

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO “*IUDEX QUI LITEM SUAM FECIT*”

Jaime Meira do Nascimento Júnior
Doutorando pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente estudo tem por objetivo tecer uma breve reflexão acerca de um importante tema tratado pelo Direito Romano denominado *Litem suam facere*, o qual se mostra relevante, inclusive para os dias atuais, por versar acerca da responsabilidade civil do juiz por suas decisões nos casos apresentados pelos textos normativos. Nesse sentido, o trabalho ora apresentado, através de um estudo dos principais autores que trataram do tema, bem como da exegese de alguns fragmentos das fontes, procura estabelecer qual o efetivo alcance da expressão retromencionada bem como o seu tratamento jurídico.

Abstract:

The present study intends to bring a reflection concerning a theme treated by the Roman Law called *Litem suam facere*, which has great importance including to the current days, because it concerns on the Judge's civil responsibility for his decisions in the cases related by the sources. So, the work for now presented, through a study of the main authors that have analysed the theme, as well as through the exegesis of some fragments of the sources, try to establish which is the reach of the mentioned expression as well as its juridical treatment.

Unitermos: Direito Romano; responsabilidade civil; quase-delitos;
“*Iudex qui litem suam fecit*”

Sumário: I. Introdução; II. *Litem suam facere*: a. aspectos preliminares; b. conceito; III. *Litem suam facere*: a. responsabilidade civil; b. tutela jurídica cabível; c. sanção aplicável; IV. Conclusão; V. Bibliografia.

I. Introdução

No âmbito da *Ordo iudiciorum privatorum*, o *iudex* sempre se apresentou como figura fundamental para a aplicação da justiça no caso concreto.¹

Sua atuação ocorria na segunda fase do processo, denominada *apud iudicem*, que se iniciava após a *litiscontestatio*.

Desse modo, uma vez determinados os limites da demanda, o pretor redigia a fórmula,² representando esta o parâmetro a ser observado por aquele que daria a sentença.

Nesta, ainda, seria determinada qual a condenação que deveria ser aplicada, bem como eventuais exceções que poderiam ser apresentadas pelo réu.

As partes, então, deveriam escolher, dentre os nomes constantes no *album iudicum*, quem seria o cidadão romano perante o qual as provas seriam produzidas e que teria por dever proferir uma decisão ao caso concreto.

Assim, o *iudex* era uma pessoa não ligada ao Poder Público e que, por sua conduta ilibada e condição social, recebia o *munus publicum* de julgar os litígios existentes.

1. Segundo J. R. C. Tucci e L. C. Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 41-5, numa fase inicial a jurisdição encontrava-se ainda nas mãos dos pontífices, os quais deram forma ao procedimento através de simbolismos e rituais, num momento em que direito (*ius*) e religião (*fas*) eram conceitos que não se distinguiam. Além disso, haja vista a fragmentação das fontes no que toca ao período inicial da história de Roma, embora não se saiba por certo quais as limitações dos poderes do rei, tem-se que este era o chefe supremo, vitalício e único depositário da *potestas publica*, reunindo em suas mãos, por força de seu *imperium*, dentre outros, o poder de julgar em primeira e em última instância. Admitindo-se que no processo arcaico, o processo desenrolava-se integralmente perante o *rex*, com o andar dos tempos e com o crescimento de Roma, os litígios foram se tornando mais complexos, surgindo, disto, a necessidade de se criar magistraturas com específicas funções jurisdicionais. Assim, segundo a história tradicional (Dionísio de Halicarnasso, 4.25), tendo em vista a progressiva laicização do direito e o crescimento da atividade jurisdicional, o rei Sêrvio Túlio (578-534 a.C.) desmembrou a justiça em pública e privada. Assim, nos dois últimos séculos da realeza, os sacerdotes cedem passo aos magistrados públicos, no que tange à distribuição da justiça secular. Ainda, consoante observam os autores, o *imperium* é transferido de forma mais limitada e exclusiva a certos magistrados, os quais passaram a deter o poder de declarar o direito aplicável (*iurisdictio*). É provavelmente a partir desse momento que o procedimento passa a se desenrolar em duas fases, uma diante do pretor, *in iure*, e outra perante o *iudex unus, apud iudicem*, sendo este um cidadão romano que julgaria soberanamente em nome do povo romano. Assim, enquanto o pretor diria qual o direito aplicável, o *iudex*, analisando as provas produzidas, seria o responsável pela sentença, decisão esta que deveria ser obedecida pela parte sucumbente.

2. A fórmula surgiu na segunda fase do processo romano, denominado período formulário. Trata-se de um documento escrito, no qual se fixam os pontos litigiosos da demanda, outorgando-se ao *iudex* o poder de condenar ou absolver o réu, conforme fique ou não demonstrada a pretensão deduzida pela outra parte. A respeito, cf. J. C. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, 10^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 107 e J. R. C. Tucci e L. C. Azevedo, *Lições* cit. (nota 1 supra), p. 89 e seqg.

Diante da importância deste personagem para a normalidade e para a correta distribuição da justiça, mostra-se importante o estudo de um dos principais quase-delitos,³ qual seja, o *litem suam facere*.

O objetivo do presente estudo é verificar a discussão tecida na doutrina sobre qual a hipótese em que se verificava tal instituto, bem como as consequências dele decorrentes, de sorte a identificar o tratamento jurídico dado à matéria.

II. *Litem suam facere*: a. aspectos preliminares; b. conceito

II.a. Quanto mais se retorna no tempo, torna-se cada vez mais nítido o caráter privado do processo civil romano, podendo-se designá-lo quase como um procedimento arbitral.

Era, pois, o *iudex privatus*, pessoa comum escolhida dentre os cidadãos romanos em razão de suas condições pessoais de *bonus vir*.

Assim sendo, essa idoneidade pessoal era a base sobre a qual a segurança jurídica daquela época se sustentava, sendo, pois, o requisito necessário para a inscrição no chamado *album iudicum*.

Nesse passo, todo juiz procuraria julgar bem e de maneira honesta, sendo certo ainda que este juiz estaria compromissado mediante um juramento. Tratava-se, pois, do *iudex iuratus*.⁴

A decisão desse árbitro era, na verdade, um parecer, o qual era proferido após a instrução probatória.

Como este personagem não se encontrava ligado ao Poder Público, não havia uma hierarquização judicial, ou um sistema burocratizado que permitisse a revisão do julgamento.

3. Consoante explica J. C. Morcira Alves, *Direito Romano*, v. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp. 275 e segg., embora no direito clássico o *ius civile* apenas reconhecesse como fonte de obrigação os quatro ilícitos classificados como *delicta* (*furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*), não podiam os romanos deixar de levar em consideração outros atos ilícitos que acarretavam prejuízos. Diante disso, quando surgiu a classificação tripartida contida na obra *Aureorum libri*, atribuída a Gaio, quatro dessas situações foram classificadas dentre as *variae causarum figurae*, a saber, *si iudex qui litem suam fecerit: effusum et deiectum: positum et suspensum; e receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. Nas instituições de Justiniano (Inst. 4, 5), por outro lado, tais figuras foram inscritas, dentro de uma classificação quadripartita das fontes das obrigações nos chamados quase-delitos.

4. Cf. I. Cremades e J. Paricio, *La responsabilidad del juez en el Derecho Romano clasico* in *AHDE* 54 (1984), p. 190.

O dever primordial deste *iudex* era o de proferir a sentença, como atestam nitidamente as fontes⁵, sendo certo que, uma vez proferida, esta não poderia mais ser alterada, tendo em vista o princípio da intangibilidade das decisões.

Assim sendo, diante da *Ordo iudiciorum privatorum*, era a decisão deste juiz inatacável⁶ e, por conseguinte, executável, seja pela *manus iniectio*, no período mais antigo (*legis actiones*) ou pela *actio iudicati*, no âmbito do período formular.⁷

Somente mais tarde, com o crescimento do Império Romano, de pouco em pouco a atividade jurisdicional foi sendo transferida a magistrados oficiais, os quais, como verdadeiros funcionários públicos e com autoridade recebida por delegação do imperador, passaram a decidir as controvérsias.

Desse modo, na denominada fase da *cognitio extraordinaria*, havia uma estrutura judicial hierarquizada e burocratizada, a qual permitiu a revisão das decisões pela autoridade hierarquicamente superior.

A partir de então havia os juízes inferiores e superiores, o que implicou o surgimento de recursos (*appellatio e supplicatio*)

Mostra-se, portanto, evidente a magnitude e a importância de uma decisão correta proferida pelo *iudex*, para a solução da controvérsia.

De fato, o seu dever primordial era o de prolatar a sentença, dentro dos limites estabelecidos pelo pretor, fazendo-o com a idoneidade e licitude necessárias, em respeito ao juramento por ele prestado, de modo a não causar prejuízo às partes em razão da própria imutabilidade de seu parecer.

II.b. Diante desse quadro, a grande questão relativa ao tema *sub examen*, refere-se exatamente ao seu conceito. Quando o *iudex litem suam faciebat*?

Inicialmente, cumpre ressaltar não se enquadrar em tema de *litem suam facere* a hipótese do *iudex* venal ou corrupto.

5. Nesse sentido, Iul. 5 dig., D. 5, 1, 74 pr: “*De qua re cognoverit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit.*” A respeito, cf. ainda I. Cremades e J. Paricio, *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 190.

6. Esta assertiva deve ser tomada como a regra geral. Por óbvio havia possibilidades de se infirmar a decisão do *iudex*. Todavia, não se tratavam de recursos propriamente ditos. Assim, v.g., pode-se citar os casos da *in integrum restitutio* e da *infinitio*.

7. Nesse sentido, cf. J. R. C. Tucci e L. C. Azevedo, *Lições* cit. (nota 1 supra), pp. 68 e 131.

Esta era tutelada pelo *ius publicum*, cuja sanção prevista na Lei das XII Tábuas (9, 3) era a pena capital.⁸

Por outro lado, tampouco se inclui na espécie a situação em que o juiz profere uma sentença injusta.⁹ Em tese, a principal solução cabível neste caso seria a *restitutio in integrum*,¹⁰ quando fosse cabível.

As fontes, ao tratarem do tema, preceituam hipóteses específicas no que tange ao tema em estudo.

Nesse sentido, assevera Gaio:¹¹

Gai. 4, 52: “*Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maiore neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est. At si etiam qui formulam accipit, intendere debet, nec amplius..... certa condemnatione constringi velit.*”

Gai. 4, 52: “*Sendo a condenação pedida em quantia certa, o juiz não deve condenar o réu em importância maior nem menor, da reclamada pelo autor; do contrário, faz sua a lide. E se também ... que recebe a fórmula, deve pedir não mais... ser obrigado por uma condenação certa, ... até onde quiser.*”

8. Segundo observa A. D’Ors, *Litem suam facere* in *SDHI* 48 (1982), p. 369, isto se baseia numa conhecida passagem da *disputatio* entre o jurista Africano e o filósofo Favorino, onde jurista defende a idéia dureza da lei decenviral, citando a este propósito a pena capital imposta ao juiz venal A respeito, v. Gell., N. A., 10, 1, 7 e 20, 1, 7-8. Contudo, alerta o autor que referido testemunho deve ser encarado com cautela, pois provavelmente o preceito decenviral, se realmente existiu, referia-se a um juiz que condenou, por dinheiro, um réu criminal. Aduz ainda que no direito clássico, o juiz corrupto responderia por *crimen falsi*, previsto da *Lex Cornelia*, a qual não impunha a pena capital.

9. Reitere-se que não existia, no período clássico, um procedimento específico endereçado a corrigir a decisão injusta.

10. A respeito das formas de se infirmar a decisão do *iudex*, v. nota 6 supra. Por outro lado, segundo G. Cervencia, *Restitutio in integrum* in *NNDI*, t. XV, 3ª ed., Turim, Unione Tipografico, 1957, pp. 740-4, tratava-se referido instituto de um remédio concedido pelo Magistrado, com base em seu poder de *imperium*, visando a rescindir os efeitos de um ato jurídico qualquer, seja ele um negócio, ou um processo, o qual, embora sendo formalmente válido, foi concluído com um concurso de circunstâncias que tornaram seus efeitos contrários aos princípios da *aequitas*. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Nápoles, Jovene, 1984, p. 106, a seu turno, entende tratar-se de um provimento o qual torna nulo um ato jurídico qualquer, seja de direito material, seja processual. A *restitutio in integrum* advém de uma *causa cognita*, com base em uma valoração da relevância das circunstâncias invocadas e em hipóteses que são geralmente contempladas no Edito. Assim, diante do pedido da parte e depois do exame das circunstâncias retro aduzidas, recusam-se os remédios judiciais que pelo direito estrito se esperaria ou se concederia, a fim de eliminar os efeitos do negócio civado de violência.

11. A. Corcia e G. Sciascia, *Manual de Direito Romano*, v. II, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955, pp. 242-3.

Em outro texto contido no Digesto atribuído a Ulpiano,¹² apresenta-se um conceito diverso:

Ulp. 26 *ad ed.*, D. 5, 1, 15, 1:
Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Ulp. 26 *ad ed.*, D. 5, 1, 15, 1:
 “Entende-se então que o juiz faz a lide sua, quando diz a sentença com dolo mal em fraude à lei (mas parece fazer isto com dolo mal, se evidentemente acusa por favor, inimizade ou ainda por mesquinharria), de modo que será compelido a prestar uma verdadeira estimação da lide.”

Segundo a opinião de A. D’Ors,¹³ em sentido técnico, *litem suam facere* deve ser entendido como o fato de um juiz se sub-rogar na posição do demandado, quando deixa de cumprir o seu dever de dar a sentença no momento em que havia de fazê-lo, quando prolata uma decisão nula, ou fora dos limites da fórmula.

No que toca ao outro conceito, o autor retromencionado,¹⁴ após minuciosa análise da *Lex municipii Flavi Irnitani* e de um fragmento do livro 12 *ad edictum* do mesmo Ulpiano (P. Ant. I, 22), conclui que o referido fragmento do Digesto apresenta-se contraditório em relação a estes textos, tratando-se, portanto, de adulteração,¹⁵ na medida em que entende que o jurista romano retro aduzido entenderia por *litem suam facere* a conduta indicada por Gaio.¹⁶

Aduz também existirem problemas no bojo do texto do Digesto, na medida em que, v.g., a expressão *lex* contida no fragmento parece não se referir a uma lei ou plebiscito, mas à ordem jurídica como um todo, emprego este que, no período clássico, não mostra próprio aos juristas.

12. *Litem* cit. (nota 8 supra), pp. 373 e scgg.

13. A. D’Ors entende que o *iudex* que profere sentença além dos limites da fórmula não prolata decisão alguma, devendo esta ser equiparada a uma sentença nula.

14. D’Ors, *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 373.

15. Interessante notar que A. D’Ors chega a afirmar que os compiladores tomaram este texto de uma edição adulterada dos comentários ao edictum, de Ulpiano. Nesse sentido, cf. *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 378.

16. O mesmo autor observa inclusive existir um erro na inscriptio do fragmento, pois, na verdade, o correto seria o livro 23 ad. cd., não o 21 que versa acerca dos adpromissores. Nesse sentido, cf. *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 377.

Por outro lado, a expressão *in fraudem legis* seria ambígua, na medida em que não resulta congruente com a exigência do *dolus malus* calcado nas motivações subjetivas indicadas (*vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes*), as quais parecem refletir melhor uma injustiça de fundo do que uma inobservância sub-reptícia de imperativos legais.

Desta maneira, na opinião de A. D’Ors, *litem suam facere* estaria relacionado ao descumprimento do dever primordial do *iudex*, que é o de dar uma sentença válida.

Ressalte-se ainda que se o juiz fugir aos limites da fórmula, faz a lide sua, na medida em que, segundo o autor retromencionado, haveria decisão nula, o que equivale à ausência de sentença.¹⁷

Quanto a este aspecto, interessante é a reflexão trazida por I. Cremades e J. Paricio.¹⁸

Segundo explicam, alguma confusão poderia surgir da análise do seguinte fragmento, onde se indica que tenha um juiz condenado a mais ou ao menos não poderá alterar sua sentença, pois “*male seu bene officio functus est*”:¹⁹

Ulp. 51 ad. Sab., D. 42, 1, 55:
Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit: et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est.

Ulp. 51 ad. Sab., D. 42, 1, 55: “O juiz, após proferir uma vez a sentença, deixa depois de ser o juiz. A lei que se observa é que uma vez tenha condenado a mais ou a menos, não possa corrigir a sua sentença; porque bem ou mal exerceu uma vez o seu ofício.”

De fato, em momento algum se afirma nesse texto a validade da decisão que contraria o teor da fórmula. Tão-somente assinala que a sentença fora dos limites da orientação pretoriana seria eficaz e que o juiz, bem ou mal, havia cumprido o seu dever.

17. *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 372. No mesmo sentido, I. Cremades e J. Paricio, *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 183.

18. *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), pp. 183-4.

19. Tradução baseada em G. Vignali, *Corpo del Diritto*, Nápoles, Vicenzo Pezzuti, 1856, T. VI, p. 1.151 e em A. Watson, *The Digest of Justinian*, v. II, Philadelphia, Pennsylvania, 1998.

Não serve para afirmar a validade do julgamento que foge dos limites da fórmula.

Por outro lado, haveria uma exceção à regra. Se o juiz não ajustasse sua decisão à fórmula porque os litigantes acordaram, depois da *litiscontestatio*, em não respeitá-la, referida decisão seria dotada de validade, de sorte que, em consequência, não se poderia falar em responsabilidade do *iudex* por *litem suam facere*.

Nesse sentido:²⁰

Iul. 5 dig., D. 5, 1, 74, 1: *Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.*

Iul. 5 dig., D. 5, 1, 74, 1: “O juiz, o qual foi ordenado julgar até uma certa quantia, pode pois julgar por coisa maior, se os litigantes acordarem.”

Outro ponto que merece destaque é a origem da expressão que denomina o instituto que se estuda no presente trabalho.

Em época mais antiga, a expressão faria referência à apropriação da coisa objeto do litígio. Era o caso, do juiz que, indevidamente, retinha o bem disputado pelas partes e ao qual lhe fora conferida a guarda (*iudex sequester*). Agia então como verdadeiro depositário infiel, sendo equiparado a um ladrão.

Nesse passo, embora as fontes não atestem esta hipótese, com a evolução do direito, a expressão *litem suam facere* teria adquirido um sentido figurado. Assim, o *iudex* que não profere a sentença torna seu o litígio, como se tivesse apropriado da coisa litigiosa.²¹

Finalmente, interessante notar que, segundo A. D’Ors, o conceito de *litem suam facere* sofreu alterações no período pós-clássico, exatamente pelo surgimento dos recursos contra a sentença.

Se antes a ação pretoriana fora criada para responsabilizar o *iudex* por ter proferido decisão nula ou ter deixado de prolatá-la no tempo devido, nesta fase mais tardia a ação pretoriana passou a corrigir as injustiças dos juizes, não sendo mais necessária uma ação privada para o juiz que não deu sentença, razão pela qual defende que o fragmento atribuído a Ulpiano trata-se de verdadeiro texto inserido pelos compiladores e não de simples interpolação.

20. Bascado em G. Vignali, *Corpo cit.* (nota 19 supra), T. II, p. 871 e em A. Watson, *The Digest of Justinian*, v. I, Philadelphia, Pennsylvania, 1998.

21. I. Cremades e J. Paricio, *La responsabilidad cit.* (nota 4 supra), pp. 185-6.

De qualquer maneira, embora muito haja o que se discutir a respeito do exato sentido do tema ora estudado, sobretudo no que toca às eventuais incorreções dos textos das fontes, afigura-se razoável considerar o instituto em ambos os significados trazidos.

Mesmo porque atualmente os estudiosos do Direito Romano, embora não desprezem por completo a existência de interpolações, tendem a considerar válidos, fidedignos e clássicos os textos trazidos até a presente época.²²

Nesse sentido, pode-se citar a opinião de F. Lamberti,²³ que refuta a tese de A. D’Ors, defendendo a idéia de que o fragmento de Ulpiano somente teria sido modificado na explicação acerca do *dolus malus* inserida entre parênteses.

A autora, dessa maneira, discorda que tenha sido o texto totalmente modificado pelos compiladores, aduzindo que, em verdade, a hipótese ali delineada, mais do que definir o que seria *litem suam facere*, visava a explicar o fragmento anterior (Ulp. 21 ad ed., D. 5, 1, 15, pr.), onde Ulpiano trata do caso do *iudex filiusfamilias qui litem suam fecit*.²⁴

Ademais, observa que o fragmento de Gaio em momento algum especifica o elemento subjetivo necessário à configuração da hipótese.

Assim, melhor tomar-se um conceito de *litem suam facere* mais genérico, envolvendo as duas hipóteses, de sorte a permitir uma visão ampla do problema.²⁵

22. A respeito do problema das interpolações das fontes, cf. G. Pugliese, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990, pp. 182-4, segundo o qual, a partir de 1930, a pesquisa de interpolações e de outras alterações continuou a ocorrer, mas de forma cada vez menos significativa, a ponto de que, hoje, analisam-se os textos da compilação justinianícia, bem como aquelas fontes pós-clássicas anteriores a Justiniano, com razoável confiança em sua capacidade de reconstruir o direito do período clássico. Outrossim, sobre o conceito de interpolação, v. A. Guarino, *Diritto Privato Romano*, 8ª ed., Napoli, Jovene Napoli, 1988, pp. 126-8.

23. *Riflessioni in tema di litem suam facere in Labeo* 36 (1990) 2, p. 249.

24. Nesse sentido, op.cit., nota 21, p. 250. E ainda: Ulp. 26 ad ed., D. 5, 1, 15 pr.: “*Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.*” (Se um filho de família juiz fizer a lide sua, será obrigado em tanta quantidade que então tiver em pecúlio, no momento que tiver dado a sentença.)

25. Observe-se que muitos autores na doutrina, ao tratarem do tema, adotam como conceito de *litem suam facere* a hipótese prevista no fragmento de Ulpiano criticado por A. D’Ors e I. Cremades e J. Paricio. Assim, v.g., A. Guarino, *Diritto* cit. (nota 22 supra), p. 884, a define como a ação dada contra o juiz que, dolo malo in fraudem legis, emite uma sentença injusta. No outro sentido, P. F. Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 4ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1906, p. 635, segundo o qual, o juiz faz o processo seu não apenas quando prolata uma sentença ruim ou por negligência, mas também por ter faltado com o seu dever de uma maneira qualquer, como, v.g., deixou de apresentá-la no dia combinado para prolatar a sentença. Adotando ambos os sentidos, G. Pugliese, *Istituzioni* cit. (nota 22 supra), p. 609, que entende tratar-se da hipótese em que o juiz condenou a soma diversa da estabelecida pela fórmula, tenha julgado injustamente por inimizade, favor ou corrupção e tenha sido omissivo no termo prescrito, causando a extinção do processo.

Trata-se portanto de um quase-delito, dentro da classificação quadripartita de Justiniano, no qual o *iudex* deixa de prolatar a decisão no tempo devido ou a profere fora dos limites estabelecidos pela fórmula.

III. *Litem suam facere*: a. responsabilidade civil; b. tutela jurídica cabível; c. sanção aplicável.

III.a. Ao tratar da natureza da responsabilidade civil no caso de *litem suam facere*, a doutrina não se mostra pacífica, vislumbrando-se a existência de três correntes que trataram do tema.

Nesse sentido, conforme explica F. Lamberti,²⁶ a teoria que sustenta ser baseado o instituto *sub examen* em uma conduta dolosa do *iudex* aduz que, caso houvesse responsabilidade por *imprudencia* no período das *legis actiones* ou no formulário, a função judicial seria exercida com grande relutância, tendo sido altamente impopular. Desse modo, as hipóteses previstas nas Institutas de Gaio e no Papiro de Antinópolis (P. Ant. I, 22) demandariam, pelo menos a presença de um dolo presumido.

Um segundo setor da doutrina, orientou-se no sentido da responsabilidade culposa do *iudex* no final do período clássico. A *actio contra iudicem qui litem suam fecit* inicialmente teria sido utilizada para punir somente a hipótese de negligência processual, e apenas no final do período clássico, teria sido estendida para casos em que houvesse um comportamento fraudulento do *iudex*.

Verifica-se também um terceiro ramo da doutrina, a qual defende a responsabilidade objetiva do *iudex*, sendo esta, segundo F. Lamberti,²⁷ aceita por um maior número de autores. Tal explicação facilitaria a solução da controvérsia entre as definições de Gaio e de Ulpiano,²⁸ as quais seriam enumerações casuísticas das hipóteses de *litem suam facere*.

Esta última posição, ademais, mostra-se coerente se for levado em conta que o instituto analisado é classificado, no capítulo concernente às fontes de obrigação, como um quase-delito, o qual dispensa a existência de dolo para o surgimento da responsabilidade civil.²⁹

26. *Riflessioni* cit. (nota 23 supra), pp. 245-8.

27. *Riflessioni* cit. (nota 23 supra), p. 247.

28. V. item II.b. supra.

29. Ao tratar das fontes de obrigação no Direito Romano, J. C. Morcira Alves, *Direito* cit. (nota 3

Nesse sentido:³⁰

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 imprudenciam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit*

Inst. 4, 5 pr.: “O juiz que fizer sua a demanda 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.”

III.b. No que tange à ação cabível, a doutrina apresenta uma evolução de acordo com o período em que ocorresse o *litem suam facere*.

supra), pp. 32-6, explica que Gaio, em suas *Institutas* vislumbrou uma classificação bipartida. Nesse passo, toda obrigação nasceria de um contrato ou de um delito. Em seguida, em suas *aureorum Libri* (Gai. 2 aur. D. 44, 7, 1 pr.), ampliou a classificação, inserindo uma terceira categoria denominada de várias figuras de causas (*ex variis causarum figuris*). Os contratos seriam obrigações nascidas *re, verbis, litteris e consensus*. Os delitos seriam os quatro seguintes: *furtum, rapina, damnum iniuria datum e iniuria*. E na terceira classificação seriam inseridas aquelas que não decorriam de acordo de vontades, tais como as que advêm da tutela e as do herdeiro com relação ao legatário. O próprio Gaio parece perceber a imperfeição de sua classificação, pois, referindo-se à repetição do pagamento indevido, ressalta que aquele que dá a coisa com a intenção de pagar, busca, na verdade, extinguir e não contrair um negócio (Gai. 3, 91). Observe-se ainda que Gaio apenas classifica como obrigações aquelas reconhecidas pelo *ius civile* e não as do *ius honorarium*, às quais os juristas clássicos denominavam de *actiones teneri* ou *debita*. Já nos *aureorum Libri* somente as obrigações decorrentes da vontade são classificadas como contratos. No que tange aos delitos, persistem os mesmos que são mencionados nas *Institutas*. Finalmente, nas várias figuras de causas são introduzidos os atos lícitos que não são bilaterais e que geram obrigações (v.g., gestão de negócios, tutela), bem como ilícitos que o *ius civile* não enquadra na categoria de *delicta*, mas contra os quais o pretor concedia ação. Nas *Institutas* de Justiniano, diversamente, não se verifica a diferenciação entre obrigações e *actiones teneri* ou *debita*, tendo elas se fundido na denominação genérica *obligationes*. Diante disso, nos contratos, inseriam-se os acordos de vontade que geram obrigações; nos delitos as quatro figuras anteriormente mencionadas; nos quase-contratos os atos lícitos unilaterais dos quais resultam obrigações e, finalmente, nos quase-delitos, os ilícitos aos quais o pretor concedia ação na ausência de remédio específico no *ius civile*. Ainda segundo J. C. Morcira Alves, *Direito* cit. (nota 3 supra), pp. 34-5, existe divergência doutrinária no que tange à interpretação destas três classificações, embora não haja dúvidas no sentido de que elas resultaram de um processo de evolução. De acordo com a opinião dominante, sendo a classificação bipartida de Gaio incompleta, referido jurista numa obra destinada à prática (*os Rerum Cotidianarum Libri ou Aureorum*) tentou corrigir a deficiência, introduzindo a terceira categoria. Justiniano mais tarde, visando a aperfeiçoar a classificação, introduziu a quadripartição, inserindo as figuras dos quase-contratos e quase-delitos (estes últimos como sendo os ilícitos sancionados pelo pretor).

30. Trad. por A. Correia e G. Sciascia, *Manual* cit. (nota 11 supra), pp. 584-5.

Em época primitiva, consoante explicam I. Cremades e J. Paricio,³¹ o testemunho mais antigo que se dispõe é o episódio narrado por Macróbio (*Saturnalia* 3, 16, 15 [2.12]) acerca dos juízes bêbados que, quase não se mantendo em pé, vão sentenciar.

Segundo aduzem, tal episódio teria ocorrido por volta do ano 161 a.C., ou seja, em época anterior à *Lex Aebutia*, ainda no período da *legis actiones*.

A doutrina, ao tratar do tema, aponta para esse período, três hipóteses prováveis de sanção:

a) ocorreria uma *translatio iudicii*, de sorte que a demanda continuaria correndo só que agora contra o juiz;

Segundo, A. D'Ors,³² M. Voigt teve uma intuição acertada ao pensar em uma espécie de *translatio iudicii*, pela qual o *iudex qui litem suam fecit* era colocado na mesma posição do demandado, contra o qual o juízo havia caducado. De qualquer modo, entende haver sempre a dúvida de como a ação frustrada pela omissão do juiz podia dirigir-se contra ele em lugar do anterior demandado, pois não se conhece o regime da *translatio iudicii* na época das *legis actiones*.

b) o *iudex* seria multado (*multae dictio*) ou estaria o demandante frustrado autorizado a tomar algo do juiz que descumpriu o seu dever (*pignoris capio*);

I. Cremades e J. Paricio³³ entendem ser pouco provável que fosse o *iudex* multado, tendo em vista o limitado papel que o órgão jurisdicional desempenha em época antiga.

Quanto ao segundo, também seguem o mesmo raciocínio, apesar do incompleto testemunho de Gaio sobre a *legis actio per pignoris capionem*. A suposição de uma sanção semelhante contra os juízes deve-se a que em relação ao *arbiter ex compromisso*, parece seguir-se em época clássica, um regime parecido, e nos árbitros compromissários talvez poderia sobrevir de alguma maneira o mesmo sistema dos juízes primitivos.

c) caberia contra o *iudex qui litem suam fecit* a *manus iniectio*.³⁴

Mas isso, segundo alerta D'Ors,³⁵ pressuporia uma *manus iniectio pro*

31. *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 187.

32. *Litem* cit. (nota 8 supra), pp. 380-1,

33. *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), pp. 187-8.

34. I. Cremades e J. Paricio, *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 188, sustentam ser esta a hipótese mais provável, citando como reforço de argumentação as *Institutas* de Gaio (Gai. 4, 26-29). Como muitas leis deram a *manus iniectio* em muitos casos, seria factível supor que alguma lei a teria concedido contra o *iudex qui litem suam fecit*.

35. *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 380.

iudicato, já que precisamente se dava quando, por omissão do juiz que deveria ter sentenciado, não havia uma condenação judicial e tampouco esta conjectura nos aclara o ulterior regime clássico, no qual não se trata de uma *actio iudicati*, senão uma ação pretoriana especialmente criada para o suposto de omissão de sentença.

De qualquer maneira, conforme acentua o autor retro aduzido e também P. F. Girard³⁶ existe grande dificuldade para se determinar como era reprimida a atitude do *iudex* antes do advento da tutela pretoriana. De fato, quanto mais se retorna à fase primitiva, mais escassas são as fontes jurídicas que permitiriam o conhecimento exato do tratamento dado ao instituto.

Já no período clássico, o pretor concedeu uma *actio in factum*³⁷ *in bonum et aequum concepta*³⁸ para o caso vertente, a qual permitiria a graduação da pena de acordo com as circunstâncias.³⁹

Ademais, consoante observava Gaio:⁴⁰

Gai. 3 rer. cott., D. 50, 13, 6: “*Si iudex litem*

Gai. 3 rer. cott., D. 50, 13, 6: “*Se*

36. Manuel cit. (nota 23 supra), p. 635, n. 4.

37. Nesse sentido, E. Valiño, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias* in *AHDE* 38. (1968), p. 463. Por outro lado, ao tratar da classificação das ações no direito romano, P. Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9ª cd., Milão, Dott. Francesco Vallardi, 1932, pp. 112-3, explica que as *actiones in factum* eram aquelas que se baseiam não em relações conhecidas e qualificadas, mas em fato novo, que não possui uma configuração e denominação própria e tampouco é reconhecida ou resumida em algum modo no *ius civile*. Por isso, costumam ser designadas pelo fato que lhes deu origem. Além disso a expressão *in factum* também era empregada em um outro sentido, mais estrito, significando as ações que o Pretor concedia a cada vez para circunstâncias especiais em contradição com as ações civis e pretorianas garantidas pelo Edito Perpetuo. A. Burdese, *Manuale di Diritto Romano*, Turim, Unione Tipografica, 1964, p. 115, observa que se tratava do campo de atuação precípua da atividade pretoriana. Nestas a *intentio* relativa à fórmula (*in factum conceptae*) prescindindo de qualquer relação com a fórmula de ações civis, contém a direta descrição das circunstâncias de fato, cuja existência é pressuposto para a *condemnatio*.

38. As ações *in bonum et aequum concepta* são aquelas nas quais tem o juiz a faculdade de valorar a condenação na quantia que parecer justa. Referem-se a uma categoria de ações obrigacionais em que, não existindo uma relação rigorosamente determinada pela lei ou pela fórmula do pretor, o *iudex* podia e devia buscar *ex bona fide* o quanto fosse devido às partes. A estas se opunham as *actiones stricti iudicia*. A distinção repousa na maior ou menor margem de arbítrio permitido ao julgador. Observe-se ainda que nos *iudicia bonae fidei* mesmo que a parte não opusesse a *exceptio doli*, o *iudex* poderia considerá-lo na fase *apud iudicem* muito embora não estivesse inscrita na fórmula. Nesse sentido, cf. P. Bonfante, *Istituzioni* cit. (nota 37 supra), pp. 109-11

39. Nesse sentido, cf. E. Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris, Plon-Nourrit, 1917, pp. 589-90.

40. Vide ainda *Inst.* 4, 5 pr e Gai. 3 aur., D. 44, 7, 5, 4.

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.”

o juiz fizer a lide sua, não parece obrigado propriamente por delito, mas porque não foi obrigado por contrato e se compreende que cometeu delito, ainda que por imprudência, por isso parece ser obrigado quase por delito com a ação in factum e sofrerá a pena em quanto parecer justo, para esta coisa, à consciência do juiz.”

III.c. A sanção cominada seria *in id quod aequum iudici videbitur*.⁴¹

Desse modo, o pretor estaria livre para, de acordo com as contingências de cada caso concreto, aplicar a pena pecuniária cabível, sendo certo que, nos casos mais graves, em que houvesse *dolo malo in fraudem legis*, a condenação poderia atingir o valor da lide (*vera aestimatio litis*), sem prejuízo ainda da sanção criminal cabível.⁴²

IV. Conclusão

Em que pesem as discussões doutrinárias no que toca ao tema em estudo, as quais aliás não são poucas, consoante observa E. Cuq,⁴³ desde a Lei das XII Tábuas, o juiz que não cumprisse com o seu dever fazia o processo seu.

Assim, v.g., se não se apresentava no fórum no dia e hora fixados pelo pretor sem se justificar ou obter um prazo (*vacatio*) ou se ele não prolatasse a sua decisão nos limites fixados pela fórmula.

Nesses casos, o juiz fazia a lide sua e, portanto, deveria suportar os riscos do processo, podendo ser condenado a ressarcir o demandante até o valor da lide.

Tendo em vista a rigidez da Lei das XII Tábuas, o Pretor concedeu uma *actio in factum* a qual permitiu graduar a pena em razão das circunstâncias dos casos.

41. Nesse sentido, A. Guarino, *Diritto* cit. (nota 22 supra), pp. 884.

42. Cf. E. Cuq, *Manuel* cit. (nota 39 supra).

43. *Id.* Ibid. (nota 42 supra).¹

Esta ação pretoriana era intransmissível⁴⁴ aos herdeiros do *iudex* e, caso este fosse *filiusfamilias* somente estaria obrigado até o valor de seu pecúlio, quantia esta calculada com base no dia em que praticou o quase-delito.

Desse modo, seria colocado na posição em que se encontrava o demandado, respondendo até o limite do valor da pleiteado pelo autor da ação.

São Paulo, julho de 2001.

44. Quanto a este aspecto, afigura-se de rigor mencionar a divergência entre Ulpiano e Juliano. Este defendia que a ação *sub examen* era, ao revés, transmissível aos herdeiros. Nesse sentido: Ulp. 5 ad ed., D. 5, 1, 16: *Julianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.* (Juliano, por outro lado, supõe competir ação contra o herdeiro do juiz que fez a lide sua: cuja sentença não é verdadeira e foi reprovada por muitos). A doutrina diverge acerca do porquê das interpretações diversas apresentadas pelos juristas. Assim, v.g., A. D’Ors, após realizar um estudo paralelo da hipótese do Magistrado que se descuida do dever de exigir caução do tutor, hipótese em que também existe divergência entre os juristas romanos retromencionados, (Litem cit. (nota 8 supra), p. 384-7), conclui que a posição de Juliano representaria opinião proferida antes da publicação Edito que conferiu a ação in factum para o caso. I. Cremades e J. Paricio (*La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 195), a seu turno, após analisarem as situações retro aduzidas, entendem que, embora seja a divergência decorrente de fatores temporais, a opinião de Juliano, a seu ver, estaria calcada nas contingências do Ordo privatorum iudiciorum, o qual não permitia a interposição de recurso para a correção da decisão nula. Assim, a opinião de Ulpiano, o qual pugna pela intransmissibilidade da ação *sub examen*, estaria relacionada à existência, já numa fase posterior (extraordinaria cognitio), de meios aptos a ensejarem a reforma da decisão gercrada (*appellatio* e *supplicatio*). Desse modo, até Juliano, a ação seria passivamente transmissível.

V. Bibliografia

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Jovene, 1984.

AZEVEDO, Luiz Carlos de, e TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9ª ed., Milano, Francesco Vallardi, 1932.

BURDESE, Alberto, *Manuale di Diritto Romano*, Torino, Unione Tipografico, 1964.

CERVENCA, Giuliano, *Restitutio in integrum* in *NNDI - Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., Torino, Unione Tipografico, 1957, tomo XV, pp. 740-4.

CORREIA, Alexandre, e SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, v. II, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955.

CREMADES, Ignacio, e PARICIO, Javier, *La responsabilidad del juez en el Derecho Romano clasico* in *AHDE - Anuario de Historia del Derecho Español* 54 (1984), pp. 179-208.

CUQ, Edouard, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris, Plon-Nourrit, 1917.

D'ORS, Alvaro, *Litem suam facere* in *SDHI - Studia et Documenta Historiae et Iuris* 48 (1982), pp. 368-94.

GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel Elémentaire de Droit Romain*, 4ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1906.

GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 8ª ed., Napoli, Jovene Napoli, 1988.

LAMBERTI, Francesca, *Riflessioni in tema di litem suam facere* in *Labeo - Rassegna di Diritto Romano* 36 (1990) 2, pp. 218-66.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

IDEM, *Direito Romano*, v. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995

PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990.

VALIÑO, Emilio, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias* in *AHDE - Anuario de Historia del Derecho Español* 38 (1968), pp. 377-480.

VIGNALI, Giovanni, *Corpo del Diritto*, Napoli, Vincenzo Pezzuti, 1856, Tomos II e VI.