

O PAPIRO DO CAIRO (PSI-1182) NA INTEGRAÇÃO DO PALIMPSESTO DE VERONA (INSTITUTAS DE GAIO)

J.M. OTHON SIDOU

Árdua e paciente tarefa dos “arqueólogos”, o achatamento de peças arcaicas — papiros, pergaminhos, ostrakas, símbolos rupestres, sambaquis e tantos outros — utilizados em épocas mais ou menos remotas, tem fornecido substancial contribuição à contextura da história de velhas civilizações. Nenhuma dessas peças se compara em préstimo, direito romano em particular, aos papiros e pergaminhos, mesmo quando recobertos esses por sucessivos escritos, os palimpsestos.

A história jurídica tem, num e noutro instrumento, aquele revelado no século XIX, o outro há menos de cem anos, a mais prestante contribuição ao conhecimento integral do sistema procedimental romano em sua fase primitiva.

É do que voltamos a nos ocupar.

1. Numa de suas ausências da pátria, forçadas pelo regime fascista, Vincenzo Arangio-Ruiz, nome luminar da ciência jurídica, teve em mão, no Egito, em 1933, um escrito achado pela papiróloga Medéa Norsa, no qual reconheceu fragmentos das *Institutas* de Gaio. Ali estava trecho do Livro III, com digressão sobre a antiga comunidade familiar romana; e, bem mais importante, porque supridor de lacuna, todo o relacionado com o Livro IV, faltante no palimpsesto de Verona, exatamente sobre os meios de tutela dos direitos.

É graças a esse achado; à investigação empreendida de pronto pelo mestre italiano, e à vulgarização que fez, iniciada no volume XI dos *Papiri greci e latini* da Società Italiana (P.S.I.), que os professores de direito romano já não fazem hiato em suas aulas quando sobre as “ações da lei” têm de discorrer, sobretudo com respeito às *legis actiones per iudicis arbitrive postu-*

lationem e per conductionem. É devido ao PSI-1182, referência sob que está catalogado o importante papiro, que os compêndios de história do direito fazem luz, preenchendo as pontuações e os vazios de muitas das suas páginas, por comentários conclusivos e coerentes.

2. A não ser a enumeração feita pelo próprio Gaio sobre os cinco modos de acionar em juízo (*Inst.* IV, 12) e alguns dados que se extraíam sobretudo de Cícero (*Pro Caecina*) e Valério Probo (*Notae*), sabia-se tão somente que a *iudicis postulatio* era uma das ações da lei para postulação de um juiz ou de um árbitro, e, quanto à *condictio*, o que sobre ela, em final de comentário, refere Gaio, depois de quarenta e oito linhas corrompidas do palimpsesto de Verona e como fecho do parágrafo 17.

As conjecturas pululantes nesse capítulo cessaram ante os novos fragmentos, que confirmaram algumas conclusões já induzidas pela doutrina, e desmentiram outras, posto que ancoradas em razoável lógica.

Assim, ao contrário do que se supunha, a *stipulatio* já era conhecida à época das XII Tábuas, como forma de contrato verbal. Está escrito no documento do Cairo: — *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur*. [Por petição de juiz se acionava se assim dispunha a lei que se demandasse sobre algo, como a lei das XII Tábuas sobre o que se pede em virtude de estipulação (§ 17)].

Do mesmo texto se infere a distinção entre a generalidade da ação por aposta (*actio per sacramentum*) e a particularidade da *iudicis postulatio*, a qual se aplicava unicamente quando a lei prescrevesse. Não se dava ao autor uma opção, mas à lei cabia dizer ao ensejo dessa ação, deixando à outra os casos gerais pela lei mesma não contemplados, visto *como sacramenti actio generalis erat* (Gaio, IV, 13).

Evidencia-se também que o emprego da *iudicis postulatio* não expunha o demandado, ante a negativa, a maior risco que o de ser condenado a pagar a soma devida, não a soma devida mais a aposta, o que se verificava com a ação geral, risco que também corria o autor se acionasse temerariamente. No texto: *Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat ...* [Assim, pois, nesse gênero de ação, qualquer negava impunemente ...].

Deixa o documento entender que promana das XII Tábuas mesmas a determinação para que se empregasse a *iudicis postulatio* nas ações sobre herança a dividir entre coherdeiros (*familiae erciscundae*); ao passo que esclarece tal determinação advir da lei *Licinnia Sextia* (de data incerta), quanto à

divisão das coisas comuns (*communis dividundo*), eis que: ... *Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agit iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividundo ageretur.* .. [Igualmente a mesma lei ordenou que se acionasse por petição de juiz sobre a herança por dividir entre coherdeiros. O mesmo fez a lei Licinnia, se se acionava pela divisão de alguma coisa comum ...]

Na formula — *Quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrus postulo ut des* — que o jurisconsulto Gaio põe nos lábios do demandante, a referência ao árbitro é meramente alternativa (*sive arbitrum*), para os casos de divisão acima citados, que encareciam um árbitro e não um juiz (*iudex*), o que o texto deixa depreender claramente: — *Itaque nominato causa ex qua agebatur statim arbiter potebatur.* [Assim, pois, nomeada a causa pela qual se acionava, se pedia imediatamente um árbitro.]

Merece ainda lembrar que a alusão às ações *familiae erciscundae* e *communi dividundo*, além dos casos de estipulação, não se devem ter como únicos aos quais estaria reservada por lei a *iudicis postulatio*. As XII Tábuas não mencionam a estipulação, mas as reconstituições fazem expressa referência às *actiones finium regundorum e aquae pluviae arcendae*, dando-as como de competência de *arbitri*. Assim, a alusão de Gaio deve entender-se como exemplificativa, o que é peculiar à obra do jurisconsulto, que, sobre as ações da lei, faz história comparativa com o procedimento adotado em seu tempo, o formulário escrito.

É sensato asseverar, ante os novos fragmentos, que a *iudicis postulatio* surgiu para obviar, nos dados casos, a rigidez formalística da ação por aposta, daí a sua aplicação corresponder às demandas de *intentio* (quer nos casos *in rem*, quer nos casos *in personam*), que devia ser necessariamente certa.

Na *iudicis postulatio*, o juiz desfrutava de maleabilidade para fixar o *quantum* devido, gênese evidente da *condemnatio cum dum taxat (in id quod facere potest)*, que o sistema formulário escrito iria empregar. Não se tratava, em face da ação da lei em estudo, de negar ou afirmar, deixando ao *iudex* a alternativa única de dizer qual o *sacramentum iustum*, a que precípua e exclusivamente se destinava a ação por aposta, donde só servir aos casos de condenação imodificada. Se Cayo afirmasse que Seyo lhe devia dez mil sestércios, e o demandado negasse o fato, e considerasse o juiz que o *sacramentum* depositado com a sua negativa era *iniustum*, equivalia a declarar o direito do credor aos dez mil sestércios. Se, porém, o demandado negasse o fato, considerando que só devia a metade da quantia enunciada, o *iudex* não tinha, na *actio sacramenti*, como ajustar o direito. Produto de mais elaborada consciên-

cia jurídica, a *iudicis postulatio* ensejava considerar o direito de Cayo e do mesmo modo o direito de Seyo, uma vez que se não tratava mais de atentar para quem a sacral aposta penderia, e a condenação far-se-ia modificada.

3. Sobre a *condictio*, pode-se agora também asseverar que o achado do Cairo derruiu toda uma trama genial de hipóteses tecidas durante séculos.

O pergaminho de Verona oferece com legibilidade, do parágrafo 17b, onde se previa estar o começo da descrição gaiana, as palavras... *Trigesimo ad iudicem capiendum praesto esse debant*. E por isso se entendia que, depois do trigésimo dia, deviam estar prontos a receber juiz. Completava-se o sentido pelos fr. 18 e 19, onde se lê que o autor citava o demandado a apresentar-se no trigésimo dia para receber a designação do juiz, e que essa ação fôra instituída pelas leis *Silia*, quando se acionasse por quantia certa, e *Calpurnia*, a respeito de qualquer coisa incerta.

Este o trecho completo, reconstituído com os subsídios egípcios: *Per conditionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORUM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTULO AIES (= aias) AUT (= an) NEGES Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS IN DIEM TRIGESIMUM TIBI IUDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO. Deinde die trigesimo ad iudicem capiendum praetor esse debant*. [Acionava-se por petição assim: “Digo que tens que dar-me 10 mil sestércios; exijo que o reconheças ou negues”. O adversário dizia que não tinha (que reconhecer). O autor dizia: “Visto que o negas intimo-te a receber juiz dentro de trinta dias”. Depois do trigésimo dia, deviam estar prontos para receber o juiz].

Gaio legou aos pósteros uma dúvida, que introduziu no § 20 do seu Livro IV, ao depor que se discutia muito em seu tempo sobre o motivo determinante da criação dessa terceira *actio* declaratória, uma vez que a sua finalidade era comum às tradicionais *sacramentum e iudicis postulatio*, em ambas pelo mesmo modo alcançada. E essa dúvida, surgida do manuscrito de Verona, deu ensejo a que muitos expositores do meio século XIX (v.g. Maynz, *Cours de droit romain*, vol. I, § 130) admitissem que a *condictio* fora criada para simplificar a exagerada solenização procedimental em voga, calcada nas XII Tábuas.

Concentrados na parte legível do palimpsesto, pensava-se que a presença dos litigantes ante o pretor se fazia apenas para a citação com o fim de receber juiz ao cabo de trinta dias, quando, e é do que se encarregou de revelar o papiro do Cairo, o mesmo ritual da *sacramenti actio* era obedecido, com fórmulas orais próprias, tanto pela *postulatio* como pela *condictio*. O próprio momento

da *litis contestatio*, de papel tão preponderante na fase histórica do procedimento, era comum às três ações citadas, a seguir à contestação do demandado, o que consoa bem com seu étimo, segundo Festo: — *testes estote: sêde testemunhas*.

Neste particular, conjecturou-se muito, hoje sem lógica, que o instante da *litis*, na *condictio*, teria o seu momento no trigésimo dia, no ato de designação do juiz. Olvidava-se que a lei *Pinaria*, evidentemente anterior à *lex Silia*, inovava na *actio sacramenti* no sentido de que o juiz fosse, como nessa, designado só depois de trinta dias, sem que a *litis contestatio* sofresse, por isso, qualquer deslocação.

A diferença entre as três ações, revelaram os novos fragmentos, está unicamente no fecho de cada fórmula: na primeira, o convite para a aposta; na outra, o protesto pela nomeação de um juiz ou árbitro, e na última, a intimação para o comparecimento em trinta dias. Em todas, as declarações de autor e demandado, enfática e solenemente, fundavam-se num *aio* ou num *nego*.

Savigny, no *Systema de derecho romano actual*, vol. V, apêndice XIV, conjecturou certo, quando afirmou representar a *condictio* um patamar de transição ao sistema formulário escrito.

Esse patamar não se fez, porém, mediante a simplificação ou com sacrifício do ritual adotado. Todas as importantes leis romanas são reflexo de eventos econômicos, na eterna luta entre credores e devedores. Tal como as XII Tábuas são produto da luta entre a plebe e o patriciado, a introdução da *condictio* pela lei *Silia* (ano 510 *ab Urbe condita*, ou 243 antes de Cristo) teria obedecido a mais uma concessão em favor da plebe, geralmente os devedores, o que se justifica na sua tramitação. Está claro que, por meio da *sacramentum* ou da *iudicis postulatio*, o autor receberia juiz sem mais delonga ~ a satisfação de seu interesse seria mais pronta.

4. O *excursus* de Gaio sobre a antiga comunidade familiar, encontrado no mesmo documento determinou também profunda revisão de conceitos sobre a *societas*, versada nas Institutas nos parágrafos 148 e seguintes do Livro III, o último dos quais era considerado por vários autores como corrompido (cfr. Girard, *Textes de droit romain*, pág. 292, nota, da 3ª edição, de 1903).

A sociedade romana (*societas*) originou-se com a vontade tacitamente manifestada pelos *heredis sui*, depois da morte do *pater familias*, de conservar indiviso o patrimônio.

E, sem embargo, se supunha que só na época clássica, produto de desenvolvida elaboração, ela extralimitara do âmbito familiar para admitir estranhos.

Tal não é verdadeiro, em face da revelação de um dos novos fragmentos, que passou a ser incluído como 154-bis do mencionado Livro: *Alii quoque volebant eadem habere societatem poterant ut consequi apud praetorem, certa legis actione. In hoc autem societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coenrunt, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat; item unus rem communem mancipando.* [Os outros que quisessem ter a mesma sociedade podiam obtê-la desde que o conseguissem perante o pretor, mediante certa ação da lei. Nessa sociedade de irmãos e de outros que constituíssem como se fôssem irmãos da mesma família, havia uma particularidade, segundo a qual se um sócio libertasse o escravo, torná-lo-ia livre e faria adquirir para todos um liberto; o mesmo acontecia a um só que mancipasse a coisa comum].

A diversidade da constituição desse *antiquum consortium* entre estranhos sobre o entre irmãos entremostra-se na necessária autorização pretória, em ato público, tanto quanto públicas eram as ações da lei; ao passo que a outra (a *societas* familiar) decorria de tácita manifestação de vontade dos sucessores do *pater*, independentemente de um ato constitutivo.

Gaio não esclarece qual a ação da lei que publicizava tal contrato consensual, uma vez que menciona apenas — *certa legis actione*. Mas uma vez que, mesmo na sociedade entre herdeiros, nenhum dos sócios era obrigado a permanecer na indivisão, podendo dela sair com o seu quinhão por meio da *actio communis dividundo*, será lícito supor que a dissolução do *consortium* entre estranhos se fizesse por meio da *iudicis postulatio*, peculiar à divisão de coisa comum; tanto mais porque, como ficou esclarecido, a referência a determinados casos peculiares a essa ação da lei tem caráter exemplificativo.

5. O Papiro do Cairo, fragmentos de um código de luxo preparado provavelmente para uso de um dos professores da Escola de Alexandria, é bem mais antigo, por ser do século IV, do que o texto gaiano achado em Verona, no pergaminho reaproveitado com as epístolas de São Jerônimo, e atribuído ao V ou VI século. De si, o achado do embaixador alemão Niebuhr, decifrado e vulgarizado, em esforço de colaboração, por Savigny, Goschen, Becker e Bethmann Hollweg lançou bases novas ao estudo do direito romano, que assim foi libertado do grosso dos sofismas que nos legou a ação dos interpoladores e a inspiração dos intérpretes medievais.

Todavia, as dúvidas persistiriam quanto a que as por esse meio conhecidas descrições de Gaio estariam também inçadas de interpolações pós-clássicas. Faltava-Ihes agora um aferidor, reclamo ao que acudiram os fragmentos

egípcios para corrigir ou confirmar, notadamente na repetição que fazem do texto veronense, certas particularidades das ações da lei, encaradas com as reservas de que se não podem subtrair os testemunhos singulares. Positivado estava, e já sem a menor dúvida, que o achado do século XIX era, autenticamente, o que escrevera, à sua época (2º século a.D.), o juriconsulto Gaio.

NOTA

Tratamos inicialmente deste assunto ao discorrer sobre ele em sessão de 9/7/1964 do Instituto dos Advogados Brasileiros (Presidência, Sobral Pinto) em memória de Arangio-Ruiz, catedrático de Direito Romano da Universidade de Roma, cujo falecimento, em fevereiro daquele ano, passara até então despercebido no Brasil. Logo mais (1969), a matéria foi, na íntegra, publicada no nº 6 do “Boletim” do Instituto dos Advogados do Pará (Presidência, Sílvia Meira). Aqui vai reproduzida em caráter revisto e ampliado.