

O ADVENTO DOS CODIGOS NO DIREITO ANTIGO

(Apontamento historiográfico e Bibliográfico sobre um seu aspecto)

Nelson Nogueira Saldanha

Docente livre da Faculdade de Direito da
Universidade do Recife, Brasil.

Sumario: 1—Considerações preliminares - 2— O problema dos Códigos na história jurídica de Grecia. 3—O problema na de Roma. 4—Comentários a margem.

§ 1.—A intenção deste breve estudo, que é pouco mais que uma anotação, inclui o objeto de situar as características históricas que acompanham a criação, de códigos, ou de estruturas legais uniformes, no direito da antiguidade clássica. A colocação do tema, entretanto, requer a discussão de alguns itens prévios. Antes de tudo seria de perguntar-se se há identidade entre direito codificado e direito legal, ou escrito. A autenticidade do problema pode ser sentida inclusive pelo fato de que, em geral, os autores, tratando de diferenças entre a lei e as outras chamadas fontes do direito, insistem em circunstâncias que marcam o predomínio do direito legislado e que são circunstâncias também do primado dos Códigos (1). Geralmente tais autores ex-

(1) Por exemplo, PIETRO COGLIOLO, *Filosofia del Diritto Privato*, 2ª ed. Firenze 1891, pp. 40 ss, 50 ss. Em SUMNER MAINE encontramos a expressão "the era of Codes" (*Ancient Law - its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, with Introduction and Notes by Sir Frederick Pollock, fourth American edition, N. York, H. Holt and Company, p. 13).

põem o tema em plano sistemático, trazendo o histórico à colação apenas para exemplificar, e com isso não fica clara a questão em que tocamos. Certo que é justo tratar das circunstâncias históricas-sociais que cercam o advento dos códigos no mesmo sentido em que se tratam as que acompanham o advento do predomínio do direito legal; mas a respeito d'êste é habitual falar-se de diferença de fontes, enquanto não o é a respeito de códigos. O conceito de lei evoca, em sua generalidade, a questão das espécies de fontes do direito, o de código não.

Entretanto, se adota um plano histórico de exposição, o problema se esclarece um pouco. O caso é que de um modo geral o advento dos códigos antigos significa o advento de um direito legislado; e mais, a mudança na forma global de criação ou apresentação das normas representa uma transformação político-cultural que está na base da elaboração de um corpo uno de dispositivos. Mas modernamente, no Ocidente ao menos, a codificação veio a ser apenas um dos vários problemas do Direito legislado. E às vèzes a reconstituição histórica das situações jurídicas de épocas distantes —sempre precária— se vale de equiparações muito significativas, trazendo para dentro da idéa moderna de Código corpos legais um tanto diferentes dos códigos modernos.

* * *

Uma outra questão: a da reunião da Grécia com Roma a título de "Antiguidade". Está dentro das tendencias de grandes nomes da historiografia cultural de nossos tempos (2), que de certo modo retoma o ponto de vista clássico dos séculos XV a XVIII, para quem os "antigos" eram os autores daquêle paganismo civilizado a quem o cristianismo, prolongado em "Idade Média", viera substituir. Embora, claro, a historiografia cultural dos nossos tempos tenha outras razões e outras visões estruturais. De qualquer sorte, está-se com êste conceito de antiguidade, fora daquêle outro esquema —hoje suficientemente desacreditado— que fazia da história "antiga" o conjunto de tudo quanto tinha existido até o início barbárico da medieval. E mais: a investigação do tema aqui proposto poderia verificar uma comprovação da unidade daquelas duas civilizações, a helênica e a latina, numa sé-

(2) A designação de cultura "antiga" englobando o mundo grego e o romano (que aliás estavam bem distintos e separados na visão histórica de HEGEL) se acha caracteristicamente em OSWALD SPENGLER, *La Decadencia de Occidente - bosquejo de una morfología de la historia universal*, trad. M. G. Morente, ed. Espasa-Calpe, B. Aires 1952, 2 vols., passim. Igualmente, na maioria dos autores que adotam esquemas histórico-culturais do tipo do seu.

forma histórico-cultural: a unidade (embora relativa) de suas trajetórias jurídicas. Por mais diferentes que sejam o "direito grego" e o "direito romano", a presença em ambos de um momento característico como o que pretendemos indicar os faz semelhantes, e continuos em seu processo.

§ 2.—Tõmos na Grécia uma série de etapas político-sociais, cuja descrição tem dependido dos esquemas mentais dos escritores. Parece que houve antes de tudo monarquia, ou monarquias. Depois é que temos, segundo alguns autores, um período aristocrático (3), seguido de democracia. Nesta passagem à democracia é que se encontra a transição a que corresponde no plano jurídico a valorização dos códigos e do **Direito escrito**. E é de observar-se que a descrição d'êstes períodos, feita pela historiografia de épocas posteriores as mais diversas, está influenciada por uma determinada classificação das formas de governo —a classificação tripartite tradicional, que nêste caso logra uma aplicação em plano cronológico.

A instauração da democracia na história de Atenas está comprometida com uma série de condições expressivas. Para a mentalidade actual, é possível encontrar um ambiente "ilustrado" (que se reconhece em paralelo à **Aufklaerung** europeia) servindo de substrato psico-cultural ao seu advento. Avulta para o nosso caso a figura de Solon: com ela está ligada a fixação de um primeiro código (4), que ademais se distingue do de outros, o de Licurgo por exemplo, por ser objeto histórico mais conhecido, distinguindo-se claramente das produções anteriores (5). O ambiente cultural da época está marcado inclusive

(3) A dificuldade de afirmar algo bastante preciso a respeito (com a qual se cruza a propensão dos escritores modernos de impor aos fatos de então categorias modernas) foi vista por exemplo por WERNER JAEGER, para quem é muito pouco o que se sabe sobre a evolução da codificação nas diversas cidades gregas (**Paideia - los ideales de la cultura griega**, trad. J. Xirau, e W. Roces, F. C. E., México 1957, pág. 106). A passagem da monarquia à aristocracia é descrita em termos resolutos (e generalizados para as nações indoeuropeias) por SUMER MAINE: "a historical era of aristocracies succeeded a historical era of heroic kings" (**Ancient Law**, cit., pág. 11) Parece entretanto que nem todas as cidades gregas conheceram semelhante trânsito. Para um comentário a certas implicações do tema, permitimo-nos remeter ao nosso **As Formas de Governo e o Ponto de Vista Histórico**, Recife, 1958, cap VI, pag. 44. Veja-se também J. OLEGARIO RIBEIRO DE CASTRO, **Introdução ao Estudo das Instituições Políticas Gregas**, Belo Horizonte, 1959, cap. IV.

(4) Cf. PLUTARCO, **Solon, Legislador de Atenas**, trad. L. Vilela, Lisboa 1939. Um amplo estudo em A. CRISSET, **As Democracias Antigas**, trad., ed. Garnier, 1923, Cap. I. parte II, Uma análise filosoficamente mais profunda em JAEGER, **Paideia**, cit., pág. 137 e ss.

(5) Para JAEGER, o sentido dos ideais políticos de Solon inclusive expressados em seus poemas, difere essencialmente do **paíthos** homérico, - apesar de sua relação com motivos ainda puramente teológicos de pensar (of **Paideia** loc. cit.).

pela sofisticada, cuja apreciação histórica hoje superou a estreiteza com que se a maldizia tradicionalmente, vendo-a já como verdadeiro fermento racionalista a por as bases de um relativismo social necessário às instituições democráticas (6).

O decisivo, porém, no processo político-jurídico do advento das novas instituições está na exigência de **leis escritas**, de leis publicadas, de leis codificadas, por parte do **povo**, quando a dominação deixa de ser exercida pelos grupos aristocráticos (7). Nesta requisição

(6) Sobre o aspecto filosófico de substrato cultural daquêles dias, v. ALBERTO RIVAUD, *As grandes correntes do pensamento antigo*, trad. A. P. Carvalho, S. Paulo 1940, cap. III; GIUSEPPE SAIITA, *L'Illuminismo della Sofistica greca*, F. Bocca, Milano 1938; ALFONSO REYES, *La Crítica en la Edad Ateniense*, México 1941, pp. 53 ss; WERNER JAEGER, *Alabanza de la ley - Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, trad. A. Truyel y Serra, Madrid 1953, passim; J. B. BURY, *A history of Greece, to the death of Alexander the Great*, N. York, s. d. (ed. The Modern Library, caps. IV e IX); LEOPOLDO ZEA, *Ensayos sobre Filosofía en la Historia*, México 1948, pp. 63 ss.

(7) Aquí as referências à relação entre a elaboração de leis escritas e o carácter da época. Desde logo, JAMES R. JOY, *Grecian History* N. York, 1892, Ch. VIII ("A main ground of popular grievance was the absence of any check upon the Eupatrid government. There were no written laws, and the magistrates were governed by the interests of their class. The masses demanded that the law be published for the guidance of judges and the instruction of citizens" - pp. 112-113). J. B. BURY: "It was therefore natural that one of the first demands of the people in Greek cities pressed upon their aristocratic governments, and one of the first concessions those governments were forced to make, was a written law" (*A History of Greece*, cit., p. 137). Muito expressivo o clássico SUMNER MAINE: "It is true that the aristocracies seem to have abused their monopoly of legal Knowledge; and at all events their exclusive possession of the law was a formidable impediment to the success of these popular movements which began to be universal in the western world. But, though democratic sentiment may have added to their popularity, the codes were certainly in the main a direct result of the invention of writing" (*Ancient Law*, p. 14; aqui a opinião de que as codificações resultam de fatores culturais e pilíticos). Vejamos WERNER JAEGER: "Toda manifestación de Derecho estuvo, hasta entonces (até Solon), de um modo indiscutible, en manos de los nobles, que administraban justicia sin leyes escritas, de acuerdo con la tradición. Pero la agudización creciente de la oposición entre los nobles y los ciudadanos libres, que debió surgir como consecuencia del enriquecimiento de los ciudadanos ajenos a la nobleza, condujo fácilmente al abuso político de la magistratura y la exigencia de leyes escritas por el pueblo. (...) El derecho escrito equivalía al derecho igual para todos, altos y bajos. Ahora, como antes, pueden seguir siendo jueces los nobles y no los hombres del pueblo. Pero en el futuro se hallan sujetos en sus juicios, a las normas fijas de la *diké*" (*Paideia*, pags. 105-106). Noutro estudo de JAEGER, a descrição do modo como, cerca do século VI A. C., *Themis* cedeu lugar a *diké* e a *nomos*, racionalizando-se a justiça, reduzindo-se os costumes a Códigos, sendo a época codificadora aquela em que se sentia a atuação de um ideal de perfeição (*Alabanza de la Ley*, cit., pp. 17 e 26-27). Na obra de KELSEN, *Sociedad y Naturaleza*, trad. J. Perriau, B. Aires, 1945, pp. 592-593 (nota 211 ao cap. IV), o tema é tratado: da justiça revelada do tempo homérico a codificada e legislada, humana. Consulte-se também SALVATORE FODERARO, *Il Concetto di Legge*, Milano 1948, pp. 59 e segs. No profundo e arguto livro de ZEVEDEI BARBU, *Problems of Historical Psychology*, London, Routledge and Kegan Paul 1960, IV: "The emergence of

temos uma nota sociologicamente inconfundível; o grupo dominante aristocrático podia dispensar leis completas, mas o povo não poderá sentir que o poder político lhe cabe sem ter a garantia de um conjunto de normas verbalmente expressas.

O momento a que nos referimos representa o advento do **Direito Codificado**, mas também, complementarmente, e em um outro plano da obra de Solon, o advento de nova **constituição**, isto é, de uma nova estrutura política especial e expressamente elaborada para a cidade (8). Num sentido que, inclusive, irá faltar de certo modo no caso romano: pois nêste, a instauração do Direito legislado ou codificado ficou mais valorizada, para a história do Direito, no sentido do direito dito privado; e por outra, a terminologia da publicística moderna, manejando o seu conceito de constituição, ficou mais relacionada com "politeia" grega que com a "constitutio" romana, embora aquela possua um sentido muito genérico, e sómente casos como o de Solon ou outros similares caibam como equiparáveis ao nosso sentido moderno.

Já uma vez aludimos ao fato de que, com a superação do período mítico, a **lei** em seu período de predomínio na vida política grega corresponde a uma fixação do logos social manifestado na discussão, esta sendo, como era, processo característico do existir democrático (9). Agora o importante é notar que com isso temos a culminação da tra-

personality in the greek world", felizes observações ás pp. 104 e 105 sobre a passagem do direito, com Solon, do sagrado ao profano, correspondendo a uma mudança de era arcaica para era clássica; à pag. 119 referência à conexão entre a gestação da democracia ateniense e o Código escrito de Solon. Muito sugestiva a afirmação de SPENGLER de que "la lucha por el derecho es una lucha en pró o en contra de un derecho escrito" (a propósito do valor e do sentido da escrita e das formas de comunicação na vida das culturas: *La Decadencia*, cit., tomo II pag. 204), bem como o registro, por MAX WEBER, do fato de que, quando da ascensão da burguesia nas cidades italianas, tornou-se necessária a aprovação por parte dos plebeus para a eficácia dos estatutos urbanos (*Historia Económica General*, trad. M. S. Sarto, F. C. E., México 1956, pa. 275; cap. IV § 7). Cf. finalmente nosso *As Formas do Governo*, pag. 60.

(8) Ver JAMES R. JOY, *Grecian History*, cit., pag. 113 e segs.; A. CROISET, *As Democracias Antigas*, cit., pag. 23 segs.; ARISTOTELES, *A Cnstituição de Atenas*, trad. N. M. Cruz, Porto 1941, passim.

(9) Cf. - *As Formas de Governo*, cit., pp. 45 e 60. Sobre a repercussão da organização democrática sobre o processo jurídico ateniense, v. ARANGIO-RUIZ, "Introduzione", na edição do discurso de Lísias *Contro Diogitone*, Firenze, 1948.

jetória da ideia helênica de justiça em seu âmbito social, vindo desde as famosas referências de Homero aos cíclopes (10).

Nem faltou, ao instaurar-se a democracia grega, a lamentação conservadora (11). Este será um dos pontos para possível paralelo com § 3.—Passemos então à época romana. Resulta antes de tudo problemática toda menção ao direito romano mais antigo; e resulta mais prático adotar-se como ponto de partida o já aludido esquema das formas de governo, encontrando como período inicial a monarquia, ou “realeza”, como se costuma geralmente designar o primeiro período da organização política de Roma. O ponto que nos interessa será então o da passagem da realeza à **República**: a queda dos Tarquínios, o “essor” revolucionário, a mudança na perspectiva social, a aparição de novas leis.

Não temos aqui um trasfundo cultural “ilustrado” como o encontramos no visto caso grego, nem tampouco uma inclinação, claramente referível, a uma política “democrática” do tipo ateniense. O caso aqui é com a “republica”. Temos todavia a mesma tendência a **leis escritas**: a mudança política conduz à elaboração da famosa **Lei das Doze Táboas**. Esta lei é lei feita por homens, não é código de origem misteriosa, revelada, secreta (12). Há, apesar de tudo, a opinião de que não era propriamente um Código (13), e talvez seja realmente uma projeção da moderna ideia de Código, que se transporta a batizar esta

(10) Trata-se da descrição do estado de absoluto atrosia dos mesmos, sem leis e sem vida social praticamente: acha-se na Odisseia, livro nono, versos 135 e 143-147 (Cf. *Odissea*, nella versione de Ippolito Pindemonte, ed. A. Villardi, Milano, 1946, pp. 232 e 233). Referência historiograficamente aproveitada, entre outros, por SUMNER MAINE *Ancient Law*, p. 120) e FRANCESCO PEPERE (*Storia del Diritto*, vol. II, Napoli 1873, p. 40). O texto homérico se refere à ausência de assembleias deliberativas (agorai bouleforci) e de justiça (temistes).

(11) V. g. a obra do PSEUDO-XENOFONTE (*La República de los Atenienses*, ed. do Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951). O processo de realização da democracia moderna.

(12) Sobre a lei das Doze Táboas, entre outros vejam-se PIETRO BONFANTE, *Historia del Derecho Romano*, trad. J. S. C. Teijeiro, vol. I, Madrid 1944 (contendo ademais um ensaio a seu respeito entre os do Apêndice); M. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, 7e. éd. tome I, Paris 1863; P. F. GORARD, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, 4e. éd. Paris, 1906, pp. 19 e ss. Para análises histórico-críticas mais aprofundadas, EMILIO COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano*, Torino, F. Bocca, 1909, caps. I e II.

(13) “. . . un recueil de préceptes coutumiers, d'âges très différents une oeuvre officielle” (PAUL HUVELIN, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, éd. Sirey, Paris 1927, tomo I, p. 46). Sobre a necessidade de um estudo do Direito Romano “tal como era”, verificando inclusive as “incurstações” posteriores, ULRICH VON LÜSTOW, *Refrexionen uber Sein und Werden in der Rechtsgechichte*, Berlin 1954, pp. 51, ss.

obra legislativa; mas para a nossa comparação histórica semelhante restrição pode ser deixada à margem. O mais característico é o fato de que com as Doze Táboas se abandona a etapa do direito propício ao domínio dos **nobres**, e se ingressa na etapa de um direito cujo caráter escrito, expresso, não-misterioso, assegura garantias aos **plebeus** (14). Por tudo isso é engano pensar, como houve quem pensasse, que as Doze Táboas representavam a direito “primitivo” dos romanos (pelo fato de terem sido o primeiro código de Roma); pois o que elas representam é precisamente uma etapa posterior (15), em que a lei aparece como forma de expressão fundamental da norma jurídica, superando o costume. O não impede que tenha havido, depois delas, muitas outras experiências e formações jurídicas na história de Roma. É possível encontrar, nessa história e entre aquelas experiências e formações, outros episódios de oposição entre o Direito consuetudinário e o legislado, como por exemplo na fase imperial, quando os direitos locais de feitio costumeiro contrastavam com o formalismo unificador do direito legal emanado do centro (16). Mas no caso exem-

(14) Aqui a nota que corresponde ao caso grego. Logo ORTOLAN: “Mystère et arme aristocratique dans les mains des patriciens, il (o direito anteriores às XII tábuas) tenait la plébe au-dessous d'eux et sous leurs coups. Les plébéiens marchèrent donc à obtenir deux choses: la publicité et l'égalité ou droit” (Explication cit., n. 25, p. 97). Em GIRARD, *Manuel Élémentaire*, cit., p. 21, referência às vantagens, vindas para o povo, com o advento da República, mormente em matéria de justiça civil e criminal; à p. 23, registro to fato de que foi no período entre a instauração da República e a promulgação das XII Tábuas que o **ius scriptum** e sua expressão primeira, a lex, tomaram lugar definitivo entre as fontes do direito. Ver também EDGAR BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, trad. V. Herrero, F. C. E., México, 2ª ed. 1946, n. 36, pp. 190 ss. (“Esta legislación fue el resultado de un episodio de la larga lucha por la igualdad política sostenida por la clase de los plebeyos, en su proceso de ascensión, contra los patricios gobernantes”, p. 190). Característica é a exposição clássica de IHERING: v. **O Espírito do Direito Romano**, trad. R. Benaion, ed. Alba, Rio 1943, vol. II, pp. 21 ss. (Livro II, parte I, Título II, cap. I, secção I), e 44 ss (“Esta lei era a carta magna, o paladium da plebe. Um interesse, ou melhor, uma honra da casta exige, zelosamente, a sua manutenção e guarda” - p. 45). Seria útil, ademais, relacionar estas circunstâncias com as tendências a ver na etiologia de lex o sentido de algo que se “lê” (v. a propósito as **Prelações** de JO. GOTTLIEB HEINECCIO, versão por H. Dupprron, 2ª ed., Recife, 1875, p. 16). Cf. mais, entre outros, S. FODERARO, *Il concetto*, cit., p. 21, nota. Não por mera coincidência o direito Romano veio a ser, depois, chamado de **ratio scripta**. Caberia, por outro lado, uma comparação com outros Códigos mais recuados no tempo, em que se pode ver motivação social semelhante. Exemplo, as antiquíssimas Leis de Esnuna, a respeito das quais se notou, já, que trouxeram disposições protetoras de uma classe que não tinha garantias no tempo do anterior direito costumeiro (ver E SZLECHTER, **Les Lois d'Esnuna: transcription, traduction et commentaire**, Sirey, Paris, 1954, p. 41).

(15) Cf. G. CARLE, *La Vida del Derecho, en sus relaciones con la vida social*, trad. H. G. de los Rios e G. F. Llamas, Madrid 1912, pag. 175, nota.

(16) Cf. BRUNO PARADISI, *Storia del Diritto Italiano*, Napoli 1951, pp. 17 ss.

plificado o motivo da caracterização legal dêste direito absolutista era de índole política, ligando-se a intenção de dominio geral com a forma genérica de expressão da norma posta em termos de lei; enquanto que nas Doze Taboas temos a superação de um período monárquico por um de motivação popular, sob as condições de uma primeira implantação de regime republicano.

§ 4.—Seria útil uma verificação completa das condições socio-culturais em que occorrem estas instaurações de Códigos, e das relações que têm entre si.

Podemos, a título de tentativa, notar que os períodos que antecedem ao advento do direito codificado aparecem de modo geral (seja ou não, isso, em virtude do cotêjo com caracteres que as épocas seguintes julgam ter) como aristocráticos, tradicionalistas, conservadores,, fundados —quanto aos processos de pensar geral o social— em mitos, quando não mesmo teocráticos; enquanto as épocas em que se elaboram os códigos, ou as em que seu influxo se prolonga, são inclinadas à democracia, ao laicismo, ao predomínio da vida urbana, menos tradicionalistas. Há uma séria mudança em materia de valores sociais. Como componentes especificamente culturais, êstes traços estão talvez deduzidos do caso grego sobre tudo; mas no romano a presença das instituições populares na éra que se abre com a codificação serve bastante para fazer-se a equiparação. E é fácil perceber-se, em relação com êstes dois casos, o compromisso entre direito costumeiro e espontaneidade cultural, tradicionalismo étnico, religioso e econômico, tal como entre direito legislado e cultura reflexiva, complicada, propensão a racionalismo e a mutabilidades em todos os sectores. E', ainda, para reconhecer-se, que a afirmação, em extenso, de semelhantes correspondencias provém de esquemas mentais de nossa historiografia contemporânea com algumas estimações estereotipadas (se bem construídas sôbre crescido labor crítico). Entretanto, correspondências como estas são sempre necessárias para que o estudo do passado tenha alguma organicidade e alguma relação com o presente.