

# HISTÓRIA DO DIREITO

## O “Árbitro” na Antiguidade

Releitura crítica de uma história da arbitragem

*The “Arbiter” in Antiquity*

*Critical review of a history of arbitration*

**Walter Guandalini Junior<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná e Centro Universitário Uninter. <https://orcid.org/0000-0003-2426-3326>

## RESUMO

A dogmática jurídica arbitralista costuma identificar a história da arbitragem com a história da humanidade civilizada. Partindo da premissa de que a única forma racional de resolução de conflitos consiste em atribuir a um terceiro imparcial a autoridade para encerrar a disputa, proferindo um julgamento objetivamente justo para ambas as partes, considera razoável presumir que em civilizações pré-estatais esse terceiro imparcial teria de ser inevitavelmente escolhido *ad hoc* pelas partes em conflito, o que supõe constituir a essência do procedimento arbitral até os dias de hoje. Essa concepção não resiste, contudo, à análise histórica do direito antigo. O presente estudo pretende expor as falhas metodológicas da concepção linear-evolucionista usualmente apresentada pela dogmática arbitralista e sugerir novos critérios de avaliação da prática arbitral na antiguidade. Para isso, promove uma releitura da história do instituto e demonstra que as práticas arbitrais adotadas nas civilizações antigas da Mesopotâmia, da Grécia e de Roma, sob as figuras do *šibûtu*, do *δαιτητής* e do *arbiter*, não se confundem com o árbitro contemporâneo, devendo ser interpretadas em seus próprios termos.

**Palavras-chave:** história da arbitragem; história do direito antigo; direito mesopotâmico; direito grego; direito romano.

## ABSTRACT

Arbitralists usually identify the history of arbitration with the history of civilized humanity. Based on the premise that the only rational way to solve conflicts consists in assigning to an impartial third party the authority to settle the dispute by rendering an objectively fair judgment, they consider reasonable to assume that in pre-state civilizations this impartial third party would inevitably have to be chosen *ad hoc* by the conflicting parties, which is supposed to be the essence of arbitration to this day. That conception does not stand up, however, to historical analysis of ancient law. This study aims to expose the methodological flaws of the linear-evolutionary conception usually presented by the arbitralist dogmatics and to suggest new criteria for the evaluation of arbitration practices in antiquity. To that purpose, it rereads the history of arbitration and demonstrates that arbitral practices adopted in the ancient civilizations of Mesopotamia, Greece and Rome, under the figures of *šibûtu*, *δαιτητής* and *arbiter*, are not to be confused with the contemporary arbitrator, and should be interpreted on their own terms.

**Keywords:** History of arbitration; History of ancient law; Mesopotamic Law; Greek Law; Roman Law.

## 1. Introdução

O *topos* do argumento histórico é frequentemente utilizado pela dogmática jurídica como instrumento de aproximação retórica ao objeto central do discurso a ser proferido. Empregada dessa forma, a narrativa histórica contribui para tornar familiar o desconhecido, estabelecendo entre o leitor e o instituto jurídico analisado uma relação de identidade, assegurada pelo efeito de naturalização artificialmente criado pela perspectiva de longa duração.

Não é por outro motivo que essa profissão de fé é usualmente apresentada nos capítulos introdutórios dos cursos e manuais de dogmática jurídica, sob títulos como “Introdução Histórica”, “Escorço Histórico”, “Origem do Instituto”, “Evolução do Instituto” e outros similares. A apresentação inicial da “Evolução Histórica” dos institutos promove a estabilização das mitologias jurídicas que constituem os axiomas inquestionáveis da doutrina, e a partir dos quais poderá desenvolver a reflexão sobre sua natureza jurídica, a construção dos seus conceitos e categorias fundamentais e a hermenêutica das suas normas positivas.

O resultado é sempre o mesmo: a construção de uma visão da história do direito que identifica o passado e o presente jurídicos; que por meio dessa identificação acaba projetando sobre o passado, de forma anacrônica, os temas e preocupações típicos do presente; e que dessa maneira contribui para produzir efeitos de legitimação do direito contemporâneo, naturalizado, universalizado e, seja por sua perenidade, seja por sua evolução, ingenuamente concebido como “a melhor solução possível” justamente por ser a “única solução possível”.

Não é difícil compreender os motivos pelos quais essa abordagem se mostra tão atrativa para os estudiosos e praticantes da arbitragem. A relativa novidade do instituto jurídico, o seu caráter “alternativo” em relação à posição central atualmente ocupada pela jurisdição estatal e a existência de um vasto mercado de árbitros, arbitralistas e instituições de arbitragem, com importantes interesses econômicos em jogo, tornam especialmente interessantes os argumentos legitimadores da “naturalidade” e da “evolução” da arbitragem no decorrer da história. Obrigados a concorrer em situação de desigualdade com a jurisdição estatal, beneficiada com a possibilidade de execução pela força própria de suas decisões; pressionados a amenizar as suspeitas do usuário final, ainda inseguro quanto à isenção de interesses dos árbitros profissionais face à imparcialidade presumida da magistratura estatal; compelidos a buscar o convencimento de uma classe profissional mal treinada e pouco experiente em processos arbitrais, e por isso naturalmente tendente a preferir a jurisdição comum; é compreensível que arbitralistas se valham de todos os argumentos disponíveis para justificar os benefícios do procedimento. E o argumento histórico, nessas circunstâncias, é especialmente conveniente: fortalece a posição da arbitragem como “jurisdição natural” perante a especificidade histórica da jurisdição estatal; potencializa as vantagens do instituto como resultado de sua evolução plurimilenar; e atenua as inseguranças de profissionais e usuários pelo efeito de identidade gerado pela aproximação entre presente e passado, que dissimula a novidade ameaçadora com a máscara de velha conhecida.

Este estudo pretende contribuir para uma reflexão crítica acerca dos significados normalmente atribuídos e dos usos geralmente realizados da história da arbitragem na dogmática jurídica contemporânea. Para isso, analisa criticamente a leitura histórica que a dogmática jurídica tem tradicionalmente realizado do instituto e reexamina a história da arbitragem usualmente apresentada pela abordagem dogmática, promovendo a releitura das fontes históricas disponíveis. Assim, inicia por uma revisão crítica do modo como a doutrina arbitralista nacio-

nal e internacional costuma apresentar a história da arbitragem, examinando os *topoi* mais frequentes e o encadeamento linear-evolutivo usualmente construído; em seguida estabelece algumas premissas de caráter teórico-metodológico que devem orientar a compreensão científica da história da arbitragem, consistentes essencialmente na identificação precisa da natureza contemporânea do instituto e na observação das peculiaridades específicas de cada modelo de resolução de conflitos adotado pelas sociedades do passado; e ao final promove a releitura das principais fontes históricas disponíveis sobre as práticas “arbitrais” de resolução de conflitos na Antiguidade, analisando os institutos que costumam ser considerados as “versões antigas” da arbitragem contemporânea entre os povos mesopotâmicos, gregos e romanos: *šibûtu*, *διαίτησις* e *arbiter*.

## 2. História da Arbitragem: motivos tradicionais de uma história universal

“A arbitragem é tão antiga quanto a própria humanidade”. Essa frase sintetiza um dos mais presentes lugares-comuns na abordagem jurídico-dogmática da história da arbitragem. Resgatando a autoridade do famoso brocardo atribuído a Ulpiano, o tópico reformula o bordão latino “*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*”<sup>2</sup>, para presumir que esse *ius* naturalmente presente em todas as sociedades humanas somente poderia se manifestar, em civilizações pré-estatais, sob a forma da arbitragem.

Supostamente respaldado por Ulpiano, Jean-Baptiste Racine (2016, p. 19) pode, assim, considerar um “fato inegável” que a arbitragem seja “ao mesmo tempo ancestral e universal”, já que “a história humana, desde tempos imemoriais, contém traços de sua prática”<sup>3</sup>. No mesmo sentido Francisco Cahali (2020, p. 26) afirma que “é tão antiga quanto a própria humanidade” a prática de “nomear-se terceiros para solucionar conflitos”. O argumento não precisa apresentar elementos empíricos que o fundamentem, pois se desenvolve de forma exclusivamente lógico-dedutiva: é um fato inquestionável que o conflito faz parte da natureza humana; e é igualmente óbvio que, sendo o homem um ser racional, naturalmente buscaria formas pacíficas e racionais de resolução dos conflitos que emergissem do convívio social. Ora, para essa perspectiva a única forma racional de resolução de conflitos consiste em atribuir a um terceiro imparcial a autoridade para encerrar a disputa, proferindo um julgamento que seja objetivamente justo para ambas as partes. Dadas essas premissas, considera-se razoável presumir que em civilizações pré-estatais, nas quais não existe uma autoridade pública estabelecida *a priori* como competente para resolver litígios dessa espécie, o terceiro imparcial teria de ser inevitavelmente escolhido *ad hoc* pelas partes em conflito, o que se supõe constituir a essência do procedimento arbitral até os dias de hoje.

A arbitragem se apresenta, assim, como uma prática social tão inextricavelmente ligada à natureza humana que pode ser encontrada inclusive nas origens míticas da civilização. A suposição faz com que a doutrina se sinta à vontade para conjecturar a adoção da arbitragem até mesmo no tempo a-histórico da lenda e da religião – apontando numerosos exemplos da prática

2 “Onde há homens, há sociedade; onde há sociedade, há direito” (tradução livre).

3 Tradução livre do original em francês: “Il est un fait indéniable: l’arbitrage est tout à la fois ancestral et universel. L’histoire humaine depuis des temps immémoriaux porte les traces de sa pratique. Des multiples civilisations l’ont connu et le connaissent encore”.

nos textos religiosos da antiguidade mais remota. É o que se vê, por exemplo, na obra de Jacob Dollinger e Carmen Tibúrcio (2003, p. 28), que logo após apontarem a disputa bíblica entre Caim e Abel como esforço fracassado de conciliação, buscam no livro do Gênesis elementos para classificar Moisés como árbitro, por ter presenciado e resolvido a disputa ocorrida entre um egípcio e um judeu. Referências à mitologia grega são igualmente comuns: Cahali (2020, p. 26), por exemplo, encontra na Ilíada a notícia de que até mesmo os deuses olímpicos teriam recorrido à arbitragem: o autor argumenta que diante do conflito entre Hera, Atena e Afrodite quanto à definição de quem seria a merecedora de ganhar o pomo de ouro dedicado à mais bela, Zeus decide nomear como árbitro o príncipe troiano Páris – que ao resolver a disputa em favor de Afrodite atrai sobre si a ira das deusas derrotadas e se torna causa da queda de Tróia perante os aqueus.

Após localizar em nossos mitos fundadores a necessária prova da incrustação da racionalidade arbitral no íntimo da subjetividade humana, a história dogmática da arbitragem dobra a aposta e reitera o argumento com a narrativa historiográfica, por meio da qual pretende demonstrar a existência da prática em diversos momentos relevantes da “história universal”.

Como é usual ocorrer nas evoluções históricas elaboradas pela dogmática jurídica, tudo começa com os sumérios, que teriam empregado a arbitragem para a resolução de litígios relativos a negócios comerciais e sucessões (Racine, 2016, p. 20). Ao encontrar nos tabletas cuneiformes registros históricos de procedimentos de caráter arbitral realizados na Mesopotâmia desde 3000 a.C., a doutrina pode vincular o instituto ao berço da civilização humana, atribuindo-lhe origens potencialmente pré-históricas! É o que faz Figueira Junior (2019, p. 1), por exemplo, ao afirmar não só que “o instituto jurídico da arbitragem é, por certo, um dos mais antigos de que se tem notícia na história do Direito”, mas também que “a tutela dos direitos originou-se nos povos primitivos como consequência do próprio instinto humano de preservação e da concepção individualista do justo e do injusto”.

Constatada a existência da arbitragem desde as origens da humanidade civilizada, a narrativa histórico-jurídica dá um salto de quase 2000 anos para chegar à Grécia do século VIII a.C. – este outro berço dourado da civilização. Cahali (2020, p. 31) refere, então, o emprego da arbitragem no direito grego tanto para a solução de controvérsias entre as cidades-estado quanto para os conflitos privados, dirimidos por árbitros públicos.

Mas é sobre o mito da gênese romana do direito ocidental que se constroem os alicerces mais firmes dessa cronologia. Considerado o apogeu da racionalidade jurídica humana, o direito romano é visto simultaneamente como força geradora do nosso direito, repositório de soluções técnicas e direito vivo e vigente até os dias de hoje<sup>4</sup>. Sendo assim, é nele que a dogmática arbitralista encontra os elementos cruciais à compreensão do processo de formação histórica da arbitragem contemporânea. Nesse sentido afirma Racine (2016, p. 20) que “é em Roma que a arbitragem se desenvolve completamente”, tendo o direito romano fornecido o seu vocabulário e estabelecido os alicerces do seu regime jurídico<sup>5</sup>; também para Figueira Jr. (2019, p. 2), “é no Direito Romano que vamos encontrar as raízes mais profícuas do instituto da *arbitragem* ou do *compromisso arbitral*”.

4 A esse respeito ver a crítica já apresentada em Guandalini Jr., 2015, p. 176 e Guandalini Jr., 2021, p. 30.

5 Tradução livre do original em francês: “Mais c’est à Rome que l’arbitrage prit tout son essor. Un régime complexe et détaillé a été alors pensé. Le droit romain a d’ailleurs donné à l’arbitrage son vocabulaire (arbitre, clause compromissoire, compromis, sentence etc.). C’est à Rome que les ferments d’un régime se construisent (l’arbitrage sur compromis, connu et pratiqué aujourd’hui, puise ainsi ses racines dans le droit romain)”.

Segundo a concepção comum, o direito romano estabeleceria, assim, o modelo definitivo de arbitragem que viria a ser adotado por todos os ordenamentos jurídicos afetados por sua influência: no direito bizantino sob a figura dos *dokimastai* (Papadatou, 2000, p. 350); no direito factual e costumeiro da Alta Idade Média pela livre ação de notáveis locais, estimulada pela falta de garantias jurisdicionais e pela fragilidade da autoridade estatal (Figueira Jr., 2019, p. 6; Azevedo, 1999, p. 4); no *ius commune* dos canonistas e dos pós-glosadores da Baixa Idade Média, que viam no *arbitrator* a possibilidade de contornar a complexidade e o rigor das jurisdições ordinárias (Jeanclos, 1999, p. 424; Racine, 2016, p. 20). Compreendida dessa forma a história da arbitragem, o direito jamais deixaria de reconhecer a partes em conflito a natural liberdade de recorrer, voluntária e consensualmente, a particulares não vinculados à magistratura estatal para que proferissem, com mais eficiência, sentenças com efeito vinculante.

De acordo com essa narrativa padrão, o instituto da arbitragem teria sua existência natural reconhecida e respeitada por todos os ordenamentos jurídicos da humanidade, até a formação do Estado Moderno. Segundo Racine (2016, p. 20), no século XVIII a arbitragem ainda conheceria uma era de ouro, incitada pela reação da Revolução Francesa à nobreza togada do Antigo Regime e por seu apreço ao direito natural. Para o autor, o maior exemplo desse reconhecimento é a *Lei sobre a Organização Judiciária de 16-24 de agosto de 1790*, que logo em seu art. 1º já definia a arbitragem como “o meio mais razoável de encerrar os litígios entre os cidadãos”, vedando ao legislador a criação de quaisquer disposições tendentes a diminuir a eficácia dos compromissos arbitrais<sup>6</sup>.

O século XIX, porém, foi o século da afirmação da autoridade estatal. A hegemonia da Escola da Exegese, a multiplicação das funções estatais, a formação do direito administrativo, a conjuntura política napoleônica e pós-napoleônica, todo o contexto político, jurídico e cultural viria a contribuir para um reforçamento do poder do Estado, da sua lei e dos seus tribunais (Guandalini Jr., 2016, p. 124). Para os doutrinadores arbitralistas, esse contexto teria sido marcado por uma redução da importância e da abrangência naturais da arbitragem, que somente no século XX voltaria a conhecer algum desenvolvimento (Racine, 2016, p. 21).

Os esforços de pacificação concertados pela Liga das Nações após a Primeira Guerra Mundial, aliados ao desenvolvimento do comércio internacional e à consequente necessidade de se estabelecer critérios de julgamento para litígios transnacionais, voltariam a tornar necessário o recurso a instituições julgadoras não estatais – ainda limitado, porém, ao espaço internacional, não alcançado pela autoridade do Estado-Nação. Em 1923 a Liga adota o *Protocolo Relativo a Cláusula de Arbitragem*<sup>7</sup>, e em 1927 a *Convenção de Genebra relativa à Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*<sup>8</sup>. A partir de então a Câmara de Comércio Internacional se esforça para promover a uniformização do procedimento arbitral em um quadro normativo que assegurasse a validade das cláusulas compromissórias e a efetividade das sentenças arbitrais, buscando influenciar a regulação do instituto nos direitos nacionais. Mas é somente após a Segunda Guerra Mundial, com a celebração, em 1958, da *Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*<sup>9</sup>, que viriam a ser criadas as condições necessárias

6 Tradução livre do original em francês: “Article Premier. L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucunes dispositions qui tendroient à diminuer, soit le faveur, soit l'efficacité des compromis”.

7 Ratificado no Brasil pelo Decreto nº 21.187/1932.

8 Esta convenção não foi assinada pelo Brasil.

9 Ratificada no Brasil somente no início do século seguinte, pelo Decreto nº 4.311/2002.



à efetiva difusão do procedimento arbitral para o interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, inclusive para a resolução de conflitos de direito interno (Grisel *et alii*, 2016, p. 40).

Esta é a história padrão do instituto da arbitragem, tal como narrada nos manuais e livros-textos da dogmática jurídica arbitralista. Como se pode ver, ela parte de premissas axiomáticas e induz a conclusões predeterminadas acerca da natureza e das características do instituto:

- Concebe a arbitragem como um instituto jurídico natural, inseparável do próprio espírito humano desde o momento em que os homens se tornaram capazes de identificar os benefícios da resolução pacífica e racional de conflitos;
- Trata a arbitragem como instituto jurídico sempiterno, que se manifesta continuamente desde a pré-história da humanidade até os dias de hoje;
- Enxerga a arbitragem como um instituto jurídico estável, sujeito a poucas modificações no tempo, no espaço e nas diversas culturas em que se manifestou;
- Constrói uma história linear e contínua que conecta diretamente a antiguidade mais remota e as sociedades contemporâneas;
- Parte de um conceito simplório de arbitragem, compreendida como ajuste entre dois indivíduos para a submissão dos seus conflitos ao julgamento de um terceiro imparcial;
- Enxerga o período de formação do Estado Moderno (séculos XIX e XX) como breve lapso de interrupção em uma longa história permanente: a arbitragem é natural, a jurisdição estatal é excepcional.

Essa é uma narrativa que conduz sempre, inevitavelmente, ao mesmo resultado: a naturalização do instituto jurídico da arbitragem, que assim perde a sua historicidade para se tornar um mito trans-histórico e transcendental. A arbitragem contemporânea é anacronicamente projetada como molde ao qual se adaptam as práticas semelhantes de todas as sociedades do passado, o que faz com que passemos a compreendê-la não só como a melhor solução possível, pois resultado de uma evolução contínua plurimilenar; mas também como a única solução possível, pois natural e inerente à própria racionalidade humana. Esse processo de desistoricização leva à absolutização e cristalização da arbitragem, que nos impedem de enxergar a longa, casual e acidentada marcha histórica de sua constituição e, assim, também a própria possibilidade de sua transformação no presente. O resultado pode até ser benéfico para os arbitralistas: a legitimação da arbitragem como prática social e a consolidação do mercado em que atuam. Mas é péssimo para a compreensão do instituto, pois substitui a realidade complexa por uma fantasia tão simples e agradável quanto falsa e enganosa.

Se é tarefa da ciência contribuir para a compreensão racional do mundo em que existimos, devemos abandonar as belas fábulas de origem e analisar com ceticismo os meandros do processo histórico de formação do instituto da arbitragem. Esse trabalho demanda uma reflexão prévia específica, de natureza teórica e metodológica, acerca do modo como deve ser lida e construída a história da arbitragem. É esse o objeto dos próximos capítulos.

### 3. Reflexões Teóricas para uma História da Arbitragem

Ao tomar o direito contemporâneo como modelo de interpretação das ordens jurídicas do passado, a abordagem histórica proposta pela dogmática arbitralista voluntariamente se

põe antolhos: deforma e restringe o olhar histórico com os moldes anacrônicos do presente e se torna incapaz de enxergar as especificidades do passado que pretende descrever. De fato, nas abordagens que analisamos no capítulo anterior, estão sempre presentes um desses dois erros: falta a perspectiva histórica, o que torna a pesquisa incapaz de compreender o significado específico atribuído às “arbitragens” do passado; ou falta a perspectiva jurídica, o que torna a pesquisa incapaz de enxergar os elementos que distinguem as “arbitragens” do passado da arbitragem moderna.

A solução desses problemas não é simples. O esforço do jus-historiador deve ser direcionado ao objetivo de promover a comparação entre institutos jurídicos diferentes, buscando identificar as semelhanças que permitem a comparação sem perder de vista as diferenças que a justificam. Para isso, deve combinar duas tarefas: por um lado, um trabalho de conceituação precisa da arbitragem contemporânea, capaz de identificar a sua natureza jurídica, os seus elementos constitutivos, o gênero a que pertence e a sua diferença específica em relação às demais formas de resolução de conflitos atualmente existentes; por outro lado, um esforço de manter o olhar aberto e flexível o suficiente para enxergar no passado as peculiaridades características de cada modelo de resolução de conflitos, evitando moldes muito rígidos de modo a permitir que se manifestem com liberdade os seus elementos constitutivos, as suas heterogeneidades e os significados que lhes são atribuídos pelos grupos sociais que os empregam. É somente pela combinação de um olhar historicamente rigoroso com uma conceituação jurídica precisa que a comparação histórica se tornará capaz de enxergar os detalhes e as complexidades do processo histórico de formação e transformação do instituto jurídico da arbitragem.

Para isso, devemos começar pela identificação daquilo que define a arbitragem em sua encarnação contemporânea, o que depende da análise das características que lhe são atribuídas pela cultura jurídica atual. Na doutrina internacional, Fouchard e Gaillard (1999, p. 9) definem a arbitragem como um acordo privado por meio do qual se atribui a uma ou mais pessoas o poder de resolver um litígio<sup>10</sup>. Blackaby, Partasides, Redfern e Hunter (2009, p. 1) apresentam um conceito mais detalhado e analítico, que inclui também os critérios de escolha do árbitro (confiança das partes em sua expertise e julgamento), o caráter vinculante das decisões e a referência à vontade das partes como fundamento de validade.

A doutrina brasileira adota concepções semelhantes. Carmona (2004, p. 51) enfatiza a executividade atribuída à sentença arbitral, ressaltando tratar-se de “meio alternativo” a ser empregado somente quando o litígio envolver direitos patrimoniais disponíveis. Fichtner, Manheimer e Monteiro (2019, p. 29) propõem uma definição mais analítica, especificando que qualquer conceito construído a partir do direito pátrio deve tratar a arbitragem como meio de solução de conflitos fundado na autonomia privada das partes, julgado por terceiro imparcial de modo a formar coisa julgada material. Lamas (2018, p. 27) ainda acrescenta considerações sobre os critérios de escolha dos árbitros, sugerindo que ela é sempre inspirada pela confiança em sua idoneidade e expertise. Esses elementos estão igualmente presentes nas definições apresentadas por Beraldo (2014, p. 2), Pinho e Mazzola (2019, p. 243) e Cahali (2020, p. 121), apenas para citar alguns dos arbitralistas que enfrentam a questão. Salles (2020, p. 236) dá um passo além, dispondo-se não só a elaborar um conceito jurídico de arbitragem, mas também

---

10 Segundo os autores, no original em inglês: “Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons – the arbitrator or arbitrators – who derive their powers from a private agreement, not from authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement”.



a identificar aquilo que especifica a arbitragem em sua encarnação moderna: a liberdade das partes na escolha do árbitro e a executividade das suas decisões.

Como se pode perceber, há elementos comuns presentes em todas as definições, a partir dos quais podemos identificar a substância do que seria a “concepção moderna de arbitragem”. Essa concepção nos orientará como bússola na investigação dos diversos modelos de arbitragem pré-moderna, e fornecerá o padrão de comparação que nos habilitará a identificar as transformações ocorridas durante a história do instituto. Em sua essência a arbitragem contemporânea se define pelas seguintes características:

- É um **meio alternativo** de resolução de conflitos, que pressupõe a existência de um aparato estatal como sistema judiciário “principal”;
- Está fundada na **autonomia da vontade** de sujeitos de direito;
- Exige **formalização** no compromisso arbitral;
- Recebe **competência residual** para o julgamento de litígios que envolvam **direitos patrimoniais disponíveis**;
- Tem como objetivo a **adjudicação de direitos**;
- **Profissionalização do árbitro**, escolhido não só por sua imparcialidade, mas principalmente por sua “expertise”;
- **Executividade das decisões** proferidas independentemente de homologação estatal;
- **Dependência do aparato de força estatal** para garantir a efetividade das decisões proferidas;
- **Permissão estatal** para a sua existência;
- **Julgamento segundo o direito estatal**: apesar da autonomia concedida às partes para indicarem os critérios de julgamento do litígio, é usualmente pactuada a aplicação integral do ordenamento jurídico estatal, mesmo que vigente em outro território;
- **Institucionalização** em tribunais arbitrais especializados.

Identificadas as características definidoras da arbitragem contemporânea, o passo seguinte de uma história realmente atenta aos processos de transformação deve ser a observação dos variados meios de resolução de conflitos adotados por culturas jurídicas do passado, buscando não ressaltar aquilo que possuem em comum com a arbitragem, mas justamente aquilo que possuem de peculiar e diferente. Em suma, buscar no passado não o reflexo reconfortante do nosso próprio rosto, mas a imagem perturbadora da alteridade, que põe em risco a nossa identidade ao expor tanto a insuperável relatividade do presente que considerávamos absoluto e natural quanto a radical humanidade do passado que nos parecia exótico e selvagem.

## 4. História da Arbitragem: releitura de uma história conhecida

É preciso reconhecer que existe uma racionalidade subjacente à afirmação trivial de que “a arbitragem é tão antiga quanto a humanidade”, tão criticada nos capítulos anteriores. Afinal, partindo-se de um conceito amplo de arbitragem como “resolução pacífica de litígios pelo re-

curso a um terceiro imparcial”, é difícil deixar de reconhecer que essa é uma técnica de convívio social que de fato acompanha a humanidade “desde os primórdios da civilização”.

O problema não está na afirmação, em si, mas justamente no que ela implicitamente pressupõe: ao referir-se à arbitragem genericamente, sem determinar com precisão os significados atribuídos ao conceito, limita-se a expressar o argumento tautológico de que “a pacificação de conflitos sociais é tão antiga quanto o próprio convívio social”. Sendo tautológico, não poderia mesmo estar errado; mas tampouco contribui para a compreensão da realidade, visto que não é capaz de informar sobre os modos específicos como as técnicas concretas de pacificação de conflitos se manifestam na história.

Devemos superar o truísmo de reconhecer que a instituição de métodos de resolução pacífica de conflitos é um dos elementos integrantes do próprio conceito de sociedade humana para tentar observar, nas formas específicas de resolução de conflitos empregadas pelas diversas sociedades do passado, as especificidades que nos permitem reconhecer a relatividade histórica da arbitragem contemporânea e compreender o contexto histórico particular que tornou possível a sua emergência.

Concentremo-nos, pois, nas três civilizações da Antiguidade mais mencionadas pelos arbitralistas (os povos mesopotâmicos, gregos e romanos) e analisemos os institutos que costumam ser considerados as suas “versões” respectivas dos nossos árbitros contemporâneos: *šibûtu*, *διατητέος* e *arbiter*.

## 4.1 *Šibûtu*

Nas civilizações da antiguidade oriental, a função atribuída aos governantes é essencialmente de cuidado dos governados, de acordo com a metáfora do “bom pastor” tão comum entre as religiões do período. Dessa perspectiva a regulação jurídica não provém diretamente da vontade dos governantes; a sua autoridade é apenas o eixo de transmissão da vontade proveniente de uma autoridade superior, que os perpassa para lhes atribuir a função de, em nome da divindade, distribuir a justiça e organizar o convívio humano. O legislador não se apresenta, assim, como criador da ordem, ou como autoridade de governo, mas assume explicitamente a função de mediador entre os homens e a divindade, guardião responsável por distribuir a linfa vital que assegura não só os meios de subsistência, mas também os preceitos ordenadores da vida comunitária (Guandalini Jr., 2017, p. 19).

Não é por outro motivo que durante toda a história da Mesopotâmia a prerrogativa de julgar os homens é considerada um privilégio do Rei<sup>11</sup>. Isso não o impedia, porém, de o compartilhar com outros notáveis e dignitários, que conforme o período histórico variaram de oficiais de estado a juízes nomeados (*dayyânû*), de governadores a anciões locais, de associações de mercadores (*Kârum*) a chefes de família. Segundo Radner (2005, p. 42), não se vislumbrava distinção entre a autoridade executiva e a função judiciária, e todos os funcionários administrativos exerciam também autoridade judicial. Essa prerrogativa não era exercida como ato de

11 Como demonstram os trabalhos de Wilcke (2003, p. 145), B. Lafont (2003, p. 186), Westbrook (2003, p. 363), Veenhof (2003, p. 434), Slanski (2003, p. 487), S. Lafont (2003, p. 526), Zaccagnini (2003, p. 570), Radner (2003, p. 886) e Oelsner *et alii* (2003, p. 915).

autoridade própria, mas em nome do rei e da divindade que o orientava, o que fazia com que o direito então aplicado tivesse um caráter profundamente ritualista e simbólico. O julgamento era compreendido como “restauração da ordem”, sendo expressado pela palavra *dikur*, que em tradução literal significa “quebrar o litígio” (Wilcke, 2003, p. 154).

É nesse contexto que devem ser interpretados os achados relativos à prática da arbitragem entre os mesopotâmicos. Antes de tudo é importante ressaltar, como explica S. Lafont, que simplesmente não existia, entre os povos mesopotâmicos, palavra passível de ser traduzida pela moderna expressão “arbitragem”. O fato de a palavra não existir já deveria acender um sinal de alerta, mas a autora prefere “confiar na natureza dos documentos para preencher a ausência de terminologia antiga”<sup>12</sup>, identificando a prática da arbitragem nas relações internacionais entre soberanos e em assuntos privados de direito comercial e sucessões.

Argumenta, assim, que a arbitragem pode ser encontrada, em primeiro lugar, como manifestação do direito internacional nas relações estabelecidas entre os reis vassalos do segundo milênio a.C. (S. Lafont, 2005, p. 1): verificada a existência de conflito sem possibilidade de resolução consensual, os reis vassalos do império mesopotâmico costumavam recorrer a um estado mais poderoso, geralmente seu suserano, para que atuasse como árbitro do litígio.

Não é difícil perceber, contudo, que esse é um fenômeno absolutamente distinto daquele a que nos referimos usualmente quando mencionamos a arbitragem: em primeiro lugar porque se aplica a relações internacionais entre estados soberanos, que pelas próprias condições de seu relacionamento somente dispõem de meios negociais e da guerra para resolverem os conflitos existentes entre si. Não bastasse, nem mesmo por semelhança remota pode essa manifestação ser considerada “arbitral”, eis que lhe falta um dos elementos essenciais à sua caracterização como tal: a liberdade de escolha do árbitro privado. Afinal, nesses casos a escolha do “árbitro” sempre recai na figura de um soberano mais poderoso que atua como autoridade entre as partes em conflito, o que assemelha a sua posição muito mais à de um juiz que à de um árbitro – visto que não extrai a sua autoridade da indicação voluntária pelas partes, mas do exercício de suas próprias prerrogativas imperiais. Parece inadequado, dessa forma, caracterizar essa prática como uma “etapa” na história da arbitragem contemporânea.

Um segundo modelo de resolução de litígios usualmente considerado “arbitral” pelos juristas que encontram o instituto na Mesopotâmia antiga são os julgamentos proferidos pelas associações de mercadores (*Kârum*) a partir do período assírio antigo (c. 2.000 a.C.). Veenhof (2003, p. 432) relata, nesse sentido, terem sido encontrados diversos registros de arbitragens privadas no *Kârum* da cidade de Kanish. Compreende-as como tais porque os julgamentos encontrados não foram proferidos por juízes nomeados, mas por membros integrantes da própria associação.

No entanto, como explica o próprio autor, o sistema assírio de *kâruns* não funcionava somente como associação para a preservação de interesses econômicos, mas como verdadeira instituição de organização política: reconhecia-se mesmo aos *kâruns* inferiores a autonomia para fixar tributos, estabelecer regras comerciais e emitir julgamentos. Diante dessas características,

---

12 Tradução livre do original em inglês: “Two main features of Mesopotamian law are the abundance of sources and the scarcity of concepts. Many institutions are well illustrated in the cuneiform tablets though they have received neither theoretical analysis nor even a name in the texts themselves. The texts describe for instance how a husband takes a wife, but there is no Akkadian or Sumerian word meaning “marriage.” Nevertheless, the modern historian can safely rely on the nature of the documents to fill in the lack of ancient terminology. The task is somewhat more complicated when it comes to other institutions such as arbitration. The word does not appear in the cuneiform documentation, but it seems that the practice was known, especially in private matters such as commercial or inheritance law” (S. Lafont, 2005, p. 1).

é inevitável concluir que os julgamentos proferidos pelos *kâruns* não manifestavam a liberdade de escolha dos mercadores na indicação de árbitros privados, mas a própria autoridade política exercida pelo *kârum* na regulação e controle das atividades comerciais da região. Exercendo em nome do rei a ordenação das relações comerciais, os *kâruns* devem ser compreendidos como órgãos integrantes da estrutura judicial regular, em uma concepção de autoridade distribuída e compartilhada, e não como jurisdição privada alternativa a uma estrutura estatal monopolista. Dessa forma, tampouco esse modelo pode ser considerado parte integrante da história da arbitragem.

Há também, por fim, um terceiro modelo usualmente considerado “arbitral” pelos historiadores do direito mesopotâmico. Ele era empregado igualmente em assuntos de natureza comercial e civil e consistia no recurso a *šibûtu*, testemunhas investidas da função de juízes para a resolução de litígios entre indivíduos.

Como explica S. Lafont (2005, p. 4), o direito mesopotâmico reconhecia ao credor a prerrogativa de apreender (*sabâtum*) o devedor, com o objetivo de obter um rápido pagamento dos valores que lhe eram devidos. Tendo-o apreendido, apresentava-o perante um conjunto de testemunhas (*šibûtu*), que deviam examinar as declarações dos litigantes e emitir um veredito. No entanto, o veredito proferido pelos *šibûtu* não vinculava os litigantes; pelo contrário, representava somente uma primeira fase do procedimento, que deveria ser posteriormente confirmado nos tribunais dos *kâruns*, em litígios comerciais, ou nos tribunais do rei, em litígios civis (Veenhof, 2003, p. 439). Em ambos os casos, os *šibûtu* deveriam comparecer como testemunhas, atestando a veracidade dos fatos que lhes houvessem sido narrados, após o que se daria o julgamento efetivo – com o acréscimo dos instrumentos de prova tradicionais representados pelos juramentos e ordálios. S. Lafont observa que dois terços dos litígios iniciados perante *šibûtu* demandavam confirmação pelo sistema judicial oficial (2005, p. 4), o que nos parece indicar que o procedimento se assemelhava muito mais a uma fase de conciliação pré-judicial do que a um procedimento completo de arbitragem. A leitura de um caso considerado por Lafont “o mais explícito testemunho da arbitragem na Babilônia” (2005, p. 9) pode demonstrá-lo com clareza:

Caso Warad-Sîn, filho de Sîn-gamil, contra Ili-awîlim, filho de Ili-Pari.

Após a morte de Ili-Pari, pai de Ili-awîlim, e Duššuptum, mãe de Ili-awîlim, Warad-Sîn formulou perante Ili-awîlim o pleito relativo a 1 *sar* (36 m<sup>2</sup>) de campo não cultivado que Duššuptum adquiriu de Warad-Amurrin, irmão do seu pai, e ½ *sar* (18m<sup>2</sup>) da casa que Duššuptum adquiriu de Warad-Sîn, e disse:

“Quando sua mãe Duššuptum construiu a casa, ela invadiu a minha casa em um côvado no lado pequeno e nove metros no lado grande. Além disso, o meio *sar* da casa que ela comprou de mim é a minha própria casa; há um excedente. Eu vou verificar para você”, Warad-Sîn disse a Ili-awîlim.

Ili-awîlim reuniu os membros da vizinhança que os conheciam, eles investigaram as suas declarações e, em relação à casa que foi comprada há vinte anos, em tudo o que eles investigaram a esse respeito, falaram de acordo com o que Warad-Sîn disse.

Quanto ao excedente de sua casa, fizeram Ili-awîlim concordar com o seguinte arranjo: 1 *shekel* de prata por 7½ *gín* (4,5 m<sup>2</sup>) da terra que exceda 1 *sar* e, do outro lado, 1 *shekel* de prata por 5½ *gín* (3,3 m<sup>2</sup>) da terra que, depois da verificação, exceder ½ *sar*, e eles deram 2 *shekels* de prata para Warad-Sîn.

Quanto ao excedente de sua casa ele está compensado, seu coração está satisfeito.

No futuro, Warad-Sîn não fará qualquer reivindicação contra Ili-awîlim em razão do excedente de ½ *sar* da casa.

Juramento pelo deus Marduk e o rei Samsu-iluna.

9 testemunhas. Data (Lafont, 2005, p. 8 – tradução livre do inglês).

Trata-se de uma disputa comum entre vizinhos: erros de medição geram uma disputa quanto aos limites entre os seus imóveis e o pedido de indenização pelas áreas indevidamente ocupadas. Os demais vizinhos são reunidos para avaliarem o caso e consideram devida a indenização pleiteada, arbitrando o valor a ser pago. Obrigam os litigantes a concordarem com a decisão e jurarem não mais discutir o assunto.

O sucesso do caso transcrito não oculta os limites do recurso aos *šibûtu*, que podem ser decifrados pela leitura atenta do trecho: “fizeram Ili-awîlim concordar com o seguinte arranjo”. A necessidade de concordância dos litigantes com o resultado do julgamento expõe a natureza do procedimento: um esforço de conciliação coordenado por testemunhas que conhecem as circunstâncias fáticas do litígio e são chamadas a opinar como membros da comunidade a que pertencem os litigantes, não por qualquer conhecimento técnico ou jurídico específico de que disponham. O juramento não formaliza a adesão dos litigantes ao conteúdo do veredito, mas à sua própria palavra de concordar com o acordo proposto, em um ato de conciliação. O objetivo não é a adjudicação de direitos, mas somente a pacificação do conflito, a harmonia da comunidade e a preservação da ordem divina. Muito distante, portanto, das concepções contemporâneas de arbitragem.

## 4.2 Διαιτητές (*Diaitetés*)

A situação é diferente na civilização grega antiga, que não apenas reconhece e adota procedimentos inquestionavelmente arbitrais de resolução de conflitos, mas como observa Velissaropoulos-Karakostas dispõe até mesmo de uma palavra específica para indicar o árbitro que os preside: *διαιτητές* (*diaitetés*)<sup>13</sup>. Para compreendermos o significado atribuído à palavra, contudo, precisamos avaliar preliminarmente o modo como a cultura grega antiga compreende o fenômeno jurídico e o papel que atribui ao direito no disciplinamento da vida em sociedade.

Segundo Harris (2006b, p. 4), apesar da grande diversidade cultural entre as pólis gregas, é possível identificar um conjunto de princípios comuns entre as diversas comunidades existentes, que lhes permitia compartilhar uma mesma “identidade grega”. O mais importante desses princípios, para o autor, é o da submissão à lei. De fato, a relação que os gregos mantinham com a lei e o direito era bastante distinta daquela adotada pelas civilizações do oriente próximo. Como explica Harris (2006, p. 6), monarcas como Hamurábi atuavam simultaneamente como legisladores e juízes supremos do reino; considerava-se seu direito e obrigação não só a promulgação das leis, mas também a sua correta aplicação, diretamente ou por seus subordinados. Esse dever implicava inclusive a prerrogativa de desconsiderar a lei para encontrar a solução mais adequada ao caso concreto; afinal, o pastor que zela por seu rebanho não se contenta em estabelecer regras abstratas, mas busca assegurar concretamente o bem-estar de cada um daqueles submetidos ao seu cuidado.

13 Velissaropoulos-Karakostas (2000, p. 17) observa que, além desta, outras expressões também costumam ser empregadas – *diaita*, *diallagè*, *épitropé*, *dialysis*, *diaitan*, *epitrepein*, *dialyein*, *diallassein*.



Os gregos, por sua vez, tendiam a enxergar esse tipo de autoridade como uma forma de tirania. Em sua perspectiva, o governo dos outros pressupõe, antes de tudo, o governo de si mesmo, o que se traduz também em dever de submissão da própria autoridade política ao governo da lei. Esperava-se, em razão disso, uma separação entre as funções de legislador e governante, como mostra com nitidez o exemplo de Sólon: convidado a elaborar novas leis para os atenienses, somente o fez sob a condição de que proferissem o juramento de obedecê-lo por dez anos; obtido o compromisso, promulgou o seu código de leis e partiu voluntariamente para o exílio, com o objetivo de tornar impossível a sua própria tirania (Heródoto, 1950, p. 41).

Essa separação entre os papéis de legislador e governante faz com que também a figura do juiz seja compreendida de forma distinta. Uma vez que não cabe aos magistrados buscar o bem dos cidadãos como cabe ao pastor, o de suas ovelhas, o juiz acaba desempenhando uma função muito mais próxima daquela de mediador, responsabilizando-se principalmente por garantir o respeito às formas prescritas para a resolução do conflito. Como explica Faraguna (2015, p. 8), a principal característica do procedimento judicial grego era o seu caráter oral. Nos primórdios da civilização grega ele era concebido como uma disputa de juramentos perante os deuses, atribuindo-se a vitória àquele apto a proferir a fórmula elaborada sem cometer perjúrio (sob pena de receber a punição divina). Dessa forma os magistrados não atuavam como guardiões da justiça, e nem mesmo como pacificadores de conflitos: o seu trabalho consistia em identificar as divindades competentes para punir o infrator e em formular com precisão os fatos que o réu deveria jurar; e a sua autoridade decorria da competência exclusiva para proferir as fórmulas adequadas, e para desempenhar o papel de testemunha do juramento (Thür, 2014, p. 917). Os julgamentos não decidiam, então, sobre a culpa ou inocência dos réus, limitando-se a avaliar o sucesso do juramento-fórmula cujo proferimento resolveria a disputa. Tudo isso faz com que o modelo judicial grego só possa ser compreendido levando-se em consideração a sua natureza agonística: o julgamento é um combate ritualizado sob a forma de desafio ao juramento. A tarefa atribuída ao juiz não é promover a justiça ou restabelecer a paz, mas estabelecer as regras do combate e declarar o seu vencedor. E é nesse contexto que deve ser compreendida a arbitragem grega.

Deixemos de lado, em primeiro lugar, a arbitragem internacional. Como já mencionamos anteriormente<sup>14</sup>, a semelhança de nomes e procedimentos não é suficiente para incluirmos, na história da arbitragem privada, a arbitragem praticada na antiguidade entre estados soberanos. Registremos então, a esse respeito, apenas que há informações sobre o emprego da arbitragem internacional por cidades-estado gregas desde o século VI a.C. (Magnetto, 2018, p. 85) e que, diferentemente do que ocorria com os reinos da Mesopotâmia, não se recorria a um soberano imperial com autoridade reconhecida por estados vassalos, mas a uma pólis ou indivíduo de prestígio que, mesmo sem dispor de autoridade sobre os litigantes, era aceito como imparcial por ambos os lados.

Desconsiderado o modelo da arbitragem internacional, um dos primeiros exemplos de arbitragem usualmente mencionados pelos estudiosos do direito grego é o caso literário da disputa entre Menelau e Antíoco, narrada ao final do período homérico (XII-VIII a.C.) pela *Ilíada*: após a morte e o funeral de Pátroclo, Aquiles reúne os bens de seu amigo e organiza uma corrida de carros, prometendo concedê-los como prêmios aos vencedores. Durante a competição, Menelau fecha o carro de Antíoco, atirando-o para fora da pista e atraindo a sua repreensão. A

<sup>14</sup> Ver *supra*, cap. 4.1.



corrida continua, mas Menelau deixa de aticar as suas éguas por temer uma colisão com o carro de Antíloco. A competição conclui com a vitória de Idomeneu, rei dos Cretenses, e Antíloco chega em segundo lugar, “tendo ultrapassado Menelau pela astúcia, e não pela velocidade” (Homero, 2013, p. 512). Inconformado, Menelau reclama o julgamento dos comandantes e desafia Antíloco:

“Antíloco, tu que antes eras prudente, que coisa foste fazer!  
Aviltaste a minha excelência e prejudicaste os meus cavalos,  
empurrando para a frente os teus, que são muito piores.  
Mas agora, ó comandantes e regentes dos Argivos,  
julgai entre nós dois, sem que haja favorecimento,  
para que ninguém diga dentre os Aqueus vestidos de bronze:  
‘Com mentiras prevaleceu Menelau sobre Antíloco  
e ficou com a égua: conquanto seus cavalos fossem muito piores,  
ele próprio era mais forte pela nobreza e pelo poder.’  
Mas serei eu próprio a julgar e declaro que nenhum  
dos Dânaos me censurará. Reta será minha sentença.  
Antíloco, chega aqui, ó tu criado por Zeus! Como é justo,  
põe-te de pé ao lado dos teus cavalos e carro e toma  
nas mãos o chicote com que antes conduziste; e pondo  
a mão sobre os cavalos jura pelo deus que segura e sacode a terra  
que não foi por nenhuma manha que prejudicaste o meu carro.” (Homero, 2013, p. 515)

Segundo Velissaropoulos-Karakostas (2000, p. 14), Menelau inicialmente incita Antíloco a se submeter à arbitragem dos chefes do exército grego, que deveriam, como espectadores da contenda, julgar a sua trapaça. Em seguida muda de ideia e decide substituir o pedido de arbitragem pelo desafio ao juramento. É importante perceber, contudo, que o que Menelau demanda dos “regentes dos Argivos” não é uma arbitragem, mas um “julgamento” – *δικάσσετε* (*dikássate*), no original grego. Logo em seguida emprega a expressão de mesmo radical *δικάζω* (*dikázo*) para afirmar que em vez disso será ele próprio o “juiz”<sup>15</sup>. Ora, se a expressão empregada para referir a atividade dos regentes e a sua própria é a mesma, não há motivos para presumir que fosse distinta a tarefa demandada por Menelau dos comandantes militares: formular e testemunhar o juramento a ser proferido por Antíloco.

A própria justificativa apresentada por Menelau para a mudança de ideia reforça essa conclusão: “declaro que nenhum dos Dânaos me censurará, pois reta será minha sentença”. Como explica Harter-Uibopuu (2002, p. 50), a “sentença reta” a que se refere Menelau não deve ser compreendida como um veredito que examina os fatos e lhes aplica o direito justo; trata-se, pelo contrário, de um juramento formulado com honestidade e precisão, de modo a não permitir

15 O texto original grego pode ser consultado na biblioteca digital *Perseus* de textos da antiguidade clássica, mantida pela *Tufts University* no endereço eletrônico <<https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0133%3Abook%3D23%3Acard%3D555>>, acessado em 12 de março de 2021.

deturpações por parte do desafiante nem subterfúgios por parte do desafiado. A habilidade de encontrar a fórmula adequada ao juramento era considerada uma arte entre os gregos, pois havia sempre o perigo de que ela fosse distorcida para atender aos interesses de uma das partes do litígio<sup>16</sup>. Dessa forma, a “sentença reta” prometida por Menelau e demandada dos comandantes não é uma análise dos fatos ocorridos, mas o desafio a proferir um juramento honesto.

Uma observação complementar fortalece essa interpretação: Homero explicitamente indica que, ao organizar a competição, Aquiles havia nomeado uma testemunha “para que vigiasse a corrida e sobre ela se pronunciasse com verdade”<sup>17</sup>. Contudo, em nenhum momento Menelau faz apelo à testemunha, que poderia simplesmente informar aos litigantes aquilo que havia visto, atestando a trapaça ocorrida. Como explica Foucault (2005, p. 32), os litigantes não consultam a testemunha porque a justiça do julgamento não depende da investigação dos fatos; a verdade jurídica se estabelece de forma agonística, por um desafio lançado entre os adversários.

A compreensão desse contexto lança nova luz sobre a aparente “arbitragem” demandada por Menelau aos comandantes militares: primeiramente pelo reconhecimento de que não se trata de um pedido de arbitragem, mas de um pedido de julgamento; mas também pelo reconhecimento de que o julgamento solicitado possuía a mesma natureza do desafio lançado: Menelau não pedia aos comandantes que analisassem os fatos imparcialmente, mas que elaborassem a fórmula adequada e testemunhassem o juramento que deveria ser proferido por Antíloco. Em suma, os julgadores mencionados no texto homérico não deveriam atuar como árbitros; representariam o papel de testemunhas do duelo verbal a ser travado.

Se as fontes usualmente mencionadas do período homérico (XII-VIII a.C.) não são suficientes para demonstrar a prática da arbitragem entre os gregos, as fontes do período clássico (V-IV a.C.) nos informam que a cidade de Atenas promulgou, em 403 a.C., uma lei que regulava a prática da arbitragem privada. Demóstenes a menciona:

Se quaisquer partes estão em disputa acerca de contratos privados e desejam escolher um árbitro, será lícito que escolham quem desejarem. Mas quando o tiverem escolhido por acordo mútuo, deverão observar as suas decisões e não poderão transferir as mesmas acusações para outro tribunal, mas os julgamentos do árbitro deverão ser finais (Demóstenes, 1939, 21.94<sup>18</sup>).

Trata-se, como se vê, de um modelo muito mais próximo da concepção contemporânea de arbitragem: dois litigantes decidem consensualmente eleger um árbitro para solucionar o seu litígio, comprometendo-se a aceitar a sua decisão como vinculante e não recorrer aos magistrados oficiais para questioná-la. A palavra empregada para indicar o árbitro é *διαιτητής*

16 A concepção grega de “julgamento honesto” pode ser mais bem compreendida com o exemplo do que seria considerado um “julgamento desonesto”. Harter-Uibopuu (2002, p. 51) menciona o julgamento de Hermes por Zeus, narrado no Hino Homérico a Hermes: conta-se que apenas um dia após o seu nascimento o deus Hermes roubou as vacas sagradas de Apolo e as escondeu em uma caverna; ao descobrir o fato Apolo acusou o irmão mais novo e o fez comparecer ao Monte Olimpo; perante Zeus, Hermes jurou solenemente que “não havia levado às vacas à sua casa” – o que era verdadeiro, mas desonesto, visto que as havia escondido em uma caverna.

17 “Tomaram seus lugares em fila; e Aquiles indicou-lhes o poste lá longe na lisa planície. Como árbitro de linha ali colocou o divino Fênix, seguidor de seu pai, para que vigiasse a corrida e sobre ela se pronunciasse com verdade” (Homero, 2013, p. 515).

18 Tradução livre do inglês: “If any parties are in dispute concerning private contracts and wish to choose any arbitrator, it shall be lawful for them to choose whomsoever they wish. But when they have chosen by mutual agreement, they shall abide by his decisions and shall not transfer the same charges from him to another court, but the judgements of the arbitrator shall be final”.

(*diaitetés*). Como explica Foucault (2010, p. 253), *diaitetés não designa um cargo, mas uma função: em sua origem etimológica, é “aquele que determina o regime”* (διαίτα, *diaita*); a *diaita* é a arbitragem, mas é também o regime médico, e o *diaitetés* é a pessoa responsável por mediar tanto o conflito entre os litigantes de uma disputa judicial quanto a oposição entre as diferentes qualidades que constituem o corpo (quente ou frio, seco ou úmido, etc.).

Para os gregos, estabelecer um bom regime não consiste em promover a primazia de um elemento em detrimento do outro, mas em assegurar o equilíbrio entre os diversos elementos que compõem o corpo para que ele se mantenha em harmonia. De modo alinhado a essa concepção, não se esperava do árbitro que declarasse vencedora uma das partes em litígio, mas que se esforçasse por conciliá-las em um meio-termo que pudesse ser considerado benéfico para ambas. O caso de Menecles mencionado pelo orador Iseu de Atenas o ilustra bem:

Após muita discussão e mal estar, consideramos melhor, para que ninguém me considerasse avaro, ou me acusasse de jogar esses homens, que eram irmãos, um contra o outro, submeter o assunto à arbitragem do cunhado do meu oponente e dos nossos amigos.

Nossos amigos disseram que se quiséssemos lhes confiar a decisão do direito aplicável ao caso eles se recusariam a agir como árbitros, pois não desejavam conflito com nenhuma das partes; se, contudo, lhes permitíssemos decidir conforme o interesse de todos, consentiriam em agir. Então, de modo a resolvermos o assunto, confiamos-lhes a decisão nesses termos.

Após terem jurado perante o altar de Afrodite em Cephale que decidiriam de acordo com o nosso interesse comum, proferiram o veredito de que deveríamos abrir mão do que meu oponente demandava e lhe entregar como presente; pois declararam que a única forma de resolver o assunto seria que meu oponente recebesse uma parcela da propriedade de Menecles.

Decidiram, então, que no futuro deveríamos nos comportar de maneira apropriada um em relação ao outro, tanto em palavras quanto em ações, e obrigaram ambas as partes a jurarem perante o altar que o fariam; então nós juramos que no futuro nos comportaríamos de maneira apropriada um em relação ao outro, tanto em palavra quanto em ações, até onde estivesse em nosso poder fazê-lo (Iseu, 1962, 2.29).

Como explica Velissaropoulos-Karakostas (2000, p. 14), o árbitro julga *es méson*, expressão que pode ser literalmente traduzida como “no meio”. Não é a mesma coisa que um julgamento por equidade, mas a busca de uma solução que, na medida do possível, assegure perdas e benefícios iguais a ambas as partes. O objetivo principal desse procedimento não é encerrar o litígio pela adjudicação de direitos, mas preservar a boa relação entre os membros do grupo social a que pertencem os litigantes, restabelecendo a relação de amizade entre eles. É bastante comum que as fontes designem os próprios árbitros como *philoí* (amigos), o que demonstra as relações de afeto e compromisso social que fundamentavam a opção pelo procedimento. Contrariamente à jurisdição ordinária, que se desenvolve publicamente em um campo de batalha simbólico, a arbitragem se desenvolve de forma privada em um espaço doméstico e de paz, no interior do qual as partes em litígio abandonam as suas armas para se deixarem guiar pelos conselhos de seu grupo social ou familiar, em um negócio entre amigos regulado pelos deveres de discrição e pacificação (Velissaropoulos-Karakostas, 2000, p. 20).

Embora as fontes não deixem dúvidas quanto à prática da arbitragem na Grécia antiga, deve-se reconhecer a sua especificidade histórica em comparação com a arbitragem contemporânea. Afinal, não se apresenta, lá, como meio alternativo de resolução de conflitos para a

adjudicação de direitos entre as partes litigantes, que voluntariamente submetem o litígio a um árbitro privado para evitar a estrutura judicial do Estado. Entre os gregos a diferença fundamental entre a arbitragem e o julgamento padrão não se encontra na autonomia da vontade como fundamento da decisão, mas no objetivo de substituir o conflito público ritual por uma relação privada entre amigos, de modo a manter as boas relações do grupo social a que pertencem.

Por fim, as fontes mencionam também um último modelo de arbitragem praticado entre os gregos: logo após a lei de arbitragem privada, os atenienses instituíram um sistema de arbitragem pública obrigatória, regulado por uma lei promulgada em 400 a.C.<sup>19</sup> O objetivo era permitir a ampliação do emprego do procedimento arbitral, evitando-se as suas várias desvantagens em relação ao procedimento judicial comum – a possibilidade de juramentos falsos sem punição, falhas de preservação dos documentos elaborados, a falta de publicidade etc. A arbitragem pública, contudo, não era um procedimento que se encerrasse em si mesmo. Os litigantes nem escolhiam os árbitros, que eram sorteados; nem eram obrigados a acatar a sua decisão, que só era emitida de forma vinculante quando o acordo fosse obtido. Funcionava, dessa forma, como uma fase obrigatória de conciliação preliminar, que em caso de insucesso seria levada ao procedimento padrão de julgamento por juízes. Caracterizava-se, portanto, como etapa regular do procedimento judicial comum, o que também a torna inadequada a integrar as etapas da história da arbitragem que temos reconstruído neste estudo.

### 4.3 *Arbiter*

Por fim, um terceiro exemplo de arbitragem usualmente mencionado pela dogmática jurídica é, como não poderia deixar de ser, o do direito romano. Uma observação preliminar a ser feita é a de que os romanos não costumavam recorrer à arbitragem internacional para a resolução de conflitos com estados estrangeiros; davam preferência à resolução de conflitos internacionais pela força – apenas uma das inúmeras vantagens de serem a maior potência militar de sua época. Essa observação já ilustra os limites das concepções que enxergam na arbitragem um meio “natural” de pacificação social nas sociedades civilizadas, e que costumam tomar a arbitragem internacional como contraprova empírica de sua pressuposição teórica. De resto, a própria noção de arbitragem internacional não se confunde com a arbitragem privada de direito interno, como já explicamos anteriormente. Deixemos de lado, então, essa discussão, e passemos a analisar as manifestações de “arbitragem privada” verificadas no direito da civilização romana.

A primeira referência à arbitragem no direito romano pode ser identificada no século V a.C., na Lei das XII Tábuas. As tábuas II, V, VIII, IX e XII contêm referências explícitas à figura do árbitro; em todas elas o árbitro é tratado como alguém indicado pelo magistrado para o desem-

---

19 Aristóteles a descreve: “1. São tirados à sorte também os quarenta juízes, à razão de quatro por tribo, e é junto destes que se instauram os restantes processos. Dantes, eram em número de trinta e procediam aos julgamentos deslocando-se de demo em demo; porém, depois da oligarquia dos Trinta, passaram a ser em número de quarenta. 2. Até ao montante de dez dracmas, eles julgam de forma soberana; a partir desse montante, entregam o caso a árbitros. Depois de tomarem conta do caso e na eventualidade de não conseguirem levar as partes a um acordo, os árbitros emitem uma sentença. Se ambas as partes aceitarem essa decisão e se ativerem a ela, o processo termina por aí. Contudo, se um dos contendores apelar ao tribunal, colocam os testemunhos, as citações e as leis aduzidas em dois receptáculos, um para a acusação e outro para a defesa; depois de selados, juntam-lhes a sentença do árbitro, inscrita numa tabuinha, e enviam esses elementos aos quatro juízes que julgam os processos da tribo da defesa. 3. Assim que recebem a documentação, os juízes levam o caso a um tribunal de duzentos e um membros, se a disputa for abaixo de mil dracmas; ou de quatrocentos e um, no caso de ser acima desse valor. Não é permitido fazer uso de outras leis, citações ou testemunhas que não as que o árbitro enviou, ao colocá-las nos receptáculos” (Aristóteles, 2003, p. 105).

penho de uma função cívica. A referência à indicação pelo magistrado é explícita nas tábuas V.6, VIII.4, VIII.11 e XII.3; e a referência ao dever cívico está implícita na tábua II.1, que demonstra a natureza pública da atividade ao regular os critérios que justificariam o excepcional adiamento de um julgamento, e na tábua IX.3, que pune exemplarmente com a pena de morte o árbitro que se deixasse corromper para beneficiar indevidamente uma das partes. Como argumentam Fumichon e Humbert (2003, p. 288), o *arbiter* mencionado pela Lei das XII Tábuas é um personagem investido de uma função judiciária pública; a prerrogativa que lhe é atribuída para resolver o litígio não decorre de sua livre nomeação pelas partes em conflito, mas da delegação dessa autoridade pelo próprio magistrado titular do *imperium* – o pretor.

A natureza da autoridade conferida ao *arbiter* pela Lei das XII Tábuas ressalta a proximidade existente entre a prática cotidiana do instituto e as relações semânticas da palavra. Como recordam novamente Fumichon e Humbert (2003, p. 287), ela possui o mesmo radical de *arbitratus*, que indica o poder discricionário atribuído ao magistrado de fixar a quantidade de vergastadas a serem infligidas ao ladrão impúbere, e também o poder ilimitado a ser exercido por Roma sobre as cidades conquistadas, na fórmula ritual da *deditio* (“*arbitratu ditione potestate*”). Dessa perspectiva, o árbitro não é compreendido como aquele que encontra a solução justa; o árbitro é, acima de tudo, aquele que detém o *arbítrio*, o poder incontestável de proferir a última decisão vinculante a respeito de algum conflito. E esse poder não lhe é atribuído pelas partes do conflito, mas pelo próprio magistrado da República, que delega o poder que, por sua vez, recebeu diretamente do *populus romanus*.

O papel desempenhado pelo árbitro no processo civil romano é melhor compreendido quando analisamos o procedimento arcaico das *legis actiones*. Como explica Moreira Alves (2019, p. 194), as ações da lei são em geral submetidas ao *ordo iudiciorum privatorum*, o que significa que elas eram processadas em duas fases: na primeira, diante do magistrado (*in iure*), proferia-se a fórmula ritual e solicitava-se a indicação do direito aplicável; na segunda, perante o árbitro (*apud iudicem*), realizava-se a análise dos fatos concretos e promovia-se a aplicação do direito fixado pelo pretor. O autor da ação comparecia perante o pretor e proferia a fórmula ritual, sob a forma de um desafio ao réu. Diante de sua contestação, solicitava o autor a nomeação de um árbitro pelo magistrado, que deveria analisar o sumário da causa e aplicar aos fatos o direito estabelecido pelo pretor.

Compreendem-se as profundas diferenças existentes entre o árbitro moderno e o *arbiter* do *ius civile*: o *arbiter* romano não era chamado a resolver o litígio, atribuindo os direitos devidos às partes em conflito; esse papel era reservado ao magistrado, que julgava com a autoridade do *imperium* que lhe fora atribuído pelo povo romano. O *arbiter* se limitava a promover a aplicação do direito estabelecido pelo magistrado ao caso concreto, pela análise de suas circunstâncias fáticas. Desempenhava, dessa forma, uma função complementar de conclusão do processo iniciado perante o magistrado estatal, no exercício de uma autoridade que não lhe havia sido conferida pelas partes, mas pelo próprio magistrado. Atuava como um auxiliar da magistratura pública, não como um mandatário dos particulares em conflito.

A figura do *arbiter* volta a aparecer no direito romano no século II a.C. Fumichon e Humbert (2003, p. 310) recordam as fórmulas contratuais redigidas por Catão em seu tratado de agronomia para a adequada gestão do trabalho agrícola por parte dos grandes proprietários. Essas cláusulas devem ser compreendidas em um contexto de desequilíbrio entre as partes contratantes: de um lado o proprietário, que dispõe da força econômica, política e social para impor livremente as condições do contrato a ser celebrado; de outro o empreiteiro, responsável



pela arregimentação e gestão da mão de obra a ser empregada, que tem a liberdade de aceitar as condições impostas pelo proprietário ou simplesmente buscar trabalho em outro lugar. No trecho abaixo, Catão (1922, p. 144) apresenta um exemplo:

Termos para a colheita de olivas: o empreiteiro reunirá toda a colheita cuidadosamente, de acordo com as instruções do proprietário, seu representante ou do comprador da colheita. Ele não colherá nem esmagará olivas sem ordens expressas do proprietário ou do seu representante. Se alguém violar esta regra, ninguém pagará ou será responsável pelo que tiver colhido nesse dia. Todos os coletores proferirão um juramento, perante o proprietário ou seu representante, de que não roubaram olivas, nem ninguém com a sua conivência roubou olivas da propriedade de Lucius Manlius durante a colheita; se alguém se recusar a proferir o juramento, ninguém pagará ou será responsável pelo que ele tiver coletado. O empreiteiro deve garantir a colheita adequada das azeitonas, satisfatória para Lucius Manlius. As escadas devem ser devolvidas em tão bom estado como quando foram entregues, exceto as que tiverem se quebrado em razão da idade; se não forem devolvidas, será feita uma dedução justa por arbitragem de um homem honesto. Seja qual for o dano causado ao proprietário por culpa do empreiteiro, este último compensará o montante a ser deduzido após arbitragem por uma pessoa honesta. O empreiteiro fornecerá tantos coletores e recolhedores quantos forem necessários; e se não o fizer, será feita uma dedução do custo de contratação ou empreitada, e esse montante será reduzido no total<sup>20</sup>.

A cláusula estabelece uma série de obrigações ao empreiteiro contratado para gerir a mão de obra dos coletores: cuidado na coleta, obediência ao contratante, juramento quanto a furtos, devolução em bom estado dos materiais fornecidos etc. Em caso de descumprimento de qualquer dessas obrigações, o dano causado ao proprietário seria deduzido do valor originalmente devido ao empreiteiro, mediante “arbitragem por um homem honesto” (*virī boni arbitrātū deducetur*).

Esse modelo é muito distinto da arbitragem privada contemporânea. Nele toda a relação se estabelece de forma unilateral, cabendo ao empreiteiro simplesmente acatar a submissão à cláusula imposta pelo proprietário – que define os seus termos, estabelece as condições passíveis de punição e escolhe entre os “homens honestos” de sua confiança o responsável pelo arbitramento do valor devido. O *arbitratus* do *bonus vir* sugerido por Catão não remete, portanto, à ideia contemporânea de resolução do litígio por um terceiro imparcial consensualmente escolhido pelas partes, mas à ideia tipicamente romana de arbítrio – poder soberano e discricionário de decisão. Se desejássemos insistir em algum tipo de analogia com o ordenamento jurídico contemporâneo, as cláusulas de Catão estariam muito mais próximas das cláusulas exorbitantes de um contrato de trabalho ou de um contrato administrativo, a estabelecerem em favor do contratante poderes de direção, disciplinamento e controle, do que de uma cláusula de compromisso arbitral.

Mas o termo também é empregado, em período próximo (I a.C.), em referência a outro tipo de função: *arbitrium* podia indicar também o modo como atuavam os magistrados na aplicação

20 No original em latim: “Oleam legendam hoc modo locare oportet. Oleam cogito recte omnem arbitrātū domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit. Oleam ne stringito neve verberato iniussu domini aut custodis. Si adversus ea quis fecerit, quod ipse eo die delegerit, pro eo nemo solvet neque debebitur. Qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oletate ex fundo L. Manli. Qui eorum non ita iuraverit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur. Oleam cogi recte satis dato arbitrātū L. Manli. Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt. Si non erunt redditae, aequom viri boni arbitrātū deducetur. Siquid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito; id viri boni arbitrātū deducetur. Legulos, quot opus erunt, praebebo et strictores. Si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur; tanto minus debebitur”.



do *ius honorarium*. Fundamentando suas decisões não mais nas formas rígidas do *ius civile*, mas nos critérios fluidos e equitativos do direito pretoriano, esses magistrados eram referidos como árbitros sempre que desconsiderassem os critérios das *legis actiones* para tomarem decisões fundadas na equidade ou na boa-fé. Nesses casos os magistrados não estão simplesmente empregando o *iudicium* (juízo) para examinarem os conteúdos do *ius civile* tradicional e promoverem a sua aplicação ao caso concreto; mas, de fato, exercendo o seu *arbitrium* (arbitrio, autoridade) para encontrarem a solução mais equitativa às circunstâncias do caso concreto<sup>21</sup>. O sentido atribuído à expressão reforça a ligação do conceito à ideia de autoridade que se encontra em sua origem, na mesma medida em que o afasta das concepções contemporâneas de arbitragem.

Ainda no século I a.C., outro modelo de *arbitratus* se desenvolve entre os romanos: uma “arbitragem” realizada por iniciativa das próprias partes em conflito, que consensualmente decidem submeter o seu litígio à decisão de um terceiro imparcial. Trata-se do *arbitrium ex compromisso*, regulado no Edito Perpétuo e, por isso, objeto de diversos comentários no Digesto. Paulo e Ulpiano sintetizam o instituto:

D.4.1. Paulo, *Livro Segundo sobre o Edito*. A arbitragem se assemelha a uma ação judicial, e se destina a encerrar o litígio<sup>22</sup>.

D.4.2. Ulpiano, *Livro Quarto sobre o Edito*. Nenhuma exceção pode ser oposta pelo descumprimento de uma arbitragem, mas somente um pedido de aplicação da penalidade<sup>23</sup>.

Como se vê pela opinião de Paulo, para a doutrina jurídica romana, a arbitragem se “assemelhava” a uma ação judicial, realizando-se com o objetivo de pôr fim ao litígio. Essa semelhança não pode ser exagerada, contudo; afinal, logo em seguida Ulpiano explica que a decisão proferida pelo árbitro não possui a mesma natureza nem os mesmos efeitos atribuídos à decisão proferida pelo magistrado: ela não impede, por uma exceção, a propositura de ação judicial para a rediscussão do litígio, mas se limita a atrair a incidência da penalidade fixada no compromisso como sanção pelo descumprimento.

Reconhecer a essa *conventio* caráter jurisdicional, contudo, ou mesmo semijurisdicional, seria extrapolar os limites impostos ao *ius honorarium* e desrespeitar a própria essência do *ius civile*. Somente o magistrado romano dispõe da autoridade para resolver definitivamente um litígio, sobre a base das tradições formais do *ius* da *cive* romana. O eventual descumprimento da sentença arbitral não pode, portanto, receber o mesmo tratamento jurídico atribuído ao descumprimento da sentença emitida pelo pretor. Afinal, não tem força de coisa julgada nem autoridade executória. Trata-se, em sua essência, de um negócio privado, um compromisso por meio do qual as partes assumem a obrigação de cumprirem o comando emitido pelo árbitro. Desse modo, nem impede a rediscussão do litígio perante o pretor por meio de uma *actio*, nem admite a execução específica da obrigação indicada na sentença arbitral, podendo no máximo atrair a aplicação da penalidade estabelecida para a hipótese de descumprimento.

21 Sobre o conceito de equidade no direito romano ver Guandalini Junior (2021, p. 154).

22 Tradução livre do original em latim: “Paulus libro secundo ad edictum. Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finien- das lites pertinet”. Disponível em 19 de março de 2021 no endereço eletrônico <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/#III>.

23 Tradução livre do original em latim: “Ulpianus libro quarto ad edictum. Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitio- nem”. Disponível em 19 de março de 2021 no endereço eletrônico <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/#III>.

Não se trata, em suma, de instituição alternativa à magistratura estatal; mas do reconhecimento jurídico de uma prática desenvolvida e realizada às margens do *ius civile*, a partir dos costumes comerciais formados durante a expansão pelo mediterrâneo, aos quais os pretores vão progressivamente reconhecendo efeitos jurídicos vinculantes. O fundamento dessa prática não é o reconhecimento de uma atividade jurisdicional por parte de um particular; mas, assim como já se verificava com o árbitro das XII Tábuas, a atribuição, a um particular, do arbítrio para emitir um comando com autoridade definitiva.

Tantas peculiaridades tornam pouco útil o esforço de analogia entre o *arbitratus* romano e a arbitragem contemporânea. As importantes diferenças quanto ao fundamento do acordo, à natureza do poder atribuído ao árbitro, o conteúdo de sua atividade, os efeitos da sentença proferida e a própria relação com o ordenamento jurídico “principal” nos impedem de enxergar na arbitragem romana algo como a “origem”, ou “embrião” da arbitragem instituída pela cultura jurídica moderna.

## 5. Conclusão

Essa “releitura de uma história conhecida” nos ajuda a corrigir os graves equívocos cometidos pela dogmática arbitralista em suas cronologias usuais. Deixando de levar em consideração os contextos históricos específicos em que o instituto se manifesta, o significado atribuído ao direito em cada um desses contextos e o papel específico desempenhado pela “arbitragem” (ou algo parecido) em meio aos demais institutos jurídicos existentes, a tradicional cronologia da abordagem dogmática promove o apagamento das importantes diferenças existentes entre passado e presente, e apresenta em seu lugar o reflexo desfocado de nossa própria imagem reconfortante. Assim pode conceber a arbitragem, erroneamente, como instituto jurídico natural, universal e eterno, que acompanha o homem onde quer que ele se estabeleça como sociedade civilizada.

Como vimos, a imagem é gravemente enganosa. Ao ressituar os diversos modelos de arbitragens em seus contextos históricos específicos, tornamo-nos capazes de enxergar as peculiaridades específicas de cada encarnação do instituto, os processos sociais que levaram à sua formação e transformação, a radical diferença entre a arbitragem contemporânea e as arbitragens do passado e, conseqüentemente, o caráter histórico, relativo e provisório da arbitragem que hoje conhecemos.

Pudemos enxergar, assim, como a civilização mesopotâmica não recorreu à instituição da arbitragem para a resolução dos seus conflitos. Em vez disso, adotou uma concepção de autoridade política compartilhada, que reconhecia a diversos órgãos e entidades a prerrogativa de, em nome do Rei, distribuir a justiça divina. Promoveu, também, a pacificação informal de conflitos, adotando técnicas de resolução comunitária dos litígios por meio da avaliação das circunstâncias fáticas e adoção de práticas conciliatórias com o objetivo de preservar a harmonia social – sempre dependente, contudo, de homologação pelas autoridades oficiais.

Pudemos perceber também as importantes diferenças entre a arbitragem praticada pelos gregos e aquela praticada pelos modernos. Afinal, também entre os gregos não se recorria a um terceiro imparcial para obter a adjudicação de direitos; mas a um grupo de amigos que, pelo aconselhamento, pudesse contribuir para a pacificação do grupo ao qual pertenciam as partes em litígio. Nessa perspectiva o importante é manter a paz, o que leva ao privilégio de soluções

domésticas e conciliatórias, buscando-se o meio termo entre as partes em conflito mesmo que isso demande o sacrifício de direitos de uma delas. O objetivo não era obter uma justiça mais “rápida, barata e eficiente”, mas evitar o combate simbólico formalizado em um julgamento público tradicional.

Por fim, nem mesmo os romanos, que forneceram quase todo o vocabulário contemporâneo do instituto jurídico da arbitragem, praticavam-na em termos semelhantes aos nossos. No direito romano o recurso à arbitragem não se desenvolvia em um ambiente de autonomia da vontade negocial, mas de valorização das relações consensuais e de boa-fé em contextos, usualmente, comerciais, nos quais o ritualismo do *ius civile* tradicional já se mostrava inadequado. Desse modo, nem mesmo o formalismo do *compromissum* e do *receptum* eram suficientes para atribuir-se à arbitragem romana caráter “jurisdicional” institucionalizado, semelhante ao que recebe contemporaneamente; os magistrados apenas protegiam a boa-fé da convenção celebrada, mas não garantiam a executividade das decisões proferidas, limitando-se a aplicarem as sanções pactuadas para os casos de descumprimento.

O quadro abaixo sintetiza as diferenças observadas:

| <b>Ocidente Moderno</b>               | <b>Antiguidade</b>                         |                                    |  |
|---------------------------------------|--|------------------------------------|--|
| Árbitro                               | Šibûtû                                     | Διαιτητέος                         | Arbiter  |
| meio alternativo                      | preliminar ao sistema judicial             | meio complementar                  | meio complementar  |
| autonomia da vontade                  | harmonia comunitária                       | pacificação                        | consensualidade e boa-fé                                 |
| formalização no compromisso arbitral  | apreensão informal do réu                  | aconselhamento por amigos          | formalização do <i>compromissum</i> e do <i>receptum</i> |
| competência residual                  | sem competência formal                     | competência ampla                  | competência ampla  |
| direitos patrimoniais disponíveis     | litígios comerciais e civis                | assuntos domésticos e comerciais   | litígios comerciais                                      |
| adjudicação de direitos               | pacificação do conflito                    | harmonia do grupo social           | equidade   |
| árbitro profissional                  | testemunha                                 | amigo                              | autoridade dotada de arbítrio                            |
| decisão executável                    | decisão dependente de confirmação judicial | decisão executável                 | descumprimento convertido em sanção pecuniária           |
| dependente da força estatal           | dependente da força estatal                | autotutela                         | dependente da força estatal                              |
| permissão estatal                     | autoridade compartilhada                   | permissão estatal                  | reconhecimento estatal                                   |
| julgamento conforme o direito estatal | julgamento conforme os fatos               | julgamento conforme o “meio-termo” | julgamento por equidade                                  |
| institucionalizado                    | espaço comunitário                         | ambiente doméstico                 | relações privadas  |

A destruição dos mitos que fundamentam a história dogmática da arbitragem pode encabular eventuais doutrinadores preocupados em garantir efeitos de naturalidade e legitimidade que pudessem fortalecer o instituto jurídico “alternativo” em relação à predominante jurisdição estatal oficial. Mas a compreensão mais precisa do contexto histórico de formação e transformação da arbitragem também pode contribuir para a identificação das necessidades sociais específicas que o instituto pretende satisfazer, e para a sua cada vez melhor adaptação a esse conjunto de necessidades sociais.

Se o objetivo é fortalecer a arbitragem em face da jurisdição estatal, é preciso reconhecer que nenhuma força pode advir de lendas fantasiosas e mitos falsificados, sem qualquer respaldo na realidade histórica; mas somente da verdade histórica, e de uma observação muito atenta

tanto da realidade em que vivemos quanto daquela em que viveram os nossos antepassados. Edifícios sólidos não são construídos sobre a areia.

## Referências Bibliográficas

- Aristóteles (2003). *Constituição dos Atenienses* (trad. Delfim Ferreira Leão). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Azevedo, Anderson (1999). Evolução da Arbitragem – Jurisdição, arbitragem e globalização: uma análise histórica e política sobre a evolução e concretização dos principais mecanismos de soluções de conflitos, *in: Arbitragem em Evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral* (orgs. Tarcísio Teixeira, Patrícia Ayub da Costa Ligmanovski). Barueri: Manole.
- Beraldo, Leonardo de Faria (2014). *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas.
- Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan; Hunter, J. Martin (2009). *On International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Bretone, Mario (1998). *História do Direito Romano* (trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja). Lisboa: Editorial Estampa.
- Cahali, Francisco José (2020). *Curso de Arbitragem*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- Carmona, Carlos Alberto (2004). *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas.
- Cato, M. Porcius; Varro, M. Terentius (1922). *On Agriculture* (trans. W.D. Hooper, Harrison Boyd Ash). Cambridge: Harvard University Press.
- Cerami, Pietro; Purpura, Gianfranco (2007). *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Cícero (1999). *Dos Deveres* (trad. Angélica Chiapeta). São Paulo: Martin Claret.
- Costa, Pietro (2010). Para que serve a História do Direito? Um Humilde Elogio da Inutilidade, *in: Soberania, Representação, Democracia – ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, p. 63-80.
- Dolinger, Jacob; Tiburcio, Carmen (2003). *Direito Internacional Privado e Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Demóstenes (1939). *Against Midias* (trans. A. T. Murray). Cambridge, London: Harvard University Press, William Heinemann.
- Faraguna, Michele (2015). Archives, Documents and Legal Practices in the Greek Polis, *in: The Oxford Handbook of Ancient Greek Law* (Edward M. Harris and Mirko Canavaro ed.). Oxford: Oxford University Press.

- Fichtner, José Antonio; Mannheimer, Sérgio Nelson; Monteiro, André Luis (2019). *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense.
- Figueira Jr., Joel (2019). *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2009). *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá.
- Foucault, Michel (2005). *A Verdade e as Formas Jurídicas* (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau.
- Foucault, Michel (2010). *O governo de si e dos outros* (trad. Eduardo Brandão). São Paulo: Martins Fontes.
- Fouchard, Philippe (1989). Où va l'arbitrage international?, in: *McGill Law Journal*, vol. 34. Quebec: McGill, p. 435-453.
- Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold (1999). *On International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International.
- Fumichon, Bruno de Loynes; Humbert, Michel (2003). L'Arbitrage à Rome, in: *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2003, n. 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 285-348.
- Franzoni, Diego (1999). Histórico legislativo da arbitragem no Brasil, in: *Arbitragem em Evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral* (orgs. Tarcísio Teixeira, Patrícia Ayub da Costa Ligmanovski). Barueri: Manole.
- Gaillard, Emmanuel (2015). Sociologie de l'arbitrage international, in: *Journal du Droit International Clunet*, vol. 142, n° 4/2015. Paris: LexisNexis, p. 1089-1113.
- Gaillard, Emmanuel; Savage, John (1999). *On International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International.
- Gaio (2010). *Instituições – direito privado romano* (trad.: J. A. Segurado Campos). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Grisel, Florian; Jolivet, Emmanuel; Silva Romero, Eduardo (2016). Aux Origines de l'Arbitrage Commercial Contemporain: l'émergence de l'arbitrage CCI (1920-1958), in: *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2016, n. 4. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 1-42.
- Grossi, Paolo (2005). O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo (trad.: Monica Sol Glik), in: *Revista Seqüência*, v. 26, n° 51, p.41-35, dez. Florianópolis: UFSC.
- Grossi, Paolo (2006). A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora, in: *História da Propriedade e outros Ensaios* (trad.: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca). São Paulo: Renovar, p. 85-121.
- Guandalini, Bruno (2020). *Economic Analysis of the Arbitrator's Function*. Netherlands: Kluwer Law International.



- Guandalini Jr., Walter (2012) O Direito Etéreo: trilhas para um explorador do intangível, *in: Nova História Brasileira do Direito – ferramentas e artesanias* (org. Ricardo Marcelo Fonseca). Curitiba: Juruá, p. 83-96.
- Guandalini Jr., Walter (2013). A Crise da Tradição Romanística: perspectivas para uma historiografia do Direito Romano, *in: Iushistoria Investigaciones – Revista del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho*, nº 6 (ISSN 1851-3522). Buenos Aires: Facultad de Historia, Geografía y Turismo, Universidad del Salvador, p. 37-47, 2013.
- Guandalini Jr., Walter (2015). Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano, *in: Revista Seqüência*, (ISSN 2177-7055), n. 70. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, jun. 2015, p. 163-187.
- Guandalini Jr., Walter. (2016) *História do Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá.
- Guandalini Jr., Walter. (2017) Uma Teoria das Fontes do Direito Romano: genealogia histórica da metáfora, *in: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, (ISSN 2236-7284), vol. 62, nº 1, Curitiba, janeiro-abril 2017, p. 9-31.
- Guandalini Jr., Walter. (2020) *História do Direito Romano*. Curitiba: Intersaberes.
- Guilherme, Luis Fernando do Vale de Almeida. (2020) *Manual de Arbitragem e Mediação: conciliação e negociação*. 5 ed. São Paulo: Saraiva.
- Harper, Robert F. (trans.) (1904). *The Code of Hammurabi*. Chicago: University of Chicago Press.
- Harris, Edward M. (2006a). The rule of law in athenian democracy: reflections on the Judicial Oath, *in: Dike: Rivista di Storia del Diritto Greco ed Ellenistico*, nº 9. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, p. 157-181.
- Harris, Edward M. (2006b). Solon and the Spirit of the Law in Archaic and Classical Greece, *in: Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: essays on Law, Society and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 3-28.
- Harris, Edward M. (2018). Some recent developments in the study of ancient Greek law, *in: Journal of Ancient Civilizations*, vol. 33, nº 2. Changchun: Institute for the History of Ancient Civilizations, p. 187-266.
- Harris, Edward M.; Magnetto, Anna (2020). Arbitration, Greek, *in: Oxford Classical Dictionary*. Oxford: Oxford University Press.
- Harter-Uibopuu, Kaja (2002). Ancient Greek Approaches toward alternative dispute resolution, *in: Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, vol. 10, nº1. Salem: Willamette University College of Law, p. 47-69.
- Hespanha, António Manuel (2012). *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Lisboa: Almedina.
- Heródoto (1950). *História* (trad. J. Brito Broca). Rio de Janeiro: Jackson.

- Hilaire, Jean (2000). L'Arbitrage dans la période moderne (XVIe-XVIIIe siècle), *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 2000, n. 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 187-226.
- Homero (2013). *Ilíada* (trad. Frederico Lourenço). São Paulo: Companhia das Letras.
- Iseu (1962). *On the Estate of Menecles* (transl. Edward Seymour Forster). Cambridge, London: Harvard University Press; William Heinemann.
- Jeanclous, Yves (1999). La pratique de l'arbitrage du XVIIe au XVe siècle – éléments d'analyse, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 1999, n. 3. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 417-474.
- Lafont, Bertrand; Westbrook, Raymond (2003). Mesopotamia – neo-sumerian period (Ur III), *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 183-226.
- Lafont, Sophie (2000). L'Arbitrage en Mésopotamie, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 2000, n. 4. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 557-590.
- Lafont, Sophie (2003). Mesopotamia – middle assyrian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 521-564.
- Lafont, Sophie (2005). Second-millennium arbitration, *in: MAARAV: a journal for the study of the northwest semitic languages and literatures*, vol. 12, n° 1-2. Rolling Hills: Western Academic Press, p. 1-13.
- Lamas, Natália Mizrahi (2018). Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem, *in: Curso de Arbitragem* (Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira, orgs.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 27-59.
- Maffi, Alberto (2007). Quarant'anni di studi sul processo greco (I), *in: Dike: Rivista di Storia del Diritto Greco ed Ellenistico*, n. 10. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, p. 185-267.
- Magnetto, Anna (2015). Interstate Arbitration and Foreign Judges, *in: The Oxford Handbook of Ancient Greek Law* (Edward Harris and Mirko Canevaro, orgs.). Oxford: Oxford University Press, p. 1-43.
- Magnetto, Anna (2018). Interstate Arbitration as a Feature of the Hellenistic Polis: between ideology, international law and civic memory, *in: The polis in the Hellenistic World* (Henning Börm, Nino Luraghi, orgs.). Stuttgart: Franz Steiner Verlag, p. 85-107.
- Meira, Sílvio A. B. (1961). *A Lei das XII Tábuas – fonte do direito público e privado*. Rio de Janeiro – São Paulo: Companhia Editora Forense.
- Moreira Alves, José Carlos (2019). *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense.
- Oelsner, Joachim; Wells, Bruce; Wunsch, Cornelia (2003). Mesopotamia – neo-babylonian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 911-975.
- Oppetit, Bruno (1987). Sur le concept d'arbitrage, *in: Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, p. 229-239.

- Papadatou, Daphné (2000). L'arbitrage byzantin, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 2000, n. 3. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 349-376.
- Pinho, Humberto Dalla e Mazolla, Marcelo (2019). *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva.
- Poudret, Jean-François (1999). Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romands au moyen âge: L'arbitrabilité et le juge-arbitre, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 1999, n. 1. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 3-20.
- Racine, Jean-Baptiste (2016). *Droit de l'arbitrage*. Paris: PUF.
- Radner, Karen (2003). Mesopotamia – neo-assyrian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 883-910.
- Radner, Karen (2005). The reciprocal relationship between judge and Society in the neo-assyrian period, *in: MAARAV: a journal for the study of the northwest semitic languages and literatures*, vol. 12, n° 1-2. Rolling Hills: Western Academic Press, p. 41-68.
- Rogers, Catherine A. (2005). The vocation of the International Arbitrator, *in: American University International Law Review*, vol. 20, n° 5. Washington: Washington College of Law, p. 957-1020.
- Salles, Carlos Alberto (2020). Introdução à Arbitragem, *in: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias* (orgs. Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini e Paulo Eduardo Alves da Silva). Rio de Janeiro: Forense, p. 236-259.
- Samtleben, Jurgen (1982). Arbitragem no Brasil, *in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n° 77. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 185-210.
- Scavone Junior, Luiz Antonio (2020). *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Schiavone, Aldo (2005a). *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi Editore.
- Schiavone, Aldo (2005b). *Uma História Rompida: Roma Antiga e Ocidente Moderno*. (trad.: Fábio Duarte Joly). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.
- Schiavone, Aldo (org.) (2016). *Storia Giuridica di Roma*. Torino: Giapichelli.
- Slanski, Kathryn (2003). Mesopotamia – middle babylonian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 485-520.
- Stein, Peter (2010). *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Surgik, Aloísio (1990). *Lineamentos do Processo Civil Romano*. Curitiba: Edições Livro é Cultura.

- Thür, Gerard (1996). Oaths and Dispute Settlement in Ancient Greek Law, *in: Greek Law in its Political Setting. Justification not Justice* (Foxhall/Lewia ed.). Oxford: Oxford University Press, p. 57-72.
- Thür, Gerard (2014). Rationality and Irrationality in the ancient Greek law of procedure, *in: Fundamina: a journal of legal history (Pretoria)*, vol. 20, n° 2. Pretoria: University of KwaZulu-Natal, p. 916-924.
- Veenhof, Klaas R. (2003). Mesopotamia – old assyrian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 431-484.
- Velissaropoulos-Karakostas, Julie (2000). L'arbitrage dans la Grèce antique – Epoques archaïque et classique, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 2000, n. 1. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 9-26.
- Westbrook, Raymond, org. (2003). *A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill.
- Westbrook, Raymond, org. (2003). Mesopotamia – old babylonian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 361-430.
- Wilcke, Claus (2003). Mesopotamia – early dinastic and sargonic periods, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 141-182.
- Zaccagnini, Carlo (2003). Mesopotamia – Nuzi, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 565-618.

Data de Recebimento: 25/03/2021

Data de Aprovação: 16/04/2021