

TÍTULO 1

Os precedentes da Antiguidade grega, romana e judaica

Capítulo I

AS ORIGENS DA FILOSOFIA DO DIREITO GREGA

Uma vez que a maioria dos teólogos do cristianismo não opôs nenhuma dificuldade para se inspirar nas fontes profanas, convém resumir primeiro o que lhes legava a filosofia do direito antiga, e, especialmente, as obras, até hoje clássicas nesse domínio, de Platão e de Aristóteles.

A filosofia do direito grega é, com efeito, a primeira a ser considerada; atingiu um desenvolvimento, uma profundidade extraordinários¹. Isso se explica em parte pelas condições da vida política e social ateniense. Atenas é, nos séculos V e IV a.C. (excetuando-se alguns períodos de regime aristocrático), uma democracia plena. Cada cidadão participa intensamente da vida pública: na *Ágora*, no Conselho (quando eleito para este) ou quando a sorte o escolhe para ser magistrado. Também lhe acontece muitas vezes participar da vida judiciária, sendo que o tribunal mais importante é o da *Heliéia* com seus 6 mil jurados recrutados todos os anos por sorteio. São julgados por esse tribunal processos de direito privado, de direito público ou, como diríamos hoje, de direito constitucional (*graphè paranómon*).

1. Ver, sobretudo, A. Verdross-Drossberg, *Grundlinien der antiken Rechts und Staatsphilosophie*, Viena, Springer-Verlag, 1948; E. Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, Frankfurt, Klostermann, 1950.

Por isso, as discussões sobre o direito e a política são assunto de todos – de todos, isto é, do povo guiado pelos oradores: Demóstenes, Isócrates, Lísias tratam de todo tipo de processos; tratam deles sem muita tecnicidade, a fim de se fazerem acessíveis a um auditório popular, muitas vezes elevando o nível do debate; há, esparsa na obra deles, uma filosofia do direito. O mesmo acontece com os grandes trágicos, Ésquilo, Sófocles ou Eurípides. Com os historiadores: Tucídides ou Xenofonte. Quanto aos filósofos, estão intimamente imiscuídos nessa vida cívica: os mais antigos filósofos gregos não são sábios recolhidos na vida privada. Pitágoras, Protágoras, Platão foram legisladores. A filosofia grega do direito é de uma riqueza prodigiosa; no clima de liberdade que a vida pública ateniense oferece, as mais diversas tendências podem florescer: encontramos entre os filósofos gregos partidários e inimigos da democracia, nacionalistas atenienses, partidários da união da Grécia ou até do cosmopolitismo. É na Grécia que descobriremos os germes da teoria do direito natural; mas também poderíamos encontrar os germes do positivismo jurídico, do relativismo, quando não do sociologismo.

A bem dizer, é apenas por submissão às modas hoje reinantes que tentamos explicar pelas condições da vida social essa magnífica eclosão do pensamento grego; pois, seria mais correto explicar a democracia ateniense pelo nível do pensamento. O desenvolvimento da filosofia grega é, como já foi dito, um milagre. Os cristãos não hesitaram em ver nela (opinião freqüente entre os Padres e na Idade Média) um fenômeno providencial.

Contudo, desde o século IV, um ramo da filosofia começa a se desinteressar da vida cívica. As novas condições da vida cívica, depois das conquistas de Alexandre, deixam de ser favoráveis às livres discussões sobre a política. Epicuristas, cínicos e estóicos ocupam-se-ão principalmente da moral individual e, de modo secundário, da lógica e da física. Se Zenão escreve uma obra intitulada *Política* é porque este é um título tradicional: seu conteúdo era, antes, *cosmo-*

político e moral. A política estoíca, a nosso ver, revestiu-se apenas de uma importância secundária, e talvez também de um valor filosófico menor: embora seja verdade que toda concepção geral do mundo traz consigo uma concepção do direito, esta é mais ou menos adequada conforme esteja mais ou menos construída sobre a observação direta do direito e da vida política.

As duas grandes obras mais ricas em experiência da vida social, as mais clássicas e que, de fato, exerceram influência mais direta sobre o mundo do direito (e principalmente entre os teólogos do cristianismo) são as de Platão e de Aristóteles. Mas temos, primeiro, de situá-las em seu meio cultural.

Pode-se sumariamente dividir a história da filosofia do direito na Grécia até Platão em três períodos: as origens; a crise cética do século V; a reação de Sócrates.

Período arcaico

O padre De Francisci (em seus *Arcana Romani imperii*²) propôs caracterizar a política grega pela palavra *nomocracia*. Com efeito, é notável, entre o povo grego, desde uma época muito antiga, o culto do *nómos*. Esta palavra deve ser traduzida, não tanto por lei escrita, mas por: costume próprio a uma polis; ordem social; direito. O grego muitas vezes se opõe aos bárbaros por seu culto consciente do *nómos* e da justiça (como Ulisses na *Odisséia*).

O senso da justiça exprime-se em primeiro lugar sob uma forma teológica, mitológica. Por exemplo, em Hesíodo, as histórias de *Têmis*, de *Dique*, de *Eunômia*, de *Irene*, de *Nêmesis* e das *Erínias* (*Teogonia*, v. 185, 223, 901 s. etc.)³. Também Platão terá especial predileção por essa linguagem mítica, própria para exprimir o caráter transcendente do direito.

2. Roma, 4 vol., 1947-48.

3. Ver R. Hirzel, *Themis; Dike und Verwandte, Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*, Leipzig, 1907.

Mas os filósofos físicos da antiga Grécia laicizam a noção de justiça, elaborando sua noção de ordem natural: é o mesmo tipo de ordem objetiva que a filosofia deles discerne no universo dos astrônomos, no corpo estudado pelos médicos e no grupo da polis (na linguagem de Augusto Comte, poder-se-ia falar de teoria metafísica da justiça). É nessa filosofia grega muito antiga que deveríamos ir buscar os germes da idéia de direito natural⁴.

Crise do século V

Atenas sofre, a partir do século VI, grandes reviravoltas sociais, econômicas e políticas. Novas classes de comerciantes chegam ao poder. As leis mudam: Sólon e Clístenes introduzirão reformas constitucionais. À constituição de Atenas irão opor-se as constituições dos impérios ou polis vizinhas. Estado de crise, propício para o desenvolvimento da filosofia do direito.

Ao costume tradicional – ao *nómos* de Atenas, a seu direito – eis que agora, numa crise de confiança, opõe-se a *justiça* (*díke*) ou então a *natureza* e sua ordem (*phýsis*). Daremos dois exemplos dessas dissociações:

– O da *Antígona* de Sófocles em primeiro lugar. Esse texto é tradicionalmente citado como uma das primeiras declarações a favor do direito natural. Na verdade, a famosa tirada de Antígona não concerne precisamente ao direito, mas ao rito religioso funerário. Por outro lado, Antígona não faz de forma alguma apelo, contra o decreto de Creonte, à ordem natural (*phýsis*), mas expressamente à *Díke* e a Zeus, às leis religiosas, que, aliás, são aqui leis não escritas (*ágraphoi nómoi*) que cada um traz em sua consciência. Embora o uso seja esse e nesse sentido exista uma doutrina tradicional da lei de natureza, parece impróprio falar aqui de direito natural.

4. Ver W. Jaeger, “Éloge de la loi”, in *Lettres d’humanité*, 1949, t. 8, pp. 5 ss.

– O de diversos sofistas segundo Platão, em segundo lugar. Mais interessante para nós é a reação de alguns sofistas que parecem ter feito apelo, conforme os diálogos de Platão, à lei de natureza (*phýsis*), contra a lei da polis... Já o sofista Protágoras, embora apóstolo da justiça (mito de Epimeteu), tem desta uma concepção completamente subjetiva; a justiça é um sentimento inscrito, segundo esse famoso mito, no coração de cada um; e cabe a Protágoras tirar consequências democráticas disso⁵. No diálogo *Górgias*, Platão faz intervirem vários sofistas ou políticos corrompidos pela sofística (Polo; Cálicles) que denunciam o caráter convencional da justiça e opõem a ela a lei de natureza que deseja o triunfo do mais forte, do audacioso que não hesita em derrubar as mesas da moral tradicional⁶. Na *República*, teses análogas são defendidas pelo sofista Trasímaco, e depois pelos dois irmãos de Platão, Glauco e Adimanto, representando aqui uma juventude ardente, bem-intencionada, mas perturbada pelo niilismo dos círculos intelectuais de Atenas. No discurso de Trasímaco⁷ pode-se ler uma boa descrição, de aparência muito positivista, do que passou a ser chamado desde então as “forças criadoras do direito”. E nas palavras de Glauco⁸, da origem convencional das idéias reinantes sobre o direito. Pode-se encontrar aqui um germe das teses do contrato social.

A mesma posição crítica em relação à ordem social tradicional, com apelo à natureza, exprime-se em diversos outros textos da mesma época: assim, em Tucídides, no famoso discurso aos mélios⁹ em que os atenienses justificam uma agressão contrária ao direito invocando a lei de natureza.

5. *Protagoras*, in Platão, *Oeuvres complètes*, ed. Robin, “Pléiade”, t. 1, pp. 73 ss.

6. *Ibid.*, pp. 375 ss. (ver sobretudo 482 c-484 c).

7. *Ibid.*, pp. 869 ss. (ver sobretudo 338 c ss.).

8. *Ibid.*, pp. 897 ss. (ver sobretudo 359 a).

9. Tucídides, *La guerre du Péloponnèse*, trad. fr. J. de Romilly, Paris, Les Belles Lettres, 1962, v. 85.

Em suma, a reflexão crítica levou os círculos intelectuais do século V a perder a fé no *nómos*, no direito de Atenas.

Reação de Sócrates

Adivinha-se o ensino de Sócrates pelos relatos de Platão e de Xenofonte; sua própria vida é um testemunho.

Sócrates discute, como os sofistas e mais que os sofistas; sua doutrina é, portanto, fundada no raciocínio; a obediência religiosa ao costume ancestral passará a ser substituída, depois da crise sofística, por uma filosofia do direito.

Em *Memoráveis* (IV, 4 s.)¹⁰, Xenofonte faz a justiça e as leis serem defendidas por Sócrates contra os sofistas; aliás, Sócrates refere-se aqui, mais que às leis positivas escritas, às leis “não escritas” que, por exemplo, proíbem o incesto.

Em *Górgias* e na *República*, Sócrates derruba as idéias destrutivas de seus adversários sofistas sobre o caráter arbitrário e convencional das crenças sobre a justiça.

Acima de tudo, a própria vida de Sócrates, tal como relatada por Platão e cujos principais acontecimentos são confirmados por outros autores, é um testemunho de sua reação. Sócrates é um bom cidadão – embora goste de discutir –, respeitoso da ordem pública, bom soldado e juiz íntegro. Na *Apologia* gaba-se de ter sido o cidadão mais útil para o bem público, merecendo comer no Pritaneu a expensas do Estado¹¹. Mas Sócrates é acusado, condenado a beber cicuta (confirmando a profecia de Glauco na *República*¹²: “o justo será crucificado” – “empalado”, segundo outros tradutores). De acordo com *Críton*, Sócrates nega-se a fugir de sua prisão, pondo em ação sua doutrina de respeito às instituições¹³.

10. Xenofonte, *Les Mémoires*, trad. fr. E. Chambry, Paris, Garnier, 1932, IV, pp. 4 ss.

11. *Apologie de Socrate*, in Platão, *op. cit.*, t. 1, pp. 147 ss.

12. *Ibid.*, 362 a, p. 904.

13. *Ibid.*, pp. 185 ss.; particularmente a *Prosopopéia das leis*, pp. 197 ss.

Mas Sócrates, dialético, não deixou doutrina organizada. Seu ensinamento permanece ambíguo. Um de seus discípulos (Alcebiádes) parece seguir mais as lições de Cálicles que as do *Crítón*. Entre as seitas filosóficas oriundas de Sócrates, várias na verdade acabarão se dirigindo para o *apolitismo*; talvez desgostosos com o fracasso temporal do mestre, alguns de seus discípulos voltar-se-ão para a moral puramente privada (Aristipo; Antístenes), ou para o ceticismo (megáricos) a que também podia levar o *gnôthi seautón*.

Contudo, Sócrates parece ter iniciado uma reação a favor do direito e ter tentado, pela primeira vez, fundar racionalmente a autoridade das regras do direito, em resposta à crise cética da sofística. Terá trabalhado a favor das leis do Estado ou de uma justiça superior? É algo ainda difícil de distinguir. Os dois termos sem dúvida se confundem nessa visão das coisas, profunda embora extremamente distante de nosso pensamento contemporâneo. Mas essa doutrina está apenas esboçada; as relações entre o justo e a lei ainda não estão claramente elucidadas. Só encontraremos uma doutrina completa sobre a natureza, as fontes e o verdadeiro conteúdo do direito em Platão e Aristóteles que, sem dúvida, foram seus mais fiéis continuadores.

Capítulo II

A FILOSOFIA DO DIREITO DE PLATÃO

Não precisamos relembrar os principais acontecimentos da vida de Platão (427-347): que ele foi discípulo de Sócrates e fundador da Academia, que fez várias viagens à Sicília, que foi o filósofo das *idéias*. Queremos apenas insistir (porque a palavra *filósofo* evoca atualmente uma atitude bem diferente) na predominância em Platão das preocupações *políticas*: “Platão na verdade só chegou à filosofia pela política e para a política.”¹⁴

14. Segundo a fórmula de A. Diès em seu prefácio da *República*, trad. fr. E. Chambry, Paris, Les Belles Lettres, 1959; ver também W. Jaeger, *Paideia, la for-*

Na sua famosa carta VII¹⁵, hoje considerada autêntica, Platão conta como, convocado para a vida política por pertencer a uma família aristocrática influente, decepçiona-se, primeiro com o governo dos Trinta e os abusos da oligarquia e, depois, com o regime democrático que condena Sócrates à morte. Percebe, assim, que uma ação política direta, conduzida com honestidade, é impossível na própria polis de Atenas e que ela pressuporia a *educação* de futuros cidadãos de elite. É com esse fim que funda a Academia. Nem por isso abandona a esperança de desempenhar um papel político numa colônia mais aberta para uma reforma adequada: daí suas viagens a Siracusa, que também o decepçionam, e sua amizade com Díon de Siracusa. Sua atividade literária e filosófica continua voltada para a política e atinge seu auge, sem dúvida, nos diálogos da *República*, obra da maturidade, e das *Leis*¹⁶, sua última obra, o legado último de seu pensamento. Sim, *Platão só chegou à filosofia por e para a política*.

A doutrina de Platão forma um todo. Não podemos, aqui, examinar detalhadamente a formação de suas teorias das *idéias*, do amor (*Banquete*), da imortalidade da alma (*Fédon*) ou da origem do mundo (*Timeu*), embora tudo isso esteja ligado à política. Interessam-nos mais diretamente: *Protágoras*, *Górgias* (sobre o qual dissemos algumas palavras a propósito da teoria do direito dos sofistas que ali é discutida) e sobretudo as três principais obras que são a *República*, o *Político*¹⁷ e as *Leis*.

Mais que a leitura de qualquer livro sobre Platão, a leitura da *República*, essa maravilhosa obra, é obrigatória para todo estudante. Trata-se de uma conversa sobre a justiça e sobre o direito (as duas noções, como veremos, são indis-

mation de l'homme grec, Paris, NRF, Gallimard, 1964 [trad. bras. *Paidéia, a formação do homem grego*, São Paulo, Martins Fontes, 4ª ed., 2001].

15. Platão, *op. cit.*, t. 2, pp. 1185 ss.

16. *Ibid.*, pp. 635 ss.

17. *Ibid.*, pp. 339 ss.

sociáveis); sobre a justiça no indivíduo (é o ponto de partida do diálogo) e, em seguida, em “letras maiúsculas”, no Estado. Platão descreve então a idéia da polis modelo, seus princípios constitucionais (o filósofo-rei), a organização das classes, particularmente a dos *guardiões* (vivendo em comunidade de bens, de mulheres e de crianças), e sobretudo o sistema de educação e o tipo de homem que corresponde a esse regime ideal. Mas Platão, assim como é capaz de imaginar o ideal, é capaz de observar bem a realidade: na seqüência da descrição do Estado perfeito que não existe, vem a dos regimes imperfeitos e degenerados (timocracia, oligarquia, democracia e tirania), a das revoluções que fatalmente levam de um desses regimes ao outro, dos tipos de homens que a eles correspondem. O diálogo se encerra com o mito de Er, o Panfílio, ou seja, com a evocação da idéia de imortalidade da alma, sanção suprema da justiça.

Teremos menos elementos para tomar do *Político*, obra hoje considerada uma das últimas escritas por Platão. É uma suposta conversa entre “o Estrangeiro” e “Sócrates, o Jovem”, sobre a essência da ciência política; nessa obra, são analisados a função real, a justiça e o papel das leis.

As *Leis*, enfim, são o testamento de Platão, sua última obra, inacabada. Numa estrada de Creta, a caminho de um santuário religioso, caminham e conversam três anciãos: um ateniense, filósofo, que desempenha o papel do mestre, um espartano e um cretense. O cretense está encarregado, precisamente, de participar na fundação de uma colônia, à qual serão dadas leis. A discussão gira, primeiro, em torno da finalidade e dos fundamentos da autoridade e dos meios de descoberta de boas leis. Em seguida, à medida que avançam, imaginam uma legislação completa. Notam-se diferenças em relação ao retrato da polis ideal da *República*: o comunismo parece ser abandonado assim como o sonho, utópico demais, de confiar o governo apenas ao filósofo. Essa obra de maturidade revela um tom mais realista. Os historiadores do direito antigo encontram nela, ademais, muitas informações preciosas para o conhecimento das institui-

ções. Mas, de todos esses diálogos, devemos conservar apenas o que diz respeito aos princípios. Qual é, para Platão, a essência do direito? Quais são as fontes de descoberta? Que princípios gerais governam seu conteúdo?

I. A definição do direito

Este é o problema mais abstrato e mais difícil de conceber da filosofia do direito. É difícil entender que existam concepções extremamente diversas do direito e que as divergências relativas à definição do direito não são destituídas de interesse prático.

Não presumimos que exista uma *essência* do direito que “a ontologia jurídica” se empenharia em reconhecer; que tenhamos bons motivos para buscar uma definição “real” de o que o direito é (a empreitada não é tão absurda, já que há quem pense isso hoje). Em todo caso, existem diferentes maneiras de recortar as fronteiras da arte jurídica, em relação com as outras artes ou as outras ciências (por exemplo, a moral, a religião, a economia política, a ciência dos costumes); e a atividade jurídica depende desse recorte inicial: o conteúdo da legislação, a extensão da missão do juiz, os programas de ensino do direito.

E o fato é que essa delimitação das fronteiras do direito variou enormemente ao longo da história e nunca deixou de se mover.

Platão tratou especificamente desse problema? Procurou definir o direito? Numa passagem do *Político*¹⁸, que comentaremos mais adiante, ele nos fala da arte dos juizes (*he dikastiké*) tal como é exercida nas polis imperfeitas em que vivemos e dá dela uma descrição sumária. Mas, de modo mais geral, trata da política: o tratado que leva esse nome (*politikós*) destina-se a definir a *ciência política*. Mas lemos

18. *Ibid.*, 305 b e c, p. 418.

nele que a missão do homem político é a descoberta do *jus-to*, e, acessoriamente, também das *leis*: *dikaion, nómoi*. O estudo dessas duas noções é objeto dos dois grandes tratados da *República* (*politeía*) e das *Leis*. E é possível traduzir esses dois termos pela palavra *direito*. Platão trata da ordem jurídica que, segundo ele, deve ser alvo de toda a atenção do homem político; procura definir sua essência e suas fronteiras próprias.

Mas o conceito platônico de direito é bastante estranho ao nosso pensamento contemporâneo. Embora Platão trate efetivamente do direito, apresenta dele uma noção para nós surpreendente.

Primeiro, fica bem evidente que, para Platão, o papel do jurista não consiste apenas em aplicar ou estudar leis existentes, as leis escritas do Estado. Embora a passagem do *Político* citada anteriormente, relativa à *dikastiké* dos regimes degenerados, possa suscitar alguma dúvida a esse respeito, o conjunto de sua obra protesta contra tal definição. No próprio tratado do *Político*¹⁹, Platão compara os decretos injustos da assembléia do povo (como, aliás, os dos tiranos) com prescrições médicas que proviessem de uma assembléia qualquer de ignaros: não seriam prescrições médicas. Também se lê, no tratado das *Leis*, numa expressão que será retomada inúmeras vezes, que uma lei injusta, uma lei ruim não é uma lei, não é direito²⁰.

Platão rejeitaria vigorosamente a definição do positivismo jurídico segundo a qual o direito seria o conjunto das regras positivas estabelecidas pelo Estado; e seu corolário: o trabalho de jurista consistiria em conhecer (como era o caso das faculdades de direito francesas no começo do século XIX) e aplicar textos de lei. Seu programa de estudos é mais vasto: assim como o médico procura o remédio mais útil, o jurista está à procura da melhor solução.

19. *Ibid.*, 298-9, pp. 405 ss.

20. *Ibid.*, IV, 715 b, p. 761.