.C, o que, diante da análise da fase do processo civil romano, ainda está no âmbito das *Legis Actiones*.

Firme na convicção de que havia remédio jurídico para o caso de o juiz fazer sua a lide em época anterior ao processo formulário, Cremades e Paricio<sup>45</sup> apresentam três hipóteses de viabilização da sanção: (1) uma *translatio iudicii*, perfectibilizada numa ‘novação’ subjetiva já que o juiz tomaria o lugar do demandado. Esta hipótese seria pouco provável porque nas *leges actiones* não se conhecia o regime da *translatio iudicii*. (2) uma *multae dictio*, perfectibilizada numa multa dirigida ao juiz, autorizando o prejudicado a capturar algum bem do juiz através da *pignoris capio*. Também esta hipótese apresenta-se inviável face ao papel que o órgão jurisdicional desempenha nesta época. (3) uma *manus iniectio pro iudicato*<sup>46</sup> apresentada por Gaio em Gaio 4.22., já que tal remédio seria cabível para uma série de outros casos. Para os autores em questão, na época das *leges actiones*, este seria um remédio possível.

<sup>45</sup> CREMADES, Ignacio y PARICIO, Javier, *op. cit.*, pg. 187-188.

<sup>46</sup> Para uma completa análise e estudo das *Institutiones* de Gaio, a obra de ALFREDO DI PIETRO, *Gaio – Institutas, Texto traducido, notas y introdución*. Tratando do passo Gaio 4.22, o referido autor menciona que distintas leis asseguram o cumprimento de uma determinada obrigação como se o responsável estivesse *iudicatus* por isso se denomina *m. i. pro iudicato*, e os efeitos são os mesmos para o caso de *m. i. pura*. GAYO, *Institutiones*. Traducción Alfredo di Pietro, 5ª Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1997, pg. 653.

Já na época clássica, como o remédio processual existia ação formulária contra o juiz, que as fontes atestam ser *in factum*. Sabe-se que a ação *in factum concepta*<sup>47</sup> é honorária, criada pela atividade do Pretor, e por isso alguns romanistas afirmam que é muito difícil precisar a repressão da conduta antijurídica do juiz.

Sendo nesta época, a ação *in factum* como forma de viabilizar a ação contrária classificada, quanto aos poderes conferidos ao (novo) *iudex* para examinar o tema, *iudicia bonae fidei*, porque nela o juiz tem ampla possibilidade de julgar conforme a equidade e a boa-fé, também por isso denominada *actio in bonum et aequum concepta*. Seja como for, é importante salientar que qualquer reconstrução da fórmula da *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* deve ser hipotética, pois as fontes não transmitem nada sobre ela, nem sequer de maneira parcial<sup>48</sup>.

Segundo notícia dada por Cremades e Paricio, de que alguns romanistas (como Guarino, por exemplo) tentaram aproximar a construção da ação *in aequum* ao fragmento da fonte que anuncia a condenação em uma *vera aestimatio litis* (Ulpiano 21as Ed., D.5.1.15.1), poderia parecer incabível porque, enquanto a característica da decisão *in aequum* é de que a condenação está no tamanho do que entender o juiz, já na *vera aestimatio* deve corresponder ao efetivo prejuízo e não à consciência do julgador<sup>49</sup>.

Uma nova leitura do assunto foi contribuição de Álvaro D'Ors. Até o advento do descobrimento da *Lex Irnitana*, os romanistas aceitavam a afirmação segundo a qual a ação contra o juiz que fazia sua a lide era a *actio in aequum concepta*, com base na clara letra do texto de Justiniano que dispõe “*et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*”. Porém, a partir de uma nova interpretação, não seria esta a forma de o juiz privado responder pela sua conduta ilegítima, mas sim vinculado ao seu próprio comportamento, respondendo na mesma medida que o demandado foi frustrado e não mais *in aequum concepta*<sup>50</sup>. Assim, como a configuração do instituto do *iudex qui litem suam fecerit* para Álvaro D'Ors é a não prolação da sentença, o juiz que não dá a sentença deveria ser condenado na exata proporção daquilo que,

---

<sup>47</sup> Segundo ensina José Carlos Moreira Alves, as ações *in factum* são aquela referidas a um fato mediante as quais o magistrado sanciona toda conduta que lhe pareça inconveniente, ainda que não esteja sancionada pelo *ius civile*. MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 243. São delituais na sua origem (sancionando comportamento doloso) mesmo que não sejam penais na sua condenação. Este tipo de ação não tem *intentio in ius* e por isso não são suscetíveis de ficção nem de transposição de pessoas, exceto as que fazem indiretamente referência ao *ius*.

<sup>48</sup> CREMADES, Ignacio y PARICIO, Javier, *op. cit.*, pg. 205.

<sup>49</sup> CREMADES, Ignacio y PARICIO, Javier, *op. cit.*, pg. 206.

<sup>50</sup> COMA FORT, José Maria, *op. cit.*, pg. 180.

por sua conduta, frustrou a condenação da parte litigante. Talvez esta seja uma solução muito congruente com o sentido literal do “*litem suam facere*”<sup>51</sup> e, seguindo a opinião de Cremades e Paricio, tem razão Álvaro D’Ors porque, para fazer sentido uma ação adversa contra a conduta do juiz, é razoável que a expressão *vera aestimatio litis* contida nas fontes refira-se ao que deveria ter sido condenado o demandante na ação em que o juiz fez sua a lide<sup>52</sup>.

#### IV – Conclusão

O tema do *index qui litem suam facit* causa ainda interesse no campo do direito romano. A recente descoberta da *Lex Irnitana* reacendeu o ânimo de pesquisar sobre a conduta e a consequência do juiz que faz sua a lide.

Como a atuação do *index privatus* é de extrema importância para a concretização do *ius*, a sua atuação sempre foi observada e valorada, desde os tempos mais remotos. A rigidez da lei das XII Tábuas talvez seja um parâmetro fidedigno para averiguação da importância desta atuação. Quando as fontes mais longínquas, ainda que não jurídicas, atestam que o juiz deveria agir de forma adequada sob pena de alguma consequência grave, o instituto do *index qui litem suam fecerit* começa a tomar corpo e indicar a sua atuação. Com o passar do tempo, o direito tomou conta de ajustar a tipificação e a consequência jurídica para a configuração do instituto.

Ainda que não haja consenso entre os estudiosos deste tema, o que se aventa é o mérito da matéria, já que cuida de especial setor de afirmação da solução jurídica. Portanto, desde o não comparecer no dia marcado para julgar, passando pelo efetivo não marcar uma data de julgamento, excluídos os casos de justificativa – *rem sibi non liquere* – chegando até as raias da corrupção ou venalidade, a atitude do juiz que, na expressão latina *litem suam fecit*, deve responsabilizar-se de tanto. Na construção jurídica de Justiniano, este comportamento configura-se numa obrigação que deriva de um quase delito, e que, portanto, deve ser reparado. Para isso, uma ação concebida *in factum*, isto é, baseada no fato ocorrido, estima o prejuízo que deveria ter sofrido a parte litigante e, segundo a *vera aestimatio*, condena o juiz faltoso.

---

<sup>51</sup> D’ORS, Álvaro, *Litem suam facere*, cit., pg. 391.

<sup>52</sup> CREMADES, Ignacio y PARICIO, Javier, *op. cit.*, pg. 208.

Esta matéria ainda tem muito a contribuir com a construção, não só histórica, mas certamente jurídica do operador do direito, e para isso existe a esperança que estes breves apontamentos tenham concorrido neste sentido.

### V – Referências Bibliográficas

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires: Depalma, 1986.
- COMA FORT, José Maria, *El Derecho de Obligaciones en las Res Cottidianae*, Madrid: Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez, 1996.
- CREMADES, Ignacio y PARICIO, Javier, *La Responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clasico*, AHDE, 1984 (54), pp. 179-208.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 12ª Ed., Pamplona: EUNSA, 2004.
- D'ORS, Álvaro, *Litem suam facere*, in: SDHI (48) 1982, pp. 368-394.
- GAYO, Institutiones. *Traducción, notas e introducción* ALFREDO DI PIETRO, 5ª Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1997.
- GUASCO, Alessio, *La Responsabilità del 'Iudex Privatus'*, in: INDEX 36, 2008, pp. 409-425.
- GUTIERREZ-MASSON, Laura, *Peccatum iudicis y juramento promisorio en el proceso civil romano. Reflexiones de ayer y de hoy*, in: TSDP – II, 2009, pp. 1-45.
- GUZMÁN, Luis Alberto Peña e ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Derecho Romano*, 2ª Ed., Tipografía Editora Argentina: Buenos Aires, 1966.
- LAMBERTI, Francesca, *Riflessini in tema di 'Litem suam Facere'*, in: LABEO, nº 36 (1990) 2, pp. 218-266.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do, *Considerações acerca do 'Iudex qui litem suam fecit'*, in: Revista da Faculdade de Direito USP, v. 96(Jan.-Dez. 2001), pp. 103-118.
- PARICIO, Javier, *Las Fuentes de las obligaciones em La tradición Gayano-Justiniana*, in: *Derecho Romano de Obligaciones: Homenaje al Profesor José Luís Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 49-61.
- PUGLIESE, Giovanni, *Il Processo Civile Romano – II – Il Processo Formulare, Tomo I*. Milano: Giuffrè, 1963.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè: Milano, 1990.
- VILLEY, Michel, *Direito Romano*, Tradução de Fernando Couto, Res-Editora: Porto, 1991.