GUILHERME ROMAN BORGES

O DIREITO CONSTITUTIVO:

**Um resgate greco-clássico do *Nóμιμον ἔθος* como *Εὐταξία Νόμιμη* e
*Δικαστηκὴ Ἀσκηση***

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. TITULAR TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2011

GUILHERME ROMAN BORGES

O DIREITO CONSTITUTIVO:

**Um resgate greco-clássico do *Νόμιμον ἔθος* como *Εὐταξία Νόμιμη* e
*Δικαστηκὴ Ἀσκηση***

*Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Doutor no Programa
de Pós-Graduação em Direito, área de
Filosofia e Teoria Geral do Direito, da
Faculdade de Direito, do Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade de São Paulo,
sob orientação do Prof. Titular Dr. Tercio
Sampaio Ferraz Júnior*

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2011

O DIREITO CONSTITUTIVO:
**Um resgate greco-clássico do *Νόμιμον ἔθος* como *Εὐταξία Νόμιμη* e *Δικαστική*
*Ἄσκηση***

Por

GUILHERME ROMAN BORGES

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela comissão formada pelos Professores:

Orientador: Prof. Titular Tercio Sampaio Ferraz Júnior

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

São Paulo, _____ de _____ de 2011.

*À minha pequena amada Érica, por
tudo o que já vivemos, pelo amor que
já dissemos, pela alegria que já
sentimos; até que as risadas nos
avelhem, que as conversas nos
grisalhem, que os netos nos abracem.*

*Γνῶθι σαυτόν.
Ζημίαν αἰροῦ μᾶλλον ἢ κέρδος αἰσχρόν
Θυμοῦ κράτει.
Νόμος πείθου.
Μηδὲν ἄγαν καιρῶι πάντα πρόσεστι καλά.
(Χίλων Δαμαγήτου Λακεδαιμόνιος)*

*Conheça a si mesmo
Prefira uma perda a um ganho vergonhoso
Cuide de conter a ira
Obedece às leis
Nada em demasia: tudo é belo se na justa medida.
(Kílon, filho de Damaguito, Lacedemônio, +/- 600 a.C.)*

*Πῶς ἂν οὖν ἴδοις ψυχὴν ἀγαθὴν οἷον τὸ κάλλος ἔχει;
Ἄναγε ἐπὶ σαυτὸν καὶ ἴδε· κἂν μήπω σαυτὸν ἴδῃς καλόν,
οἷα ποιητῆς ἀγάλματος, ὃ δεῖ καλὸν γενέσθαι, τὸ μὲν
ἀφαιρεῖ, τὸ δὲ ἀπέξεσε, τὸ δὲ λεῖον, τὸ δὲ καθαρὸν
ἐποίησεν, ἕως ἔδειξε καλὸν ἐπὶ τῷ ἀγάλματι πρόσωπον,
οὕτω καὶ σὺ ἀφαίρει ὅσα περιττὰ καὶ ἀπεύθυνε ὅσα
σκολιά, ὅσα σκοτεινὰ καθαίρων ἐργάζου εἶναι λαμπρὰ καὶ
μὴ παύσῃ τεκταίνων τὸ σὸν ἄγαλμα, ἕως ἂν ἐκλάμψειέ σοι
τῆς ἀρετῆς. (Πλωτίνος, Εννεάδες, I, VI, 9, Τὸ Καλόν)*

*Como encontrará em si próprio a beleza de sua alma
excelente? Entre em si mesmo e se examine. Se não
encontrar ainda a beleza, faça como o escultor que
subtrai, tira, lustra, depura até que tenha ornado de
beleza a sua estátua. Subtraia da alma tudo que é
superficial, endireite tudo o que não está certo, purifique
e ilumine o que é obscuro, e jamais pare de aperfeiçoar
a sua estátua até que lhe brilhe a sua virtude. (Plotino,
Enéadas, I, VI, 9, O Belo)*

AGRADECIMENTOS

A minha amada Érica por toda ajuda que me deu nestes anos e por ter aguentado este meu jeito desinquieto, por toda nossa amizade, por tudo o que já vivemos e por tudo que a vida nos guardará para sempre.

A alma de meu pai, pelo pouco que vivemos e brincamos. A minha mãe Erna, por todo amor declarado, por todo o apoio que recebi em minha vida, pelo imenso caráter e pelo exemplo de esforço e dedicação que me ensinou.

A minha irmã Clara, pelo exemplo de dedicação aos estudos e à vida acadêmica, por sua cultura e por nossas tantas discussões, que tanto me estimularam nestes trinta e dois anos.

A família da Érica, Dona Sonia, Júnior e Clarissa, e Melina, pelo convívio e pelas tantas risadas.

Ao Professor Titular Dr. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, pelas aulas, pela orientação, pelo apoio e incentivo, e, sobretudo, o que há de mais válido em toda a orientação, o exemplo de austeridade, competência e humildade, os quais levo como modelo não apenas de academia, mas de vida.

Ao Professor Titular Dr. João Maurício Adeodato, pela amizade e pelo apoio em todos os momentos, pelas portas abertas, pelo exemplo intelectual, pelos conselhos e por ter caminhado sempre comigo na vida acadêmica.

Ao Professor Dr. Titular Mihail Paroussis, por ter me recepcionado e orientado pelo ano de 2008 na *Sholé Anthropolítikon kai Koinonikon Epistémou Tméma Philosophías Panepistímio Pátron Elleniké Demokratía* (Faculdade de Filosofia da Universidade Patras, Grécia).

Ao Professor Ordinário Massimo Pavarini, pelo exemplo, pela total solicitude, que me permitiu realizar pesquisas doutorais no último trimestre de 2008 junto à *Biblioteca A*.

Cicu e a Biblioteca del'Archiginnasio de Bologna, Itália, sem o qual não teria tido acesso aos principais textos epigráficos e de papirologia.

Ao Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Duve, Direktor do *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*, de Frankfurt, Alemanha, pela possibilidade de ser aceito e realizar pesquisas junto à biblioteca como visitante em junho e julho de 2010, e como bolsista em janeiro de 2011, onde encontrei todos os textos clássicos de direito grego e de filosofia do direito grego necessários.

Aos Professores Dr. Ari Marcelo Solon e Dr. Samuel Rodrigues Barbosa pelas considerações tão relevantes e úteis na banca de qualificação e pela verdadeira postura de pesquisadores e professores, algo um tanto raro nos dias de hoje.

A Professora Associada Dra. Elza Antonio Pereira Cunha Boiteux, pelo exemplo de simplicidade e conhecimento, pelo apoio e incentivo nestes anos de mestrado e doutorado.

A CAPES, pelo financiamento e a Universidade Positivo, na pessoa do amigo e coordenador Marcos Alves da Silva, igualmente pela bolsa de estudos concedida para que pudesse realizar meus estudos na Grécia.

A Rose, *in memoriam*, pelo amor desde criança que permanecerá por toda a vida.

Aos amigos e irmãos que estiveram próximo e por toda ajuda, discussão e atenção, mesmo nos finais de semana e feriados: Eros Belin de Moura Cordeiro e Rui Carlo Dissenha. Lembrem que a amizade está longe do querer humano, está mais próximo dos espíritos. Mas ao mesmo tempo é o mais humano dos sentimentos, o mais forte, o mais vivo. Ter um amigo é uma condição sublime de existência; é saber que lá, o mais longe possível, lá onde nada mais existe ou dá certo, ao menos existe alguém: o amigo. Se por um lado, o amigo é aquele com quem se quer viver sempre próximo, ao mesmo tempo é a única pessoa de quem também se pode viver sempre longe, que ao contrário de outras tantas pessoas, é a única que manterá a sua mesma condição na vida: de amigo.

Aos meus amigos de infância e que seguem comigo, Bruno Hatschbach, Max Latz, Breno Aurélio, Roberto Acosta, Felipe Paquete, Eddie Ribas, Marlo Martins que, embora nunca tenham lido este texto, e talvez nunca o lerão, deixo aqui minha lembrança da amizade. Lembrem que a amizade requer maturidade, requer um caminhar junto na vida, um sonhar sobre o futuro, um questionar-se comum sobre o presente, e, sem dúvida, uma imensa saudade do passado, da comunhão de alguns atos, que contam a sua própria história de vida, e a história do amigo. E, talvez, por isso, acredito que os amigos sejam grandes contadores de histórias, que escavam o passado em busca sempre daquela origem silenciosa da amizade, que nunca sabemos ao certo quando começou. A amizade parece ter essa vocação arqueológica, cujo propósito, de fato, seja entender como seria a vida se não fôssemos amigos.

A todos os outros amigos, por nossos momentos, sem os quais de nada adiantaria a vida: Roberto Del Claro e Glaucy Del Claro, Larissa Fischer Sbrissia Dissenha, Noemia Paula Fontanela de Moura Cordeiro, Clayton Maranhão, Paulo Ricardo Opuzska, Joseph Abou Chahla, Pedro Luciano Evangelista Ferreira, Cláudia Regina Silveira Moreira, Priscila Placha Sá e Jonathan Serpa Sá, Renata Ceschin Melfi de Macedo, Everson Talgatti, Marcelo de Meira Santos Lima, Angela Reksidler Braga, Daniel Viegas e Luciana Bandeira Mendez Ribeiro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
A – PRELIMINARES: Justificativas, Hipóteses e Metodologias	5
CAPÍTULO I – As encruzilhadas contemporâneas	5
1. Justificativa: a jusfilosofia moderna e o desalinhamento atual.....	5
2. Hipótese de validade: o retorno aos clássicos e a “experiência do fora”	20
3. Hipótese de legitimidade: a discussão acadêmica sobre o direito grego	27
CAPÍTULO II – A “experiência exterior” e os vetores metodológicos	40
1. Metodologia filosófica: o fundamento da experiência “do fora”	40
2. Metodologia gnosiológica: o método arqueogenealógico	54
3. Metodologia histórica: as fontes de pesquisa, os direitos gregos e o campo histórico específico	75
B – FUNDAMENTAÇÃO: A jusexperiência grega antiga	91
CAPÍTULO I – A juridicidade entre os gregos	91
1. Os contornos do “jurídico”	91
1.1. A semasiologia clássica do problema jurídico e a formação do pré-direito	91
1.2. O aparecimento do <i>Νόμος</i> e a questão <i>Νόμος</i> versus <i>Φύσις</i>	98
2. A formulação da norma clássica	109
2.1. Traços conceituais.....	109
2.2. Questões normativas: <i>Ἀγραφοὶ Νόμοι</i> , <i>Ἀνομία</i> , e <i>Δικαιοσύνη Γνώμη</i>	117
3. A jusracionalidade	132
3.1. As virtudes sistêmicas: <i>Δικαιοσύνη</i> , <i>Ἐπιείκεια</i> , <i>Σοφροσύνη</i> e <i>Φρονήσις</i>	132
3.2. A dialogia jurídica: <i>Διάλογος</i>	152
CAPÍTULO II – A estruturação do jurídico	162
1. As instituições e as personalidades jurídicas	162
1.1. Instituições constitucionais: <i>Ἀρεῖωπαγὼ</i> , <i>Ἡλιασταί</i> , <i>Βουλή</i> , <i>Εκκλησιά</i>	162
1.2. As personagens jurídicas centrais	167
2. A materialidade do direito	176
2.1. As normas do espaço público e privado	176
2.2. As normas do espaço criminal	184
3. A processualidade do direito.....	189

3.1. A natureza processualística: o direito de ação	189
3.2. Os procedimentos e os atos processuais	192
CAPÍTULO III – O <i>Νόμιμον Ἔθος</i>	200
1. A <i>Νόμιμη παιδεία</i>	200
1.1. O conceito de <i>Παιδεία</i>	200
1.2. A educação para as normas e pelas normas	207
2. O <i>Νομικός</i>	215
2.1. O <i>Νόμιμον ἔθος</i> e a cultura de si	215
2.2. Juristas curadores de Si	226
3. Essência e finalidade do direito	231
3.1. A constituição de si	231
3.2. Objetivos gerais: <i>Εὐδαιμονία</i> e <i>Φιλανθρωπία</i>	242
C – PROPOSIÇÕES: Por um “direito constitutivo”	250
CAPÍTULO I – Síntese para a construção de um “direito constitutivo”	250
1. A <i>Νομοφιλοσοφία</i> como <i>Εὐταξία Νόμιμη</i> e a singularidade da <i>jusexperiência</i> greco-clássica	250
2. O “direito constitutivo” e sua premissa: <i>Δικαστική Ἀσκηση</i>	254
CAPÍTULO II – Gnoseologia de um “direito constitutivo”	260
1. As bases cognitivas do direito constitutivo: <i>Σοφία</i> e <i>Ἐλευτερία</i>	260
2. O fim do direito constitutivo: a imbricação entre <i>Ἔρως</i> , <i>Δίκη</i> e <i>Νόμος</i>	274
CONCLUSÃO	282
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	284
A – BIBLIOGRAFIA SOBRE OS GREGOS	284
I – Clássica	284
II – Jusfilosófica	286
III – Jurídica	290
IV – Jusdocumental	302
B – BIBLIOGRAFIA METODOLÓGICA	303
I – Filosófica	303
II – Gnoseológica	304
III – Histórica	305
C – BIBLIOGRAFIA DE APOIO REFERIDA	306

RESUMO

A pesquisa pretendeu encontrar na experiência jurídica grega dos séc. VI a IV a.C. um novo modal normativo, para além dos clássicos permitido, proibido, facultado, cujo conteúdo se emoldurasse num carácter “constitutivo”. A partir dos estudos do direito grego desenvolvidos desde o final do séc. XIX, especialmente daqueles trabalhados pelos atuais *scholars* europeus e norte-americanos, buscou-se resgatar nesta experiência uma forma de pensar o conteúdo normativo de modo diverso do presente, tentando escavar na leitura da norma e no relacionamento dos homens com o fenómeno jurídico uma maneira de ver o direito enquanto “direito constitutivo” de virtudes e de subjetividades austeras. Para tanto, foram fundadas algumas premilinares essenciais, capazes de justificar o porquê dos estudos sobre o direito grego – sobretudo no Brasil –; a necessidade de olhar a experiência clássica como algo radicalmente diverso e novo – experiência exterior – e não recobro histórico; bem como o método arqueogenealógico condutor da aproximação com os antigos. Em seguida, foram levantadas as principais contribuições da experiência jurídica grega, do seguinte modo: a análise da juridicidade (norma e jusracionalidade), da estrutura deste jurídico (instituições, materialidade e processualidade), e do modo de agir/ser normativo (educação jurídica, jurista e essência do direito). Ao final, aspirou-se definir os traços desta forma de ver a experiência jurídica grega enquanto “direito constitutivo”: uma maneira peculiar de ler a filosofia do direito enquanto saber constitutivo, os contornos deste direito bem como os seus vetores epistemológicos e seu fim.

ABSTRACT

The research has intended to find in Greek juridical experience between the VI and IV centuries b.C a new normative modal as an exclusive moral issue – normative modal – beyond the classical allowed, forbidden and granted. Drawing heavily on the current North-American and European scholars and also since by those started at the bottom of XIX century, the research has tried to dig up in the norm and the relationship between citizens and that one, a particular manner of think law as “constitutive law” of virtues and austere subjectives. After has founded some essential questions: the reason of study greek law – namely in Brazil – and the construction of the thesis greek approach like the archeogenealogical method and the outside philosophical experience, the research has defined the substance of ancient greek law: starting from the singular structure of law and its applications, passing by the rationality, the basic material e procedure rules and arriving at normative way of acting and being. Finally, the research has attempted to define the features of this way of looking at ancient greek law experience as “constitutive law”, by analyzing a particular way of read philosophy of law as constitutive thinking, the outlinings of this law and the epistemological vector and its bounds as well.

INTRODUÇÃO

A realidade contemporânea é notoriamente conhecida por sua intrínseca natureza atribulada, insustentável e frágil diante da porosidade das relações de ordem simbólica e material. Seja do ponto de vista político, cultural, jurídico, internacional, não faltam argumentações que procuram compreender esse momento, a que muitos intelectuais costumam denominar de “crise”. Também não são novas as críticas que demonstram ser a presente pós-modernidade uma grande falácia, carregada de um grande argumento retórico e midiático, e cuja sustentação não encontra realmente um momento de ruptura, de corte epistemológico etc.

Na *Lebenswelt* (mundo da vida), valendo-se da expressão husserliana,¹ vive-se um peculiar momento de insegurança nas relações privadas, marcado por uma corrupção incomensurável do caráter, uma predestinação para o embuste, para as falcatuas, para as traições, para as deslealdades. Tem-se uma sociedade do elogio do vício, do desregramento individual, da valorização da preguiça e do acesso às coisas de modo rápido e fácil. Desespera-se pela colheita, sem o tempo devido da sementeira. No campo público, também não são poucos os exemplos em que a improbidade toma conta dos atos, contratos, conchavos, conluios, quando no lugar deveria haver o cuidado supremo com a coisa pública, com o interesse coletivo, com o bem de todos.

Certamente na *Rechtswelt* (mundo jurídico), valendo-se Hassemer,² não faltam considerações sobre a fragilidade dos valores. Há um corpo de pessoas, absorto numa imagem de sucesso, vocacionado ao brilho e às titulações, sem qualquer predileção pelo exercício austero e sério da experiência normativa em toda a sua amplitude e em todos os seus campos. A busca por títulos honoríficos ou acadêmicos, a fuga da disciplina, do esforço, a preocupação com cargos, lugares etc. constituem grande parte do horizonte jurídico. Vê-se pela consagração da era dos palestradores, a geração dos seminários e dos congressos; dos cursos telepresenciais, que mais exigem apresentadores e menos professores; do louvor ao ídolo e não aos mestres. Há, portanto, nos mais diversos níveis

¹ HUSSERL, Edmund. **Die Lebenswelt: Auslegungen der vorgegebenen Welt und ihrer Konstitution.** Texte aus dem Nachlass (1916-1937) Gesammelte Werke, Band 39, Rochus Sowa ed. Springer, Dordrecht, 2008). Esta reflexão também aparece anos mais tarde em: HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns.** v.1 Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 106.

² HASSEMER, Winfried; REEMTSMA, Jan Philipp. **Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit.** München: C. H. Bech, 2002, p. 169.

jurídicos, uma evidente falta de preocupação com o “cuidado de si”, com o cuidar da vida como uma experiência de realizações morais e não materiais.

Essas tumultuadas experiências atingem inevitavelmente o campo do normativo, da ciência do direito, por tocarem, de um modo ou de outro em questionamentos e conflitos de ordem moral. Isto implica que a jusfilosofia, a quem compete, por excelência, a reflexão sobre os fundamentos e os vetores epistemológicos do direito, obriga-se a se debruçar sobre esta tormentosa situação, a fim de indicar possíveis caminhos de fuga e de reformulação.

Contudo, nesta pesquisa, não se pretende traçar um panorama para a jusfilosofia de hoje, mas, antes, investigar uma experiência jurídica distinta, como foi a dos clássicos, e empurar o pensamento atual para um lugar inusitado, capaz de trazer à luz linhas de argumentação, vetores de questionamentos, valores de fundamentação hábeis a colocar dúvidas no saber contemporâneo, e, quem sabe, servir de ferramental para ler tais problemas de um modo diverso.

Procurando perseguir este propósito, e antes de ingressar no tema propriamente dito, algumas páginas introdutórias serão desenvolvidas, com vistas a mostrar de onde as idéias partiram, quais os caminhos escolhidos, e quais os vetores que guiaram a reflexão. Com isto, o que se pretende é assentar o rigor científico com o qual a pesquisa foi elaborada, deixando claro, desde logo, um plano inicial de base, que analisará dois campos de alicerce: a) um referente às justificativas e hipótese da pesquisa, e, b) outro da metodologia usada.

Assim, nesta primeira parte, num primeiro capítulo, o propósito é demonstrar as “justificativas” de se proceder a uma pesquisa sobre este tema. Aqui se tentarão demonstrar as razões de se empreender uma reflexão na filosofia do direito como essa atualmente. Para tanto, serão apresentadas os conturbados contornos da realidade que se vive (um pouco do que acima foi dito no que diz com a frugalidade dos valores), das teorias jurídicas tradicionais que existem, bem assim as teorias contemporâneas e a maneira como elas têm procurado discutir o “fenômeno jurídico”, para, em seguida, apresentar a necessidade de se encontrar perfis teóricos para as leituras jurídicas contemporâneas com outra feição, e, logo, justificar a importância de se retornar aos gregos. Igualmente, nesta parte inicial se procurará demonstrar o quanto discutir os gregos hoje é válido e o quanto já o foi feito pela história e pela filosofia do direito do último século.

Num segundo capítulo, pretende-se esclarecer a “metodologia” que fundamentou a pesquisa. Numa perspectiva filosófica, optou-se pela visão da filosofia francesa da “experiência do fora”, de sua capacidade de abrir caminhos teóricos de maneira inusitada, e, que aqui muito convém, visto que o direito grego (como será trabalhado) não será apenas refletido como técnica jurídica histórica, mas como uma “outra realidade”, que, embora já vivida, é tão distante que se apresenta como algo estranho, algo “exterior”, algo “novo”, a ser novamente enunciado. Num viés gnoseológico, que marca o modo como essa experiência jurídica grega foi recobrada da antigüidade, conveio estabelecer também uma matriz historiográfica, que aqui se optou pelo “método arqueogenealógico” elaborado por Michel Foucault nos anos sessenta do século passado. Sua proximidade com a “experiência exterior” e sua capacidade de articular discursos e relações de saber e de práticas permite acessar o direito grego de um modo interessante, e, talvez se arrisque dizer, o mais seguro método para um direito essencialmente discursivo e dialogado como era. Por fim, à medida que os dados históricos serão retomados, fez-se por bem estabelecer bases metodológicas históricas, especialmente a fim de delimitar qual o momento histórico estudado, quais as fontes históricas e qual direito grego que se deixou enunciar nesta pesquisa.

Concluído este primeiro passo da tese, de suas “preliminares”, que é antes demonstração de um ferramental do que qualquer outra forma de esforço filosófico, será oportuno passar para a análise mais detalhada – embora naturalmente apenas um pequeno esboço se poderá fazer, dada a sua complexidade – da “experiência jurídica grega”. Aqui, nesta segunda parte, de “fundamentação de tese”, serão apresentados os resultados argumentativos efetivos da pesquisa realizada, que se dedicou a examinar os vestígios históricos e filosóficos da experiência jurídica grega, de todo o seu arcabouço normativo, dogmático, processual e epistemológico, com vistas a nela encontrar uma forma peculiar dos homens se relacionarem com o fenômeno jurídico. A exposição do “direito grego” foi elaborada em três capítulos: a) num primeiro, foi investigada a “juridicidade” entre os gregos, sendo abordados os contornos do “jurídico”, a formulação da norma clássica e a sua jusracionalidade; b) num segundo, a estruturação do “jurídico”, a partir das instituições políticas, da materialidade do direito em seus diversos campos e a processualidade do direito; c) num terceiro capítulo, o modo de agir normativo, exposto por uma educação jurídica, pela singular figura do jurista e pela caracterização de uma incomum essência do direito.

Assim, o que se tentou visualizar entre os gregos antigos, trazida à tona pelas legislações, pelos discursos dos oradores, pelas interpretações filosóficas clássicas, pelas colheitas historiográficas (através de seus institutos e sua racionalidade), foi a imagem de um “matriz constitutiva e ascética” do direito, jamais vivida em outros tempos, naturalmente elaborada para que a norma tivesse um caráter pedagógico de “constituição de virtudes”, e, deste modo, uma imensa preocupação com o Outro. O olhar investigativo foi direcionado para um emaranhado arquivo histórico, dado entre os sécs. VI e IV a.C, em que diversos discursos se deixam visualizar, capazes de mostrar que entre os gregos havia uma nítida “experiência austera” do fenômeno jurídico.

Por fim, uma vez apresentada a experiência jurídica grega e vista aqui enquanto “disciplina ascética”, será construída uma terceira e derradeira parte, de “proposição de tese”, que pretende mostrar como a experiência jurídica grega tinha um cunho essencialmente “constitutivo”, radicalmente diverso do mundo contemporâneo.

Para isto, dois capítulos elaborarão o que se poderia chamar de um “quadro”, de uma moldura para singularizar este perfil do direito grego: a) um primeiro, que faz uma síntese do que seria este “direito constitutivo”, de matriz cognitiva e racional grega, discutindo uma outra conformação da filosofia do direito, sua definição e as premissas que sustentam esta matriz constitutiva; e, b) um segundo, que elabora a gnoseologia deste direito a partir das variáveis gregas da temperança, da justiça como virtude, da equidade, da ascese e da felicidade como finalidade do direito, tentando encontrar este novo “modal normativo”, esta forma de expressão do fenômeno jurídico que busca ser um “direito constitutivo” de virtudes e de ocupação com o Outro.

A – PRELIMINARES: Justificativas, Hipóteses e Metodologias

CAPÍTULO I – As encruzilhadas contemporâneas

1. Justificativa: a jusfilosofia moderna e o desalinhamento atual

Inúmeros problemas de ordem política, jurídica, econômica, social etc. fazem parte da episteme contemporânea, que certamente não são exatamente os mesmos de outros contextos de saber e de poder que marcaram épocas distintas. Não é novidade que a realidade atual é gravada por certa fluidez de raciocínios, de práticas, de conhecimentos, típica de uma cultura de ágeis trocas, rápidas acomodações, múltiplos contatos, variados acordos, complexas interconexões. Uma profunda e vasta baldeação de signos entre subjetividades também robustamente heterogêneas que torna o encontro de objetivos, de percepções, de mundividências inevitavelmente desusado, extravagante, com o qual os homens de hoje pouco sabem lidar.

Não é por outra razão, que a questão cultural talvez seja atualmente um dos problemas mais refletidos e investigados pelos pensadores. A questão ética, os modos de agir e de pensar, as escolhas de vida e de práticas sociais, a enumeração de prioridades, em suma, o campo dos valores talvez seja o elemento central de uma reflexão sobre o ser humano. Em outros tantos tempos também se debruçaram os investigadores a questionar problemas éticos, porém, certamente jamais estiveram marcados por esta realidade fugaz que hoje se vive. Distintos problemas havia, mas cuja cinese também era outra.

As técnicas criadas pelo homem moderno, seus saberes científicos, pragmáticos lhe trouxeram indubitáveis conquistas materiais, porém algumas atribulações de ordem espiritual, psicológica e filosófica certamente convieram a este contexto e marcaram os dias de hoje com certa peculiaridade. Isto empurra os intelectuais a tentarem refletir campos próximos aos valores, e, nesse contexto, sem dúvida, o “jurídico” aparece nos horizontes de algumas indagações. Sua proximidade com a moral e mesmo sua tentativa de singularização costura o modo de vida ao fenômeno normativo e impõe uma conseqüente disposição ao estudo das relações entre a “norma” e a “conduta ética”.

Eis porque não são poucos os filósofos do direito de hoje que se questionam sobre os fundamentos do direito contemporâneo, numa tentativa de encontrar a sua origem, o seu

caminho, o seu rito e nele tentar desvelar os erros e os caminhos tortuosos escolhidos pelo homem na sua relação com a história do fenômeno normativo. As teorias jurídicas contemporâneas, quando não se dedicam a apontar os problemas, dedicam-se de outro modo a buscar soluções nos mais variados campos da técnica jurídica, e nas suas mais variadas conexões com outros saberes científicos.

Por isso, a reflexão sobre o direito, hoje, guarda foros de reflexão moral, e o seu profundo conhecimento é de um modo ou de outro uma forma de investigação sobre a natureza humana. Refletir o direito hoje tem um cunho terapêutico, à medida que a sua compreensão talvez possa corrigir possíveis erros e objetivos eleitos pelos homens. Houve um tempo, moderno, que o estudo do direito era uma técnica de coexistência social e de progresso, porém, hoje, volta novamente a ser preciso pensá-lo de outro modo, desde outro ponto de vista, capaz de carregá-lo de novos sentidos e nesse percurso refleti-lo como forma de exercício ascético de vida, de disciplina normativa pessoal, de experiência ética.

As *μανίας* (insanidades) do homem contemporâneo parecem ter sido sempre coibidas e curadas pelo direito moderno, com sua arcaica e medieval noção de “culpa”, porém já é sabido, desde Foucault, que as Ciências Humanas e seu apropriar-se cientificamente do homem para conhecê-lo, antes, é um instrumento de poder e de dominação, uma forma de docilização, de moldura do homem (não foi à toa que ele propôs uma forma de fragmentação do saber jurídico). Mas se as Ciências Humanas, e, neste contexto, a Ciência Jurídica, exerceram formas de subjugação humana, conduzindo os corpos maleáveis à objetivação da ciência e à necessidade do capitalismo, hoje, parecem ser questionadas em seu fundamento epistemológico, e predis põem os filósofos, e, naturalmente, os filósofos do direito a tentar reconfigurar, formatar novamente o seu *status* cognitivo.

Parcela significativa dos problemas existentes, criados na modernidade, foi trabalhada pela teoria juspositivista que despontou de modo mais intenso no séc. XIX e que perdurou até a Segunda-Guerra Mundial. A leitura tradicional contribuiu, de certo modo, para edificar o sistema positivo e a ciência jurídica, porém, de outro, para estabelecer uma rígida estrutura discursiva e jusfilosófica voltada à conservação das relações sociais, dos valores, dos institutos etc. A manutenção da ordem e sua eficiência econômica esteve na matriz no direito positivo, e, por certo, das reflexões jusfilosóficas deste séc. XIX e início do séc. XX.

Quando se menciona “discurso de conservação”, por certo que não se está a falar num sentido pejorativo, de “conservador”, mas, sim, naquele estatuto epistemológico do discurso jurídico criado, de modo mais vivo, na era napoleônica, com todos os valores, princípios, modos de agir e de pensar dos ideais burgueses do então Estado de Direito. A própria jusfilosofia se voltou a este arsenal patrimonialista e individualista de matriz juspositivista, procurando discutir meios e instrumentos da racionalidade do direito que servisse ao espírito do capitalismo industrial, logo, de uma segurança jurídica e de uma certeza à frente de qualquer mecanismo de proteção e constituição de virtudes. No jogo negativo das normas, típicas daquela postura jurídica, de freios do arbítrio estatal, construiu-se todo um arsenal para conservar as estruturas epistemológicas do direito do modo como se encontravam.

As idéias de certeza, evidência, previsibilidade, eficiência, segurança, calculabilidade comportamental, totalidade teórica, segundo Chaïm Perelman³, foram o motor de discursos destinados a discutir o conteúdo fundamental do direito, travestido nas discussões sobre a “teoria da norma”. Calçados no positivismo filosófico de August Comte e Herbert Spencer, os criadores do positivismo jurídico, desde uma leitura das ciências naturais, procuraram produzir discursos que compreendessem o homem em sua totalidade, pois, uma vez conhecido, seria possível dar-lhe a “terapêutica” adequada, ou, quisera Foucault, a “dominação” possível e normalizadora.⁴

Liderados por Wilhem Von Humboldt, começam os positivistas ainda no séc. XIX a traçar um programa normativo sem qualquer interferência fática ou subjetiva para o direito moderno. A busca pela pureza da “normatividade” e dos contornos do jurídico, fizeram seus sectários imprimirem uma matriz de conservação para o direito, sustentada, segundo Norberto Bobbio, sob as seguintes perspectivas: i) o direito deve ser visto como fato, e não como valor – o que só se consegue com um formalismo jurídico; ii) o direito deve ser definido em função do elemento da coação, vez que se trata de um direito emanado e instituído pelo Estado (direito que garanta as condições vitais da sociedade – concepção puramente estatal-legislata do direito); iii) o direito tem como fonte preeminente a teoria da legislação, de tal como que a lei é vista como a única fonte de qualificação do direito, complexa e hierarquicamente ordenado pelo Estado; iv) o direito se

³ PERELMAN, Chaïm. **L’empire rhétorique: rhétorique et argumentation**. 3^{ème} éd. Paris: Vrin, 1997, p. 15. “... um pensamento burguês que generalizou o papel da evidência, seja da evidência pessoal do protestantismo, da evidência racional do cartesianismo ou da evidência sensível do empirismo.”

⁴ JAPIASSU, Hilton. **Nascimento e morte das ciências humanas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.; FOUCAULT, Michel. **Les mots et les choses**. Paris: Gallimard, 1966.

estrutura a partir da teoria da norma, tornando-se essa um imperativo, de modo que o direito é comando, imperativo categórico, dirigido aos cidadãos pelo soberano; v) o direito se estrutura num sistema, conseqüentemente, há a construção de um ordenamento jurídico teórico e prático, representado pelo tripé básico da unidade, coerência e completude; vi) o direito é mecanicamente interpretado, logo, compete à jurisprudência tão-somente reproduzir o direito, explicitando o conteúdo de suas normas jurídicas, jamais as criando; vii) por fim, o direito exige uma obediência absoluta, o que significa que a lei, através da imposição do Estado Moderno, torna-se requisito inafastável, a que todos os homens se submetem.⁵

Entretanto, foi na primeira metade do século vinte e logo após a Segunda Guerra Mundial, que as obras de Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart, ao que se convencionou chamar de “positivismo contemporâneo”, que a “norma” se coloca no centro das reflexões filosóficas, e o fenômeno jurídico passa a ser destilado de outras concepções normativas, como a social, a política, a moral, a religiosa etc. Cumpre ao direito o elogio do monismo, da estatalidade e da racionalidade jurídica.⁶

Diante desta perspectiva, Kelsen, Ross e Hart pretenderam, cada qual ao seu modo, elaborar um conceito de direito longe do pluralismo axiológico e da imprevisibilidade estatal. A “norma” assume o lugar central do direito, de modo a permitir que este possa erigido num sistema, gravado por um regime regulativo que gera possibilidades de afirmar se um comando pertence ou não ao seu sistema. Essa, no fundo, é a grande discussão colocada já na *Reine Rechtslehre* (*Teoria Pura do Direito*): “Por que uma determinada norma pertence a um dado ordenamento?”⁷ A preocupação com o critério regulativo é uma forma de atentar para o seu próprio critério de juridicidade, de modo a eleger, então, a “validade” de algo perante o direito como “jurídico”, e não os critérios eventuais de legitimidade, eficiência, justiça etc. Ou seja, embora a questão da justiça esteja sempre presente em Kelsen, e numa grande matriz grega, a questão deixa de ser jurídica, para ser apenas uma reflexão no campo filosófico.

A importância de dizer se uma “norma” é válida ou não, significa perscrutar-se por uma questão exclusivamente jurídica. Saber se uma norma integra ou não um sistema, é questionar se ela foi produzida e operada nos mesmos termos das outras normas já

⁵ BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di Comunità, 1965, p. 65 e segs.

⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 252.

⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 3. ed. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 196.

absorvidas pela “juridicidade”. É, no fundo, uma questão de “pertinência” a partir do interior do sistema, o que significa afirmar que é o próprio direito que se autodetermina. Nas sociedades modernas, então, em que o Estado tomou conta do exercício legislativo e material do direito, jurisdicizando a tudo, é que o direito e não os fatos – poderes – ou mesmo os valores – justiça – constituem, consoante Bobbio, o fundamento do próprio direito.⁸ Porém, mesmo Bobbio chega a discutir a possibilidade de se purificar plenamente o elemento normativo, de separa, em suma, “direito e poder”, em razão do princípio *lex et potestas convertuntur*.⁹

Conquanto haja, naturalmente, variações entre os positivistas clássicos, a questão da “validade” está relacionada à origem da norma. Em sendo um critério tão-somente jurídico, é a validade que distancia a norma jurídica da norma moral, das formulações religiosas ou dos juízos políticos. Apenas num ambiente secundário estaria a “eficácia”, vista como a conformidade de um comportamento com uma norma. Porém, seja a validade, seja a eficácia, são estas critérios de juridicidade que auxiliam os positivistas a compreenderem o conceito de direito. Tudo aquilo que não se adapta o rito formal de recepção normativa ou de adequação normativa não é jurídico, eis porque, na essência, a matriz juspositivista tem um caráter de conservação discursiva, à medida que uma manutenção estrutural se opera dentro do próprio sistema positivo.

As visões kelsenianas, que se deslocam desde a conceituação epistemológica do discurso jurídico até a sua dogmática, procuram, em sua integralidade, buscar o conteúdo e o papel gnoseológico dispendido pela ciência do direito para desenvolver certas categorias gerais de seu discurso científico.¹⁰ À metodologia domática, propôs-se-lhe a impossibilidade constante e refutável da interdisciplinariedade, vez que a busca de categorias essenciais e métodos puros e isentos de todo teor axiológico possível conduziria o jurista a postar-se num lugar hipostasiado, no qual se esconderia por detrás da neutralidade científica. Contudo, esse modelo sugerido por Kelsen, consoante as vivas palavras de Luiz Fernando Coelho, além cristalizar as estruturas sociais e as instituições jurídicas, acabaria por levar o discurso jurídico a se colocar numa espécie de “absoluto niilismo epistêmico e de total redução do plano de conhecimento.”¹¹

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 1993, p. 21.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Kelsen e il problema del potere**. In: Revista Internazionale di Filosofia del Diritto, p. 562 e 569, 1981.

¹⁰ PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luís Alberto. **Filosofia do direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996, p. 47.

¹¹ COELHO, Luís Fernando. **Uma teoria crítica do direito**. Curitiba: Bonijuris, 1993, p. 03.

Deste modo, uma concepção atomística distancia o campo interdisciplinar, reduzindo o objeto jurídico, e, retirando, de sua essência, além de outros discursos, a figura do sujeito diante da construção do universo do direito, “dada a sua indispensável objetividade.”¹² Naturalmente, neste processo de objetivação da metodologia pura do direito, evidenciado pela negação do sujeito, opera um rigoroso processo de tentar retirar da ciência jurídica quaisquer eventuais questionamentos que lhe são exteriores, de “de todos os elementos que lhe são estranhos,”¹³ de modo a reduzir o papel do intérprete a um mero aplicador da norma conservadora.¹⁴ Baseados então nesta premissa, ainda que geral, kelsiana do discurso jurídico, Hart e Ross vão posteriormente se debruçar.

Numa simples leitura desta objetividade, é possível avançar em Kelsen, e compreender que o que se busca nesta matriz positivista é a valorização do conhecimento científico do direito e não de um conhecimento político, sociológico ou mesmo ético do fenômeno normativo. Certamente é uma resposta de cunho evidentemente conservacionista aos problemas da ciência jurídica tradicional, desenvolvida nos séculos XIX e XX. Buscando diferenciar o direito das ciências naturais, Kelsen acredita que o grande problema das ciências humanas é essa impossibilidade de desgrudar o homem da natureza. Um conflito entre a natureza e a sociedade não é possível, uma vez que a sociedade, quando entendida como convivência entre os homens, pode ser pensada como parte da própria natureza. Logo, pode-se falar que o direito tem uma parte de seu ser situada no domínio da natureza, e a elaboração de uma categoria que lhe é própria – fato jurídico – pode auxiliar na fuga a este problema. Para Kelsen, os atos e os fatos jurídicos são compostos de dois elementos: um espacial e sensorialmente perceptível (manifestação externa), e outro que diz com a sua significação para o Direito.

Falar em significação para o Direito de certos atos é afirmar que estes não podem ser apreendidos sensorialmente. Este processo de significação se opera a partir da atuação racional do indivíduo que o liga, ao ato que está sendo por ele praticado, um determinado sentido que se exprime de alguma forma a ser compreendida pelos outros. É, esta, então, o sentido subjetivo do ato, que pode coincidir com o seu sentido objetivo, o qual é atribuído pelo direito. De outro lado, no que diz com os atos jurídicos, convém afirmar eles se auto-explicam à medida que o próprio ato, expressado por palavras escritas ou falados, diz algo

¹² CHAUÍ, Marilena de Souza. **A ciência como discurso competente**. In.: Crítica e ideologia: cultura e democracia. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 15-38.

¹³ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre...**, p. 01.

¹⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 25.

sobre sua significação jurídica (Kelsen cita o exemplo de uma pessoa designa como testamento a sua disposição de última vontade).

Entretanto, a manifestação do sentido do ato depende compreender a norma como um esquema de interpretação. Isto significa dizer que o que transforma um fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é o seu ser natural, mas o sentido objetivo que se liga a esse ato e a ele atribui significação. É preciso perceber, na leitura kelseniana, que a base da juridicidade está nesta atribuição de sentido objetivo ao ato operada pela norma, que concede um esquema de interpretação, segundo o qual o ato é interpretado. Deste modo, uma norma pressupõe ser produzida por um ato jurídico, cuja significação é atribuída por outra norma, de modo que o ato é jurídico quando o seu conteúdo coincidir com aquele que a própria norma expressa.

Diante desta atribuição objetiva de sentido, o direito, enquanto fenômeno normativo para a teoria positivista, restringe-se aos seus modais de proibição, possibilidade e permissão de condutas humanas, de modo que cada uma das normas que assim se dispuser, e possuir um critério jurídico de validade, passa a integrar uma ordem afim de conduzir os homens em sociedade, já que seus postulados são normativo e não descritivos. A norma se expressa por prescrições (comandos), mas pode permitir ou conferir poderes (competências), tudo através da palavra “dever”, utilizada aqui em sentido amplo. Por essa razão, a norma é um *sollen* (dever-ser) e o ato de vontade ao qual ela constitui sentido é o *Sein* (ser). Evidentemente o ser pode coincidir com o dever-ser; pode ser da forma como deve ser. Contudo, isto não é de modo natural corriqueiro.

Deve-se compreender que um dever-ser por si só, ou melhor considerado apenas em sentido subjetivo, a partir da perspectiva do ato individual que se dirige a conduta de outrem, não caracteriza a norma como tal. Isto implica afirmar que só se poderá falar em norma válida, ou seja, apta a vincular seus destinatários, quando estiver presente o dever-ser em seu sentido objetivo. A conduta, nesta perspectiva, uma vez condicionada pelo ato normativo, passa a ser obrigatória não apenas do ponto de vista do indivíduo, mas do terceiro desinteressado.

A grande questão, então, apenas para estreitar o que viria a ser o fenômeno normativo do direito para os positivistas, ao menos naquilo que importa esboçar nesta pesquisa, é vir a definir a validade objetiva da norma diante do sistema, para que esta passe a ser reconhecida por todos em seu caráter obrigatório. A base, acredita Kelsen, está numa norma interna, uma *Grundnorm* (norma fundamental). Kelsen sustenta: “definindo a existência

específica de uma norma como a sua ‘validade’, exprime-se o modo particular no qual essa vem dada, à diferença do existir dos fatos naturais.”¹⁵ Por isso, é possível retornar àquela questão doutrora, e afirmar que, para o positivismo, a “vigência” nada mais é do que a existência específica de uma norma; a forma pela qual a norma é dada ou se apresenta. A vigência faz parte do campo material, porém, sua preleção depende da compatibilidade com o sistema normativo.

A “vigência” é independente do ato de vontade ao qual atribui sentido objetivo, por isso, há que se distinguir a *vigência* da *eficácia*, da aplicação e observância efetiva da norma pelos órgãos jurídicos e pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica. A norma entra em vigor antes mesmo de ser eficaz, de ser seguida e aplicada. Apesar disso, não se pode deixar de considerar que para ser válida, vigente, ela necessita de um *mínimo de eficácia*, logo, a norma que permanece ineficaz por muito tempo acaba perdendo a sua vigência. “Note-se que com a expressão ‘eficácia de uma norma jurídica’ ... não se deve entender somente o fato que esta norma venha aplicada pelos órgãos jurídicos, em particular pelos tribunais, isto é, que em um caso concreto a sanção venha ordenada e cumprida, mas também pelo fato que esta norma vem observada pelos sujeitos subordinados ao ordenamento jurídico, quer dizer, que se tenha um comportamento tal de forma a evitar a sanção.”¹⁶ Trata-se de uma leitura exclusivamente jurídica, essa constituidora de uma preocupação de conservação dos valores e das regras sociais.

Muito embora a norma refira-se normalmente a condutas humanas, por certo que pode se referir a fato ou situações, a ponto de jurisdicizá-los, vez que estes são condições ou efeitos de tal conduta, e, isso Kelsen de modo algum se opõe. A norma prevê as condições de espaço e tempo em que a conduta humana, nela contida, deve se processar. Tanto que a validade só se realiza na consonância do homem com o seu comportamento: “o fato que uma norma que se refere vinculante, que o homem deve comportar-se no modo previsto na norma.”¹⁷ Essa determinação da vigência no espaço e no tempo pode ser limitada pela própria norma ou por norma superior, ou ainda ilimitada. As normas, normalmente, dirigem-se a condutas futuras, mas nada impedem que se refiram a condutas a ela anteriores e que tenham força retroativa. Nesse percurso, a norma acaba por ter um domínio de validade pessoal e um material. A *validade pessoal* da norma refere-se ao elemento pessoal da conduta humana, qual seja, o homem que se deve conduzir da forma

¹⁵ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre** ..., p. 10.

¹⁶ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre** ..., p. 11.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre** ..., p. 196.

prescrita. Pode ser ilimitada, quando as normas de um ordenamento dirigem-se a todos os homens ou limitada, como nos casos dos ordenamentos estatais que se dirigem apenas aos homens que vivem no território do Estado. O âmbito da *validade material*, por sua vez, diz com as matérias ou objetos de regulação da norma, que se traduz nos diferentes aspectos da conduta fixada. Num estado federal, cada Estado-membro tem o âmbito de validade material de suas normas limitada em função da Federação (competência material legislativa), porém dentro desses limites a validade material é considerada ilimitada.

Nesta perspectiva, uma vez introduzida a norma dentro do sistema, através de seus critérios de validade, eficácia e vigência, purificando-a de todas as demais normas, e, esse era o problema central do positivismo, caberá a ela apenas, numa perspectiva positiva, prescrever a realização ou omissão de um determinado ato; conferir ao indivíduo poder ou competência para produzir determinadas consequências, normas ou para intervir na produção normativa; ou, enfim, permitir o indivíduo de agir em desacordo com uma proibição normativa. Isto implica afirmar que, mesmo quando a norma assume um caráter positivo-finalístico, para a matriz positivista, a questão principal é compreender em que medida a conduta corresponde à norma quando é como deve ser, ou contraria quando não é como deveria ser. Assim, tem-se que o juízo segundo o qual a conduta é como deveria ser, é um juízo de valor e, neste caso, positivo. Por outro lado, o juízo segundo o qual uma conduta não é como deveria ser é um juízo de valor negativo. Logo, não há nenhuma perspectiva em saber se a norma, ao “induzir” ao comportamento está ou não preocupado com eventuais significação subjetivas para os seus destinatários, ou seja, com eventuais constituições ou desconstituições de virtudes.

Por isso, a leitura kelseniana está preocupada em distinguir um “juízo de valor constituído através da norma” e a “norma constituída”. Aqueles decorrem da relação entre a conduta real e a norma, podendo ser verdadeiros ou falsos. Já as normas são válidas ou inválidas. Ou seja, o problema sempre da norma é de validade, de pertinência, sem abrir espaços para outros fins. A conduta, sobre a qual recai o juízo de valor normativo, é da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento da realidade. Enquanto, o juízo de valor que se coloca em face dessa realidade não pode ser jamais confundido com um juízo de realidade, já que estabelece a relação entre uma conduta real e o dever-ser. Os “juízos de valor constituídos através da norma” também não se identificam com aqueles juízos que decorrem da relação entre uma conduta e o desejo ou vontade um ou vários

indivíduos. Aliás, esses são os chamados “juízos subjetivos de valor”, contrários, então, aos juízos objetivos de valor que se fundam em normas válidas.

O grande problema para essa leitura positivista, é que o que realmente importa é o fato dos juízos subjetivos de valor poderem ter diferentes graduações, contrariamente aos juízos objetivos em que a conduta está de acordo com a norma ou não está. Logo, o juízo subjetivo não faz parte do elemento normativo, por sua instabilidade e insegurança, de modo que o elemento ético também não pode ter espaço. Ainda como valor designa-se a relação entre a conduta humana e um fim. Assim, tem-se que a adequação da conduta ao fim seria um valor positivo, porém a sua não adequação seria um valor negativo, sempre dentro do campo da objetividade. Conquanto Kelsen avance nas investigações sobre a ordem social e as relações entre direito e moral,¹⁸ o seu discurso de conservação se evidencia nessa exata medida, quando as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos humanos e, portanto, os valores através dela instituídos são arbitrários. Para evitar essa natural instabilidade e incerteza dos juízos de valor não normatizados, a teoria pura kelseniana aparece-lhe como a solução adequada, expurgando qualquer elemento ético de seus horizontes.

Foi exatamente sobre estes pilares, sobre estas idéias que a racionalidade jurídico e legislativa se erigiu, de modo a produzir “discursos de conservação”, mais preocupados com a norma e sua pertinência sistêmica do que com os problemas sociais e políticos, que eventualmente poderiam lhe ser afeitos. Isto serviu num dado momento da história, porém já há algum tempo seu rívido amálgama começou a se esfacelar. A crise vivenciada pelo positivismo em meados do séc. XX, quando a completude sistêmica, a objetividade do ordenamento e os valores burgueses que estiveram na base do Estado de Direito começaram a ruir, empurrou os teóricos do direito a experimentar outros campos de análise, com vistas a atualizar a técnica jurídica, mas, especialmente, criar todo um arcabouço jusfilosófico e dogmático para trabalhar com os novos temas de daquela sociedade massificada e dúctil. Inúmeras novas teorias começaram a principiar no pós-Guerra, e se intensificaram nos últimos anos, quando uma nova reviravolta operada pela tecnologia, trouxe problemas de outra ordem para a ciência do direito.

Ainda nos anos sessenta e, chegando no Brasil, no final dos anos setenta, nasceram teorias de base crítica, com vistas a discutir este postulado de conservação do direito, de

¹⁸ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre** ..., p. 55.

um “discurso jurídico pleno de sentido,”¹⁹ despreocupado de fundamentações políticas e éticas. Nesta perspectiva, um movimento de formulação política apareceu por aqui, com o objetivo de questionar este estatuto vazio do positivismo clássico, e, no seu lugar, discutir o campo jurídico como um espaço de lutar, de libertação e emancipação. A saída dada pelos positivistas através da *Grundnorm* de Kelsen, da *basic norm* de Ross, e da *rule of recognition* de Hart, ou seja, de uma norma suprema e fundamental,²⁰ como critério de validade última do ordenamento não se sustentava mais, de modo que outro patamar deveria ser alcançado. Assim foram as diversas teorias críticas, aqui mais bem trabalhadas por Roberto Lyra Filho, Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Luiz Fernando Coelho e Luis Alberto Warat, dentre outros. Contudo, apesar da importância de tais teorias, porque permitiram uma mudança de postura da própria teoria geral do direito e do ensino jurídico, nenhuma delas se destinou a discutir questões mais próximas de um contexto ético. A explicação poderia estar no momento histórico que se vivia, de modo que discussões políticas se sobrepujassem às discussões éticas.

Nesse sentido, não faltaram esforços dos autores dogmáticos para tentar adaptar o instrumental moderno do final do séc. XVIII e início do séc. XIX para esta nova realidade, razão pela qual diversos ramos do direito passaram a conhecer novas figuras, novos institutos, novas formas de proceder. Ficando apenas no campo particular, a título de elenco, no lugar do individualismo e do patrimonialismo do direito privado e moderno, apareceram contribuições em torno de um patrimônio mínimo existencial, de uma lógica destinada à função social da propriedade e das trocas comerciais, de uma valorização da boa-fé no trato negocial, de direitos de personalidade, de danos morais e estéticos, de novos microsistemas jurídicos, de cláusulas revisionais dos contratos, de ampliação do conceito de família e sua intrínseca mudança nas relações de comando, de novas formas societárias, de uma nova empresariedade etc. Certamente no campo processual com os processos coletivos, no âmbito criminal com a criminalidade econômica, no âmbito público com as mudanças da noção de serviço público e de Administração Gerencial etc.,

¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. **O sentido actual do direito: o problema da sua autonomia**. Curso proferido na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nos dias 20,21,22 e 24 de junho de 2005.

²⁰ Para encontrar a norma hipotética fundante, guardadas as suas peculiaridades, convém singularizar as seguintes referências dos autores: KELSEN, Hans. **Reine rechtslehre**. 3 ed. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 196 e segs., _____. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin und Zürich: Verlag und Max Gehlen, 1966. p. 75, e _____. **Gott und Staat**. In.: Logos: Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur, Tübingen, Verlag von F. C. B. Mohr, v. XI, n. 3, p. 261-284, 1923. ; ROSS, Alf. **On law and justice**. 2 ed. Berkeley: University of California Press, 1974., p. 81-82, HART, Herbert. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon, 1991, p. 99 e segs.

em suma, a dogmática lentamente passou por mudanças que procuram adaptar o ferramental jurídico para trabalhar com essa nova episteme cultural, social e econômica pela qual a sociedade contemporânea passou a vivenciar.

De outro lado, não sob o ponto de vista político nem técnico, também inúmeras teorias começaram a aparecer no âmbito da teoria do direito, de alto cunho jusfilosófico, com vistas a refletir os fundamentos desta mudança, seja no âmbito material, seja âmbito jurídico. Autores do pós-guerra começaram a construir diversas linhas neopositivistas e pós-positivistas, para repensar os fundamentos que o direito passava a ter ou deveria ter. Os pilares epistemológicos, os institutos cunhados com alta dose de moralidade e os princípios gerais do direito foram expostos e postos sob exame criterioso de diversas teorias.

Recentemente, não foram poucas as teorias que apareceram com este fim de reformulação. Algumas mais técnicas, voltadas a melhor instrumentalizar a dogmática, outras, porém, mais abstratas, destinadas a sustentar reflexões sobre a própria fundamentação do direito contemporâneo, em especial, em sua matriz ética. Dentre estas, cumpriria aqui apenas destacar aquelas que, de um modo ou de outro, possuem alguma proximidade com a busca pelo “fundamento ético” do direito, que importa nesta tese referenciar por ter a mesma temática, embora sob outros viéses. As últimas teorias, as mais modernas, segundo jusfilósofos contemporâneos como Sonja Buckel, Ralph Christensen, Andreas Fischer-Lescano²¹, Carla Farali, Winfried Brugger, Ulfrid Neumann e Stephan Kirste²² seriam: a) a “teoria construtivista” do expoente do *Institut für Sozialforschung*, Professor Reiner Forster; b) a “teoria neo-materialista”, dentre tantos, de Andrea Maihofers e Andreas Harms; c) a “teoria desconstrutivista da justiça” com base em Nietzsche e Derrida; d) a “teoria pós-positivista” de Friedrich Müller e Ralph Christensen; e, por fim, e) a “teoria do neo-pragmatismo” de Robert Brandom.

Naturalmente outras teorias, também recentes, mereciam atenção, contudo, foge à reflexão deste trabalho, como, por exemplo: a) a “teoria do positivismo democrático” de Habermas e Maus; b) a “teoria sistêmica” de Luhmann e Teubner; c) os partidários da “teoria crítica”; d) a “teoria do poder e do direito” de matriz foucaultiana; e) as “teorias feministas”; f) a “teoria dos campos” de sustentação em Bourdieu; g) a “teoria do estilo do

²¹BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas. **Neue Theorien des Rechts**. 2. Aufl. Frankfurt: Lucius und Lucius UTB, 2009.; FARALLI, Carla. **La filosofia del diritto contemporanea: temi e sfide**. 2 ed. Roma-Bari: Laterza, 2006

²²BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan; NEUMANN, Ulfrid. **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

direito” de Agamben; h) a “teoria da fragmentação radical” de Karl-Heinz Ladeur; i) a “teoria da interpretação” de Donald Davidson; j) a “teoria psicanalítica do direito” de Peter Goodrich; k) a “neuroteoria do direito” de Christian Eurich, Stefan Wilke e Künstliches Gedächtnis; l) a “teoria do processo jurídico transnacional” de Klaus Günther; m) a “teoria jurídica evolucionista” de Marc Amstutz; n) a “teoria deliberativa do direito” de Bettina Lösch; e, o) talvez não tão recente, a “teoria econômica do direito” da matriz de Chicago.

Muito embora, nenhuma corrente específica da jusfilosofia (ao contrário da jushistoriografia), propriamente, retorna aos gregos, é possível, no entanto, perceber que o que preocupa os jusfilósofos de hoje é exatamente essa tentativa de discutir o direito contemporâneo de outros pontos de vista. Neste sentido, procurando casar a ausência de teorias jusfilosóficas de matriz greco-clássica com toda uma atual historiografia do direito de feição grega, como adiante se verá, convém discutir uma perspectiva jusfilosófica diversa desde os gregos, para fornecer aos jusfilósofos contemporâneos, uma base de questionamento desde outro ponto de vista: o clássico. “Talvez” a reflexão a partir dos gregos, numa postura de “jusfilosofia desalojadora da razão”, possa indicar algum caminho de outra ordem, que, embora, naturalmente, não seja capaz de modificar a estrutura epistemológica do direito, pode vir a contribuir para pensar algo diferente.

Diante deste contexto, parece evidente que os problemas dogmáticos e práticos que surgem vinculados à técnica jurídica, como morosidade processual, custos de transação, dominação de mercados, insuficiência financeiro-orçamentária, superpopulação carcerária, lavagem de capitais, não-fundamentabilidade da pena, deslegitimação de práticas administrativas etc. estão, de algum modo, relacionados aos problemas contemporâneos de uma ciência jurídica infértil e muitas vezes fátua nos seus postulados tradicionais. Por essa razão, filósofos do direito têm se debruçado nessas novas teorias a investigar os fundamentos do direito, como forma de pensar seu campo epistemológico e conduzi-lo a uma relação com questões de ordem moral.

Não bastassem os problemas de ordem científica, há, e talvez esse seja um ponto nodal do mundo contemporâneo, uma grave insuficiência de valores nas pessoas. A capacidade de ver a vida como uma simulação, e logo um simulacro,²³ a exposição desvairada, o elogio da imagem, a ênfase aos prazeres exclusivamente sensoriais, a valorização excessiva do dinheiro, a ostentação do poderio pessoal, a necessidade de subir a todo custo etc., colocam nos horizontes das investigações jusfilosóficas o problema ético.

²³ BAUDRILLARD, Jean. **Simulacres et simulation**. Paris: Galilée, 1981, p. 16

Exatamente por essa razão, que um trabalho de filosofia do direito atual não pode descurar da questão ética. Mesmo reflexões mais técnicas, referentes aos fundamentos dos sistemas processuais, da teoria contratual, do poder punitivo do Estado etc. devem guardar uma carga de reflexão filosófico-moral. Não por outra razão os temas da teoria geral do direito também se voltam às questões morais, como “processo justo”, “boa-fé contratual”, “proibidade administrativa”, “transparência financeiro-orçamentária”, “simetria informacional”, “dever de cooperação e lealdade comercial” etc. A necessidade de tentar encontrar algumas formas distintas de pensar epistemologicamente o direito é de fundamental importância, então, para a filosofia do direito.

Nessa perspectiva, o ensaio que adiante segue procura atrelar-se a essa atualidade da filosofia do direito, e, nessa medida, tentar contribuir para elucidar questões intrincadas da fundamentação do direito, e, na sua possibilidade, apresentar outras possibilidades de pensar o fenômeno jurídico, de modo que a leitura dos gregos sirva a refletir também o presente. A necessidade de se buscar um novo estatuto para o Direito é, de certo modo, a fagulha que empurra as linhas abaixo a investigar uma forma de pensar o jurídico. Se o problema ético é o essencial, as discussões para pensá-lo melhor seriam se se retomassem o pensamento clássico, não como história jurídica ou jusfilosófica, como se verá, mas como forma de algo diverso, de experiência exterior, que possa trazer questionamentos atuais e diversos da lógica tradicional.

Por isso, a pesquisa empreendida e que aqui se apresentam hipóteses parciais, debruça-se a investigar o modo como os gregos no período republicano, em especial do final do séc. VI a.C até meados do séc. IV a.C., construíram uma forma peculiar de saber sobre o direito, e, que, embora não possuisse toda a sistematização dos romanos, em muito avançaram sobre categorias que até hoje existem. Contudo, mais do que refletir suas categorias – embora aqui sejam apresentadas as principais contribuições do direito material e processual grego – o que se pretende é tentar encontrar um modo singular de “racionalização do direito”, uma forma de “experiência jurídica” nitidamente ascética e voltada a construir subjetividades, e, com alta carga de liberdade, de alteridade e de democracia – o que não significa a exaltação suprema da perfeição, apenas um nítido traço ético que hoje inexiste, ou, se existe, é rarefeito. O retorno aos gregos é uma forma de usar a história, como fundamentação crítica do presente, não como justificativa histórico-

positivista, mas “a história como meio de crítica.”²⁴ A base histórica servirá, assim, como sustentação para as reflexões jusfilosóficas, de modo que esta pesquisa não será exclusivamente histórica ou apenas filosófica, mas será, valendo-se das palavras de Foucault, “fragmentos filosóficos em canteiro histórico”²⁵.

Há muito a ser refletido sobre o conteúdo e o programa do que seria esta base constitutiva do direito, porém, apresentam-se aqui os contornos epistemológicos, os pilares e os vetores gnoseológicos que permitem, neste primeiro passo, deixar aberta uma reflexão nos gregos que sirva para o mundo contemporâneo refletir suas práticas, e, quem sabe, um dia, resgatar a clássica função do direito como um “instrumento de educação para a virtude”.²⁶

Há algo que está atribulado, e, se não errado, ao menos confuso no que diz com o propósito ao que direito se destina. A finalidade do direito é, em parte, o que aqui se questiona. O que alguns chamariam de pós-positivismo, ou de produto da pós-modernidade, cuja marca seria tentar desconstruir as teorias tradicionais, aqui se optou por, através do estudo arqueogenealógico do direito grego, que muito se tem feito em alguns grupos de pesquisa (adiante mencionados), buscar nos “antigos” a fundamentação de um outro direito ou de uma matriz constitutiva do direito. Se se vivem tempos em que o homem esqueceu os limites de sua condição humana, ao contrário dos gregos, como salienta Eva Cantarella, convém pensar uma outra tecnologia jurídica para reorientá-lo em direção novamente às velhas máximas clássicas: *μηδὲν ἄγαν καιρῶι πάντα πρόσεστι καλά*. (nada em demasia: tudo é belo se na justa medida) e o *γινῶθι σαυτὸν* (conheça a si mesmo).²⁷

Aristóteles, no seu grande ensaio, embora pouco traduzido, intitulado *Πρόβληματα* (Problemas) no capítulo denominado *Περὶ Διακαισύνῃν καὶ Ἀδικίαν* (Sobre a justiça e a injustiça), afirmava que havia algo de estranho, que não sabia bem ao certo o que era, mas que diferenciava o descumprir de um contrato de empréstimo de um contrato de depósito. Dizia que não tinha certeza sobre o porquê, mas sabia que havia algo que estava relacionado à “amizade” que haveria na confiança que o depósito exigiria e que não

²⁴ KÖBLER, Gerhard. **Rechtsgeschichte: ein systematischer Grundriß**. München: Vahlen, 1978, p. 02. “Geschichte als Mittel der Kritik.” [trad. do autor.]

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Table ronde du 20 mai 1978**. In.: Dits et Écrits. Paris: Gallimard, 1994, p. 21. “Mes livres ne sont pas des traités de philosophie ni des études historiques; tout au plus, des fragments philosophiques dans des chantiers historiques.” [trad. do autor. “Meus livros não são tratados filosóficos nem estudos históricos, no máximo, fragmentos filosóficos em canteiros históricos.”]

²⁶ STOLFI, Emanuele. **Introduzione allo studio dei diritti greci**. Torino: G. Giappichelli, 2006, VII, p. 138.

²⁷ CANTARELLA, Eva. **Diritto greco: appunti delle lezioni**. 2 ed. Milano: Cuem, 1994, p. 323.

ocorreria com o empréstimo. “Διὰ τί παρακαταθήκην αἰσχίον ἀποστερῆσαι μικρὰν ἢ πολὺ δανεισάμενον;” (Por que é mais grave não restituir um depósito que um empréstimo?).²⁸

Assim, Aristóteles mostrava que o elemento ético do direito valeria mais que a técnica jurídica, e talvez a sua capacidade de valorização da amizade deveria estar à frente de qualquer instituto material ou processual. Por essa razão, e tentando reencontrar essa base moral que o direito grego teve, porém agora em outros tempos, a pesquisa que se abre procurou resgatar essa fundamentação moral da epistemologia do direito, objetivando criar bases para compreendê-lo como uma *Εὐταξία Νόμιμη* (disciplina normativa), uma experiência ascética de constituição do Outro.

2. Hipótese de validade: o retorno aos clássicos e a “experiência do fora”

Estabelecidas as justificativas de um direito inserido na modernidade e sua insuficiência em pensar os problemas modernos, e procurando lançar uma felpa na jusfilosofia contemporânea, convém buscar os gregos não como experiência histórica, mas como uma racionalidade desalojadora da razão, capaz de visualizá-lo enquanto um fenômeno absolutamente distinto dos dias de hoje, cujo conteúdo “constitutivo” possa mostrar outra leitura possível para o Direito (o que não é o objeto deste ensaio propriamente dito).

Nesse sentido, o que se pretende é encontrar nestas linhas um fundamento válido e mais elaborado dentro do mundo grego que possa auxiliar na consecução desta racionalidade, deste “direito constitutivo”, que, conquanto não sendo original, é novo à medida que sua influência sobre o campo jurídico sempre foi relevada a segundo plano. Trata-se do resgate de um momento em que a *experiência* do direito estava diretamente vinculada à prática produzida pelo *νομικός* (jurista), e, por conseguinte à ação, à sua virtuosa imagem e à sua proba semelhança. É um retorno ao momento civilizatório em que a virtude era correlata ao agir público, e, nessa medida, não tinha uma atividade essencialmente finalística, não podia ser vista como *trabalho*, mas como ação, e, logo, como um direito debatido – um direito dialógico, constitutivo dos homens. Enfim, desvelar num direito clássico, eminentemente discutido, a marca de um *jurista curador de si*, cujos

²⁸ ARISTÓTELES, **Problemas**, XXIX, 6. A mesma idéia também está presente numa máxima moral que Demetrius Falereus retoma dos sete sábios, em especial, Pitakós, filho de Ira di Lesbo: 6. *Παρακαταθήκας ἀπόδος*. (Devolve o depósito!)

desejos estavam em agir de maneira justa, correta, equilibrada, segura, prudente, sempre a uma grande distância da fúria e da desmedida, da injustiça e das vaidades.

Certamente o mundo grego, como a própria cultura helenística não é a afirmação cega e resignada de uma competência suprema dos antigos para lidar com o seu mundo exterior e toda a sorte de problemas e circunstâncias que ele oferece ao homem clássico. Leitura essa que acabou sendo disseminada pelo neoclassicismo alemão de Winckelmann, Goethe etc., que viram na valorização da arte helenística a simbologia da perfeição e do rigor estilístico. Certamente equívocos havia. E nesse sentido não faltam exemplos na literatura dramática sobre a penúria humana que havia entre os gregos, naturalmente. Significa antes o reconhecimento de uma determinada “cultura” particular, preocupada claramente com a condução da vida em casa e em sociedade, e, sobretudo, ocupada com temas abstratos e ao mesmo tempo práticos, desde a complexa definição das virtudes e o encontro da felicidade até a escolha de legisladores e magistrados para a direção da realização da justiça nas discórdias sociais.

É preciso reconhecer nessa medida que a Antigüidade grega estava muito mais direcionada para se preocupar com a norma a partir das ‘práticas de si’, da diligência dos atos públicos e particulares, de um exercício prático que levava à efetiva realização da virtude, e, assim, à plenitude da vida moral, do que para a codificação das condutas ou a própria posituação das normas. A codificação surge apenas, como adiante mostrará Aristóteles, como reforço da constituição subjetiva do cidadão diante πόλις (cidade). Raras são as vezes, exceptuando-se algumas peças de Sófocles e Eurípedes nesse período ou mesmo nas *Leis* e na *República*, que os gregos se preocupam em refletir a escritura das normas e a legalidade estrita e todo o conjunto de expedientes que a ela se condiciona, como as penas, a execução, a ação, o processo, etc. O que havia, de fato, é um imenso gosto pelos devaneios solitários ou mesmo pelas grandes discussões públicas sobre o curso da justiça e a sua efetivação entre os cidadãos da cidade-estado, especialmente entre os séculos VI e IV a.C., num mundo grego marcado pelo gritos das estruturas democráticas, após os abusos dos derradeiros arcontes e antes das vitórias do grande Alexandre.

Havia entre os áticos um preparo constante para o trato com as normas da cidade. Cuidar das normas significava a certa medida cuidar dos destinos de si mesmos, da autoconstituição, dos limites, das fronteiras, do substrato e da constituição da cidade. Preocupava-se, se não todos, uma imensa maioria de cidadãos, com o ensino dos códigos, desde as crianças até o preparo dos conselheiros tribunícios. O modo como os jovens

atenienses deveriam ser ensinados e o conjunto de matérias sobre as quais deveriam ser instruídos os futuros conselheiros, faziam parte, como bem sustenta as *leis platônicas*, de um debate público, refletido e discutido por todos os atenienses que assim quisessem. Era comum, e nesses termos, coletiva e exposta, a educação voltada às normas. O respeito às normas, embora naturalmente venha a ter destaque na cultura grega, como de resto o há ao longo de toda a história, certamente era visto muito mais na atitude dos homens, no que os próprios homens faziam para respeitá-las do que exatamente nas suas condições de efetivação ou mesmo no seu conteúdo.

Por certo, tratava-se de um outro homem, um homem que aparecia na *πόλις* (cidade) e na *οἰκία* (casa) constituído por uma série de predicados, que o definiam para seu próprio espelho, para sua família e para a comunidade. Era comum, na literatura clássica, que algumas qualidades do homem antigo fossem ressaltadas amiúde e em conjunto, uma vez que o homem era na medida de seus próprios atributos. Adjetivos comumente atribuídos ao homem clássico: *σώφρων* (prudente), *ἐπιστήμων* (sábio), bem como *εὐγενής* (nobre), *εὐσεβής* (piedoso) e *ἀληθής* (verdadeiro), eram tornados públicos, revistos no desenrolar de suas práticas. Por isso, um homem educado para se constituir segundo suas virtudes intelectuais, ou mesmo consoante sua sabedoria prática, deveria agir norteado para a realização das coisas boas para si próprio e para a comunidade.²⁹ Definir o homem grego, pressupõe, então, que se averigüe com mais cautela um homem voltado aos seus deveres e, conseqüentemente, como diria Cícero, atento às suas virtudes, especialmente a sabedoria, a modéstia, a prudência, a indagação e a invenção do verdadeiro.³⁰

Para constituir homens virtuosos na vida adulta, sabiam os gregos, que era preciso desde muito cedo cuidar com a educação normativa e cultural dos jovens. Diferentemente dos contemporâneos, para os gregos a educação tinha um lugar privilegiado no ambiente público e intelectual. A *παιδεία* (educação) ia muito além da mera definição como *educação*, talvez encontrasse resquícios até mesmo na idéia de cultura, de tradição, de civilização, consoante Werner Jaeger.³¹ Os gregos davam distinta ênfase para a educação, pois sabiam que a sua prática não era mera transferência de conhecimentos instrumentais, mas verdadeira formação; forma da comunidade conservar e transmitir a sua peculiaridade física e espiritual, portanto, uma espécie de força vital, que não seria propriedade de um único indivíduo, mas pertenceria por essência à comunidade. A educação participava do

²⁹ ARISTÓTELES, **Livro X**, a 24-b 30.

³⁰ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**, I, 15 e 16.

³¹ JAEGER, Werner. **Paidéia** ..., p. 107.

crescimento da sociedade, seja no seu destino exterior, seja na sua estruturação interna. Sabiam os antigos que o desenvolvimento social dependia da consciência dos valores que regiam a vida humana. A *παιδεία* (cultura ou educação, neste sentido), conformava os indivíduos a cuidarem de si, a se preocuparem com o modo como deveriam conduzir a sua vida, o seu *ἔθος* (modo de agir, ser), a compreenderem a diferença entre coragem e medo, entre vício e bondade, entre justiça e injustiça, entre saber ou ignorar, ou melhor, entre ser ou não virtuoso. A cultura tinha por finalidade cuidar da formação de um elevado tipo de homem, um sentido de todo o esforço humano. Aos jovens, entre tantos afazeres da Cidade-Estado, do *publicus*, era-lhes dado tanto o ensino do esporte e da arte da guerra, quanto, em destaque, o do aprender a pensar, a filosofar, a refletir seus valores e as relações da sociedade. Para isso, cuidavam tanto gregos quanto romanos do prestigiado ensino dos jovens pompeianos e atenienses, pois sabiam que era na juventude que a virtude se construiria pela abstração do pensamento, pelo exercício e pela sua própria natureza, tal a dúvida inicial posta por Sócrates no *Μένων* (Mênon) platônico.³² Cassíodo, latino pensador, ao mostrar que a educação impediria a acomodação dos homens às coisas fáceis, dizia *quod in iuventute non discitur, in matura aetate nescitur* (o que não se aprende na juventude não se sabe na maturidade). Os antigos sabiam que era preciso cuidar da formação dos jovens, pois seria justamente nesta fase que o caráter, a moralidade, o conhecimento, a subjetivação das normas e a compreensão do mundo se formariam.

Ao contrário do que comumente se faz hoje, isto é, resumir a educação ao mero educar para a transferência de conhecimentos técnicos e instrumentais, sobretudo na educação jurídica, consistente quase exclusivamente no ensino da dogmática para o mercado de trabalho, para o locupletamento, etc., competia à *παιδεία* (educação) sentido maior, que procurava valorizar a característica essencial do homem, que era sua capacidade natural de aprender. Nesse sentido, é possível ver Aristóteles abrindo sua *Μεταφυσική* (Metafísica) com um dos mais belos enunciados de toda a história da filosofia: *Πάντες ἄνθρωποι τοῦ εἶδέναι ὀρέγονται φύσει* (todos os homens, por natureza, tendem ao saber)³³. E disso os gregos da democracia ática muito bem sabiam. Essa tendência ao saber haveria de ser aproveitada, e o cultivo da educação, sobretudo a educação jurídica, representava a

³² PLATÃO. *Μένων*, 70, a. “Ἐχεις μοι εἰπεῖν, ὦ Σώκρατες, ἄρα διδακτὸν ἢ ἀρετή; ἢ οὐ διδακτὸν ἀλλ’ ἀσκητόν; ἢ οὔτε ἀσκητόν οὔτε μαθητόν, ἀλλὰ φύσει παραγίγνεται τοῖς ἀνθρώποις ἢ ἄλλω τινὶ τρόπῳ;” [Podes dizer-me, Sócrates: a virtude é coisa que se ensina? Ou não é coisa que se ensina mas que se adquire pelo exercício? Ou nem coisa que se adquire pelo exercício nem coisa que se aprende, mas algo que advém aos homens por natureza ou por alguma outra maneira?.]

³³ ARISTÓTELES. *Metafísica*, 980, a.

continuação de sua cultura, de seus traços, de seus antepassados, o que efetivamente em muito distingue o mundo contemporâneo.

Entretanto, é evidente que o resgate dos gregos não há de ser feito de maneira desorientada ou mesmo idílica, na vã crença que esse modo de educação, esse modo de condução pública e privada seriam as formas mais perfeitas da existência humana, todavia, tem um sentido próprio, que, antes da reconstrução histórico-antropológica de uma dada figura subjetiva, é um resgate filosófico de uma experiência cujo signo do direito se traduz, diversamente do que o mundo contemporâneo está acostumado a experimentar, num olhar diferente, num olhar exterior, voltado para uma realidade que lhe é estrangeira, num direito dialógico, e, nesse sentido, discutido, debatido entre os membros da comunidade, construído pela via popular, por isso um direito porfiado,³⁴ reflexão essa que pode em muito contribuir para o propósito de um *jusapensar* diferente, atrelado a uma outra epistemologia e a outras variáveis, as quais ciência moderna tanto lhe legou.

Certamente os juristas não eram para os gregos “algo leve, alado e sagrado”,³⁵ como quisera Platão para os poetas, mas tinham um lugar destacado na sociedade arcaica, sobretudo pelo papel que desempenhavam na constituição das condutas políticas e privadas, na formação do próprio conceito de homem grego, já que ele era um homem por natureza voltado ao espaço público e ao cuidado com as normas. Assim como eram os governantes os médicos da cidade, nas palavras de Celso Lafer, certamente daqueles o eram os juristas. Cabia ao jurista, uma destas personagens subjetivas específicas do homem clássico, cuidar dos políticos, e, por conseguinte, cuidar da própria πόλις (cidade). Os governantes eram responsáveis por cuidar da cidade, mas uma pergunta que os próprios antigos faziam, com base no cuidado das virgens, era a seguinte: *quis custodiet ipsos custodes?* (quem vigiará os vigias?) ou τὸν γε φύλακα φύλακος δεῖσθαι (um vigia tem necessidade de ser vigiado?).³⁶ Juvenal e Platão estavam atentos a esta problemática, e os antigos reconheciam na sabedoria e na prudência dos juristas a saída para este impasse. Caberia aos juristas eminente papel na sociedade: conduzi-la entre as normas morais e sociais, regrando o espaço público e disciplinando as relações familiares.

³⁴ *Porfiado* é o particípio regular do verbo *porfiar*, que tanto significa discutir (eis porque um direito discutido), quanto mesmo coser (eis porque um direito costurado) que, por sua vez, vem do acréscimo da primeira desinência sufixal “ar” posposta ao substantivo feminino *porfia* – *porfia* + *ar*, que, significando discussão, etimologicamente vem da palavra latina *perfidia*, a qual, para os romanos, significava *por via popular* (eis porque um direito assemblear).

³⁵ PLATÃO, *Íon*, 534, b. “Κοῦφον γὰρ χρῆμα ποιητής ἐστι καὶ πτηνόν καὶ ἱερόν”.

³⁶ PLATÃO. *República*, III, 304, e.

Todavia, conquanto existissem figuras típicas que exercessem a tecnologia estrita do direito, como oradores, juízes, acusadores, etc., em razão da própria natureza e concepção desses cargos, nitidamente públicos (porque postos ao povo e não a uma burocracia especializada) e coletivos, não há como deixar de refletir sobre a ampla concepção de jurista que havia entre os gregos, já que todos, algum dia, poderiam vir a ocupar posições técnicas específicas. Preocupar-se com as normas, a justiça realizada na *πόλις* (cidade) ou mesmo na *οἰκία* (casa) era assunto e questão de todos. Todos a elas eram afeitos. Era coisa comum, política, o que fazia com que os todos os gregos fossem, a certa medida, um pouco juristas, já que as práticas jurídicas, por terem esse conteúdo essencialmente público, exigia hora ou outra a participação do cidadão na consecução da justiça.

Por essa razão, perguntar-se sobre o direito grego ou mesmo sobre o jurista antigo, especialmente no período de sua melhor expressão democrática (entre os séculos VI e IV a.C.) significa perquirir um pouco sobre todo homem grego, sobre todas as subjetividades que estavam a certo modo habilitadas a se ocuparem com a justiça, com as normas. Significa ingressar no campo de problematização da normatividade, especificamente na constituição dos *νόμοι* (normas) como campo de cuidado moral. Nessa medida, significa então investigar também o modo como a educação para as normas, as práticas normativas de cada um influenciam na constituição dos homens gregos, na própria constituição da Cidade-Estado, já que a norma estava em tudo, assim como o debate e a política.

Indagar-se sobre o jurista e sobre o direito clássico pode significar a busca pela compreensão do modo como os homens gregos, e de tal modo juristas, representavam uma outra configuração de subjetividade, exercida como uma *experiência ascética*, uma epistemologia jurídica, a partir de sua peculiar forma de se conduzir de maneira prudente, equilibrada e moderada na empresa jurídica da *πόλις* (cidade) grega. Nesse sentido, o seu retorno cumpre o que se pode chamar de uma “experiência do fora”, ou melhor dizendo, torna-se um grande substrato metodológico que pode servir à jusfilofosia contemporânea para discutir o direito na atualidade, ou, então, ser como forma de olhar os gregos sem tentar se contaminar, na medida do possível, pelo olhar presente.

Trata-se de uma pesquisa que reflete os gregos tendo o presente em mente, porém, sem que se redunde numa pesquisa apenas historiográfica. Isto é, cuida-se de uma investigação que busca no direito grego não uma forma de confiança ou convicção, mas

como uma “primeira descoberta”,³⁷ como uma “experiência do fora”. Logo, empurra-se o leitor não para o campo místico ou dos caprichos da imaginação, mas num olhar histórico, para um campo em que possa recobrir os diversos enunciados, e tentar indagar o mundo antigo de maneira diferente.

É preciso olhar os gregos por um outro plano de imanência da norma, que fracture os sentidos modernos do direito, que se constitua enquanto “dobra de si mesmo”, e, faça surgir um “modal constitutivo” para a norma. Eis porque, a metodologia que se usou nesta pesquisa, sob o ponto de vista filosófico, é a filosofia exterior, do pensamento exterior, talvez a única forma que permita olhar a norma grega com outra visão que não aquela impregnada do sentido moderno de base conservacionista.

O perigo aqui é cair no equívoco da “recepção” dos institutos e da jusracionalidade grega desde hoje. Ler os gregos, sem optar por esse caminho do “fora”, impõe um duplo problema, que é revê-los, tal os romanos o fizeram, e, revê-los, desde o lugar atual em que o investigador se encontra. Talvez essa seja uma das preocupações constantes dos grecistas europeus atuais, embora não tenham caminhado pela filosofia do fora, pois tender a ser, na sua imensa maioria, historiadores e não “nomofilósofos”.

A disseminação do direito romano através da força dos códigos napoleônicos, se, por um lado, contribuiu para o fortalecimento da ciência jurídica moderna, por outro, construiu um rígido modelo sistêmico de percepção do fenômeno jurídico. Durante muito tempo ocorreu (e ainda hoje se corre o risco) uma submissão dos grecistas aos esquema cognitivos criados pelo direito romano. Isto implicou que, inúmeras vezes, os eventuais institutos criados na Grécia clássica fossem vistos com olhares romanos. Isto é possível ver na separação entre o público e o privado, que não admite ser vista com os mesmos olhares justineaneus, nem o direito de propriedade e posse; nem tampouco a noção de contrato, como se verá adiante; ou mesmo institutos como o testamento, que não cumpria a mesma função entre os gregos; ou a separação entre direito subjetivo e objetivo, que tampouco existia etc.

O assédio produzido pelos romanistas e sua capacidade organizacional do conhecimento produzido pelos *iuris consultus*, em sendo os primeiros a recepcionarem os gregos, inevitavelmente aportado na modernidade no início do baixo medievo, sem dúvida,

³⁷ ROMILLY, Jacqueline de. **La loi dans la pensée grecque: de origines à Aristote**. 2 ed. Paris: Les Belles Lettres, 2002, p. 6. “...le retour à une idée ancienne ne traduit pas une conviction moindre qu’une découverte première”. [trad. do autor: “o retorno a uma ideia antiga traduz menos uma convicção, que uma primeira descoberta”].]

gravou a leitura dos institutos clássicos, a ponto de se confundirem com os próprios institutos. Alguns institutos trabalhados adiante bem demonstram a recepção expressa que o *Digestum* ou as *Novaeles* fizeram.

De outro lado, aproximar-se dos gregos também cria um segundo problema, decorrente da inevitável tendência em ler os antigos com olhos presentes, ou seja, valer-se das categorias modernas para reconhecer figuras jurídicas clássicas. Isto fica claro quando muitos grecistas discutem institutos como “negócio jurídico”, “direito subjetivo” etc. entre os gregos, quando tais são categorias exclusivamente modernas, seja porque baseadas no voluntarismo moderno, seja mesmo no individualismo liberal.³⁸

Exatamente por isso que, ao se retornar aos antigos, é necessário (ao menos no que for possível), olhá-lo estranhamente, como um antropólogo, de uma cultura radicalmente diversa, efetivamente uma experiência nova, uma “experiência do fora”, que conduza o jusfilósofo não a elocubrar, eis porque neste trabalho se fará um resgate dos institutos gregos, mas não buscar também verdades na experiência jurídica clássica, senão nela tentar vislumbrar, com base histórica, uma característica brutalmente distinta da jusexperiência contemporânea, que é o exercício normativo ascético, voltado à construção de virtudes.

3. Hipótese de legitimidade: a discussão acadêmica sobre o direito grego

Os gregos são notoriamente conhecidos no universo acadêmico e mesmo além de seus muros pelas inúmeras contribuições que deixaram como herança para a civilização ocidental contemporânea. Se à filosofia, à medicina, à literatura, ao teatro, à religião foi dado o devido lugar nas pesquisas, certamente ao “direito” pouco se dedicou de atenção necessária. Seja por suas características peculiares em tratar do tema jurídico, seja pela vulgaridade que se reduziu diante do arcabouço latino construído logo em seguida, seja mesmo pela sua própria destruição ao fim da vivência democrática, a experiência normativa grega, em especial a que mais se desenvolveu entre os sécs. VI e IV a.C., pouco instigou os autores modernos a sobre ela se debruçarem. Enquanto a escola bolonhesa nas mãos glosadoras de Bártolo e Baldo resgatou o Direito Romano e todo o seu brilho da era cristã, mesma sorte não teve o Direito Grego, que se reduziu à subtema acadêmico nas leituras jurídicas dos “*scholars*” europeus.

³⁸ STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio dei diritti greci* ..., p. 111-122.

O resgate do direito romano³⁹ em detrimento do grego certamente tem suas justificativas exploradas também no âmbito acadêmico, e, repousa, dentre outros fatores, na própria “formação do direito privado moderno”. Inúmeras escolas surgiram no final da Alta Idade Média, que permitiram o ressurgimento do direito romano. Este fenômeno, naturalmente conhecido como recepção, procurou fugir à obscuridade do período pós-justineaneu, à ascensão e disseminação do império e do direito bizantino e bárbaro, bem assim a própria dificuldade em se aplicar o *Corpus Iuris Civilis*. Isto, por certo, imprime uma leitura já secular ao direito romano, o que não alcança o direito grego. Os “Glosadores”, por entre os sécs. XI e XIII, permitiram que o Direito Romano chegasse aos juristas medievais, especialmente para tentar adaptá-lo às normas costumeiras locais e ao incipiente desenvolvimento econômico. Assim, Inério, Acúrsio etc fizeram do Direito Romano desde logo a base do Direito Privado. Em seguida, tentando igualmente contribuir para esse processo, e, escapando da falta de conhecimento histórico e, segundo Wieacker, à ausência de bom senso, os “Pós-Glosadores”, nos sécs. XIV e XV, transformaram-se em “comentadores”, e se preocuparam em adaptar o Direito Romano às circunstância da época, naturalmente com os direitos locais, e, sobretudo, o Direito Canônico. Apesar da força de seus autores, como Bártolo e Baldo, o avanço do Direito Romano continuou com a os “cultos” do séc. XV e XVII, quando já influenciados pelo Renascimento, voltaram a manifestar o apreço pelo classicismo (diga-se, aqui, romano), e, nas mãos de Cujácio e Donelus, fizeram deste Direito Romano, então, um objeto histórico a ser estudado. Com isso, não bastasse a sua recepção medieval, agora, o Direito Romano, ao menos em três ou quatro séculos, antecipava-se nas recém-criadas universidades enquanto objeto a ser estudado. Essa valorização continua, ainda, em menor intensidade, durante a fase dos “elegantes” no séc. XVII e XVIII, com Woodt, e, de maneira crítica, com Puffendorf, Grotius e Wolff na escola de direito natural dos sécs. XVI e XVII igualmente. Este processo acaba se fortalecendo com os “pandectistas” alemães, como Gustavo Hugo e Savigny, que se aprofundaram no estudo das *Institutiones* e da *Pandekten*, avançando para um Direito Romano de cunho teórico, porém, sobretudo, prático.

Contudo, a consolidação do Direito Romano, que ainda permanece muito viva nas legislações modernas, ganha um fato fundamental, que foi a formação dos Códigos Modernos e a leitura iluminista do mundo por volta do final do séc. XVIII. Alguns fatos

³⁹ A leitura que se segue, foi feita com base em : WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung**. 2 ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

acontecem e que dão grande força para a importância de se recuperar o Direito Romano. Numa perspectiva filosófica, verifica-se o advento da razão, a formação de um método científico, a centralização do homem, a humanização das ciências, a pureza do objeto de conhecimento, a racionalização dos saberes, a valorização do conteúdo da liberdade; já numa perspectiva sociológica, tem-se a delimitação do fato social, a formação de uma classe Burguesa, as revoltas proletárias, a burocratização do poder, a imposição da Igualdade, ao menos formal etc. Numa perspectiva política, vê-se a separação entre Igreja e Estado, ao menos burocraticamente, a separação dos poderes, a constituição de um Estado Administrativo, a formação de um capitalismo de conteúdo industrial, o que, acaba, por atrelar-se a toda uma esfera jurídica marcada pela burocratização dos Tribunais, a decadência dos Juristas e advogados, o aumento do acesso à justiça, a constituição de um direito Universal, a Universalização do fenômeno Jurídico, a constituição de uma episteme jurídica, a caracterização de um Direito Burguês, um processo de codificação, através dos déspotas esclarecidos inicialmente e os regimes ditatoriais. Isto tudo, evidentemente, construiu uma sólida base para que o golpe definitivo do Direito Romano sobre o Direito Grego viesse a ocorrer através dos Códigos Modernos, como *Code Civil des Français* (1804), *Code de Commerce* (1806), *Code de Procédure Civil* (1810), *Code Criminel* (1811) ou mesmo posteriormente, com o *Burgerliches gesetzbuch* (BGB) em 1899.

Assim, todo o direito antigo e suas possíveis variedades acabaram por sucumbir a um modelo burguês, conservador, positivista, que tentou de modo limitado a reduzir desigualdades, de nítida clareza, unidade, sistematicidade, linguagem acessível, não excessivo detalhamento, liberdade contratual, e, sobretudo, de robusta herança romanista. Portalis, Tronchet, Bigot-Premeneu, e Malleville, todos em larga medida romanistas, afundaram, assim, qualquer possibilidade de validade em se estudar o Direito Grego, recepcionando, por vez e de modo definitivo, o Direito Justineanu.

Apesar desse comparado esquecimento, o final do séc. XIX e o início do século XX viram florescer em algumas universidades de prestígio um grande apanhado de ensaios sobre a experiência normativa atica, vindos em especial das faculdades de filosofia e letras, e, evidentemente em menor proporção das faculdades de direito. O que, por um certo lado, é interessante vez que o desconhecimento técnico das categorias da tradição romanista permitiu, talvez, uma melhor acesso ao conteúdo jurídico grego, embora por outro se perca, paradoxalmente, as filigramas de um ingresso privilegiado.

Especificamente, o estudo do direito se inicia apenas em torno de 1880 com certa nitidez de autonomia científica. Apesar de autônomo, talvez o primeiro grande autor, Ludwig Mitteis (1891),⁴⁰ ainda estava atrelado ao classicismo romano, haja vista que começa seus estudos a partir dos papiros egípcios e o modo como eles deixam antever no período imperial romano a influência grega. Ao lado de Mitteis, alguns anos mais tarde, aparecem também seu conterrâneo Justus Hans Lipsius (1905/15)⁴¹ e o francês Ludovic Beauchet (1897)⁴². O grande impulso teria se dado com a descoberta dos textos *Αθηναίων Πολιτείας* (Constituição Ateniense), da escola aristotélica em 1891 e o Código da cidade de Górtina em 1882.⁴³ A matriz romana é muito forte, a ver-se pela organização do livro de Beacuhet, que segue o estilo dos manuais de direito romano da época.

Apesar dessa reflexão da virada do século, quando o imperialismo fazia florescer novamente os protecionismos econômicos e culturais, numa indigesta movimentação nacionalista, pouco também se avançou durante o séc. XX. Todavia, alguns trabalhos isolados começaram a aparecer. Nas três primeiras décadas, Louis Gernet na França⁴⁴ e Ugo Enrico Paoli⁴⁵ na Itália avançam nas leituras, então com o auxílio da papirologia jurídica.⁴⁶ Coube assim, a Mitteis, Lipsius, Beauchet, Gernet e Paoli o início dos estudos sobre a possível herança deixada pela experiência jurídica grega – seriam os pais fundadores de uma disciplina peculiar, que haveria de ultrapassar os mais de oito séculos de concentração da tradição romanista. Por certo que essa construção só foi possível porque a antropologia começou a ganhar foros também acadêmicos.⁴⁷

⁴⁰ MITTEIS, Ludwig. **Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs**. Leipzig: 1891.

⁴¹ LIPSIUS, Justus Hans. **Das Attische Recht und Rechtsverfahren**. Leipzig, 1905. (2 nach. Leipzig, 1984. (Hildesheim, Olms, 1905-1915.)

⁴² BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privé de la république Athénienne**. Amsterdam: Rodopi, 1969, 4 v.

⁴³ MAFFI, Alberto. **Gli studi di diritto greco**. In.: Etica e Política, Milano, IX, n. 1, p. 11, 2007.

⁴⁴ Outros textos foram isoladamente por ele publicados, porém talvez o mais significativo seja: GERNET, Louis. **Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce**. Paris: Ernest Leroux, 1917. Sobre a necessidade de se construir uma reflexão sobre o direito grego de modo autônomo em relação ao romano, ver o ensaio de Andrea Taddei sobre o texto “Le Droit de Louis Gernet”: TADDEI, Andrea. **Louis Gernet – Le Droit**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 3, p. 187-216, 2000.

⁴⁵ Igualmente outros textos foram publicados, mas o principal seria: PAOLI, Ugo Enrico. **Studi di diritto attico**. Firenze: Bemporad, 1930, 344p.

⁴⁶ Dentre os autores que aparecem nesse momento, o maior foi Rafael Taubenschlag com os textos: TAUBENSCHLAG, Rafael. **Prozesse au Pacht-, Miets-, Dienst- und Werkverträgen in den griechischen Papyri**. In.: Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete, v. 12, p. 187-193, 1937. e _____. **The law of greco-roman egypt in the light of the papyri**. Milano, 1972. (original de 1955)

⁴⁷ Para uma leitura mais bem trabalhada sobre o papel e o aparecimento da etonoantropologia, cumpriria discutir o ensaio de Andrea Taddei: TADDEI, Andrea. **Louis Gernet – Le Droit**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 3, p. 187-216, 2000.

Certamente a atribuição histórica e a renovação acadêmica operada nos temas do pós-Segunda Guerra favoreceram o distanciamento dos “antigos”, visto doravante como herança do classicismo burguês que se concretizou estranhamente no bacharelismo e no liberalismo, já que a elite cultural mudou dos nobres para a burguesia. Contudo, na década de setenta, num momento de certa euforia econômica e resgate da tradição cultural do ponto de vista acadêmico, e não político, volta a favorecer o estudo sobre o direito grego. Nesse instante, um autor importante, Hans Julius Wolff, que já estava produzindo há certa de duas décadas pequenos estudos individuais sobre o direito ático,⁴⁸ decide reunir na Cidade de Rheda, no noroeste alemão, um grupo de historiados e juristas para anualmente discutir suas pesquisas sobre a realidade dos antigos, num corpo denominado de *Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte*. Segundo Eva Cantarella, é após Wolff que se percebe a impossibilidade de se estudar a experiência jurídica grega através dos modelos romanos.⁴⁹

O primeiro deles ocorre em 1971, e passa a ser denominado de *Symposion* (cujos anais serão citados diversas vezes neste trabalho).⁵⁰ Este congresso aproxima importantes pesquisadores, como Wolff, o papirologista francês Joseph Méléze Modrzejewski e Arnaldo Biscardi, herdeiro de Paoli. Em seguida, de regra anualmente, o *Symposion* permite a interligação das discussões, fazendo viver a experiência jurídica greco-clássica. Segundo Alberto Maffi, um importante salto se deu no VIII encontro, ocorrido na Califórnia em 1990, à medida que pesquisadores anglo-saxões passaram a aderir ao movimento “jusgrecista”⁵¹, já que, anteriormente, havia apenas figuras isoladas, como George Calhoun⁵² e Robert Bonner⁵³. Colocava-se, assim, um componente de tensão nos estudos grecistas, vez que os anglo-saxões, porque mais atrelados à epigrafia, passaram a se opor aos europeus continentais, mais próximos da papirologia.

⁴⁸ WOLFF, Hans Julius. **Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-romischen Ägypten**. Weimar: Bohlaus, 1961, VIII, 299 p.; _____. **Die attische Paragraphe**. Weimar: Böhlau, 1966.; _____. **Marriage laws and family organization in ancient Athens**. Traditio, n. 2, 1944.; _____. **Neue Quellen zum Zessionsrecht der Papyri**. In.: Studi in Onore di Ugo Enrico Paoli, Firenze: Felice Le Monnier, p. 769780, 1955.

⁴⁹ CANTARELLA, Eva. **Presentazione**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 06, 1998.

⁵⁰ Sobre um dos mais importantes simposia, ver: GAGLIARDI, Lorenzo. **Dodicesimo simposio di diritto greco ed ellenistico**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 2, p. 161-172, 1999.

⁵¹ MAFFI, Alberto. **Gli studi di diritto greco...**, p. 13

⁵² CALHOUN, George Miller. **The growth of criminal Law in ancient Greece**. Berkeley, California Press, 1927.

⁵³ BONNER, Robert Johnson. **Evidence in Athenian courts and public arbitration in Athenian law**. New York: Arno Press, 1979, 42p.; _____. **Lawyers and litigants in ancient Athens**. Chicago: University of Chicago Press, 1927.; _____. SMITH, Gertrud. **The administration of justice from Homer to Aristotle**. 2v. Chicago: Chicago Press, 1938.

No final do século passado e início deste século, a tensão dentro da *Gesellschaft* começa a ser contemporizada, especialmente nas figuras de Robert Wallace⁵⁴, Edward Harris⁵⁵ e Michale Gagarin⁵⁶. Contudo, as divergências ainda existem, pois os anglo-saxões, na maioria não-juristas, vêem o direito grego como expressão das relações sociais, enquanto os continentais como categoria autônoma. O grande problema se torna, então, de método de investigação, de busca das fontes.

Segundo Maffi, as únicas técnicas aplicáveis ao direito grego são a “técnica legislativa” e a “técnica retórica”.⁵⁷ Para a técnica legislativa, buscam-se tantos os escritos dos legisladores, como Sólon, Zeleuco, Caronda etc., quanto os escritos epigráficos. A maior fonte legislativa intacta seria o código familiar de Górtina, embora haja outros pequenos textos, porém sempre esparsos e não sistemáticos.⁵⁸ Já quanto à técnica retórica, cumpre aos discursos dos *λογογράφως* (discursadores), como Demóstenes, Lisias, e Iseu, especialmente na sua aplicação às instituições processuais, sua maior riqueza.⁵⁹

Apesar dessas questões de método e temáticas, ainda são restritos os estudos sobre o direito grego. Mesmo na Europa, poucas foram as faculdades que cuidaram em resgatar a “lei grega”, cabendo destaque, como se verá adiante, às escolas de Sienna, Roma, Firenze, Milão, Parma, Torino e Bologna na Itália; de Oxford, Manchester, Cambridge e Nottingham na Inglaterra; Berlin, Frankfurt e München na Alemanha e de Paris e Bruxelas

⁵⁴ WALLACE, Robert W. **Law's enemies in ancient Athens**. In. *Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 183-196, sept. 2005.

⁵⁵ HARRIS, Edward. **Who enforced the law in classical Athens?** In. *Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 159-176, sept. 2005.; _____. RUBINSTEIN, Lene. **The law and the courts in ancient Greece**. London: Duckworth, 2004, XI, 240p.

⁵⁶ GAGARIN, Michael. **Bouleusis in athenian homicide law**. In. *Symposion 1988 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 81-100, juni. 1988.; _____. **Drakon and early athenian homicide law**. Yale: University Press, 1981.; _____. **Early greek law**. New York: University of California Press, 1989.; _____. **From oral Law to written laws: Draco's Law and its homeric roots**. In. *Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 3-17, sept. 2005.

⁵⁷ MAFFI, Alberto. **Gli studi di diritto greco...**, p. 14. Para aprofundar esta análise do desenvolvimento do direito grego nas universidades, ver outro texto de Maffi: MAFFI, Alberto. **Hans Julius Wolff e gli studi di diritto Greco a trent'anni dal I symposion**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 4, p. 269-291, 2001.

⁵⁸ Apontando a inexistência de uma lógica organizacional, ver: HÖLKESKAMP, Karl-Joachim. **Schiedsrichter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im archaischen Griechenland**. Stuttgart, 1993, 343p.

⁵⁹ Para uma melhor compreensão sobre o papel dos discursos dos oradores no processo, ver os autores de formação anglo-saxã, sobretudo pelo interesse que há no papel da oralidade do processo e dos precedentes judiciais: GAGARIN, Michael. **Antiphon the Athenian: oratory, law and justice in the age of the sophists**. Austin: University of Texas, 2002.; WORTHINGTON, Ian. **Persuasion: greek rhetoric in action**. London: Routledge, 1994.; RUBINSTEIN, Lene. **Litigation and cooperation: supporting speaker in the courts of classical Athens**. Stuttgart: Steiner, 2000.; USHER, Stephen. **Greek oratory: tradition and originality**. Oxford, Oxford University Press, 1999.; JOHNSTONE, Steven. **Disputes and democracy: the consequences of litigation in ancient Athens**. Austin: Texas University Press, 1999.

na França e Bélgica.⁶⁰ Nos EUA ainda se encontram alguns importantes autores nas universidades de Berkley e Philadelphia, porém mais atuais. Pouco se pode encontrar nas bibliotecas espanholas (algum texto em Valência), portuguesas (também algum em Coimbra), e, curiosamente, gregas. Isso por si só reduz naturalmente o acesso à bibliografia sobre o Direito Grego, ao contrário do que se passa com o Romano.

Salvo alguns autores, que são amiúde citados na literatura internacional, e se repetem de maneira indiscriminada, raramente se investigaram as “poderosas” contribuições que a jusfilosofia grega poderia antever para reconstruir, ou construir de outro modo o universo contemporâneo. Tal é o descrédito que também não são muitas as faculdades de direito européias, e mesmo hoje as de filosofia e ciências humanas, que possuem em sua estrutura curricular uma disciplina dedicada exclusivamente ao Direito Grego. Certamente os alemães, os italianos e os ingleses estão hoje, ao menos em conjunto reflexivo e não isolado em autores, muito à frente das investigações, seja em especificidade, seja em qualidade, seja em sistematicidade. É preciso salientar que essa restrição ocorre no ambiente estritamente jurídico, o que não significa dizer que alcança os demais níveis dos estudos gregos. Existem, sim, alguns professores, dedicados ao tema, que aparecem e acabam sustentando a existência de uma cátedra específica, mas que, no momento de seu afastamento, automaticamente levam consigo a disciplina, extinguindo-a do currículo. Exemplo notório é da Universidade de Bologna, tradicional no campo do direito antigo, mas que, atualmente, não tem entre seus docentes qualquer professor com formação grega mais aprofundada.

A carência de novos autores, novos grecistas que retomem os gregos não à maneira classicista, mas como possibilidade de novas reflexões fique evidente nas faculdades de direito européias, quando não faltam teses de láurea sobre a jusfilosofia contemporânea, a falar em Habermas, Dworking, Rorty, Foucault, Hart, porém, quase insignificante é a reflexão sobre os gregos, mesmo naquelas que são tradicionalmente conhecidas por sua formação abstrata e “compendiosa”, na vulgaridade forçada do termo, em que a formação cultural se antepõe à formação mercante. Em grande parte, a justificativa se reduz, como se vêem em repetidas conferências, salvo discrepâncias mais evidentes, na idéia de que o

⁶⁰ Por desconhecimento do autor, não se tem como apreciar a existência de pesquisas nos países do leste europeu, nos países escandinavos e tampouco nos países que não tem tradição na pesquisa jusfilosófica como Suíça e Áustria. Sabe-se, embora muito vagamente, segundo a Prof. Sima Avramovic, que o estudo da retórica grega processual tem sido feito em Graz e Belgrado de modo pioneiro. Nesse sentido, ver; AVRAMOVIC, Sima. **Simulation of athenian court: a new teaching method**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 5, p. 187-194, 2002.

mundo clássico pouco tem a contribuir para repensar e resolver os problemas contemporâneos, muito mais complexos e vastos que outrora.

Nem mesmo os gregos de hoje resgatam nas faculdades de direito a experiência antiga. Conquanto a leitura dos textos com formação jusfilosófica clássica seja auferida no vestibular, à exceção de alguns cursos, como em Tessalônica ou em Atenas, raras são as apreciações específicas sobre o mundo antigo.⁶¹ A predisposição para as leituras alemãs e francesas delimita o espectro de reflexão jusfilosófica. Seus próprios herdeiros acabam renegando a força produtiva e original do direito ático. Quando muito, cabe à história do direito compensar por fatos e genealogias o que a jusfilosofia deixa para trás.

Diante deste restrito estudo, é que alguns novos autores ainda procuram ver nos estudos gregos uma importância, não apenas do ponto de vista histórico, mas do ponto de vista filosófico, à medida as leituras das categorias jurídicas clássicas podem deixar linhas de discussões para o mundo contemporâneo. Por essa razão, o estudo do direito grego tem se mantido vivo, de modo reflexo pelo direito bizantino, estudado atualmente no *Max Planck Institute für europäische Rechtsgeschichte*, sob a coordenação geral do Professor Thomas Duve, e, especialmente, ainda na *Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte*, o grande centro de reflexões. Com a morte de Wolff no início dos anos oitenta e de Biscardi no final dos anos noventa, a sua direção passou para Eva Cantarella (Milano), Gerhard Thür (Graz) e Joseph Mélèze Modrzejewski (Paris).

Ao lado da *Gesellschaft*, alguns de seus membros italianos fundaram a *Rivista Dike* em Milão, para também divulgar as idéias atuais do direito grego. As origens da revista estão atreladas a Arnaldo Biscardi (orientando do consagrado Ugo Paoli em Firenze), que assumira a cátedra de Direito Romano em Milão, embora já houvesse lecionado Direito Grego em Siena, por força de seu aluno Remo Martini. Houve, então, um grande incentivo aos estudos de direito grego. Porém, coube aos seus continuadores, Alberto Maffi, e atualmente, sob a maestria de Eva Cantarella, ordinária da universidade a produção da revista, cuja idéia teria nascido no próprio seio da *Gesellschaft*, no Symposion de 1995 em Corfù.

⁶¹ Os congressos nacionais de filosofia e filosofia do direito na Grécia, realizados todos os anos, excepcionalmente apresentam algum jurista ou jusfilósofo que se dedica a fazer uma conferência sobre a experiência jurídica antiga, como Andreas Helms, Julie Vélissaropoulos-Karakostas etc. O próprio Congresso Nacional de Filosofia do ano de 2008, momento em que se iniciava a escrita desta pesquisa, realizado na Universidade de Patras entre os dias 17 e 19 de outubro, não trouxe nenhuma reflexão específica sobre o tema.

Assim, são seus anais, da *Gesellschaft* quanto da *Dike*, de artigos e respostas sobre diversos temas da técnica jurídica grega, bem como questões de ordem da filosofia do direito grego é que mantém vivo o seu estudo. Certamente se deve a esse grupo, constituído por filósofos, filólogos, historiadores, epigrafistas e especialmente juristas, a reconstrução das bases históricas e dogmáticas dos direitos gregos. Também se deve a eles o conjunto histórico necessário para se reconstruir não apenas uma leitura da filosofia grega, esta naturalmente tradicional, mas de uma possível “Filosofia do Direito” grego, que é tão renegada nas faculdades de direito.⁶²

De qualquer modo, aos tropeços e com certa insegurança, o estudo clássico tem novamente se fortalecido na Europa, e, nesse sentido, o presente trabalho encontra, com evidente singeleza, uma hipótese de legitimidade, vez que procura condensar as discussões feitas pelos *scholars* atuais, bem como trazer para o Brasil as suas discussões. Nesse particular cabe também avaliar o estado em que as pesquisas sobre o direito grego estão atualmente no país.

De outro lado, sem grandes constrangimentos, a jusfilosofia e história do direito brasileiras também acabam por negligenciar, com parciais razões, a reflexão sobre o Direito Grego. Nenhuma faculdade de direito no país tem expressamente prevista a disciplina em seu currículo, e tampouco as pós-graduações dedicam a atenção necessária. Nenhuma escola jusfilosófica encontra ambiente favorável à retomada dos gregos no mundo contemporâneo, à exceção, talvez, da Faculdade de Recife, sob a condução do Prof. João Maurício Adeodato, e a Faculdade do Largo São Francisco, sob a condução do Prof. Tercio Sampaio Ferraz Júnior.

Assim, o Brasil não dedica em sua jusfilosofia qualquer forma de atenção detalhada e sistemática da análise da experiência jurídica entre os gregos antigos, o que é visivelmente verificado pela ausência de livros no país sobre o tema. Salvo as raríssimas contribuições isoladas e as não publicadas que podem ser desconhecidas, nenhuma obra no país há que se dedique mais do que poucas linhas em subitens de livros de história do direito ou história da filosofia do direito. Mesmo os tradicionais livros atuais de História do Direito publicados no país, a ver-se por José Reinaldo Lima Lopes e Antonio Carlos

⁶² Não são poucos os cursos de Filosofia do Direito, sejam nos livros, sejam nas salas de aula, que se iniciam por reflexão feita pelos clássicos gregos. Contudo, o que de regra se faz, certamente interessante, é um olhar da filosofia para o direito e não de uma filosofia do direito, isto é, discute-se o que Platão falava sobre as leis, o que Sócrates pensava sobre moral, mas não se tenta construir um filosofia do direito a partir do cruzamento da filosofia clássica com os dados dogmáticos de que hoje se tem acesso. É justamente isso que se tem procurado fazer na Europa atualmente, sobretudo na citada *Gesellschaft*, uma construção inusitada a partir das categorias jurídicas de uma reflexão filosófica sobre o normativo na Grécia.

Wolkmer, dedicam poucas páginas ao estudo específico do direito grego. Faculdades já tradicionais como as citadas, ou mesmo outras também antigas como a de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná não contam em seus acervos com livros que resgatem a experiência jurídica grega antiga.

Embora, curiosamente, quase todos os livros de dogmática ou mesmo de propedêutica jurídica no Brasil tragam em seus capítulos iniciais uma referência à experiência grega. Daí decorre um problema grave, em parte comum na academia jurídica pátria. Fala-se sem leitura, ou, no pior das vezes, citam-se sempre os mesmo autores também exíguos, ou, ainda, retomam-se experiências longínquas sem qualquer relação com o que se está querendo fundamentar. Sem contar os afoitos acadêmicos, que vão até os vestígios de Hamurabi, muitos vão aos gregos sem realmente saberem o que foi em verdade a juridicidade e sua peculiar racionalidade no mundo antigo. Não faltam aos processualistas penais encontrarem suas origens do Tribunal do Júri, aos penalistas a sua culpabilidade pelo voluntarismo aristotélico, aos internacionalistas a pena do ostracismo, aos constitucionalistas a democracia ática, o sistema eleitoral, a cidadania etc., porém se castigam e se sobrecarregam sempre Frederico Marques, Orlando Gomes, Pontes de Miranda, João Mendes de Almeida, Miguel Reale, Tobias Barreto etc. no escorço histórico, quando não lhes era a intenção primordial.

Com isso, a reflexão que se faz acaba sendo muitas vezes infértil e sem respeito aos limites e aos princípios que informam o “modo ascético” de fazer o direito que os atenienses tinham e tampouco atenta a toda uma discussão contemporânea européia sobre avanços e percalços na pesquisa sobre o mundo ateniense. Algumas razões, e não são poucas, podem ajudar a compreender esse “esquecimento” da jusfilosofia e da história do direito brasileiras:

i) Aquelas poucas escolas, que de algum modo se dedicam ao mundo clássico, acabam se restringindo ao direito romano, que desde o início da academia brasileira esteve entre as disciplinas curriculares. A herança trazida pelos primeiros catedráticos brasileiros, ainda de nascimento europeu, fazia florescer o classicismo de Windscheidt, Cambacerès, Müther, Savigny, Jhering etc., grande parte sustentados pelo romantismo do séc. XIX. Logo, o direito romano encontrou na cultura brasileira daquele momento um campo fértil para se reproduzir, e, assim, ofuscar qualquer reflexão grega. Se nem ao menos os notórios Windscheidt e Müther reconhecem que o tema de seu debate – a *actio romana* x *Klag* – não

era essencialmente um problema romano e sim uma questão grega, por certo que aos herdeiros brasileiros não restaria muito espaço para questionamentos;

ii) Alguns jusfilósofos com imensa bagagem de filosofia clássica, como os outrora citados de Recife e São Paulo, acabaram, dada também a pouca seriedade de pesquisa que existem em outros campos, avançando sobre temas relevantes, deixando apenas caminhos para se pensar “os antigos”. Autores como Tobias Barreto, Nelson Saldanha, Miguel Reale, Tercio Sampaio, Celso Lafer, Luis Fernando Coelho, João Maurício Adeodato, Ari Marcelo Sólón etc., optaram por temas também muito pouco refletidos, já que estavam e estão construindo a formação jusfilosófica dos acadêmicos brasileiros;

iii) Outros intelectuais acreditam que o estudo dos clássicos se traduz num arcaísmo desnecessário, falando inclusive num “classicismo” herdado do baronato cafeicultor do início do século passado e chegando ao ponto de existir toda uma vanguarda para acabar, mesmo, com a disciplina de direito romano.⁶³ Imbuídos por uma lógica (em parte equivocada), acreditam que temas em torno de autores contemporâneos, como Foucault, Agamben, Arendt são os únicos que devem ser estudados (embora esqueçam toda a formação clássica e recorrente que estes têm). Por certo que algumas nítidas razões existem para esses questionamentos, porém, o problema não está no estudo, e, sim, no uso que se faz do conhecimento. Certamente quanto mais, melhor, e isso não há como negar (mas aqui cabe apenas destacar as razões, e não realmente julgá-las se adequadas ou não);

iv) A multiplicidade de temas, que ainda não foram investigados no país também acabam chamando atenção daqueles que eventualmente se dedicariam, mas que se deixam levar por outras leituras. Em sendo o Brasil um país recente, há temas que precisam, dada a sua relevância, ser investigados, até mesmo antes de um percurso sobre os gregos. Trata-se, sem dúvida, de uma razão verdadeiramente robusta, e justificada que grandes autores nacionais se desloquem a discutir temas, como democracia, pluralismo, legitimidade política etc. num país que há poucos anos caíra diante do autoritarismo;

v) Certamente a língua grega acaba por afastar os pesquisadores, dada a sua dificuldade sistemática. Se o latim impõe uma dificuldade de acesso aos autores romanos, sejam os antigos, sejam mesmos os medievais da “recepção”, por mais força impõe o

⁶³ Essa mesma idéia já teria sido lançada na Europa no início do século passado, precisamente em 1938, reforçada em 1947, quando o grande romanista Paul Koschaker, sustentou a “crise do direito romano” e a necessidade superá-la para o próprio bem do direito europeu. Nesse sentido, ver: KOSCHAKER, Paul. **Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft**. München: Biederstein, 1938.; _____. **Europa und das römische Recht**. München: Biederstein, 1947. contudo, verificou-se que não era o seu estudo e sim o uso do direito romano com caráter conservador que deveria ser eliminado dos horizontes acadêmicos.

grego. Língua complexa, com variantes históricos, com restrita utilização contemporânea, força que as pesquisas sérias sejam conduzidas a outros ambientes, para se evitarem dificuldades de interpretação, e, mesmo para os sérios, evitarem as falácias cotidianas da academia;

vii) Os problemas inerentes à realidade brasileira e latino-americana também fomentam alguns jusfilósofos, como o Prof. Celso Ludwig do Paraná, a dirigir-se à construção de uma filosofia dos oprimidos, fugindo com maior rigor dos clássicos. Sem embargo a nítida formação clássica, a perspectiva de construir uma jusacademia brasileira, genuína, atenta a novas dimensões da norma, de sua validade, legitimidade e efetividade, a novas dimensões dos sujeitos de direito, acabam excluindo do horizonte de reflexão o universo grego;

viii) Por fim, não há como se esquecer, dentre outras justificativas, o modismo acadêmico que também acaba por ser um impeditivo, já que no Brasil, não se traduz num contínuo de aprofundamentos temáticos, mas de vanguarda e “virtude” ideológica, e cujos gregos estão longe de seus horizontes por sua fuga à “mass-media”, ou ao apelo dos congressos e dos seminários.

São razões e, ao mesmo tempo, justificativas, à medida que não são fruto apenas de um descaso ou de uma irresponsabilidade, mas se sustentam, grande parte delas, do ponto de vista histórico e das condições inerentes de um país recente, com tradição bicentenária, senão centenária de herança acadêmica, que impõe, inevitavelmente, a necessidade de se investigarem temas de base, essenciais à construção do Estado e à regulação do incipiente mercado. Certamente, países como Inglaterra e Itália, cujas universidades datam sem grandes desavenças desde o início da Baixa Idade Média, encontram uma tradição acadêmica secular, com longas linhas de pesquisas sobre diversos temas, com autores que se dedicam a pesquisar peculiaridades científicas, séculos específicos, e, que, logo, já encontram um terreno muito bem alicerçado, consolidado, que confere segurança e liberdade para se estender a reflexões como a jusracionalidade grega. Contudo, num país cujo curso de Direito mais antigo, a saber da Faculdade do Largo São Francisco, ainda nem sequer chegou aos seus dois séculos de existência, quem dirá de pesquisa, não há como se avançar muito para “excentricidades” acadêmicas, dada a urgência de certos temas.

Por certo que os passos deveriam ser caminhados lentamente, porém, um Estado como o Brasil, aparece repentinamente na ordem cultural, mas não desprovido de uma cultura própria e de uma cultura herdada. Claro que se poderia aqui ampliar a reflexão, o

que não convém, porém, se do ponto de vista internacional vale o clássico princípio da *tabula rasa*, que só impõem os costumes e o *jus cogens* aos novos estados se estes expressamente, por sua *opinio iuris cive statis*, manifestarem assentimento, do ponto de vista cultural o programa não é tão simples e nem tão claro.

A academia brasileira foi se configurando aos tropeços, ora européia, ora brasileira, ora antropofágica. Assim, temas essenciais, que esteiam um novo estado, devem ser antes investigados e bem concretizados, para evitar vazios insolúveis. Por conseguinte, refletir dogmaticamente os títulos de créditos, os institutos públicos, as matrizes penais, ou jusfilosoficamente as decisões, as normas, o ordenamento jurídico à brasileira, são, sem dúvida, imprescindíveis e iminentes. Certamente haveria de se postergar reflexões meramente abstratas ou sobre temas longínquos da realidade brasileira, ao menos por um certo patriotismo necessário.

Todavia, em não sendo a realidade cultural uma *tabula rasa* como apraz aos internacionalistas, a jusacademia brasileira foi antecipando, como o fez com seus direitos, os diversos momentos posteriores da maturidade acadêmica, e, enquanto se investigam temas ainda fundamentais, como direitos do consumidor, do meio ambiente, da concorrência e seus desdobramentos filosóficos, como sociedade de massa, jusecologia, teoria econômica do direito, também se discutem temas reflexos, aparentemente irrelevantes.

Seria melhor, de fato, que essa espécie de “mesquinha” acadêmica dos países desenvolvidos viesse a seu tempo ao Brasil. Mas isso é impossível pela dinamicidade da cultura, e também realmente indesejado. Possibilidades de pesquisas acabariam se esvaindo, oportunidades de contribuições e de esclarecimento nacional também se perderiam, em suma, ainda que extemporâneas, algumas pesquisas são necessárias, e, talvez num futuro ainda muito distante, as lacunas se fechem e os equívocos se ajeitem no devido lugar.

Assim, a par das justificativas possíveis que se busquem, por isso desde logo se impõe o porquê desta tese, à medida que, inobstante se tente fazer um recorte particular na colheita da experiência grega e trazer uma “contribuição original” à academia como um todo (a partir do conceito de “direito constitutivo” e de “ascese jurídica”), no Brasil ela se justifica sobremaneira pela ausência de reflexão. Talvez pela falta de investigação mais detalhada sobre a norma grega e todas as situações a ela concernentes no Brasil, que, se não o valor, ao menos a necessidade deste ensaio parece surgir.

CAPÍTULO II – A “experiência exterior” e os vetores metodológicos

1. Metodologia filosófica: o fundamento da experiência “do fora”

A análise do cosmos jurídico grego não é de todo fácil, especialmente se for levada em conta o distanciamento histórico que entrepõe gregos e contemporâneos, como dito. Retomar uma cultura distante, especialmente nos instutos jurídicos, impõe um grande problema, dentre outros, que se concentra numa questão de método. A ciência jurídica moderna foi um tanto marcada pela racionalidade burguesa dos sécs. XVIII e seu positivismo, e, sem dúvida, no campo do direito antigo, pela tradição romanista que esteve na base nos códigos iluministas da década de 1890 pelas nas mãos de J. Portalis e Cambacerès. Por isso, para o clássico grecista italiano Arnaldo Biscardi,⁶⁴ e, na mesma linha também Arnold Kränzlein,⁶⁵ não é possível retomar os gregos senão através de uma metodologia autônoma.

Assim, apresentadas as justificativas em se retomar os clássicos, é preciso cumprir as indicações dos jusgrecistas, e, a partir de agora construir um método de investigação dos antigos, definir um caminho, um ferramental de análise, uma forma de ver os antigos como algo radicalmente diferente, que possa emprestar novos signos à atual concepção do direito. Nessa perspectiva, uma possível forma de investigação é tentar resgatar o novo estatuto epistemológico da literatura trabalhada por alguns autores franceses do século passado, em torno do que se elaborou com a desconstrução da idéia moderna de razão operada por Nietzsche.

O norte estaria na tentativa de construir um papel para a filosofia e para a literatura que estivesse próximo do que eles cunharam de “*experiência do fora*.” Muito embora uma análise mais detalhada desses autores devesse ser feita para compreender a fundo o que seria essa experiência exterior, aqui apenas se trazem algumas construções, para que se possa ver de que modo um estudo sobre os gregos poderia servir como um “pensamento limite, um pensamento do fora”.

⁶⁴ BISCARDI, Arnaldo. **Diritto greco e scienza del diritto**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 150, 1999.

⁶⁵ KRÄNZLEIN, Arnold. **Rechtsvorstellungen im altgriechischen und graeco-ägyptischen Rechtskreis**. Graz: Kienreich, 1975.

Abre-se um diálogo infindável, que leva o pensamento ao extremo. É em torno da possibilidade de constituir a *literatura* como discurso de resistência, do discurso como constituição do mundo, do “fora” como possibilidade de transgressão e contestação de valores, e do desdobramento do sujeito despersonalizado capaz de fazer nascer um “ser-linguagem”, que convém se debruçar nas próximas linhas, na tentativa de mostrar a angústia da filosofia foucaultiana e sua ensinança peculiar aos *discursos jurídicos de constituição*. Se para pensar os gregos, numa perspectiva historiografia, conveio buscar o método arqueogenalógico, por outro, para resgatá-los desde um ponto de vista jusfilosófico, como se pretende, cumprir ter em mente um motor específico: a “experiência do fora”.

A análise dessa experiência metodológica diversa manifestada pela categoria do “fora” e do “novo”, impõe-se ao discurso jusfilosófico num signo de mudança epistemológica de seu programa, que seja capaz de revelar um “discurso jurídico de constituição”, e, nessa medida, possa ser trazida para o presente como uma forma de superação dos atuais “discursos jurídicos de conservação. A raiz dessa interpretação pressupõe, que uma forma de exame dos gregos, para que não recaia numa mera colheita de fatos históricos já embuídos do romanismo ou da cientificidade moderna, seja um discurso que incite à ação, ao movimento epistemológico, cujos atos sejam capazes de se aniquilar a cada renovação, de modo que os institutos históricos sejam uma espécie de corrimão,⁶⁶ porém não se substituam ao que deles se pode extrair enquanto novidade. O objeto de investigação – aqui, a experiência jurídica grega – deve ser uma meta, mas não o seu fim ou o seu limite. O recurso à história, aqui, será um critério de base para que as elocubrações não sejam vazias ou fruto apenas de imagéticas ou fantasias.

O perigo desse retorno aos gregos é cair exatamente nos tradicionais discursos de conservação, que são normalmente destinados a manter uma mesma postura epistemológica, naturalmente anacrônica e incapaz de lidar com as categorias antigas, e, muito menos, ser apto a reviver no presente a ponto de poder incitar mudança. Isto significa dizer que a postura jusfilosófica que se pretende, doravante, é uma tentativa inusitada de recepcionar os gregos com vistas a transpô-los ao presente, não como forma de justificação, mas como mecanismo ultrapassar limites cognitivos, como uma forma de “discurso transgressional”. É a possibilidade de transgressão das perspectivas atuais, de seu ferramental, de seus objetos que se pretende forjar com a retomada greco-clássica, isto é,

⁶⁶ ARENDT, Hannah. **On Hannah Arendt**. In: Hannah Arendt: the recovery of the public world. (Edited by Melvyn A. Hill) New York: St. Martin's Press, 1979, p. 336.

enquanto “estratégia de pensamento”, de “experiência limite”, que contribua para uma espécie diferente de maduramento do discurso jurídico contemporâneo.

Neste sentido, de uma busca por esboçar hoje um “direito ao extremo”, que se desdobre em busca do impensado, a partir de uma realidade radicalmente distinta e distante, como a grega, convém resgatar uma forma de filosofia angustiada do pós-guerra, que foi elaborada por intelectuais franceses desde meados da década de quarenta do século passado, poderosamente original, que estava preocupada com temas como repressão, sexo, tabu, excessos etc., temas vistos até então como cânones a serem expurgados dos horizontes filosóficos, seja por força do hegelianismo-kantiano vigente desde o séc. XVIII, seja, em suma, por força do sartrismo-marxista que consubstanciava o pano de fundo europeu daquele momento.

Muito embora a temática deste exercício filosófico seja interessante, certamente não cumpre aqui ser mais bem trabalhada, senão em seu método de análise, marcado por rupturas de pensamento e premissas absolutamente inovadoras, que muito quebram a lógica do pensamento tradicional e podem contribuir para pensar diferentemente os gregos. Alguns autores como Blanchot, Bataille, Barthes, Deleuze, Foucault, todos de certo modo costurados pelos aforismas nietzscheanos, numa espécie de *estilo nietzschiano* não-dialético e não-fenomenológico,⁶⁷ procuraram repensar a leitura moderna do mundo, em especial, no seu modo de analisar conflitos, e sua consequente saturação teórica. A figura da “transgressão” se tornou a sua linha de costura, e, todos, às suas particularidades, preocuparam-se na literatura ou na epistemologia e definir os seus traços.

O que motivava todos era uma sensação de forjar um discurso evidentemente autêntico, uma forma de “discurso de angústia”, cujo mote era romper, descosturar, quebrar, chocar o estatuto epistemológico tradicional, e, nessa medida, “desalojar a razão” de seus receptores.⁶⁸ Estes discursos pretendem levar o pensamento a vivenciar os seus limites, as suas fronteiras, o seu “fora”, como forma de deslocar o *cogito* cartesiano e seu absoluto elogio da razão.⁶⁹ Para melhor ilustrar esses discursos, opta-se aqui pela investigação de Michel Foucault, seja porque mais fácil de ser trabalhada na filosofia do direito – dada a proximidade que o autor tinha com a questão jurídica – seja porque permite uma interconexão com o caminho historiográfico que embasou esta pesquisa.

⁶⁷ MACHADO, Roberto. **Foucault: a filosofia e a literatura**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 10.

⁶⁸ RIBEIRO, Renato Janine. **O discurso ...**, p. 29. “A frase que choca ou impressiona tem eficácia – a de ofuscar, a de permitir um novo conhecimento mediante o desalojar a razão, presa das rotinas ... ao leitor, busca-se surpreender, fazendo que perca suas rotas usuais mediante lampejos, pontuais, de sedução...”

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Der philosophische...**, p. 248-343.

A problemática foucaultiana, ou foucauldiana, como quisera na sua altivez e num rompanete intelectual peculiar José Guilherme Merquior,⁷⁰ permite uma grande interface com o direito, através de inúmeras imagens,⁷¹ todavia, as relações possíveis estão, de um modo ou de outro dentro do campo epistemológico, marcadas pelas temáticas do poder, do saber e do sujeito, seja através da reflexão sobre a norma, sobre as práticas judiciais, sobre o sujeito de direito, dos mecanismos de exclusão e normalização, seja pela disciplina, pelo sistema carcerário etc. Essa restrição que se faz da leitura foucaultiana, embora tenha explicações fundamentais diante dos temas para o direito, deixa de lado toda uma sorte de investigações mais próxima do campo gnoseológico do que propedêutico do direito.

A análise de seu pensamento nesta perspectiva permite melhor compreender de que uma outra estratégia de pensamento se constrói na literatura, que pode ser emprestada ao discurso jusfilosófico, enquanto “experiência do fora”, na esteira de Bataille e Blanchot. Essa experiência literária é trazida por Foucault já nos seus primeiros, embora dispersos, escritos, numa tentativa de renovar a filosofia francesa, nitidamente marcada pelo estruturalismo e pelo marxismo. Essa recepção da literatura, especialmente na sua

⁷⁰ O fenômeno Merquior, como chamara José Mário Pereira, apesar do brilhantismo intelectual do diplomata, era um agudo polemista e crítico muitas vezes desbocado e irreverente. Na edição de seu livro MERQUIOR, José Guilherme. **Foucault**. London: Fontana Press, 1985, publicada simultaneamente no Brasil MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o niilismo de cátedra**. Trad. Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, Merquior acrescentou no início do livro, antes do primeiro capítulo intitulado *The historian of the present*, uma apresentação denominada *Aos incautos*, no qual diz se tratar de um livro para chocar a comunidade brasileira que vive de uma foucauldolatria.

⁷¹ Sobre a boa leitura feita entre as investidas *foucaultianas* e o *direito*, veja-se: EWALD, François. **Le droit du droit**. Archives de Philosophie du Droit: le système juridique. Paris, Sirey, v. 31, p.245-259, 1986.; _____. **Pour un positivisme critique, Michel Foucault et la philosophie du droit**. In.: Droits – Revue Française de Théorie Juridique, Paris, n. 3, p. 137-145, 1986. _____. **Presentation: justice, discipline, production**. Les Temps Modernes, Paris, p. 970-987, 1987. ; _____. **Une expérience foucauldienne: les principes généraux du droit**. Critique: Revue générale des publications françaises et étrangère, Paris, n. 471-472, p. 787-793, août/septembre, 1986.; FITZPATRICK, Peter. **La construcción del sujeto jurídico en las genealogías de Michel Foucault**. Revista Iberoamericana de Política, Filosofía y Derecho Crítica Jurídica, México, a. 5, n. 9, p. 25-35, 1988.; GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. **O conceito do direito e a ontologia do presente**. In.: Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra. Org. Tereza Cristina B. Calomeni. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 187-206.; MEYER, Philippe. **La justice telle qu'on la rend**. Esprit, Paris, n. 10, p. 524-525, oct. 1972.; MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. **Wieder die juristische konzeption der macht: Foucaults analyse der modernen gouvernementalität**. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Stuttgart, Verlag, v. 84, p. 559-566, 1998.; PONCELA, Pierrette. **L'archéologie du savoir juridique**. In.: Archives de Philosophie du Droit: la philosophie du droit aujourd'hui, Paris, Sirey, t. 33, p. 169-175, 1988.; TERNES, José. **Foucault e a lei**. In.: Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra. Org. Tereza Cristina B. Calomeni. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 207-224.; VAZ, Paulo. **Risco e justiça**. In: Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra. Org. Tereza Cristina B. Calomeni. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 104-132 e, sobretudo, de maneira mais profunda e detalhada: FONSECA, Márcio Alves da. **As imagens do direito em Michel Foucault**. In: Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra. Org. Tereza Cristina B. Calomeni. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 169-186.; _____. **Normalização e direito**. In: Retratos de Foucault. Org. Vera Portocarrero e Guilherme Castelo Branco. Rio de Janeiro: NAU, 2000.; _____. **Michel Foucault e a constituição do sujeito**. São Paulo: Educ, 1995.; _____. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

perspectiva de negar o sujeito para que em seu lugar apareça um “sujeito da linguagem”, foi o suporte indispensável para que os questionamentos metodológicos da filosofia fosse colocado em outros termos. A reflexão sobre os limites e a possibilidade de sua extrapolação, o fora, o neutro e seus desdobramentos, a despersonalização do “eu falante”, o outro e suas relações elípticas, bem assim os agenciamentos entre o saber e o poder, o ver e o enunciar etc., todos temas até então escorchados da filosofia, passaram por ela a ser experimentados. Conquanto a originalidade de Blanchot e Bataille (neste trabalho, como dito, retomados apenas pela metonímia foucaultiana, porque melhor convém), tais temas surgem para Foucault em alguns textos que servirão aqui de base para entender o que viria a ser esta “filosofia do fora”, em especial: *Préface à la transgression*; *Le langage à l’infini*; *L’eau et la folie*; *Distance, aspect, origine*; *Le langage de l’espace*; *La folie, l’absence d’oeuvre*; *La pensée du dehors* ou mesmo *Qu’est-ce qu’un auteur*.

Apesar de muitos destes textos serem dos anos sessenta, tal a linha deixada em *Les mots et les choses*, é nos anos setenta, em sua aula inaugural – *L’ordre du discours* – no Collège de France, que a reunião de suas problemáticas anteriores aparece. Foucault avança na análise do “fora”, como um lugar de neutralidade, capaz de desintegrar o autor na obra literária. Sua leitura parte da ideia de que as sociedades possuem meios de controle e interdição da produção discursiva, de modo que o “discurso” se depara com diferentes modos de controle e redistribuição de exclusão social. Uma seleção feita pelo objeto, pelo rito de circunstâncias e pelo direito privilegiado do falante, proporciona uma luta pela sexualidade e pela política, de modo que desejos e poder se interpenetram num mesmo discurso. Porém, para avançar, conjugando objeto-circunstância-sujeito, Foucault acredita que pelo discurso são criados três básicos sistemas de exclusão social: a *loucura* (o discurso se relaciona a quem pode e a quem é permitido utilizar-se da interdição do louco), a *palavra proibida* (o discurso não se destina, como se quisesse, para desvendar tabus), e a *distinção entre o verdadeiro e o falso* (o discurso não opera de forma arbitrária, modificável, mas interroga qual a forma exterior dada à verdade, quem pode dizê-la e a quem).⁷²

Diferentemente do sistema da palavra interdita e da segregação da loucura, no qual o poder da *vontade de verdade* parece estar mais às claras, o mesmo não ocorre com o binômio *verdadeiro e falso*, que por suas próprias características, reveste-se desta vontade de verdade através de uma fantasia de impessoalidade e intangibilidade. Com isso, o que se

⁷² FOUCAULT, Michel. *L’ordre du discours*. Paris: Gallimard, 1971, p. 21.

sustenta é que houve uma modificação da “verdade”, que saiu do platonismo presente no ato ritualizado e se deslocou para o lugar do “dito”, em toda a sua estruturação – forma, objeto, sentido e referenciação.⁷³

O enunciado verdadeiro se altera para o próprio enunciado, sempre de acordo com o seu conteúdo histórico e uma base institucional, sustentada pelas sacristias, conselhos de sábios, publicações especializadas, bibliotecas etc.⁷⁴ O enunciado, portanto, esteve sempre fundamentado nas instituições, de modo que o discurso do verdadeiro alcançou lugares que não o faria sem este apoio. O discurso exprime, portanto, inevitavelmente, numa matriz nietzscheana, todo um conjunto de desejos e exercícios de poder – logo, vontade de verdade – que esconde a própria verdade que busca. Na sua essência, seu conteúdo acaba por se esvaziar, naturalmente, e sua base são os fluxos institucionais. Por essa razão, esta verdade, conquanto venha Foucault mais tarde em *Historie de la sexualité* reconhecer uma positividade através de discursos que produzem o verdadeiro (e não apenas proíbe e repreende), tem uma forte máscara de negatividade, marcada pela exclusão.⁷⁵ As grandes mudanças científicas estão, de certo modo, ligadas a esse fenômeno de surgimento de novas formas de “vontade de verdade”, antes mesmo que novas descobertas.⁷⁶ Esta verdade, que perpassa os discursos do verdadeiro, exprime, antes mesmo de seu suposto objetivo, um discurso, e pelo qual se exprime, pressiona e coage outros discursos, e estabelece complexas regras e graves exigências para que outras proposições quaisquer, intentando alcançar o patamar do verdadeiro, devem cumprir, a fim de pertencerem a uma disciplina e serem catalogadas como verdadeiras ou falsas.

Diante disso, *L'ordre du discours* deixa esboçar a perspectiva do “fora”, à medida que o papel primordial do cientista passa a ser destacar o valor de outros discursos, recepcionando-os cientificamente, aceitando-os ou não como verdadeiros, e os reorganizando e distribuindo dentro das disciplinas. Este fato começa a se tornar significativo para pensar nos gregos algo radicalmente diverso. Ao jusfilósofo cumpre encontrar estes discursos que estão no “fora” e que permitem pensar os clássicos também

⁷³ A questão da verdade é significativa para Foucault, e ele parece ter vivido filosoficamente sempre à sua busca, nem que fosse para rechaçá-la, negá-la, esgorjá-la, demonstrar suas deficiências e suas vinculações ao sujeito falante. Maurice Blanchot, em livro póstumo a Foucault, salientou: “... um homem a caminho, solitário, secreto e que, por isso, desconfia dos prestígios da interioridade, recusa as armadilhas (*piège*) da subjetividade, procurando onde e como é possível um discurso de superfície, cintilante (*miroitant*), mas sem miragens, não estranho, como se julgou, à busca da verdade, mas deixando ver (depois de muitos outros) os perigos dessa demanda, bem como as relações ambíguas desta com os diversos dispositivos do poder.” BLANCHOT, Maurice. **Foucault tel que je l’imagine...**, p. 17.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **L’ordre ...**, p. 19.

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. **L’ordre ...**, p. 22.

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **L’ordre ...**, p. 18.

diferentemente. Nessa linha, “estar na verdade”, é aceitar as regras postas por uma “polícia discursiva”, reafirmada a cada momento enunciativo. Para que se possa “estar na verdade”, é pressuposta a sua aceitação pelo discurso científico, ao menos na esteira da metodologia construída pelo cartesianismo dos sécs. XVI e XVII e que se espalhou para as ciências humanas. Trata-se de uma polícia discursiva que redistribui sentidos, controla e maneja a exclusão social, promove o enaltecimento do “rito”, de modo a exigir dos interlocutores todo um plexo de signos necessários através de gestos, palavras, modos etc. Foucault, entende que as “sociedades discursivas” pressupõem um papel fundamental: conservar e produzir mais discursos excludentes. Por isso a retomada dos gregos deve ser vista com a devida cautela, para que não se caia no rastreamento operado por esta polícia discursiva e se transforme num discurso que se exerce com violência e agressividade sobre os dados históricos, especialmente numa sociedade cujas fontes normativas são de evidente escassez e insegurança.

Diante deste fato, a saída encontrada por Foucault, e, de igual modo por aqueles outros autores, para fugir a este “regime de verdade” costurado pela polícia discursiva seria criar outro programa de investigação disposto a delizar para “fora” destes regimes institucionais, tal o seu método genealógico proporá alguns anos mais tarde em *Surveiller et punir*. “Assim, as descrições críticas e as descrições genealógicas devem alternar-se, apoiar-se umas nas outras e se completarem. A parte crítica da análise liga-se aos sistemas de recobrimento do discurso; procura detectar, destacar esses princípios de ordenamento, de exclusão, de rarefação (*rareté*) do discurso. Digamos, jogando com as palavras, que ela pratica uma desenvoltura aplicada. A parte genealógica da análise se detém, em contrapartida, nas séries da formação efetiva do discurso: procura apreendê-lo em seu poder de afirmação, e por aí entendo não um poder que se oporia ao poder de negar, mas o poder de constituir domínios de objetos, a propósito dos quais se poderia firmar ou negar proposições verdadeiras ou falsas.”⁷⁷

A busca genealógica por outro lugar que se construa fora dos “regimes de verdade” deixa-se tracejar através da “experiência do fora”, único instrumento epistemológico capaz de romper discursos institucionais e produtores de verdade. Em sendo uma forma crítica, que não admite escolhas⁷⁸, seu papel é auscultar o controle dos enunciados nas formações

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *L'ordre ...*, p. 71.

⁷⁸ BELLOUR, Raymond. *Michel Foucault: 'les mots et les choses'*. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 499. “M.F – ... não deverá haver escolha privilegiada. É necessário poder ler tudo, conhecer todas as instituições e todas as práticas. Nenhum dos valores

discursivas, rastreando seus poderes fundantes, seus princípios, como o *princípio do tratocamento*, que se destina ao estudo das formas de exclusão, o *princípio da descontinuidade*, que se propõe analisar os discursos como práticas descontínuas justapostas, contrapostas e que se excluem; o *princípio da especificidade*, ao entender o discurso como violência que se impõe aos outros; e o *princípio da exterioridade*, ao buscar as condições externas de possibilidade dos discursos e não o seu núcleo. A questão da “exterioridade” está posta brevemente por Foucault enquanto prática de contestação, porém, cumpre demandar: Como se investiga esse discurso que não vai ao fundo, ao núcleo, mas fica na beira, na superfície, na extremidade? O que é, em suma, a *experiência do fora* da leitura do discurso efetivada pelo pensamento foucaultiano?

Concentrando-se no que aqui importa, como base de investigação filosófica para pensar o direito grego, convém, para compreender o *fora* como prática de fuga e de resistência; pressupõe entendê-lo dentro de sua concepção de *literatura*, pois para Foucault a “literatura é o que constitui o fora de toda obra,”⁷⁹ é o que está para além da subjetividade do autor, é constitutivo, mas ao mesmo tempo é o que desintegra, o que esfacela, o que isola, o que irrompe possibilidades. Nesse sentido, a literatura é uma prática de violação social (*sozialer Übertretung*).⁸⁰ Não por outra razão, o “fora” é uma medida entre visibilidade e enunciação, como uma espécie de *tertiu genu*, outro mundo, um lugar de ausência da obra. Em sendo um ponto de ruptura, o “fora” afronta as verdades científicas, suspende a positividade da autoridade do sujeito, e despoja o deôntico das normas. Este despojar o deôntico é de extrema relevância, se o que se propõe neste trabalho é encontrar um outro modal normativo, um “modal constitutivo”, que não se restrinja à tríade proibição-permissão-faculdade.

Este “fora”, que para Foucault está mais além do que em Blanchot (porém não convém avançar nesta análise), fica muito claro pelo discurso literário, visto este enquanto um exercício ao infinito,⁸¹ uma forma de desmembramento constante para fora – um modo de “transgressão desvigiada” – um além da morte capaz de desnudar essências e trazê-las à

reconhecidos tradicionalmente na história das idéias e da filosofia devem ser aceitos como tais ... dever-se-ia tudo ler, tudo estudar.”

⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **Sur les façons d'écrire l'histoire**. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 593.

⁸⁰ MEISTER, Martina. **Die Sprache, die nichts sagt und die nie schweigt: Literatur als Übertretung**. Ethos der Moderne: Foucaults Kritik der Aufklärung. Org. Eva Erdmann, Rainer Forst e Axel Honneth. Frankfurt: Campus Verlag, 1990, p. 237.

⁸¹ FOUCAULT, Michel. **Le langage à l'infini**. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 251.

superfície. Nesse sentido, o “fora” é o lugar do silêncio, do murmúrio,⁸² á medida que se põe como uma estratégia de forte crítica ao sujeito e seu lugar na modernidade, e, logo, uma nítida forma de se pensar longe da tirania do “eu”. Para a “experiência do fora”, o “eu” está morto, porque sua base é a fratura, a dispersão, a diferenciação aberta.⁸³ O murmúrio infinito (*unendliche Murmeln*) é igual à objeção silenciosa (*stille Wiederrede*), na qual a literatura se contrasta com a morte.⁸⁴

Na modernidade a figura do sujeito-autor foi de grande valia, especialmente se pensada no personalismo que imperava nas ideias individualistas de fins do séc. XVIII e início do XIX. Foi através desta que se superou o anonimato medieval. “O anonimato, salvo caso excepcional, desapareceu inteiramente da linguagem literária e de seu funcionamento.”⁸⁵ A partir de então, o sujeito que escreve está morto, e o homem que fala não é mais ele, mas a própria obra literária que lhe tomou de assalto, é o “ser da linguagem” que lhe toma lugar e que experimente a nua linguagem de si mesmo.⁸⁶ O grande papel do “princípio da exterioridade” se exerce extamente deste modo, fazendo o ser da linguagem vir à superfície, como se fosse uma dobra da linguagem e do espaço literário. Contudo, esse “ser da linguagem” não significa a destruição total de uma perspectiva humanista (e aqui caberia toda uma investigação extremamente relevante e importante, porém fugiria excessivamente ao tema), mas uma forma de crítica ao humanismo produtor de verdades e de identidades.

Por essa razão, o que se pretende é a destruição de evidências do sujeito, do autor, para liberar o “ser da linguagem”, e, nessa medida, valorizar o desdobramento da obra literário, conseqüentemente gerando o aparecimento do “fora”.⁸⁷ O *ser da linguagem* é “um ser singular, difícil, complexo, profundamente ambíguo (já que ele designa e dá o seu ser a todos os outros seres, ele próprio compreendido),”⁸⁸ ele nasce com a despersonalização daquele que fala, do sujeito no espaço literário, da linguagem pensada como representação e obediente a regras universais. É a saída do *eu* para *fora*, com o conseqüente surgimento do neutro. O sujeito é decapitado na sua mera possibilidade de

⁸² FOUCAULT, Michel. *Préface à la folie et déraison*. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 163.

⁸³ FOUCAULT, Michel. *Le langage de l'espace*. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 407.

⁸⁴ MEISTER, Martina. *Die Sprache, die nichts sagt* ..., p. 239-240.

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Sur les façons d'écrire* ..., p. 593.

⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Le Mallarmé de J.-P. Richard*. Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 436.

⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Le langage à l'infini* ..., p. 253

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Le Mallarmé de J.-P. Richard* ..., p. 436.

apresentação na obra, dando lugar ao ser que se expõe pela linguagem, uma própria espécie de ser da linguagem. “O ‘eu’ (*je*) foi destruído e exposto, levando o discurso à descoberta do ‘há’ (*il y a*) de um ‘se’ (*on*).”⁸⁹

Pretendo aprofundar essa questão, Foucault retoma Blanchot em *La pensée du dehors*, para mostrar a passagem do homem e da função-autor operada no final do séc. XIX para o ser da linguagem.⁹⁰ É a destruição do “eu penso” cartesiano pelo “eu falo” da literatura contemporânea. Quando Foucault trabalha a literatura pelo “falo”, sustenta que a linguagem literária não remete a um sujeito soberano, apto à reflexão, profundo, consciente de si mesmo, ao contrário do “penso”, naturalmente reflexivo, unitário e senhor de seu absoluto.⁹¹ Neste sentido, a obra, ao ter uma experiência própria, aniquila o autor e a linguagem se torna a realidade essencial da obra, logo, o seu próprio “fora”. Nesse instante, portanto, há um desdobramento da linguagem para fora, de modo que o seu ser se expõe para além do sujeito, ganhando autonomia e independência.

Quando isso acontece, a palavra enunciada só admite a compreensão por si própria, de modo que a literatura se volta sobre si mesma, evidenciando o seu ser e se distanciando do sujeito que fala. O autor, enquanto projeto literário, apaga-se, e a obra guarda com ele uma relação de “negação, de destruição, de escoamento (*ruissellement*) do fora eterno.”⁹² A obra não é para Foucault a expressão de uma determinada individualidade, mas ela comporta a “morte do próprio autor.”⁹³ Nesse sentido, a aparece de modo móvel e atrelado ao seu acontecimento o ser da linguagem, por excelência complexo, não mais reducionista como o era o sujeito-autor.⁹⁴ A neutralidade e a impessoalidade aparecem, de modo a afastar sujeito e obra. Isso é de extrema relevância para se resgatar a experiência jurídica grega, que, diversamente da romana, não é produto de *iuris consultus*, mas de todos que se expressam pelos discursos, pelos diálogos, pelas peças tragicômicas.

É exatamente neste neutro que a palavra literária se exercita, num campo de exterioridade, já não mais represada pelo eu-autor. O fora se torna, então, este lugar da

⁸⁹ CHAPSAL, Madeleine. *Entretien avec Michel Foucault*. Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 515.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Qu’est-ce qu’un auteur?* Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 818. Foucault sustenta que seu objetivo é fazer uma análise da função-autor, isto é, uma análise das condições nas quais é possível que um indivíduo assumisse a função de autor na obra.

⁹¹ FOUCAULT, Michel. *La pensée du dehors*. Critique: Revue Générale des Publications Françaises et Étrangère (Hommage à Maurice Blanchot), Paris, v. XXII, n. 229, p. 523, juin 1966.

⁹² FOUCAULT, Michel. *Sur les façons d’écrire* ..., p. 593.

⁹³ LINDUNG, I. *Entretien avec Michel Foucault*. Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 660.

⁹⁴ ROVATTI, Pier Aldo. *D’une lieu risqué du sujet*. Critique: Revue Générale des Publications Françaises et Étrangère, Paris, n. 471-472, p. 923, août/septembre, 1986.

linguagem, que permite a transgressão da obra em direção ao seu limite, além de si mesmo.⁹⁵ Por isso, a literatura transgressional é essa dobra de si mesma, que contém uma linguagem secundária, que acaba querendo dizer outra coisa do que ela diz,⁹⁶ e expressa uma dissolução absoluta do sujeito.⁹⁷ É, então, somente nesta situação limite que a literatura pode ser expressa, pode ser experimentada, como uma borda exterior de sua declividade (*escarpement*).⁹⁸ O sujeito se apaga e o ser da linguagem vai para o fora, perdendo a sua unidade, e admitindo a experiência de situações inusitadas. Essa idéia de desaparecimento sujeito é nova para Foucault, assim como a idéia de homem e de literatura,⁹⁹ e, seu surgimento está intimamente ligado aos processos institucionais de controle e de coerção, como investigado há pouco na *polícia discursiva*.

O autor e a literatura surgem no mesmo momento em que as ciências sociais tomam para si a condução da perquirição sobre a figura do homem, e, logo, no mesmo instante em que a verdade se instaura nas tramas da literatura. O final do séc. XVIII, em pleno fulgor do iluminismo e do elogio da razão, faz destacar o eu-autor, e impõe à literatura e ao discurso jurídico, naturalmente, porque imerso na mesma lógica, da idéia da vontade de verdade, da identidade, da responsabilidade pelo escrito.¹⁰⁰ Assim, à medida que o ser da linguagem a aparece, a escritura permite que esses discursos de verdade se desfaçam e os regimes do autor desapareçam. Nesse ponto, então, a literatura e o discurso possível das ciências humanas, tanto quanto a jusfilosofia, podem se engajar numa perspectiva exterior, e, logo, de destruição de verdade. Já não importa quem fala¹⁰¹. É a obra que fala por si mesma, sem subjetividade, sem a função-autor: “Gostaria de perceber que no momento de falar uma voz sem nome me precedia há muito tempo: bastaria, então, que eu encadeasse, prosseguisse a frase, alojasse-me, sem ser percebido em seus interstícios, como se ela houvesse me dado um sinal, mantendo-se, por um instante, suspensa. Não haveria, portanto, começo. E em vez de ser aquele de quem parte o discurso, eu seria, antes, ao acaso do seu desenrolar, uma estreita lacuna, o ponto de seu desaparecimento possível.”¹⁰²

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *La pensée du ...*, p. 524.

⁹⁶ BADIOU, Alain. *Philosophie et psychologie: entretiens avec Michel Foucault*. Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 438-448.

⁹⁷ CARUSO, P. *Qui êtes-vous professeur Foucault?* Trad. C. Lazzeri. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 614-615.

⁹⁸ FOUCAULT, Michel. *L'obligation d'écrire*. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 437.

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*. Paris: Gallimard, 1966, p. 398.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *L'ordre ...*, p. 31.

¹⁰¹ FOUCAULT, Michel. *Qu'est-ce qu'un auteur?* ..., p. 789.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. *L'ordre ...*, p. 7-8.

Essa exteriorização da linguagem, aliada à derrocada do sujeito, permite que o texto possa ser desdobrado, questionado em seus valores, de modo a constituir uma espécie de experiência nua (*expérience nue du langage*),¹⁰³ a possibilidade dessubjetivação para transgredir finitudes, uma experiência impessoal que expõe, reparte e abre o ser da linguagem, que nivela os binômios objetivo-subjetivo, interior-exterior, realidade-imaginário etc..¹⁰⁴ Isso representa um grande caminho para o discurso jurídico visto numa mesma lógica da literatura desdobrada para o exterior. Só assim se pode caminhar para um outro lugar na jusfilosofia, que não apegada ainda ao mesmo momento histórico da formação do sujeito-autor, ou seja, do direito subjetivo do séc. XIX e toda a sorte de seus “discursos de conservação”. Nessa linha, é preciso dessubjetivar o discurso jurídico de conservação, buscar o direito como *experiência do fora*, um *direito erotizado*, como lugar onde o visível e o enunciável, o visível e o dizível sejam rachados, expostos, desdobrados e possam ser reivindicados pela contestação do próprio discurso jurídico.¹⁰⁵

Esse é um papel a ser exercido, sobretudo, pela filosofia do direito, a quem compete estratificar as camadas da dogmática, dissolver o dito, revolver os argumentos, desenlaçar o discurso jurídico de sua episteme, despedaçar os regimes de verdade, e, nessa medida, constituir-se enquanto experiência exterior, destinada a captar novos sentidos, novas formas de conformação do saber jurídico. O reconhecimento do aniquilamento do autor jurídico ou da função-jusautor em sua obra faz o discurso jurídico deslizar para fora de si mesmo, tornando-se uma experiência radical, uma forma de transgressão dos limites do autor profundo em direção à superficialidade. O *eu preceituo* ou o *eu legislo* devem constituir o discurso jurídico noutros termos, na sua extremidade, como se o direito fosse uma dobra da sociedade, como se a norma fosse uma dobra do homem, através do desaparecimento daquele que preceitua ou normatiza, e que recorre inevitavelmente à sua subjetividade, ao seu sujeito soberano. O espaço do *eu* jurídico é um espaço vazio, desnudado, em que o sujeito está ausente, presente apenas a obra discursiva de seus comandos. Não há estreitamento pessoal, não há reflexão que indague. É preciso que o *eu normatizo* seja substituído pelo *eu constituo*, na linha da superficialidade, em que importa

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. **Le Mallarmé de J.-P. Richard** ..., p. 436.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. **Distance, aspect, origine**. Critique: Revue Générale des Publications Françaises et Étrangère, Paris, v. XIX, n. 198, p. 940, nov., 1963.

¹⁰⁵ A questão entre o visível e o enunciável é exaustivamente trabalhada por Foucault numa série de livros e artigos, mas, sem dúvida, *Les mots et les choses* e seu ensaio sobre o quadro de R. Margritte. Foucault sustenta que o enunciado jamais poder conter o visível, e vice-versa, diferentemente da pintura clássica em que havia perfeita identidade entre a narrativa e a exposição do visível. FOUCAULT, Michel. **Ceci n'est pas une pipe**. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 635-650.

o “constituindo” e não a certeza indubitável do *eu* kelseniano. O *eu constituo* dispersa, apaga a sua própria existência para ser a experiência de seu *fora*, o seu neutro, o seu outro, o *outro da norma*, de ser o desdobramento de si mesmo como uma prega no mundo e não uma ordem vinculada aos domínios e aos estratos do poder.

Nesse sentido, o discurso jurídico se torna apto a calibrar os seus vetores epistemológicos, perceber o novo, remexer o seu plano de imanência, e, logo, conduzir-se em direção a experimentar o fora, o desconhecido (*Fremden*) e o problemático (*Fragwürdigen*), como quisera Nietzsche.¹⁰⁶ Apenas com esta opostura, é possível transgredir, pensar em outros modais para o normativo, ler os institutos de outro modo, empurrar a jusfilosofia para o impensado. A quebra de seu paradigma, ainda preso ao tratado do séc. XIX, pressupõe ir para um plano pré-filosófico, fora do sujeito, fora da norma tradicional, no lugar onde o choque do inesperado possa romper com os regimes de verdade e de potência. Este discurso, com uma postura transgressional, faz da norma uma experiência a-temporal, des subjetividade e dinâmica, e a coloca num outro campo de visibilidade.

À medida que o discurso jurídico passa a experimentar este “novo normativo”, a norma se erotiza, naquele sentido platônico de *ἔρως* (amor), que se trabalhará ao final desta tese, enquanto um projeto pedagógico que direciona o homem a buscar o absoluto, o ser, o grau zero.¹⁰⁷ É neste sentido que o direito e o amor se aproximam para os gregos. Nesse sentido, o novo normativo é o amorfo, o não-sujeito à razão, é o pré-concebido, que admite, então, ser discutido de outro modo. O novo jurídico, portanto, independe do jurista e toma os receptores apenas distantemente. É um “se” que não foi experimentado e nem unido à singularidade do jurista. Mas é a norma experimentada desde seu outro num estágio latente, no espaço da imanência, que vive no plano das virtualidades, e se dispõe a ceder sentidos e oferecer multiplicidades. É a negação da norma, e, por isso, a norma-negada, para em seguida constituir-se. Abre-se, então, espaço para pensar esse “outro da norma”. Essa questão reverbera e instiga o pensar jurídico naturalmente a refletir sobre o sentido do direito. E o sentido do direito se constrói a partir da norma.

Desde o final do séc. XVIII, como se mencionou, a norma foi vista como definidora de estruturas ou de condutas, desde proibições, permissões e possibilidades. Seu papel, ainda que moderno, de um modo ou de outro está atrelado à redução de complexidades, de estabilização de papéis sociais e expectativas, ao sabor das diversas interpretações, desde o

¹⁰⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo* ..., p. 1066. (§ 3º, Vorwort)

¹⁰⁷ PLATÃO, *Banquete*, 209, a-e; PLATÃO, *Fedro*, 277, b-c.

materialismo marxista à sistematicidade luhmaniana.¹⁰⁸ O seu caráter conservador foi produto daquela função-autor, de uma sociedade burguesa, em que a segurança e a certeza constituíam elementos essenciais para o nascente capitalismo. Se a ética protestante estava por trás do capitalismo, na leitura weberiana, a norma estava por trás do discurso de manutenção das relações sociais. Eis porque o seu estatuto se construiu com o mote da “conservação”.

Não por outra razão, a norma se tornou limitadora, prescritiva, coordenadora de comportamentos, mantenedora de diversidades. A norma, por si, é excludente, ainda que pretenda ser igualitária e democrática. Por isso, é preciso jogar a norma para um lugar do fora, para o inexperimentado, como uma dobra de si mesmo. O que a experiência exterior permite é chocar os sentidos, erotizá-la, empurrá-la para o “outro da norma”. É a norma desabrigada de sua condição imanente, desacompanhada de seu postulado de conservação. A norma é uma prega, um fora constitutivo no mundo, é um desdobro em direção ao exterior, “como se a norma fosse a dobra do ordenamento”.¹⁰⁹ A norma a partir do fora é a norma a partir desse “outro de todos os mundos jurídicos” que Blanchot fende no próprio mundo da literatura. Se o enredo e as personagens existem e se constituem como a realidade da literatura desde um fora da obra, as normas e a sua constituição se conformam como a realidade do discurso jurídico desde uma dobra do fora. É nessa medida que se fala de um *outro da norma*, uma norma dessubjetivada da intimidade do jurista a partir do *fora do direito*, de sua impossibilidade. Trata-se de um ‘deixar vir à tona’, um vir à superfície fora do *eu jurídico* e não do *eu jurista*, fora de si mesmo, por um desdobrar ininterrupto das invisibilidades que se travam no *espaço jurídico* e no fora, na sua impossibilidade.

Por isso, a jusfilosofia, quando se deixa experimentar metodologicamente por este perfil, busca o “outro da norma”, um lugar de não-relação, ou como quisera Deleuze,¹¹⁰ uma relação disjuntiva, já que não é aniquilação da norma, mas o seu outro, a sua exterioridade, que a constitui e determina variados sentidos. Por algo novo, que não pode ser descrito, mas pode ser experimentado, trata-se de um lugar nebuloso, de palavras

¹⁰⁸ Sobre a sistematização como positivação de direitos e a sua função ver: LUHMANN, Niklas. **Ausdifferenzierung des Rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 113-153. Ver também: _____. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p.124-164. e _____. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 141-150.

¹⁰⁹ Deleuze, em seu clássico livro sobre Foucault, ao trabalhar as dobras ou o lado de dentro do pensamento, ao que viria originalmente chamar de subjetivação, afirma: “... dans toute son oeuvre, Foucault semble poursuivre par ce thème d’un dedans qui serait seulement le pli du dehors, comme si le navire était un plissement de la mer.” [trad. do autor. “Em toda a sua obra, um tema parece perseguir Foucault - o tema de um dentro que seria apenas a prega do fora, como se o navio fosse a dobra do mar.”] In: DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1986, p. 104.

¹¹⁰ DELEUZE, Gilles. **Foucault** ..., p. 71.

indefinidas, de posições subjetivas confusas, que permite, então, uma reorganização. É nessa perspectiva que a busca pelos gregos por auxiliar a jusfilosofia e encontrar esse “outro” do fenômeno normativo, e a olhar a experiência jurídica clássica não como um *événement* (acontecimento) histórico, mas como uma realidade exterior, sem identidade, sem unidade.

Enfim, a pesquisa, cujos resultados se seguem, foi informada filosoficamente por esta metodologia do fora, de pensar o outro da norma como uma tentativa de projeção de outra perspectiva para o discurso jurídico tradicional, em busca de uma linha de fuga, que empurre os modais normativos para outros lugares, inusitados, descontextualizados e fragmentados. A recepção dessa experiência exterior pretende abrir caminhos para se pensar num *discurso jurídico constitutivo*, e, nessa medida transgressional, que rache, que fragmente seus aportes e, quem saber (o que demandaria uma outra pesquisa que não esta) se torne apto a compreender o mundo atual, o homem atual, naturalmente esquizofrênico, plural e suscetível à maquinaria dos desejos das formas e dos sentidos do mundo contemporâneo, tal como quisera Deleuze.¹¹¹ Um direito que atente ao Outro na sua constituição de virtudes.

2. Metodologia gnosiológica: o método arqueogenealógico

Enquanto a experiência do fora é o método que fundamenta o modo como epistemologicamente o direito grego procurou ser observado nesta pesquisa, logo, não como experiência histórica, mas, antes, como experiência do diferente, do exterior, convém também estabelecer as premissas gnoseológicas do modo como se tentou resgatar a experiência jurídica grega. Partindo-se de um argumento importante, que se deixará melhor esclarecer no corpo do trabalho, que é a percepção de uma experiência jurídica essencialmente “dialogal”, o melhor instrumento de investigação que aqui se entende é o método foucaultiano da recuperação dos “arquivos”, da recuperação genealógica das práticas discursivas e dos enunciados construídos na episteme clássica. Se os papiros, as inscrições, os discursos dos *λογογράφοι* (oradores), as poesias faladas e os enunciados filosóficos constituem a fonte normativa das investigações sobre o direito grego, então, um dos métodos historiográficos mais seguros de se aproximar da efetiva compreensão da

¹¹¹ DELEUZE, Gilles. *Pourparlers* ..., p. 33.

episteme greco-clássica é aquele que seja capaz de recuperar o elemento discursos de suas fontes: o método arqueogenealógico. Convém, antes de ingressar propriamente no método arqueogenealógico, que embasa o modo como a “experiência jurídica grega” foi observada nesta pesquisa, bem assim nas críticas que Foucault empreende em relação à história, estabelecer algumas premissas das quais o autor parte para discutir uma teoria historiográfica.

Uma primeira chave-geral pressupõe compreender os enunciados, ainda que diferentes, organizam-se em torno de um único objeto, de modo a formarem um conjunto, uma unidade provisória, tal o termo loucura, sexualidade, e, aqui, “experiência jurídica”. A partir desta base, os conceitos se orientam, porém não se sistematizam a partir dela, e, sim, de transformações, de rupturas, da corriqueira descontinuidade de outros tantos objetos. Os outros objetos permitem com que os conceitos se dispersem e se repartam. Isto significa dizer que o próprio termo “experiência jurídica”, ou quisera Foucault a “loucura”, o “poder”, ou mesmo a escritura de sua história apresenta-se diversamente em contextos históricos distintos, de modo que a sua compreensão não se dá pela evolução, mas pela percepção da unidade que existe em seu núcleo em correlação com outros objetos. Esta unidade identificável e descrita historicamente, com todas as suas cisões e diferenciações de enunciados, não é produto da existência de uma unidade discursiva, e, sim, das regras que informam o modo como a unidade se apresenta e ao mesmo tempo se transforma. Se à historiografia tradicional cumpre investigar o objeto na história, a base foucaultiana busca, nas metamorfoses conceituais a compreensão de suas mudanças no tempo e no espaço, de suas negações, numa eterna descontinuidade e não linearidade.

De outro lado, é necessário estabelecer um grupo de relações entre diferentes enunciados, através do modo como se inter-relacionam para que a compreensão dos conceitos e seus encadeamentos apareça. Isto significa partir da idéia de que os conceitos não se relacionam apenas pelas percepções ou pela conjugação das mesmas regras, mas a partir de protocolos específicos de experimentação, estatísticas etc. Investigar um objeto histórico, tal a “experiência jurídica grega”, pressupõe tentar correlacionar os diferentes enunciados que emanam das mais plurais fontes cognitivas que se tem acesso e das mais variadas formulações subjetivas.

Contudo, essa busca pela unidade conceitual não se constrói apenas pela identificação de similitudes e diferenças, mas pela valorização da incompatibilidade conceitual que possa existir entre a unidade investigada e outras esferas objetivas. Logo, a

unidade discursiva só pode aparecer pela análise das aparições sucessivas do conceito, de sua natural dispersão. Não haverá unidade se não se recorrer a um jogo incessante de aparições e destruições conceituais. Por isso, os enunciados não permitem uma reorganização sistemática e previsível, linear, senão o acaso do momento, quando as dispersões voltam a se reunir. Assim, a análise conceitual de um objeto histórico depende de uma estratégia, ou, de estratégias, que imprima a necessidade de investigações de diferentes níveis de formulações, dos diferentes níveis de coerência e de persistência temática.

O método historiográfico foucaultiano parte deste privilégio que se deve dar aos enunciados fragmentados e dispersos, de modo que uma eventual unidade só se estabelece pela recoberta de um “arquivo”. Não foi à toa que Gilles Deleuze¹¹² chegou a chamá-lo de um “novo arquivista”. Um arquivista de enunciados, que se sobressaem às frases ou às proposições, e que estão em diferentes níveis de visibilidade e inscritos em diferentes práticas sociais e científicas. Isto é um dado importante para a análise do direito grego, vez que a valorização exclusiva da filosofia, ou da literatura, ou das fontes epigráficas, dos “experts” etc. não permitiria construir uma possível unidade jurídica conceitual sobre o fenômeno normativo grego.

Foucault parte da premissa que os enunciados são “multiplicidades”, marcados por um espaço de raridade, referindo-se ao que é realmente dito. Enquanto as frases (natural dos métodos historiográficos clássicos) permitem contradições e abstrações, os enunciados jamais se ampliam, porque não possuem um conteúdo latente, que multiplica seu sentido e que se oferece à interpretação, formando um ‘discurso oculto’. Os conceitos possuem uma regularidade, mas também apresentam curvas que precisam ser trabalhadas, e não uma relação mediana entre elas.¹¹³ Se o enunciado é rarefeito e não se multiplica, embora

¹¹² DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1986, p. 11-12. “Un nouvel archiviste est nommé dans la ville. Le nouvel archiviste annonce qu’il ne tiendra plus compte que des énoncés. Il ne s’occupera pas de ce qui faisait, de mille manières, le soin des archivistes précédents: les propositions et les phrases. Il négligera la hiérarchie verticale des propositions qui s’étagent les unes sur les autres, mais aussi la latéralité des phrases où chacune semble répondre à une autre. Mobile, il s’installera dans une sorte de diagonale, qui rendra lisible ce qu’on ne pouvait pas appréhender d’ailleurs, précisément les énoncés. ... l’archiviste fait exprès de ne pas donner d’exemples.” [trad. br. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 13-14. “Um novo arquivista surgiu na cidade. O novo arquivista anuncia que só vai se ocupar dos enunciados. Ele não vai tratar daquilo que era, de mil maneiras, a preocupação dos arquivistas anteriores: as proposições e as frases. Ele vai negligenciar a hierarquia vertical das proposições, que se dispõem umas sobre as outras, e também a lateralidade das frase, onde cada uma parece responder a outra. Móvel, ele se instalará numa espécie de diagonal, que tornará legível o que não podia ser apreendido de nenhum outro lugar, precisamente os enunciados ... o arquivista, de propósito, não dá exemplos.”].

¹¹³ DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1986, p. 14. “L’énoncé en effet ne se confond pas avec l’émission de singularités qu’il suppose, mais avec l’allure de la courbe qui passe à leur voisinage,

múltiplo, naturalmente tudo nele é real. Tudo o que se formula está ali, no momento em que foi constituído e não no momento de sua retomada. Por isso, para a produção de enunciados a originalidade não é o essencial, já que a singularidade lhe é inerente. Essa vaguidade dos enunciados permitem movimentos, transportes e recortes inusitados, de modo que não um lugar para um sujeito histórico, senão “lugares do sujeito para cada enunciado.”¹¹⁴

O campo da verdade não é o lugar do enunciado para o do exercício de sua invocação. Por isso, o enunciado ele nasce e permanece em seu “espaço”, enquanto este durar ou for reconstruído. Deleuze chega a mencionar a existência de ao menos três espaços fundamentais em torno do “enunciado” que fazem parte de qualquer objeto histórico: a) um espaço colateral (*l'espace collatéral*), formado por outros enunciados, que fazem parte do mesmo grupo, associado ou adjacente, razão pela qual se passa sempre de sistema em sistemas de enunciados e nunca se estabiliza uma estrutura única enunciativa; b) um espaço correlativo (*l'espace correlatif*), ambientado pela relação do enunciado com seus sujeitos, objetos e conceitos e não com outros enunciados, razão pela qual um enunciado se apresenta sempre múltiplo, porque há várias posições para assumir, seja autor, narrador, autor, narrado etc.; c) um espaço complementar (*l'espace complémentaire*), gravado por uma fatia externa, de formulações não discursivas.¹¹⁵

Pela amplitude dos espaços a qual se subordinam os enunciados, permite-se sua repetição ao longo da história, embora com conteúdos muitas vezes completamente distintos. Deleuze, exemplificando isto, afirma que quando diz que ‘as espécies evoluem’, não há como perceber que tal enunciado não possa ser repetido, embora com conteúdo diverso – é fato distinto para Darwin e para Simpson, do mesmo modo ‘o lugar dos loucos é no hospício’, fato distinto para o séc. XVIII e para o séc. XIX¹¹⁶. De outro lado, as frases,

et plus généralement avec les règles du champ où elles se distribuent et se reproduisent.” [trad. br. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 16] “O enunciado, com efeito, não se confunde com a emissão de singularidades que ele supõe, mas com o comportamento da curva que passa na vizinhança delas, e mais geralmente com as regras do campo em que elas se distribuem e se reproduzem.”

¹¹⁴ DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1986, p. 14. “Il y a bien des ‘places’ de sujet pour chaque énoncé, d’ailleurs très variables.” [trad. br. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 16]

¹¹⁵ DELEUZE, Gilles. **Foucault** ..., p. 52 e segs.

¹¹⁶ DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1986, p. 20. “Et même de Darwin à Simpson il n’est pas sûr que l’énoncé reste le même, suivant que la description pourra mettre en valeur des unités de mesure, des distances et des distributions, et aussi des institutions tout à fait différentes. Une même phrase-slogan, ‘les fous à l’asile!’, peut appartenir à des formations discursives entièrement distinctes, suivant qu’elle proteste, comme au XVIII^e, contre la confusion des prisonniers avec les fous; ou réclame, au contraire, comme au XIX^e, des asiles qui sépareront les fous des prisonniers; ou encore s’élève aujourd’hui contre une évolution du milieu hospitalier.” [trad. br. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) São

ao contrário, não podem ser repetidas, mas recomeçadas, reevocadas, tal como as proposições, que só podem ser reatualizadas. Indo um pouco além, não apenas a unidade é fruto de espaços distintos enunciativos, mas a própria configuração de um enunciado depende sempre de uma relação específica com uma outra coisa de mesmo nível que ele, que pode ser um enunciado, mas que no limite é necessariamente outra coisa que não um enunciado: é um ‘lado de fora’. Aqui, o exterior que se anuncia em Foucault não pode ser de modo algum vinculado à exterioridade do “fora”, como experiência epistemológica, porque teria outro sentido.

A grande questão que Foucault coloca, portanto, é que este vasto campo enunciativo gravado pela multiplicidade dos enunciados, e a retomada de sua singularidade pressupõe entender que um enunciado não é apenas um produto do saber, mas de um saber combinado com as estruturas de poder. O autor entende que as singularidades dos enunciados constituem focos de poder; um conjunto de relações de força. Por isso, os enunciados, em sendo anteriores às frases ou proposições, que as supõem implicitamente, são formadores de palavras e objetos. O enunciado tem essa capacidade criadora de objetos e de palavras, de modo que qualquer regresso histórico deverá atentar a essas correlações entre saber e poder. Por isso, Deleuze afirma que para Foucault as formações discursivas são verdadeiras práticas, de modo que “há multiplicidades raras nos enunciados, com pontos singulares, lugares vagos para aqueles que vêm, por um instante, ocupar a função de sujeitos”¹¹⁷. O papel do sujeito nos enunciados é de grande valia (o que permitiu Foucault fugir ao estruturalismo) e apenas a sua compreensão, a noção de suas dimensões é que leva ao entendimento do fenômeno histórico. Porém, a compreensão do papel do sujeito é um segundo passo, que pressupõe a compreensão do próprio enunciado.

A inscrição do enunciado (a maneira de dizer) não é imediatamente visível; não se dá de forma tão manifesta quanto uma estrutura gramatical ou lógica. A análise de uma língua se efetua a partir de um *corpus* de falas e textos. Esse *corpus* é formado por palavras, frases e proposições escolhidas em torno dos focos difusos de poder (e de

Paulo: Brasiliense, 1988, p. 22] “E mesmo de Darwin a Simpson não é certo que o enunciado permaneça o mesmo, pois a descrição poderá enfatizar unidades de medida, de distância e distribuição, e até instituições, completamente diferentes. Um mesmo *slogan*, ‘o lugar dos loucos é no hospício!’, pode pertencer a formações discursivas completamente distintas, conforme proteste, como no século XVIII, contra a confusão dos presos; ou reclame, ao contrário, como no século XIX, asilos que separem os loucos dos prisioneiros; ou, ainda, se for levantada, hoje, contra uma evolução do meio hospitalar.”

¹¹⁷ DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1986, p. 23. “Il y a seulement des multiplicités rares, avec des points singuliers, des places vides pour ceux qui viennent un moment y fonctionner comme sujets, des régularités cumulables, répétables et qui se conservent en soi.” [trad. br. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 25.]

resistência) acionados por algum problema. Nesse sentido, a compreensão da “experiência jurídica grega” deve ser carregada da multiplicidade enunciativa, e que, por trás, inevitavelmente, está um jogo disperso de poder. Por isso, o uso da filosofia não é de fato o melhor arcabouço teórico para a retomada do direito grego, já que o modo como a história tradicional a recuperou bem demonstra um exercício seletivo de poder. O uso da filosofia, nesta pesquisa, servirá como forma de enunciação e não de compreensão propriamente dita dos institutos jurídicos, ou seja, de investigação sobre o modo de agir normativo, porém sempre confrontado com os textos legislativos, quando possível.

Uma linguagem se relaciona a um *corpus* com o objetivo de ser uma forma de dispersão de enunciados, que permite o saber transformar-se em conhecimento. Por essa razão, Deleuz entende que os enunciados propiciam o distanciamento do conhecimento, haja vista que o seu objeto é o conjunto de multiplicidades desde logo definidas, isto é, “o saber não é ciência, nem mesmo conhecimento: ele tem por objeto as multiplicidades anteriormente definidas, ou melhor, a multiplicidade exata que ele mesmo descreve, com seus pontos singulares, seus lugares e suas funções.”¹¹⁸ São justamente essas multiplicidades, de natureza discursiva ou não, com evidente teor histórico, que constitui a base do método arqueogenealógico. Eis porque Foucault parte dos enunciados, para reconstruir discursos, e por fim, para escrever história.

O enunciado, então, está na base dos discursos e se distancia nitidamente da noção de frase gramatical ou proposição lógica – vistas como unidade gramatical de elementos ligados por regras lingüísticas – vez que estas permitem apenas uma única interpretação, já que a lógica não admite senão o verdadeiro ou o falso, o correto ou incorreto, enquanto o enunciado, por ser um amálgama de signos, exteriorizados por frase ou proposição, não depende de juízos de interpretação, pois existem por si mesmo. Por isso, em *L'Archéologie du Savoir*, Foucault afirma que “o enunciado não é, pois, uma estrutura (isto é, um conjunto de relações entre elementos variáveis, autorizando assim um número talvez infinito de modelos concretos); é uma função de existência que pertence, exclusivamente, aos signos, e a partir da qual se pode decidir, em seguida, pela análise ou pela intuição, se eles ‘fazem sentido’ ou não, segundo que regra se sucedem ou se justapõem, de que são signos, e que espécie de ato se encontra realizado por sua formulação (oral ou escrita),”¹¹⁹.

¹¹⁸ DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1986, p. 28. “Le savoir n’est pas science ni même connaissance, il a pour objet les multiplicités précédemment définies, ou plutôt la multiplicité précise qu’il décrit lui-même, avec ses points singuliers, ses places et ses fonctions.” [trad. br. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 30.]

¹¹⁹ FOUCAULT, Michel. **L’archéologie du ...**, p. 98-99.

Inclusive, a partir desta percepção, Foucault chega a distinguir os lógicos dos gramáticos e dos filósofos que se dedicam a um pensamento analítico, porque o enunciado não é uma proposição lógica, uma frase ou mesmo um ato interlocutório, e, o sujeito que o enuncia não pode ser identificado como alguém que intencionalmente o pronuncia por diferentes elementos de significação.

Foucault, então, compreende que, num determinado romance, é necessário sempre distinguir narrador e autor, segundo as posições enunciativas, ao contrário de um tratado de matemática ou física, em que a posição do sujeito da frase do prefácio não pode ser ocupada senão pelo próprio autor, que se dirige ao leitor a tão-somente explicitar as circunstâncias teóricas, pedagógicas, de nota de roda pé etc. do livro, vez que as proposição admitem indistintamente qualquer sujeito. De outro modo, os enunciados, por sua fluidez e maleabilidade, estão abertos a recepcionarem inúmeros “sujeitos de enunciação”, a ponto de ser impossível definir *a priori* o sujeito de um enunciado, não ao menos de modo imutável, assim como ocorre com proposições lógico-matemáticas. Essa maleabilidade é fundamental para se reconstruir ou enunciar institutos e modos de agir normativo no mundo greco-classico. Descurar desta brandura dos enunciados significa acreditar que verdades poderiam ser amplamente formuladas sobre os gregos, desconsiderando, naturalmente, os sujeitos envolvidos na enunciação.

Quando Arnaldo Biscardi,¹²⁰ a partir de Demóstenes (como em breve se verá), por exemplo, procurou afirmar que nas linhas sucessórias de parentesco tudo indicava que os ascendentes talvez fizessem parte, certamente é indispensável pensar nos sujeitos de enunciação, à medida que a base seria uma suposta lei solônica, e, o seu autor, gozava de imenso prestígio à época. Porém, carregar de verdade o que Biscardi disse, e mesmo também no que Paoli lhe teria precedido, seria sobrevalorizar o lugar do sujeito da enunciação, quando, talvez nada realmente afirme que isso acontecia. O lugar do sujeito é determinado, porém vazio, aceitando, naturalmente, a ocupação subjetiva por diferentes indivíduos, o que não ocorreria com o sujeito das proposições. O que a historiografia tradicional se esquece é desta rigidez que as proposições têm, e, afirma categoricamente que os textos gregos guardavam verdades, e, sobrevalorização das proposições lógicas em detrimento dos enunciados. Eis porque, Foucault, neste mesmo ensaio do final dos anos sessenta, assume que os enunciados não possuem memória, e, sim, funções, isto é, o

¹²⁰ BISCARDI, Arnaldo. **La successione legittima degli ascendenti nel diritto ereditario panellenico: uno spunto epigrafico del VI o V secolo a.C.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 249-256, 1999.

“enunciador” não pode ser descrito como o indivíduo que teria efetuado concretamente as operações, sem rupturas e descontínuismos, mas sob suas diferentes manifestações, de acordo com o lugar que exerce.

Isto significa que a função enunciativa se exerce sempre dentro de um domínio associado, marcado por intrínsecas relações de poder, da época ou do presente, ao contrário das proposições, que podem ser vistas isoladamente, na ausência de um contexto que lhes embase. Os enunciados são, por excelência, associativos, o que empurra, inevitavelmente, o pesquisador do mundo greco-clássico a valorizar e contemporizar interpretações filosóficas, juntamente com textos epigráficos e papiros, sem descuidar dos discursos logográficos e das obras literárias. Uma mesma frase não é sempre o mesmo enunciado se pronunciada num discursos no tribunal, numa obra tragicômica, ou na *ágora* (praça). Não existem enunciados neutros e independentes. Por isso repensar os institutos gregos é um exercício de intersecção constante entre fontes, de modo que não há fonte efetivamente precisa ou verdadeira. Tudo dependerá do modo como se recobrirá o mundo clássico. Isso deixa, como visto, também um lugar para ver os gregos como uma “experiência do fora”, do “novo”, como se destacado da experiência histórica que existiu.

Contudo, não se pode confundir, na esteira da base foucaultiana, ‘enunciação’ e ‘enunciado’. A “enunciação” é um acontecimento único, ao contrário do “enunciado”, que se repete, ainda que existente em outra obra, livro, discurso etc. Uma Constituição, um testamento, ou uma simples revelação religiosa serão sempre enunciados, enquanto que suas reproduções são somente novas enunciações dos mesmos enunciados. O enunciado, porque não admite interpretações, apenas substâncias repetíveis, já que o jogo no qual está incluído é o campo da estabilização, ainda se diferencia da enunciação, porque esta é um acontecimento espaço-temporal. Logo, o historiador positivista, inevitavelmente, descarta o enunciado e se deixa levar pela visibilidade da enunciação.

É possível afirmar, então, que o enunciado é um fato que há na linguagem, que depende de uma posição subjetiva, de uma repetibilidade, de um campo associado, de uma referência e de uma materialidade, de modo que a “formação discursiva” se constrói a partir dele, enquanto grupo de enunciados, cujas interligações não podem ser reduzidas a um campo lógico-gramatical ou exclusivamente psicológico. Logo, retomar formações discursivas – o que aqui muito importa, pela pluralidade e incompletude de fontes da “experiência jurídica grega”, pressupõe atentar à formação dos objetos, das posições subjetivas, dos conceitos e das escolhas estratégicas.

Construídas estas premissas das quais parte Foucault, em especial do valor conferido aos “enunciados”, é possível, então, compreender o método arqueogenealógico. Primeiro, Foucault entende que o método arqueológico, e, logo, a arqueologia, de raiz grega *αρχή* (início), ainda que não seja o resgate do início-original das fundações, é antes aquele referente às instaurações e transformações dos fundamentos. Isto significa que o autor pretende encontrar o discurso na sua na sua existência manifesta, como uma prática que está a obedecer a determinadas regras. Nesse sentido, o discurso adquire uma conceituação extremamente peculiar no seu pensamento, e se define como o lugar em que se depõem e se superpõem objetos *a priori*, enquanto prática, não simples atividade subjetiva, mas com existência objetiva e material de determinadas regras às quais o sujeito deve obedecer quando está na iminência de participar de um discurso, ou seja, por objetos devem ser entendidos os efeitos dessas regras que submetem o indivíduos.¹²¹

É através do discurso e das práticas discursivas que se pode chegar a uma definição peculiar de saber, compreendido como um domínio de diferentes objetos, que podem ou não vir a ser investidos de um estatuto científico. Isto significa que o saber é um campo de coordenação e subordinação dos enunciados em que os conceitos aparecem, definem-se, aplicam-se e se transformam. Logo, é justamente a partir disso que os conceitos fundamentais no método foucaultiano aparecem de “arquivo” e de “episteme”. O arquivo¹²² é um conjunto de discursos efetivamente pronunciados, isto é, não um conjunto de acontecimentos que teriam lugar uma única vez para todos, e, que seriam suspensos no purgatório ou no limbo da história, mas, sim, um conjunto que continua a funcionar, a se transformar através da história, e, permitindo se aparecer em outros discursos.¹²³ Isto é fundamental se o regresso aos gregos foi feito inúmeras vezes ao longo da história, em especial pelos *iuris consultus* romanos, que com eles trabalharam. Logo, pensar, por exemplo, o conceito de νόμος (norma) na Grécia desde uma perspectiva jurídica (como se trabalhará adiante), através de Marciano ou Papiniano, como se usa fazer, ou mesmo a noção de contrato desde Labeo, pressupõe ter em mente que muito é resultado, então, de discursos profunciados – de arquivos – e não necessariamente de efetivos acontecimentos. Isto implica que pensar os gregos é sempre um exercício novo, e a retomada seria, antes, uma nova partida discursiva.

¹²¹ FRANK, Manfred. **Sobre el concepto de discurso en Foucault**. Michel Foucault, filósofo. (trad. Alberto Luis Bixio) Barcelona: Gedisa, 1999 p. 107-115.

¹²² Sobre o conceito de arquivo, convém ler: VALDINOCI, Serge. **Les incertitudes de l'archéologie: archè et archive**. Revue de métaphysique et de morale, Paris, Armand Colin, a. 83, n. 1, p. 73-101, jan./mar. 1978.

¹²³ BROCHIER, J.-J. **Michel Foucault explique** ..., p. 772.

De outro lado, a chave-geral deixada por Foucault em torno do conceito de “episteme” se torna fundamental para discutir os gregos, já que ela pode ser definida como uma ordem específica do saber, uma disposição que o saber assume numa determinada época que lhe confere certa positividade; serve, enfim, como ordenadora e produtora dos saberes que fundamentam sua época.¹²⁴ Pensar a “experiência jurídica grega”, nestes termos, pressupõe então inserir-la num momento histórico peculiar, que é diagramado por saber que lhe são próprios e positivos. Eis porque, já na última parte deste trabalho, optar-se-á por uma *Νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) para refletir os gregos e não uma filosofia do direito propriamente dita.

Avançando, é possível perceber no método historiográfico proposto por Foucault, que, na transição dos enunciados aos dispositivos, foge-se do campo exclusivo do saber e se ingressa de maneira mais concreta na realidade. Se à episteme cumprem as ordens discursivas, aos “dispositivos” cabem os elementos que pertencem tanto ao dito como ao não dito, isto é, cabe um campo essencialmente estratégico, que permite a historiografia compreender tanto os efeitos das práticas discursivas quanto das relações de poder nelas inseridas. Abre-se, assim, o “método arqueogenealógico” enquanto um conjunto de técnicas e processos de investigação que se concentra nas formações enunciativas e nas suas correlações de poder nelas inseridas a partir das posições subjetivas envolvidas e das relações estratégicas definidas em cada momento histórico.

Expostas noções fundamentais e definido o método arqueogenealógico, é possível, então, perceber como Foucault procurou singularizar a sua forma de pensar a história, os exemplos por ele estudados, que aqui muito contribuirão para entender como a “experiência jurídica” deve ser retomada entre os gregos. Foucault chegou a deixar claro que o seu método pode auxiliar a pensar a história do discurso jurídico ao afirmar a uma de suas assistentes na Universidade de Clermont-Ferrand, Francine Patriente, segundo Didier Eribon, que gostaria de lecionar durante um ano a disciplina de História do Direito.¹²⁵ Nesse sentido é que se pretende apenas esboçar as argumentações foucaultianas sobre a história, para repensar o modelo de historiografia jurídica tradicional e esclarecer a importância de se pensar numa outra forma de apreensão da jusracionalidade ou nomoracionalidade grega.

¹²⁴ Sobre o conceito de episteme em Foucault, convém serem lidos os ensaios: GOMES, João Carlos Lino. **Nota sobre o conceito de episteme em Michel Foucault**. Revista Síntese Nova Fase, Belo Horizonte, v. 18, n. 53, p. 225-231, abr./jun. 1991 e GALLO, Sílvia. **O conceito de episteme e sua arqueologia em Foucault**. Foucault e a destruição das evidências (org. Márcio Mariguela) Piracicaba: Unimep, 1995, p. 13-27.

¹²⁵ ERIBON, Didier. **Michel Foucault**, p. 144. “Este ano vou dar um curso sobre a história do direito. E dá.”

Apesar de intensa base construída sobre Georges Canguilhem, Gaston Bachelard e Frederich Nietzsche, que, apesar da importância, não se convém aqui melhor debruçar, é necessário afirmar que em parte Foucault se distancia da epistemologia francesa, para formular seu método historiográfico. Esse distanciamento é muito bem percebido por Roberto Machado, quando afirma: “A existência de dois níveis leva Foucault a criticar uma história contínua que descreva o itinerário da psiquiatria como a passagem linear de uma percepção social a um conhecimento científico da loucura. Discípula da epistemologia, a arqueologia critica as histórias continuístas, mas as discontinuidades que ela estabelece são de outra índole. Na história da loucura, as rupturas são gerais, verticais e parciais”¹²⁶.

Por essa razão, aceitando que a visão do professor carioca seja precisa¹²⁷, não é possível afirmar que o termo “arqueologia” já teria sido usado por Foucault antes de antes de *Les Mots et Les Choses*, haja vista que *Surveiller et Punir* não se refere com efeito ao saber enquanto sistema de conhecimentos organizados, senão que trata das condições de possibilidade do saber. Todavia, independentemente de seu exato nascimento, o termo arqueologia surge como o elemento central da *démarche* foucaultiana. Foucault, quando entrevistado por Raymond Bellour, define claramente o que vem a ser o seu “projeto arqueológico”, ou seja, um domínio de pesquisa, que parte de uma sociedade em que os conhecimentos existentes implicam um saber implícito, distintamente do saber simplesmente científico, que permitem o aparecimento de teorias, a partir de um conceito e seu não-conceito, o que possibilita, igualmente aos epistemólogos franceses, fugir da inevitável recorrência entre conceitos. É a busca de um saber ativo, um saber em movimento, cogitado a partir de um grupo de conceitos, que formam discursos, constituindo o arquivo de uma determinada época. “... a arqueologia é, num sentido estrito, a ciência deste arquivo.”¹²⁸ Esta concepção se torna, como já se mencionou, extremamente

¹²⁶ MACHADO, Roberto. **Arqueología y epistemología**. in Michel Foucault, filósofo. (trad. Alberto Luis Bixio) Barcelona: Gedisa, 1999 p. 19. “La existencia de dos niveles lleva a Foucault a criticar una historia continua que describa el itinerario de la psiquiatria como el paso lineal de una percepción social a un conocimiento científico de la locura. Discípula de la epistemología, la arqueología critica las historias continuistas, pero las discontinuidades que ella establece son de otra índole. En la Historia de la Loucura, las rupturas son generales, verticales, y parciales” [trad. do autor]

⁸²⁴ MACHADO, Roberto. **Arqueología** ..., p. 29.

¹²⁸ BELLOUR, Raymond. **Michel Foucault: ‘les mots et les choses’**. in Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 498-499. R. B. “On retrouve, dans le sous-titre que vous avez donné au livre, ce mot d’‘archéologie’ qui figurait déjà en sous-titre à Naissance de La Clinique, et qui apparaissait déjà dans la préface de l’Histoire de La Folie.”: M. F.: “Par archéologie, je voudrais désigner non pas exactement une discipline, mais un domaine de recherche, qui serait le suivant. Dans une société, les connaissances, les idées philosophiques, les opinions de tous les jours, mais aussi les institutions, les pratiques commerciales et policière, les mœurs, tout renvoie à un certain différent des connaissances que l’on peut trouver dans les livres scientifiques, les théories philosophiques, les justifications religieuses, mais c’est

fértil para pensar os gregos. O que adiante se fará em torno da “experiência jurídica” é uma reconstrução a partir deste “arquivo clássico”, visto como um emanharado tanto das leituras filosóficas, quanto das fontes epigráficas e papirológicas.

Seguindo esta linha, o “projeto arqueológico” pressupõe que a história não deve ser uma história geral, uma história dos edifícios filosóficos, mas uma história de tudo que contém pensamento numa cultura (não somente na Filosofia, mas num romance, numa jurisprudência, no direito, num sistema administrativo, numa prisão)¹²⁹. Eis o que Foucault tanto se preocupou em reinscrever em seus livros, a história dos discursos¹³⁰, a história

lui qui rend possible à un moment donné l'apparition d'une théorie, d'une opinion, d'une pratique. Ainsi, pour que s'ouvrent à la fin du XVII^e siècle les grands centres d'internement dans toute l'Europe, il a fallu un certain savoir de la folie opposée à la non-folie, de l'ordre et du désordre, et c'est ce savoir-là que j'ai voulu interroger, comme condition de possibilité des connaissances, des institutions et des pratiques. Ce style de recherche a pour moi l'intérêt suivant: il permet d'éviter tout problème d'antériorité de la théorie par rapport à la pratique, et inversement. Je traite en fait sur le même plan, et selon leurs isomorphismes, les pratiques, les institutions et les théories, et je cherche le savoir commun qui les a rendues possibles, la couche du savoir constituant et historique. Plutôt que de chercher à expliquer ce savoir du point de vue du pratico-inerte, je cherche à formuler une analyse de ce qu'on pourrait appeler le 'théorico-actif'". - R.B.: "Comment se posent à vous les problèmes du choix ou du non-choix?" M.F.: Je vous répondrai qu'en fait il ne doit pas y avoir de choix privilégié. Il faut pouvoir tout lire, connaître toutes les institutions et toutes les pratiques. Aucune des valeurs reconnues traditionnellement dans l'histoire des idées et de la philosophie ne doit être acceptée comme telle. ... On devrait tout lire, tout étudier". [trad. do autor "Acha-se, no subtítulo que você deu ao livro, esta palavra 'arqueologia' que já figurava no subtítulo do Nascimento da Clínica, e que já aprecia no prefácio da 'História da Loucura': M. F. Por arqueologia, eu designaria não exatamente uma disciplina, mas um domínio de âmbito da pesquisa, que será o seguinte: em uma sociedade, os conhecimentos, as idéias filosóficas, as opiniões de todos os dias, mas também as instituições, as práticas comerciais e policiais, os costumes, tudo leva a uma certa diferença de conhecimentos que se pode achar nos livros científicos, nas teorias filosóficas, nas justificativas religiosas, mas é aquele que torna possível a um determinado momento a aparição de uma teoria, de uma opinião, de uma prática. Assim, para que se abrissem ao final do séc. XVII os grandes centros de internamento em toda a Europa, foi necessário um certo saber da loucura em oposição à não-loucura, da ordem e da desordem, e foi este saber que eu quis interrogar, como condição de possibilidade de conhecimentos, de instituições e de práticas. Este estilo de pesquisa tem para mim o seguinte interesse: ele permite evitar todo problema de anterioridade da teoria com relação à prática, e vice-versa. Eu trato, de fato, sobre o mesmo plano, e segundo os seus isomorfismos, as práticas, as instituições e as teorias, e eu procuro o saber comum que as transformou possíveis, a classe do saber constitutivo e histórico. Mais que procurar explicar esse saber do ponto de vista pratico-inerte, eu procuro formular uma análise daquilo que se poderia chamar o 'teórico-ativo'. R.B. – Como se colocam para você os problemas da escolha e da não escolha? M. F. – Eu lhe responderei que, de fato, não deverá haver escolha privilegiada. É necessário poder ler tudo, conhecer todas as instituições e todas as práticas. Nenhum dos valores reconhecidos tradicionalmente na história das idéias e da filosofia não devem ser aceitos como tais ... dever-se-ia tudo ler, tudo estudar."]

¹²⁹ BELLOUR, Raymond. **Michel Foucault** ..., p. 503-504. "...l'histoire non pas de la pensée en général que de tout ce qui 'contient de la pensée' dans une culture, de tout ce en quoi il y a de la pensée. Car il y a de la pensée dans la philosophie, mais aussi dans un roman, dans une jurisprudence, dans le droit, même dans un système administratif, dans une prison." [trad. do autor "... não a história do poder em geral senão de tudo que contém pensamento numa cultura, de tudo em que há pensamento. Pois há pensamento na Filosofia, mas também num romance, numa jurisprudência, no direito, até mesmo num sistema administrativo, numa prisão."]

¹³⁰ DREYFUS, Hubert; RABINOU, Paul. **Michel Foucault: un parcours philosophique, au-delà de l'objectivité et de la subjectivité**. (trad. Fabienne Durand-Bogaert) Paris: Gallimard, 1984, p. 35-36. "Au lieu de chercher un code susceptible de couvrir tout l'ensemble des pratiques sociales, politiques, institutionnelles et discursives, il aurait pu limiter son archéologie à une tentative plus plausible – quoique indéfendable en dernière analyse – visant à mettre en évidence les règles structurales qui régissent

desses conhecimentos produzidos e existentes na sociedade, pelos quais a ciência nem sequer se dá conta, tal como se vê em *La Naissance de La Clinique*¹³¹, na *Histoire de La Folie*¹³², em *Moi, Pierre Rivière, qui ayant egorgé ma mère, ma sœur et mon frère*.¹³³ Isso também explica, tendo a certeza que o método arqueogenealógico é o mais adequado, a impossibilidade de se recuperar apenas uma ordem de fontes ou de direito ático, espartano, górtino etc. O “arquivo grego” do sécs. VI e V a.C. tende a mostrar que, conquanto existissem institutos gregos um pouco distintos, o modo de aproximação com o fenômeno normativo não diferia tanto a ponto de constituir outra episteme.

Avançando, o projeto arqueogenealógico, procurando demonstrar uma íntima relação entre o poder e a narrativa histórica, emana diversas e fundamentais críticas à historiografia tradicional – que é usualmente repetida, mesmo atualmente, na recuperação dos clássicos: “Parece-me que se pode compreender o discurso do historiador como uma espécie de cerimônia, falada ou escrita, que deve produzir na realidade uma justificação do poder e, ao mesmo tempo, um fortalecimento desse poder. Parece-me também que a função tradicional da história, desde os primeiros analistas romanos até tarde na Idade Média, e talvez no século XVII e mais tardiamente ainda, foi a de expressar o direito do poder e de intensificar seu brilho.”¹³⁴ Nesse sentido se poderia dizer que a narrativa histórica teria uma função genealógica, um eixo genealógico, a genealogia vista aqui como

exclusivement le discours. ...” [trad. do autor “Ao invés de procurar um código suscetível de englobar todo o conjunto das práticas sociais, políticas, institucionais e discursivas, ele poderia ter limitado a sua arqueologia a uma tentativa mais plausível – apesar de indefensável em última análise – visando pôr em evidência as regras estruturais que regem exclusivamente o discurso ...”]

¹³¹ FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. (trad. Roberto Machado) 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. VII. “Este livro trata do espaço, da linguagem e da morte; trata do olhar.”

¹³² FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. (trad. José Teixeira Coelho Netto) 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, 551p.

¹³³ FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão**. (trad. Denize Lezan de Almeida) 4 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. IX-XV. “Queríamos estudar a história das relações entre psiquiatria e justiça penal. ... Creio que, se decidimos publicar esses documentos, todos esses documentos, é fazer de algum modo o plano dessas lutas diversas, restituir esses confrontos e essas batalhas, reencontrar o jogo desses discursos, como armas, como instrumentos de ataque e defesa em relações de poder e de saber. ... Reunimos um certo número de notas: algumas dizem respeito ao saber psiquiátrico que opera nas análises dos médicos; outras, ao aspecto jurídico do caso (as circunstâncias atenuantes, a jurisprudência do parricídio); outras, às relações entre os extratos documentários (depoimentos, relatórios, pareceres); outras, à narração dos crimes.”

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. (trad. Maria Ermantina Galvão) São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 76-77. “Duplo papel: de uma parte, ao narrar a história, a história dos reis, dos poderosos, dos soberanos e de suas vitórias (ou, eventualmente, de suas derrotas provisórias), trata-se de vincular juridicamente os homens ao poder mediante a continuidade da lei, que se faz aparecer no interior desse poder e em seu funcionamento; de vincular, pois, juridicamente a continuidade do poder. De outra parte, trata-se também de fasciná-los pela intensidade, apenas suportável, da glória, de seus exemplos e de suas façanhas. O jugo da lei e o brilho da glória, essas me parecem ser as duas faces pelas quais o discurso histórico visa a certo efeito de fortalecimento do poder. A história, como os rituais, como as sagrações, como os funerais, como as cerimônias, como os relatos legendários, é um operador, um intensificador de poder.”

“um empreendimento para libertar da sujeição os saberes históricos, isto é, torná-los capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico, unitário, formal e científico. Enquanto a arqueologia é o método próprio à análise da discursividade local, a genealogia é a tática que, a partir da discursividade local assim descrita, ativa os saberes libertos da sujeição que emergem desta discursividade.”¹³⁵

O método genealógico,¹³⁶ inspirado nas idéias nietzscheanas, é um método capaz de verificar o caráter histórico de certas idéias, especialmente aquelas surgidas nos séc. XVII e XIX, que estiveram na base dos primeiros grecistas, como Mitteis, Beauchet, Lipsius etc., mas que se recobriram, com o passar dos anos, com o caráter do que é obvio e natural. Conquanto autores contemporâneos tenham abandonado a perspectiva romanista, e, por certo, aquela de justificar uma historiografia nacionalista do séc. XIX que empurrou a maioria dos historiadores a requisitar da perfeição grega a sua origem étnica e cultural,¹³⁷ ainda prevalece, de certo modo, uma historiografia tradicional, que deixam presos determinados discursos sob as vestes do que foi acessado num certo momento histórico.

Por isso, o método arqueogenealógico é em muito frutífero, à medida que é uma nova proposta de intervenção política, vez que transcende o campo da inteligibilidade histórica para ingressar no ambiente da intervenção política. Ao passo que evita as cumplicidades habituais da historiografia, o método genealógico reconhece e destaca as multiplicidades, de modo que, as figuras de ‘delinqüente’, ‘sexo’, ‘sexualidade’, ‘normalidade’, e, aqui, “experiência jurídica”, entre outras, sejam analisados de maneira crítica, abandonando a existência de conhecimentos e práticas eternas de uma historiografia tradicional que descrevia evoluções, para avanços e retrocessos. A genealógica, assim, permite o abandono da imagem continuista e progressista da história ao passo que valoriza os cortes, as rupturas, as descontinuidades, os jogos de saber e poder envolvidos nas práticas, e, por conseguinte, nos discursos e no saber de uma determinada episteme.

O esquecimento do “sujeito da história” que se pode operar pelo revolver dos “arquivos gregos”, logo, do homem genérico, permite que seja desmascarada a existência de uma única figura subjetiva ou de um único instituto ao longo do mesmo tempo. Isto é inclusive para refletir o próprio conceito de νόμος (norma) durante os sécs. VI ao IV a.C.,

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. **Genealogia e poder**. in Microfísica do poder. (trad. Roberto Machado) 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 172..

¹³⁶ Nesse sentido, ver melhor em: MUCHAIL, Salma Tannus. **Sobre o conceito de genealogia em Michel Foucault**. Revista do Curso de Filosofia, Curitiba, Ed. da PUC-PR, a. XIII, n. 12, p. 07-33, jan./jul. 2001.

¹³⁷ DETIENNE, Marcel. **Les grecs et nous**. Paris: Perrin, 2005, p. 9 e segs.

como se trabalhará adiante. A genealogia seria um método capaz de reconhecer a constituição dos saberes, dos discursos, dos objetos, das tramas do poder e de suas relações que se inserem, por exemplo, no “corpo”, na “experiência jurídica”, seus institutos, suas personagens etc. sem a referência explícita e direta a um sujeito, transcendendo ao campo dos acontecimentos, e fazer dizer a verdade da história, ou melhor, a história das inúmeras verdades.

A história tradicional, enquanto historiografia das idéias, está ligada ao “método da analogia”, no qual se segue o espírito de uma época, as vias de difusão no tempo (gêneses, filiações, parentescos, influências), ou, então, ao “método psicológico”, no qual se negam os conteúdos, uma espécie de psicanálise dos pensamentos.¹³⁸ É exatamente a isto que se opõe o método arqueogenealógico. Em *Surveiller et Punir*, esta idéia fica clara, pois seu objetivo não foi construir uma simples história das prisões,¹³⁹ mas o recolhimento de ensaios de arquivos pouco conhecidos, um abandono das evidências na construção da história das prisões (eis porque este livro teria chocado inúmeros cientistas sociais, bem assim historiadores, visto que não lá se buscou, de modo algum, encontrar um culpado ao longo da história para as condições e origens do enclausuramento, um responsável ao menos, pois se negou em grande parte a idéia de um sujeito visível). Nesse sentido, o projeto arqueogenealógico não pretende apenas narrar a história, mas demonstrar sua prática, seu saber informante; não quer simplesmente construir linhas evolutivas de um dado objeto, mas estabelecer suas regras de produção e de funcionamento.

Nessa linha, a histórica não pode ser mera narrativa fática, mas o reescrever espaço-temporal de um conceito em movimento, a sua fundação e suas transformações, é, pois, desse modo, que a Foucault não interessa, na historiografia da prisão e do crime, a simples descrição fria dos estabelecimentos prisionais, nem tampouco importa a sua evolução em termos estritamente teóricos ao Direito Penal e à Criminologia, interessa, sim, estudar os crimes e o comportamento criminoso a partir das práticas punitivas e do modelo disciplinar. A Foucault carece de importância na história do conceito da loucura os seus aspectos exclusivamente científicos, mas, sobretudo, seu aspecto cultural, sua representação artística, seu elemento divisor em relação à não-loucura, a diferença entre a razão e a desrazão, entre o normal e o patológico. Não lhe importa a construção de uma

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. **La naissance de la clinique** ..., p. XVI.

¹³⁹ TRONCA, Ítalo A. **Foucault e a história: um espaço em branco**. in Foucault Vivo (org. Ítalo Tronca) Campinas: Pontes, 1987, p. 8.

linha temporal da “clínica,”¹⁴⁰ mas o seu aparecimento na história, seu conteúdo de exclusão e desenvolvimento científico, sua alteração no modo de olhar e perceber, a sua alteração na experiência medida, seu novo recorte das coisas, seus princípios de articulação com o doente e a doença, eis a sua historiografia. Não lhe interessa a sexualidade como simples forma de representação da prostituição nos cabarés e os cafeicultores, e hoje nas casas noturnas e a burguesia, como meio de estabelecer-lhe um conteúdo histórico, mas a sexualidade enquanto experiência do saber, da moralidade, suas formas de subjetividade, enfim, a constituição do objeto explicado por aquilo que foi a sua prática.

Aqui está uma das idéias fundamentais para se indagar a “experiência jurídica grega”: o que importa neste trabalho não é tentar compreender indistintamente o que seria um ou outro instituto do direito grego, ou, mesmo, uma determinada idéia ou não de justiça para Platão, Aristóteles etc., mas, sim, compreender o modo como os gregos se relacionavam com os institutos, de que modo se colocavam enquanto sujeito de uma certa história, enquanto juristas; de que modo se constituíam enquanto sujeitos normativos; como se exercitava a “experiência jurídica” como uma forma peculiar de saber e de viver; em suma, de que maneira o modo como trabalhavam como a experiência do fenômeno normativo era uma forma de ascese espiritual e um modo de ser público - *Εὐταξία Νόμῳ* (disciplina normativa) e *Νόμῳ ἔθος* (modo de agir jurídico).

Procurando sintetizar, Foucault se refere a esse método historiográfico com uma ‘história das problematizações’ (*histoires des ‘problématiques’*), uma historiografia contra uma história das idéias, das mentalidades, dos comportamentos, como afirmara certa vez a Paul Rabinow: “Por muito tempo eu procurei saber se seria possível caracterizar a história do pensamento em contraposição à história das idéias – isto é, da análise dos sistemas de representação – e da história das mentalidades – ou seja, da análise das atitudes e dos esquemas de comportamento. Parece-me que havia um elemento inerente à caracterização da história do pensamento: ou seja, era o que se poderia chamar os problemas, ou mais exatamente, as problematizações.”¹⁴¹

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **La naissance de la clinique** ..., p. XVII.

¹⁴¹ RABINOW, Paul. **Polémique** ..., p. 597. “P.R. – Vous parlez, depuis peu, d’une ‘histoires des problématiques’ Qu’entendez-vous au juste par là? – M.F. – J’ai longtemps cherché à savoir s’il serait possible de caractériser l’histoire de la pensée en la distinguant de l’histoire des idées – c’est-à-dire de l’analyse des système de représentations – et de l’histoire des mentalités – c’est-à-dire de l’analyse des attitudes et des schémas de comportement. Il m’a semblé qu’il y avait un élément qui était de nature à caractériser l’histoire de la pensée: c’était ce qu’on pourrait appeler les problèmes ou plus exactement les problématisations.” [trad. do autor. “P.R. – Há pouco, você falou de uma história das problematizações. O que isso significa para você? . M.F. – ...”]

O campo da arqueologia só se abre através de uma rede de relações entre enunciados. O enunciado é, como já refletido, a unidade suprema, espécie de estrutura mínima do discurso, não mera proposição lógica, frase gramatical ou conversa; é uma função de existência que pertence de direito aos signos e a partir da qual se pode decidir pela análise ou pela intuição, por isso, o enunciado está sujeito à apreciação de uma análise lingüística. Nesse sentido, o projeto arqueológico busca uma descrição sistemática e plural de um dado objeto, criticando a história tradicional (por muito tempo usada como guia do pensamento político ou como desenvolvimento lógico), com um ritmo mais amplo e uma ondulação lenta da continuidade, também aqui diverso da histórica corpuscular das idéias. Trata-se de um método que prescinde de uma linha que costure os acontecimentos esparsos, admitindo brechas, e, descobrindo, especialmente na cultura, o descontínuo – o fato de na cultura, em alguns anos, às vezes, deixar de pensar como o tinha feito até então e começar a pensar outra coisa e de modo diferente.

Esta análise implica definir não propriamente os pensamentos, as representações ou as imagens de um objeto num dado momento histórico, mas perquirir o modo como eles se manifestam nos discursos, enquanto acontecimentos inscritos nos corpos,¹⁴² ao quais cumpre ao arqueólogo desvelar. O arqueólogo precisa renunciar a qualquer conjunto de noções pelas quais o discurso que se quer analisar, em vez de ser manifestado em sua singularidade, é simbolizado numa continuidade que nada fundamenta, a não ser a subjetividade do analista. Por isso, o projeto arqueológico pressupõe a todo instante expulsar as últimas ‘sujeições antropológicas’. Essa análise, convém afirmar, distancia-se das teses epistemológicas, mas as tem em consideração. Foucault nunca criticou, implícita ou explicitamente, a epistemologia,¹⁴³ mas, de outro lado, em contraposição a Bachelard (física e química – as ciências da natureza) a Canguilhem (biologia, anatomia, patologia, fisiologia – ciências da vida), busca a história dos discursos (arqueologia – constituição histórica das ciências do homem).

¹⁴² FOUCAULT, Michel. FOUCAULT, Michel **Nietzsche, la généalogie, l'histoire**. in Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 2, 1994, p. 143. “... sur le corps, on trouve le stigmate des événements passés, tout comme de lui naissent les désirs, les défaillances, et les erreurs. Le corps: surface d’inscription des événements. Elle (la généalogie) doit montrer le corps tout imprimé d’histoire, et l’histoire ruinant le corps.” [trad. br. **Nietzsche, a genealogia, a história**. in *Microfísica do poder*. (trad. Roberto Machado) 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 22. “Sobre o corpo se encontra o estigma dos acontecimentos passados do mesmo modo que dele nascem os desejos, os desfalecimentos e os erros. O corpo: superfície de inscrição dos acontecimentos. A genealogia deve mostrar o corpo inteiramente marcado de história e a história arruinando o corpo.”]

¹⁴³ MACHADO, Roberto. **Ciência e saber** ..., p. 11.

A arqueologia, buscando independência de qualquer ciência, quer ser uma crítica da própria racionalidade. Abandonando a questão da cientificidade, que tanto preocupou os epistemólogos franceses, faz uma história dos saberes (em que não há progresso da razão) e apenas reflete as ciências do homem enquanto saberes. Reflete as ciências, investiga os saberes (reflexão das ciências) pelo que dizem, como dizem, e porque dizem (foge, assim, da recorrência). Eis aqui uma importância nítida para a retomada dos gregos, haja vista que o modo como se dispunham diante dos institutos jurídicos é muito mais relevante, especialmente para uma reflexão de ordem filosófica, do que propriamente o que seriam ou não os institutos. Não há um único conceito para a arqueologia¹⁴⁴; há vários, tanto que se pode falar numa trajetória da arqueologia. Distintamente de uma história das idéias, o projeto arqueológico consiste num deslocamento da região do conhecimento para a região do saber, logo, é um modo de aproximação¹⁴⁵, um método para o olhar, a percepção e o saber. Foucault distancia-se¹⁴⁶, embora se aproxime da epistemologia francesa, e sobretudo

¹⁴⁴ MACHADO, Robeto. **Ciência e saber** ..., p. 14.

¹⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Répondres des questions sur la géographie**. in Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). v. 3 Paris: Gallimard, 1994, p. 30. "...Vous me demandiez si la géographie a une place dans l'archéologie du savoir. Oui, à condition de changer la formulation. Trouver une place pour la géographie, cela voudrait dire que l'archéologie du savoir a un projet de recouvrement total et exhaustif de tous les domaines du savoir, ce qui n'est pas du tout ce que j'ai en tête. L'archéologie du savoir n'est jamais qu'un mode d'approche." [trad. do autor: "Você me perguntava se a geografia tem um lugar na arqueologia do saber. Sim, com a condição de modificar a formulação. Encontrar um lugar para a geografia significaria dizer que a arqueologia do saber tem um projeto de redescobrimento total e exaustivo de todos os domínios do saber, o que não é definitivamente o que tenho em mente. A arqueologia do saber não é mais que um modo de aproximação."]

¹⁴⁶ MACHADO, Robeto. **Arqueología** ..., p. 26-27. "Al analizar la historicidad de la ciencia en el nivel de los conceptos, la epistemología niega las continuidades de las historias retrospectivas que asigna importancia a los temas y a las teorías. Historia conceptual, la arqueología, lo mismo que la epistemología, es discontinua, pero el tipo de discontinuidad que descubre es de otra índole. La epistemología, recordémosla, tiene por objeto las ciencias en su historicidad. Procede partiendo de la constitución histórica de sus conceptos, del tipo de progreso que los caracteriza, de la conquista de la objetividad que las ciencias manifiestan, de su producción de verdad y de los criterios de racionalidad que ellas instauran. La arqueología, que tiene el saber como objeto, reivindica su independencia respecto del proyecto epistemológico al afirmar la anterioridad del saber en relación con las ciencias. Verdad es que Foucault nunca puso el acento sobre la cuestión de la cientificidad, y la idea de arqueología es inherente a la preocupación de escapar a la tarea epistemológica. La historia arqueológica no es ni evolutiva ni retrospectiva, ni siquiera recurrente: es epistémica. No postula la existencia de un proceso continuo o discontinuo, sino que concibe la discontinuidad al neutralizar la cuestión del progreso." [trad. do autor "Ao analisar a historicidade no nível dos conceitos, a epistemologia nega as continuidades das histórias retrospectivas que assinala importância aos temas e às teorías. História conceitual, a arqueologia, da mesma forma que a epistemologia, é descontínua, mas o tipo de descontinuidade que descobre é de outra índole. A epistemologia, recordemos, tem por objeto as ciências em sua historicidade. Procede partindo da constituição histórica de seus conceitos, do tipo de progresso que os caracteriza, da conquista da objetividade que as ciências manifestam, de sua produção de verdade e dos critérios de racionalidade que elas instauram. A arqueologia, que tem o saber como objeto, reivindica sua independência em respeito do projeto epistemológico ao afirmar a anterioridade do saber em relação com as ciências. A verdade é que Foucault nunca pôs a devida atenção sobre a questão da cientificidade, e a idéia de arqueologia é inerente à preocupação de escapar à tarefa epistemológica. A história arqueológica não é nem evolutiva, nem retrospectiva, nem sequer recorrente: é epistêmica. Não postula a existência de um processo contínuo ou descontínuo, senão que concebe a descontinuidade ao neutralizar a questão do progresso."]

de Canguilhem, na idéia que este propõe sobre conceito, visto que a história das ciências deve ser, igualmente, conceitual. A mobilidade do conceito de arqueologia representa, em si mesma, uma crítica à idéia de um método imutável, sistemático e universalmente aplicável.

Não se pode negar que o método arqueogenealógico se avizinha da *École des Annales*¹⁴⁷. Seu porte maior é a tarefa de desconstruir, fragmentar o método tradicional, à medida que fala de histórias e não da História. Enquanto um método de investigação dilata, estende e amplia o território da história, multiplicando seus objetos e recepcionando a divisão antropológica entre história e diacronia. Nessa perspectiva, afirma Axel Honneth: “Quase nesse mesmo sentido, Foucault pode preferir um conceito revisto da história do pensamento às suas reflexões sobre a teoria científica; com a noção de “monumento” os títulos correspondentes da “Arqueologia” devem destacar sua particularidade. De todas as estimulações terminológicas da epistemologia de Gaston Bachelard, bem como das idéias históricas da Escola dos Annales, Foucault escolhe as formulações para caracterizar seu novo modelo de historiografia; a loucura negativa de sua caracterização representa novamente o modelo filosófico de suas reflexões históricas, desta vez sob o aspecto diacrônico da ‘história global’.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ A Escola dos Annales surgiu em 1929, em função da revista “Annales”, composta inicialmente por March Bloch e Lucien Fèbvre. March Bloch, em seu livro “Os reis taumaturgos”, relata sobre um novo modo de ver a sociedade da Idade Média, enquanto Lucien Fèbvre, em seu livro “O problema da descrença”, em que comenta François Rabelais, inicia a história das mentalidades, afirmando que jamais se pode olhar o passado com os olhos do presente. Um movimento exclusivamente historiográfico, que tinha por objetivo maior, combater a história tradicional ou, a então conhecida, história positivista, através de uma visão histórica completamente contrária. Tinha características centrais: 1) Contra a história narração, a favor da história problema; 2) Valorização da história presente para a compreensão do momento, e não uma história morta sobre um passado morto; 3) Uso de recursos quantitativos (serial), uma história demográfica, através de gráficos; 4) A geohistória, não como um determinismo geográfico, porém como reconhecimento de mudanças estruturais e lentas. 5) Uma história comparativa, tal como a antropologia a faz. Divide-se essencialmente em três períodos: 1º) Vai de 1929 a 1945, quando M. Bloch, escreve “*Introdução à história*”; e Lucien F., “*Combates pela história*”, no qual se iniciam os grandes combates à antiga história; 2º) Vai de 1945 a 1968, quando Fernand Braudel, escreve “*A civilização material*”, um dos maiores nomes da história mundial, absorvendo e resumindo idéias da nova história, criando a clássica tripartição da temporalidade: para Braudel, a temporalidade se dividia em três níveis: um nível inicial, chamado ‘factual’, no qual está presente a idéia dos fatos; um nível secundário denominado ‘conjuntural’, no qual se afirma a idéia de conjunturas como espaços que duram um certo tempo; e um último nível ‘estrutural’, o mais importante, no qual se representa a idéia de uma longa duração; 3º) enfim, um período que vai de 1968, do estouro do movimento estudantil, e sobretudo, a evidente crise da história mundial, até os dias de hoje. Com o afastamento de Braudel, começa a escola, tomar rumos distintos, em busca da ‘história em migalhas’, da história “ecclética, dilatada no sentido das curiosidades, às quais não cumpre recusar,”¹⁴⁷ e da história das mentalidades (ênfatizando-se a história da sexualidade, a morte, a família, o medo). Perde-se a síntese, retorna-se ao fato, entretanto não se resgata um positivismo, pois havia algo além dos fatos. Nomes importantes surgem, como: Jaques Le Goff, Emmanuel Le Roy Ladurie e Georges Duby. Nesse sentido, ver

¹⁴⁸ HONNETH, Axel. **Kritik der macht: reflexionsstufen einer kritischen gesellschaftstheorie**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986, p. 143. “In diesem ungefähren Sinn kann Foucault ein revidiertes Konzept der Geistesgeschichte seinen wissenschaftstheoretischen Überlegungen voranstellen; der mit dem Begriff des

O projeto arqueogenalógico abre a história a novos ramos das ciências modernas, como a filosofia e a sociologia, e a perda dos limites da unidade da história, constitui-se um novo momento para a historiografia, um desafio importante, ou seja, o desconstrucionismo. Essa noção de fragmentação da história, que renuncia drasticamente à construção hegeliana, e, em decorrência, o sujeito passa a ser relativizado no pensamento historiográfico, torna-se fundamental para recuperar a “experiência jurídica grega”. De modo que o melhor não é tentar pensar o direito grego a partir dos filósofos, apenas, como se costuma fazer numa espécie de história da filosofia, como bem salienta Tercio Sampaio Ferraz Junior,¹⁴⁹ ou simplesmente a partir das leis ou dos discursos, mas através de uma lógica que não vê uma unidade na história, e sim uma multiplicidade de percepções. Não há certo ou errado, mas o entrecruzamento de diferentes enunciados, de “verdades” postas aos seus termos.

Uma forma de elucidar o método arqueogenealógico foi operada por um historiador próximo a Foucault, Paul Veyne, de modo interessante. Para este intelectual francês, o historiador não pode deixar de ser um positivista, porque a sua disciplina depende da ideografia, e isto fica evidente em *Comment on écrit l'histoire*, quando retoma uma interpretação de um dado momento histórico – a suspensão dos combates de gladiadores¹⁵⁰ a partir das práticas do poder político, e não da mera descrição ou narração fática, para mostrar e buscar as fontes da explicação para o seu desaparecimento. Diz Veyne, que a visão proposta pela história tradicional é que o fim dos combates de gladiadores teria ocorrido em razão da primazia do pensamento cristão, e conseqüentemente, da humanização do pensamento e do poder, todavia, analisando as práticas de poder, pelo método foucaultiano, descobre o historiador da era clássica que por razões muito distintas se deu tal fim. Afirma Veyne, que os imperadores adotaram uma outra prática do poder que, ao virarem paternos, este modo de ser era incompatível com a existência dos gladiadores. Embora se costumasse pensar que o fim se dera pelo fortalecimento do cristianismo até o século IV, entende Veyne que a gladiatura passou a ser condenada, do

‘Monuments’ korrespondierende Titel der ‘Archäologie’ soll dessen Eigenart signalisieren. In die Formulierungen, die Foucault wählt, um sein neues Modell der geschichtsschreibung zu kennzeichnen, sind vor allem die terminologischen Anregungen der Epistemologie Gaston Bachelards und des Geschichtsbegriffs der ‘Annales’ Schule eingeflossen; die Negativfolie seiner Charakterisierung stellt wiederum das reflexionsphilosophische Modell der Geschichtsbetrachtung dar, diesmal unter dem diachronen Aspekt der ‘globalen Geschichte’.” [trad. do autor.]

¹⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia** ..., p. 146.

¹⁵⁰ VEYNE, Paul. **Comment on écrit l'histoire: essai d'épistémologie**. Paris: Le Seuil, 1970, p. 240.

mesmo modo que a prostituição¹⁵¹, pois ao mesmo tempo que trazia para muitos prazer e atração, a outros, mais atentos, trazia, sobretudo, medo e horror. Horror não por sentimentalismo, mas evidentemente porque o próprio organizador desses espetáculos era o poder público, o soberano, o qual havia, na concepção contratualista, sido criado justamente para proteger os homens do estado de natureza, onde reinava a fúria e a animalidade. Enfim, entende Veyne, que a cessação dos combates de gladiadores no século dos imperadores cristãos não se deu em razão de alteração na concepção de poder, na qual este se teria humanizado ou cristianizado, contudo, porque houve uma nova forma de perceber tal comportamento público, que passava a complicar até mesmo a vida dos súditos. Com isso, o historiador procura demonstrar que outras questões que permitem melhor compreender o momento histórico estão para além da mera evidência, encontram-se na parte oculta (do *iceberg*), não ideológica, e por isso, exigem um método capaz de ‘escavar’ o que está por detrás, a prática que se esconde por detrás do objeto que a reificou, “é preciso desviar os olhos dos objetos naturais para perceber uma certa prática, muito bem datada, que os objetivou sob um aspecto datado como ela.”¹⁵² De conseqüência, há que se atentar ao fato de que o historiador deve compreender as objetivações realizadas ao longo do tempo, perceber o que está ‘além da objetividade’, as práticas que a envolvem, pois só assim se poderia, então, visualizar o que está para além da visibilidade, o que é invisível. Reconhece-se aqui, o que Deleuze resgata em suas interpretações de Foucault, a existência de “estratos ou formações históricas, camadas sedimentares, feitas de coisas e de palavras, de ver e de falar, de visível e de dizível, de regiões de visibilidade e campos de legibilidade, de conteúdos e de expressões.”¹⁵³.

É destas invisibilidades de que fala o método arqueogenealógico¹⁵⁴. Sua importância está no fato dele “afastar as banalidades tranquilizadoras, os objetos naturais

¹⁵¹ VEYNE, Paul. **Comment...**, p. 241. “Os gladiadores tinham, na Antigüidade, precisamente, a reputação ambivalente das vedetes do cinema pornô: quando não fascinavam como vedetes de arena, causavam horror, porque esses voluntários da morte lúdica eram, ao mesmo tempo, assassinos, vítimas, candidatos ao suicídio e futuros cadáveres ambulantes.”

¹⁵² VEYNE, Paul. **Comment...**, p. 243.

¹⁵³ DELEUZE, Gilles. **Foucault** ..., p. 55. “Les strates sont des formations historiques, positivités ou empiricités. Couches sédimentaires, elles sont faites de choses et de mots, de voir et de parler, de visible et de dicible, de plages de visibilité et de champs de lisibilité, de contenus et d’expressions.” [trad. br. **Foucault**. (trad. Claudia Sant’Anna Martins) São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 57.]

¹⁵⁴ VEYNE, Paul. **Comment** ..., p. 251. “A prática não é uma instância (como o id freudiano) nem um primeiro motor (como a relação de produção), e, aliás, não há em Foucault nem instância nem primeiro motor (há, em contrapartida, uma matéria, como veremos). É por isso que não há inconveniente grave em denominar provisoriamente essa prática de parte oculta do *iceberg*, para dizer que ela só se apresenta à nossa visão espontânea sob amplos drapeados e que é grandemente preconceptual; pois a parte escondida de um *iceberg* não é um instância diferente da parte emersa: é de gelo, como esta, também não é o motor que faz

em seu horizonte de prometedora originalidade, a fim de devolver à realidade a única, a nossa, sua originalidade irracional, rara, inquietante, histórica. Desnudar, assim a realidade para dissecá-la e explicá-la é uma coisa, acreditar descobrir, por detrás dela, uma segunda realidade que a telecomanda e a explica é uma outra coisa, bem mais ingênua.”¹⁵⁵. Isso é fundamental, para evitar a moldura do olhar do intérprete atual sobre os gregos, especialmente no campo jurídico, quando a lente é manifestamente romana. Ler os clássicos nesta linha é buscar afastar banalidade e buscar as invisibilidades dos institutos.

Assim, é preciso valer-se deste método desconstrutivista, que admite a leitura historiográfica junto a jusfilosófica, que interpreta as orientações discursivas operadas pelos enunciados e suas estratégias de poder, e, neste sentido, melhor capta a experiência dos institutos gregos e do modo como os homens com ele se relacionavam, numa história descontínua, que mais importa o modo de agir e de pensar revelada pelos arquivos do que a definição precisa e “verdadeira” de um ou outro instituto. Por isso, toda análise que se seguirá valorizará, sempre que possível, cortes, rupturas e diagramas de poder envolvido, posto que o objetivo é ver nascer entre os gregos algo que, embora seja radicalmente distante e diferente, possa ajudar a construir uma idéia de “direito constitutivo”.

3. Metodologia histórica: as fontes de pesquisa, os direitos gregos e o campo histórico específico

Esboçada a jusexperiência clássica que se pretende refletir, e o modo como ela há de ser indagada, há que também se qualificar qual direito que se está pesquisando, considerando-o como definidor de uma jusracionalidade grega. Problema aparentemente de ordem territorial, mas cujas origens redundam, antes de tudo, no material de pesquisa e de acesso ao mundo antigo. Fala-se num “direito grego” como um conjunto normativo e epistemológico pertencente à comunidade grega antiga, seja aquela delimitada à península e ao continente, seja aquela que extravasa a geografia regional e alcança as culturas enraizadas na experiência grega; ou, de outro lado, fala-se num “direito ateniense”, tomado em singularidade e não em sinédoque, pelas peculiaridades que pode conter.

movimentar-se o *iceberg*; está abaixo da linha de visibilidade, isso é tudo.” “Fala sobre o mesmo que nós, ou seja, por exemplo, da conduta prática de um governo, somente a mostra como é verdadeiramente, arrancando-lhe a veste drapeada.”

¹⁵⁵ VEYNE, Paul. *Comment ...*, p. 281.

Partindo-se de um método arqueogenealógico e procurando conjugar documentos e relações sociais que deixem antever o modo como a experiência jurídica grega era construída, é de se destacar que esse debate, “direito grego” *versus* “direito ateniense” é também de fundamental importância, pois, malgrado os séculos analisados sejam os mesmos, o modo de investigação também é distinto. A separação encontra sua origem nos estudos de Ludwig Mitteis durante os últimos anos do século XIX, quando propôs a análise do direito grego como uma disciplina distinta do direito ateniense.¹⁵⁶ Para Stephen Todd e Paull Millett, talvez os autores de maior prestígio hoje no tema próprio deste ensaio, desde então, as reflexões se concentraram no direito ateniense, sobretudo pela literatura que permitiu acesso ao mundo antigo.¹⁵⁷ Contudo, dois campos de dados deram início ao debate ainda no final do século XIX: de um lado as “inscrições”, e, de outro, os “papiros”,¹⁵⁸ que levam a formulações distintas naturalmente.

Aqueles autores que seguiram os “papiros”, sobremaneira encontrados no Egito por questões climáticas de conservação, acabaram por conceder à noção de “direito grego” uma graduação maior, por reunirem todos os aspectos da cultura jurídica. Na linha de Mitteis e seus seguidores, as campanhas napoleônicas no Egito permitiram que os historiadores europeus tivessem antes acesso à cultura grega antiga documentada nos papiros egípcios que o próprio continente, e mesmo antes da peculiaridade de Atenas. A língua disseminada era primeiro o grego e depois o latim, mesmo durante a dominação romana, assim, os egípcios que emigraram para o continente europeu trouxeram consigo um “direito popular” e não as máscaras do direito imperial, romano e deformador da cultura antiga. Portanto, Mitteis acreditava que o real sentido da experiência jurídica antiga deveria recobrir todo o momento que ia desde o período de Homero às invasões árabes e romana, e toda a cultura grega, cabendo à vivência ática apenas uma local variação num certo estágio de desenvolvimento.¹⁵⁹ Nesta linha, por conseguinte, e por cerca de cinquenta

¹⁵⁶ MITTEIS, Ludwig. **Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs**. Leipzig: 1891. Ver, sobretudo, o segundo capítulo, intitulado *Hellenistisches Recht*.

¹⁵⁷ MILLETT, Paul; TODD, Stephen. **Law, society and Athens**. In.: Nomos: essays in Athenian law, politics and society. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 7.

¹⁵⁸ Hoje duas grandes obras compilam os diversos textos, as quais serviram de base de sustentação neste trabalho: a) quanto às inscrições, estas vêm sistematicamente reunidas no livro de WOODHEAD, A. G. **The study of greek inscriptions**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1981; b) quanto aos papiros, cronologicamente reunidos em HUNT, A. S.; EDGAR, C. G. **Select papyri**. London e Cambridge, 1932 (1v.) e 1934 (2v.). Essas são as principais, porém não são poucas as reuniões consagradas entre os italianos e os alemães. A Biblioteca integrada da região da Emilia Romagna, a Biblioteca di Conservazioni di Beni Culturali, a Biblioteca A. Cicu, a Biblioteca da Universidade de Colônia, a Biblioteca do Max Planck für europäische Rechtsgeschichte e a Biblioteca del'Archiginnasio têm em seus acervos inúmeras outras variações, mas que foram usadas apenas reflexivamente neste ensaio.

¹⁵⁹ MILLETT, Paul; TODD, Stephen. **Law, society ...**, p. 8.

anos, um contingente de pesquisadores aceitaram a tese de Mitteis, sobretudo os próprios alemães e os italianos, que continuam de regra a falar em “direito grego”.

Certamente a “papirologia jurídica” representa campo importante de trabalho para o direito grego, e, antes mesmo da preferência pelos documentos (movimento que também alcançou os estudiosos de direito romano), sustentou a base de toda investigação legislativa. Indo um pouco além e esmiuçando algumas de suas peculiaridades, a fim de que se possa sustentar a legitimidade e o alcance dos papiros como fonte jurídica do mundo clássico, é preciso afirmar que, em sendo a “ciência dos papiros”, nascida no final do séc. XVIII, porém, sustentada com maior robustez apenas no séc. XX, seu suporte engloba também os pergaminhos, os *όστρακας* (pedaço de vaso), e as tábuas de cera. Um pouco além, vizinha, cabe à “epigrafia” cuidar das etiquetas, dos tecidos (no âmbito religioso), dos ossos de animais, das pedras e do bronze etc.. De qualquer modo, os pergaminhos vinham sempre todos do mesmo lugar (neste domínio do Egito), com a mesma realidade social, econômica, política e cultural, para que a unidade no campo grego se conserve inalterada, como bem salienta Livia Zingale.¹⁶⁰

Entretanto, outros autores, aos quais se filiaram os americanos, e, especialmente os britânicos, preferiram considerar as “inscrições” o ponto de partida de reflexão. Moses Finley,¹⁶¹ nos anos cinquenta, opôs uma considerável crítica às teses de Mitteis, e, seguindo as “inscrições”, encontradas nas esculturas e nas pedras atenienses. Atualmente, as melhores críticas cumprem a Gerhard Thür¹⁶², para quem a escolha pela unidade é recurso científico e tão somente acadêmico, desligado da realidade clássica material. Ademais, acrescenta que a influência romana e a necessidade de se encontrar, ainda que artificialmente, uma unidade, parece gravar os autores que relutam na busca por uma coesa sistematização.

Henry van Effetierre, parisiense, mas que também prefere o caminho epigráfico (*ἐπιγράφως*, escrito sobre algo), mostra a riqueza que ainda é possível extrair das inscrições, fossem elas comemorativas, fúnebres, meramente indicativas, em linear B, silábicas ou alfabéticas, e como elas conseguem melhor demonstrar, porque as intactas foram encontradas nos seus respectivos lugares – Atenas, Nakona, Creta, Cartago, Axos

¹⁶⁰ ZINGALE, Livia Migliardi. **Introduzione allo studio della papirologia giuridica**. Torino: G. Giappichelli, 1984, p. 3.

¹⁶¹ FINLEY, Moses I. **The problem of the unity of greek law**. In.: *The use and abuse of history*, p. 134-152, 1975.

¹⁶² THÜR, Gerhard. **Die Einheit des ‘griechischen Rechts’: Gedanken zum Prozessrecht in den griechischen Poleis**. In.: *Rivista Dike, Università di Milano*, n. 8, p. 22-62, 2005.

etc. – o modo peculiar de cada um dos direitos gregos. As inscrições apenas permitiram acessar ao direito ateniense, porém não aos demais como integrantes de uma cultura jurídica grega. Segundo o autor, há um grande preconceito pelas “inscrições”, vez que, a ausência de estudo por parte dos historiadores do direito, acabaria por lhes trazer certo signo de esoteria, de banalidade.¹⁶³

Para demonstrar a viabilidade de um estudo sistemático das inscrições e do quanto ainda é pouco explorado, Henry Effeterre mostra haver uma lógica nos escritos comerciais de um bronze de Entella; o de uma pedra conservada no Museu de Rhéthymo sobre direito sacro; ou mesmo de uma pedra cretense sobre delimitação fronteira entre cidades do Museu de St-Nicolas, três pequenas inscrições, que ainda não foram em nada exploradas pelos *scholars* até hoje.¹⁶⁴ De qualquer modo, do pouco que se consegue acessar, para essa tradição, o direito ateniense se oporia a todos os demais direitos, ou, ao menos, aos dois outros principais regimes jurídicos que havia na antiga Grécia: o direito espartano e o direito de Gortina, os mais bem investigados até hoje. Esses ‘modelos’ jurídicos sem dúvida guardavam uma singularidade em relação ao ateniense, eis porque a linha seguida pelos anglo-saxões tenha evidente sentido. As diferenças são claras, porém, não convém avançar, haja vista que elas se dão no plano dos institutos e não da matriz epistemológica. Logo, seja a experiência jurídica espartana¹⁶⁵, seja a gortiana¹⁶⁶, ambas oferecem uma mesma compreensão de direito como “direito constitutivo”, que aqui interessa.

¹⁶³ EFFETERRE, Henri van. **Préliminaires épigraphiques aux études d’histoire du droit grec**. In: Symposion 1982 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 04, sept. 1982.

¹⁶⁴ EFFETERRE, Henri van. **Préliminaires épigraphiques aux études d’histoire du droit grec**..., p. 05-08.

¹⁶⁵ TAITA, Julia. **Indovini stranieri al servizio dello stato spartano: un’‘epoikia’ elea a Sparta in una nuova iscrizione da Olimpia**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 4, p. 39-85, 2001; CARTLEDGE, Paul. **Spartan justice? or ‘the state of the ephors?’** In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 3, p. 05-26, 2000.; RICHER, Nicolas. **‘Eunomia’ e ‘Eudaimonia’ à Sparte**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 4, p. 13-38, 2001.; MAFFI, Alberto. **Studi recenti sulla grande rhetra**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 5, p. 195-236, 2002; MARTINI, Remo. **Diritti greci**. Bologna: Zanichelli, 2005, VI, p. 215.

¹⁶⁶ Para uma bibliografia mais detalhada sobre a experiência jurídica de Górtina, ver: KRISTENSEN, Karen Rørby. **Inheritance, property, and management: gortynian family law revisited**. In: Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 89-100, sept. 2005.; MAGNELLI, Adalberto. **Disposizione legislative riguardanti il regime della terra in tre inediti frammenti da Gortyna (Creta)**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 2, p. 143-160, 1999.; MAGNELLI, Adalberto. **Una nuova epigrafe gortinia in material di manomissione**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 1, p. 95-113, 1998.; MARTINI, Remo. **La terra a Gortina**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 1, p. 87-94, 1998.; MAFFI, Alberto. **Il diritto di famiglia nel codice di gortina**. Milano: CUEM, 1997.; _____. **Proceso di status e rivendicazione in proprietà nel codice di Gortina: ‘diadikasia’ o azione delittuale**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 5, p. 111-134, 2002. _____. **Studi recenti sul codice di Gortina**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 6, p. 162-226, 2003.; LINK, Stefan. **Die nötigung des mündels in Gortyn (IC IV 72, col. 2, 16-20)**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 7, p. 169-178, 2004.; _____. **‘Dolus’ und ‘Woiheus’ in Recht von Gortyn**. In: Rivista Díke, Università di Milano, n. 4, p. 87-112, 2001.; THÜR, Gerhard. **Eigentumsstreit und Statsprozess in der**

Diante dessa dualidade, uma escolha metodológica se torna inevitável. Apesar das evidentes diferenças que existem entre o direito ático e os demais, não há como separá-los, do ponto de vista arqueogenealógico, de uma mesma episteme (na esteira foucaultiana), porque configurados pelas mesmas matrizes de saber – neste momento pelas mesmas indagações filosóficas humanistas – bem pelas mesmas conformações de relação com o poder, haja vista o modo como os gregos, de um modo geral, compreendiam as noções de autoridade, violência e coação. Conquanto diferentes fossem parte das classes sociais e dos oráculos, próximas eram as correlações entre saber e poder que estava no substrato histórico daqueles sécs. VI e IV a.C.

Um dos tantos exemplos que sustentam essa idéia é o modo como os gregos se relacionam ou construíram uma idéia de “punição”, criando, embora não um sistema penal propriamente dito, mas todo um conjunto organizado de penas, apicáveis para situações parecidas. Apesar dos próprios autores que parte de um “direito ateniense” mencionarem que cada cidade tinha um modelo peculiar, Margaretha Hall afirma as escolhas de punição, a severidade, o modo como pensavam eticamente os problemas de punição eram muito próximos, senãos, os memso de seus vizinhos.¹⁶⁷ É, portanto, possível sustentar aquela visão foucaultiana há pouco esboçada de uma mesma episteme.

Isso, por primeiro, leva esta pesquisa a considerá-los como integrantes da mesma episteme, do que se poderia chamar de “experiência jurídica grega”, de modo a não tentar diferenciá-lo, na lógica de um “direito constitutivo”, entre os direitos gregos ateniense, espartano e gortiano, ao menos. Opta-se, portanto, por uma leitura integradora das jusexperiências gregas, desconsiderando-se eventuais idiossincrasias existentes. Cumpre, também, escolher fundamentadamente a leitura integradora pelo fato de que o acesso aos documentos oriundos da papirologia seriam muito mais bem organizados e já bem estabelecidos, trazendo melhor acesso à cultura jurídica do que as rarefeitas inscrições.¹⁶⁸ Por isso, especialmente, convém delimitar o material documental dos papiros, bem assim as inscrições, como a base, bem como esclarecer o modo como o estudo, neste particular da história do direito grego, deve se desenvolver.

grossen Gesetzesinschrift aus Gortyn. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 5, p. 95-109, 2002.; KRISTENSEN, Karen Rørby. **Codification, tradition, and innovation in the law code of Gortyn.** In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 7, p. 135-168, 2004.; ¹⁶⁶ DAVIES, John K. **Deconstructing Gortyn: When is a Code a Code?** In.: Greek law in its political setting: justifications not Justice. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 33-56, 1996.

¹⁶⁷ HALL, Margaretha Debrunner. **Even dogs have erinyes: sanctions in athenian practice and thinking.** In.: Greek law in its political setting: justifications not Justice. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 89, 1996.

¹⁶⁸ EFFENTERE, Henri van. **Préliminaires épigraphiques aux études d’histoire du droit grec...**, 01.

Gerhard Thür afirma que o direito grego desde logo se diferenciou do direito romano neste aspecto da unidade. Os princípios romanos formados na era republicana, desde logo avançaram para todo o império, quase indistintamente de região para região, ao contrário do universo grego. Ressalte-se que a unidade romana não decorreu de uma ordem legislativa única, mas sim, de uma reflexão científica operada desde o seu início. Neste ponto, ainda, Thür deixa claro que os romanos nem sequer passaram por essa reflexão científica unificadora.¹⁶⁹

Partindo-se do que se poderia, doravante, denominar de “direito grego”, bem como da hipótese de que a reflexão sobre os gregos pode em parte contribuir para pensar diferentemente o mundo contemporâneo, desde a metodologia de um “fora” epistemológico, não melhor ou mais desenvolvido, mas numa experimentação do “novo”, capaz de romper com a lógica do cotidiano, é preciso, sobretudo, delimitar algumas premissas: o momento histórico que se investiga, dado o fato que a cultura grega cobriu com certa exclusividade civilizatória ocidental (ao menos como se legou aos dias de hoje) cerca de oito ou nove séculos; a especificidade da experiência jurídica investigada dentro dos próprios gregos em termos geográficos; as características da cultura jurídica grega que se pretende retomar e seu complexo resgate atual. Nessa perspectiva, legitimada a metodologia anterior, cabe levantar outra: qual o campo de análise possível e em que medida ele se singulariza?

O ambiente histórico, que se retoma nesta pesquisa com o propósito de encontrar uma “experiência ascética do direito”, é desde logo delimitado num momento muito específico, restringindo-se a cerca trezentos anos, ou menos, entre os séculos VI e IV a.C.. O propósito é coincidir, apesar de algumas desavenças de certos teóricos, seja do ponto de vista metodológico, seja do ponto de vista etimológico, com as grandes modificações político-sociais vivenciadas pelos gregos nesse exclusivo momento. Procura-se percorrer um momento em que a lei ganha seu sentido político e o seu fim como sentido público.

Essa premissa de delimitar a investigação nesses séculos procura atender aos eventuais reducionismos típicos da retomada dos “antigos” que a academia, com certa irresponsabilidade, tende a fazer, a sagrar-se na dogmática brasileira e seus incursos históricos justificativos do presente. E esse reducionismo comum contribui para se

¹⁶⁹ THÜR, Gerhard. **Die Einheit des ‘griechischen Rechts’: Gedanken zum Prozessrecht in den griechischen Poleis**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 8, p. 24, 2005. “Die gedankliche Einheit der römischen Rechtsordnung wurde nicht von einem Gesetzgeber, sondern von der römischen Rechtswissenschaft geschaffen.” [trad. do autor]

divulgarem com naturalidade os enlaces de uma cultura padronizada, vista em bloco, como se vêem correntemente os momentos históricos mais distantes. Trata-se com trivialidade a cultura grega, salvo naturalmente as reflexões mais acuradas e sérias, como um único momento civilizatório, a contrapor-se ou a ser engolido pelos romanos. Isso, por certo, contribui para se construírem mitos, às vezes gravados de grande veracidade, mas outras tantas de certo misticismo, sobre o modo como os gregos cuidavam de suas reflexões morais, jurídicas e o tratamento com as normas.

Não é possível, a não ser que se pretende didaticamente ensinar a cultura grega, retomar os séculos VIII e VII a.C. com a mesma percepção teórica que se retomam os séculos aqui investigados. Tratam-se não apenas de outros tempos, mas, outra forma de *επιστήμη* (valendo-se do método foucaultiano que embasa a reflexão), outras maneiras de configuração do saber e da realidade. Misturar-lhes, em especial na reflexão jurídica, significa imbuir a jusracionalidade de outras variáveis que não operam, nem de longe, o mesmo arcabouço de raciocínio do momento democrático ateniense.

Do mesmo modo, pensar o final do séc. IV. e o próprio século III a.C., às vésperas da cultura helenística, também amarrados à experiência democrática, podem produzir graves erros, e, aqui, sem dúvida, para o campo do direito. Se as imagens religiosas poderiam deturpar naqueles séculos mais distantes a apreciação do fenômeno jurídico, nestes a sua relevância pode confundir as categorias jurídicas apenas gregas. E esse é em parte um problema, como visto acima, de apropriação de institutos romanos e de formações autoritárias no campo político para refletir o mundo ático.

Portanto, o grande conjunto de investigações, de leituras, de bibliografias referenciadas restringe-se aos séculos VI e IV a.C., por significativas razões: a) considerar os gregos sob signo histórico único inevitavelmente traz uma série de erros de interpretação, dadas a diversidade de experimentos históricos pelos quais passaram; b) trata-se de um período peculiar da historiografia ateniense, fundamental para a compreensão das práticas jurídicas; c) recobre um período em que a “experiência jurídica” desdobra-se em práticas e saberes práticos, capazes de sustentar princípios para um “direito constitutivo”; d) evita-se planificar a história, considerando-a naquele eterno contínuo positivista; e) retira a noção de progresso e de evolução, marcando apenas esse período como objetivamente destacado pelas práticas jurídicas, sem recair na comum valorização excessiva da democracia grega para a história ocidental, ao mesmo tempo que a singulariza; f) pela perspectiva das fontes, permite-se manter fiel aos papiros e às

inscrições, sem recair em interpretações do alto medievo. De todas as razões, a que guarda maior relevância é a especialidade da *Δεμοκρατία* (democracia) ateniense. O seu aparecimento e o seu desenvolvimento estão intimamente relacionados ao progresso cultural experimentado pela Grécia antiga.

Surge preliminarmente na *πόλις* (cidade) Iônia,¹⁷⁰ ainda no séc. VII a.C., em virtude dos questionamentos da “classe” de indivíduos que eram excluídos das decisões políticas pela robustez dos privilégios dos aristocratas. Seu movimento se funde à consciência e às ambições políticas dos *δέμοι* (povoados), sem deixar naturalmente em segundo plano o aspecto do realce econômico desejado. Tal os *Ὀθίματες* (aristocratas gregos), que nos séculos anteriores houveram se insurgido contra o poder dos *βασίλεις* (nobres monárquicos), o processo revolucionário que leva à sustentação dos princípios democráticos tem raiz semelhante, ao menos o espírito de questionamento pode ser colocado no mesmo patamar de investigação. A necessidade de fazer da *ἐλευτερία* (liberdade) o seu caminho de vida, do mesmo modo como os aristocratas sustentaram os seus ordenamentos contra a demagogia tirânica e contra a oligarquia impressa por alguns nobres, está na base do século que se segue.

Espraiando-se as diversas cidades pela conquista da península, bem como se fundindo à população mais antiga, num momento em que os poderes militares já estavam se arrefecendo, muitos já regressavam definitivamente da Ásia, e o ambiente interno lograva espaço singular no espírito da população, os gregos passavam a desenvolver um recíproco e freqüente relacionamento espacial, essencial para que a conquista se voltasse contra si mesmo, num objetivo específico: o alargamento da liberdade reprimida pelos aristocratas. Se os aristocratas permitiram noutros tempos a inseminação de comerciantes orientais na nobilidade dos *βασίλεις* (nobre herdeiros), permitindo a quebra da subserviência, sem a invasão efetiva de estrangeiros militares, o povo refletiva o seu lugar

¹⁷⁰ Apesar das possíveis críticas que se possam fazer, especialmente pelo método arqueogenealógico escolhido nesta pesquisa, as reflexões pontuais que seguem a partir de agora foram recolhidas, basicamente, em duas obras historiográficas, uma moderna de ΜΕΝΔΟΝΗ, Λίνα Γ. *Ἡ αρχαϊκή Ελλάδα (7^{ος} και 6^{ος} αι. π.Χ.)*. Ελληνική Ιστορία (Μιχαήλ Σακελλαρίου, Χρύσα Μαλτέζου και Αλέξανδρος Ι. Δεσποτόπουλος). Αθήνα: Εκδοτική Αθήνων, σσ. 78, 2007, e, outra clássica, de MEYER, Eduard. *Geschicht des Altertums: die ältesten geschichtlichen Völker und Kulturen*. 2. Ausgabe. Essen: Mundus Verlag, 2000 (especialmente nos volumes 6 – *Das attische Reich und die attische Kultur*, e, 7 – *Der Ausgang der griechischen Geschichte*). A matriz, de ambos os autores é nitidamente continuísta e linear. Lina Mendoni, Professora de Arqueologia na Universidade de Atenas e do Ministério da Cultura Grego, e Eduard Meyer, historiador germânico herdeiro de Rank. De qualquer modo, o que se retoma aqui não é propriamente a história do direito grego, mas apenas uma história factual, para delimitar o campo de análise, ao que cumpre o recurso ao positivismo historiográfico.

como *ἐλευτέρος* (livre), do mesmo modo intrínseco, numa revolução centrípeta, muito distinta da que o mundo moderno ocidental experimentaria muitos séculos mais tardes.

Nesse processo, em que da Ásia e da remota Ibéria vinham pelas práticas comerciais (herança fenícia) a diversidade religiosa, a pluralidade de procedimentos industriais e uma nova colocação da vida econômica e da política colonial, os estados iônicos, eólicos e dóricos, os mais fortes naquele momento, mostram-se como um palco fervoroso para o surgimento dessa nova espécie de “civilidade”. Se o comércio havia sido a saída para a infertilidade do solo, dos constantes terremotos, e das invasões setentrionais, por outro lado, ele se tornava a grande porta de entrada de novas experiências. A tradição da civilidade micênica, oriunda da herança minóica, esfacelavam-se diante da pululante variedade que vinha com as relações comerciais e mesmo com as mudanças bruscas operadas pelas invasões. Se estas foram o epicentro sobre o qual se basearam os aristocratas no século anterior, no séc. VII e VI a.C., acrescentou-se a prática comercial, pulverizando a rigidez cultural e os pilares sociais. Nesse sentido, as relações classistas também se esfacelaram, seja porque muitos ascenderam, seja porque a miscigenação com o estrangeiro diversificou o cânone social.

Salvo Esparta e Creta, cujas armas se sobressaíam às revoltas populares,¹⁷¹ de um modo geral o estrangeiro se misturou ao grego, numa luta biológica entre vencedores e vencidos. A geografia humana se diversificava, e naturalmente novos esquemas culturais se processavam. A saída encontrada, neste momento, foi o amálgama produzido pela autoridade dos sacerdotes, cuja função acabava, dentre outras, sendo primorosa como elemento de adesão a normas universalmente reconhecidas e validadas pelo elemento religioso. Cumpria ao Oráculo de Delfos,¹⁷² na regência sacra de Apolo Pítio, a organização suprema da vida política e social dos gregos, bem como dos efeitos diplomáticos perante outros povos. O poder sacerdotal de Apolo permitia a unificação dos *δῆμοι* (povoados), e alargava um passo necessário para o surgimento do movimento democrático.

Essa idéia, que Platão mais tarde reconheceria, fazia dos cultos o mote de orientações políticas dos aristocratas, porém permitia lentamente que um certo conservadorismo fosse sendo desvelado. O Oráculo deixava de ser o guardião dos augúrios, o elo da miscelânea cultural, e se tornava um empecilho para que a *Δεμοκρατία* (democracia) alavancasse. Esparta continua presa aos sacerdotes, para garantir seus anseios

¹⁷¹ MEYER, Eduard. *Geschicht des Altertums* ..., b. 7, p. 110 e segs.

¹⁷² MEYER, Eduard. *Geschicht des Altertums* ..., b. 6, p. 48, 61 e 66.

hegemônicos sobre a península, as cidades dóricas seguem ainda atreladas ao rei sacerdote, porém Atenas vê o debate entre as diversas tendências religiosas, suas ambições, aspirações e interesses políticos e econômicos, que nascido em Iônia, arraigava-se no mundo ático. Se as lutas dos aristocratas gregos, dentro de suas particularidades, buscaram o conceito de liberdade, o movimento dos *δέμοι* (povoados) substituíam gradualmente os elementos e as interpretações científicas do mundo dadas aos sacerdotes, removendo os obstáculos necessários ao aparecimento das reformas democráticas. Esse processo de evolução política representado pela passagem da monarquia sacra em direção à aristocrática sacerdotal e suas especulações “fisiológicas”, encontra no motor democrático seu último aspecto na fundamentação da liberdade.

Uma ruptura, sobretudo iônica, aparece dentro da própria aristocracia, visto que alguns nobres ainda sustentavam um governo absoluto, procurando reformas constitucionais, e, outros, menos reacionários, garantiam a pulverização do poder nas mãos dos cidadãos, através da criação de instituições como a *βούλη* (assembléia).¹⁷³ A liberdade representava, doravante, o objetivo, o sentido e a essência da *πόλις* (cidade). São os próprios aristocratas, que encaminham as reformas democráticas, garantindo um sistema eletivo dentro das estruturas governamentais, isto porque muitos dentre eles, ora se destacavam, e, ambiciosos, procuravam instituir governos pessoais absolutos, enquanto outros se utilizavam de seu *δέμος* (povoado) de origem, tornando-se seus chefes e galgando espaços de poder. Essa alternância entre “tiranos” e “oligarcas”, se por um lado, mostrava a inexperiência política grega daquele momento, por outro, representava a crise do regime aristocrático, e a sua conseqüente superação por formas mais livres de constituições.

Na base desse questionamento popular,¹⁷⁴ mas, sobretudo, dessa insegurança da própria aristocracia contra alguns dos seus, vocacionados à tirania, nascem as primeiras leis, adiante analisadas, com vistas a evitar excessos, que contrariam a “liberdade constitucional”, e que atentam contra o princípio democrático. A elaboração jurídica, que nesse momento vivenciará a passagem da busca pela segurança jurídica à constituição jurídica dos cidadãos, torna-se um poderoso instrumento para conter o poder ilegítimo dos tiranos, já que a eles lhes faltava o que outrora temiam os *βασίλεις* (nobre herdeiros): a sanção de Zeus. Todavia, como não legou de modo diverso na história ocidental, este ante pasto por certo que foi turbulento, seja pelos mal quanto bem intencionados.

¹⁷³ MEYER, Eduard. *Geschicht des Altertums* ..., b. 6, p. 16 e segs.

¹⁷⁴ MEYER, Eduard. *Geschicht des Altertums* ..., b. 7, p. 130-39.

De um lado havia a tirania, temida por todos, e, de outro, havia os reformadores democráticos vindos da aristocracia, cuja rigidez de comportamentos imposta não deixava outro espaço de liberdade senão tão estreito. Preferia-se a pobreza em uma democracia àquele ‘bem-estar’ do regime despótico ou a servidão tirânica.¹⁷⁵ De qualquer modo, a velha aristocracia, que se enriquecera com as campanhas militares e a invasão dórica, promove lentamente os princípios democráticos, mas ainda se segura no “legalismo delfico” para manter-se no poder. Os sacerdotes do santuário pítico, que guardavam a tradição religiosa já há muito tempo, ao menos dois séculos, faziam de seu legalismo o elemento necessário do legalismo da própria aristocracia, fonte de resistência às infrações, às oligarquias, às tiranias e mesmo ao acesso excessivamente aberto à democracia.

Nesse processo, de avanços e retrocessos, os aristocratas começaram a produzir as primeiras *ἀγραφως νομοί* (leis escritas), vez que eram os depositários e intérpretes dos *Θεμίστεις* (princípios de direito divino), como forma de tornar quase imutável o ordenamento político e social e evitar o retorno ao regime basílico como forma de punição. Assim, atrelando punições divinas e segurança jurídica, a norma começa a aparecer na “experiência jurídica” grega, atrelada ao movimento democrático, muito embora ainda num espaço muito restrito. Por isso, há uma inevitável correlação no surgimento dos primeiros códigos jurídicos entre a substituição dos supremos juízos investidos pela divindade, outrora representado pelos *βασίλεις* (nobre herdeiros) e a concomitante defesa aristocrática contra o deslocamento de seu espaço no tecido social pelas revoltas populares. O próprio Código de Drácon¹⁷⁶ reflete essa primeira fase democrática de resistência aristocrática contra o conservadorismo pítico, e revolta nos *δέμοι* (povoados) e sua conseqüente perda de privilégios, muito embora tenha sido aplicado, pela sua severidade, com maior ênfase nas cidades militarizadas.

Em Atenas, em parte diverso de Iônia, esse movimento de formas políticas mais liberais esteve enlaçado ao desenvolvimento cultural, o que por certo trouxe perspectivas mais arejadas. Todavia, em ambas, o movimento democrático encontra terreno vívido, diversamente de outras regiões, tal Creta e Esparta, cuja estrutura fechada e dotada de rigidez autoritária impediu o seu desenvolvimento, e, naturalmente, fraturou a península grega em estados completamente distintos. Se havia um projeto de unificação grega, por outro há uma força que os distancia, à medida que cidades áticas, por exemplo, não aceitam renunciar a sua superioridade cultural e a sua proeminência política em prol de um

¹⁷⁵ MEYER, Eduard. *Geschicht des Altertums* ..., b. 6, p. 63-64.

¹⁷⁶ MEYER, Eduard. *Geschichte des Altertums* ..., b. 6, p. 378.

movimento apenas territorial. A própria dimensão que a *πόλις* (cidade) ganhara, absorvendo outras cidades menores, não condizia mais com um regime estreito e fechado como o militarismo.

A ação armada espartana acaba sucumbindo lentamente à propaganda de ideais políticos atenienses, e a hegemonia militar cede espaço a uma efetiva e duradoura solidariedade entre os *δῆμοι* (povoados) gregos. Por isso, a política grega na virada do séc. VII ao séc. a meados do V a.C., percorrendo especialmente o período de Temístocles a Demóstenes, é, no fundo, a política de Atenas. A política ateniense representava o berço, assim, da unificação grega, bem como da própria democracia. A ligadura entre os povoados estava no sentir-se culturalmente grego, ideal difundido pelo projeto ateniense. Eis porque Atenas se transforma no grande exemplo da *πόλις* (cidade) grega, a cidade símbolo da democracia.

Nesse ambiente, que já não permitia mais retrocessos políticos, porque representariam retrocessos culturais dos gregos perante seus vizinhos e seus invasores, as reformas começam a se multiplicar, a começar por Sólon, quando todas as classes do *δῆμος* (povoado) puderam participar, por meio da *Ἑλιαία* (espécie de tribunal popular), da administração do estado. Em seguida, vieram Clístenes e Péricles, melhor analisados adiante sob a perspectiva jurídica, que, também vindos da aristocracia, viam nas mudanças a única forma de solidificar Atenas como politicamente mais evoluída e capaz de opor-se à tirania de eventuais invasores. A democracia nasce, portanto, não apenas vinda da aristocracia, mas como um instrumento operado pelos próprios aristocratas para que o povo, participando do poder, pudesse oferecer resistência às armas estrangeiras, em especial Egina, Esparta, Mégara e a liga do peloponeso. As diferenças entre as diversas aristocracias eram desde muito não apenas os seus diversos propósitos, mas suas próprias características, as suas essências.¹⁷⁷

Sólon é o elemento de contraposição ao rígido código draconiano, por isso, procura unir a política e o exército, obrigando os cidadãos atenienses a se militarizarem e se vincularem a partidos políticos, fortalecendo-se contra tiranias estrangeiras ou suscitadas por estrangeiros dentro da própria vida ateniense (a ver-se pelo exemplo de Cílon), ao mesmo tempo que evitava vincular os partidos políticos às classes sociais, e, logo, à particularidade dos interesses econômicos de cada uma. Nesse sentido, a tirania de

¹⁷⁷ ΜΕΝΔΟΝΗ, Λίνα Γ. *Ἡ αρχαϊκή Ελλάδα (7^{ος} και 6^{ος} αι. π.Χ.) ...*, σσ. 78. “Χαρακτηριστικό των αριστοκρατιών οι διαφορές στη σύνθεση τους” [trad. do autor: “As características das aristocracias eram as diferenças de suas próprias sínteses”.]

Pisístrato, que num retrocesso antecedeu a disseminação democrática do séc. VI a.C., não encontrou o apoio necessário (salvo naqueles que se chamavam de “a montanha” em Atenas) para difundir-se, vez que o motor democrático soloniano já se solidificava. Esse episódio de Pisístrato serviu apenas para revigorar e mostrar a força que os princípios democráticos haviam alçado.

Por isso, quando no final do séc. VI a.C., Clístenes propõe a sua reforma política, a grande reforma política, Atenas já era um estado intrínsecamente democrático, internamente coeso e politicamente solidário (lentamente modifica Esparta, e contribui com Iônia para evitar a queda à tirania). O espírito helênico está, portanto, soldado ao espírito democrático é a elaboração da “experiência jurídica”. A noção de política exterior, de interesses políticos internos e dessa relação com o espaço internacional, cuja base única é a democracia, torna-se essencial nas guerras contra os persas, e, mesmo na Guerra do Peloponeso. É ela que assegurará, na luta entre duas cidades hegemônicas, entre duas religiões distintas, a superioridade ateniense. O “ideal espartano”, de uma aristocracia guerreira, de uma comunidade de leis inalteráveis, com rígida definição dos papéis de cada um, sem iniciativa para os indivíduos, subumbe ao “ideal ateniense”, de uma constituição continuamente renovada pela obra dos cidadãos, de uma comunidade que se volta à consciência da liberdade e da cultura.

Em seguida, Efíates no âmbito interno, e nesse e no âmbito externo Péricles, contribuem para soldar por vez os pressupostos da vida democrática. Péricles se torna, tal Clístenes, o outro grande símbolo da democracia. Apesar de uma origem aristocrática vinculada à política temistocleana, desde logo buscou aumentar a hegemonia ateniense, numa concepção mais universal, fazendo da *ἐλευτερία* (liberdade) o axioma, o bem comum que estruturava a *πόλις* (cidade) grega. A política pericleana, como lembraria mais tarde Tucídides, representa, como nenhuma outra, a máxima percepção da formação política dos cidadãos gregos, das formas da vida social e da coesão democrática: “livre se desenvolve a vida política de nossa cidade ... o amor do belo nasce na cultura ... aos outros, pelo contrário, a ignorância dá vigor e a consciência infunde-se em trepidações”¹⁷⁸. A democracia, então efetivamente enraizada, passava a desempenhar uma função pedagógica essencial, a qual vem atrelar-se à *παιδεία* (educação) jurídica do mundo grego, ao vincular a todos à *πόλις* (cidade), à liberdade e à cultura gregas. O período entre Clístenes e

¹⁷⁸ TUCÍDIDES, II, 37, 40 e 41

Péricles, sem dúvida, é o momento de maior vigor da *Δεμοκρατία* (democracia) propriamente dita.

Contudo, os sucessores de Péricles não se preocuparam tanto com a constante educação do povo, e, tampouco, fizeram do ideal democrático o sentido de suas políticas. Com isso, o controle sobre os estados federados vinculados a Atenas começou a se enfraquecer, abrindo espaço para que o projeto autonomista e militar de Esparta voltasse a ganhar adeptos. Os princípios solidários se esvaeciam nas assembleias populares, e o ideal ateniense começava a se modificar perante as outras cidades gregas, visto, doravante, como uma espécie de “tirania”. A falta de uma política bem definida, por exemplo, em Alebíadas, permite que Esparta volte a se aproximar dos persas, e o perigo da oligarquia retornava ao imaginário grego.

A essa crise política, vem associar-se a crise do próprio espírito grego, que há algum tempo recrudescia os seus valores em torno do “individualismo”. É no interior da própria democracia que se fez um campo fértil para que a liberdade individual se transformasse num projeto exclusivo de cada um. Não é por outro motivo que os sofistas aparecem, fazendo pesadas críticas e gravados por um robusto “tecnicismo”. Cabe ao homem, apenas, a resolução dos seus problemas, de acordo com a sua capacidade e a sua força. Aquela velha sanção de Apolo Pítio, que já vinha perdendo sentido, esvaiu-se completamente, e a autoridade oracular perdeu seu sentido com os anseios de desenvolvimento econômico. Por isso, uma espécie de nova “religião” aparece em Atena, sob o signo da exaltação do “princípio da autonomia da *πόλις* (cidade)”. Se, por um lado, a *πόλις* (cidade) foi o palco da democracia, por outro, desabusada, transformava-se no fim do projeto pan-helênico. O individualismo se transforma em “força” pessoal, e arcabouço da violência, na exacerbação das qualidades pessoais, passa a ser o motor do fim do séc. IV a.C.

A política interna, assim como a externa, passa novamente a ser movida pela paixão da violência e da guerra. O individualismo suplanta a solidariedade, alimentando o desejo de predomínio de um único sujeito, ao mesmo tempo que o próprio limite da liberdade dos concidadãos e da nação grega. A *πόλις* (cidade), vista como fundamento religioso, representa nesse momento a expressão do espírito particular no campo internacional e no âmbito do próprio estado ateniense, fazendo da intolerância o valor supremo.

Por isso, quando os ideais liberais pericleanos perderem terreno, Esparta reassume o símbolo grego, e, naturalmente o ambiente econômico se sobrepõe ao cultural, do mesmo

modo que o militar se sobrepõe ao pacifismo civilizatório. As reformas que se seguem, movem as cidades gregas a um “princípio utilitário”, o que transforma o ambiente democrático e pacífico novamente numa espécie de conflito generalizado. O egoísmo fundamentava as relações de sociais, de modo que o convívio público passava a exigir novamente o que há pouco havia sido refutado: uma restauração da autoridade única. Não faltam nesse momento, por certo, filósofos como Senofonte a glorificá-la. A degradação política representa, inevitavelmente, a degradação do próprio espírito grego, e, logo, do homem arcaico.

A necessidade de uma reformulação ética fica clara quando Sócrates é condenado à morte por não apenas ensinar a crítica aos jovens, mas por opor-se à deturpação da democracia ateniense. A base democrática precisava não somente conhecer o que era igual e justo, mas, sobretudo, ser e exercitar-se como justo, o que já não mais existia no terreno da *πόλις* (cidade).¹⁷⁹ A religião da *πόλις* (cidade), que nas mãos dos Trinta condenou Sócrates, vista como princípio normativo da conduta dos indivíduos, o ideal de sabedoria, dispõe-se a sacrificar tudo ao seu próprio interesse, inclusive a sua essência.

Certamente o caminho do regresso foi tortuoso, e, em breves espaços, como na obra de Timoleonte, contra a tirania na Sicília, assim como Demóstenes, com suas origens na política ateniense, buscaram ressuscitar o “ideal pericleano”, e fizeram Platão pensar num mundo ideal, cuja *πόλις* (cidade) revivesse seu verdadeiro sentido, ainda que fosse preciso um certo temperamento “antidemocrático”. A democracia ateniense ruía vertiginosamente, e a doutrina socrática da “autonomia moral” perdeu a sua virtude, e seu conhecimento entre o “bem e o mal” sucumbira à religião da *πόλις* (cidade). A “democracia de Trasíbulo” sacramenta o fim do liberalismo ateniense, e permite que o século III a.C. nasça destruindo o sentido de *Δεμοκρατία* (democracia).

A palavra *Δεμοκρατία* (democracia), que por cerca de dois séculos ao menos não havia na Grécia, e seu suporte teórico ficava por conta do campo restrito da *ἰσονομία* (igualdade da lei), mais próxima do âmbito divino. Há usualmente uma tradução um pouco equivocada do que se fez da palavra *Δεμοκρατία* (democracia). No grego clássico, *Δεμοκρατία* (democracia) vem de *πάν* (todo), *δῆμος* (clãs, povos) e *κρατός, κρατία* (aquilo se se segura, poder, estado), logo, o estado dos clãs, o poder dos clãs, e não o governo igual para todos. Há muita confusão, seja por força de tradução, seja por força de se apropriar de

¹⁷⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, I, 5, b, 6.

conceitos contemporâneos, que se diz ser a democracia o poder do povo.¹⁸⁰ Porém, há que se ter em vista que o conceito era outro, mesmo na origem da palavra. O conceito político desde logo acendeu pelo espaço dados aos *δέμοι* (agrupamentos). É neste contexto histórico democrático, muito específico, que convém debruçar a pesquisa sobre a “experiência normativa” grega.

¹⁸⁰ Sobre essa diferença radical, afirma Böckenförde: “Diese demokratia war eine Herrschaft und Selbstregierung männlicher Bürger, die nur einen Teil der erwachsenen Einwohner umfaßten. Die Realisierung ihrer politischen Selbstregierung war Von dem Vorhandesein Von Sklaven nicht abhängig, wurde dadurch aber nicht unerheblich gefördert; zudem beruhte sie auf der rechtlichen und politischen Unmündigkeit der Frauen – beides übrigens Gegebenheiten, die in vergleichbarer Weise auch die Demokratie in dem USA jedenfalls bis 1865 bestimmten.” [trad. do autor: “Esta *democratia* era a autoridade e o autogoverno de cidadãos masculinos, o que compreendia apenas uma parte dos habitantes adultos. A concretização desse autogoverno político não era dependente da existência de escravos, mas foi por ela fomentado de maneira significativa. Ademais, fundava-se na incapacidade legal e política das mulheres – de modo comprável, a propósito, ambos os fatores moldaram também, pelo menos até 1865, a democracia nos EUA.”]. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Geschichte der Rechts-und Staatsphilosophie: Antike und Mittelalter**. 2 Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 29.

B – FUNDAMENTAÇÃO: A jusexperiência grega antiga

CAPÍTULO I – A juridicidade entre os gregos

1. Os contornos do “jurídico”

1.1. A semasiologia clássica do problema jurídico e a formação do pré-direito

A partir das hipóteses levantadas, sintetizadas na possibilidade de sustentação de um “direito constitutivo” a partir da jusexperiência clássica, convém, doravante, investigar essa peculiar forma de percepção do fenômeno jurídico que os gregos tinham, o modo como trabalhavam os principais temas de âmbito material e processual, a maneira como racionalizavam o direito, como trabalhavam com as normas e como compreendiam essencialmente o próprio “direito”.

Contudo, a indagação sobre o fenômeno jurídico, guardadas as suas singularidades dentro do pensamento antigo, pressupõe a reflexão a partir da noção de “experiência jurídica”, antes mesmo da compreensão de um sistema ou de um ordenamento jurídico. Ler os gregos como se lê os romanos, além de causar o desconforto teórico anteriormente levantado (tal fizeram Mitteis, Lipsius e Beauchet), também conduz a um erro inescusável sob a perspectiva ontológica, à medida que os gregos compreendiam o fenômeno jurídico de modo diverso da racionalidade ocidental herdada. Assim, partindo da noção de um direito vivenciado e dialogado, a chave de investigação não pode ser uma categoria fechada e absoluta, ou o legado do tipo-ideal weberiano, mas uma forma mais porosa, que pode ser resumida ao conceito de “experiência jurídica”.

O *Idealtipe* (tipo ideal) trabalhado por Weber em 1904,¹⁸¹ e que serve, em grande parte até hoje, para os estudos no campo da objetividade das ciências sociais enquanto método, embora naturalmente importante, traz algumas dificuldades quando o propósito é refletir os gregos. Esta estrutura weberiana é uma espécie de ferramenta intelectual capaz de reduzir as complexidades do mundo real. Em sendo um artifício intelectual, Weber

¹⁸¹ Análise sintética trabalhada a partir de: WEBER, Max. **Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis**. In.: Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. (Hrsg. Winckelmann, J.) Tübingen: J. C. Mohr-Paul Siebeck, p. 146-214, 1982.

acredita que nenhum sistema científico está apto a reconhecer e reproduzir, em sua integralidade, a diversidade dos fenômenos humanos.

Isto implica sustentar que o *Idealtipe* (tipo ideal) é uma forma peculiar de abstração da realidade concreta, que visa a fugir de um dilema fundamental e do qual Weber tinha perfeita noção: generalizações excessivas, se, por um lado, permitem o reconhecimento global e o encadeamento dos conceitos, por outro, impede o reconhecimento de particularidades que distinguem os objetos substanciais. Do mesmo modo, leituras particulares, sobretudo feitas pelos historiadores, se bem explicam as categorias, por outro impedem eventual comparação.

Por essa razão, e, procurando encontrar um método, tal fizera Durkheim com o *fait social* (fato social), Weber elabora este instrumento do *Idealtipe* (tipo ideal) para que ele configure uma forma de construção analítica a ser operada pelo investigador como uma ferramenta para desvendar similitudes e diferenças nos casos concretos. É, portanto, uma forma de valorização de um dado fenômeno desde um ponto de vista, tendo os demais como uma forma de síntese da variabilidade material.

Há, certamente, uma nítida matriz positivista, à medida que a redução da complexidade numa categoria de análise comporta destacar, inevitavelmente, uma generalização que em grande parte não confere com a realidade. Por isso o *Idealtipe* (tipo ideal) é uma forma de acentuar uma ação, uma direção de condutas, que serve antes a um método analítico de comparação. É uma forma reducionista de trabalhar com síntese de condutas e fenômenos, tal fizera Weber com o direito, para compará-lo às sociedades primitivas em seu caráter formal e material.

Conquanto Weber não procure construir propriamente uma noção de tipo ideal voltado a compreender os papéis e as ações sociais dos indivíduos, tal farão Talcott Parsons e Robert Merton no funcional-estruturalismo norte-americano de meados do séc. XX, sua leitura se volta às relações que as comunidades experimentam internamente, tentando reconhecer tipos ideais a partir da probabilidade dos seus atores componentes se engajarem, de regra, em ações sociais esperadas.

Naturalmente, ao ser uma estrutura formal e reducionista, de modo algum o *Idealtipe* (tipo ideal) corresponde à realidade, porém consegue dela se destacar, enquanto unidade analítica, formada por correlações precisas e coerentes de argumentos e reflexões, para compreender os fenômenos sociais. Nessa medida, o *Idealtipe* (tipo ideal) é um instrumento que auxilia o investigador a construir hipóteses e as correlacionar com as

condições trazidas pelos fenômenos ou com as conseqüências oriundas do seu acontecimento. Por essa razão, Weber, quando procura compreender as relações entre o surgimento do capitalismo e a ética protestante que destinava os homens ao trabalho, antes de ingressar nos fatos, elabora um *Idealtipe* (tipo ideal) tanto de “capitalismo”, a partir das relações comerciais operadas em evolução à produção agrícola, quanto de “Protestantismo”, com suas características peculiares, nascido na Reforma.

Com isso, Weber pode aproximar ambos os tipos ideais a partir dos acontecimentos materiais que ligaram religião e economia. Uma dupla causalidade que, justamente por ser abstrata, consegue medir as eventuais conexões em direção ou não ao progresso da relação, de modo a esclarecer melhor os elementos empíricos que os correlacionam. Percebe-se, em suma, que a categoria do *Idealtipe* (tipo ideal) acaba por construir categorias históricas unívocas e generalizantes que, certamente, no universo jurídico grego, impede um conhecimento das suas peculiaridades. Emanuel Stolfi, indicando este caminho, acredita que a noção de “experiência” cumpre um papel melhor, sobretudo porque privilegia a pluralidade diacrônica e sincrônica das categorias jurídicas e do fenômeno normativo.¹⁸²

Isto porque, os gregos antigos não conheciam e tampouco interpretavam a palavra *Νομική* (“Direito” ou “Ciência do Direito”) no mesmo sentido contemporaneamente adotado. A limitação da origem, a “imaturidade” científica do conhecimento e mesmo o esboço do vocabulário escrito na recém gramática criada, desde logo impõem derivações necessárias na compreensão da palavra clássica. Haveria uma grande dificuldade em encontrar entre os antigos, sobretudo entre os gregos, uma noção próxima à de “jurista” ou mesmo à de “direito” tal como o mundo contemporâneo, e desde a formação que o estado moderno e a sua correlata burocracia estatal reservam em seu plexo de definições. A ausência da jurisdição (ao menos como foi desvendada por Chiovenda),¹⁸³ do monopólio exclusivo da violência, das personalidades jurídicas estritas, do lugar específico da realização da justiça, da positivação dos princípios gerais do direito etc., tornam, de certo modo, complicadas todas as aproximações dos olhares presentes ao mundo de herança micênica.

Os gregos dispõem de um vasto léxico para designar práticas específicas: ora de vocábulos vagos para o direito, confundidos com suas realizações, como uma *τέχνη* (técnica, arte do bem fazer), ora uma *πρᾶξις* (prática), uma *θεορία* (teoria), *προαίρεσις* (uma decisão debatida), ora a *δίκη* (justiça), a *ἐπιείκεια* (equidade), *διακαιοπράγμα* (a prática do

¹⁸² STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio dei diritti greci...*, p. 18.

¹⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 293.

justo), a *ἰσονομία* (isonomia), a *δικαιοσύνη* (justiça virtuosa), e de igual modo para o jurista, ora por suas pessoas específicas, os *λογογράφος* (orador), *δίκαστης* (juíz), *ρέτορ* (retórico), *νομοθέτης* (legislador), ora por todas as pessoas que estavam afeitas às normas: *νομικός* (“jurista”).

Diante dessa semântica tão vasta, não se pode dizer, propriamente, que o grego antigo conhecesse uma palavra correspondente ao que hoje se chama “direito”, o que, também, não significa que não houvesse, ainda que vagamente, um vocábulo capaz de singularizar essa forma de experiência da vida humana. Palavras como *νόμος*, *θέσμος*, e *ψήφισμα*, adiante investigadas, apenas demonstram, no curso lingüístico, a presença constante da reflexão sobre o direito. Não convém acreditar, naturalmente, que apenas os romanos a compreendiam pelo termo *ius* (direito), como se difundiu na história do pensamento burguês ocidental pós-baixo medievo. Quando *φιλόσοφοι* (filósofos) e *λογογράφοι* (oradores) discursavam publicamente, sobretudo nos tribunais, e faziam menção à palavra *Νόμος* (Lei), não estavam se referindo às diversas fontes de direito – precedentes jurisprudenciais, costumes, equidade, decretos, interpretações dos juristas etc. –, mas, sim, de um ponto de vista estritamente jurídico, à Norma grega, como um conjunto de *νόμοι* (normas) que construíam a *πόλις* (cidade).

O modo como os autores contemporâneos procuram investigar o fenômeno jurídico grego depende muito da sua própria origem. Autores como Ugo Paoli, Arnaldo Biscardi, Remo Martini¹⁸⁴ etc., de matrizes civilísticas e constitucionalistas privilegiam a apreensão do direito grego a partir das “normas”, especialmente das leis que de algum modo chegaram pela civilização helenística – sobretudo pelos manuscritos alexandrinos – e pelos copistas a até hoje. As leis entabuladas nas orações e nas telas epigráficas¹⁸⁵. Outros, de formação do *common law*, tal Stephen Todd e Douglas MacDowell, optam pela percepção

¹⁸⁴ MARTINI, Remo. *Diritti greci* ..., p. 11 e segs.

¹⁸⁵ Sobre o acesso direto às leis gregas através das inscrições, convém consultar, dentre outros autores, as seguintes compilações que neste trabalho foram acessadas: DITTENBERGER, W. *Silloge inscriptionum graecarum*, I-IV. Leipzig, 1915-24; ERXLEBEN, E.; HALLOF, K.; JEFFERY, L.; LEWIS, D. *Inscriptiones graecae*, I, I-3. Novi Eboraci, 1981-98.; KERN, O. *Inchriften von Magnesia am Mäander*. Berlin, 1990.; KIRCHNER, A. *Inscriptiones graecae II-III (I,2)*. Berolini, 1913.; _____. *Inscriptiones atticae euclidis anno posteriores*, I, 2. Beronili, 1916.; KÖRNER, R. *Inchriftliche Gesetzestexte der frühen griechischen polis*. Köln-Weimar: Böhlau Verlag, 1993; LEWIS, D.; MEIGGS, R. *A selection of greek historical inscriptions to the end of the fifth century b.C.* 2 ed. Oxford: Oxford Press University, 1992.; RHODES, P. J. *Greek historical inscriptions, 359-323 b.C.* Oxford: Oxford University Press, 1972 (ver. 1986); _____. *The decrees of the greek states*. Oxford: Oxford University Press, 1997.; _____. OSBORNE, R. *Greek historical inscriptions, 404-323 b.C.* Oxford: Oxford University Press, 2003. Porém, é possível também o acesso indireto através dos seguintes autores: ARNAOUTOGLU, Ilias. *Ancient greek law: a sourcebook*. New York: Routledge, 1998; GIRARD, Paul Frédéric. *Textes de droit romain*. 3 ed. Org. Paul Frédéric Girard. Paris: Arthur Rousseau, 1903, p. 9-23.; HARRINSON, A. R. W. *The law of Athens*. v. 1 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

do jurídico greco-clássico como “expressão judiciária”, a partir dos precedentes judiciais. Para esses autores, as decisões dos tribunais são a base.¹⁸⁶

Essa diferença de apreensão do fenómeno jurídico certamente tem importantes reflexões. Dentre tantos, um dos efeitos mais característicos seria a flexibilidade que o seu conteúdo ganha nas mãos judiciais, de modo a confundir-se muitas vezes o direito à justiça, à prática do justo, à equidade etc. Naturalmente essa é umas das críticas feitas pelos seus não-seguidores, os quais afirmam que o acesso técnico e preciso ao direito grego fica esfumado, à medida que as decisões judiciais eram votadas em escrutínio secreto e, normalmente, a sua motivação inexistente.¹⁸⁷

Uma possível noção de direito, ou melhor, de “experiência jurídica” só começa a aparecer propriamente dita com as reformas do séc. VI a.C., quando a democracia lentamente começa a se impor e a noção de νόμος (norma) vai ganhando contornos mais definidos. De qualquer modo, não há como deixar de reconhecer que na Grécia já havia, desde tempos anteriores à democracia, um emaranhado de normas e formas de percepção de comportamentos sociais que se singularizavam enquanto “jurídico”. Esta tese foi posta pelo sociólogo-filólogo e grecista Louis Gernet em 1937, num destacado ensaio intitulado *Sur la notion de jugement en droit grec*,¹⁸⁸ quando, retornando aos tempos homéricos, afirmou a existência de um “pré-direito”. Este momento, que vai basicamente do séc. VIII a.C. até meados do séc. VI a.C., deixou algumas linhas de formação jurídica, fundamentais para a compreensão da experiência democrática, que convém aqui serem colhidas.

Gernet definia o “pré-direito” seria um conjunto de forças que obrigavam os gregos (em especial do período homérico) a um dado comportamento, mesmo quando inexistia um estado ou uma cidade capaz de valer-se da força para a consecução de tal fim. A partir da análise dos mitos, o jussociólogo procura singularizar alguns ambientes em que este conjunto de forças se manifestava. No mais importante, estava o universo interfamiliar, regido pelo princípio das “doações hospitaleiras”¹⁸⁹, isto é, a ξενία (hospitalidade) era uma máxima que coordenava os homens, em especial, na relação entre o estrangeiro e

¹⁸⁶ Ver nesse sentido, especialmente, RUBINSTEIN, Lene. **Litigation and cooperation: supporting speaker in the courts of classical Athens**. Stuttgart: Steiner, 2000.; TODD, S. C. **The shape of athenian law**. New York: Oxford Clarendon Press, 1984.; WORTHINGTON, Ian. **Persuasion: greek rhetoric in action**. London: Routledge, 1994.

¹⁸⁷ COHEN, David. **Late sources and the ‘reconstruction’ of greek legal institutions**. In.: Symposium 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 283-296, juni. 1988.

¹⁸⁸ GERNET, Louis. **Sur la notion de jugement en droit grec**. In.: *Droit et Société dans la Grèce Ancienne*. Paris: Sirey, p. 61-81, 1955.

¹⁸⁹ CANTARELLA, Eva. **Diritto greco...**, p. 20.

doméstico. Cumpria ao dono da *oikos* (casa) receber o estrangeiro e lhe oferecer as “doações hospitaleiras”, baseado numa reciprocidade, de modo que no futuro, as mesmas doações deveriam ser devolvidas. Esta troca sustentava as relações comerciais então incipientes, de modo a garantir a circulação de riquezas. Este seria um princípio de conteúdo normativo, que orientava a sociedade homérica. A força deste conteúdo normativo era tão viva, que muitas vezes, o fato de haver sido dado anteriormente uma *ξενία* (hospitalidade) poderia chegar a sobrepor-se aos interesses diplomáticos ou a própria guerra, como destaca o personagem Deomedes da *Ilíada* contra o herói Glauco.¹⁹⁰

Ao lado desta primeira experiência normativa de âmbito social, atrela-se no período pré-clássico, como se verá em breve, outra forma de experiência, que é aquela marcada pela *θέσμος* (norma), caracterizada por um jogo mítico e religioso, que se manifesta por gestos, cores, palavras etc. A idéia de Gernet¹⁹¹ é que os números, a terra, o vinho, o sangue, o modo de agir e de falar, a música produzem e induzem comportamentos, de modo a experimentar um conteúdo impositivo, e, por consequência, normativo. Cantarella resgata a estória mítica de Charila, uma menina que, com outros habitantes, foi a Delfos num período de intensa fome, pedir comida ao rei. O rei, então, não apenas não escutou como a agrediu com uma sandália, matando-a. Deste então, narra o mito que de oito em oito anos na montanha se celebrava uma festa em seu nome como forma “castigo”, de “expição”.¹⁹² Esta experiência mostra haver um conteúdo normativo em algo distinto que modernamente se resumiu à norma. As práticas e as orações mostram que o recurso às *ἄραι* (maldições) como forma de sanção trazem o berço da “palavra-sanção”, da sanção-mágica, e, portanto, do normativo no pré-direito.

Acrescenta-se neste conteúdo de *θέσμος* (norma), de *ἄραι* (maldições) os jogos que existiam neste período arcaico e que revelam um possível pré-direito. O exercício das partidas e das corridas era uma forma de enaltecer o vencedor, e, neste contexto, usar o prêmio individual da vitória como um juízo que imprimia conduta nos outros homens. A idéia do exemplo a ser seguido, do respeito dado pela coletividade, imprime um elemento jurídico. Vencer, ainda que ambiente atlético, é buscar não apenas o resultado pessoal, ou

¹⁹⁰ HOMERO, *Ilíada*, 6, 226-231.

¹⁹¹ Embora a idéia original de Gernet tenha aparecido em 1955 naquele texto referido, ela foi mais bem trabalhada em seu último ensaio (que aqui servirá de base), intitulado *Droit et Institutions en Grèce Antique*, que surgiu pela primeira vez em 1968 sob o título *Anthropologie de la Grèce Antique*, porém republicado, junto com outros ensaios no volume: GERNET, Louis. **Droit et institutions en Grèce antique**. 2 ed. Paris: Flammarion, 1982 (o qual foi aqui consultado).

¹⁹² CANTARELLA, Eva. **I supplizi capitali in Grecia e a Roma: origini e fusioni della pena di morte nell'antichità classica**. Milano: Biblioteca Universitaria Rizzoli, 1991, p. 21 e segs.

de aceitação coletiva, mas uma forma de construir um exemplo, de realizar o que é justo. a derrota se atrela a uma noção de “cultura de *αἰδώς* (vergonha)”, como se verá adiante. Cantarella correlaciona esta idéia ao aparecimento dos processos, visto como uma perseguição do jogo, e, nessa medida, de um ideal a ser aceito por todos.¹⁹³ À medida que no período democrático os tribunais passam a se valer do argumento como prova, fica claro que o jogo e o seu resultado precisam ser aceitos socialmente.¹⁹⁴

Estas reflexões bem demonstram que, apesar de não ser possível se aproximar deste período homérico com olhos já ditos “modernos” na época clássica, e, portanto, buscar encontrar categorias jurídicas, como a democracia ateniense criará, há de uma maneira diversa normas que expressam um conteúdo normativo, muito embora às vezes mais pareçam “técnicas mágicas” do que normas propriamente ditas.

A passagem do pré-direito ao direito, toca inevitavelmente no debate da virada do séc. VI ao séc. V a.C. em torno da necessidade, sobretudo sofística, de distinguir o novo conteúdo normativo, o *νόμος* (norma) da força intrínseca da *φύσις* (natureza), e, conseqüentemente, do seu diálogo com as normas morais e religiosas. Gernet chega a sustentar numa possível “revolução”¹⁹⁵ que se opera naquele momento, em que a justiça humana sucedia, embora não completamente, a dos deuses. Para ver essa “revolução”, Gernet analisa a *Ορέστεια* (Oréstia) de Ésquilo, estória em trilogia de *Αγαμέμνων* (Agamenon), *Χοηφόροι* (Céforas) e *Ευμενίδες* (Eumênides), que, em poucas linhas, representa o trágico incidente de Oreste que mata a sua mãe, sendo julgado por um tribunal,¹⁹⁶ e procura mostrar no julgamento das Eríneas o fim do pré-direito e o encontro com o direito não preso à causalidade, nem ao universo teológico-cósmico.

A passagem do pré-direito ao direito representa o conflito da norma humana com a natureza, de modo que a “palavra mítica”, de forte cunho moral e religioso, transforma-se

¹⁹³ CANTARELLA, Eva. **Diritto greco...**, p. 24-25.

¹⁹⁴ Embora a idéia original de Gernet tenha aparecido em 1955 naquele texto referido, ela foi mais bem trabalhada em seu último ensaio (que aqui servirá de base), intitulado *Droit et Institutions en Grèce Antique*, que apareceu pela primeira vez em 1968 sob o título *Anthropologie de la Grèce Antique*, porém republicado, junto com outros ensaios no volume: GERNET, Louis. **Droit et institutions en Grèce antique**. 2 ed. Paris: Flammarion, 1982. Ver, ainda neste sentido: GAGARIN, Michael. **Early greek law**. New York: University of California Press, 1989.; _____. **Early greek law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 82-94, 2005.; e THÜR, Gerhard. **Oath and dispute settlement in ancient greek law**. In.: Greek law in its political setting: justifications not Justice. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 57-72, 1996.

¹⁹⁵ GERNET, Louis. **Droit et institutions en Grèce antique** ..., p. 100. “En un court dialogue, ce sont deux pensées qui s’affrontent et une révolution qui apparaît.” [trad. do autor: “Num curto diálogo, são dois pensamento que se contrapõem e uma revolução que aparece.”]

¹⁹⁶ Para uma compreensão mais detalhada da Oréstia de Ésquilo e sua importância para a invenção do conceito de justiça humana, ver: OST, François. **Raconter la loi: aux sources de l’imaginaire juridique**. Paris: Odile Jacob, 2004, p. 91-151.

na “palavra dialogada”, razão pela qual os argumentos se robustecem e a justificação da decisão se torna um imperativo. No entanto, essa mudança brusca não faz os arcaicos temas serem plenamente abandonados, de modo que, se não há mais oráculos, melecências, sermões, ordálias e nem augúrios, o seu conteúdo é integrado e “civilizado” num novo complexo de justiça que domestica o estrangeiro.¹⁹⁷

1.2. O aparecimento do *Nóμος* e a questão *Nóμος* versus *Φύσις*

Discutida a complexidade da própria abordagem clássica do “problema jurídico”, e estabelecido como ponto de partida para a reflexão a noção de “experiência jurídica”, convém, a partir de agora, sob uma perspectiva filosófica, o que significa dizer, sob uma digressão em torno do conceito de “Lei” e não das “leis” gregas, como feito num momento posterior, perscrutar o modo como os antigos perceberam o surgimento da “norma”, e como estabeleceram, à época originalmente, a sua própria fundamentação. Isto descola a reflexão para o campo inevitável do “contrato social”.¹⁹⁸

A cultura jurídica grega, conquanto longe da sistematicidade demonstrada pelos romanos, presenciou o aparecimento da “lei” no sentido jurídico-político, criando um novo espaço institucional nas relações interpessoais. É com a experiência normativa desenvolvida a partir do séc. VI a.C. que a lei nasce entre os gregos como produto de uma convenção humana ou dos costumes, e não apenas, como o era no mundo judaico, de uma revelação divina. A politização social e estrutural da *πόλις* (cidade) trouxe consigo a laicização da norma jurídica, colocando-a no campo do consentimento originário.

A norma se torna objeto de orgulho entre os gregos, à medida que lentamente começam a definir suas condutas no espaço público a partir da obediência à lei. Como fundamento de oposição à anarquia e à desordem, expurgando a violência do contato pessoal, a selvageria da ausência de uma *νόμος* (norma) é o símbolo que os diverge, naquele momento crucial, dos Persas. Não é por acaso que as expressões escritas e artísticas rondam o campo normativo. Dizia com a sua própria definição enquanto grego. Como sustenta Romilly, os gregos eram demasiado filósofos (*trop philosophes*) para que a

¹⁹⁷ OST, François. **Raconter la loi ...**, p. 84.

¹⁹⁸ A reflexão, a partir de agora, segue, ao menos do ponto de vista filosófico, salvo algumas outras leituras, a percepção da destacada grecista Jacqueline de Romilly, elaborada no livro ROMILLY, Jacqueline de. **La loi dans la pensée grecque: de origines à Aristote**. 2 ed. Paris: Les Belles Lettres, 2002, 265p.

análise das normas não fosse antes a reflexão de sua própria natureza, de seus fundamentos e de seu papel diante das questões metafísicas e éticas.¹⁹⁹

A lei se desvela na antiga vida ateniense à medida que se distancia e se especializa diante de outras tantas “regras”. Os fatos e o próprio vocabulário ateniense transformam-se, tornando-se cotidianos e intermediando grande parte das experiências vividas pelos cidadãos. O que outrora esteve nas mãos dos reis ou mesmo no interior das grandes famílias, de forte cunho oracular, vulgariza-se lentamente e começa a ocupar um lugar específico e não difuso, um lugar fundamentado e não vago, cuja autoridade não permite mais ser evocada a todo instante, ao contrário do período homérico. A “descoberta da lei”, num sentido crítico de Romilly,²⁰⁰ está intimamente ligado à expansão colonial e à proliferação da πόλις (cidade) no final do séc. VIII a.C. e início do séc. VII a.C.

A πόλις (cidade) aparece, apesar de uma certa falta de referência acadêmica, quando os usos comuns e o desenvolvimento das “coisas próprias” passaram a ser refletidos coletivamente e a serem catalogados, ainda que informalmente, no imaginário ateniense. Semelhante processo, porém mais ritualizado, será observado na tradução dos costumes e seu processo homologatório às vésperas das revoluções do séc. XVIII na Europa. Permite-se, assim, nas cidades a retenção dos costumes e a organização espacial dos cidadãos, bem como a própria convivência social.²⁰¹ É nesse exato momento, como visto outrora na delimitação da democracia, que a monarquia é substituída pela aristocracia, e um incipiente, porém robusto início de pulverização do poder normativo começa a aparecer. Concomitantemente, vem agregar-se a necessidade de que as regras sociais passassem a ser fixadas coletivamente, eis porque a origem da Νόμος (Lei) não é outra senão fruto do acesso dos cidadãos à “vida política”.

Se a Νόμος (Lei) aparece atrelado ao fenômeno político, outra força vem contribuir, que é a difusão da escrita, outrora restrita ao campo religioso e as mais das vezes pictórico. Por isso, as νόμοι (normas) se tornam a chave indispensável para fixar a emancipação política, e evitar a tradição da velha monarquia ateniense e seus resquícios autoritários. A própria condição da δημοκρατία (democracia), e sua forma primitiva da igualdade, que subsumia ricos e pobres a um mesmo denominador, não poderia ter se fundado senão na escritura política das leis.²⁰² Escritas, tornam-se também o próprio instrumento da política.

¹⁹⁹ ROMILLY, Jacqueline de. **La loi dans la pensée grecque: de origines à Aristote**. 2 ed. Paris: Les Belles Lettres, 2002, p. 1.

²⁰⁰ ROMILLY, Jacqueline de. **La loi dans la ...**, p. 9-24.

²⁰¹ PLATÃO, **As leis**, III, 681, b e c.

²⁰² EURÍPEDES, **Suplicantes**, 432.

Por isso, inúmeros νομοθέτης (legisladores) aparecerem, e iniciam o seu processo de construir a πόλις (cidade) pela lei. Exemplo maior é Licurgo, que pela ρέτρα (lei geral), espécie de constituição, regula Esparta ainda no início do séc. VIII a.C, porém outros se destacaram: Zaleucos, legislador de Locres, e Charondas, legislador de Charondas, por volta do início do séc. VII a.C., e, sobretudo em Atenas, Dracon e Sólon nos sécs. VII a.C. e VI a.C., respectivamente.²⁰³ É, portanto, no desdobramento da democracia que a νόμος (norma) deixa de ser mera expressão divina, de princípios universais, ou sanções específicas de cunho eminentemente moral, para se transformar, devidamente fundamentada no debate coletivo, na autoridade democrática em regular os aspectos da vida privada e pública, sem o laço tirânico de um ou de poucos.²⁰⁴

Carl Schmitt avança a leitura política de νόμος (norma) para um outro campo, mais próximo de uma noção econômica.²⁰⁵ Para o autor, a origem da palavra νόμος (norma) vem de νέμειν e está correlacionada a idéia de ação, de processo, e, logo, de “apropriação”. Tal λέγειν (discursar, falar) está para λόγος (discurso, palavra, razão) e τρέπειν (virar) está para τρόπος (mudança de frase), νέμειν (apropriar-se) está para νόμος (apropriação).²⁰⁶ Daí se extrai, para Schmitt a primeira definição de νόμος (norma) como “apropriação”. O verbo νέμειν (apropriar-se) teria ecoado na germanística para nehmen (pegar). A segunda origem estaria noutro sentido do verbo νέμειν, que, ao invés de ser o ato de se apropriar seria o mesmo que teilen (distribuir, dividir), ou seja, a ação e o processo de distribuição. O berço do substantivo Ur-teil (julgamento). Assim, νόμος (distribuição) representa o fenômeno de distribuir a cada um, a divisio primaeva. Um ato essencialmente soberano, de modo que a νόμος é a distribuição definida como justa, dividindo a cada homem o que é seu. Por fim, a terceira origem estaria relacionada ao verbo weiden (pastar). Apenas o proprietário é que pode valer-se do pasto. É atributo de quem tem a terra e se relaciona, por fim, à noção de produção, de uso, de pasto. O νόμος (norma) ganha, portanto, uma abrangência de “produção”, pois aquele que se apropriou, obteve a terra e então a faz produzir, age de acordo com o νόμος (norma).

²⁰³ ROMILLY, Jacqueline de. *La loi dans la ...*, p. 12.

²⁰⁴ Avançando nesta leitura, têm-se: ROMILLY, Jacqueline de. *La loi dans la ...*, p. 12 e segs.; e, POHLENZ, Max. *Nomos und Physis*. In.: Hermes, v. 81, n. 4, p. 418-438, 1953.

²⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Der Nomos der Erde im Volkerecht des Jus Publicum Europaeum*. 2. auf. Berlin: Dunker und Humblot, 1974. E SCHMITT, Carl. *Nehmen/Teilen/Weiden: Ein Versuch, die Grund-fragen jeder Sozial-und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen*. In.: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Vassungslehre*, 2. auf. Berlin: Dunker & Humblot, 1973, p. 489-501.

²⁰⁶ E SCHMITT, Carl. *Nehmen/Teilen/Weiden: Ein Versuch, die Grund-fragen jeder Sozial-und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen*. In.: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Vassungslehre*, 2. auf. Berlin: Dunker & Humblot, 1973, p. 490-491.

Há, portanto, uma intrínseca relação para Schmitt (o que talvez possa ser criticado, haja vista que não há traços evidentes de que essa correlação exista, senão numa leitura politizada) entre apropriação, distribuição e produção. A ordem dos fatores, segundo Schmitt, depende da interpretação feita pela ciência jurídica e política ao longo dos séculos. Para ele, primeiro há apropriação, em seguida a divisão numa ordem econômica e social, e, por fim, a distribuição da terra e sua produção. Tal ordem teria sido distinta para a era antiga, se comparada ao liberalismo, ao império britânico, ao pensamento leninista, ao socialismo etc. De qualquer modo, a par das críticas possíveis, tem-se uma idéia complementemente distinta da tradição nos estudos gregos.

Ultrapassada a argumentação sobre a existência peculiar do νόμος (norma) em seu sentido político, e a delimitação de seu plexo semântico, ao menos no período especificado entre os sécs. IV e IV a.C. e seu escorço histórico, moveram-se os jusfilósofos clássicos num caminho singularizado pela reflexão entre esse estado de νόμος (norma) e a idéia por oposição ou por confirmação de φύσης (natureza). O sustentado problema da jusfilosofia em suas mais diversas acepções se tornava naquele momento um problema essencialmente filosófico, e acompanhava o desenvolvimento das discussões sobre a divergência entre o ser e a aparência.

A antítese φύσης (natureza) - νόμος (norma) é um problema essencialmente sofisticado e sua relação com o aparecimento do “direito natural” é inevitável. Trata-se, segundo muitos autores, numa proto-doutrina jusnaturalista,²⁰⁷ em que se opõe uma visão ética normativa de φύσης (natureza) contra outra positiva de leis e costumes.

O primeiro estrato do debate aparece no texto de Antífote, intitulado por Diels e Kranz, os compiladores de seus papiros, “Acerca da Verdade” (*Ἐν Ἀληθείαι*) ou “Teoria do Conhecimento e Doutrina dos Princípios” (*Περὶ Ἀληθείας*).²⁰⁸ Trata-se de uma passagem já um tanto trabalhada na doutrina, que convém, portanto, aprofundar-se um pouco. Antífote inicia afirmando que a δικαιοσύνη δ’ οὖν τὰ τῆς πόλεως νόμιμα, ἐν ᾗ ἂν πολιτεύηται τις, μὴ

²⁰⁷ Nesse sentido, especificamente, ver BURNET, J. **Law and nature in greek ethics**. In.: International Journal of Ethics, n. 7, p. 328-333, 1897; SALOMON, M. **Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten**. In.: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, n. 32, p. 129-167, 1911; ZELLER, E.; NESTLE, W. **Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung**, 6 ed., t. I, n. 2, Leipzig, p. 1394-1404, 1952; EHRENBERG, V. **Anfänge des griechischen Naturrechts**, In.: Archiv für Geschichte der Philosophie, n. 35, p. 119-143, 1923. De modo mais amplo, ver: WOLF, E. **Griechisches Rechtsdenken: Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik**, t. II, Frankfurt am Main, 1952; KERFERD, G. B., **The sophistic movement**. Cambridge, 1981.

²⁰⁸ DIELS, H.; KRANZ, W. **Die Fragmente der Vorsokratiker**. Berlin, 1952. E BLASS. **Antiphon. Orationes**. Leipzig, 1973.

*παραβαίνειν*²⁰⁹ (justiça é não transgredir as prescrições das leis da cidade da qual se é cidadão). Ressalta-se desde logo uma concepção já importante naquele momento, que é o reconhecimento de que o *νόμος* (norma) existe e que a sua transgressão está vinculada a uma noção de justiça. Ainda que a *δικαιοσύνη* (justiça) aqui não tenha a mesma profundidade que se apresenta em Platão e tampouco represente um ideal ou uma leitura teórica de virtude, é um valor presente numa aceção já normativa.

Avançando, sustenta *οὖν ἄνθρωπος μάλιστα ἐαυτῷ ζυνφερόντως δικαιορύνῃ, εἰ μετὰ μὲ μαρτύρων τοὺς νόμος μεγάλους ἄγοι, μονούμενος δὲ μαρτύρων τὰ τῆς φύσεως* (um homem utilizaria convenientemente a justiça para si, se diante de testemunhas, exaltasse as leis, mas sozinho e sem testemunhas, se exaltasse as prescrições da natureza). Esta passagem revela outro dado: a vinculação normativa. Enquanto a *φύσης* (natureza) se respeita por si mesmo, mesmo quando assim não o queira o homem, o *νόμος* (norma) se respeita quando presentes testemunhas. Tem-se aqui um reduto para um possível valor contratual normativo. Talvez se pudesse apressadamente afirmar que a leitura de *νόμος* (norma) é que o seu conteúdo predispõe o homem para o respeito social ao mesmo tempo que para o dever comunitário, enquanto a *φύσης* (natureza) está no campo da conduta solitária humana. Isto sem adentrar, eventualmente, numa leitura negativa de que a *φύσης* (natureza) pressuporia o respeito inerente à condição humana e *νόμος* (norma) simples obrigação dissimulada em razão das testemunhas.

Prosseguindo, assevera que *τὰ μὲν γὰρ τῶν νόμων ἐπίθετα, τὰ τῆς φύσεως* (as prescrições das leis são impostas de fora, as da natureza, necessárias). Novamente Antifonte ressalta a progenia normativa *νόμος* (norma) como um elemento externo a própria subjetividade humana, o que é poderosamente original neste momento da filosofia clássica, quando os desapegos divinos começam a se consolidar. A busca pela procedência da força coativa do *νόμος* (norma) num plano exterior representa também essa necessidade dos sofistas de suturar a *ψυχή* (alma) a um plano natural, separando-a do plano comunitário ao tempo que do cosmogónico. O homem se sente vinculado apenas pela *φύσης* (natureza), porque lhe é intrínseco, enquanto pelo *νόμος* (norma) se sente obrigado socialmente.

Continuando, argúi que as *τὰ μὲν τῶν νόμων ὁμολογηθέντα οὐ φύντα ἐστίν, τὰ δὲ τῆς φύσεως φύντα οὐχ ὁμολογηθέντα* (prescrições das leis são pactuadas e não geradas naturalmente, enquanto as da natureza são geradas naturalmente e não pactuadas). Novamente esboça Antifonte uma natureza contratualista para *νόμος* (norma). A

²⁰⁹ ANTIFONTE, *Oxyrhynchus Papyri* XI, n. 1364, 44, a.

nomogênse pressuporia inevitavelmente um pacto, um coobrigação, típica de uma sociedade que se tornava repentinamente complexa com o comércio e as reformas do século de Péricles (ao menos ao que tudo indica), enquanto caberia a φύσης (natureza) a coação interna. Antifonte parece, embora esta afirmação não seja tão segura, lançar os traços de uma diferenciação da coação interna da externa, também como referência, ainda que não expressa a ψυχή (alma) humana. A necessidade de se desligar a φύσης (natureza) do plano divino talvez possa conduzir a reflexão para uma φύσης (natureza) humanista, mas voltada ao plano da subjetividade do que a leitura do κόσμος (universo).

Essa relação no plano da ψυχή (alma) ganha maior sentido quando afirma τὰ οὖν νόμιμα παραβαίνων ἐὰν λάθῃ τοὺς ὁμολογήσαντας καὶ αἰσχύνῃς καὶ ζημίας ἀπήλλακται, μὴ λαθὼν δ' οὐ. (transgredindo as prescrições das leis, com efeito, se encoberto diante dos que compactuam, aparta-se de vergonha e castigo; se não se encobre, porém, não). Aqui se reafirma aquilo que outrora se afirmou sobre a diferença entre sociedades de vergonha e de culpa, e, portanto, entre antigos e modernos. Mesmo o descumprir νόμος (norma) é uma forma de vergonha, porque os olhares dos outros o censuram. Aparece desde logo nos sofistas esse caráter constitutivo do modal normativo que se pretende nesta tese desvendar. O medo de ser descoberto pela refutação do caráter prescritivo do νόμος (norma) empurra o cidadão ateniense para a preocupação com os outros, seja para sentir vergonha, seja para não descumprir a norma. Há, portanto, nítida manifestação de um caráter de “direito constitutivo”.

Seguindo, sustenta que τῶν δὲ τῇ φύσει ζυμφύτων ἐάν τι παρὰ τὸ δυνατόν βιάζεται, ἐάν τε πάντας ἀνθρώπους λάθῃ, οὐδὲν ἔλαττον τὸ κακόν, ἐάν τε πάντες ἴδωσιν, οὐδὲν μείζον, οὐ γὰρ διὰ δόξαν βλέπεται, ἀλλὰ δι' ἀλήθειαν (se alguma das coisas que nascem com a natureza é violentada para além do possível, mesmo que isso ficasse encoberto a todos os homens, em nada o mal seria menor e, se todos vissem, em nada maior, pois não é prejudicado pela opinião, mas pela verdade). Ao fazer tal reflexão, deixa claro o sofista a primazia da φύσης (natureza) sobre o νόμος (norma). Enquanto νόμος (norma) está vinculado ao campo da opinião, do aceito-não-aceito, a φύσης (natureza) está mais próximo da verdade, de modo que esconder ou não dos homens o descumprimento de seus preceitos pouco importa, pois o mal já está desde logo realizado, porque a opinião dos outros é irrelevante. Tem-se uma vinculação entre φύσης (natureza) e ἀλήθεια (verdade).

Por fim, embora a leitura de Antifonte continue para outros caminhos, um último aspecto do modal constitutivo da norma aparece. Afirma τὰ δὲ ζυμφερόντα τὰ μὲν ὑπὸ τῶν

νόμων κείμενα δεσμὰ τῆς φύσεώς ἐστι, τὰ δ' ὑπὸ τῆς φύσεως ἐλεύθερα (as coisas convenientes fixadas pelas leis, por seu turno, são grilhões da natureza, as fixadas pela natureza, livres). Tem-se um vasto lugar para o campo da liberdade, quando a vinculação se dá pela φύσις (natureza), o que significa dizer que os homens podem livremente optar pelos seus caminhos e revivê-los a qualquer momento, enquanto as coisas postas pelo νόμος (norma) conuzem a uma conclusão inversa: o engessamento das coisas e dos valores humanos.

Desse debate bem apresentado no *Oxyrhynchus Papyri XI n. 1364*, é possível extrair destas passagens, enfim, alguns polos diferenciais entre φύσις (natureza) e νόμος (norma): i) aquela se torna fundamental na ausência de testemunhas, enquanto esta na sua presença; ii) a punição pela violação daquela ocorre ainda quando não for vista por alguém, enquanto por esta apenas se presenciada por alguém; iii) aquela é inevitável e necessária, já esta é subsidiária e secundária; iv) aquela decorre da natureza, independentemente do acordo, enquanto esta nasce do contrato social; v) aquela está relacionada à verdade, eis porque punir o homem por seu desrespeito é reestabelecer o homem na condição de verdade, enquanto esta se relaciona às opiniões, ao aceito, sem se preocupar com a verdade das coisas; vi) aquele está no plano da liberdade, enquanto esta no plano da proibição.

Mesmo essa leitura, não é tão pacífica entre os grecistas. Gerard Pendrick²¹⁰ afirma que esta passagem do *P. Oxy. 1364* não é propriamente uma discussão sobre o “justo” por natureza ou pela lei, senão do *P. Oxy. 1797*. Aqui haveria antes uma indagação sobre o que Aristóteles chamava de ἔνδοξα (opiniões aceitas). De qualquer modo, não é menos verdade que o debate φύσις (natureza) - νόμος (norma) aparece no *P. Oxy 1364* inúmeras vezes. Tanto Pendrick quanto George Keferd²¹¹ acreditam que nesta passagem Antífonte pretendeu mostrar que a desobediência da lei diante de testemunhas, diferentemente de quando se está sozinho, não passou de um raciocínio individual de cálculo de qual é a melhor vantagem relativa. Ao desobedecer às leis e seguir a natureza, o homem incorre nas penas do sistema judicial, porém, ao obedecer às leis, ele sofre um mal, que resulta necessariamente na violação da natureza. Esse cálculo custo-benefício entre desobedecer às leis ou à natureza é a marca de uma escolha racional pelo conceito de “vantagem”,

²¹⁰ PENDRICK, Gerard. **The sophistic antithesis νόμος-φύσις and natural law.**; PIERRIS, Apóstolos L. **The order of existence: φύσις, μοῖρα, ἀνάγκη, θεσμός, νόμος.** In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism.* (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 261-268, 2007.

²¹¹ KEFERD, George B. **The sophistic movement.** Cambridge, 1981, p. 114.

muito mais do que propriamente *φύσης* (natureza) ou *νόμος* (norma). Pendrik, um pouco desconfiado e de modo categórico, chega a afirmar que em nenhum momento se pode encontrar, nestas passagens do *P. Oxy 1364* uma concepção de norma ou regra ou padrão de conduta. Ao mencionar se é melhor desobedecer à lei ou à natureza, em suma, o que os homens estão questionando para Antifonte seria: o que mais é proveitoso ou útil em termos de punição? Trata-se, sem dúvida, de uma leitura que desloca a originalidade de Antifonte em torno de uma proto-concepção de direito natural. Não teriam, portanto, *φύσης* (natureza) e *νόμος* (norma) uma concepção prescritiva.

Outra importante construção, que, para muitos, seria o primeiro esboço jusnaturalista, é aquela lançada por Cálicles no *Górgias* de Platão.²¹² Seguindo os passos de Antifonte, Calicles igualmente defende que as questões da natureza estão ligadas ao homem por uma relação de interesse próprio, isto é, os homens buscam obter sua própria vantagem. A leitura feita visualiza no *νόμος* (norma) uma forma de restrição imposta à *φύσης* (natureza). Contudo, a diferença entre ambos desde logo se justifica, porque em Calicles há expressamente um caráter prescritivo para a moralidade natural.²¹³ Mostra o grego um verdadeiro sofista à medida que se deixa transparecer por uma perspectiva biológica e naturalística, de modo que vê o homem como um ser submetido à natureza e a qual não pode modificar. Há um princípio de conduta externo ao homem que lhe dá um tom instintivo. Certamente não se está aqui, ao contrário da era moderna, a se falar numa lei natural que se pode acessar pela razão, mas sim, numa natureza inserida num universo físico. A natureza é contraposta ao *νόμος* (norma), de modo que há um justo pela natureza superior a um justo pela lei, este oriundo do estado ou do controle estatal. Por isso, *Górgias* deixa transparecer a vinculação que Cálicles faz do direito com a força, vez que a natureza mostra que o melhor prevalece sobre o pior, tal qual o mais capaz sobre o menos, de modo que o critério de justiça nada mais representa que o domínio da supremacia do mais dotado sobre o mais fraco.

Cálicles evidencia que o estado e o *νόμος* (norma) é um meio usado pelos fracos e medíocres para neutralizar os mais fortes por natureza, e, sobre eles, sobrepõem-se. Por isso o *νόμος* (norma) é injusto, porque contraria a *φύσης* (natureza) e representa apenas o elogio da vaidade e da insegurança. Há, enfim, uma relação inevitável entre os homens e os outros animais, posto que a *φύσης* (natureza) se faz presente pelo instinto. Mesmo Trasímaco afirma que o poder é reduzido a simples força que procura sobre o mais fraco ao

²¹² PLATÃO, *Górgias*, 482, e – 484, c.

²¹³ PLATÃO, *Górgias*, 483, c-d.

mais forte. Ao ser um produto artificial do homem, o *νόμος* (norma) é uma forma de impedimento à natureza humana de perseguir o seu próprio interesse. Eis porque o melhor viver está em seguir a natureza, ainda que se persigam interesses incontroláveis e antosociais.

Não crêem Cálicles ou Antífonte que a transgressão do *νόμος* (norma) sejam imorais, vez que são apenas convenções, muito ao contrário da transgressão da natureza, que importa em sanções naturais. Os homens se movem por seus corpos, por seus prazeres, por suas dores, logo, estão sempre na busca do útil, porém o *νόμος* (norma) conduz os homens para caminhos contrários, longe dos prazeres e da vida. Trata-se de um jusnaturalismo racionalista em parte, porque considera o direito natural como um conjunto de princípio de razão, a *φύσις* (natureza) essencial do homem.

Avançando, é já conhecida a passagem na *Ética a Nicômaco* em que Aristóteles afirma que “as coisas boas e justas estão sujeitas a variações e flutuações, que se acredita existirem apenas pela lei e não pela natureza.”²¹⁴ Essa, talvez, seja a mais expressiva representação de um movimento que se distancia dos sofistas na interpretação da relação *φύσις* (natureza) - *νόμος* (norma).

John Burnet²¹⁵ afirma que a tradução de *φύσις* como natureza era, mesmo para os gregos, um tanto limitadora. Os autores da escola milesiana, de feição cosmológica, viam em *φύσις* não a redução “natureza”, mas uma forma de denominar a “substância primeira”, essencial, a que se destinam os homens a buscar a vida inteira. A fonte de *φύσις* (elemento primevo) era a compreensão da própria constituição do mundo. Isto aparece tanto em Thales, quanto Anaxágoras, quanto, enfim, em Leukipos. A *φύσις* (elemento primevo) representava a estrutura menor da qual as coisas se compunham: o elemento primeiro. O sentido, para os pré-socráticos, era material, e não um elemento teórico e abstrato representado pela *φύσις* (elemento primevo). Neste momento, tudo era real e material, inclusive o próprio espaço já era visto deste modo. A água de Thales, e seus processos de solidificação e vaporização expressam o quanto à *φύσις* (elemento primevo) eram viva.

²¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, A, 1094, b, I4. “τὰ δὲ καλὰ καὶ τὰ δίκαια ... πολλὴν ἔχειν διαφορὰν καὶ πλάνην, ὥστε δοκεῖν νόμοι μόνον εἶναι, φύσει δὲ μή.” [trad. do autor.]

²¹⁵ BURNET, John. **Law and nature in greek ethics**. In.: *International Journal of Ethics*, v. 7, n. 3, p. 328, apr. 1897. Segue na mesma argumentação A. Long em LONG, A. A. **Law and nature in greek thought**. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 412-430, 2005.

Todavia, como alerta Burnet²¹⁶, Parmênides insere nessa relação a dualidade mudança-estabilidade, variação-eternização. A questão do ser e aparência aparece inelutavelmente vinculado ao binômio φύσις (natureza) - νόμος (norma). O que é e o que se sabe aparece pela primeira vez. Eis porque φύσις (natureza) se apresenta intimamente ligada a uma questão ética. A busca pela φύσις (natureza) é, em suma, a busca pelo que há de realmente essencial num mundo gravado por mudanças, seja dos usos e costumes, seja dos modos de pensar e agir entre os povos e os cidadãos de diferentes cidades. Trata-se da perquirição pelo essencial, pela menor partícula que se pode encontrar na vida humana e de seus comportamentos. Reaparece aqui aquela discussão feita outrora sobre uma Afrodite uranía, outra pandemonía, e, por fim, outra apostrofia.

Ao se visualizar a realidade ética num código de normas vinculantes, afirma Burnet²¹⁷, não se deve buscar de onde deriva a força vinculante de um código moral, mas sim, o que há de válido e inválido neste código moral, ou o que há de arbitrário ou não. Essa busca pelo núcleo essencial, que se encontra abstraindo dos fatos, é, em síntese, uma questão moral.

Esse código moral, traduzido numa sociedade através de seus usos, faz aparecer o conceito de νόμος (norma). O νόμος (norma) ganha estabilidade, regularidade e constância e se torna apto a capturar o curso da φύσις (natureza). Burnet²¹⁸ correlaciona esta estabilidade a própria noção de δίκη (justiça). Na mesma direção também aponta Zinon Papakonstantinou.²¹⁹ O νόμος (norma) evita que se avance além das medidas, no campo da arbitrariedade, o que a φύσις (natureza) por si mesmo não consegue, porque carregada de julgamentos morais. Max Pohlenz²²⁰ insinua uma idéia parecida para o binômio φύσις (natureza) - νόμος (norma) a partir do tratado de Hipócrates (Sobre o Ar, a Água e os Lugares)²²¹ e destaca que, na instituição da realeza no mundo asiático, νόμος (norma) é o instrumento hábil a implantar coragem na alma dos colonizadores dos vales, o que a φύσις (natureza) é incapaz de fazê-lo. É uma nítida insuficiência da φύσις (natureza) diante do (norma), vista como “ordem da vida humana em geral”.

²¹⁶ BURNET, John. **Law and nature in greek ethics** ..., p. 329.

²¹⁷ BURNET, John. **Law and nature in greek ethics** ..., p. 330.

²¹⁸ BURNET, John. **Law and nature in greek ethics** ..., p. 332.

²¹⁹ PAPAKONSTANTINOY, Zinon. **Justice of the ‘kakoi’: law and social crises in theognis**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 7, p. 05-17, 2004.

²²⁰ POHLENZ, Max. **Nomos und Physis**. In.: Hermes, v. 81, n. 4, p. 418-438, 1953.

²²¹ HIPÓCRATES, **Sobre o ar, a água e os lugares**, I6, 23 e 24.

Essa relação, ora antagônica, ora muito próxima, está longe de ser facilmente resolvida.²²² Ao lado dela vêm ainda se atrelar outras polaridades relevantes, como a relação entre νόμος (norma) e δίκη (justiça), tal como tanto trabalhado por Zinon Papakonstantinou²²³, ou mesmo entre νόμος (norma) e religião. Como visto, a questão religiosa está na base no elemento normativo, e, mesmo quando os romanos retornarão aos textos gregos e tentarão definir juridicamente a norma, ainda assim guardarão o misticismo e o caráter mítico para o fenômeno normativo. A noção de νόμος (norma), como se verá abaixo, muito embora opere uma relativa humanização do conteúdo normativo, não consegue se desligar de elementos religiosos. François Ost afirma que os juízes, mesmo quando já reunidos no primeiro momento no Areópago, continuam fazendo a síntese dos deuses e das leis humanas.²²⁴ Há, portanto, um infinito campo possível de investigação

²²² A base da reflexão, que se segue, orienta-se pelo Seminário de Filosofia realizado na Universidade de Patras, tendo sido publicado no final de 2007 as seguintes palestras: BUCHHEIM, Thomas. **Nomos on physis**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 283-304, 2007.; CLASSEN, Carl Joachim. **On ἀρετή and φύσις in Thucydides histories**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 89-110, 2007.; COHEN, Edwar E. **Wealthy slaves and elite prostitutes: a study of judirical, sexual, and economic power at Athens**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 45-88, 2007.; GAGARIN, Michael. **Nomos and physis in Antiphon**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 355-380, 2007.; HARDY, Jörg. **Die Bebeutung von “nomos” und “physis” in Platons Kratylos**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 305-330, 2007.; KOSMAN, Aryeh. **Nature’s law and second nature: philosophers at work on the nomos physis dichotomy**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 269-282, 2007.; MUELLER, Ian. **ΦΥΣΙΣ ΑΝΘΡΩΠΟΥ**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 209-260, 2007.; MUNN, Mark. **From science to sophistry: the path of the sun, the schape of the world, and the place of Athens in the cosmos**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 111-134, 2007.; NARCY, Michel. **Three versions of the nomos-physis antithesis: Protagoras, Antiphon, Socrates**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 381-400, 2007.; PENDRICK, Gerard. **The sophistic antithesis νόμος-φύσις and natural law**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 261-268, 2007.; TARRANT, Harold. **Agonistic contexts for appeals to nomos and physis: are “rites of passage” significant?**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 135-154, 2007.; WALLACE, Robert W. **Nomos/physis: the anti-democratic context**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 23-44, 2007.; WEISS, Roslyn. **Why isn’t Antiphon in the Gorgias?**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 331-354, 2007.

²²³ PAPAKONSTANTINOY, Zinon. **Justice of the ‘kakoi’: law and social crises in theognis**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 7, p. 05-17, 2004.

²²⁴ OST, François. **Raconter la loi...**, p. 119.

entre a relação da norma com a religião,²²⁵ mas que, infelizmente, não poderia aqui ser mais bem trabalhado, seja pela complexidade do tema, seja certa fuga ao campo estritamente filosófico de busca por um perfil constitutivo.

2. A formulação da norma clássica

2.1. Traços conceituais

A lei para os gregos, então, ao contrário da construção feita paralelamente pela *lex* romana, não era um acordo ou um contrato entre os homens, como a luta entre patrícios e plebeus se apaziguará em parte pelos *decenviri legibus scribundis*, ou como a modernidade consagrará, mas um fator de construção da *πόλις* (cidade), capaz de determinar a fisionomia dos habitantes, e sua violação representa a *ὑβρις* (desmedida), a transgressão que retira a própria identidade do homem grego. Romilly mostra que a lei é a maneira que os gregos encontraram para fazerem frente ao arbítrio, não apenas das autoridades, mas do homem e suas paixões.²²⁶ Por essa razão a lei no mundo grego diz com a construção do espaço público, e, nessa medida, com a constituição do equilíbrio e da harmonia dos membros da *πόλις* (cidade). Auxiliada pelas virtudes, pela justiça e pela amizade, a lei representa ao lado dos costumes o grande elo, o laço impositivo que mantém a coesão do grupo. A lei, como trabalhada acima, ganha um sentido muito maior em sua profundidade e em seu alcance, se comparada ao mundo contemporâneo, embora tão menos relevante dada a pluralidade de fontes e a nítida valorização que tinham pelo caráter dialogal e processual do direito.

Por essa razão, depois de ser educado pela família para os valores, e pela escola para a poesia, a música, a ginástica, o cidadão é, como se verá adiante, educado para a lei. Ser educado para a lei significa compreendê-la desde a sua influência na continuação da formação e do *Νόμιμον ἔθος* (modo de agir jurídico) do cidadão. Significa mostrar que a lei, quando fruto do bom cuidado com as normas, deve ser seguida por todos, não apenas

²²⁵ Nesse sentido, ler os seguintes autores : ROMILLY, Jacqueline de. **La loi dans la ...**, p. 51 e segs. FARAONE, Christopher A. **Curses and social control in the law courts of classical Athens**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 2, p. 99-121, 1999.; e PARKER, Robert. **Law and religion**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, 2005, p. 61-81.

²²⁶ ROMILLY, Jacqueline. **La loi dans la pensée grecque**. Paris: Les Belles Lettres, 2001, p. 13.

porque temem a punição pelo seu texto previamente escrito,²²⁷ mas porque ela representa a edificação da comunidade como *πόλις* (cidade), do indivíduo como *πολίτης* (cidadão), do homem como ateniense e não como bárbaro.²²⁸

Em síntese, numa perspectiva filosófica, o *νόμος* (lei) é, para os gregos, a tradução escrita dos costumes dos cidadãos, e, sem embargo tenha nascido com os mesmos propósitos que ainda hoje em parte permanecem, quais sejam, a segurança, a estabilidade, a garantia de igualdade e de liberdade etc., ganhava certamente um prero menor na cultura clássica. Preferiam falar os gregos em “norma”, que poderia ser jurídica, moral, escrita, não-escrita etc., pois o que efetivamente importava era o modo como os indivíduos, em suas experiências cotidianas, seriam ou não condicionados por um critério superior à sua existência individual. Naturalmente havia, nesse momento, certa proximidade com o aspecto mágico e fantástico da religião. Nesse sentido, a lei escrita entre os gregos foi fundamental, no entanto, o grande apelo ao conteúdo normativo, que levava de imediato à reflexão dos jusfilósofos, era as lei não-escritas, ou denominadas de *ἄγραφος νόμος* (leis não-escritas), como se trabalhará melhor adiante.

A par das diferenças, tal Romilly, não é possível equiparar o próprio conceito de norma que os gregos tinham com o conceito moderno. Tratava-se de outro padrão, e a própria idéia de *νόμος* (norma) tem uma historicidade, e deve ser interpretada em seu contexto cultural, com todas as vicissitudes possíveis.²²⁹ Por isso, falar em *νόμος* (norma) no mundo clássico, e, logo, num *cuidado com as normas*, pressupõe compreender que a norma, ao menos etimologicamente, significa qualquer coisa que é repartida ou distribuída entre os homens, consoante suas honras e seus privilégios dentro da comunidade política.²³⁰ É fruto da justa repartição do cosmos, e, nessa medida, aproxima-se da regra, do costume, do uso, da maneira de fazer que é imposto imperativamente a todos os homens gregos, seja inicialmente pelos deuses, seja posteriormente pelos homens que vivem na comunidade.²³¹ Será a *πόλις* (cidade), então, o grande elemento responsável por permitir o trânsito da norma como costume para a norma positivada, razão de existir das leis escritas.

Avançando na investigação, e se direcionando mais precisamente para uma reflexão jurídica sobre o *νόμος* (norma), é preciso demonstrar as possíveis origens

²²⁷ PLATÃO, *Protágoras*, 326, d.

²²⁸ EURÍPEDES, *Suplicantes*, 426-441.

²²⁹ ROMILLY, Jacqueline. *La loi dans ...*, p. 36.

²³⁰ GERNET, Louis. *Droit et institutions ...*, p. 290.

²³¹ HESÍODO, *Teogonia*, 276; PÍNDARO, *Píticas*, 169; EURÍPEDES, *Hécuba*, 847; EURÍPEDES, *Suplicantes*, 429.

etimológicas da palavra, que contribuem para encontrar suas primeiras formulações, bem assim reconhecer o modo como os romanos a recepcionaram, e, na medida em que se traduziu em *lex*, conduziu-a para um campo semântico demasiadamente diverso do que se experimentou na vida ateniense.

Os *scholars* já há muito tempo aproximam, ao menos nos dois séculos pré-periclianos, o signo *νόμος* (norma) com outro que lhe era muito próximo *θεσμός* (norma) - naturalmente a tradução acaba por simplificar conteúdos. A origem desta é muito próxima de um procedimento de institucionalização, marcado pela estabilidade e pela segurança, do que a do *νόμος* (norma), por mais que o inverso tenha se construído no imaginário dos historiadores durante algumas décadas. A palavra *θεσμός* (norma) deriva de seu verbo *τίθεμι, τίθημι* (fixar, estabilizar, colocar), e era já utilizada por Homero²³² em grande parte de sua obra. Pierre Chantraine²³³ afirma que *θεσμός* também grafada no período arcaico como *θεθμός*, foi apresentada com vasta polissemia, a ponto de representar uma espécie de “direito de repousar”, “lugar da cama”, porém, mais próximo do sentido que aqui se busca, também foi usada como “regra, ordem”, num primeiro entendimento de lei humana fundamental. Sua utilização sempre esteve vinculado a *ἐν-θεσμος* (conforme à lei), *ἄ-θεσμος* (sem lei), *προ-θεσμος* (termo, data limite, no âmbito administrativo grego), como sufixo, porém também a *θεσμο-* como primeiro termo em *θεσμο-θέται* (arcontes tesmotétas), ou mesmo de forma derivada: *-θετέω, -θετεῖον, -θεσία; θεσμοφόρος* (aquele que traz as leis, que “civiliza”). Também se apresenta com outro sufixo *-φóριον. -φóρια* (Tesmoforia) *-φοριάζω* (como verbo de “celebrar” as Tesmoforias). Há também registros de *θεσμοφύλακες* (magistrados em Elis).

É possível resgatar alguns radicais vinculados ao *θεσμός* não apenas no período arcaico, mas também no período republicado, objeto aqui de investigação, na Constituição Ateniense, em que Aristóteles apresenta algumas formas derivadas: *θέσμιος* ou *τέθμιος* (como fixado segundo princípios, leis e ritos).²³⁴ Há também *θέσμια* ou *θέσμια* (leis, regras, ritos, tradições ancestrais).²³⁵ Outras aparições, menores, grafam *τέθμιον* (contrato), *θέθμιον* (tratado, acordado), porém, uma última derivação importante aqui, e que coloca o termo *θεσμός* mais próximo da raiz que importa para esta pesquisa, é aquela que

²³² HOMERO, *Odisséia*, 23, 296.

²³³ CHANTRAINE, Pierre. *Dictionnaire étymologique de la langue grecque: histoire des mots*. Paris: Klincksieck, 1999, 446.

²³⁴ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, 16, 10.

²³⁵ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, 3, 4.

Aristóteles menciona expressamente na palavra *θεσμοσύνη* (justiça).²³⁶ Isto implica, como afirmado outrora, que não apenas inexistia um vocábulo preciso para falar em “direito” na Grécia, razão pela qual se optou na linha de Capograssi, em “experiência jurídica”, mas que mesmo nos registros mais remotos da palavra “norma”, havia uma vinculação ética ao conceito de justiça. A aproximação do elemento moral é muito forte, como já dito por muitos autores, porém aqui fica uma prova desta impossibilidade de separação entre direito e moral, à medida que o registro original é antes uma virtude que uma regra.

A construção etimológica da palavra *θεσμός* (norma, adotando aqui um sentido redutor para fins de tradução, porém a ser visto amplamente, levando em conta todas essas acepções mostradas), apresentada já no pré-direito grego, a par das possíveis variações de tradução técnica, está muito próxima de um elemento religioso, conquanto também humano. Porém, o que se destaca, é que essa noção de norma está na base de *Θέμις* (justiça), como será adiante melhor conduzido, e, logo, de uma justiça com forte cunho divino. Não pode ser reduzida a uma estrutura meramente escrita, como espécie de “noção técnica de lei”. *θεσμός* (norma) está presente no séc. VII a.C. nos textos draconianos que foram resgatados, bem assim no início do séc. VI a.C., na elaboração legislativa de Sólon, embora nesta, por força da presença das magistraturas, já se começa a falar em *νόμος* (norma).²³⁷ Douglas MacDowell afirma que a passagem de *θεσμός* (norma) para *νόμος* (norma) foi produto das reformas de Clístenes em 507 a.C.²³⁸

Seguindo esse caminho, Martin Ostwald²³⁹ afirma que *θεσμός* (norma) é algo imposto por uma ordem externa, hipostasiada (*ὑπόστασις*), situada num plano mais alto que o ordinário, do qual derivam obrigações. Já o senso de obrigação deriva de *νόμος* (norma), e esta retira sua última legitimidade não da autoridade do sujeito ou da ordem de onde emana, mas de sua validade perante os homens. Contudo, tanto *θεσμός* (norma) quanto *νόμος* (norma), se vistas no plano do estatuto, apontam para direções diversas. Aquela é vista como uma imposição de um legislador, enquanto esta é vista como uma expressão do que as pessoas entendem como vinculante e válido num dado momento histórico.

Essa diferenciação se aprofunda com o tempo. Ostwald acredita que a passagem – e neste ponto concorda com MacDowell – de *θεσμός* (norma) para *νόμος* se dá quando, após um desencantamento, os atenienses decidem considerar lei apenas aquelas por ele

²³⁶ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, 7, 593.

²³⁷ STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio dei diritti greci...*, p. 125.

²³⁸ MACDOWELL, Douglas. *The law in classical Athens...*, p. 45.

²³⁹ OSTWALD, Martin. *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*. Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 12-20.

ratificadas e tidas como válidas e vinculantes. Contudo, salienta ainda Ostwald que não há registros históricos capazes de demonstrar que essa mudança de estatuto se deu por um ato formal e consciente, o que, muito provavelmente indica.

Com essa mudança, Ostwald²⁴⁰ salienta que o *νόμος* (norma) se apresenta desde logo como um certo tipo de “ordem”, que se difere de outras palavras com o mesmo sentido, como *τάξις* (ordem). Sua leitura é essencialmente jurídica, ao contrário de Max Pohlenz²⁴¹ e sua leitura filosófica em Hipócrates. Ao resgatar Hesíodo, dá um primeiro conceito de *νόμος* (norma), sem se perguntar da origem como atributo dos deuses, do legislador ou de um ato social, como “uma ordem de vida”, um “modo de vida”, do qual Zeus faz parte.

Num segundo uso, Ostwald retoma o Agamenon de Ésquilo e o Alceste de Ésquilo e afirma que a palavra *νόμος* (norma) é usada não como costume ou estatuto, mas como uma assunção dos homens mais velhos em torno de uma norma universal. Um terceiro sentido, ainda em Hesíodo está o esboço, é a noção de *νόμος* (norma) como procedimento ou como o modo normal de se fazer as coisas ou como as coisas devem ser feitas. Sua origem estaria num tempo imemorial. Num quarto sentido,²⁴² ela aparece algo vinculado a esfera da conduta humana do julgamento dos deuses pelos padrões humanos. Trata-se de um modo de agir julgado pelos deuses. Um último sentido é aquele que vincula a *νόμος* (norma) à fonte de onde emana, a autoridade que garante e sustenta as normas.

Em síntese, num primeiro sentido solônico, *νόμος* (norma) está vinculado à idéia de organização do espaço, de ordenação do território, visto que está num de seus decretos com o fim de operar o início da redistribuição de terras (o que para alguns autores estaria na base do pensamento democrático, e, sem a qual não teria sido possível o aparecimento da *πόλις* – cidade, no sentido político que recebeu. A partir de então, a palavra *νόμος* (norma) assume o fim de buscar uma “vida institucionalizada”, abafando historicamente a raiz em *θεσμός* (norma).

Apesar da proximidade de ambas, a palavra *νόμος* (norma) remete a sua história para um caminho muito diferente de *θεσμός* (norma). O verbo que está na sua raiz é mais próximo de operação, localização, ou seja, *νέμειν*, *νέμω* (dividir, distribuir). No tempo de Homero, segundo Chantraine²⁴³, a grafia também era *νέμωμαι* e tinha sentido próximo da

²⁴⁰ OSTWALD, Martin. *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy* ..., p. 20.

²⁴¹ POHLENZ, Max. *Nomos und Physis*. In.: *Hermes*, v. 81, n. 4, p. 418-438, 1953.

²⁴² OSTWALD, Martin. *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy* ..., p. 24.

²⁴³ CHANTRAINE, Pierre. *Dictionnaire étymologique* ..., p. 742-743.

idéia de repartir a comida ou a riqueza conforme a conveniência, o uso, o costume. Era usado de dois modos: como ‘fazer pastar’, no sentido de se alimentar, de devorar (metaforicamente também atribuído ao fogo, a uma úlcera que devora o corpo), mas, também outro de “crer, reconhecer como verdadeiro”, próximo da idéia de reconhecer conforme a verdade, sabida por todos. Apesar de algumas variações, a idéia de “distribuição” do pasto, da comida foi levada para a noção de *ἐν χειρῶν νομαῖς* (repartição legal). De maneira muito próxima, apresentaram-se as formas derivadas de *διανομή* (distribuição), *χορτονομή* (pasto), *ἐπινομή* (direito de pasto, desenvolvimento do fogo). De outro lado, *νόμος* aparece também como “residência”, como “estadia”, e que leva à compreensão de *νέμω* como “habitar”. O que se percebe, nesta primeira aparição homérica, é uma conotação pastoral, especialmente com a idéia de “distribuir a comida”, os animais no pasto etc.

Deste primeiro uso, ainda em tempos pré-socráticos, já começa a se aproximar a idéia de *νόμος* como repartir não a comida, mas o que é devido segundo a compreensão de todos os habitantes; é repartir a cada um segundo o coletivo. Por isso, a paroxítona *νόμος* já se apresenta no séc. V a.C. como “segundo a regra, o uso, as leis escritas, o que foi distribuído coletivamente”. Ainda aqui há uma convergência com o sentido divino, de distribuição dada. Aparece, então, para *νέμω* um agir conforme o uso, a lei, a tradição. Essa representação de *τὰ νόμιμα* como costume, vai se derivando em diversas formas, como *νομικός* (que concerne às leis, jurídico). Uma dessas derivações deixa clara a presença religiosa, quando se usava *νομίζειν θεούς* (crer no deus da cidade) ou em *νόμους* (crença). Lentamente novas expressões aparecerem no período democrático, como: *ἄνομος* (contrário às normas), *ἐννομος* (legal, que respeita as leis), *παράνομος* (contrário às leis), *σύννομος* (que participa de), *εὐνομος* (que é bem arrumado, organizado); *εὐνομέομαι*, *εὐνομία* (boa ordem) usada em oposição à *ῥβρις* (desordem), *αὐτονομία* (independência), *ἰσόννομος*, *ἰσονομία* (igualdade de acordo com a lei).

A palavra *νόμος* também se apresenta em alguns radicais diferentes, como *νεμέτωρ* (aquele que diz o direito, o juiz), *νέμεσις* (atribuição pela autoridade legal, o julgamento, espírito de vingança, opinião desfavorável da sociedade), sendo usado em Homero associado àquela noção de *αἰδῶς* (vergonha),²⁴⁴ de que se falou no início do trabalho em torno de um sentimento social e interno de inadequação. Também *οὐ νέμεσις*, que novamente remete à idéia divina, ao ser usado como “não poder se indignar”, ou seja, não

²⁴⁴ HOMERO, *Ilíada*, 13,122.

poder contestar as leis devidas sob pena da vingança. Vincula-se, portanto, tanto a orientação religiosa quanto o papel de julgamento, o que vem expresso na forma de *νομίζω* (reconhecer como verdadeiro, crer).

Estas construções etimológicas *νόμος* (norma) mostram aos pesquisadores do direito grego que de um modo ou de outro, esta presente a idéia da boa repartição, do bom costume, de boa distribuição do espaço e de comportamentos consolidados no tempo. Heródoto, quando mostra um episódio da deformidade entre os costumes de um povo e de outro, deixa muito clara a idéia de quando a *νόμος* (norma) começa a aparecer enquanto “rei de todas as coisas”²⁴⁵. Essa idéia vem se aprimorar no período pericliano, e uma mudança, ainda que não brutal, mas significativa se opera no interior de *νόμος* (norma), vista já mais próxima de uma expressão humana, como lei da *πόλις* (cidade). O conteúdo divino parcialmente se perde quando a norma passa a ser identificada pelo lugar de onde emana e de dos legisladores que a fazem na democracia ateniense: *νομοθέται* (legislador). Essa idéia de *νόμος* (norma) como rei de todas as coisas humanas e divinas, já uma expressão pindárica,²⁴⁶ transforma-se numa prescrição emanda para o homem político aristotélico.

Demóstenes intensifica essa leitura, quando *νόμος* (norma) é trabalhada como salvaguarda das instições democráticas, garantia de igualdade entre os cidadãos e bom funcionamento da *πόλις* (cidade).²⁴⁷ Buscando a condenação de Aristogíton pelo desprezo da democracia, que já vinha de seus pais – também condenados de algum modo por desrespeitarem a validade dos costumes locais – do interesse público e das leis, Demóstenes deixa antever o valor ideológico que o *νόμος* (norma) teria para a harmonia da *πόλις* (cidade). Nesse sentido, a norma vista como um *συνιέκη κοινή* (acordo comum), de inspiração divina, passava a exercer uma “função corretiva e pedagógica.”²⁴⁸ A necessidade de condenar a sincofantia de Aristogíton era uma forma de mostrar que a norma tinha aquilo que outrora se mencionou: um caráter “corretivo dos erros humanos”, como um “instrumento de educação para virtude”²⁴⁹. Essa apreensão do fenômeno normativo, permite assegurar, ao menos num amplo nível, a idéia que se está construindo nesta tese, de uma “experiência jurídica” voltada à construção de virtudes e à atenção ao Outro.

²⁴⁵ HERÓDOTO, *Histórias*, III, 38,4.

²⁴⁶ PÍNDARO, 169a, 1.

²⁴⁷ DEMÓSTENES, *Contra Aristogíton*, §§ 65 e 77.

²⁴⁸ STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio* ..., p. 138.

²⁴⁹ STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio* ..., p. 138-139.

Essa amplitude semântica de νόμος (norma) acabará por ser reduzida na tradução que os romanos farão por *lex*, especialmente pelas mãos de Papiniano no final do sec. II e início do séc. III d.C. Indo um pouco além, é possível agora tentar encontrar um conteúdo jurídico para o fenômeno normativo a partir de outros campos de investigação. Alguns autores procuram reconhecer uma definição precisa entre os gregos, porém, segundo mostra a tradição dos *scholars*, é no Digesto, especificamente em dois momentos do título III do Livro I – *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, no *Libri definitionum* (Definições) de Papiniano e no *Libri institutionum* (Instituições) de Marciano, que o conceito grego de νόμος (norma) vem à tona. Há também, apenas a título de registro, porém com outro sentido, mais próximo do reducionismo latino, o uso nas Memoráveis de Xenofonte²⁵⁰ e das Definições pseudoplatônicas.²⁵¹

Marciano procura ser mais exato, retomando as próprias palavras da oração demostiniana contra Aristogíton, com poucas variações, enquanto Papiniano, ao seu turno, sem se quer indicar a fonte, retoma-a em latim. A expressão veio posta em ambos naquele processo, há pouco mencionado, em que o filomacedônio Aristogíton, o qual movia ações apenas para incomodar os outros, foi acusado de sincofantia e declarado άτιμος (excluído da vida política), por ser devedor do estado e ter violado as leis, pois, mesmo condenado, continuou a participar da vida pública, freqüentando lugares públicos e sagrados. É exatamente neste contexto que, segundo os historiadores, aparece pela primeira vez um conceito formal de νόμος (norma).

Marciano afirma: “esta é a lei (τούτο εστιν νόμος), aquela a qual todos reconhecem (ὃ πάντα ἀνθρώπους) de ter de obedecer (προσέκει πείθεσθαι) por diversos motivos (δία πολλά), mas, sobretudo (καί μάλιστα), porque cada norma é um dom dos deuses (ὅτι πας ἐστιν νόμος εὔρεμα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ), preciso decreto dos homens sábios (δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρόνιμων) e punição/pecado dos ilícitos voluntários e involuntários (ἐπανορθώμα δὲ τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων αμαρτύματων), pacto comum da cidade (πόλεως δὲ σύνθηκη κοίνη), segundo o qual devem viver aqueles que são parte dele – cidadãos (καν’ ὅν ἀπανσι προσέκει ζυν τοῖς ἐν τῇ πόλει).”²⁵²

Já Papiniano, prefere pela tradução, afirmando em suas Definições: “A lei é comando válido para todos (*lex est commune praeceptum*), parecer dos sábios homens (*virorum prudentium consultum*), repressão dos delitos praticados voluntariamente ou por

²⁵⁰ XENOFONTES, *Memoráveis*, I.2.42-43.

²⁵¹ PSEUDO-PLATÃO, *Definições*, 415b.

²⁵² MARCIANO, *Libri institutionum*, Digesto, 1.3.2. [trad. do autor]

ignorância (*delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio*), *contrato comum da cidade (communis rei publicae sponsio)*.”²⁵³

Em ambas as formas, sobretudo no uso traduzido latino e que acabou por configurar toda uma tradição romanista da *lex* (lei) como sinónimo equivocado e laico de νόμος (norma)²⁵⁴, à medida que o interesse de Demóstene era, tal fizera também Aristóteles²⁵⁵, aproximar a noção de lei de contrato. A ideia demostiniana era mais ampla, envolvendo tanto a ideia de regra como relação intersubjetiva quanto regra constitucional. A ideia de dogma como opinião, juízo ou atitude intelectual é mais forte e não pode ser reduzido à noção de simples convenção. Também não se pode configurar a *iuris responsa* (resposta jurídica) dada pelos jurisconsultos romanos com o seu paralelo trabalhado na expressão de Marciano: preciso decreto dos homens sábios (δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρόνιμων). Se conviesse ir a fundo, haveria de se fazer toda uma diferenciação, que ao menos parece ser menos romanista do que foi trazido pelos *corpus iustinianeos*.

De qualquer modo, o que de tudo ressalta, é que, seja numa percepção filosófica, seja jurídica, o conceito de νόμος (norma) experimentou vicitudes ao longo dos séculos gregos, e não pode ser reduzido à noção estritamente legal, tal os romanos fizeram, nem tampouco pode perder o seu conteúdo religioso, e deve ser vista muito mais próxima de “um acordo entre os homens com vistas a enaltecerem virtudes públicas no período democrático, segundo os costumes e as opiniões mais sábias e válidas para todos”.

2.2. Questões normativas: Ἀγραφοὶ Νόμοι, Ἀνομία, e Δικαιοσύνη Γνώμη

A democracia ateniense teve um papel decisivo, quando as raras formulações escritas dos tempos de Drácon e Sólon vieram a se atrelar lentamente a uma espécie de homologação escrita dos costumes, feita por leis ou mesmo pelas decisões judiciais. No cerne deste processo, está uma discussão importante, que convém ser investigada, que diz com o debate leis escritas *versus* leis não-escritas na Grécia antiga, quando à oralidade cede à escritura.²⁵⁶

²⁵³ PAPINIANO, *Libri definitionum*, Digesto, 1.3.1. [trad. do autor]

²⁵⁴ GAIO, *Institutionum*, Digesto, 1.3. “*lex est quod populus iubet atque constituit*” [trad. do autor: “lei é aquilo que o povo comanda e estabelece.”]

²⁵⁵ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, XV, IV, § 21.

²⁵⁶ FARAGUNA, Michele. *Tra oralità e scrittura: diritto e forme della comunicazione dai poemi omerici a Teofrasto*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 9, p. 62-91, 2006.

Sem embargo a proximidade que elas trazam com as leis absolutas, emanadas diretamente dos deuses, não necessariamente estavam vinculadas a esse critério, como bem demonstram os autores dos sécs. V e IV a.C.. Inúmeros são os aportes e as referências que os próprios clássicos faziam em suas obras aos *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas), contudo, algumas parecem ser as principais demonstrações: *Antígona*, *Arcanianos*, o *Funeral de Péricles*, *Écuba*, e, derradeiramente, *Seus Mistérios*.

O seu primeiro destaque aparece quando *Antígona* vai de encontro às determinações de Creonte, o chefe de Tebas, que a impede de prestar homenagens fúnebres ao seu irmão Polinices, morto em combate com Etéocles na luta pelo domínio da cidade. Para justificar sua rebeldia, sustenta a princesa que a norma relativa, humana de Creonte, ofende as normas divinas, superiores e imutáveis aos desígnios dos homens, e aos quais ele não poderia ter se oposto.²⁵⁷ Muito embora coubesse uma leitura mais detalhada, mas o que aqui importa é afirmar que o decreto de Creonte, à medida que proibia a sepultura, opunha-se às orientações divinas, e, logo, colocava o problema de validade de uma em relação a outra. A valorização da consciência individual pelos *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas) em possível oposição às leis da cidade se apresenta originalmente para os gregos neste momento – idéia muito próxima a que Sócrates experimentou em seu processo – sempre que houver um exercício arbitrário e ilegítimo da lei por alguém.²⁵⁸

Ao menos mesmo tempo em que se reconhece o valor das normas não-escritas, reconhece-se também o próprio enaltecimento das normas da cidade, quando estas postas de modo justo e democrático. Essa percepção será mais forte ainda, como visto à frente, pelo fato dos gregos ter criado toda uma estrutura peculiar de cunho democrático: a *απαγωγή* (espécie de ação para levar a julgamento ao Tribunal aqueles que atentassem contra uma lei justa e regularmente criada).

O segundo foi Aritófanes, que em seu *Arcanianos*, quando, procurando desmerecer aqueles que eram partidários da guerra contra Esparta, também menciona as leis não escritas.²⁵⁹ A estória narra a guerra contra Esparta, no fundo, para retratar uma Atenas que naquele 431 a.C., quatro anos após a morte de Péricles, já começava a ruir em seu caráter democrático e normativo. Não bastasse a destruição material, a desmorabilização política se avizinhava com a disputa partidária entre os cavaleiros-aristocratas, que queriam a

²⁵⁷ SÓFOCLES, *Antígona*, 456-457.

²⁵⁸ Esta mesma noção de contrariedade às normas escritas, é possível ver em: XENOFONTE, *Helênicas*, I, 7, 15; e, PLATÃO, *Apologia*, 32, c-d.

²⁵⁹ ARISTÓFANES, *Arcanianos*, 532.

realização da paz, e aqueles que, seguidores de Cleon (sucessor de Péricles), preferiam mantê-la. É nesse contexto que também se discute o valor das normas postas anteriormente pela Assembléia.

Tucídides, quando em sua história antiga retoma um discurso no funeral de Péricles, igualmente menciona a existência de leis não-escritas.²⁶⁰ O historiador narra o simbólico enterro dos atenienses que haviam morrido na guerra contra Esparta no séc. V, bem assim o discurso e construtor da democracia ateniense. O texto deixa ver que os atenienses seguiram as leis da cidade, de modo a valorizar a própria cidade e a sua liberdade sob o império normativo durante a guerra, porém, com o passar do tempo, a destruição moral se apresenta e a anomia se torna o elemento central.

De outro lado, Eurípedes, em *Écuba*,²⁶¹ quando esta, sua personagem principal, pede a Agamenon, que vingue a morte de seu filho Polidoro, matando Polimestor, aquele se opõe temendo que houvesse uma reação dos Aques. *Écuba*, então, reage lhe dizendo que não existe efetivamente nenhum homem que seja livre, posto que ou é escravo do dinheiro ou da sorte. Ao que se inflama e fala Agamenon que todos deveriam se comportar segundo os *ἔνγραφος νόμος* (leis-escritas) e não consoante a sua *κατὰ γνώμην* (consciências). Deixa-se prever que as leis escritas passavam a ser o exercício da consciência pública e da *δίκαιον* (justiça),²⁶² oponíveis aos *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas).

Por fim, ao menos estabelecendo um quadro de percepções deste fenômeno, há que se fazer referência a uma lei trazida pelo orador Andocides,²⁶³ que teria como conteúdo principal a proibição de alguém se valer de *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas) contra uma lei escrita, especialmente já organizadas pelos atenienses no séc. V a.C. Numa tentativa de definir espaços de oralidade e escrita na prática judiciária e conduzir a participação dos costumes a um lugar cada vez menor ou ao menos residual, quando muito, num âmbito interpretativo.²⁶⁴

A partir dessas experiências normativas ressaltadas pelos clássicos, inúmeros autores, como Rudolf Hirzel, M. Ostwald e Jacqueline de Romilly procuraram refletir sobre o conceito que esses *ἄγραφοι νόμοι* (leis não escritas) teriam no mundo clássico.²⁶⁵

²⁶⁰ TUCÍDIDES, *História da guerra do Peloponeso*, 2.37.

²⁶¹ EURÍPEDES, *Écuba*, 864 e segs.

²⁶² EURÍPEDES, *Écuba*, 852-853

²⁶³ ANDOCIDES, *Sobre os mistérios*, I, 85.

²⁶⁴ BEARZOT, Cinzia. *La giustizia nella grecia antica* ..., p. 54

²⁶⁵ HIRZEL, Rudolf. *Themis, Dike und Verwandtes: ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*. Leipzig: Verlag, 1907; OSTWALD, M. *Was there a concept agraphos nomos in classical*

Para alguns seria o costume ou o direito consuetudinário (*Gewohnheitsrecht*), para outros, seria uma forma de direito natural (*die bei Allen Menschen geltenden Naturgesetze*).²⁶⁶

A origem, para estes autores, estaria na comédia, no intuito de satirizar e trazer à tona o conflito entre um poder constituído, representado pelos *ἔνγραφος νόμος* (leis escritas) e a consciência individual, manifestada pelos *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas). Numa leitura já mais elaborada e filosófica, retomam o próprio Aristóteles que, na *Retórica*, interpreta o sentido de *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas) e amplia o seu sentido para a idéia de “consciência individual”, “direito natural”, “direito divino”, “direito consuetudinário”, “tradições locais baseadas num consenso social”, “justiça não-escrita” (*ἀγραφα δίκαια*) etc. Aristóteles, sem muita precisão, opõe o *κοινὸς νόμος* (norma comum) ao *ἴδιος νόμος* (norma particular), ao afirmar que aquela poderia ser até mesmo não-escrita.²⁶⁷ Desta leitura constroi uma idéia de que *κοινὸς νόμος* (norma comum) seria um direito natural expresso no sentimento comum relativo à natureza das ações (*κατὰ φύσιν*), enquanto o *ἴδιος νόμος* (norma particular), relativo ao povo que a cria e não universal, mas também poderia ser *ἀγραφος* (não-escrita) quanto *γεγραμμενος* (escrita). A visão de Aristóteles neste sentido de *ἴδιος νόμος* (norma particular), que também aceitaria a figura não-escrita, está mais próxima de uma idéia de costume.²⁶⁸

Contudo, houve um tempo, na própria época de Péricles, como dito acima, que a necessidade de se edificarem leis se tornou um dos elementos necessários à sua manutenção. Eurípides, nas *Suplicantes*, bem demonstra que as leis, uma vez postas por escrito, faziam com que tanto rico quanto pobre tivessem a mesma justiça.²⁶⁹ Idéia que Platão também desenvolvera em *Górgias*, ao sustentar que as leis escritas seriam guardiãs da justiça.²⁷⁰ A necessidade de se criar um rito de transformação das leis não-escritas em escritas está atrelado ao séc. V e a construção da democracia, bem assim ao enaltecimento da justiça, da igualdade e da equidade.²⁷¹ Não se poderia construir uma justiça social

greece? In.: *Exegesis and argument: studies in greek philosophy*. Assen: G. Vlastos, 1973.; ROMILLY, Jacqueline. **La loi dans la pensée grecque**. Paris: Les Belles Lettres, 2001.

²⁶⁶ Aprofundar essa reflexão atualmente se tem: THOMAS, Rosalind. **Written in stone? liberty, equality, orality, and the codification of law**. In.: *Greek law in its political setting: justifications not Justice*. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 09-33, 1996.; GAGARIN, Michael. **Writing greek law**. New York: Cambridge University Press, 2008 p. 39-67.

²⁶⁷ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, I, 375, a-b.

²⁶⁸ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, I, 373, b.

²⁶⁹ EURÍPEDES, *Suplicantes*, 430-434.

²⁷⁰ PLATÃO, *Górgias*, 82, II, a, 30.

²⁷¹ THOMAS, Rosalind. **Writing, law, and written law**. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 42-43, 2005.

apenas com seis divinas. A idéia de uma *ἐννομία* (boa ordem) se torna o discurso da felicidade dos homens e da boa cidadania.²⁷²

A manutenção da cidade e a estabilidade de suas relações sociais se tornam uma necessidade no séc. V, inclusive pelo fato da economia grega experimentar,²⁷³ por força de sua nova postura diplomática, um grande avanço. A tradição e o costume provavelmente se tornaram intoleráveis neste ambiente público. Gagarin, inclusive, chega a afirmar que o modo como o homicídio foi positivado está vinculado ao fato da democracia não aceitar mais a justiça privada feita dentro das famílias, em especial, por força da insegurança coletiva que causava.²⁷⁴

A criação, ou, revalorização das instituições constitucionais da *Βουλή* (Conselho) e da *Εκκλησιά* (Assembléia), representaram exatamente o momento em que se materializavam os instrumentos para que um processo normativo aparecesse em Atenas, a ponto de se deixarem criar os *ἐνγραφος νόμος* (leis escritas). Apesar do destaque ateniense, outras inscrições de pedras ou placas de bronze mostram legislações do mesmo período, como em Górtina (talvez o maior código organizado),²⁷⁵ Creta, Olympia, Elis, Argolide, Argos, Tebas, Catana, Esparta, Atenas, Locri. Inobstante a importância de Drácon e Sólon para as primeiras normas escritas, tanto que os atenienses gostavam de se referirem às “leis de Sólon”,²⁷⁶ mesmo quando já havia democracia, somente com tais instituições é que “experiência jurídica grega” avança numa perspectiva de formalização.

A *Βουλή* (Conselho) possuía, entre seus poderes, o de emitir um *προβούλευμα* (parecer preventivo), muito próximo, segundo Remo Martini, de uma *auctoritas* senatorial romana,²⁷⁷ que se manifestava sobre as decisões da Assembléia Popular, tanto em matéria legislativa quanto judiciária, nos casos em que se lavavam alguns atenienses a serem julgados perante a *Εκκλησιά* (Assembléia) pela *εἰσαγγελία* (acusação pública). Também

²⁷² ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, 12, 4, 36, w.

²⁷³ Ver, nesse sentido, a leitura feita em: FARAGUNA, Michelle. **Commercio, scrittura, pratiche giuridiche: recenti studi sull' 'emporía' greca**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 5, p. 237-254, 2002.

²⁷⁴ GAGARIN, Michael. **Early greek law**. New York: University of California Press, 1989, p. 23. Essa mesma idéia, Gagarin volta a retomar posteriormente, no encontro daquela mencionada *Gesellschaft*, no encontro de outubro de 2005: GAGARIN, Michael. **From oral law to written laws: Draco's law and its homeric roots**. In. Symposium 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 3-17, sept. 2005.

²⁷⁵ DAVIES, John K. **Deconstructing Gortyn: When is a Code a Code?** In.: Greek law in its political setting: justifications not Justice. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 33-56, 1996.

²⁷⁶ THOMAS, Rosalind. **Writing, law, and written law ...**, p. 59

²⁷⁷ MARTINI, Remo. **Diritti greci...**, p. 29.

exercícia, ao lado desta, uma espécie de correição sobre a atividade dos magistrados, porém restrita ao aspecto financeiro.

Contudo, a principal instituição é a *Εκκλησιά* (Assembléia), porque resumida, dentre outras funções, a de produzir as normas escritas legitimamente. Apesar da importância, é de se registrar que Aristóteles trata muito pouco de sua função, o que trouxe inúmeros questionamentos por parte dos *scholars*. Restringe-se a mencionar que os seus membros se reuniam²⁷⁸ quatro vezes durante aquela pritania, de que se falou, o que dava em torno de quarenta reuniões anuais, e votavam levantando a mão numa única vez, ou, duas, quando a pena era mais grave, como o ostracismo. De qualquer modo, os autores contemporâneos não negam, por outros diversos textos, a importância desta assembléia para fins do séc. V a.C..

Entre as funções menores, estavam: a competência em matéria de política externa, como guerra, tratado, diplomacia, paz etc.; controle sobre a administração, especialmente sobre os atos dos magistrados que estavam na *Βουλή* (Conselho), na *Ἠλιασταί* (Tribunal) e na própria *Εκκλησιά* (Assembléia); e um restrito poder judiciário excepcional, para os casos de traições contra a *πόλις* (cidade), que, segundo Martini, acabou se deteriorando concomitantemente à derrocada da democracia ateniense, quando desocupados passaram a querer fazer parte das discussões assembleares apenas em prol daquele *μίσθος* (jeton).²⁷⁹ Esse Poder Judiciário era exercido de dois modos: um, quando ela dava um *προβολή* (juízo de admissibilidade), que, se positivo, remetia a questão a ser discutida e votada no *Ἠλιασταί* (Tribunal); outro, em que a própria instituição popular julgava a acusação apresentada pela aquela *ἑισαγγελία* (denúncia pública), inclusive, aplicando a pena – mesmo de morte.

Neste capítulo judiciário, é possível perceber talvez uma das causas da ruptura da democracia ateniense. Não apenas o uso da instituição pelos desocupados com o passar do tempo, mas, principalmente, pelo fato de terem poder de exceção de julgar graves traições, imputando igualmente graves penas, sem que houvesse aquele conjunto de garantias que se exigiam dos magistrados ou do *Ἠλιασταί* (Tribunal), como julgar segundo as leis ou de acordo com a opinião mais justa. A *ἑισαγγελία* (denúncia pública) acabou se transformando num demasiado e mal usado instrumento político.

Contudo, o principal papel, ao menos a função própria na divisão constitucional da *πόλις* (cidade) era normativa, de criar as *ἔνγραφος νόμος* (leis escritas). Aqui volta a

²⁷⁸ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, XLIII.

²⁷⁹ MARTINI, Remo. *Diritti greci...*, p. 30.

discussão posta anteriormente do fato de, mesmo as leis escritas, não serem isentas de um conteúdo religioso, ainda que os romanos tenha tentado traduzir rasamente o *νόμος* (norma) em *lex* (lei). De qualquer modo, neste particular surge uma diferenciação importante entre a norma, legítima, emanda da *Εκκλησιά* (Assembléia), que, por um rigoso processo de criação e modificação (em breve analisado), torna as leis divinas mais próximas dos homens, dita *νόμος* (norma) e o *ψήφισμα* (decreto), este ainda mais concreto, embora de distinção um pouco confusa.

Quando no séc. IV a.C. é criada a *Νομοθεσία* (Colégio Judicante ou também traduzida como legislação, de modo reduzido), do qual Aristóteles nem sequer menciona em sua Constituição de Atenas, com seus 500 membros, que seria uma derivação da *Εκκλησιά* (Assembléia), cumpriria basicamente duas funções: uma, que passou a existir a partir deste momento que era de dirimir conflitos entre leis, e, outra, de elaborar o *ψήφισμα* (decreto). Seus membros – *νομοθέται* (membros do Colégio Judicante) – eram indicados pela própria Assembléia. Há autores que mencionam que este teria um caráter particular e de duração limitada, seguindo aquela orientação Pseudoplatônica acima elaborada, ou, seriam destinados a conceder títulos honoríficos, porém, não há razões suficientes para encontrar uma verdadeira diferenciação. A razão desta distinção estaria no fato de Aristófanes, por vezes, mencionar *ψήφισμα* (decreto), ou, mesmo pelo fato do golpe oligárquico que colocou os trinta tranos no poder entre 411 e 403 a.C. ter sido feito por *ψήφισμα* (decreto), mas, especialmente, pelo juramento dos juízes ser de acordo com “as leis e os decretos” de atenas, como se verá adiante na questão da *rule of law*.

Mogens Hansen²⁸⁰ sustenta de um modo mais detalhado, e, sem dúvida, é o único a fazê-lo desta maneira, que o *ψήφισμα* (decreto) serviria: como norma individual e permanente, destinada a apenas um indivíduo; norma individual e temporária, como aquelas que concediam cidadania – a lembrar da concessão a Dionísio de Siracusa; ou, por fim, norma geral e temporária, tal aquela que chamava a todos para a guerra. Deste modo, quando o objetivo fosse criar uma norma geral e permanente, cumpriria a *Εκκλησιά* (Assembléia) fazê-lo, para garantir um caráter constitucional. Ressalta-se que Douglas MacDowell tem uma posição contrária, afirmando que tecnicamente o *ψήφισμα* não seria decreto e sim voto, de algo referenciado pelo voto do povo, inclusive para as decisões da

²⁸⁰ HANSEN, Mogens Herman. **Nomos and psephisma in fourth-century Athens**. In.: The athenian ecclesia: a collection of articles 1976-83. Copenhagen: Museum Tusculanum Press, p. 161-176, 1983.

Εκκλησιά (Assembléia). Sustenta-se no fato de que a origem da palavra, *ψέφος* significava voto do povo pelas mãos levantadas.²⁸¹

A par da diferença ou não de existência entre *ψήφισμα* (decreto) e *νόμος* (norma), é reconhecido por todos que neste contexto surgirá uma importante forma de *γραφή παρανόμων* (ação pública de “improbidade”), proposta por qualquer pessoa contra aquele que eventualmente propôs um decreto contrário as normas da *πόλις* (cidade).

Concluindo, as leis eram criadas pela *Εκκλησιά* (Assembléia) por meio de votação, escritas em pedra ou madeira e colocadas em local público para que todos vissem,²⁸² e cuja competência não se esgotava na sua publicação. Esta instituição, responsável pelo processo normativo ateniense, que garantia nítido aspecto popular e de democracia direta, obviamente, tinha também alguns papéis diante do conjunto normativo que passou a existir, ainda não codificado.

Dentre estes, estavam: um papel de *διόρθοσις των νόμων* (inspeção das leis), para adaptá-las ao momento histórico, que pode ser retirado de uma passagem de Ésquino²⁸³; outro de *ἐπιχειροτονία των νόμων* (revisão) representado por uma votação no último dia da primeira *πριτανία* (legislatura de 30 ou 35 dias) para verificar se conviria conservar ou mudar as leis existentes, que pode ser extraído de Demóstenes²⁸⁴; e, por fim, outro de abrogação, possível de ser extraído também de Demóstenes²⁸⁵, e, que, jusgrecista contemporâneo Remo Martini chega a afirmar, na linha de Biscardi e Paoli, que, de fato, *ὁ βουλόμενος* (qualquer pessoa que quisesse) poderia pedir a abrogação de uma norma.²⁸⁶

Em todos os processos, um papel muito próximo do que é exercido no Brasil pelo Advogado Geral da União no controle de constitucionalidade, também ocorria, que era a defesa da lei existente, feita por cinco *συνέγοροι* (advogados) escolhidos pela própria *Εκκλησιά* (Assembléia). Assim, um verdadeiro processo, rigoroso e organizado havia na Grécia, o que impede naturalmente argumentos em torno de uma prática legislativa irracional ou desconhecida.²⁸⁷

²⁸¹ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 45.

²⁸² MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 45.

²⁸³ ESQUINO, *Contra Ctesifonte*, § 38 e segs.

²⁸⁴ DEMÓSTENES, *Contra Timócrates*, § 20.

²⁸⁵ DEMÓSTENES, *Contra Timócrates*, § 33.

²⁸⁶ MARTINI, Remo. *Diritti greci...*, p. 32.

²⁸⁷ Tal era a formalidade, que, inclusive, todo um processo de republicação das leis se deu em Atenas no séc. IV a.C., numa tentativa de sistematização e atualização normativa. Nesse sentido, aprofundando, ver: VOLONAKI, Eleni. *The re-publication of the athenian laws in the last decade of the fourth century b.C.* In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 4, p. 137-167, 2001. MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 46-48.

Avançando, no que diz com o fenômeno normativo, naturalmente surgem inúmeras questões a serem analisadas, ainda que não houvesse um ordenamento jurídico propriamente dito entre os gregos. Muito embora se deixe para frente a análise das normas positivas que existiam na Atenas democrática, nos seus diversos campos, como público, privado, criminal, processual etc., é possível suscitar algumas questões relevantes e que trazem questionamentos para os *scholars* contemporâneos. Dentre estas problemáticas, conviria, sem alguma escolha racional-sistemática, mas apenas para discutir importantes figuras, refletir três questões intimamente ligadas, que colocam questionamentos em torno da validade e da eficácia da norma: a “anomia” junto à “regra da lei” e à “interpretação da norma”.

Aquela crise da democracia, há pouco mencionada desde Romilly, que faz ruir o papel relevante que o fenômeno legislativo, tinha na Grécia até o início do séc. IV a.C., é traz uma série de desconfortos para os gregos, sendo justamente sobre esse processo que os filósofos pós-socráticos vão se debruçar, seja para entender, seja mesmo para pensar num modelo ideal, tal fizera Platão.²⁸⁸

Ao lado desta situação complicada e confusa para a democracia ateniense, que era a *ἀνομία* (ausência de norma),²⁸⁹ surge um recurso para tentar orientar os julgamentos quando este fenômeno ocorresse: o denominado “*rule of law*” (regra da lei). Edward M Harris²⁹⁰, num importante recorte feito em 2006, salientou a importância que a *rule of law* desempenhava em Atenas. Segundo ele, esse papel é fundamental exatamente pelo fato da democracia ateniense ter colocado a lei como o guia supremo da construção da *πόλις* (cidade), e, sobretudo, para o que aqui importa, como fundamento constitutivo de virtudes nos homens. Em alguns trechos, é possível vivenciar esse valor da norma, como o retrato de um funeral por Hiperides, que ressalta o fato dos homens só poderem ser felizes se forem orientados pela “voz da lei”; ou, em outro, em Lísias, também num funeral menciona que os homens seriam diversos dos animais selvagens por são justos “pela lei”; ou igualmente no funeral de Péricles, já citado outrora, em que Tucídides mostra que os homens deveriam seguir na vida pública sem “violar as leis”; ou, enfim, no julgamento de

²⁸⁸ BERTRAND, Jean-Marie. **Quelques réflexions sur la façon dont Platon fait parler lois**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 9, p. 92-105, 2006.

²⁸⁹ Além da *ἀνομία* (ausência de norma), haveria ainda, embora aqui neste trabalho não caberia avançar, dada a complexidade do tema, a questão daqueles que atentavam e questionavam as normas, chamados de *ἀθίμοι* (detratores das normas). Para tanto, ver: WALLACE, Robert W. **Law's enemies in ancient Athens**. In. Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 183-196, sept. 2005.

²⁹⁰ HARRIS, Edward M. **The rule of law in athenian democracy: reflections on the judicial Oath**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 9, p. 156-181, 2006.

Efébico, em que cada jovem cidadão, ao se graduar, deveria julgar anualmente que obedeveria às leis estabelecidas.²⁹¹

A obediência à lei era um requisito para o exercício da democracia, e a sua não observância, se aceita pelo Tribunal, era uma forma de destruí-la institucional e lentamente, e, nessa medida, destruir o interesse comum.²⁹² Isto é tão vivo, que os atenienses procuravam elogiá-la em qualquer momento da vida, seja na *ἀγορά* (praça) seja na vida judiciária quando juízes do povoado, árbitros ou membros do *Ἠλιασταί* (Tribunal). Uma forma de reconhecer este cuidado normativo é através do juramento, que cada cidadão escolhido anualmente para ser um dos *δικαστής* (magistrados) deveria fazê-lo de julgar de acordo com as leis e os decretos de Atenas. Diante do rio Ilissus no *δέμε* (povoado) de Ardetus, posteriormente chamado de herói ático, os juízes faziam esse juramento, ressaltando o valor fundamental que a lei tinha entre os atenienses. Esse juramento é um dos recursos que permite construir a idéia de um “direito constitutivo” entre os gregos. À medida que o juiz se obriga com a lei, obriga-se com todos em cumprir aquele conteúdo amplo e virtuoso que a norma grega estabelecia (essa idéia será mais bem explorada adiante).

Há naturalmente controvérsias sobre a importância deste juramento. Josiah Ober,²⁹³ Adriaan Lanni,²⁹⁴ e David Cohen²⁹⁵ procuram negar esse excessivo valor dado à *rule of law*, acreditando que o exercício do poder está um pouco além do valor supremo da norma. Elementos extra-legais influenciariam muito mais que a própria norma. Para eles, o *Ἠλιασταί* (Tribunal), era antes um lugar de realização pessoal política do que a valorização e curadoria das leis.²⁹⁶ De qualquer modo, a grande maioria dos autores, a começar com o clássico Biscardi,²⁹⁷ avançam em outro sentido.

²⁹¹ OSBORNE, R. **Greek historical inscriptions, 404-323 b.C.** Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 88 (linhas 12-14). [Hipérides, **Epitáfio**, 25; Lísias, 2, 19; Tucídides, **História da guerra do Peloponeso**, 2, 37, 430]

²⁹² DEMÓSTENES, **Contra Timócrates**, 24.215-16.

²⁹³ OBER, Josiah. **Mass and elite in democratic Athens: rhetoric, ideology, and the power of the people.** Princeton: Princeton University Press, 1989.

²⁹⁴ LANNI, Adriaan. **Law and justice in the courts of classical Athens.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

²⁹⁵ COHEN, David. **Law, violence and community in classical Athens.** Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

²⁹⁶ HARRIS, Eward M. **Feuding or the rule of law? The nature of litigation in classical Athens: an essay in legal sociology.** In: Symposion 2001 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 125-142, sept. 2001.

²⁹⁷ BISCARDI, Arnaldo. **La ‘gnome dikaiotatē’ et l’interprétation des lois dans la Grèce ancienne.** In.: *Scritti di diritto greco.* (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 89-102, 1999.

O juramento foi recortado por Demóstenes,²⁹⁸ e apresenta, segundo interpretações contemporâneas, algumas idéias centrais que obrigariam os juízes a: a) votar de acordo com as leis e os decretos do povo ateniense²⁹⁹; b) votar sobre as matérias pertinentes do caso³⁰⁰; c) ouvir igualmente acusador e defensor³⁰¹; d) *δίκαζειν* (julgar) de acordo com a *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa).

Os três primeiros dos juramentos, fazem ressaltar a preocupação que os gregos tinham com a conduta do juiz, especialmente com as limitações em torno da *rule of law* e com o equilíbrio da relação processual. Nas entrelinhas, aparecem já categorias que os romanos se preocuparam posteriormente em desenvolver, com os limites materiais da decisão judicial – *res judicata*, e com a paridade processual pela ampla defesa. Categorias fundamentais no processo contemporâneo. A limitação do poder do juiz em termos materiais representa uma idéia extremamente avançada para época, sobretudo se for possível discutir no Brasil, que ainda não tem um excepcional livro que trate, por exemplo, dos limites da coisa julgada no âmbito processual penal. A dificuldade que hoje se apresenta, já fora trabalhada, ainda que superficialmente, pelos gregos.

Ademais, os atenienses não permitiam qualquer mobilidade processual, com vistas a que a matéria posta em juízo pudesse ser modificada ao longo do curso. Se, por um lado, isto representaria aos olhos contemporâneos um desrespeito à economia processual, por outro, evitava que processos fossem propostos descuidadamente, seja por parte do autor/acusador, seja por parte dos juízes na condução do processo. Essa pouca mobilidade, fica evidente em algumas passagens, como nos discursos de Antifonte³⁰² ou de Demóstenes³⁰³, que proibiam que questões relevantes, embora não restritas ao caso, pudessem ser discutidas. Fica nítido que o “objeto procesual” (seja a lide ou caso penal modernos) eram claramente restritos e bem contornados, de modo que não sobrava qualquer espaço para figuras como a “instrumentalidade das formas” no processo civil contemporâneo, ou a *mutatio e emendatio libelli* no processo penal, de origens romanescas.

²⁹⁸ DEMÓSTENES, 24.149-151. Este fragmento de Demóstenes encontra-se em: BONNER, Robert Johnson; SMITH, Gertrud. **The administration of justice from Homer to Aristotle**. 2v. Chicago: Chicago Press, 1938.; DRERUP, E. **Über die bei den attischen Rednern eingelegten Urkunden**. In.: *Jahrbücher für Classische Philologie*, n. 24, p. 221-366, 1898.; e, FRAENKEL, M. **Der attische heliasteneid**. In.: *Hermes*, n. 13, p. 452-466, 1878.;

²⁹⁹ ÉSQUINO, 3.6; ANTIFONTE, 5.7; e, DEMÓSTENES, 20.118.

³⁰⁰ ÉSQUINO, 1.154; 1.170; e, DEMÓSTENES, 45.50.

³⁰¹ ÉSQUINO, 2.1; DEMÓSTENES, 18.2; ISÓCRATES, 15.21, LUCIANO DE SAMÓSTA, *Calúnia*, 8.

³⁰² ANTIFONTE, 6.33-46.

³⁰³ DEMÓSTENES, 56.11-17.

Certamente, o que gera uma imensa discussão é o alcance daquela quarta cláusula, de julgar segundo a *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa). Porque aqui abre espaço para a idéia de “hermenêutica jurídica” entre os gregos (a seguir mais bem analisado), que, segundo Edward Haris,³⁰⁴ pode ser vista sob dois aspectos: de um lado, quando não houvesse lei - *ἀτιμία* (ausência de lei), cumpriria ao juiz julgar segundo a “opinião mais justa”³⁰⁵; e, de outro, julgar segundo a “opinião mais justa” significaria não decidir de acordo com os inimigos ou contra os inimigos, logo, a sua opinião mais justa.³⁰⁶

Essas idéias que comportam a *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa), seja de julgar assim quando inexistem a lei, seja de julgar nunca em favor ou contra, mas de modo justo, estava, portanto, na vanguarda do pensamento que os atenienses tinham do papel que a norma poderia ter. Embora se possa refletir, num primeiro momento, e se chegar a uma conclusão de que a norma estaria num segundo plano, exatamente por esta cláusula, por outro lado, é possível, muito pelo contrário, encontrar nela um conceito amplo de norma, que não se restringiria ao texto legislativo. O julgamento mais justo importaria aquela noção de “equilíbrio”, de *σοφροσύνη* (“prudência”) que o direito grego possuía e que estava na base da própria noção de *νόμος* (norma) outrora evidenciado. Também é possível verificar isto na noção que os gregos construíram em torno do *συναλλάγμα* (relação), que em muito se difere da noção romanista de Labeo de “contrato”, à medida que a base não é o acordo e sim o equilíbrio.

Aristóteles também aprofunda esta leitura da “opinião mais justa”, afirmando que, muitas vezes, em especial naquelas situações em que a lei é contrária ao interesse da pessoa que dela precisa, a *ἐπιεικεία* (equidade) passa a tomar cena, o que significa que nem sempre o juiz deverá julgar de acordo com a lei em *πάντελος* (todos os casos).³⁰⁷ O grande problema desta interpretação, acredita, por exemplo, Edward Haris³⁰⁸, é que não existe nenhuma oração que se conheça dos oradores, como os grandes Ésquino, Demóstenes, Lísias, Iseus ou Isócrates, nem tampouco dos menores Antifonte, Andocide, Licurgo, Dinarco, Demade ou Hipéride que sustente o questionamento da possibilidade de se opor ao texto legal.

³⁰⁴ HARRIS, Edward M. *The rule of law in athenian democracy* ..., p. 160.

³⁰⁵ DEMÓSTENES, *Contra Leptines*, 20.118; DEMÓSTENES, *Contra Boeotus*, 39.39-40.

³⁰⁶ DEMÓSTENES, *Contra Aristócrates*, 23.96-97; DEMÓSTENES, *Contra Eubulides*, 57.63; POLLUX, 8.122.

³⁰⁷ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 15.1375a5-b12.

³⁰⁸ HARRIS, Edward M. *The rule of law in athenian democracy* ..., p. 163.

Além do mais, apesar dos *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas) terem exercido fundamental papel na experiência jurídica grega, como dito, não há uma passagem entre os oradores, seja nas únicas que se referem a leis não-escritas de Demóstenes³⁰⁹, que conseguem sustentar a idéia aristotélica de que elas poderiam ser sobrepostas ao *ἐνγραφος νόμος* (lei escrita). Nenhum litigante em Atenas, ao menos nos registros que existem, chegou a discutir claramente que as leis poderiam ser ambíguas e procurou que os juízes julgassem segundo suas “opiniões mais justas”. Segundo Haris, se o termo era polissemântico, o litigante buscava encontrar, seja na intenção do legislador, seja em outros precedentes, o fundamento para o modo como estava interpretando aquela palavra, como se aquele fosse o seu “natural” conteúdo, sem apelar para considerações de outra ordem.³¹⁰

Igualmente não há qualquer menção nos discursos dos oradores que mostre que os juízes deveriam abandonar o *ἐνγραφος νόμος* (lei escrita) porque ele era obsoleto, ao que Aristóteles teria deixado pressupor, preferindo um julgamento com base na opinião mais justa. Isto implica dizer que, na ausência de provas propriamente jurídicas de que a opinião mais justa era realmente o fundamento por excelência da decisão judicial, os juízes só se utilizariam de *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas) ou de outros fundamentos, como a própria *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa) quando se tratasse de uma situação de *ἀτιμία* (ausência de norma) e não de conflito ou ambigüidade.

Há alguns autores como Matthew Christ, que chegam a afirmar que a quantidade de lacunas e falta de normas era tão grande em Atenas, que o recurso à *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa), ainda que restrita a esta hipótese, era extremamente corriqueira e inevitável.³¹¹ Apesar de eventual discussão acadêmica, neste ponto os autores concordam com o fato dos gregos se valerem da *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa). Isto colocava o julgamento dos juízes num plano mais amplo, que poderia envolver considerações gerais de justiça, de modo que não haveria propriamente uma grande diferenciação feita pelos oradores entre julgar com justiça e julgar segundo a lei.³¹² Há algumas passagens nos discursos de Demóstenes, Ésquino, Antifonte, Iseus e Lísias que deixam expressar essa

³⁰⁹ DEMÓSTENES, *Sobre a coroa*, 18.274-275; e, DEMÓSTENES, *Contra Aristócrates*, 23.70.

³¹⁰ HARRIS, Edward M. *The rule of law in athenian democracy* ..., p. 164.

³¹¹ CHRIST, Matthew R. *The litigious athenian*. Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1998.

³¹² Mesmo neste particular, alguns autores como o próprio Matthew Christ não acreditam que seria possível identificar um julgamento segundo a lei e segundo a justiça, por ser esta mais ampla. CHRIST, Matthew R. *The litigious athenian* ..., p. 195.

ampla consideração normativa.³¹³ Estas passagens citadas relevam sobremaneira o fato do conteúdo normativo ter um grande apego à justiça, não se limitando à técnica moderna ou mesmo romana de lei.³¹⁴ Este é um fato que contribui especialmente para analisar um possível “direito constitutivo” entre os gregos.

Isto implica dizer que, para os gregos, um juiz, quando vota de modo mais justo, acaba por votar segundo a lei (porém, neste sentido mais amplo do que a *lex* romana experimentou). O que se negava, naturalmente, era que o juiz julgasse segundo a sua consciência o que lhe parece apenas mais certo.³¹⁵ O que se pretendia afastar eram julgamentos políticos, não no sentido grego, aquele levado ao tribunal por uma *γράφη* (ação pública) – como se verá adiante – mas num sentido moderno, deteriorado, de estar a serviço da consciência individual ou de interesses de determinadas classes ou da polícia. Também fica clara esta idéia pelo fato dos discursos dos oradores não mencionarem que os juízes julgavam preocupados com questões políticas, eis porque não se mencionavam, ou, se mencionados, não eram levados em consideração, o serviço público ou o *status* social do acusado.³¹⁶

Essa questão leva a outra, que lhe está igualmente atrelada como visto, que é a idéia “interpretação” que havia entre os gregos. Admitir que os magistrados atenienses poderiam atribuir novos sentidos às normas, não parece ser algo plenamente claro e aceito entre os intérpretes contemporâneos. Alguns poucos *scholars* já se dedicaram a investigar o tema, como H. J. Wolff, H. Meyer-Laurin, Louis Gernet, Ugo Paoli, Vinogradoff, J. Meinecke, e, atualmente, Edward M. Harris da Durham University, mas ainda continuam abertas as linhas de pesquisa neste campo.

De um lado, autores como Harris³¹⁷ avançam sobre esta questão da interpretação normativa, a partir do que Hart denominara de *open texture*,³¹⁸ para sustentar uma posição mais conservadora, mais segura, naquele sentido de que acima se falou, ou seja, de uma

³¹³ DEMÓSTENES, *Contra Leptines*, 20.118-119; DEMÓSTENES, *Contra Boeotus I*, 39.39-40; ÉSQUINO, 3.199-200; ANTIFONTE, 5.7; 5.87; ISEUS, 2.47; 4.31; 6.65; 8.46; 9.35; 11.18; LÍSIAS, 9.19; 14.22; 14.42; 14.46;

³¹⁴ LÍSIAS, *Contra Teomnesto*, I (X), § 6º e segs.

³¹⁵ HARRIS, Edward M. *The rule of law in athenian democracy* ..., p. 170.

³¹⁶ HARRIS, Edward M. *The rule of law in athenian democracy* ..., p. 179. “There is no reason to deny that some trials in Athens were political, but the Athenians did not believe that these trials were decided on political grounds. Because they believed in the rule of law, they assumed that their fellow citizens did too.” [trad. do autor: “Não há razão para negar que alguns julgamentos em Atenas foram políticos, mas os atenienses não acreditavam que esses julgamentos eram decididos em termos políticos. Porque eles acreditavam na ‘rule of law’, eles assumiam que seus cidadãos a seguiam.”]

³¹⁷ HARRIS, Edward M. *Open texture in athenian law*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 3, p. 27-79, 2000.

³¹⁸ HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: University of Oxford, 1961, p. 121.

possibilidade de valer-se da *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa) a título de interpretação apenas quando houvesse ausência de normas. De outro, estão autores mais clássicos, que acreditam que a *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa) prevista, como dito, no juramento anual dos juízes, abriria amplamente, tal Biscardi, um triplo papel para os magistrados: a) de servir de guia para fins de interpretação legal; b) de auxiliar na colmatação das lacunas legais eventualmente existentes; c) de ajudar na resolução de conflitos entre a lei e a equidade, que, de regra, pendia para esta.³¹⁹

Avanando na linha deixada pelo autor italiano,³²⁰ tem-se que por força do juramento feito pelos juízes de atentar às leis, de *δικάζειν* (votar) ou *ψηφίζεσθαι* (votar) de acordo com o que foi previamente estabelecido pela comunidade, ou melhor, de se manifestar *κατὰ τοὺς νόμους* (segundo as normas),³²¹ transformava-se num dever moral do próprio juiz, de bem pronunciar a sua *γνώμη τῇ δικαιοσύνῃ* (opinião mais justa). Fica clara essa idéia quando Aristocrate, no discurso de Demócrito, afirma que votaria segundo segundo a sua alma e consciência, se obedecer ao *χάρις* (favor) ou à *ἔχθρα* (raiva). Havia, portanto, uma necessária vinculação entre o *κατὰ τοὺς νόμους δικάζειν* (julgar conforme as leis), inclusive quando ausentes (*καὶ περὶ ὧν ἄν νόμοι μὴ ὦσι ἀλλὰ μὴν ὧν γ' ἂν μὴ ὦσι νόμοι*), e o bem julgar. A própria idéia de ausência de norma implica um exercício necessário da *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa). Havia um ativismo por parte dos gregos, ao mesmo tempo que o *νόμος* (norma) era uma forma de condensação da *δικαιοσύνη γνώμη* (opinião mais justa).

Enfim, a preocupação em interpretar, independentemente das hipóteses, muito embora tivesse um cunho pragmático, evidentemente, não descuidava, para os gregos também neste capítulo de um conteúdo ético. Havia sempre no ato de interpretar um juízo do “bem interpretar”, do interpretar corretamente segundo as regras morais e segundo a boa condução do *λόγος* (raciocínio/argumentação). Interpretar não apenas um dever com o *νόμος* (norma), com sua origem, o seu sentido, mas, antes, um dever com o julgamento ético, com o *Ὁρθῶς Βεβουλευμένων* (bom senso)³²². Aristóteles, inclusive, chega a

³¹⁹ BISCARDI, Arnaldo. *La ‘gnome dikaiotatē’ et l’interprétation des lois dans la Grèce ancienne*. In.: *Scritti di diritto greco*. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 89-90, 1999.

³²⁰ BISCARDI, Arnaldo. *La ‘gnome dikaiotatē’ et l’interprétation des lois dans la Grèce ancienne*. In.: *Scritti di diritto greco*. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 91, 1999.

³²¹ ISÓCRATES, *Discurso contra Calímaco*, XVIII, 34.

³²² ISEU, *Cleônimo*, I, § 41.

vinculá-lo diversas vezes na Ética a Nicômaco com um a virtude do homem e sua regra de conduta.³²³

3. A jusracionalidade

3.1. As virtudes sistêmicas: *Δικαιοσύνη, Ἐπιείκεια, Σοφροσύνη e Φρονήσις*

A importância em se retomar os institutos jurídicos gregos, como feito acima, é naturalmente fundamental, sobretudo numa perspectiva historiográfica. Contudo, para uma análise de ordem filosófica, sua importância também se sobressai num dado aspecto: são os termos, os seus usos dogmáticos, e suas práticas nos tribunais que permitem guiar a reflexão jusfilosófica numa perspectiva científica. Todavia, como bem ressalta Arnaldo Biscardi, a mensagem para o futuro (“*il messaggio ai posteri*”)³²⁴ deixada pelo direito grego não está propriamente na sua dogmática ou na sua sistemática processual, e, sim, em alguns princípios fundamentais (“*principi cardini*”) que podem ter feições completamente distintas da contemporânea, quanto serem muito bem visíveis nas entrelinhas atuais.

Nesse sentido, mais que estudar os institutos materiais e processuais, é interessante deles tentar extrair uma forma de percepção e de reflexão sobre a racionalidade grega, procurando mostrar, ao final, como, de fato, havia certa peculiaridade deixada antever por suas características, que conduz a sustentação desta tese em torno de uma “experiência jurídica ascética, vista enquanto realização virtuosa – exercício em busca da plenitude moral.

Dentre tantas singularidades, há algumas variáveis indispensáveis (que convém serem aprofundadas), que estão presentes nas falas dos oradores, nas defesas processuais, nas poucas legislações, nas reflexões filosóficas, e que, num certo sentido, balizam o modo peculiar deste “exercício normativo grego”, quais sejam: *Δικαιοσύνη* (prática do justo), *Ἐπιείκεια* (equidade), *Σοφροσύνη* (temperança), *Φρονήσις* (saber prático), *Διάλογος* (prática discursiva). São estas as variáveis, que ganham certo destaque, e, marcam a jusracionalidade greco-clássica.

Levando a reflexão sobre a homologia e as virtudes para o Estado ideal e dessa maneira procurando refletir o seu modelo à imagem do homem, Platão procura responder a

³²³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1129, a; 1129, b; 1133, b; 1136, b; 1137, b; 1138, a.

³²⁴ BISCARDI, Arnaldo. *Diritto greco e scienza del diritto* ..., p. 151.

indagação que se fizera de modo abstrato no primeiro livro: “o que é a justiça?” Seu objetivo é demonstrar que há uma imensa correlação entre o Estado justo e o homem justo, e que não há como pensar na harmonia das estruturas da cidade sem atentar à harmonia das virtudes que o homem deve aprender com a *παιδεία* (educação). Por essa razão, o modelo de cidade ideal platônico deve pressupor quatro grandes virtudes, para que os cidadãos possam viver de modo disciplinado e racional e para que os governantes possam controlar as suas paixões e ter na conduta e na alma a justiça como fundamento: sabedoria, coragem, temperança e justiça. A sabedoria deve se manifestar nas decisões dos governantes, aos quais compete a escolha do que é bom ou ruim para a comunidade. A coragem se revela na figura dos guardiões, que, tal como faziam em relação às virgens, deveriam muito bem zelar pela ordem da *πόλις* (cidade). A temperança refere-se ao domínio dos prazeres que os artesãos devem ter, para garantir a convivência entre as classes, e, por fim, a justiça, base de todas, que revela no estado o equilíbrio e o fundamento da democracia.³²⁵ Mas em que lugar da austeridade da experiência jurídica ou do *νόμιμη ἔθος* (modo de ser e agir jurídicos) se coloca o problema das virtudes?

Aristóteles sustenta que haveria duas espécies de virtudes, aquelas que dizem com o intelecto e aquelas que se relacionam com a moral.³²⁶ As intelectuais são o produto da *παιδεία* (educação), razão pela qual exigem tempo e naturalmente experiência, enquanto as morais, tal a arte, são resultado do *ἔθος* (modo de ser e agir), e, portanto não é imanente ao homem, mas se adquire pelo hábito, pelo exercício, quanto por eles também se pode aniquilar até mesmo as virtudes: “de tocar o instrumento surgem os bons e os maus músicos.”³²⁷ Ambas as virtudes, quando praticadas, levam o homem a se tornar bom, porque representa a excelência da condição humana. Por essa razão, deve o homem fugir dos excessos ou da falta de virtude, porque somente através da justa medida é que pode alcançá-la.

Todavia, as virtudes compreendem um aspecto material, o que significa dizer que só ganham efetividade quando se realizam por práticas, por gestos, por atos. Há uma necessária positividade nas virtudes, pois é pela prática da continência que o homem se torna continente, é pelo exercício do justo que o jurista se torna virtuoso, e não apenas por pensá-lo abstratamente. “Mas a maioria dos homens não procede assim. Refugiam-se na teoria e pensam que estão sendo filósofos se tornarão bons dessa maneira. Nisso se portam

³²⁵ PLATÃO, *República*, IV, 419, a – 445, e.

³²⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, II, 15, 1103, b.

³²⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, I, 8, 1099, b.

como enfermos que escutam atentamente seus médicos, mas não fazem nada do que estes lhe prescrevem.”³²⁸ Portanto, as virtudes pressupõem a abstração do raciocínio, mas também a prática, a experiência virtuosa. Somente pelo hábito é que se torna efetivamente virtuoso.

Dentre as virtudes intelectuais ou dianoéticas, baseadas na sensação, na razão e no desejo,³²⁹ e direcionadas para a prática, estão: o conhecimento científico, voltado ao que pode ser ensinado e aprendido; a arte, direcionada a uma capacidade de produzir através do reto raciocínio; a sabedoria prática, voltada à capacidade do homem para deliberar; a razão intuitiva, predisposta para as últimas premissas de onde parte a ciência; e, por fim, a sabedoria teórica, envolta com a razão intuitiva e o conhecimento científico. Já dentre as virtudes morais estão: a coragem, meio termo entre o medo e a confiança; a temperança, meio termo entre os prazeres e as dores; a liberalidade, meio termo nas questões financeiras; a magnificência, no meio termo quanto ao dinheiro dado em grandes quantias; o justo orgulho, meio termo em relação à honra e à desonra; o anonimato, meio termo em relação à ambição; a calma, meio termo em relação à cólera; a veracidade, meio termo em relação estima; a amabilidade, meio termo na disposição de agradar a todos de maneira devida e amável; a modéstia, meio termo nas paixões; justa indignação, meio termo entre a inveja e o despeito; e, por fim, a *δικαιοσύνη* (justiça).

Dentre as várias concepções de justiça que os gregos criaram, sobretudo Aristóteles, como justiça total, justiça particular (distributiva, corretiva: comutativa e nas relações não voluntárias), justiça política (legal e natural), e justiça doméstica (despótico, conjugal e paternal),³³⁰ o que este ensaio ressalta é o modo como a justiça se constitui como uma virtude, e, pode, nesses termos, contribuir para tornar a experiência jurídica ascética. Não basta apenas que o homem tenha um *ὀρθος λόγος* (reta razão), capaz de lhe dar sabedoria, mas é preciso que exercite a justiça e faça dela um hábito, e, portanto, uma virtude.³³¹

Segundo Aristóteles, a *δικαιοσύνη* (justiça) é a disposição de caráter que permite as pessoas fazerem o que é justo ou mesmo desejarem o que é justo, por isso, pode-se sustentar que a justiça é uma forma particular de virtude completa ou a mais significativa e mais viva de todas as virtudes. Ela representa o exercício pleno das demais virtudes, e,

³²⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, II, 4, 1105, b.

³²⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 2, 1139, a.

³³⁰ BITTAR, Eduardo C. B.. *A justiça em Aristóteles* ..., p. 88-105.

³³¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 13, 1144, b.

quem a tem, pode exercer sua virtude sobre si mesmo e sobre os outros cidadãos. Naturalmente, a *δικαιοσύνη* (justiça) tem um cunho político,³³² e por isso o estagirita chega a sustentar que, dentre todas as virtudes, somente a justiça pode representar o bem do outro, a partir do instante que a sua prática, o seu hábito, garante também vantagens para o outro. O grande homem, o homem por excelência virtuoso, é aquele que pode praticar atos virtuosos com os outros, o que, naturalmente, não é acessível a todos.

Há, nesse aspecto, dois tipos de *δικαιοσύνη* (justiça) se desvelam: uma que diz com a distribuição de honras, dinheiro entre aqueles homens que têm uma parte na constituição, e, outra que possui algum instrumento de correção nos atos negociais, voluntário ou involuntário. Já a justiça política, comporta tanto o aspecto natural, e representa aquela que tem a mesma força em toda a parte, quando o aspecto legal, posto pelos homens, e, logo, mutável e convencional. Por essa razão, dentro do domínio do julgamento do justo e do injusto, de acordo com a oportunidade, o modo de execução, a adequação e a necessidade da escolha, a justiça se coloca numa perspectiva relacional como virtude, à medida que pressupõe o outro. Eis aqui uma base importante para a tese que adiante se mostrará em torno do conceito de um “direito constitutivo”.

Numa leitura subjetiva, individual, *δικαιοσύνη* (justiça) posta em discussão no Mênon platônico na tentativa de definir um caráter geral para as virtudes, permite Sócrates a aproximá-la à *σοφροσύνη* (temperança), sobretudo ao demonstrar que tanto homens quanto mulheres, seja na gestão da casa, seja na boa administração da cidade, quanto adultos e crianças, somente serão bons e virtuosos quando contemplarem a justiça e a prudência.³³³ Essa aproximação extraordinária abre, como adiante se investigará, espaço na jusfilosofia ática para uma reflexão que em muito contribui para a persecução da experiência jurídica como austeridade e humanidade. Num aspecto político, a justiça como virtude está atrelada ao campo de uma ética social, porque compreende as escolhas e as ações do indivíduo com implicações para a comunidade.

O justo meio, que Aristóteles coloca como resultado desejado na escolha individual, deve também, sobretudo, por uma educação voltada para as normas, alcançar uma dimensão pública, capaz de tornar o homem apto a julgar as condutas dos outros cidadãos. A *δικαιοσύνη* (justiça), nestes termos, coloca-se ao lado da equidade para aproximar o justo legal do justo natural, potencializando a justiça consensual. Justo meio, sustenta Bittar, “é a equilibrada situação dos agentes numa posição mediana de igualdade,

³³² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 6, 1134, a.

³³³ PLATÃO, *Mênon*, 73, a-c.

seja proporcional, seja absoluta, em que ambos compartilham de um *status* de coordenação, sem que um tenha sua esfera individual invadida ou lesada pela ação do outro.”³³⁴

Contudo, é na realização deste justo meio, como um hábito, que a justiça aparece como virtude para o cidadão que a exercita, e se torna um significativo instrumento de consecução do bem comum, do supremo bem comum: a felicidade. Nesse aspecto, sobretudo, o jurista também tem seu espaço próprio, pois a ele compete exatamente a realização cotidiana da busca pelo justo termo, de maneira oficial e pública. Por isso, dentre todas as personagens fantasiadas pelos cidadãos na praça, a figura do jurista é aquela que tende, se exercida com austeridade, a estar mais próxima da justiça como virtude. É através da virtuosidade justa do *νόμιμον ἔθος* (modo de ser e agir jurídico) do cidadão que se permite aflorar na consecução de uma cidade ideal. Por isso, o que mais importa na *δικαιοσύνη* (justiça) é o modo como o jurista a exercita em sua atividade de cuidado normativo, e o modo pelo qual para ela é educado pela família, pela escola e pela comunidade.

Essa experiência jurídica, que se destaca em relação ao direito positivado, faz conjugar com a busca pela justiça outro conceito fundamental e tão difundido pelos gregos: a *ἐπιείκεια* (equidade). Conceito esse oportuno neste ensaio, à medida que ele agrega argumentos em favor de uma experiência jurídica moralmente plena, austera, reta, formulada antes como ascese do que como aplicação da lei ao caso concreto, como contemporaneamente ousará o direito a experimentar e a se resumir. Da *δικαιοσύνη* (justiça) à *ἐπιείκεια* (equidade), o jurista elabora o seu programa constitutivo do direito.

Procurar ir além da mera subsunção entre antecedente e conseqüente, faz o jurista perscrutar-se interiormente sobre o próprio sentido do dizer o direito, ou, como prefeririam séculos mais tardes os romanos: a *iuris dictio* (dicção do direito). A *ἐπιείκεια* (equidade) parte da compreensão de que os olhares dos gregos se voltam para o direito como movimento, como ação, como vicissitude, e, por essa razão, para o espaço das transformações, típico da contingência humana. Reconheciam os gregos que a lei, ao menos como instrumento de igualdade formal entre os cidadãos da *πόλις* (cidade), é *καθόλου* (genérica em sentido vago), abstrata, e rígida, representando apenas a idéia de um *δίκαιον νομικόν* (justo legal), mas incapaz muitas vezes de efetivar a justiça num caso concreto. A lei trabalha com um direito fixo, imutável ou ao menos com tendência à

³³⁴ BITTAR, Eduardo C. B.. **A justiça em Aristóteles** ..., p. 86-87.

imutabilidade, enquanto a justiça exige a compreensão das mudanças que a vida e a natureza impõem ao homem. Refletir e aplicar o justo numa dada disputa levada à razão dos sábios pressupõe antes refletir e aplicá-la conforme as suas singularidades a delineiam.

A justiça legal ou convencional se fundará entre os romanos na *pacta sunt servanda* (o que foi pactuado deve ser cumprido), enquanto a *ἐπιείκεια* (eqüidade) pressuporá a *rebus sic standibus* (sengudo o estado em que encontram) ou que as decisões sejam *secundum eventus litis* (de acordo com o estado da lide). É preciso vincular *ius* (direito) e *lex* (lei), direito e ação justa, não apenas pelo cidadão, mas numa dada questão levada à *Ἡλιασταί* (tribunal popular). Por isso Aristóteles sustenta que compete ao *δίκαστης* (juiz), diante de uma circunstância específica, na busca pelo apaziguamento da sociedade, abrandar os rigores da lei, suavizar a sua generalidade, corrigindo as eventuais injustiças que pode gerar.³³⁵ Contudo, o magistrado, na tentativa de abrandar a lei escrita, poderá se utilizar dos *ἄγραφοι νόμοι* (normas não-escritas) para extrapolar o âmbito juspositivo, e alcançar regras de costumes e os princípios presentes na ética social e política, ou mesmo na eqüidade.³³⁶ É por meio da interpretação e de uma sabedoria prática que o magistrado pode, como diria Romilly, ao lançar mão da *ἐπιείκεια* (eqüidade), buscar pela doçura e tolerância a realização da justiça e o estreitamentos dos laços de amizade entre os cidadãos da *πόλις* (cidade).³³⁷ Novamente aqui está outro pilar da racionalidade normativa grega essencial para a consecução de um “direito constitutivo”, à medida que este demanda um ativismo judicial (embora dentro da continência necessária, como se discutirá outrora).

Por isso para os gregos novamente o direito se constrói de uma maneira totalmente distinta da reflexão que o mundo de hoje insiste em fazer. Para eles, compete ao magistrado, com toda a virtuosidade de sua austeridade na experiência jurídica e de seu prudente e moderado *νόμινον ἔθος* (modo de ser e agir jurídico), compreender que o direito, tal a vida e a natureza, é processo, é deslocamento contínuo entre o texto escrito e o justo; é a afluência dos contrários, mas a marcha agitada e impetuosa dos anseios e das paixões humanas; é a evolução dos argumentos e dos raciocínios; é a variação do fato presente e a reconstrução do passado, e, portanto, um jogo contínuo entre a memória e o esclarecimento, entre a escuridão e a luminosidade na busca da justa medida; é o andamento dos instintos de sobrevivência e de posteridade, *ἔρως* (amor) e *θάνατος* (morte), mas além de tudo a consecução do próprio sentido de *φιλανθρωπία* (humanidade); é a

³³⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 14, 1137, b.

³³⁶ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 1374, a.

³³⁷ ROMILLY, Jacqueline. *La douceur dans la pensée grecque*. Paris: Les Belles Lettres, 1979, p. 37.

mudança contínua de seus valores, a transferência incessante de significantes, e a metamorfose de acordos e desacordos; é, portanto, a colineação retórica, a alteração excitada de relações de poder e do domínio, mas, sobretudo, o lugar por excelência da realização da justiça como virtude: a *δικαιοσύνη* (justiça).

Por essa razão, forjam os jusfilósofos gregos o conceito da *ἐπιείκεια* (eqüidade), como instrumento de raciocínio e de *φρονήσις* (saber material), tanto para a vida cotidiana, quanto para ser aplicada nas tramas jurídicas que se desenrolam nos tribunais. Sabiam que a lei, quando utilizada de maneira estrita e rigorosa poderia levar à perpetração de injustiças ainda maiores, mesmo que o seu propósito fosse o justo e o razoável. A lei é uma norma de caráter genérico, e, logicamente, o *νομοθέτης* (legislador) não pode querer e nem conseguir abarcar num único texto todos os possíveis casos que a realidade poderia suscitar. Caso o tentasse, naturalmente incorreria em graves prejuízos a outras tantas situações que ficariam de fora da abrangência da norma, bem como para aquelas em que se tentasse, a todo custo, fazer subsumir. É nesse espaço que surge a *ἐπιείκεια* (eqüidade), como um grande mecanismo corretivo da justiça legal.

Aristóteles compara a eqüidade com a régua de prumo que utilizavam os gregos nas construções de suas casas na Ilha de Lesbos. Era uma ferramenta flexível que se adaptava ao relevo da pedra e permitia, então, ao realizar a medição, perceber e passar pelas sinuosidades das superfícies. Ao fazer essa reflexão, o estagirita pretende mostrar justamente o que viria a ser a atividade do jurista *ἐπεικέζ* (équo), ao saber diferenciar a justiça exclusivamente legal e aquela suavizada pela eqüidade diante das irregularidades de um caso concreto. Cícero levará essa compreensão até aos romanos, e por meio da aproximação com a *aequitas* (eqüidade) e com a oração *summum ius, summa iniuria plerumque est iniuria* (a justiça extrema geralmente é extrema injustiça), sustentará os equívocos que a lei muitas vezes poderá gerar.³³⁸ Ambas não vão naturalmente contra o justo estabelecido pela lei, mas apenas pretendem amenizar os efeitos de seu rigor, a partir do *δίκαιον φυσικόν* (justo natural). Aristóteles diz se tratar de uma forma especial de justiça, em que o eqüitativo tende inclusive a ser superior ao justo, ao justo legal, pois atenta à realidade dos homens.³³⁹

Apesar da proximidade entre a *aequitas* (eqüidade) e a *ἐπιείκεια* (eqüidade), há certa diferença entre elas, que, no fundo, representa também uma peculiar diferença entre a experiência jurídica ascética grega e a experiência da prudência romana. Para alguns

³³⁸ CÍCERO, *Do fim*, I, 10, 33.

³³⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 1138, a.

autores, a diferença residiria no carácter abstrato da *ἐπιείκεια* (eqüidade), vez que pensada pelos filósofos, enquanto a *aequitas* (eqüidade) seria produto da *iuris dictio* (dicção do direito) dos *iuris consultus* (jurisconsultos) republicanos.³⁴⁰ Para outros, a *aequitas* (eqüidade) se restringiria à boa aplicação da lei, enquanto a eqüidade grega alcança o verdadeiro sentido corretivo ou de abrandamento da justiça legal. Francisco Tejado vai um pouco além, e procura traçar algumas características essenciais entre a realização do équo pelos jusfilósofos gregos e os *praetores* latinos: para ele, a eqüidade não é algo que diz com a aplicação do direito em Roma, como o é na Grécia, mas é o próprio direito vinculado à realidade, em sua característica de ação; também não pressupõe entre os romanos a idéia absoluta do justo, mas apenas as considerações entre o lícito e o ilícito; ademais, se os gregos lhe impregnavam certo sentido religioso, os romanos, por sua feita, procuravam derivá-la apenas da razão e dos valores; por fim, a eqüidade entre os gregos contempla vida de convivência a partir de uma relação exterior, enquanto entre os latinos é uma relação interna, do próprio direito erigido pelos *iuris consultus* (jurisconsultos).³⁴¹

Contudo, sem embargo as possíveis diferenças, o que efetivamente ressalta é que a *aequitas* (eqüidade) tem sua base na tradição levada a Roma pela *ἐπιείκεια* (eqüidade) grega. É a construção grega que fundará o magistrado clássico na aplicação do direito como experiência equilibrada e adequada ao mundo dos homens. Cabe a ela permitir ao juiz realizar a correção ou complemento da lei, buscando humanizá-la ou torná-la ainda mais benigna. Para os gregos, a *ἐπιείκεια* (eqüidade) permite, em razão de sua capacidade de abrandar os rigores e a generalidade da lei, a realização mais perfeita da justiça legal. Ela permite açambarcar em si mesmo, em virtude de sua maleabilidade, todas as formas de justiça. A eqüidade foge dos estritos limites legais ou contratuais e procura tangenciar o justo natural; representa uma forma de poder conferido aos homens, e, sobretudo aos juristas, para distanciar-se do formalismo e se elevar a um plano superior de justiça. Segundo Tomás Casares, ela representa um “dar por amor o que é devido”.³⁴² Essa compreensão acrescenta, portanto, um carácter fundamental da *ἐπιείκεια* (eqüidade), sobretudo por deslocá-la para um lugar que exige sensibilidade e harmonia do magistrado e do homem em suas consecuições: a noção de benignidade. A benignidade, e, nessa medida, a caridade, representam o efeito que o justo legal, quando aplicado com eqüidade, tende a

³⁴⁰ TEJADA, Francisco Elías de. **Tratado de filosofía del derecho**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977, p. 319.

³⁴¹ IGLESIAS, Juan. **Instituciones de derecho romano**. Barcelona: Ariel, 1959, p. 92.

³⁴² CÁSAIRES, Tomás. **De la justicia y del derecho**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974, p. 50.

ter. É, de fato, o produto de uma justiça plena, integral, e representa o esforço de toda uma experiência jurídica ascética com vista a uma total perfeição moral, e, logo, à moderação, à benignidade e à humanidade.³⁴³ Eis aqui outro dado relevante para um “direito constitutivo”, cuja marca é a benignidade intrínseca.

Assim, a *ἐπιείκεια* (eqüidade) representa a perfeição e a retificação da justiça estrita, é uma forma de *επαρνόρθωμα νόμιμου δικαίου* (corretivo do justo legal), e tende à concreção da justiça em toda a sua plenitude, a partir da correção que faz dos danos eventualmente produzidos pela generalidade e abstração do texto legal. João Maurício Adeodato é preciso ao resgatar Aristóteles: “a justiça é potência que se quer converter em ato sem jamais consegui-lo plenamente; daí a necessidade da eqüidade como justiça individualizada, efetivada no mundo real.”³⁴⁴ Confluindo, então, o justo normativo, abstratamente previsto na lei, com o justo natural, a experiência jurídica segue em direção à sua plenitude moral e faz da eqüidade seu grande instrumento de austeridade e de ascese.

Por certo que um grande espaço à discricionariedade do juiz havia na Grécia, a ponto de Cinzia Bearzot ver nesta figura subjetiva não apenas um intérprete da lei, mas um “garante escrupuloso.”³⁴⁵ Isto representa que o juiz de certo modo deve compreender a fraqueza da generalidade da norma, e, neste sentido, ter uma indulgência pela debilidade humana, pelos legisladores, como quisera Aristóteles, correndo suas imperfeições e aproximando-a da humanidade.³⁴⁶ Há aqui uma inevitável proximidade com o que se falará em breve em torno da *γνώμη τη δικαιοσύνη* (opinião mais justa). É a opinião mais justa e a equidade os instrumentos do juiz para corrigir as leis, mostrando nelas uma espécie de divindade, que depende da intervenção humana para se concretizar, e dos valores corretivos morais para se amoldar ao consenso da comunidade.³⁴⁷

Avançando nas virtudes sistêmicas, cumpre agora refletir duas outras variáveis fundamentais do raciocínio normativo grego: a *σοφροσύνη* (prudência) e *φρονήσις* (saber prático prudente). No horizonte da experiência jurídica como uma experiência moral, não a partir da simples relação entre direito e moral, já que a questão é colocada noutros termos

³⁴³ TOBENÑAS, José Gastán. **La equidad y sus históricos**. In.: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, a. XCVIII, n. 6, p. 607-751, jun. 1950.

³⁴⁴ ADEODATO, João Maurício. **Positividade e conceito de direito**. In.: Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

³⁴⁵ BEARZOT, Cinzia. **La giustizia nella grecia antica** ..., p. 55.

³⁴⁶ ARISTÓTELES, **Retórica**, I, I374, a-b.

³⁴⁷ DEMÓSTENES, **Contra Aristogiton**, §§ I25, I6. Interpretando esta construção, seguem: THÜR, Gerhard. **Das Prinzip der Fairness im attischen Prozess: gedanken zu Echinon und Enklema**. In. Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 131-150, sept. 2005.; e, BISCARDI, Arnaldo. **On ‘aequitas’ and ‘epieikeia’**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 287-298, 1999.

para o espírito grego (sobretudo a partir do critério da *exterioridade* acentuado por Aristóteles, em que o direito figuraria no âmbito eterno, e a moral e a religião no foro interno),³⁴⁸ mas a partir do modo como o cidadão se reconhece como sujeito moral tendo em vista o exercício das práticas judiciárias e da educação jurídica, aparece um questionamento indispensável: como pode o jurista se constituir moralmente como um sujeito virtuoso? O que exatamente distingue um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico) virtuoso de seu oposto? Ou melhor, como reconhecer o jurista virtuoso além do resultado justo que encontra como resposta para os confrontos jurídicos?

O caminho que se abre, doravante, pressupõe compreender que a constituição de *νόμιμον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico) virtuoso exige não apenas uma *παιδεία* (educação/cultura) direcionada a esse fim, o que certamente é indispensável, nem tampouco apenas a compreensão das decisões justas exaradas pelos *δικασταί* (juízes) nos tribunais, mas perceber que a sua configuração é o produto direto das escolhas cotidianas que o cidadão faz, ao longo da vida, nas mais variadas experiências pessoais; e, como *νομικός* (jurista), nas mais diversas experiências jurídicas que vivencia por suas personagens. A maneira pela qual o indivíduo dirige sua experiência normativa, ou a sua maneira de se conduzir nessa ordem de experiências que conjugam saber, julgamento e práticas, tende a colocar o cidadão na irrefutável escolha dos caminhos que a vida humana e a *πόλις* (cidade) lhe colocam. A questão do *bom uso das normas* naturalmente faz aparecer, sob aspectos gerais dos autores gregos, a constituição do uso e do fazer das normas como um campo de cuidado moral, tendente a definir ou não o cidadão como um *homem cuidadoso de si*, e, logo, de um *jurista curador de si*. O que faz, então, seu *ἔθος jurídico* não ser apenas um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico) de escolhas justas, mas de escolhas virtuosas num campo pragmático?

A reflexão sobre as escolhas operadas pelo cidadão nas experiências diárias pressupõe então compreender que a lei grega, como visto, não é capaz de estabelecer um código rígido de escolhas necessárias ou legítimas para a constituição de seus hábitos e de seus costumes, mas que existe diante da atenção que se deve dispor ao outro, seja pela sua necessidade de animal político, seja mesmo pela compulsão que tem em estabelecer laços de amizade com vistas à sua realização e à felicidade coletiva, uma série de limites que configuram o espaço dentro do qual pode se debater o sujeito. Perscrutar esses limites significa, assim, colocar o sujeito entre o que o define como um jurista curador de si, e,

³⁴⁸ ADEODATO, João Maurício. *Positividade e conceito* ..., p. 23.

nessa medida, de um jurista que, no bom uso das normas, constrói seu *νόμινον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico) também de maneira virtuosa. Escolhas e limites fazem antever, necessariamente, uma relação entre *liberum arbitrium* e costumes aceitos, ou, colocando em outros termos, uma relação entre excessos e interdições, excessos e transgressões.

Essa relação limites-excessos que pode ser experimentada pelo jurista na sua autoconstituição leva a uma relação essencial entre dominação de si e dominação sobre os outros, fundamental do ponto de vista da constituição do *νόμινον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico) virtuoso, já que o jurista, ao contrário do artista, do matemático, do filósofo, do geômetra etc. pensa o mundo clássico de acordo com a normatização de suas condutas tendo o outro como pressuposto. Nicocles coloca a questão do domínio de si como condição moral para dirigir os outros do seguinte modo: “exerce tua autoridade sobre ti mesmo (*ἀρχή σαυτου*) tanto como sobre os outros, e considera que a conduta mais digna de um rei é a de não ser escrava de nenhum prazer, e de comandar seus desejos ainda mais do que comandar seus concidadãos.”³⁴⁹ Dominar os outros ou mesmo prescrever-lhe condutas exige antes a prescrição de condutas para si mesmo, logo, o tirano traz a reflexão da constituição do *νόμινον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico) para um campo inusitado, que é aquele que se coloca, para posteriormente submeter os outros, entre submeter-se aos seus desejos próprios ou comandá-los. Isso significa, de outro modo, dizer que o hábito do *νομικός* (jurista) grego se constrói na escolha que o indivíduo faz dentro dessa ordem de sujeições: aceitar ou renunciar aos prazeres, deixar-se levar pela *ὑβρις* (excesso, desmedida) ou pela *σοφροσύνη* (temperança, moderação).

Para os gregos, a *ὑβρις* (excesso) é a transgressão, a desmedida, a impetuosidade, mas também pode, de acordo como o modo como o sujeito dela faz uso, transformar-se em orgulho, prepotência, arrogância (base que se encontrará em sua construção mítica). Tudo depende sempre das escolhas, de um livre querer, do *liberum arbitrium* (embora essa noção de livre movimento da razão só apareça séculos mais tarde com o cristianismo agostiniano e a recepção aristotélica de Boetius, e as idéias de *libertas adsitarbitrii*),³⁵⁰ que tem o indivíduo em medir os excessos pelos quais se deixará levar. A *ὑβρις* (excesso, desmedida) é fruto para os gregos da incompreensão do que é a própria condição humana diante das aventuras dos deuses e seus poderes sobre o mundo, aos quais os homens jamais podem almejar, vez que não passam, segundo Píndaro, de uma espécie de *sonho de uma*

³⁴⁹ ISÓCRATES, *Nicocles*, 29.

³⁵⁰ BOETIO, *Tratado da filosofia da consolação*, V, 2.

sombra.³⁵¹ *Θέμις* (justiça), numa ampla compreensão, evoca desde o início a estabilidade, para que Zeus dê aos homens a justiça e os permita viver em sociedade. *Δίκη* (justiça), num sentido mais jurídico, substitui a *Θέμις* (justiça) para se tornar a norma jurídica e se opor a *ὑβρις* (excesso) que provoca, por necessidade, a vingança dos deuses. É a *ὑβρις* (excesso) que vai manifestar a *πόλις* (cidade) criar as leis e garantir os homens contra a ira dos deuses, pois ela é o *πρῶτον κάκον* (mal fundamental), raiz de todas as injustiças. Por isso, diz Ésquilo, a “medida é melhor, traz o bom senso.”³⁵²

A justa medida, a moderação, aquilo que numa ampla cadeia de significantes os gregos chamam de *σοφροσύνη* (temperança) é o pré-requisito para que o homem se torne temperante, moderado, prudente, sabendo controlar seus apetites e seus desejos. É um estado de excelência moral, de integridade do corpo e da mente conseguido por meio das escolhas, do domínio de si e do autocontrole. Para Aristóteles, a *σοφροσύνη* (temperança) só pode ser alcançada pelo homem nos caminhos traçados para sua vida, e aqui certamente há uma relação mítica com a *μοῖρα* (destino), com a parte do destino que lhe compete.³⁵³ O seu destino é fazer de suas escolhas, numa justa medida, a grande escolha pelo caminho virtuoso da temperança, quer na alimentação, nos atos cívicos, nas relações familiares, etc.³⁵⁴ Platão, mais intimista, colocava a prudência noutros termos, como um estado de alma voltado pelo gosto primordial para o bem em oposição à *ὑβρις* (excesso),³⁵⁵ e pela parte mais nobre da alma, racional, capaz de evitar com que o homem fosse escravo de seus desejos, sendo senhor de si mesmo. Levada essa compreensão ao extremo, o acadêmico chega inclusive a sustentar que somente pode ser *ἐλεύτερος* (livre), aquele que evita a provocação das paixões.³⁵⁶

As leituras feitas pelos jusfilósofos do séc. V e IV a.C. sobre o espaço que se constrói entre a *σοφροσύνη* (temperança) e a *ὑβρις* (excesso) encontra no mito grego a própria noção da existência de limites para as paixões dos homens, aos quais se deveria submeter para garantir o equilíbrio do cosmos. Esses limites foram impostos pelos deuses, e, quando ultrapassados pelos homens, levam-no à desmedida, ao excesso, à *ὑβρις* (excesso). Ela é, no modelo projetado nos tempos da *Ilíada* e da *Odisséia*, uma forma de

³⁵¹ PÍNDARO, *Píticas*, 8, 95 e segs.

³⁵² ÉSKUÍLO, *Agamêmnon*, 373 e segs.

³⁵³ HESÍODO, *Teogonia*, 217. Sobre essa interpretação e a relação com a justiça, ver mais bem aprofundado: LEWIS, John. ‘Dike’, ‘Moirá’ e ‘Bios’ and the limits to understanding Solon, 13 (west). In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 4, p. 113-135, 2001.

³⁵⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, II, 1104, b; 1107, b; 1117, b; 1118, a; 1147, b; e 1140, b.

³⁵⁵ PLATÃO, *Fedro*, 237, e; 241, a.

³⁵⁶ PLATÃO, *República*, IX, 348, d; e 430, e.

ofensa aos deuses, que se perpetra por palavras, por pensamentos, por desejos desabusados, por atos. Há, portanto, uma positividade na ὕβρις (excesso), que precisa ser refutada. Não pode o homem esquecer sua condição natural e querer competir com os deuses ou mesmo desejar o seu poder ou as suas qualidades. Ao seu excesso, lançam os deuses suas sanções. Isso fica claro na tragédia euripídiana quando Hera, revoltada, lança sua raiva em Heracles, e o faz matar pensando ser inimigos os filhos e a Mégara, sua mulher, por ter desejado equiparar-se aos deuses depois de realizar onze de seus trabalhos. É a sua condição de herói que desafia os limites dos mortais que, ao mesmo tempo em que o leva à glória, porque salva sua família de Lico, ladrão tebano, leva-o à desgraça, à ruína. Íris assim traduz a necessidade de punição ao orgulho de Heracles por querer ser como os deuses: “ou os deuses de nada valerão e grandes serão os mortais, se ele não for punido”.³⁵⁷ Tal como Sócrates também foi acusado, dentre outras coisas, de subverter a ordem divina,³⁵⁸ Heracles, não mero mortal tal o sábio, mas herói, também o foi, e ao invés de receber a punição dos homens como Sócrates o recebeu, sofreu a vingança dos deuses por sua ὕβρις (excesso) – naturalmente aqui a ὕβρις (excesso) está muito mais próxima da noção de impetuosidade, embora, no fundo, represente o produto da intemperança. Ao perceber que matou a sua família, Heracles é obrigado a reconhecer que a vida dos homens tem limites, e, por isso, deveria o homem fugir da ὕβρις (excesso) e procurar a justa medida, a σοφροσύνη (temperança).

Nesse sentido, é possível refletir que, para além da justiça virtuosa e da equidade, o direito grego se demonstra enquanto νόμιμον ἔθος (modo de agir/ser jurídico) à medida que a experiência no *bom uso das normas* se revela através da moderação, da capacidade de exercer um controle sobre suas aspirações, sobre seus próprios desejos aos prazeres e às angústias individuais. Platão sustenta a σοφροσύνη (temperança) como a virtude que é mais bem representada pelo povo, especialmente em se tratando de sua cidade ideal. Os homens que se dedicam excessivamente à ginástica acabam grosseiros, e os que apenas à música o fazem muito moles, por isso, o homem deve ser temperante, deve colocar-se entre o frio intenso e o tórrido calor. Nada deve ser em demasia (μηδὲν ἄγαν),³⁵⁹ nem mesmo a liberdade.³⁶⁰ De outro lado, a prudência grega em Aristóteles parece ter um destaque ainda mais categórico, vez que toda virtude é para ele concebida como um meio entre dois

³⁵⁷ EURÍPEDES, *Heracles*, 841-842.

³⁵⁸ XENOFONTE, *Memoráveis*, I, 1, 1.; PLATÃO, *Apologia a Sócrates*, 24, b – c.

³⁵⁹ PLATÃO, *Hiparco*, 228, e.; PLATÃO, *Protágoras*, 343, b.

³⁶⁰ PLATÃO, *República*, VII, 564, a – b.

extremos viciosos: μέσοντε καὶ ἄριστον, ὅτερ ἐστὶ τῆς ἀρετῆς (no meio está a virtude)³⁶¹. De qualquer modo, a experiência jurídica só pode ser bem compreendida como uma experiência austera, ascética à medida que os excessos e a temperança se colocam na constituição do νόμινον ἔθος (modo de agir/ser jurídico) do cidadão grego. Por essa razão, os gregos costumam refutar os excessos, os desabusos, a insensatez. O homem que age sem perspectivas, sem preocupação com o equilíbrio, sem a prudência necessária, age em vão, pois suas ações não são capazes de gerar efeitos produtivos na conformação das virtudes dos cidadãos. Diziam que o indivíduo que vivia na busca de uma ação infrutífera tendia a ser impotente diante de seu feito. Seu propósito se distancia e sua realização não se consuma. Metaforicamente aduziam a incapacidade deste cidadão pela expressão: διώκει παῖς ποτανὸν ὄρνιν (um menino persegue um pássaro alado).³⁶²

Para os gregos, a moderação constituía um espaço de liberdade, que jamais alguém poderia retirar do cidadão. Saber bem ser moderado, cuidar de normatizar a si mesmo antes dos outros era condicionante de sua situação de liberdade na πόλις (cidade). Somente o homem moderado era cidadão, no bom uso do termo para além das margens da cidadania estrita. Não pode o jurista querer interditar a ὕβρις (excesso), como não pode, segundo Xenofonte, impedir que o homem beba além de sua sede. Cada um deve “moderar-se”.³⁶³ A moderação constitui para Platão uma espécie de padrão cívico de temperança a ser seguido num modelo ideal de cidade, ao menos naquele sustentado diretamente no fim do penúltimo livro da *República*, um momento capaz de garantir a fina e a precisa relação entre o indivíduo e a cidade. É através desta temperança que o homem grego, ao se expor na ἀγορά (praça), pode dirigir, tal o filósofo, o seu ἐντον κατοικίζειν (governo particular).³⁶⁴

O indivíduo que cede à vigilância, ao juiz que existe em cada um dos homens, faz das paixões e do desregramento o seu cotidiano e a intemperança (ἀκολασία) se torna regra, levando-o a fugir daquilo que Sócrates ambicionava denominar num outro contexto de ἐγκρατεία (domínio de si).³⁶⁵ Ser destemperado, imoderado, é para Platão o maior de todos os fracassos, “o mais vergonhoso”, o “mais desprezível”, principalmente porque se torna “inimigo de si mesmo”, deixado ao léu de seu controle e de suas virtudes. A maior

³⁶¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, II, 1106, b.

³⁶² ESQUILO, *Agamêmnon*, 394; PLATÃO, *Eutífron*, 4, a.; PLATÃO, *Eutidemo*, 291, b.; ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1009, b.

³⁶³ XENOFONTE, *República de Esparta*, VI, 1.

³⁶⁴ PLATÃO, *República*, IX, 592, b.

³⁶⁵ PLATÃO, *Górgias*, 491,d – 492, c.

vitória que pode experimentar na vida não é apenas deixar de ser um inimigo para outros na vida pública, mas controlar-se, evitar ser “vencido por si mesmo”.³⁶⁶ Eis a vitória por excelência, mais viva e mais robusta, dizem as *Leis*, que aquela da boa oratória ou dos concursos.³⁶⁷

Dominar a si mesmo, cuidar de si é o signo-chave de compreensão das escolhas feitas pelo indivíduo ao longo da vida. Para isso, diz Heráclito, apenas o homem homologado, que se reconhece entre os extremos, sabendo falar e agir conforme a sua natureza, é capaz de *ἐδιζήσάμην* (buscar) a si mesmo, *γνῶθι σαυτόν* (conhecer a si mesmo) para bem pensar o mundo e julgá-lo corretamente.³⁶⁸ Por isso, está em questão no domínio de si as reflexões sobre o autoconhecimento e a sua constituição virtuosa. Jamais fugirá dos prazeres o homem que desconhece como detê-los dentro de si mesmo; jamais fugirá dos desejos o homem que se furta aos vícios e deixa de ser virtuoso. Suas fugas não de lhe definir os seus hábitos, os seus costumes. Assim, o homem é a medida exata dos vícios e das virtudes que escolhe, das aceitações e das transgressões que suporta. Nesse sentido, Xenofonte é claro, pois afirma que o homem para ser o mais casto possível, tal Sócrates, deve, além de suportar constantemente o frio, o calor, as mais duras fadigas, sobretudo, fazer do amor à virtude e da moderação o seu hábito.³⁶⁹ Diz-se, então, que o *νόμιμον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico) capaz de constituir um *jurista curador de si* é aquele que se constrói no equilíbrio entre os limites, na sensatez, na temperança, nas escolhas, além de justas, moderadas e homologadas.

Não pode o jurista renunciar desde cedo às paixões, sem sequer indagá-las, como o faz com os fatos nebulosos dos casos com que se depara em sua experiência jurídica, pois acaba por desconhecer a si mesmo; mas também não pode delas usufruir demasiadamente, levando-se pelo brilho e pelo prestígio da atividade ou pelos benefícios que ela lhe traz em relação aos demais cidadãos, porque então nem a busca por si mesmo é capaz de levá-lo à equidistância de si mesmo. A saída, aponta Heráclito ao jurista, é fazer o bom trato da alma e do *νόμιμον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico): “As forças das paixões humanas em nós, quando de todo reprimidas, tornam-se mais intensas; se se deixa, entretanto, atuarem brevemente e à certa medida, alegram-se comedidamente e satisfazem-se, e, então, purificadas, acalmam-se pela persuasão, e não pela violência. Por isso, contemplando

³⁶⁶ PLATÃO, *Leis*, I, 626, d – e .

³⁶⁷ PLATÃO, *Leis*, VIII, 840, c.

³⁶⁸ HERÁCLITO, *Fragmentos*, CI; CXVI.

³⁶⁹ XENOFONTE, *Memoráveis*, II, 1.

paixões alheias na comédia e na tragédia contemos as nossas próprias paixões, fazemo-las mais comedidas, purificamo-las; e nos ritos sagrados, vendo e ouvindo obscenidades, livram-nos do dano condizente às suas práticas. É, portanto, pelo bom trato de nossa alma e comedimento dos males provindos da geração, e pelo desprendimento e libertação das suas amarras, que se realizam essas coisas.”³⁷⁰

A renúncia aos prazeres, expulsando os desejos, habilita o homem, segundo os atenienses, a se constituir como sujeitos morais, temperantes, capazes de exercer sobre si mesmos o domínio necessário de seu comportamento, e de exercer sobre os outros na cidade ideal a experiência máxima da virtude moral.³⁷¹ Isso naturalmente exige dos juristas que no cuidado com as normas evitem construí-las ou exercê-las conforme suas paixões ou delas se utilizem para o benefício próprio. É preciso que saibam fugir ao espírito aristofânico de Filoclêon, e deixem de buscar a realização da justiça apenas para satisfazer os desejos pessoais, pois temem constantemente os gregos que seus atos, quando frutos do excesso, sejam não apenas a sua própria vergonha, mas a *αἰσχύν πόλεως πολίτου ἀμαρτία* (vergonha de toda uma cidade).³⁷² Quando temperante, é capaz o homem de tornar a cidade temperante, de maneira que as paixões da multidão, os seus vícios, os seus excessos possam ser dominados pela retidão de uma minoria virtuosa.³⁷³

Os juristas assumem, nessa medida, um papel importante como jusfilósofos e como *artesãos* na construção da cidade ideal, mas não apenas da cidade, e sim de um Estado temperante.³⁷⁴ O domínio dos prazeres e os desejos compreendem uma virtude do Estado por eles edificada, da qual faz parte o bom relacionamento entre as classes sociais. Trata-se de uma forma de harmonia natural e coletiva, de fazer as virtudes dos homens se coordenarem entre si. É por isso que Platão correlaciona também a justiça à virtude, afirmando que ninguém pode ser sábio, corajoso e moderado sem ser justo. É na busca da moderação e do equilíbrio de cada indivíduo que a cidade temperante, marcada pela prática da justiça, constrói-se como um verdadeiro argumento. Na linha socrática, o governo de si

³⁷⁰ HERÁCLITO, **Fragmentos**, LXVIII. “αἱ δυνάμεις τῶν ἀνθρωπίνων παθημάτων τῶν ἐν ἡμῖν πάντα μὲν εἰργόμεναι καθίστανται σφοδρότεραι. εἰς ἐνέργειαν δὲ βραχεῖς καὶ ἄχρι τοῦ συμμέτρου προαγόμεναι χαίρουσι μετρίως καὶ ἀποπληροῦνται, καὶ ἐντεῦθεν ἀποκαθαίρονται πειθοῖ καὶ οὐ πρὸς βίαν ἀποπαύνται. Διὰ δὲ τοῦτο ἔν τε κωμωδία καὶ τραγωδία ἀλλότρια πάθη θεωροῦντες ἴσταμεν τὰ οἰκεῖα πάθη καὶ μετριώτερα ἀπεργαζόμεθα καὶ ἀποκαθαίρομεν. ἔν τε τοῖς ἱεροῖς θεάματι τισι καὶ ἀκούσμαι τῶν αἰσχυρῶν ἀπολούμεθα τῆς ἐπὶ τῶν ἔργων ἀπ’ αὐτῶν σθμιπτούσης βλάβης. Θεραπείας οὖν ἕνεκα τῆς ἐν ἡμῖν ψυχῆς καὶ μεριότητος τῶν διὰ τὴν γένεσιν προσφουμένων αὐτῇ κακῶν, λυσεῶς τε ἀπὸ τῶν δεσμῶν καὶ ἀπαλλαγῆς χάριν τὰ τοιαῦτα προσάγεται.”

³⁷¹ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, II, 9, 1 109, b.; PLATÃO, **República**, IX, 571, b.

³⁷² HESÍODO, **Os trabalhos e os dias**, 240, s..

³⁷³ PLATÃO, **República**, IV, 431, c-d.

³⁷⁴ PLATÃO, **República**, IV, 419, a – 445, e.

no equilíbrio das partes da alma (racional e emocional) leva o homem educado e justo a demonstrar as origens também de um Estado justo. Por essa razão, a lei se coloca como grande instrumento a serviço do homem para construir seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir/ser jurídico) virtuoso, à medida que refreia as maiores ambições do cidadão grego. Heráclito neste ponto é incisivo: *ὑβρις χῆς βεννύναι μᾶλλον ἢ πυρκαϊήν, μάχεσθαι χρὴ τὸν δῆμον ὑπὲρ τοῦ νόμου ὅκως ὑπὲρ τείχεος*. (mais do que o incêndio é necessário apagar a excesso, é necessário o povo lutar pela lei como pelas muralhas).³⁷⁵

Na tentativa de conter a *ὑβρις* (excesso) e permitir com que os homens construíssem uma cidade ideal longe de suas provocações, os atenienses criaram por volta do séc. VI a.C. uma lei que procurava reprimir quaisquer atos que representassem a *ὑβρις* (excesso), a fuga do indivíduo aos limites das paixões e dos costumes. Havia, inclusive, uma espécie de ação própria, a *γραφὴ ὕβρεως* (ação pública), para levar aos *δικασταί* (juízes) da *Ἠλιασταί* (Tribunal), qualquer forma de insolência, de desonra ou de vergonha que causassem aos outros cidadãos.³⁷⁶ Era uma forma, como visto anteriormente, de ação pública e não de ação privada, o que representa que o excesso aí regulado era a transgressão dos costumes da *πόλις* (cidade), o que naturalmente pressupõe que os danos ocorridos das desmedidas estavam muito além da mera virtude individual, mas tinha em vista a justa medida da comunidade, base necessária também dos laços de amizade.³⁷⁷

Noutro campo, o excesso se experimenta também entre os juristas a partir da necessidade do indivíduo cuidar de sua falta de continência, de sua ausência de cuidado ou a *ἀκράσια* (falta de vontade), situação em que o indivíduo é incapaz de assegurar as ações as quais entende justas. Apesar das inúmeras sustentações de Sócrates, Aristóteles é descrente em relação a esse julgamento do justo, e condena o comportamento humano por ser cotidianamente *acrático*. O que parece tecer então o grande juízo prudente dos gregos é a preocupação constante com a justeza, com o equilíbrio, com a sensatez, em todos os momentos da vida cotidiana. Agir de maneira insensata torna os homens tolos, assim o faz o jurista vaidoso, não apenas porque sucumbem aos prazeres, mas porque são capazes de deixar muitas vezes de vivê-los em razão da escolha inoportuna e inconsequente de suas experiências materiais. Tecmessa, mulher de Ajax, ao perceber que a morte de seu marido deixaria angústia e saudade em todos os comandantes aqueus que o ofenderam enquanto vivo, diz na tragédia sofocliana: “οἱ γὰρ κακοὶ τὰγαθὸν χεροῖν, ἔχουντες οὐκ ἴσασι, πρὶν τις

³⁷⁵ HERÁCLITO, *Fragmentos*, XL a XLIV.

³⁷⁶ ARNAOUTOGLU, Ilias. *Ancient greek law* ..., p. 77-78.

³⁷⁷ ARISTÓTELES, *Retórica*, 1374, b – 1375, a.

ἐκβάλλη (quem raciocina mal e tem um bem nas mãos, só sabe disso depois que o perdeu)”.³⁷⁸ Aqui, inevitavelmente, tal como se colocará adiante para os gregos a questão da transitoriedade da εὐδαιμονία (felicidade), o tempo se torna indispensável para a prudência. Se o homem, o jurista perde o tempo de suas decisões, de suas escolhas, não apenas toma a decisão equivocada pela ἀκράσια (falta de vontade), mas porque não poderá mais refazê-la nas mesmas proporções. Saber usufruir do καιρός (tempo) certo, também diz com a possibilidade da realização da justiça, e isso os juristas muito bem sabem com os processos e os seus tempos, mas, sobretudo, diz com à ἀκολασία (intemperança).

De outro lado, a prudência leva os homens a reconhecerem aquela construção da homologia heraclítica que há pouco se investigava, em que o homem foge de seu destino pela escolha apaixonada e equivocada pela ὕβρις (excesso). Ésquilo e Píndaro muitas vezes condenaram por suas personagens aqueles homens que são capazes de terem ações insensatas e muitas vezes autolesivas ao seu *status* de homem e cidadão grego. Costumavam usar a locução πρὸς κέντρα λακτίζει (dar pontapé em agulhão) para indicar as pessoas imprudentes que se lançam desvairadamente na vida, desafiando, ao menos naquele momento, até mesmo a δαίμον (divindade).³⁷⁹ Deve o homem aceitar prudentemente o seu destino, o que não significa de modo algum para os gregos a apatia, já que essa era tanto por eles condenada. Aceitar o destino significa aceitar sua condição de humano, aquilo que constitui sua βίος (vida), sua existência,³⁸⁰ de uma vida destinada a ser prudente por natureza em oposição aos animais, que cedem ao desequilíbrio de suas paixões.

Por essa razão, já que a prudência deve ser o seu próprio destino, deve o homem passar a vida inteira a procurá-la, para construir seus valores, para formar seu caráter, e, nessa medida, buscar sua própria identidade. Certamente às vezes escapa aos excessos dos prazeres, às transgressões, mas não pode neste caminho se deixar perder, devendo, imediatamente, corrigir a sua desmedida. Ao reparar a desarmonia, diz Tirésias a Creonte na Antígona, o homem deixa de ser insensato e pode novamente se tornar virtuoso.³⁸¹ Os gregos não conheciam naturalmente o sentido de culpa e de pecado que o cristianismo descobrirá, por isso os efeitos da intemperança, se corrigidos a tempo, são capazes de novamente conduzir o homem em direção à sua prática ascética. Mas mesmo que consiga

³⁷⁸ SÓFOCLES, *Ájax*, 964, s.

³⁷⁹ ÉSKUÍLO, *Agamêmnon*, 1624.; PÍNDARO, *Píticas*, 2, 94, s.

³⁸⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, I, 1, 1214, a.; e IV, 1215, a.

³⁸¹ SÓFOCLES, *Antígona*, 1023-1027.

atingir à felicidade provocada pela moderação, sustentam os filósofos, deve contentar-se com o que já conquistou, almejando apenas novos sonhos, mas não querendo o mesmo até esgotá-lo em suas possibilidades. Sólon diz a Creso que não se pode afirmar seguramente que o homem é feliz, enquanto viver, pois o homem vive de incertezas, e a felicidade alcançada pela prudência pressupõe a estabilidade: “devemos olhar para o termo de cada coisa e ver como ela acabará, pois a muitas pessoas a divindade dá um lampejo de ventura para depois aniquilá-la totalmente”.³⁸² A felicidade, então, depende de sua constante moderação. Aquele que não sabe ser moderado, e deseja incondicionalmente tudo o que pretende, tende a perder até mesmo o que já conquistou, por isso Hesíodo dizia *πλέον ἢ μισυ παντός* (a metade é maior que o todo).³⁸³ Isso significa, então, que a busca ascética pela prudência, a fim de tornar o homem virtuoso é um processo constante, jamais algo acabado. Porque o homem, como sustentava Heráclito, é vicissitude, é mudança, é transformação. Como não é possível entrar duas vezes no mesmo rio (*ποταμῷ οὐκ ἔστιν ἐμβῆναι δις τῶν αὐτῶν*),³⁸⁴ porque as substâncias do homem e da vida já se alteraram, também não será sempre ou definitivamente austero e prudente o homem, devendo a todo instante buscar sê-lo.

Contudo, a prudência grega tem seu espectro ampliado com a incursão de outro vocábulo, tão resistente e vasto na literatura, que é *φρονήσις* (saber prático). Conceito esse que, ao lado da prudência romana, permite reconhecer uma *ratio juris* específica com que trabalhavam a realidade jurídica, embora não houvesse particularmente um conceito de direito.³⁸⁵ Os antigos costumavam colocá-la num lugar de destaque entre os atributos do homem grego, aplicando ao comportamento humano do julgamento correto, diversamente da abstração da sabedoria mais teórica, como *σοφία* (sabedoria) em geral. Aquele pensar prático, de que outrora se falava, constitui entre os juristas não um dom quase divino como quiseram alguns jusfilósofos, mas uma exigência de um modelo que não se limita à *Θέα* (divindade), e sim se destina ao mundo prático, à *πόλις* (cidade), talvez a técnica por excelência capaz de produzir efeitos materiais sobre a conduta dos homens. Essa sabedoria prática, que levará os romanos a transformarem a *iuris prudentia* como uma *ars*, uma

³⁸² HERÓDOTO, *Histórias*, I, 32.

³⁸³ HESÍODO, *Os trabalhos e os dias*, 40.; PLATÃO, *Leis*, III, 690, e.; PLATÃO, *República*, V, 466, c.; LAÉRCIO, Diógenes, *Vida dos ...*, Sosícrates, I, 75.

³⁸⁴ HERACLITO, *Fragmentos*, XCI.

³⁸⁵ ADEODATO, João Maurício. *Positividade e conceito ...*, p. 19.

ciência dos homens, segundo Cícero,³⁸⁶ chama os juristas a comporem uma forma particular de moderação das suas decisões e nas suas construções prescritivas.

Acreditavam os gregos que toda ação humana deveria ter um fim, ser dirigida à constituição das virtudes nos outros cidadãos, caso contrário, seria uma ação insensata, inútil, que fugiria a toda compreensão da *φρονήσις* (saber prático). Sustentavam metaforicamente que o indivíduo não poderia *παρὰ ποταμὸν φρέαρ ὀρύττει* (levar uma coruja a Atenas), já que a cidade era repleta dessas aves e sua atitude seria desperdício.³⁸⁷ Toda ação material deve ter um sentido não apenas para os seus concidadãos, mas antes de tudo para si mesmo. Somente a ação finalística e pautada na prudência é capaz de levá-lo aquele conhecer a si mesmo, a um cuidado de si, e, nessa medida, poder também conhecer e julgar os outros cidadãos, logo, cuidar dos outros. Enquanto a *σοφροσύνη* (prudência), como virtude moral aristotélica, representa o meio termo em relação aos prazeres e às dores, a fuga ao gozo do objeto em si, aos vícios do mundo animal,³⁸⁸ a *φρονήσις* (saber prático), virtude intelectual, caracteriza o homem a bem deliberar sobre o que é bom ou conveniente para ele, mas, especialmente, para deliberar sobre as coisas que contribuem para a vida boa em geral. As duas juntas complementam o homem harmônico e equilibrado, prudente nos raciocínios, nas ações e no julgamento individual e coletivo.

Dessa forma, a moderação, a prudência não são apenas o tempero das meras escolhas abstratas, mas são fruto do modo como o indivíduo conduz suas experiências na vida. O jurista deve saber bem exercitá-la para transformar sua prática diária numa experiência ascética, austera, com vistas à sua plenitude moral como cidadão e como jurista. A cada ato que procura repensar a normatividade das condutas e que sobre elas exerce um cuidado particular, a cada vez que deposita a pedra ou o disco para condenar ou absolver alguém deve o magistrado fugir à apetite de seus desejos, de seu orgulho, de sua impetuosidade, enfim, de sua *ὑβρις* (excesso), não para evitar a fúria divina como queria a narrativa mítica dos tempos de Homero e Hesíodo, mas para evitar ser desmedido, intemperante. O magistrado que julga em benefício próprio, que o faz por mero prestígio ou para receber as glórias do cargo, corre longe das virtudes e de sua própria constituição ético-subjetiva. O jurista que se deixa levar por suas paixões e por seus desejos mais reclusos e egoísticos, passa ao largo do sentido político que desempenha e esquece sua condição de animal da *πόλις* (cidade). Torna o produto de seu hábito desregrado,

³⁸⁶ CÍCERO, *Brutus*, 41, 151.

³⁸⁷ ARISTÓFANES, *Os pássaros*, 301.; LAÉRCIO, Diógenes, *Vida dos ...*, Platão, 3, 47.

³⁸⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, III, 1117, b – 1119, b.

desequilibrado e desarmônico, e faz de seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) um modelo solitário e desvairado. É preciso saber correr os extremos na realização da justiça como virtude, sem perder de vista os limites e a justa medida. É preciso ser justo, ter equidade, mas, sobretudo, é preciso fazer de sua experiência jurídica uma experiência ascética. Sem *φρονήσις* (saber prático) e distante da *σοφροσύνη* (prudência), não há cidadão virtuoso para os gregos, tampouco há *juristas curadores de si*.

3.2. A dialogia jurídica: *Διάλογος*

Os gregos no século V, ao menos em Atenas, dedicam-se incessantemente à constituição e ao desenvolvimento de um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) peculiar, seja através das personagens jurídicas e seus enredos, voltados à *παιδεία jurídica* (educação normativa) da sociedade, seja em todos os espaços públicos. O julgamento de Orestes, que se coloca na última peça da trilogia esquiliana,³⁸⁹ mostra através de suas argumentações, o quanto para os áticos era importante o debate sobre a culpa, a instigação e a responsabilidade pessoal feito pelos cidadãos na *πόλις* (cidade). Glotz sustenta que se debatiam “no teatro, nas escolas dos sofistas, grandes problemas do direito”.³⁹⁰ Isso significa que para os cidadãos gregos, naturalmente educados para esse tipo de cuidado normativo, o direito se colocava como um grande problema a ser pensado e a ser exercitado, ou seja, todos os problemas que decorriam daquilo que Alexy no mundo contemporâneo chamará de *ética aplicada* ou *ética prática*, e, portanto, direitos humanos, conflitos entre decisão, fundamentação e justiça, desigualdades etc.,³⁹¹ deveriam ser repensados pelos cidadãos, seja abstratamente, seja na tentativa de construção material das virtudes consagradas na própria *πόλις* (cidade).

O cidadão grego se debatia, desde muito cedo, a pensar sua própria condição humana, de um lado, e a construir os limites e os contornos da cidade. Os gregos eram “demasiado filosóficos”, como diz Romilly, para não se preocuparem com as leis, senão vinculados à sua natureza, seus problemas éticos e a sua metafísica.³⁹² Convinha-lhe, então, procurar compreender a sua condição de homem enquanto homem (*πρὸς τὸ*

³⁸⁹ GASTALDI, Viviana. *El juicio de Orestes: προδικασία y ζήτησις*. Buenos Aires: Faventia, a. 1, n. 21, p. 29-35, 1999.

³⁹⁰ GLOTZ, Gustave. *La cité grecque* ..., p. 209.

³⁹¹ ALEXY, Robert. *Probleme der Diskurstheorie*. In: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, B. 43, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, p. 81-93.

³⁹² ROMILLY, Jacqueline de. *La loi dans la* ..., p. 2.

ἀνθρωπεύσθαι),³⁹³ como necessidade e, naturalmente com as questões jurídicas que lhe eram próximas. Seu *βίος θεωρητικός* (vida teórica) voltava-se à reflexão de temas fundamentais da *πόλις* (cidade), sobretudo, como adiante se investigará, em torno dos inúmeros conceitos e formas de realização da justiça, bem como da equidade, da educação jurídica, da construção das virtudes, e do papel que o *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) poderia desempenhar na construção do espaço público, livre, feliz e fundado nas relações de amizade. Caberá, então, à figura subjetiva do legislador tornar essas reflexões meramente abstratas numa forma de *βίος πρακτικός* (vida prática). Pensar a coisa humana é, portanto, tarefa também do legislador, sobretudo, do magistrado, quando assim atua no caso concreto nas leis não-escritas ou no uso da equidade, abrandando os ditames da lei, porque ele é capaz de sair de uma exclusiva *ἐπιστήμη θεωρητική* (ciência teórica) e é capaz de ingressar no campo da *ἐπιστήμη πρακτική* (ciência prática),³⁹⁴ ciência do sujeito imerso na ação, na ciência que preside a ação.³⁹⁵ Há, então, nas mãos do jurista clássico, ora artesãos, construtores do espaço público, ora jusfilósofos, perdidos em suas elucubrações, essa arte de transformar o pensar sobre a coisa humana num humano real, *ἡ ζωή, τὸ ζῆν* (na vida humana).³⁹⁶ É uma forma de *φρονήσις* (saber prático), concebida, desde Aristóteles, como a excelência de uma inteligência discursiva afeta ‘à determinação dos fins de agir.

Esse modo de se preocupar com a condição da existência humana, com as *τὰ ἀνθρώπινα πράγματα* (coisas humanas),³⁹⁷ para as quais o papel da especulação jusfilosófica ganha especial relevo, abre espaço para que Aristóteles, e anteriormente Platão em seus últimos escritos, como *Timeu*, *Crítias* ou mesmo as *Leis*, coloquem a *βίος θεωρητικός* (vida meramente especulativa) numa situação limítrofe, exigindo um pensar dirigido à prática, à construção da nova Hélade, então recentemente sufocada com o autoritarismo do poder, com o desgaste da cidadania, com o locupletamento dos vigilantes das cidades, com a devassidão das instituições políticas, etc. Abre-se, então, entre os gregos um potencial problema, sobre o qual a leitura kantiana do final do século XVIII tanto também se debruçará, referente à existência de um pensar prático a ser exercitado pelos homens na construção do sentido da *πόλις* (cidade). Nessa perspectiva, o cuidado

³⁹³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, X, 1178, b.

³⁹⁴ ARISTÓTELES, *Metafísica*, I, 1025, b; ARISTÓTELES, *Tópica*, VI, 6, 145, a.; VIII, 1, 157, a.; ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 2, 1139, a.

³⁹⁵ ARISTÓTELES, *Metafísica*, I, 1025, b.; ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 4, 1040, a.

³⁹⁶ PLATÃO, *Timeu*, 77, b.

³⁹⁷ XENOFONTES, *Memoráveis*, I, 1, 11.; PLATÃO, *Apologia*, 26, b.

com as normas, revelando aquela *estética jurídica da existência* que há pouco se falava, tenciona os homens gregos afeitos às questões jurídicas a serem ora meros especuladores de uma vida contemplativa, e nesses termos *jusfilósofos*, ora verdadeiros *artesãos*, no sentido atribuído por Platão já na República, tais os médicos, os agricultores, os pedreiros que na busca do bem estar coletivo constituíam seu próprio mundo.³⁹⁸ Tornam-se os juristas os grandes *artesãos* da πόλις (cidade), porque a constroem normativamente, seja através da figura do νομοθέτης (legislador), seja nos debates públicos na ἀγορά (praça), seja nas práticas dialogais nos tribunais.

Há, portanto, uma virada epistemológica em direção à transformação da abstração, do raciocínio na materialidade da palavra, no diálogo construído, na palavra φάρμακον (terapêutica), palavra-ação.³⁹⁹ Ganha pela palavra como ação um espaço não apenas de civilidade, cuja dimensão teórica tanto os enobrecia e os distanciava dos βάρβαροι (bárbaros), mas um lugar de construção de liberdade, de política. É por meio do diálogo, reformulando suas experiências práticas de liberdade, que a política aparece como experiência de cidadania, e o discurso jurídico, com sua dúplice natureza teórica e prática, aparece como um grande argumento, segundo Arendt.

Para Hannah Arendt, é justamente a pluralidade criada pela diversidade na ação e na palavra, que se permite a sustentação da vida política,⁴⁰⁰ isto é, a pluralidade e a alteridade são condições básicas da ação e do discurso.⁴⁰¹ Nesse sentido, a ação não é tão-somente um meio pelo qual os homens podem atingir a liberdade, mas é, sim, um caminho indispensável para que os indivíduos exerçam seus destinos e reconheçam, na prática, suas identidades e suas singularidades, é, pois, a capacidade de revelarem a sua identidade, pressuposto inexpurgável da liberdade, constituindo-se, então, o seu βίος πολιτικός (ser político). Nessa perspectiva, afirma precisamente Celso Lafer: “O campo da política é o do diálogo no plural que surge no espaço da palavra e da ação – o mundo público – cuja existência permite o aparecimento da liberdade.”⁴⁰² Por essa razão, pensar a liberdade exercida pelo indivíduo no espaço público, como adiante se fará no sentido constitutivo da πόλις (cidade), é pensar sobre a ação, sobre o exercício pelo encontro da identidade, mas é também, pensar as questões da palavra e da política, como condições de existência. Em

³⁹⁸ PLATÃO, **República**, III, 386a.-417b.

³⁹⁹ ENTRALGO, Pedro Lain. **La curacion por la palabra en la antigüedad classica**. Madrid: Revista de Occidente, 1958, p. 137.

⁴⁰⁰ ARENDT, Hannah. **The humain condition**. Chicago: University of Chicago Press, 1958, p. 7.

⁴⁰¹ ARENDT, Hannah. **The humain**, p. 175.

⁴⁰² LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão, poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 72.

1958, Arendt defende que a liberdade estaria intensamente ligada à *respublica* e à *πόλις* (cidade),⁴⁰³ A liberdade e a política só existem no espaço público da palavra e da ação, sobretudo nas assembleias e nos tribunais, já que a liberdade da vida privada não interessa diretamente para a formação da comunidade. A liberdade exige: primeiro, a palavra, condição de seu exercício, que, como tal, empreende um agir comum e a resistência ao poder, posto que o totalitarismo justamente operará no século XX a grande destruição do espaço público de sua manifestação; segundo, o espaço público, que através de sua construção pela ação humana, garante o exercício da democracia, e, portanto, da política.

O campo da liberdade sempre fora conhecido como um fato da vida cotidiana, e, de consequência, da política propriamente dita,⁴⁰⁴ mas não permite confundir, apesar da proximidade, alerta João Maurício Adeodato, o espaço político grego com o espaço público, já que aquele é apenas um de seus aspectos.⁴⁰⁵ Dito de outro modo, o aporte entre liberdade, política e ação constitui fator indispensável para o seu aparecimento, enquanto elementos separados e em comunhão. Nesse sentido, afirma Arendt que “ação e política são as únicas coisas que não poderíamos sequer conceber sem ao menos admitir a existência da liberdade,”⁴⁰⁶ tal a relação de condição de possibilidade que se estabelecem mutuamente. Diante da indispensabilidade entre política e liberdade, como identidade construída entre os gregos, Arendt chega, inclusive, a argumentar que a própria “*raison d’être* da política é a liberdade, e seu domínio de experiência é a ação”.⁴⁰⁷ Por isso, então, Arendt levará o mundo contemporâneo a repensar um novo sentido da política, aos moldes como os gregos a inscreveram na *πόλις* (cidade).

Todavia, defende a autora que a política é a possibilidade de fazer a liberdade encontrar seu fundamento na esfera pública, como necessidade de fazer agir, que não exclusivamente no interior de si. Segundo Arendt, desde o fim da Antiguidade, a liberdade passou a ser idêntica à escolha primeira, e não como processo, direcionando-se, portanto, ao próprio homem, ao seu isolamento, à sua retirada da esfera pública. Eis a grande chave de compreensão da palavra-ação no mundo clássico. “Essa idéia de que a liberdade é idêntica ao iniciar, ou, como diz Kant, à espontaneidade, nos é muito estranha, porque na

⁴⁰³ ARENDT, Hannah. **The human ...**, p. 9.

⁴⁰⁴ LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento ...**, p. 73. “Política e liberdade, portanto, são coincidentes, porém só se articulam quando existe mundo público.”

⁴⁰⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 126.

⁴⁰⁶ ARENDT, Hannah. **Entre o presente e o passado**. (trad. Mauro W. Barbosa de Almeida) São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 191-192.

⁴⁰⁷ ARENDT, Hannah. **Entre o presente ...**, p. 192.

linha de nossa tradição do pensamento conceitual e de suas categorias encontram-se a identificação da liberdade com o livre arbítrio e a compreensão do livre arbítrio como a liberdade de escolher entre coisas dadas de antemão (entre o bem e o mal, falando *grosso modo*), mas não a liberdade de querer simplesmente que isso ou aquilo seja assim ou assado. Essa tradição tem suas boas razões, que não podemos aqui abordar, defendida desde o fim da Antigüidade, de que a liberdade não apenas não se encontra no agir e na esfera política, mas, ao contrário, só é possível se o homem abre mão do agir, retira-se do mundo em direção a si mesmo e evita a esfera política.”⁴⁰⁸

A liberdade, portanto, exige o espaço político da ação e da palavra, bem como exige, ainda mais, o campo da política, tanto para que atinja seu grau aberto de manifestação, bem como para que permita os indivíduos atingirem, dentro da comunidade política, sua identidade. A palavra-ação é requisito de identidade, por isso os juristas, quando dela lançam mão, fugindo apenas de sua dimensão teórica, podem formar identidade, subjetividades, e, logo, cuidar dos outros. “Sem um âmbito público politicamente assegurado, falta à liberdade o espaço concreto onde aparecer.”⁴⁰⁹ A liberdade, nesse sentido, segundo Arendt, é também requisito de identidade do indivíduo, que só pode estabelecer a sua singularidade no espaço público, já que em si mesmo, e aqui há certa distância com pensamentos em certa medida socráticos, como pretenderá realizar Foucault, isso jamais é possível. O próprio conhecimento do indivíduo na consecução da liberdade só se faz pela existência do outro, da pluralidade humana. Nesse sentido, afirma Arendt numa conferência proferida em 18 de abril de 1975 na cidade de Copenhague, poucos meses antes de sua morte, intitulada *The Great Play of the World*: “... sempre acreditei que ninguém pode conhecer-se a si mesmo, porque ninguém aparece para si do modo como aparece para os outros; somente o pobre Narciso deixa-se iludir por sua imagem refletida.”⁴¹⁰ O outro, o interlocutor, a quem se dirige toda a argumentação e o esforço da palavra-ação é quem pode garantir a identidade do próprio sujeito, do que se utiliza do discurso, sobretudo, de seu *ἔθος* (modo de agir).

É nesse espaço da palavra-ação que o discurso jurídico se estabelece. Por isso, o saber jurídico, como anteriormente dito, é nos sécs. VI e IV uma prática jurídica, porque ausente toda uma abstração, uma sistematização e uma positivação disciplinada de normas,

⁴⁰⁸ ARENDT, Hannah. **Será que a política ...**, p. 121.

⁴⁰⁹ ARENDT, Hannah. **Entre o presente ...**, p. 195.

⁴¹⁰ ARENDT, Hannah. **O grande jogo do mundo**. A dignidade da política: ensaios e conferências. (trad. Helena Martins *et alii*) Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 172.

mas, sobretudo, uma prática discursiva construída pelo ensino da oratória e pelo exercício da retórica nas praças públicas, nas assembléias populares e nos tribunais. Trata-se um discurso não destinado à escrita, razão também pela qual muito pouco se conservou e se transferiu para a cultura ocidental pós-invasões bárbaras, mas uma prática discursiva que fazia ressaltar todas as virtudes gregas e toda a forma de condução pessoal dos indivíduos envolvidos a uma dada querela no âmbito privado e no espaço público.⁴¹¹ A retórica, aliada à dialética, é o grande instrumento capaz de convocar o interlocutor para a prática, para essa ação essencialmente política, tal como faziam as Musas em relação aos poetas e aos reis nos escritos de Hesíodo.⁴¹²

A retórica representa para os gregos, enquanto arte de persuadir, a possibilidade de provocar comportamentos nos homens, e não apenas levar-lhes ao mundo da abstração. A palavra tem desde os tempos homéricos uma força material, porque abre, no seu caráter constitutivo, um espaço de “realidade” dentro da realidade do mundo. Ela corta, como uma fenda, experimentando o mundo, e o fazendo, tal quisera Deleuze ao seu tempo,⁴¹³ novas formas de potencialidades, novas imanências. Por isso, é nítida a associação que se pode fazer entre um pensar sobre-humano (seja ele divino ou natural), um falar e um agir. A retórica, por excelência, sobretudo nos tribunais gregos (em razão de sua natureza leiga), aproxima o falar do agir, já que seu propósito é conduzir os julgadores a serem racional e emotivamente convencidos de que certa penalidade é a melhor para o caso concreto. No bom uso de sua equidade, e na esteira de um uso retórico da palavra, os retores gregos enlaçavam desde cedo a linguagem e a propulsão da ação que poderia por aquela ser gerada. Deve o herói ser brilhante nos conselhos e na arte da guerra. Nesse sentido, o educador, nas palavras de Fênix a Aquiles no Canto IX da *Ilíada*, privilegia a linguagem com perspectivas materiais, dizendo que ele deve ser: “um contador de mitos e um autor de feitos”.⁴¹⁴ Isso, certamente levado ao extremo, no poder de Zeus, propõe-se o *ideal humano*, porque ele age e fala eficientemente, ele é a excelência na palavra e na ação.⁴¹⁵

O campo jurídico é, desde os gregos e no mundo contemporâneo também reserva seu espaço, o lugar das multiplicidades da palavra, da institucionalização da palavra pela persuasão. Se a escola na *παιδεία* (educação) das palavras bonitas das obras dos poetas ou

⁴¹¹ LIMA, Paulo Francisco Butti de. **História e retórica** ..., p. 178-179.

⁴¹² HESÍODO, **Teogonia**, v. 80-103.

⁴¹³ DELEUZE, Gilles. **Logique du sens**. Paris: Éditions de Minuit, 1969, p. 34.

⁴¹⁴ HOMERO. **Ilíada**, IX, 443.

⁴¹⁵ HOMERO. **Ilíada**, VIII, 4, 7, 8 e 17.

dos dramaturgos, ou mesmo no ensino da gramática,⁴¹⁶ institucionaliza a reflexão sobre o *λόγος* (saber), é na *Ἡλιασταί* (Tribunal), sobretudo, que a palavra se materializa, que o discurso constrói o mundo, e nesses termos constrói a *πόλις* (cidade), e transforma a *δικαιοσύνη* (justiça em virtude). Por isso, a palavra oral terá sua expressão máxima nos tribunais populares, e Platão, inclusive, definirá o conceito de retórica no *Górgias* (conceito esse que posteriormente há de ser desenvolvido por Aristóteles) como a arte de “τὸ πείθειν ἔγω γ’ οἶόν τ’ εἶναι τοῖς λόγοις καὶ ἐν δικαστηρίῳ δικαστὰς (persuadir por meio de discursos os juízes nos tribunais) καὶ ἐν βουλευτηρίῳ βουλευτὰς (os conselheiros no conselho) καὶ ἐν ἐκκλησίᾳ ἐκκλησιαστὰς (os membros da assembleia na assembléia) καὶ ἐν ἄλλῳ ξυλλόγῳ παντὶ ὅστις ἂν πολιτικὸς ἔθλλογος γίγνηται (ou em qualquer outra reunião pública).⁴¹⁷ Há na retórica uma proximidade inevitável com o discurso jurídico. É, por excelência nas palavras das personagens jurídicas que encenam suas tramas no *Ὀδεόν* (Odeon) ou na *ἀγορά* (praça), que a palavra se torna ação, e impulsiona pelo apelo retórico os homens a criarem imagens, a formularem acordos, a realizarem justiça diante de um caso concreto.

Sócrates, no seu julgamento, quando expõe aos ouvintes os equívocos de raciocínio de seus acusadores e o mal uso de seus argumentos, diz que a grande função do orador, se esse deseja persuadir o auditório de maneira virtuosa, é *δὲ τᾶληθῇ λέφειν* (dizer a verdade).⁴¹⁸ Sem embargo para muitos houvesse um grande pessimismo na retórica dos tribunais, porque lá se realizaria a arte do engodo, lá também se construía uma particular experiência jurídica, uma experiência verdadeira, uma forma de práticas e discursos que fazia de pequenos acontecimentos, no sentido filosófico do *événement*, grandes oportunidades de conhecimento e digressão jurídica. Como bem salienta Eurípedes, *πῆρά τοι μαρθήσιος ἀρχά* (a experiência é o início do conhecimento),⁴¹⁹ e também mestre de tudo, e seu exercício produz uma forma peculiar de conhecimento, que no espaço jurídico é o conhecimento por excelência entre os gregos. Segundo Johnstone, como não havia advogados, juízes, promotores públicos, mas apenas dois litigantes e seus eventuais amigos

⁴¹⁶ NEVES, Maria Helena de Moura. **A vertente grega da gramática tradicional: uma visão do pensamento grego sobre a linguagem**. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2005, p. 111 e segs.

⁴¹⁷ PLATÃO. *Górgias*, 452, e.

⁴¹⁸ PLATÃO, *Apologia de Sócrates*, 18, a.

⁴¹⁹ EURÍPEDES, *Andrômaca*, 683.

em juízo, procurando persuadir a todos, a o direito e a lei atenienses acabavam sendo “essencialmente retóricos”.⁴²⁰

A retórica, que se lança no mundo grego dentro dos tribunais, sobretudo pelo uso dos *ἐνθίμεμα* (silogismos retóricos)⁴²¹ e dos *ἔλλεγχως* (refutações dialéticas)⁴²² procura persuadir, com vistas ao acordo e ao convencimento de seu auditório, da certeza dos argumentos do orador. É uma forma de produzir um convencimento racional ou até mesmo um conhecimento que atua sobre a alma e sobre o corpo.⁴²³ Mas Platão vai um pouco além, e sustenta que a retórica teria um forte caráter pedagógico, capaz de educar os homens, tornando-os virtuosos, e permitindo que realizem o autoconhecimento socrático. “A arte de guiar a alma por meio de raciocínios, não somente nos tribunais e nas assembléias populares, mas também nas conversações particulares.”⁴²⁴ Aristóteles estende a retórica para a dialética, como se fosse a sua contrapartida, o que muito interessa ao caráter discursivo do direito grego.⁴²⁵ Ela é capaz de ir além de seus objetos internos, diferentemente de outras tantas artes, e, assim, angariar maiores adeptos, seja pela absolvição, seja pela condenação.⁴²⁶ Por isso, a retórica é o grande argumento do espaço público e da experiência jurídica, que tem no diálogo processual, através dos *λογογράφοι* (discursador), a possibilidade de constituição de hábitos e normas sociais, com vistas ao bem supremo da comunidade. Ela opera, enfim, através de seu espaço argumentativo, não a reflexão abstrata sobre o justo, sobre o verdadeiro, mas a sabedoria prática, e, naturalmente política, no sentido grego do termo, sobre o plausível, o provável, o verossímil.⁴²⁷

⁴²⁰ JOHNSTONE, Steven. **Dispute and democracy: the consequences of litigation in ancient Athens**. Austin: University of Texas Press, 1999, p. 1-2.

⁴²¹ O vocábulo *ἐνθίμεμα* vem de *ἐνθυμείσθαι*, que significa considerar, ponderar, refletir. O entimema é o que se chama de silogismo retórico. João Maurício Adeodato o define como silogismo retórico por ser formal ou logicamente imperfeito, isto é, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas (ao contrário do silogismo apodítico), mas é pragmaticamente útil “se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou desejável”. ADEODATO, João Maurício. **O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife, n. 9, 1998, p. 139.

⁴²² MACDOWELL, Douglas M. **The law in classical...**, p. 250; GERNET, Louis. **Droit et institutions en Grèce antique**. Paris: Flammarion, 1982, p. 6-7. Entendem os autores por *ἔλλεγχως* a prática dialética, precisamente usada nos tribunais gregos, por Lísias, Antífone, Isócrates, e Demóstenes, como forma de refutação de argumentos contrários, como meio de prova, seja pelo acusador, seja pelo defensor. É um recurso que agrega força à persuasão retórica.

⁴²³ PLATÃO. **Górgias**, 456, c.

⁴²⁴ PLATÃO, **Fedro**, I, 26, a.

⁴²⁵ ARISTÓTELES, **Retórica**, I, 1, 1354, a.

⁴²⁶ ARISTÓTELES, **Retórica**, I, 2, 1355, b.

⁴²⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, v1, p. 02.

A *experiência* do direito antigo, portanto, é a experiência de um direito essencialmente político. Se o campo da política é o campo da liberdade, a esfera do diálogo, igualmente é o lugar da ação, e, logo, do *ius*, consoante a visão arendtiana. A *presença* jurídica está dispersa na *ἀγορά* (praça), sendo justamente um dos eixos sobre o qual esta pesquisa se debruça. A *ἀγορά* (praça) é onde as informais assembléias do *δῆμος* (povo) se realizavam, desde meados do século VIII, nas primeiras cidades coloniais. Homero já as citava, e demonstrava tratar-se de lugar essencial da disposição da cidade. Com a democracia ateniense, a *ἀγορά* (praça) passou a ser o lugar por excelências das reuniões do povo, e, por conseguinte, o local público do diálogo (perto da colina da Pnix). Reuniões, discussões, trocas, tudo que fugia ao âmbito privado encontrava na *ἀγορά* (praça) o seu espaço de sociabilidade, e o direito representam, então, a grande experiência discursiva que nela se realizava, capaz de construir o seu orador, o jurista. Por isso, um jurista virtuoso produz também um discurso virtuoso e um *ἔθος* (modo de agir) virtuoso, aos seus olhos e aos olhos de todos, pois como diria Diógenes Laércio: *ἐκτοῦ καρποῦ τὸ δένδρον γινώσκω* (pelo fruto reconheço a árvore).⁴²⁸

Toda essa experiência jurídica teórica e pragmática exercerá enorme influência no mundo clássico e será transportada para a prudência jurídica romana dos *iuris consultus*. E os romanos estenderão o direito para além do discurso e o farão misturar-se em todas as estruturas da Cidade-Estado. Por essa razão, o direito dos antigos, por ter esse conteúdo linguajado,⁴²⁹ tinha a capacidade de se infiltrar mais facilmente na condução e nas tramas da cidade, e não apenas organizar as relações entre os homens no âmbito público e privado, mas, sobretudo, de filtrar toda a teia social e todo o saber a partir de suas construções idealizadas sobre o mundo. Ulpiano, ao trabalhar a temática jurídica, estabeleceu alguns princípios fundamentais para o direito, mas que, por seu conteúdo, sobrepujaram os fins

⁴²⁸ LAÉRCIO, Diógenes. **Vida dos filósofos** ..., p. V, 15.

⁴²⁹ Aprofundando o tema, têm-se: TODD, Stephen. C. **Lysias against Nikomachos: the fate of the expert in athenian law**. In.: Greek law in its political setting: justifications not Justice. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 101-132, 1996.; GAGARIN, Michael. **Antiphon the Athenian: oratory, law and justice in the age of the sophists**. Austin: University of Texas, 2002.; WORTHINGTON, Ian. **Persuasion: greek rhetoric in action**. London: Routledge, 1994.; RUBINSTEIN, Lene. **Litigation and cooperation: supporting speaker in the courts of classical Athens**. Stuttgart: Steiner, 2000.; USHER, Stephen. **Greek oratory: tradition and originality**. Oxford, Oxford University Press, 1999.; JOHNSTONE, Steven. **Disputes and democracy: the consequences of litigation in ancient Athens**. Austin: Texas University Press, 1999.? ; BEARZOT, Cinzia. **Diritto e retórica nella polis democrática ateniense**. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 9, p. 128-155, 2006.; BERTRAND, Jean-Marie. **À propôs de la Rhétorique d'Aristote (I, 1373b1-1374b23), analyse du processus judiciaire**. In. Symposium 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 237-252, sept. 2005.

muros jurídicos para alcançar o estrato da sociedade. Ulpiano⁴³⁰ moralizava a comunidade ao enunciar as seguintes regras: *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não lesar os outros) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).⁴³¹ Nesse sentido, apesar da dúvida que repousa sobre tratar-se de um texto realmente clássico ou fruto das glosas medievais, como trazem alguns escritores, o que realmente importa é que esta mera manifestação do *iuris consultus*, repetida posteriormente na compilação justiniana, e feita como base evidente no direito filosófico grego, tratava-se de uma forma de delimitar a condução da vida em sociedade através do direito, e não apenas através da norma moral., expondo, então, uma peculiar forma de condução de vida: o *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) grego.

⁴³⁰ UPIANO. **Règles d’Ulpian.** in Textes de droit romain. 3 ed. Org. Paul Frédéric Girard. Paris: Arthur Rousseau, 1903, p. 54 e segs.

⁴³¹ Destaque-se que esse princípio pode ser encontrado anteriormente a Ulpiano, especialmente na obra de Marco Túlio Cícero *De Officiis* a qual, retomando o pensamento grego para formular os valores políticos e éticos da sociedade romana, afirma em 44 a.C, durante o principado de *Octavio Augustus*, “Mas tudo que é honesto nasce de uma de quatro partes. Com efeito, consiste ou no discernimento e na apreensão do verdadeiro, ou na manutenção da sociedade dos homens, e, atribuindo-se *a cada um o que é seu*, na fé dos contratos ou na grandeza e resistência do ânimo elevado e invencível, ou na ordem e medida de todas as coisas feitas e ditas, nas quais se encontram a *modéstia* e a *temperança*.” CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**, I, 5 e 15.

CAPÍTULO II – A estruturação do jurídico

1. As instituições e as personalidades jurídicas

1.1. Instituições constitucionais: *Ἀρείωπαγω, Ἡλιασταί, Βουλή, Εκκλησιά*

O modelo de raciocínio peculiar dos gregos em relação às questões jurídicas, a ver-se pelas linhas argumentativas e pelos parâmetros de percepção e de julgamento da realidade desde um ponto de vista absolutamente teórico, é possível demonstrar por meio da estruturação das instituições, da legislação, do processo e das personagens o modo como na prática essa singularidade se apresentava. O conhecimento da organização judiciária, conquanto um pouco enfadonho, parece de incontestável necessidade para embasar a premissa de um “direito constitutivo” que se constrói por práticas judiciárias e pela interpelação dos homens na sua essência.

Por certo que a investigação dessas estruturas⁴³² deve se concentrar num dado momento histórico, haja vista as significativas mudanças pelas quais passaram. Assim, salvo breve exposição sobre a Grécia antiga, a análise enfoca os séculos, sempre em destaque, VI ao IV a.C, ou seja, desde a racionalização da justiça, quando se abandonaram as disputas primitivas, até a sua decadência com a reforma que desmantelou a democracia.

Muito embora em torno do séc. VII a.C., a figura do “rei” ainda concentrava a hereditariedade política e a herança judiciária que outrora estiveram dispersas nas mãos dos mais velhos e do povo – “rei”, chamado de “basileus”, substancialmente diverso daquele que aparece no fim do Alto Medievo – lentamente começava a deixar de ser herdeiro natural de seus antepassados, e a religião, fundamento de seu poder, substituía-se por um ciclo esvaziado de cerimônias e formalidades.⁴³³ Apesar do debate de alguns pesquisadores sobre os motivos dessa mudança, já que a base controversa seria o terceiro capítulo da Constituição de Atenas de Aristóteles e que pouco referencia ao período anterior, não recai dúvida sobre o fato de que os reis foram gradualmente deixando suas funções, transferindo-as a outros homens, e suas últimas concentrações teriam deixado de

⁴³² BISCARDI, Arnaldo. “**Polis politeia politeuma**”. In.: *Scritti di diritto greco*. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 221-238, 1999.; ALESSANDRÌ, Salvatore. **I dieci probuli ad Atene: aspetti giuridico-costituzionali**. In.: *Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History* (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 129-148, 1988.

⁴³³ MACDOWELL, Douglas M. **The law in classical ...**, p. 24.

existir num momento em que, alguns dos reis falecidos, não tendo deixado herdeiros, não tinham outra coisa a fazer se não a transferência total dos poderes.

A primeira grande substituição de poderes se dá com a criação do “Arkhon”, apesar das evidências demonstrarem que lentamente outros poderes já vinham sendo transferidos, a ver-se pela criação do “arconte polemarca”, que assumira as funções da guerra, o “arconte eponimo”, que tinha competência jurisdicional em matéria de família, e, mais tarde, os *θεσμοθέτας* (juízes-administrativos), na criação das leis através das decisões, etc.⁴³⁴ A ele foi atribuída a administração da justiça, embora o termo “arkhons”, ou “os nove arkhons” representava a agremiação da justiça, sem a concentração monárquica, à medida que colecionavamos “arkhon”, propriamente dito, o basileus (quando ainda existia), o polemarca e os seis tesmostetas. Tal a experiência romana das magistraturas, também ao lado dos nove “arkhons” foram aparecendo os controladores de mercado, os generais, os oficiais de alfândega, os chefes das tribos, etc. A pulverização do poder judiciário se desenrola concomitantemente ao aparecimento da democracia do ponto de vista político. Esse paralelismo incita os pesquisadores a sustentar que a mudança está na base da fundamentação do poder, outrora não apenas uno e divino, mas inflexível, deslegitimado, seletivo e irracional. Modificação de substrato, e, sobretudo, de condicionamentos e correlações.

Os “arkhons” (arcontes, na tradução derivativa portuguesa forçada do termo) permaneciam no poder por cerca de dez anos, inicialmente, ao menos até 682 a.C, segundo Macdowell,⁴³⁵ em seguida por um ano. A limitação temporal vem acompanhada da mudança de escolha dos “arkhons”, à medida que, a partir de 487 a.C., deixam de ser eleitos e passam a ser escolhidos entre um certo número de candidatos previamente selecionados. Todavia, esse sistema ainda experimenta uma ulterior mudança, por volta de trinta anos mais tarde, quando eles passam a ser integralmente “indicados”. Naturalmente essa indicação mostra desde logo os percalços da democracia, vez que os “arkhons” eram homens da terra, geralmente de posses, sem qualificações, sem habilidade específica, e por óbvio sem o conhecimento necessário para cuidar dos assuntos que lhe eram postos a julgamento.

Não sendo um especialista, estava sujeito ao confronto ainda hoje em questão: tecnicismo *versus* representatividade. Se por um lado, a democracia representava exatamente essa possibilidade de indicação, destituindo a hereditariedade de sentido, por

⁴³⁴ MARTINI, Remo. *Diritti greci* ..., p. 19.

⁴³⁵ MACDOWELL, Douglas M. *The law in classical* ..., p. 25.

outro, abria grande margem discricionária, cujos limites não eram legais, apenas econômicos. Eventuais discussões que ainda se presenciavam, a ver-se pelas escolhas dos ministros do STF, não estão muito longe do que a primitiva Grécia apresentava. Porém, sem entrar neste assunto milenarmente distante, convém afirmar, apenas por ora, que os gregos deixariam esse modelo para trás.

Essa publicização da organização e da justiça se deu, inicialmente, pela construção do Areópago (*ἡ ἐν Ἀρείῳ πᾶγι βουλή*), destinado ao primeiro de todos os casos, o julgamento de Orestes,⁴³⁶ filho de Agamêmnon e de Clitemnestra, que, após o assassinato de sua mãe, fica louco pelas Fúrias vingativas, que incorporavam o espírito de Clitemnestra. Segundo a *Orestéia*, trilogia esquiliana, e também drama de Eurípides, Orestes acaba sendo absolvido pela deusa Palas Atenas, que desempatará os votos dos magistrados. O Areópago era um tribunal de ex-arcontes, estrutura política aristocrática (cujos membros eram sorteados entre quinhentos candidatos oriundos das duas primeiras classes: os pentacosimedimnos e os cavaleiros),⁴³⁷ que paulatinamente foi perdendo suas competências, já que inicialmente julgava, executava e legislava sobre tudo, restringindo-se apenas aos casos de homicídio, lesões corporais dolosas, envenenamento e incêndio doloso. Durante muito tempo, o Areópago exerceu uma forte hegemonia, e grande parte de suas manifestações constituíam dogmas para os gregos.⁴³⁸ Os membros dessa estrutura (*ἀρεοπαγίτης*), ainda marcadamente política, tinham total prestígio e glória, e eram irresponsáveis, vitalícios e inamovíveis em decorrência de certa crença de que seus ofícios eram frutos de dádivas divinas. Todavia, em decorrência das citadas reformas de Efialtes, em 461 a.C.,⁴³⁹ os *ἀρεοπαγίτης* foram perdendo suas funções, e no lugar apareceram tribunais populares: A *Βουλή* (Conselho), a *Εκκλησιά* (Assembléia), que condiziam muito mais com as atividades políticas (como controle do executivo, nomeação e fiscalização dos magistrados, diplomacia, etc.), e, as propriamente jurídicas, a *Ἡλιασταί* (Heliáia ou Tribunal dos Heliastas), os *Ἐφεται* (Tribunal dos Efetas) e os *οἱ κατὰ δῆμους δικασταί* (juízes dos demos).

As estruturas menores certamente eram os juízes do povo e os efetas, que absorveram parte da menor da competência anteriormente atribuída ao Areópago. Os *δῆμους δικασταί*, em número de trinta a quarenta, eram juízes escolhidos por sorteios, e

⁴³⁶ ESQUILO, *Eumênides*, 660 e segs.

⁴³⁷ MACDOWELL, Douglas M. *The law in classical Athens*. New York: Cornell University, 1995, p. 29.

⁴³⁸ BERTI, Monica. *Il 'dogma' e l'egemonia dell'areopago ad Atene ([Aristot.] Ath. Pol. XXIII 1-2)*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 6, p. 115-138, 2003.

⁴³⁹ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, XXV.

compunham uma espécie de justiça itinerante, que percorria os campos para tentar levar, sobretudo com a expansão das colônias, a realização da justiça longe dos centros urbanizados. Contudo, a competência se restringia à matéria cível. O *ἔφεται*, cuja competência se restringira aos casos de homicídio, era um tribunal popular composto por cinquenta e um juízes, os quais se encontravam subdivididos em quatro câmaras especiais: o Pritaneu (cuidava dos seres irresponsáveis, como animais e coisas), o Palácio (responsável pelos homicídios involuntários), o Delfínio (competente para os casos com legítima defesa) e o Freátis (competente para os casos de banimento no golfo do Pireu).⁴⁴⁰

De outro lado, o *ἡλιασται* foi o grande tribunal grego representativo dos efeitos da democracia ática na atividade judiciária. Através da *ἐφεσις* (recurso)⁴⁴¹, chega-se até ele contra as decisões dos juízes. Quando se quer compreender os procedimentos adotados, o modelo de instrução judiciária ou mesmo, como aqui interessa, o exercício pragmático de um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), é a esse conjunto de magistrados que se deve recorrer, já que ele demonstra com maior clareza o modo como as práticas judiciárias se realizavam. Os arcontes, que integravam as magistraturas político-administrativas, sorteavam anualmente seis mil jurados entre cidadãos com mais de trinta anos (o que significaria, nos dias de hoje, ao menos no Brasil, fazendo-se um paralelo, à lista anual dos jurados), os quais passavam a ter o nome de *ἡλιασταις* (eliastas). Em seguida, mil ficavam como suplentes e cinco mil eram escolhidos e divididos em seções de A a K, representativas de cada tribo, após passarem por um exame pessoal e prestarem juramento. Cada seção, composta por quinhentos membros cada uma (o que hoje poderia ser comparado aos vinte e um jurados que compõem a seção de julgamento), e chamadas então de *δικαστήρια*, fornecia também por sorteio no mínimo duzentos e um cidadãos que comporiam os tribunais ou júris, para enfim realizar o julgamento (o que, por fim hoje, seriam os sete jurados ou o conselho de sentença).⁴⁴² No mesmo momento se sorteava o lugar do julgamento, que poderia ser no *Ὀδεόν* (odeon) ou na *Ἀγορά* (praça).⁴⁴³ Tais cidadãos que ocupavam então esses tribunais recebem o nome específico de *δίκαστης* (juíz), e representam a personagem jurídica por excelência democrática da figura do juiz grego (os juízes serão melhor adiante trabalhados, quando se falar das personagens jurídicas propriamente ditas).

⁴⁴⁰ JARDÉ, A. *La Grèce antique* ..., p. 191.

⁴⁴¹ Ugo Paoli afirma que não seria propriamente um recurso, mas um direito de veto como recusa de continuidade da decisão do juiz. PAOLI, Ugo. *Studi di diritto attico*. Firenze: Bemporad, 1930, p.

⁴⁴² ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, LXIII-IX.

⁴⁴³ MACDOWELL, Douglas M. *The law in* ..., p. 35.

Com Clístenes, após o fim da monarquia (que havia sido reestabelecida durante a tirania de trinta anos com Psístrato e, em seguida, seus filhos Ippia e Ipparco, mortos por Armodio e Aristogíton) e a queda dos etruscos em Roma entre 508 e 501 a.C. por fim, é iniciada a estruturação da democracia, através de uma nova redistribuição territorial e administrativa, bem assim são reformuladas uma *Βουλή* (Conselho) e uma *Εκκλησιά* (Assembléia Popular).

A *Βουλή* (Conselho), também chamado de Conselho dos 500, era formada pelos 50 membros eleitos anualmente pelas 10 tribos que havia. Esta instituição já havia nos tempos solônicos, porém, agora, com o reestabelecimento da democracia, passava a existir um nivelamento dos estratos populares.⁴⁴⁴ Juntamente a esta mudança, o ano, até então de 12 meses, que coincidia com o calendário lunar, passava a ser dividido em 10 partes (*πριτάνιε*), não iguais, porque duravam entre 35 e 36 dias. A cada uma destas partes (*πριτάνιε*), o poder organizacional era exercido por uma tribo escolhida por sorteio. Cada dia, no interior desta tribo, um presidente era sorteado entre os 50 membros para exercer o poder nas próximas 24 horas. É também neste contexto que é criado o *όστρακισμο* (ostracismo), com vistas a fortalecer o poder da democracia e expurgado o temor de um retorno da tirania, punindo sempre aquele que atentasse contra os valores democráticos ou contra a *πόλις* (cidade).

A *Εκκλησιά* (Assembléia Popular) está igualmente atrelada à consolidação da democracia, especialmente em meados do séc. V a.C., com o aparecimento de Péricles. Foi Péricles que teria criado um *μίσθος* (compensação de três obolos) para construir uma idéia de democracia substancial, incentivando mesmo as pessoas mais pobres a participarem das instituições governamentais, como o *Ήλιασται* (Heliasta), *Βουλή* (Conselho), e, algum tempo depois, a *Εκκλησιά* (Assembléia). Contudo, apesar do caráter democrático, convém remarcar o que a arqueóloga Lina Mendoni destaca, ao entender que a *Εκκλησιά* (Assembléia), apesar de tudo, era uma assembléia formada por homens com condições econômicas, com posses.⁴⁴⁵

A *Εκκλησιά* (Assembléia) era a típica estrutura de poder do período antigo.⁴⁴⁶ Contudo, após a Guerra do Peloponeso, houve certa involução no sistema democrático, em

⁴⁴⁴ MARINI, Remo. *Diritti greci*..., p. 25.

⁴⁴⁵ ΜΕΝΔΟΝΗ, Λίνα Γ. *Ἡ αρχαϊκή Ελλάδα* ..., σσ. 78 “Στην Εκκλησία του Δήμου μετείχαν μόνο οι ιδιοκτήτες” [trad. do autor: “Na Eclesía do povoado participavam apenas os proprietários de terra.”]

⁴⁴⁶ ΜΕΝΔΟΝΗ, Λίνα Γ. *Ἡ αρχαϊκή Ελλάδα* ..., σσ. 78 “Στην Αθήνα και τη Σπάρτη η Εκκλησία ήταν η τυπική πηγή της εξουσίας από την Αρχαϊκή Εποχή” [trad. do autor: “Em Atenas e Esparta, a Eclesía era a típica fonte de poder da Época Clássica.”]

torno do séc. IV a.C., como afirmado outrora, de modo que mesmo o instituto do recebimento, da compensação, acabou sendo fruto de abuso por demagogos, tal ressalta Arisófane em suas comédias diversas vezes, ao lado de uma deterioração da própria assembléia, que passou a ver lentamente a divisão de classes.

Em suma, apesar dos avanços e retrocessos, a estrutura constitucional e política de uma Grécia democrática, diga-se Atenas, foi deste modo construída em torno dos arcontes (rei, polemarcha, epônimo), dos tesmotetas, do Areópago, do Heliasta, do Conselho dos 500 e da Assembléia Popular. Este é o quadro institucional, dentro do qual se construirá uma *πόλις* (cidade) originalmente isonômica, participativa, dialógica que faz ressaltar uma imensa preocupação do fenômeno normativo, e que, por fim, contribui para a passagem da idéia exclusivamente religiosa de *θέσμος* (norma) para a humanizada forma de *νόμος* (norma).⁴⁴⁷

1.2. As personagens jurídicas centrais

Compreendida as principais institucionais da era democrática, é oportuno analisar as diversas personagens da história da experiência jurídica grega que, de algum modo, exerceram formalmente papéis judiciários. Dentre eles, é oportuno fazer uma análise mais detalhada da figura do legislador, do árbitro, do autor, da defesa, do magistrado, do orador, do logógrafo, das testemunhas e, também, dos sincofantas. A compreensão do papel e do modo como cada uma dessas pessoas agia e pensava publicamente, auxilia na compreensão do quanto o direito grego, efetivamente, constituía-se com nítido perfil constitutivo.

Essas personagens no palco jurídico clássico, dada a rígida ausência da profissionalização do direito,⁴⁴⁸ apresentavam-se na consecução do cuidado normativo da *πόλις* (cidade) e na encenação pública dos processos da seguinte maneira: havia a figura tradicional do *δίκαστης* (magistrado), símbolo em grande parte da civilização democrática grega; também, o *νομοθέτης* (legislador), o legislador, responsável, ao menos a partir do início do século V a.C., por traçar e escrever os costumes dos cidadãos como regras objetivas, coercitivas e públicas, aptas a se secularizarem; ainda, o *λογογράφος* (discursador), ora conhecido como *ρέτορ* (orador), que aparecia nos tribunais para auxiliar

⁴⁴⁷ Para aprofundar a formação e a constituição dos tribunais, ler: BOEGEHOLD, Alan. **The lawcourts at Athens**. Princeton: The American School of Classical Studies at Athens, 1955.

⁴⁴⁸ BONNER, Robert J. **Lawyers and litigants in ancient Athens**. Chicago: University of Chicago Press, 1927, p. 209.

o demandante ou o demandado no sucesso de sua autodefesa (o que para alguns representa o esboço longínquo dos *iuris consultus* romanos); por fim, as partes processuais, os cidadãos envolvidos no litígio judicial, que saíam de sua passividade e disputavam nos tribunais a realização dos diversos conceitos de justiça talhados pelos gregos. Todas essas personagens, repise-se, eram exercidas sem continuidade, especialidade, permanência ou estabilidade, traço característico da justiça clássica, e mesmo entre os latinos e sua anualidade nas magistraturas republicanas, razão pela qual o exercício da justiça, além de fazer parte dos debates públicos da *ἀγορά* (praça), e, portanto, de todos, também fazia parte em algum momento da vida dos cidadãos, ora ocupantes de algumas das funções afeitas à justiça. Para Aristóteles, o direito de administração da justiça e de encenar as personagens jurídicas era o reflexo do próprio conceito de cidadania, o que talvez explique o próprio processo de juridicização da realidade.⁴⁴⁹

A primeira personagem jurídica que aparece, na lendária tradição de Zaleuco,⁴⁵⁰ por volta de 662 a.C., é o *νομοθέτης* (legislador), o legislador, cujos atributos e habilidades em muito importavam na formação do *νόμινον ἔτος* (modo de agir normativo) através da própria conformação da estrutura da *παιδεία* (educação) jurídica. Embora, evidentemente, a sua dimensão dentro de um estudo da ciência política possa ser maior. Sempre que uma nova colônia era criada, logo pensavam os gregos na necessidade de um novo legislador, capaz de reproduzir o sentimento, a harmonia e os ideais da justiça grega.⁴⁵¹ Talvez por essa razão sensivelmente Hannah Arendt chamava o legislador grego de um *compositor de leis*.⁴⁵² Competia ao *νομοθέτης* (legislador) a criação das leis, e, realizando, como outros tantos, uma forma de experiência jurídica pessoal. Sua atividade, quando sustentada numa forma de cuidado de si como norma de competência tinha por maior objetivo, segundo Marcel Dettienne, “transformar a vida pública, impondo novas práticas”,⁴⁵³ logo, auxiliar através de seus próprios hábitos e costumes a vida dos demais cidadãos. O legislador tinha um papel fundamental através de seu ofício normativo: prescrever a virtude recriminando os vícios.⁴⁵⁴ Era, portanto, o *νομοθέτης* (legislador) o primeiro *νομικός* (jurista) grego que se destaca no palco da *πόλις* (cidade), e busca através de seu *νόμινον ἔθος* (modo de agir

⁴⁴⁹ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, LXIII, 2.

⁴⁵⁰ LAÉRCIO, Diógenes, *Vida dos filósofos*..., p. IX, 50.

⁴⁵¹ ARISTÓTELES, *Política*, II, 10, 1271, a; II, 11, 1273, a – b; II, 12, 1274, a – b.

⁴⁵² ARENDT, Hannah. *O que é política* ..., p. 116.

⁴⁵³ DETTIENNE, Marcel. *L'écriture et ses nouveaux objets intellectuels en Grèce*. In.: *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienn*. Lille: Presses Universitaires de Lille, 1992p. 14.

⁴⁵⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles* ..., p. 78-79.

normativo) refundar outros cidadãos. Se a virtude pode ser ensinada, como quisera Sócrates, a austera e correta razão do legislador tem esse importante papel.

Feitas as leis da cidade, havia entre os gregos, mesmo com certa racionalização, em decorrência de sua constituição mítica, uma nítida influência do caráter mágico e místico da realização da justiça com base na legislação criada, traço distintivo da civilização helênica. Tal era a relação, que por volta de 475 a.C., em Téos, na Jônia, criou-se a Lei das Imprecações Públicas, que permitia estrategicamente (para fugir dos problemas iminentes de atentados à *πόλις* – cidade –) a invocação de poderes divinos para a execução de um juramento ou de uma lei.⁴⁵⁵ As variações entre *Θέμις* (Themis) e a *Δίκη* (Díke), profundas na dramaturgia e na poesia épica,⁴⁵⁶ vão muitas vezes influenciar o modo como as personagens jurídicas encenavam suas peças processuais perante os cidadãos áticos. Por essa razão, e por se acreditar no aspecto público das divindades, é que também a estrutura judiciária grega se destinará muito à realização pública da justiça, a justiça feita aos olhos de todos. De fato, não apenas a prática jurídica realizada nos tribunais, mas também a prática legislativa, todas como práticas ascéticas de uma experiência jurídica de austeridade, representam, dentro de suas especificidades essa publicização e generalização da justiça operada pelos gregos do sécs. VI e IV a.C.⁴⁵⁷

Os *δικασταί* (juízes) tinham plena liberdade para decidir, e seu compromisso era apenas com a sua consciência, já que não havia um sistema de controle das motivações judiciais, nem tampouco se falava em persuasão racional.⁴⁵⁸ Por essa razão, já que a preocupação com o produto das sentenças e o com o efeito educativo que poderiam ter para os demais cidadãos, sobretudo na constituição de seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), os gregos se preocupavam demasiadamente com a escolha dos magistrados. Fazia-se uma série de exames e procedimentos, que, diferentemente do que ocorre hoje, não se restringia a perscrutar o conhecimento técnico ou a normalidade dos indivíduos, como se costuma fazer nos testes psicotécnicos, mas cumpria analisar os seus hábitos, o cumprimentos de suas responsabilidades cívicas e privadas, os costumes particulares, e o

⁴⁵⁵ ARNAOUTOGLOU, Ilias. *Ancient greek law ...*, p. 96-97.

⁴⁵⁶ BRANDÃO, Junito de Souza. *Teatro grego: tragédia e comédia*. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 22-35.

⁴⁵⁷ Para aprofundar a investidura do legislador, ver: MARTINI, Remo. *Il decreto d'investitura dei nomoteti*. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 3, p. 113-123, 2000.; e do papel social do legislador, ver: FAUX, Véronique. *Le législateur et la loi à Caen*. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 5, p. 255-262, 2002.

⁴⁵⁸ GERNET, Louis. *Droit et institutions en Grèce antique*. Paris: Flammarion, 1982, p. 67.

alcance de suas virtudes, enfim, o mais amplo exame da personalidade e das habilidades dos interessados.

Além do mais, a escolha do magistrado tinha uma peculiaridade fundamental, que o século XX procurará em parte retomar com a idéia de concursos e públicos e o fim das ‘indicações de cabrestos’: a publicidade. Aristóteles insiste na idéia de *εὐσυνώπτος* (boa visibilidade do conjunto). A visibilidade de cada indivíduo por todos ao mesmo tempo permite a escolha do magistrado não apenas pela reputação ou pela aparência, mas especialmente por um conhecimento real de suas qualidades, o que naturalmente reforça o cuidado normativo, a confiança na virtuosidade das normas e dos cidadãos, consolidando, então, a amizade política.⁴⁵⁹ A todo instante estão os gregos preocupados, na sua imensa maioria, com a prática jurídica como experiência ascética. Apenas homens virtuosos, juristas supremos, é que poderiam educar a comunidade, e transformarem as práticas normativas queridas pelo *νομοθέτης* (legislador) em práticas austeras, na construção do Estado ideal. Homens que pratiquem a virtude do bom cidadão, como quisera Aristóteles.⁴⁶⁰

Assim, os gregos criam um sistema peculiar para tentar investigar a vida dos possíveis magistrados: a *δοκιμασία* (docimasia/prova/exame). A *δοκιμασία* (prova) era um exame de capacitação realizado diante da *Βουλή* (Parlamento) ou da *Ἠλιασταί* (Tribunal) no qual os interessados faziam antes de ingressarem no cargo de *δικαστής* (juiz).⁴⁶¹ Segundo Aristóteles, fazia-se uma série de perguntas sobre a vida do jurado, seus familiares, seu modo de se conduzir, de se conhecer, se faz parte de algum culto de Apolo ou de Zeus, se possuía algum jazigo de família e onde este se situava, se tinha um bom relacionamento com os parentes, se pagava todas as contribuições para a *πόλις* (cidade), se tinha participado de campanhas militares, etc.: “Que é teu pai, e de qual demo? Quem é o pai de teu pai? Quem é tua mãe? Quem é o pai de tua mãe, de qual demo?” Em seguida, depois ter respondido as incisivas perguntas, os arcontes então pediam para que o *ἡλιαστας* (eliasta) trouxesse suas testemunhas (espécie de testemunha abonatória), para que também fossem indagadas sobre a pessoa do jurado. “Há alguém aqui que queira acusar este homem?”⁴⁶² Caso alguém soubesse de algum ato de indignidade que pudesse ferir o *ἦθος* (modo de ser) do cidadão, poderia dizê-los, e os membros do tribunal votariam sobre a

⁴⁵⁹ ARISTÓTELES, *Política*, V, 11, 1313, b.

⁴⁶⁰ ARISTÓTELES, *Política*, III, 3, 1276, b, e, 1277, a.

⁴⁶¹ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 167-68.

⁴⁶² ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, LV, 3 – 4.

aceitação ou denegação do seu nome. Caso nada houvesse que ofendesse as virtudes do indivíduo ou os anseios do povo na busca da consecução da justiça, o jurado era aprovado e poderia, doravante, participar os julgamentos.

O propósito da *δοκιμασία* (prova) era assegurar ao máximo que o juiz escolhido entre o povo era um cidadão que poderia, no exercício da atividade de julgar os outros, vir a continuar a se educar como próprio cidadão, vir a desenvolver o seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), e ter capacidade de realizar a experiência jurídica com austeridade, no benefício de todos. Segundo Harrinson, era uma forma de tentar corrigir os esquivos morais que um sorteio poderia proporcionar.⁴⁶³ Pretendia-se que o cidadão escolhido tivesse vontade de realizar justiça, mas também tivesse tido, até aquele momento, uma vida digna e continuamente virtuosa. Os gregos viam a necessidade de ser juiz como uma obrigação de vida, segundo MacDowell.⁴⁶⁴ Era, no fundo, uma forma de exame de moralidade que se fazia no cidadão. Tanto, que, segundo Glotz, o sujeito que tivesse alguma mácula em sua vida ou cujas intenções não fossem boas para o exercício da atividade jurisdicional, temia a *δοκιμασία* (prova) e nem se apresentava para o interrogatório.⁴⁶⁵

Uma vez escolhidos e devidamente aprovados na *δοκιμασία* (prova), os juízes faziam a *εὐθυνή* (prestação de contas), referente a bens, e faziam o *ὄρθος ἐλιαστικός* (juramento), uma forma de juramento perante o povo na pedra de sacrifício na colina de Ardetos, que se resumia, entre outras palavras, a buscar a justiça escolhida pelos deuses e pelos cidadãos. Tratava-se de mais de um procedimento, de mais uma prática realizada nos altares da justiça com vistas a chamar o cidadão, o jurista grego, a constituir-se como sujeito moral de sua conduta. Não bastava que fosse virtuoso e reconhecidamente honrado, o que se queria era o comprometimento com a realização da justiça e não de suas vaidades.⁴⁶⁶ Queriam virtude, responsabilidade, mas também sensibilidade. Interessante é que o *Ὀδεόν* (Odeon), lugar onde geralmente ocorriam os julgamentos logo após os juramentos, tinha uma estrutura feita inicialmente para peças musicais, o que muito demonstra o cuidado que tinham os gregos com a realização da justiça. Acreditava-se que a sua consecução deveria ter imensa proximidade com a sensibilidade proporcionada pela sonoridade da música. Desejavam que os jurados fossem sensíveis e harmônicos em suas

⁴⁶³ HARRINSON, A. R. W. **The law of Athens**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998, p. 200-207.

⁴⁶⁴ MACDOWELL, Douglas. **The law in classical Athens...**, p. 204.

⁴⁶⁵ GLOTZ, Gustave. **La cité grec...**, p. 151.

⁴⁶⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles ...**, p. 79.

decisões, tal como as ‘partituras’ tocadas nas cítaras, para que a justiça fosse o reflexo de seus modos de condução de vida. Essa relação é tão profunda, como adiante se investigará, que a própria *παιδεία* (educação) dos gregos, a educação, era inicialmente voltada à ginástica e à música, e, logo em seguida, ao cuidado normativo.

Ademais, diferentemente dos romanos, que construiriam séculos mais tarde uma magistratura fundada na anualidade e na gratuidade, sob o argumento de que o salário e o tempo de magistratura faziam os homens se acostumarem com o poder, os gregos criaram um sistema que pudesse satisfazer a necessidade de todos de algum dia virem a exercer a atividade jurisdicional, através do pagamento de uma pequena remuneração. Acreditavam que a remuneração não excessiva da atividade teria apenas o intuito de estimular a participação política dos atenienses. Por isso, a *μιστοφορία* (prática de remunerar os cargos judiciários), criada por Péricles, procurava estimular o aperfeiçoamento *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) dos cidadãos através da participação nos tribunais. Os três óbulos diários recebidos a título de pagamento pelos julgamentos, desde Creon, o então *μισθός ἐλλάστικος* (remuneração pelo julgamento),⁴⁶⁷ equivalia à remuneração de meia jornada de trabalho de um cidadão comum médio ou o preço de sua alimentação diária.

Os juízes, que não passavam de simples cidadãos então sorteados e aceitos na *δοκιμασία* (prova), tinham, portanto, em Atenas, a responsabilidade de julgar todos os casos de sua competência, e que lhes fossem levados pelas próprias partes através de um sistema dual de provocação pública – as *ἄγωνες* (ações), que têm íntima relação com o direito que traziam em seu bojo: a *δίκη* (ação privada) e a *γραφή* (ação pública). Naturalmente, embora sejam os romanos os criadores de um sistema processual com base em fórmulas tracejadas nos editos dos magistrados,⁴⁶⁸ sobretudo, os *praetores* urbanos, são os gregos que esboçam desde cedo os primórdios de um direito não autônomo de ação, modernamente questionado pela polêmica Windscheid e Müther, ou de um direito concreto de ação, na crítica de Chiovenda, Wach, Degenkolb, Plósz etc. Isso é possível de se evidenciar, também, como em seguida se analisará, pelo fato dos gregos estabelecerem nomes específicos para as suas ações, conforme o direito material a que se pleiteava ver realizada a justiça. Tradição essa que até hoje, mesmo quando já se concluiu por uma abstração apenas condicionada, como quisera Liebman, ainda deixa os seus resquícios nas atividades forenses. Todavia, embora fossem os tribunais os verdadeiros centros de

⁴⁶⁷ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, XXV.

⁴⁶⁸ Veja-se, nesse sentido, a *Lei Aebutia* (126 a.C. ou 149 a.C.), que cria o processo formulário, e a fórmula de Celso: *nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi*.

exercício da justiça, muitas vezes as partes, caso não desejassem ir diante dos magistrados para demandar contra alguém, sobretudo nas questões que hoje em parte seriam considerados direitos individuais disponíveis, poderiam recorrer aos *δαιτηται κληρωτοι* (árbitros públicos) e aos *δαιτηται αἰρετοι* (árbitros privados) que lá existiam.

Contudo, é dentro da *Ἡλιασταί* (Tribunal) que a justiça era buscada pelos gregos. Antes de simplesmente solucionar o fato, a lide ou caso penal, o que desejavam os áticos era a busca por um escopo muito maior dos feitos: o apaziguamento da comunidade. Os gregos se preocupavam efetivamente com a realização da justiça, não apenas no âmbito dos desejos privados, nem tampouco apenas para reafirmar a crença no sistema, como o mundo contemporâneo desejará com as teorias da prevenção geral positiva, mas para acalmar a sociedade, livrá-las dos excessos e das transgressões, que tanto perturbavam a harmonia dos laços pessoais, da amizade, e, nessa medida, impedia a consecução do fim maior do homem: a *εὐδαιμονία* (felicidade). Certamente o escopo da ‘jurisdição’ grega está muito longe daquela que iria se construir com o Estado Moderno. Por isso o tamanho prero que davam à *ἐπιείκεια* (equidade) e à necessária *σοφροσύνη* (prudência) dos magistrados. Ouvir dos *δικασταί* (juízes) qual a decisão sensata e equilibrada para sua eventual querela com outros indivíduos era ouvir, no fundo, qual a decisão que os mais sábios, os mais justos e os mais virtuosos cidadãos da *πόλις* (cidade) poderiam lhe oferecer, e, assim, efetivamente apaziguar o seu conflito. Uma justa e correta decisão permitia que a comunidade mantivesse sua liberdade e suas relações de amizade. Por isso, por excelência competia ao *νομοθέτης* (legislador) e ao *δίκαστης* (juiz), principais personagens, a tentativa de fazer da prática jurídica, ao menos dentro dos espaços públicos reservados à realização da justiça, uma forma de ascese, de busca de plenitude moral, fazendo do *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo) o hábito supremo das virtudes, seja pela normatização, seja pela execução da justiça. Bittar, inclusive, através de uma revisão da relação entre *Θέμις* (Themis) e *Δίκη* (Díke) percebe um elo necessário entre as questões divinas e as vicissitudes dos homens na figura dessas duas personagens: “O *nomoteta*, o legislador, é o que forja o preceito normativo, atividade de elevada estimacão e que pressupõe conhecimento das virtudes e sabedoria prática. O *dikastés*, o juiz, coteja o individual com o geral, realizando a justiça em sua materialidade, imergindo na realidade e aplicando a atividade formal do legislador objetivando a própria justiça política.”⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles** ..., p. 79.

Ao lado das figuras tradicionais, surge em Atenas pessoas que aproveitaram para abusar do processo, para usá-lo com vistas a atingir determinadas pessoas, e, nessa medida, desrespeitar a natureza processualística dos gregos enquanto exercício de retórica e diálogo. Tais pessoas passaram a ser vistas como *συνκοφάντες* (impostores processuais), como forma de discriminá-los em relação aos cidadãos que, na sua grande maioria, preocupavam-se em construir virtudes públicas, sobretudo através do processo. Matthew Christ fala que a categoria dos sincofantas passou a existir pela dualidade que os romanos tinham entre incluídos-excluídos⁴⁷⁰. A necessidade de separar as boas pessoas daquelas que não se preocupavam com o “cuidado de si”, era, antes, uma necessidade social. Matthew Christ ainda fala que a sincofantia era uma forma de condenar em decorrência da reprovação social o comportamento inescrupuloso pelos atores legais, e o sincofante, nessa medida, opunha-se diametralmente oposto ao cidadão ideal⁴⁷¹. Contudo, ele, seguindo Osborn,⁴⁷² opõe-se à idéia defendida por muitos outros *scholars*⁴⁷³ de que o sincofanta seria efetivamente uma profissão, pois para ele ninguém vivia propriamente disto, de modo que não era uma classe sociológica.

Sem embargos as diferenças, tanto no uso da *γραφή* (ação pública), quanto da *δίκη* (ação privada), e apesar de existir toda uma busca pela realização ascética da justiça, naturalmente houve os abusos. Surgiram, assim, em Atenas os *συνκοφάντες* (malandro, impostor), cidadãos que tentaram se profissionalizar e viver para acusar outros, geralmente delatar os ricos, para deles obter o valor das indenizações. Havia uma lei em Atenas que proibia e punia a exportação de figos, produto caro e base da alimentação do povo grego. Entretanto, não diferente dos dias de hoje, alguns cidadãos procuravam fazê-la ilegalmente, podendo ter como sanção a perda da carga. Nessa medida, alguns oportunistas começaram a se especializar em saber onde havia essas cargas clandestinas, para então delatar à administração pública, já que o delator poderia obter a metade de todo o produto que seria

⁴⁷⁰ CHRIST, Matthew R. **The litigious athenian**. Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1998, p. 48. “Sycophancy is a negative social category, founded on the notion that Athenian society consisted of insiders and outsiders” [trad. do autor: A sincofantia é uma categoria social negativa, fundada na noção de que a sociedade ateniense consistia em incluídos e excluídos.]

⁴⁷¹ CHRIST, Matthew R. **The litigious athenian** ..., p. 50.

⁴⁷² OSBORNE, Robin. **Demos: the discovery of classical attika**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

⁴⁷³ BONNER, Robert Johnson; SMITH, Gertrud. **The administration of justice from Homer to Aristotle**. 2v. Chicago: Chicago Press, 1938.; LOFBERG, John Oscar. **Syncophancy in Athens**. Chicago: Chicago University Press, 1917.; EHRENBERG, v. **The people of Aristophanes: a sociology of old Attic comedy**. 2 ed. Oxford: Blackwell, 1951.

exportado.⁴⁷⁴ Surgem, então, os sicofantas, os descobridores de *φήμι* (nomear, de onde vem *εσύκον* (figo), que delatavam as cargas ilegais. Certamente acabaram se proliferando, até a sua extinção.⁴⁷⁵ No entanto, esse termo acabou sendo décadas mais tarde empregado para aqueles que demandavam em juízo contra outros em proveito próprio. Conduto, em razão da existência de multas pela má acusação, houve um refreamento dessa figura, embora existissem no entender aristotélico, eram bajuladores, danosos e vis. O substantivo acaba ganhando entre os gregos a conotação de adjetivo, sobretudo para designar a pessoa maledicente, a ver-se, por exemplo, no primeiro livro da república platônica, quando Trasímaco, Sócrates, Polemarco e eventualmente Clitofonte, estão discutindo sobre os conceitos de *τὸ δίκαιον* (justo) ou de *δικαιοσύνη* (justiça como virtude), bem como se o governar é uma *τέχνη* (arte) ou um *δουλοργία* (ofício), em razão do julgamento de Sócrates e das leis erradas e inconvenientes, de repente Trasímaco, tantas vezes replicado e derrotado em suas falas, diz: *Συκοφάντες γὰρ εἰ, ἔφε, ὁ Σόκράτης, ἐν τοῖς λόγοις* (És um sicofanta nas palavras, ó Sócrates!)⁴⁷⁶.

O que naturalmente ressalta, é que havia no exercício e nas práticas judiciárias exercidas pelas personagens jurídicas todo um saber que não era restrito à burocracia profissional da *πόλις* (cidade) nem tampouco sucumbia aos sistemas e às classificações de uma teoria jurídica. Era, enfim, um saber da cidade, marginal, nitidamente público, dialógico e retórico, fruto de uma abstração sobre o justo meio, mas também produto de uma *φρονήσις* (saber prático) voltada à realização do justo. Por essa razão, a realização da justiça era amadora, com bem destaca Todd: “Em Atenas, contudo, a administração da justiça foi mantida, tanto quanto possível, nas mãos de amadores, com o efeito (e talvez também o objetivo) de permanecer barata e rápida. Todos os julgamentos eram aparentemente completados em um dia, e os casos privados muito mais rápidos do que isto. Não era permitido advogado profissional; e, embora a arte dos logógrafos tendesse, na prática, a burlar essa regra, nenhum litigante corria o risco de admitir que seu discurso era na realidade um discurso ‘fantasma’ feito por um orador profissional. O presidente da corte não era um profissional altamente remunerado, mas um oficial designado por sorteio.”⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ ARNAOUTOGLU, Ilias. **Ancient greek law** ..., p. 95. Essa mesma proposição seria nos anos de 465-452 a.C. repetida numa Lei em Defesa da Democracia, na Éritras, Ásia Menor. O texto estabelecia que o acusador do sujeito que tivesse desrespeitado qualquer lei, caso tivesse sucesso, obteria metade da multa que àquele caberia, e a outra metade ficaria para a cidade. Contudo, se retirasse a acusação ou perdesse, estaria sujeito ao pagamento de toda a multa que seria estabelecida para o primeiro.

⁴⁷⁵ MACDOWELL, Douglas M. **The law in** ..., p. 62 e segs.

⁴⁷⁶ PLATÃO, **República**, I, 340, d.

⁴⁷⁷ TODD, S. C. **The shape of** ..., p 77.

Percebe-se, então, que a grande possibilidade de um cidadão vir a ocupar o papel de uma personagem jurídica naturalmente abria também um vasto e amplo conceito de jurista entre os gregos. Como sustenta Croiset, Atenas é, por excelência, a “cidade de juízes e de processos”, e os cidadãos estão a todo instante procurando mostrar a importância dos tribunais.⁴⁷⁸ Por isso, arrisca-se falar neste ensaio de que todos os gregos eram cotidianamente juristas, porque se ocupavam do conhecimento, da execução, da elaboração, da realização, da teorização do direito, não como sistema, mas como práticas discursivas, normativas, práticas de si, que o levavam a se reconhecer como juristas permanentes, na austeridade da casa, da praça e dos tribunais, bem como o levavam a se reconhecerem como cidadãos virtuosos, e, logo, como sujeitos morais de suas condutas.⁴⁷⁹

2. A materialidade do direito

2.1. As normas do espaço público e privado

De um modo geral, embora houvesse toda uma predisposição dos gregos para a dimensão processual do direito, sobretudo em razão das tantas demandas e em razão do caráter dialógico de sua prática, como trabalhado outrora pela retórica e pela dialética, a grande preocupação das leis escritas, com os mesmos propósitos de evitar os abusos de poder e de segurança jurídica,⁴⁸⁰ era promover a positivação de condutas que atentavam contra a *oikía* (casa) e contra a *πόλις* (cidade), símbolos da democracia e da civilização grega. Exíguas eram as condutas realmente postas num texto rígido, já que ao juiz muitas vezes lhe era dado o poder de legislar no caso concreto, como se verá adiante.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ CROISSET, Maurice. **Les démocraties antiques**. Paris: Flammarion, 1911, p. 33.

⁴⁷⁹ Para aprofundar os seguintes temas ler: a) sobre os juízes Pierre Fröhlich: FRÖHLICH, Pierre. **Remarques sur la reddition de comptes des stratèges athéniens**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 3, p. 81-111, 2000.; b) sobre os acusadores públicos, Lene Rubisteine e Adele Scafuro: RUBISTEIN, Lene. **Volunteer prosecutors in the greek world**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 6, p. 87-113, 2003.; SCAFURO, Adele. **The role of the prosecutor and athenian legal procedure (Dem. 21.10)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 7, p. 113-133, 2004.; c) sobre os advogados, Roberto Bonner: BONNER, Robert Johnson. **Lawyers and litigants in ancient Athens**. Chicago: University of Chicago Press, 1927.; d) sobre a pena do juiz por abuso, Athanasios Efstathiou e Douglas MacDowell: EFSTATHIOU, Athanasios. **Euthyna procedure in 4th C. Athens and the case on the false embassy**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 10, p. 113-154, 2007.; MACDOWELL, Douglas. **The law in classical Athens...**, p. 170-172.; e) sobre a pena dos sincofantas, Edward Harris: HARRIS, Edward M. **The penalty for frivolous prosecutions in athenian law**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 2, p. 123-142, 1999.;

⁴⁸⁰ CAREY, Christopher. **Trials from classical Athens**. Londres: Routledge, 1997, p. 2-4.

⁴⁸¹ BITTAR, Eduardo C. B.. **A justiça em Aristóteles ...**, p. 141.

Apesar do texto positivo dos gregos ter sido a base da lei estrita, que nos romanos encontrará força nas tábulas, o que de fato ressaltava era a importância que davam ao direito como ação, no sentido arendtiano. O texto legal se tornava secundário em relação ao caráter dialogal do direito, e, nessa medida, da experiência jurídica, das práticas judiciais realizadas nos tribunais, mas também, discutida e debatida na *ágorá* (praça). Valorizavam antes o aspecto público e retórico do direito, como pressuposto para a sua realização virtuosa, justa e ascética, do que o aspecto escrito, positivado, seguro de um sistema jurídico. É certo que o papel do *νομοθέτης* (legislador) é fundamental, mas sua atividade não basta. Há uma nítida diferença de correlação entre lei escrita e direito como sentido do justo no mundo clássico e no mundo moderno. Com bem sustenta Tercio Sampaio: “... na Antigüidade pode-se dizer: a legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com o Direito enquanto resultado da ação. Em outras palavras, havia uma diferença entre *lex* e *ius* na proporção da diferença entre *trabalho* e *ação*. Deste modo, o que condicionava o *jus* era a *lex*, mas o que conferia estabilidade ao *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça.”⁴⁸²

Conquanto fosse secundária a positivação das condutas em normas, algumas chegaram até os autores contemporâneos, seja através da epigrafia, das inscrições, seja, mesmo, por alguns textos filosóficos ou de autores tardo-latinos, que propiciaram o acesso ao seu conteúdo. Ainda que de menor importância diante da não-positivação, não foram poucas as expressões normativas do direito, que convém a partir de agora melhor investigar. É exatamente o seu conteúdo que hoje, autores europeus e norte-americanos têm procurado melhor compreender, a fim de repensar o mundo clássico desde outro ponto de vista que não apenas pelos filósofos ou pela literatura.

Inúmeros autores propuseram formas de sistematização do direito positivo grego. O primeiro grande autor a fazê-lo foi o clássico Justus Hermann Lipsius, no início do século passado, que propôs uma classificação das normas a partir das ações, em especial no segundo volume. Idéia corriqueira do final do séc. XIX, quando as idéias de Windscheid e Mütter sobre a *Klage* e a *actio romana* como vinculações materiais do direito de agir processualmente estavam em voga.⁴⁸³ O segundo foi Ludovic Beauchet, que já algumas décadas mais tarde propôs uma classificação mais restrita, porque exclusiva do campo

⁴⁸² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo** ..., p. 28.

⁴⁸³ LIPSIIUS, Justus Hans. **Das Attische Recht und Rechtsverfahren**. Leipzig, 1905. (2 nach. Leipzig, 1984. (Hildesheim, Olms, 1905-1915.)

privado, porém bem mais detalhada do que a que fora empreendida por Lipsius.⁴⁸⁴ Ambos estiveram muito marcados por uma tradição romanista.

Recentemente, uma das melhores abordagens do direito positivo, ao menos das mais claras existentes, foi elaborada no final da década de sessenta por Harrison, que, em dois volumes, o último concluído no ano anterior de seu falecimento, separa a análise do direito processual e do direito material. Sua análise servirá de base para a sistematização utilizada nesta pesquisa, embora não propriamente a sua subdivisão.⁴⁸⁵ Optou-se, então, aqui, fazer uma generalização do direito positivo grego de acordo com a seguinte estruturação: a) normas que organizaram um espaço público; b) normas que estruturam o campo privado; e, c) normas de caráter criminal.

Outros autores, tão fundamentais quanto, vieram a propor outras formas de trabalhar, embora sem a profundidade de Harrison. Nesse sentido, apenas de forma pedagógica, Gagarin, propôs que a normas áticas deveriam ser resumidas da seguinte maneira, a partir das condutas trabalhadas: i) crimes e *tort*, para os casos mais correntes de furtos, estupros, roubos, e atentatórios à honra; ii) públicas, para as questões de religião, economia, finanças, aluguéis, processo legislativo, vendas, construções, dívidas, etc; iii) familiares, no que diz com a adoção, escravidão, cidadania, herança, filiação, casamento, etc.; e, iv) processo, regulando a conduta dos litigantes nos procedimentos.⁴⁸⁶

Aceitando aquela classificação acima exposta, é possível desde logo seguir em busca da compreensão das normas do espaço público, da *πόλις* (cidade), para compreender, ainda que sem uma possível profundidade histórica (já que aqui a história é o ferramental ou o terreno para as reflexões de ordem filosófica), como os indivíduos se constituíam e como as suas relações se travavam neste ambiente sob o ponto de vista normativo. A análise, ainda que sucinta, pretenderá destacar a racionalidade que sustentava esses ambientes normativos, para que se possa dela destacar a matriz constitutiva do direito.

É preciso ter em conta um razoável debate sobre o fato de existir ou não mais de um regime jurídico na Grécia, sobretudo entre italianos e ingleses, porém, opta-se pela tese que parece preponderar de não haver propriamente ordenamentos distintos, senão, matérias tratadas sob o aspecto público e sob o aspecto privado⁴⁸⁷. Haja vista serem cidades-estados

⁴⁸⁴ BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privé de la république Athénienne**. Amsterdam: Rodopi, 1969, 4 v.

⁴⁸⁵ HARRINSON, A. R. W. **The law of Athens**. v. 1 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

⁴⁸⁶ GAGARIN, Michael. **Early greek law**. New York: University of California Press, 1989, p. 63 e segs.

⁴⁸⁷ BUIS, Emiliano J. **Del lecho al juzgado, del sexo al derecho: um juego de palabras significativo em ‘Asembleístas’ de Aristófanes**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 10, p. 85-112, 2007.

e não estados, não há argumento suficiente para acreditar, seja nas leis, seja nos discursos dos oradores, que convença sobre a dualidade de ordenamentos, muito embora respeitáveis opiniões, como de Arnaldo Biscardi⁴⁸⁸

A primeira preocupação normativa grega neste espaço dizia respeito à construção do indivíduo enquanto *πολίτες* (cidadão), isto é, a chave e o orgulho para os gregos, depois de investirem a democracia, era a construção, ainda que incipiente, de um conceito de cidadania, especialmente depois de Péricles nos anos de 450 e 451 a.C., como visto. Em princípio, só era considerado *πολίτες* (cidadão) o homem acima de 18 anos, apto nas armas, de modo que estavam excluídos: a mulher, dita *ἄστέ*, para diferenciá-la da estrangeira; as crianças, igualmente, aqueles conhecidos como *ἄστοί* (desertores, traidores) e os *δούλοι* (escravos).

A lógica que se pode extrair das inúmeras disposições normativas que sobreviveram referente ao espaço público,⁴⁸⁹ é a condição de cidadão se tratava da mais forma de valorização humana e representava o verdadeiro orgulho dos gregos em relação aos bárbaros. Não são poucos os dispositivos que procuram, inclusive, permitir o acesso por instrumentos normativos como a *γραφὴ ξενίας* (ação pública) para denunciar aqueles que se encontravam inscritos indevidamente num *δῆμος* (clã), quando não o era. Além da anulação do registro, vê-se que seria possível punir o indivíduo pela, abaixo mais bem trabalhada, pena de *ἀτιμία* (desonra). O próprio estrangeiro, embora pudesse ter uma proteção jurídica interna, enquanto *ισοπολιτεία* (igualdade de cidadania), não participaria jamais do conteúdo político e religioso da *πόλις* (cidade) grega. A mesma noção se percebe em relação aos *δούλοι* (escravos) que, mesmo tendo passado pelo processo de *ἐκάρσεις* ou *ἀφάρσεις* (processo de manumissão), guardavam ainda relações com seu anterior *κύριος* (senhor), sendo então chamados de *μετόικοι* (metecos, ex-escravos). Inclusive havia, segundo os *scholars* a possibilidade do ex-senhor se valer da *δίκη ἀποστασίου* (ação

⁴⁸⁸ BISCARDI, Arnaldo. **Diritto greco antico**. Milano: Giuffrè, 1982, IX, 409p.; _____. “**Polis politeia politeuma**”. In.: *Scritti di diritto greco*. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 221-238, 1999.

⁴⁸⁹ Para aprofundar os seguintes temas no âmbito público, ler: a) cidadania e escravidão: WALLACE, Robert W. **Unconvicted or potential ‘atimoi’ in ancient Athens**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 1, p. 63-78, 1998.; MACDOWELL, Dougals. **The law in classical Athens...**, p. 73-75.; PATTERSON, Cynthia. **Athenian citizenship law**. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 267-289, 2005.; b) sobre relação entre cidades: TRONCOSO, Víctor Alonso. **Para un corpus de los tratados de alianza de grecia clásica**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 4, p. 219-232, 2001.; FERRUCCI, Stefano. **L’‘oikos’ nel diritto attico: pubblico, privato e individuale nella democrazia ateniese classica**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 9, p. 182-210, 2006.; c) sobre tributação: FARAGUNA, Michelle. **Intorno alla nuova legge ateniese sulla tassazione del grano**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 2, p. 63-97, 1999.

privada) também se aceintado a *γραφὴ ἀποστασίου* (ação pública) para que o ex-escravo não se distanciasse dele, ou, tendo-o feito, que voltasse a se aproximar.

Em suma, as normas que restaram do ambiente privado não são poucas e podem traduzir uma necessidade imensa de mostrar a todos o quanto o cidadão grego era efetivamente evoluído e disposto a ver na cidadania o seu lugar, para o qual foi ensinado desde cedo na *παιδεία* (educação) e para o qual a formação nas normas, de que se falará à frente, está intimamente ligada com a constituição de um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) virtuoso e positivo.

No que tange o campo da *οἰκία* (casa), também restaram inúmeros substratos normativos sobre diversos temas: a) sobre a personalidade: b) sobre gêneros: c) sobre família e casamento: d) sobre filhos e adoção: e) morte e sepultura: f) sobre a casa: g) sobre posse e propriedade: h) sobre sucessões:⁴⁹⁰ Não caberia aqui fazer uma releitura de

⁴⁹⁰ Para aprofundar os seguintes temas no âmbito privado, ler: a) sobre a personalidade: ISMARD, Paulin. **La construction du fait associative en droit athénien et les limites de la notion de personnalité juridique**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 10, p. 57-83, 2007.; b) sobre gêneros: CANATARELLA, Eva. **Gender, sexuality, and law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 236-253, 2005.; c) sobre família e casamento: MOSSE, Claude. **Quelques remarques sur la famille à Athènes à la fin du IV^e siècle: le témoignage du theater de Ménandre**. In. Symposion 1982 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 129-134, sept. 1982.; BECKER, Wolf. G. **Platons Gesetze und das griechische Familienrecht: eine Rechtsvergleichende untersuchung**. München: Verlag, 1932.; BISCARDI, Arnaldo. **I rapporti tra *ποίξ* ed *ἐγγύησις* nel diritto matrimoniale attico**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 01-22, 1999.; BISCARDI, Arnaldo. **PSI XV, 1515. Restituzione di dote e transazione**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 157-162, 1999.; BISCARDI, Arnaldo. **PSI XV, 1515. Restituzione di dote e transazione**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 157-162, 1999; MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, Joseph. **Greek law in the hellenistic period: Family and marriage**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 343-356, 2005; LACEY, W. K. **The family in classical Greece**. London, 1968.; WOLFF, H. J. **Marriage laws and family organization in ancient Athens**. Traditio, n. 2, 1944.; HARRINSON, A. R. W. **The law of Athens**. v. 1 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. BECKER, Wolf.G. **Platons Gesetze und das griechische Familienrecht: eine Rechtsvergleichende untersuchung**. München: Verlag, 1932; WOLF, Erik. **Griechisches Rechtsdenken**. IV. 2. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1952.; LIPSIUS, H. **Das Attische Recht und Rechtsverfahren**. Leipzig, 1905.; ERDMANN, W. **Die Ehe im alten Griechenland. Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte**. n. 20. München, 1934.; d) sobre filhos e adoção: MAFFI, Alberto. **Adozione e strategie successorie a Gortina e ad Atene**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 205-232, sept. 1991.; LEÃO, Delfim F. **Sólon e a legislação em matéria de direito familiar**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 8, p. 05-32, 2005.; COBETTO GHIGGIA, Pietro. **L'adozione ad Atene in epoca classica**. Alessandria: Edizioni dell'Orso, 1999, VI, 371p.; e) morte e sepultura: HELMIS, Andreas. **La privation de sépulture dans l'antiquité grecque**. In. Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 259-268, sept. 2005.; f) sobre a casa: FERRUCCI, Stefano. **L'‘oikos’ nel diritto attico: pubblico, privato e individuale nella democrazia ateniese classica**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 9, p. 182-210, 2006.; g) sobre posse e propriedade: COHEN, David. **Women, property and status in Demosthenes 41 and 57**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 53-61, 1998.; BISCARDI, Arnaldo. **Sul regime della comproprietà in diritto attico**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 23-74, 1999.; MAFFI, Alberto. **Family and property law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge

cada um desses institutos, embora tenham sido resgatados para fins de pesquisa, à medida que não é propriamente um trabalho historiográfico, mas filosófico. Nessa medida, é possível extrair também destes vários institutos certa lógica também comum de ver os problemas internos. Trata-se de uma *οἰκία* (casa) em que as relações são travadas de modo muito seguro e ao mesmo tempo muito recluso. A exposição estava sempre na última opção, não é à toa que uma das piores penas seria não apenas o banimento da família, mas, especialmente, a *ἀτιμία* (desonra), que retirava publicamente as virtudes públicas e privadas dos cidadãos.

As relações travadas no âmbito familiar eram certamente rígidas e fundadas na figura do *κύριος* (senhor), de modo que a *κυρία* (esposa) não possuía qualquer autonomia, já que não possuía a cidadania, como visto acima. A própria filha, quando fosse constituir com outro um *γάμος* (matrimônio), obrigatoriamente deveria se desligar da família anterior – razão pela qual levava quase sempre um *ἐκδοσις* (dote), e passava a *συννοικεῖν* (cohabitar) com seu novo *κύριος* (senhor). A *ἐπίκληρος* (filha solteira) tanto não tinha direito, que deveria se submeter à promessa feita pelo seu pai a outro – *εγγύσις* (promessa de casamento). Tudo girava em torno do matrimônio e da casa. Tanto que não havia, embora haja aqui divergência (MacDowell, Stephen Todd e Arnaldo Biscardi não aceitam, ao contrário de Arnold Kränzlein e Harrison) a noção propriamente de posse e propriedade, tudo era *οικεία* (coisa com dono), apenas havendo distinção entre *κτέσις* (coisa própria) de *χρέσις* (coisa para o uso) – tratava-se do binômio *κτέσις* (domínio) – *χρέσις* (uso).

Os filhos também estavam todos submetidos ao *κύριος* (senhor), embora Remo Martini faça referência sobre ter existido, num dado momento, a figura do concubinato com filhos legítimos, vez que neste tempo poderia o homem ter, além da esposa, uma *παλλακή* (concubina), uma *πορνή* (prostituta), e, também, uma *ἐτάιρα* (outra para fins sexuais sem remuneração). Porém, essa não era a regra. Um traço constitutivo do direito já se percebe aqui em relação aos filhos, à medida que o direito grego conhecia uma ação denominada *γραφὴ κακόσεος* (ação pública), para punir o pai que desrespeitasse os filhos, podendo, inclusive, sofrer a *ἀτιμία* (desonra). Por fim, com relação à sucessão, não há outros registros de que os gregos possuísem outra forma que não a *διαθήκε* (legítima), com direito ao testamento e a adoção póstuma. Com base no discurso Contra Macartato de

University Press, p. 254-266, 2005.; COHEN, David. **Women, property and status in Demosthenes 41 and 57.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 1, p. 53-61, 1998.; h) sobre sucessões: COHEN, David. **Women, property and status in Demosthenes 41 and 57.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 1, p. 53-61, 1998.; BISCARDI, Arnaldo. **Sul regime della comproprietà in diritto attico.** In.: *Scritti di diritto greco.* (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 23-74, 1999.

Demóstenes, os *scholars* chegam afirmar até mesmo, hoje, uma possível linha sucessiva:⁴⁹¹

a) irmãos germanos e consangüíneos e seus descendentes ao infinito; b) irmãs germanas, consangüíneas e seus descendentes ao infinito; c) tio parterno e seus descendentes até a *ἀνχιστέια* (valor legal); d) tia paterna e seus descendentes até a *ἀνχιστέια* (valor legal); e) irmãos uterinos e seus descendentes ao infinito; f) irmãs uterinas e os seus descendentes ao infinito; g) tio materno e seus descendentes até a *ἀνχιστέια* (valor legal); e, h) tia materna e seus descendentes até a *ἀνχιστέια* (valor legal). Os ascendentes, embora alguns autores como Biscardi e Paoli o aceitem, não há registros de que estivessem na linha sucessória.

Por fim, no âmbito do comércio e seus atos⁴⁹² também não são poucos os registros existentes, sobretudo porque os gregos tinham uma natureza, além de voltada ao mar, essencialmente comerciante. Com isso, a necessidade de se regulamentar na época clássica os atos jurídicos, os contratos e suas ofensas, e as formas de se restabelecer situações anteriores ao dano parece ter sido suprema.

A noção de contrato para os gregos é radicalmente diversa da compreensão romana. A noção de *συνάλλαγμα* (contrato) aparece na *Ética a Nicômano*, quando Aristóteles está refletindo os conceitos de “justiça” e “amizade”. Ao falar sobre as possíveis formas de justiça, geral e particular, e, nesta, distributiva e corretiva, Aristóteles sustenta que uma forma é aquela que visa à repartição dos ônus e da riqueza, buscando um conceito de cidadania, porém, cumpre a outra, uma função “compensativa”, e aqui é a base na noção de *φιλία νομική* (amizade jurídica) e de equilíbrio contratual. A *διορθοτικόν* (justiça corretiva) é uma forma de equilíbrio, que procurar contrastar as diferenças e permitir a troca patrimonial. Nesse sentido, o vínculo que o *συνάλλαγμα* (contrato) cria, seja ele advindo da vontade, dito *συνάλλαγμα εκούσια* (contrato voluntário), seja aquele vinto do ilícito, dito *συνάλλαγμα ακούσια* (contrato voluntário), é baseado na idéia de ser uma forma de “equilíbrio de posições subjetivas”, de modo que, se não houver nem reciprocidade e nem

⁴⁹¹ MARTINI, Remo. *Diritti greci* ..., p. 63-64.

⁴⁹² Para aprofundar os seguintes temas referentes ao mercado: a) sobre atos lícitos e ilícitos: MÉLÈZE-MODRJEZEWSKI, Joseph. ‘Paroles néfastes’ et ‘vers obscènes’: à propos de l’injure verbale en droit grec th hellénistique. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 1, p. 151-169, 1998.; b) sobre obrigações e contratos: GERNET, Louis. *Eranos*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 2, p. 05-61, 1999.; BISCARDI, Arnaldo. *Prassi e teoria della ‘misthosis’ nel diritto contrattuale attico*. In.: *Scritti di diritto greco*. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 89-118, 1999.; COHEN, Edward E. *Commercial law*. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 290-304, 2005.; c) sobre indenização: FERNÁNDEZ NIETO, F. J.. *El cálculo de los gastos y la indemnización de Samos (IG I₃ 363)*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 1, p. 27-37, 1998.; d)

igualdade proporcional entre as partes no momento da celebração ou posteriormente, não é *συνάλλαγμα* (contrato).⁴⁹³

Parece algo simples, porém, é complementemente distinta esta apreensão do fenômeno contratual se comparada com a tradição romana vinda de Labeão e Ulpiano,⁴⁹⁴ que vê no contrato uma relação econômica formalizada entre credor e devedor que faz lei entre as partes. A noção grega de *συνάλλαγμα* (contrato) atrai a idéia aristotélica de amizade jurídica, pois, em sendo a sociedade grega uma *ἀλλακτικὴ κοινονία* (comunidade baseada no escambo) e voltada para a *πόλις* (cidade), só há contrato se este tiver na essência a idéia equilíbrio de vontade e, até se poderia ensaiar, de constituição de virtudes. Tal não é distante, que era dado ao juiz o poder de ingressar e intervir no contrato para reequilibrado, aquilo que milênios mais tarde se falará em reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A *ὁμολογία* (acordo previsto) deve ter um conteúdo amigável, baseado na *πίστις* (confiança recíproca) e não na simples validação formal da vontade, como ocorreria com os romanos. A utilidade do contrato não pode suplantar a virtude entre os homens. Aristóteles afirma que deve a amizade estar baseada na utilidade, e não o inverso (“κατὰ τὸ χρέσιμον φιλία”).⁴⁹⁵

O que restará aos romanos pelo Labeão, revisitado no Digesto de Ulpiano, é a noção de “reciprocidade” do *συνάλλαγμα* (contrato), tanto que o contrato é visto como “uma obrigação de uma parte a outra” (*contractum autem ultro citroque obligationem*)⁴⁹⁶ É a expressão “*ultro citroque obligationem*” que mostra a matriz grega do consenso como a única força que obriga. Contudo, a raiz se acaba e logo os romanos já demonstram que a utilidade deve suplantar a amizade, e o *contractus* (vezes *conventio*, vezes *pactum*) se torna um instrumento devolver o que foi anteriormente recebido, ou de pagar o que foi acordado, porque necessário para o comércio. Aristone, também por Ulpiano, afirma: “*dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*” (ti dei uma coisa porque tu me deste outra, te dei porque tu fizeste qualquer coisa). Isso mostra a degradação da noção de obrigação entre os romanos, mero acordo produtivo de deveres/direitos, porque baseada na troca, de modo que o importante é devolver o que foi feito, e não simplesmente fazer, baseado na construção virtuosa do outro, na justiça compensativa, no balanço de vantagens e perdas.

⁴⁹³ STOLFI, Emanuele. *Introduzione allo studio dei diritti greci* ..., p. 156-157.

⁴⁹⁴ ULPIANO, *Digesto*, 50.16.19 e 2.14.7.2.

⁴⁹⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 1, 1129, a.

⁴⁹⁶ ULPIANO, *Digesto*, 50.16.19.

Os gregos chegaram a avançar na noção de contrato, inclusive prevendo ações específicas para os casos de inadimplemento: a) *δίκη καρπού* (para obter os frutos de um fundo); b) *δίκη αργυρίου* (para obter o dinheiro); c) *δίκη ενοικίου* (para obter o pagamento do cânon de uma casa); d) *δίκη συνθεκόν παραβάσεως* (para violação dos contratos); *δίκη βλάβλες* (para buscar a indenização pelo dano contratual). Chegaram, ainda, a tipicar algumas formas contratuais, como a locação, a compra e venda, o mútuo, o depósito e o uso. Já os atos lícitos e ilícitos, pouco discutidos, acabaram sendo reservados ao campo penal, já que o campo do comércio se voltou essencialmente aos contratos, desde a sua elaboração ao seu término e seu descumprimento, com a conseqüente indenização.

Enfim, o que se pode extrair é que a criação de *νόμοι* (normas) para o campo das trocas privadas e dos escambos comerciais servem a demonstrar, de um lado, o exercício constante na época clássica de fazer destas práticas um exercício da democracia, todavia, por outro, que a reciprocidade necessária para evitar a desonra e a impossibilidade de continuar os seus negócios na *ἀγορά* (praça), bem demonstram que os gregos, era indispensável e dizia com a própria construção da *πόλις* (cidade). Böckenförde afirma, inclusive, que as normas aqui ganham um espaço importante na condução da virtude para os gregos.⁴⁹⁷

2.2. As normas do espaço criminal

⁴⁹⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Geschichte der Rechts-und Staatsphilosophie: Antike und Mittelalter**. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 96. “Worauf haben die nomoi sich zu richten? Sie sollen den Menschen, wie es heißt, alle Güter verschaffen, die menschlichen, wie Gesundheit, Schönheit, Kraft und Beweglichkeit des Körpers und einen nicht blinden Reichtum, und die göttlichen, wie die Tugenden der Weisheit, Besonnenheit, Gerechtigkeit und Tapferkeit. Sie sind mithin umfassende, auf nahezu alle Bereiche sich erguten Ordnung. Eine Besonderheit ist auch der Stil der nomoi. Sie erhalten über Sinn und Ziel der Vorschriften belehren und so – unabhängig von Zwang und Sanktion – durch ihr, weicheres Garn’ ein lernbereites Zuhören vorbereiten, das den Willen wohlwollend für die Tugend stimmt – ein Fortleben des Erziehungsideals in der zweitbesten Polis. Im Hintergrund dieser ordnungsidee steht die These des Sokrates, daß Wissen zu Tugend führt und niemand freiwillig, ohne falsches Wissen, Schlechtes tut.” [trad. do autor.; “O que deve servir de norte para os nomoi? eles devem prover as pessoas de todos os bens: dos humanos, como saúde, beleza, força, agilidade corporal e uma riqueza que não seja desmedida, e dos divinos, como as virtudes da sabedoria, da prudência, da justiça e da valentia. eles são, portanto, vastos, são regras de vida e de comprometimento que englobam quase todas as esferas e que se orientam pelo objetivo de um bom ordenamento. Os nomoi também têm uma particularidade. eles recebem extensos prefácios e prólogos que informam sobre o sentido e o objetivo das prescrições e – independentemente de coerção e sanção – buscam dar ensejo ao seu cumprimento voluntário – resqúcio do ideal pedagógico na segunda melhor polis. Por trás dessa ideia de ordenamento está a tese de Sócrates segundo a qual o saber conduz à virtude e de que ninguém faz voluntariamente, sem conhecimento equivocado, algo ruim.”]

A experiência normativa de conteúdo criminal na Grécia se iniciou cedo já com as leis daconianas e solônicas.⁴⁹⁸ Desde cedo foi uma produção efusiva que via na incriminação de condutas uma forma de conduzir os homens a respeitarem uns aos outros, mas, especialmente, de constituir virtudes naqueles que viviam na *δισνομία* (defeito normativo). A noção de crime para os gregos⁴⁹⁹ envolvia a identificação de bens jurídicos muito mais ligados à boa ordem da *πόλις* (cidade) e a proteção da retidão da *οἰκία* (casa) do que a outros aspectos. Questões internacionais, econômicas etc. estavam presentes, mas não eram centrípetas para as reflexões gregas.

Como os gregos não separavam o direito de ação e o direito material, como se verá adiante, a definição das espécies delituosas⁵⁰⁰ sempre está vinculada a ação que se pode impetrar para se proteger as situações incriminadoras. Havia, portanto, as seguintes figuras típicas: i) o *κλοπή* (furto), que poderia ser perseguido por uma *δίκη* (ação privada) ou mesmo uma *γραφή* (ação pública), quando a coisa furtada fosse privada ou de outro lado pública ou *ιεροσυλία* (sacra)⁵⁰¹ – se houvesse violência, a ação passava a ser a *δίκη βιόιον*, também de natureza privada; ii) a *μοιχεία* (adultério), tinha um conteúdo mais amplo que os romanos, alcançando a relação com a mãe, a irmã, a filha ou qualquer outra pessoa (a idéia de adultério é muito mais forte, inclusive o filho estava autorizado a matar o amante da mãe);⁵⁰² iii) o lenocínio, que se punia o que procurava a prostituição, por uma *γραφή ἐταιρέσεως*; iv) a *κακερορία* (ofensa verbal)⁵⁰³; v) a *αἰκεία* (ofensa física); vi) o *τράνυμα ἐκ προνόιας* (trauma intencional); vii) o *φόνος* (homicídio) – figura mais grave, que se dividia em *φόνος εκ προνόιας* (homicídio premeditado), *φόνος μὲ εκ προνόιας* (homicídio não-

⁴⁹⁸ Para uma leitura mais bem detalhada, ver: EFFENTERRE, Henri van. **Criminal law in archaic Crete**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 83-86, sept. 1991.; CALHOUN, George Miller. **The growth of criminal Law in ancient Greece**. Berkeley, California Press, 1927.; CANTARELLA, Eva. **Antologia di oratori attici sull'omicidio nel diritto greco**. Milano: Mursia, 1990, 130p.

⁴⁹⁹ GAGARIN, Michael. **Bouleusis in athenian homicide law**. In. Symposion 1988 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 81-100, juni. 1988.; HUNTER, Virginia. **Did the athenians have a word for crime?** In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 10, p. 05-18, 2007.; SAUNDERS, Trevor J. **Penal law and family in Plato's Magnesia**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 115-132, sept. 1991.; HARRIS, Edward M. **Did rape exist in classical Athens? Further reflections on the laws about sexual violence**. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 7, p. 19-40, 2004.; MACDOWELL, Dougals. **The law in classical Athens...**, p. 130-131.; VOLONAKIS, Eleni. **'Apagoge' in homicide cases**. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 3, p. 147-176, 2000.

⁵⁰⁰ Ilias Arnaoutoglou fez uma clara uma compilação dos fragmentos normativos criminais: a) adultério, rapto e sedução (p. 22-25); b) prostituição masculina (p. 76-77); c) *ὄβρις* (p. 77-79); d) suborno e roubo (p. 79-82); e) homicídio (p. 82-85). In.: ARNAOUTOGLU, Ilias. **Ancient greek law: a sourcebook**. New York: Routledge, 1998.

⁵⁰¹ DEMÓSTENES, **Contra Timóteo**, 105.

⁵⁰² ARISTÓTELES, **Constituição de Atenas**, 57, 31.

⁵⁰³ DEMÓSTEMES, **Contra Cónon**, 54, 17.

premeditado), e *φόνος ἄκον* (homicídio culposo)⁵⁰⁴; viii) a *ὑβρις* (ofensa à divindade, mas que poderia se dar também naquelas situações cujo a ação visava desonrar alguém de modo injurioso).⁵⁰⁵

Apresentadas as figuras delituosas prevista entre os gregos, cumpre avançar sobre três aspectos relevantes em torno da questão criminal: i) as penas possíveis neste plano; ii) a voluntariedade e involuntariedade dos atos; iii) a finalidade da punição. Trata-se de discussões que encontram até hoje eco na doutrina jurídica, não apenas a historiográfica, mas a própria teoria moderna. Não são poucas as buscas feitas por autores como Zaffaroni, Pavarini, Baratta etc. sobre o sentido e o alcance da função punitiva do estado, bem como sua relação com a questão da responsabilidade e da moralidade.⁵⁰⁶

Num primeiro campo, há que se ressaltar que os gregos reconheciam como penas possíveis as seguintes: a) *ἀτιμία* (desonra) – forma de degradação social, de exclusão da condição de cidadão (abaixo mais bem trabalhada), que iria pós-morte;⁵⁰⁷ b) *ἀραι* (maldição) – punição de natureza essencialmente religiosa, que representava uma forma de excomunhão do autor do ato ilícito, impedindo-a de adorar os santuários e os deuses; c) *λιθοβολισμός* (lapidação) – consistente no lançamento de pedras (também aqui a cegueira para mulheres incestuosas);⁵⁰⁸ d) *ἐπιγραφή* (inscrição) em placas de bronze ou em pedras – cujo propósito era o banimento sem exílio, para que todos conhecessem aquele que praticou o ilícito;⁵⁰⁹ e) *ἀταφία* (privação de sepultura) – consistente na impossibilidade de enterrar o criminoso mediante a precipitação do corpo no *βάραθρον* (abismo natural) ou no *ὄρυγμα* (fosso);⁵¹⁰ f) *κωνειάζομαι* (beber cicuta) – como foi o caso de Sócrates; g) *ζημία* (multa) –

⁵⁰⁴ MARTINI, Remo. *Diritti greci* ..., p. 91-101.

⁵⁰⁵ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 13, 12.

⁵⁰⁶ Aprofundando estas questões, ver: MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, Joseph. *La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique*. In.: *Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 03-16, sept. 1991.; THÜR, Gerhard. *IPark 8: 'Gottesurteil' oder 'Amnestiedekret': (Nochmals zu IG V 2,262)*. In.: *Rivista Díke, Università di Milano*, n. 1, p. 13-26, 1998.; COHEN, David. *Crime, punishment, and the rule of law in classical Athens*. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 211-235, 2005.; _____. *Law, violence and community in classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.; _____. *Theories of punishment*. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 170-190, 2005.; e, COHEN, David. *Demosthenes' against Meidias and Athenian Litigation*. In.: *Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 155-164, sept. 1991.

⁵⁰⁷ Ver as *Eumênides* de Ésquilo e a *Ifigênia em Táuride* de Eurípedes.

⁵⁰⁸ Ver: SEAFORD, Richard. *The imprisonment of women in Greek tragedy*. In.: *Journal of Hellenic Studies*, v. CX, p. 76-90, 1990.

⁵⁰⁹ LICURGO, I, 117-118.

⁵¹⁰ XENOFONTE, *Helênicas*, I, 7, 20.; ARISTÓFANES, *Assembleístas*, 1089 e segs., ARISTÓFANES, *Cavaleiros*, 1362; PLATÃO, *Górgias*, 516, d.; PAUSÂNIAS, 4, 18, 4.; LÍSIAS, *Contra Aristócrates*, 169; ISÓCRATES, I, 12, 122.

muito comum, e poderiam ocorrer pelo abuso ou negligência nos deveres, pelo uso de linguagem abusiva, pelo dano intencional ou pela violação de uma mulher livre; h) o *φυγή* (exílio) – válido para as situações de homicídio, para buscar o esquecimento da pessoa; e, i) *δεσμωτήριο* (prisão) – pouco usual, valendo exclusivamente para situações de dívidas não quitadas.⁵¹¹

A aplicação destas penas dependeria não apenas da espécie de ilícito, mas, sobretudo, da maneira como este foi perpetrado, se de modo voluntário ou involuntário. Trata-se de uma questão intimamente ligada a noção de responsabilidade, e, por conseguinte, a própria compreensão moral do homem na *πόλις* (cidade). Gernet⁵¹² parte para fazer essa distinção entre os gregos a partir das expressões *ἔκων* (intenção) e *προνοία* (premeditação). Enquanto esta reside no campo do conhecimento, da prévia antecipação do desejado, aquela é simple vontade. Ambas estão no campo da intencionalidade ou voluntariedade do ato, enquanto, de modo diverso, *ἄκων* (involuntariedade), de modo singular, representa situações em que a pessoa pratica o ato sem objetivá-los, por diversos fins possíveis para os gregos.

A *ἄκων* (involuntariedade)⁵¹³ pode se dar, principalmente, pelo erro, ignorância, pela negligência, pela impudência. Em algumas situações, como na vingança de sangue, para os casos de homicídios contra parentes, ou como nos homicídios involuntários ocorridos durante batalhas ou jogos olímpicos, havia a total exclusão da responsabilidade. O Górgias Leontino⁵¹⁴ traz outras causas de exclusão da responsabilidade: decisão divina, persuasão pelo discurso, conquistado pelo amor, violência, necessidade ou decisão divina. A tragédia também traz outras justificações: ignorância religiosa, compulsão e enfermidade.⁵¹⁵

De outro lado, para aquelas situações de voluntariedade, previram os gregos, seja para a *βλαβή* (dano/lesão), seja para a *ἀδικία* (injustiça), um princípio geral de

⁵¹¹ HALL, Debrunner M.. **Even dogs have Erinyes: sanctions in Athenian practice and thinking**. In.: *Greek Law in its political setting justifications not justice*. (Lin Foxhall e Andrew Lewis ed.) Oxford: Clarendon Press, 1996.

⁵¹² Essa discussão é densamente trabalhada por Louis Gernet em sua clássica tese de 1917: GERNET, Louis. **Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce**. 2 ed. Paris: Albin Michel, 2001, p. 349-387.

⁵¹³ RICKERT, Gailann. **Ekôn and akôn in early greek thought**. Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 2-4.

⁵¹⁴ GÓRGIAS, **Elogio de Helena**, 1-21. In.: DIELS, H. KRANZ. W. **Die Fragmente der Vorsokratiker**. 2 B. Berlin: Weidmann, 1989, p. 288-294.

⁵¹⁵ As *Troianas* e *Andrômaca* de Eurípides apontam nessa direção. Há também manifestações, sobretudo pelas excludentes da violência e do amor em Platão nas *Leis* (IX, 863, c) e em Aristóteles na *Magna Moralia* (I, 34, 25), bem como na *Ética a Nicômaco* (III, 1111, a, 19 e segs).

incriminação. O propósito dessa diferenciação, sem dúvida está relacionado ao modo como os gregos visualizavam a *παιδεία* (educação) e a inserção do homem na *πόλις* (cidade). Ao ensinar-lhe desde cedo as virtudes para que pudesse não apenas viver, mas viver bem, viver com justiça e virtude, viver com retidão, na clássica reflexão socrática,⁵¹⁶ o que pretendiam os gregos era transformar o jovem num cidadão para que bem tivesse o *νόμῳ* *ἔθος* (modo de agir normativo) e pudesse revigorar a sua essência política. Ao distinguirem entre atos voluntários e involuntários, sem dúvidas estavam preocupados em punir aqueles que desviavam da condição de cidadão grego, quando poderiam fazê-lo de modo contrário, ao tempo que, admitindo excusas, abriam espaço para relativizar conduta, destituídas não apenas de vontade, mas de intenção destrutiva de virtudes. As inúmeras causas postas pelapara fins de desculpar a conduta bem demonstram que o pior não era o agir e produzir um mal, mas o fazer sabendo que desconstituiria o outro enquanto virtuoso.

Por fim, uma última questão penal fundamental é a que diz respeito ao propósito de se infligir uma pena aos cidadãos condenados. A indagação posta já nos gregos, e que guarda ainda muita utilidade, é: para que serve a pena no mundo clássico? Há, igualmente com base nessa reflexão sobre o papel do homem grego na *πόλις* (cidade) e de seu cumprimento de deveres morais e sociais, basicamente, duas linhas de reflexão: uma de ordem utilitarista e outra de cunho retribucionista.

As leis gregas eram, essencialmente, retribucionistas, e assim o foram desde a origem. De fato, os sistemas mais arcaicos sempre o foram e se sustentaram na idéia de que o mal cometido deveria ser reestabelecido. Contudo, com o desenvolvimento das idéias sofistas, como visto outrora, e a diferenciação do primado da *φύσις* (natureza) sobre o *νόμος* (norma) se permitiu uma reflexão posterior sobre a separação que se deveria fazer entre causalidade e retribuição. Com isso, afastando-se as situações de acaso, finalidade e causalidade mecânica das situações de racionalidade objetiva, criou-se uma noção de utilidade e prevenção, de modo que a pena não serviria mais à vingança, mas a uma forma de controle social, para evitar o contágio.⁵¹⁷ Não se fala numa prevenção negativa, mas, antes, numa “prevenção especial positiva”, cujo propósito era preparar bons cidadãos e converter aquele que se desviara da *εὐνομία* (boa ordem) num homem virtuoso. É, em parte, um sentido muito mais forte e vivo do que a eventual e atual concepção de

⁵¹⁶ PLATÃO, *Crítón*, 48, b – c.

⁵¹⁷ PLATÃO, *Protágoras*, XIII, 324 e 934, a – b. Refletindo esse tema, também: MARTINI, Remo. *Diritti greci* ..., p. 92.

ressocialização (muito marcada pelos traços do capitalismo, na leitura dos corpos dóceis foucaultianos pela normalização penal).

3. A processualidade do direito

3.1. A natureza processualística: o direito de ação

Já se afirmou diversas vezes neste texto, que os gregos viam a necessidade de participar de uma vida judiciária, seja como juízes, seja como partes, constantemente. A natureza processualística, muito embora pudesse representar, algumas vezes, certo caráter belicoso de seus cidadãos, como aparecem nas comédias aristofânicas, está longe de ter como essência esta noção. Há uma relação profunda entre o processo e a democracia, e entre esta e a cidadania grega. Exercer direitos, fazê-los serem discutidos num processo judicial, era uma das tantas formas de se construir a *πόλις* (cidade). Ao invés de ficarem os debates restritos à *ἀγορά* (praça), apresentavam-se estes nos tribunais, e ganhavam assim uma robustez e uma dimensão muito maior. Ainda que a formalidade não lhe fosse intrínseca, tal o era para os romanos, a sua sacralização pela ação pública ou privada representava um esforço ainda maior de construir-se enquanto cidadão grego. Não é à toa a imensa oralidade⁵¹⁸ que dava o tom do processo judicial, e o valor da retórica, como outrora sustentado. Viviam, assim, grande parte da vida os gregos nos tribunais, discutindo, debatendo, constituindo-se como cidadãos.

Para realizar a justiça na *Ἠλιασταὶ* (Tribunal), outrora competência do Areópago no séc. VI,⁵¹⁹ como visto, dispunham os gregos de dois mecanismos: a *δίκη* (ação privada) e a *γραφή* (ação pública). É através desses dois instrumentos que eventuais problemas particulares ou mesmo os atos que atentassem contra a *πόλις* (cidade) poderiam provocar a

⁵¹⁸ Quanto a este aspecto, ver mais detalhadamente DURAN, Martí. **Un ‘echinos’ procedente de una ‘diaita’ (comentario de SEG XXXVI 296)**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 5, p. 61-82, 2002.; RUBINSTEIN, Lene. **Differentiated rhetorical strategies in the athenian courts**. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 129-145, 2005.; e, YUNIS, Harvey. **The rhetoric of law in fourth-century Athens**. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 191-210, 2005.

⁵¹⁹ FERNÁNDEZ NIETO, F. J.. **La competencia penal de los estrategos**. In. *Symposion 1988 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 111-122, juni. 1988.; e; THÜR, Gerhard. **The jurisdiction of the areopagos in homicides cases**. In.: *Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 53-72, sept. 1991.

manifestação dos *δικασταί* (juízes).⁵²⁰ A única forma de atuação de ofício se dava para a imposição de multa.⁵²¹ Certamente as questões consideradas públicas ou privadas na Grécia antiga ou mesmo na Roma republicana não podem ser correlacionadas ao mundo contemporâneo. O sentido do público é colocado em outros termos, a partir das noções de liberdade, amizade e política, como se costurará ao longo do ensaio, e o sentido privado ainda se prende muito à moralidade, razão pela qual homicídios e violências sexuais a ele se prendem, distintamente do que nos dias de hoje subsistem.

De um lado, a *δίκη* (ação privada), por sua natureza privatística, era utilizada para se buscar uma decisão justa numa querela existente entre dois ou mais cidadãos gregos, e, somente por estes é que se poderia ser iniciada. De acordo com a matéria veiculada, poderia receber uma nomenclatura específica: a *δίκη φόνου*, para os casos de homicídio, a *δίκη ἀκτίας* para o assalto, a *δίκη κλώπες* para o roubo, a *δίκη βλάβης* para a defesa da propriedade, *δίκη κλοτῆς* para o furto como dano particular, a *δίκη πсевδομάρτυριον* para o perjúrio, a *δίκη βίαιον* para os atos de violência sexual, a *δίκη παράνομον* para os casos de atos ilegais perpetrados por particulares etc.

Já *γραφή* (ação pública), por natureza pública, era buscada por qualquer cidadão que desejasse resgatar a moralidade da *πόλις* (cidade). De igual modo, a *γραφή* (ação pública) poderia receber uma nomenclatura específica, consoante a matéria veiculada: a *γραφή ασεβείας*, para os casos de impiedade, *γραφή ξενίας* contra estrangeiro que se passa por cidadão, *γραφή δωροδοκίας* para os casos de corrupção, a *γραφή ἀλουγίου* contra funcionário que se recusa à prestação de contas, a *γραφή κλοτῆς* para o furto como violação da lei, a *γραφή λιποταξίου* para as deserções, a *γραφή πсевδενγραφής* contra quem registrar falsamente outrem como devedor do estado, e, especialmente, a *γραφή παράνομον* contra quem propôs um decreto ilegal ou inconstitucional, etc. Utilizada para reparar eventual prejuízo ao bom andamento da *πόλις* (cidade), a *γραφή* (ação pública), ao espelho de uma ação popular, que no Brasil terá em meados da década de sessenta seu espaço de ‘moralização’, abria espaço para uma ampla legitimidade ativa, de tal modo que qualquer cidadão, e esse era o único requisito, aquele que exercesse a sua cidadania, ou mesmo o magistrado, poderia dela se utilizar para conduzir novamente a comunidade ao seu bem supremo, se assim desejasse (*ὁ βουλόμενος τῶν Ἀθηναίων*). Como demonstra a literatura, não havia na época a instituição similar do Ministério Público, podendo qualquer cidadão

⁵²⁰ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 169-174.

⁵²¹ MARTINI, Remo. *Diritti greci...*, p. 138.

acusar o outro perante o tribunal, conforme o tipo de crime ou de dano ocorrido.⁵²² Desde as reformas geradas por Sólon, qualquer cidadão poderia reclamar reparação pelos injustiçados, o que acabava dando ampla legitimidade processual ativa aos cidadãos gregos, bem como todos teriam direito de apelar aos tribunais.⁵²³

Foi, por exemplo, através de *γραφὴ ἀσεβείας* que Meleto, filho de Meleto, o principal Âniton, filho de Antémion do demo de Euonímon, e Lícon, do demo de Torico, acusaram Sócrates sob o fundamento de não ter o sábio reconhecido os deuses da cidade e ao mesmo tempo ter introduzido novas divindades, ou mesmo por ter corrompido a juventude.⁵²⁴ O processo de Sócrates demonstra o cuidado normativo que tinham os gregos com toda a comunidade. Acreditavam que os atos do grande sábio teria ofendido a unidade da comunidade, sobretudo porque teria desestruturado o passado e o presente de seus cidadãos, através da ofensa à religião, e porque teria maculado o futuro de seus membros, por meio da corrupção dos jovens. De qualquer modo, todas as formas de *γραφὴ* (ação pública) representavam a busca incessante por esse equilíbrio da *πόλις* (cidade).

O cidadão, então, chegava perante a *Βουλή* (Bulé), a *Εκκλησιά* (Eclésia) ou mesmo perante os *Onze*, zeladores dos presídios, uma espécie de jurisdição inferior que encaminhava as delações ao tribunal próprio – e acusava o funcionário responsável pela ilegalidade ou pelo ato que atentasse contra a *πόλις* (cidade) – através de uma petição escrita e com a assinatura de duas testemunhas. Essa acusação, que se tornou célebre na Grécia antiga, especialmente no final do séc. V, recebeu a nomenclatura de *εἰσαγγελία* (acusação).⁵²⁵ Sempre que houvesse a tentativa de arruinar o governo, dela os cidadãos se utilizavam, o que representa, em muito o nível de democracia existente em Atenas naquele momento. A par dos naturais abusos cometidos por alguns indivíduos, o que de fato ressalta é que a *γραφὴ* (ação pública) constituía um poderoso instrumento para educar politicamente o povo, e representa o modo como a experiência jurídica se constituía como ascese, a partir do instante em que as virtudes dos cidadãos que acusavam ou mesmo dos acusados estava em cena, bem como demonstra a preocupação que os cidadãos deveriam ter com seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), já que subitamente dela poderiam lançar mão em benefício de todos.

⁵²² CROISET, Maurice. *La civilisation de la Grèce Antique*. Paris: Payot e Rivages, 1994, p. 129.

⁵²³ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, IX, 1.

⁵²⁴ XENOFONTES, *Memoráveis*, I, 1.; PLATÃO, *Apologia a Sócrates*, 24, b – c; PLATÃO, *Eutífron*, 2, c – 3, b.

⁵²⁵ Para aprofundar a noção de acusação pública, ver: BIANCHI, Erika. *Ancora su Eschine*, III 252. In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 5, p. 83-92, 2002.

Certamente esse tipo de legitimidade ativa dos cidadãos gregos guarda profundas diferenças do modelo de sociedade que se tem hoje, sobretudo no Brasil, em que as ações populares só pululam nos tribunais em vésperas de eleições, pois, caso contrário, as estatísticas demonstram que esse extraordinário símbolo de soberania popular fica sobrestado para eventual incapacidade ou ausência de efetividade dos processos coletivos a cargo do *Parquet*. A *εἰσαγγελία* (acusação), mesmo usada de modo desabusado, representa não apenas o nível de politização dos cidadãos gregos, mas representa o modo como realmente faziam um *bom uso das normas*, e as transformavam, sobretudo através de uma identificação entre direito e ação, conforme a leitura feita por Tercio Sampaio, em *práticas de si*, prática de cuidado pessoal, posto que voltadas à formação individual, mas voltadas antes aos outros, ao espaço público.

Conquanto a ampla legitimidade ativa para a propositura da *γραφή* (ação pública), o cidadão nem sempre dela se utilizava. Os gregos, percebendo naturalmente o perigo da própria estrutura democrática logo cuidaram de criar alguns empecilhos ao manejo. O cidadão que interpusesse a *εἰσαγγελία* (acusação) deveria assumir um risco considerável: caso desistisse ou não obtivesse ao menos a quinta parte dos votos, pois estaria sujeito a pagar uma multa e perderia, também, sua eventual legitimidade para a propositura de nova *γραφή* (ação pública). Esse mau uso do processo era, para os gregos, uma forma de demonstrar a incapacidade do cidadão de reconhecer o seu lugar e o seu *ἔθος* (modo de agir) na *πόλις* (cidade). Não conhecer os *νόμοι* (normas) nem tampouco saber fazer um *bom uso do processo* representava a negação de seu conteúdo moral, e, logo, existencial para os gregos.⁵²⁶

3.2. Os procedimentos e os atos processuais

Além do exercício destas duas formas de ação, havia ainda, entre os gregos, a possibilidade de se levar a questão, antes ou durante o processo, para um *διετέτι* (árbitro) e não diretamente ao juiz. Este, que poderia ser público ou privado, era escolhido pelas partes e sua decisão vincula os seus interesses, de modo que, tal o mundo contemporâneo, a existência da decisão de um árbitro impedia que a matéria fosse revista por um

⁵²⁶ HARRIS, Edward M. *The penalty for frivolous prosecutions in athenian law*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 2, p. 123-142, 1999.

tribunal.⁵²⁷ O objetivo do árbitro era buscar a conciliação e pacificar o conflito entre os cidadãos. Contudo, caso alguém se sentisse desconfortável com a decisão do árbitro, nada impedia que fosse questionar em juízo. Isso poderia ser feito pela *ἔφεσις* (recurso de apelação), de modo que as provas eram colocadas num vaso e levadas ao tribunal – de modo que nunca um tribunal poderia analisar provas novas; pela *δίκη ἔρεμος* (oposição); ou, enfim, pela *ἔισαγγελία* (acusação pública), em razão da má conduta do árbitro.⁵²⁸

Não resolvida a questão em sede arbitral, e, ultrapassada a propositura da ação, iniciava-se o rito processual.⁵²⁹ O juiz (designados entre os *δικασταί* ()) para conduzir a instrução e presidir o tribunal) recebia a petição e determinava uma *ἀνάκρισις* (audiência) para contraditório, o pagamento da *πρυτανεία* (custas processuais), e abria espaço para que, também por escrito, o acusado pudesse se defender através da *ἀντιγραφή* (apenas nos processos privados havia o *ὕστερός λόγος* – tréplica).

Antes mesmo da citação, poderia haver a *διαμαρτία* (objeção), oposta com base numa afirmação formal feita por uma testemunha, com o objetivo de barrar o processo, se assim entendesse o réu por ser um processo ilegal, ou um meio equivocado de ser processado. Essa *διαμαρτία* (objeção) se transformou, com o tempo, na *παραγράφη* (objeção), também com o mesmo intuito de evitar um processo deslocado, ou um processo no qual o réu já havia sido inocentado ou absolvido pelo próprio acusador. Aquela acabou se transformando num expediente de buscar uma testemunha para se mostrar o equívoco de ter de se submeter a um processo injusto.⁵³⁰ Ambas são instrumentos valiosos, segundo MacDowell, num importante passo para o desenvolvimento de uma justiça democrática em Atenas.⁵³¹

A citação e o interrogatório ficavam a cargo sempre do acusador. O que bem demonstra a origem do sistema acusatório, em que o juiz não era, de modo algum, o gestor das provas. Antes do início da audiência, resquício até hoje presente, as partes prestavam um juramento denominado de *ἀντωνομασία* (juramento), raiz muito próxima do teste feito com os *δικασταί* (juizes). Essa proximidade, que certamente não é fruto do acaso, demonstra a preocupação também excessiva que tinham os gregos com a boa condução do cidadão quando ele assumia uma personagem dentro do processo. Interessante que o

⁵²⁷ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 203-211.

⁵²⁸ MARTINI, Remo. *Diritti greci ...*, p. 134-137.

⁵²⁹ Sobre os tipos de processo, ver: EFSTATHIOU, Athanasios. *Euthyna procedure in 4th C. Athens and the case on the false embassy*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 10, p. 113-154, 2007.

⁵³⁰ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 212-219.

⁵³¹ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 219

juramento não condizia tanto com a responsabilidade da ἀλήθεια (verdade), mas com a boa condução, a condução ética no processo, enfim, como o νόμιμον ἔθος (modo de agir normativo) diante do tribunal.⁵³²

Colhidos os depoimentos das partes e das testemunhas, as quais não poderiam se recusar a comparecer em juízo sob pena de sofrerem uma ação própria, a λοτομαρτυρίον (ação),⁵³³ ou mesmo se responsabilizarem a pagar uma multa de mil dracmas, eram colocados no γραμματεῖον (uma ata verbal), lembrando-se que apenas os cidadãos tinham efetivamente valor em suas falas, já que os escravos, para terem a mesma credibilidade, deveriam fazê-lo sob βάσανος (tortura).⁵³⁴ Enquanto corria o tempo na κλεψύδρα (clepsidra),⁵³⁵ uma espécie de relógio da água, as partes debatiam pessoalmente o processo (lugar extraordinário da demonstração dos argumentos retóricos e da construção dialética dos raciocínios). Apenas as partes poderiam ingressar em nome próprio em juízo (salvo a ação por ofensa a moralidade, como se verá): do mesmo modo como não havia a figura do Ministério Público, também não havia e nem se admitia a figura do advogado para representar interesses de outrem.

Tal a acusação, a defesa realizada no mundo ático deveria sempre ser pessoal, o que ganha sentido no fato de que o desempenho do indivíduo perante os jurados era intimamente ligado ao seu νόμιμον ἔθος (modo de agir normativo), não decorrendo apenas de uma boa defesa. Os gregos levavam muito em consideração, na hora de proferir seus votos de absolvição ou condenação, o caráter e o hábito de cada um dos querelantes, razão pela qual a própria figura do advogado, que Roma verá nascer na função do *agere*, não tinha espaço, posto que a dicção do direito era de todos e pressupunha a ascese individual. Havia, portanto, uma vinculação muitas vezes inevitável entre a pessoa que demandava ou era demandada em juízo e o direito propriamente dito, por isso a valorização da defesa pessoal. Eventuais amigos, que também receberam nomenclatura própria, o συνήγορος (advogado de defesa), também chamados de συνδικός (síndico), poderiam auxiliar o litigante na redação e na defesa de seus interesses. Na verdade, a liberdade de participação no processo, diferentemente do modelo da intervenção de terceiros que atualmente existe, era tão grande, que as partes poderiam pedir ao tribunal que os ajudassem na escolha de

⁵³² MACDOWELL, Douglas M. *The law in ...*, p. 51 e segs.; JARDÉ, A. *La Grèce antique ...*, p. 206-207.

⁵³³ THÜR, Gerhard. *The role of the witness in athenian law*. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 146-169, 2005.

⁵³⁴ HUNTER, Virgínia J. *Policing Athens*. Ne Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 70.

⁵³⁵ ARISTÓFANES, *As vespas*, 93, 857.; XENOFONTE, *Helênicas*, I, 7, 23.

‘amigos’ que tivessem distinta capacidade de oratória. Contudo, quando o apoio fosse dado por um *συνήγορος* (advogado de defesa), não poderia de modo algum existir remuneração.

Assim, não havia qualquer possibilidade de representação legal nos processos gregos, pois regia o que Gernet chamava, dentre outros aspectos, de *estatuto da individualidade*,⁵³⁶ vez que apenas a pessoa poderia dar causa à instauração de um processo, e sempre sozinha, jamais em substituição processual, jamais em nome de outrem, entretanto, muitas vezes poderia aparecer a figura do *λογογράφος* (redator de discursos), eventualmente chamada de *λογοποιός* (fabricante de discursos). Era, inicialmente um amigo, mas com o tempo os áticos aceitaram eventualmente estranhos (talvez uma fuga parcial à profissionalização da atividade jurisdicional). O *λογογράφος* (discursador) era um excepcional escritor de discursos judiciais e orador de renome, conhecido por todos nos tribunais em razão de sua cultura jurídica e habilidades retóricas. Através de técnicas dialéticas e do uso dos *ἐλέγχως* (refutação jurídica dialética), os oradores faziam a defesa ou a acusação para a qual eram convidados, muitas vezes até designados pelos magistrados, perante os jurados. Cabia a eles se valerem de *πίστεις ἄτεκνοι* (prova técnica) e *πίστεις ἐντεκνοι* (prova aténica), através do uso da retórica.⁵³⁷

Ésquines, Demóstenes, Isócrates, Antífonas, Isaeus, Licurgo, Hipérides, Dinarco ou mesmo Lísias, citado amigo de Sócrates, tornaram-se os grandes oradores da clássica Atenas, e os seus discursos inflamados naquilo que poderia ser uma espécie de júri popular (ao menos é a base que sustentará, em 1166, Henrique II a criá-lo através do *Domesday Book* e do *Trial by Jury* na Inglaterra) transformaram-se, ao lado das comédias e das leis escritas, grandes fontes jurídicas.⁵³⁸ Embora também se empreste muitas vezes o termo para os cronistas anteriores a Heródoto ou Tucídides, é no âmbito jurídico que esses redatores ganharam notoriedade imediata.

Além da habilidade com as questões técnicas e com o uso já disseminado da gramática, o *λογογράφος* (discursador) tinha inigualável oratória e era capaz de convencer o público e os jurados através dos argumentos, mas, sobretudo, através dos apelos retóricos. Eles tinham uma *ἐπὶ τὸ προσαγωγότερον τῇ ἀκροάσει ἢ ἀληθέστερον* (imensa

⁵³⁶ GERNET, Louis. **Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce**. Paris: Ernest Leroux, 1917, p. 253-277.; GERNET, Louis. **Constitution et religion**. In: Les grecs sans miracle. Org. Riccardo di Donato. Paris: La Découverte-Maspero, 1983, P. 58-61. Ver também: VERNANT, Jean-Pierre. **L'individu dans la cité**. In: L'individu, la mort, l'amour: soi-même et l'autre en Grèce ancienne. Paris: Gallimard, 1989, p. 211-232.

⁵³⁷ BONNER, Robert Johnson. **Evidence in Athenian courts and public arbitration in Athenian law**. New York: Arno Press, 1979, 42p.

⁵³⁸ TODD, S. C. **The shape of athenian law**. New York: Oxford Clarendon Press, 1984, p. 36-42.

vocação para manipular o auditório com vista ao consenso), o que lhes proporcionava naturalmente um grande prestígio entre os cidadãos. Por essa razão, sem embargo existissem aqueles que se dedicavam aos recursos dialéticos apenas para o bem próprio, os *λογογράφοι* (discursadores) procuravam investigar a vida das pessoas envolvidas no processo, o *ἔθος* (modo de agir/ser) individual e seus hábitos públicos, a fim de sensibilizar os jurados dos direitos de ‘seu amigo’. Por isso a argumentação e a retórica se colocaram por excelência nos espaços jurídicos, sobretudo através desses oradores, que formatavam os discursos e transferiam a mera vida contemplativa numa vida ativa, parafraseando-se Arendt. Cabia-lhe dentro do ritualismo do processo demonstrar aos jurados, além dos argumentos de seu amigo e das vidas envolvidas, o seu próprio *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), com vistas a persuadir o auditório. Eis porque a preocupação, que tinham os *λογογράφοι* (discursadores) com seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), era imensa, já que a forma como se conduziam juridicamente na *πόλις* (cidade) servia como reforço ao argumento retórico. Segundo, David Cohen, muitas vezes os gregos colocavam a própria reputação e o prestígio dos oradores à frente da lei e dos fatos do caso concreto.⁵³⁹ Era, enfim, os seus hábitos e os seus costumes que muitas vezes auxiliavam nos processos, razão pela qual apenas alguns grandes oradores é que se destacaram, e, de regra, eram sempre os mesmos indicados pelo tribunal ou solicitados pelas partes.

Terminados os debates, lidas em voz alta as peças escritas, os *δικασταί* (juízes), como dito, através do *γῆτον* (disco de bronze), que substituíram a *κοιρίνη* (concha) ou o *ψῆφος* (pedra) depositada na urna no início da democracia de Péricles, julgavam se o acusado era culpado ou inocente.⁵⁴⁰ Se a maior quantidade de *γῆτον* (disco) ocos no centro fossem erguidas, o indivíduo era condenado, de outro lado, se a maioria fosse de *γῆτον* (disco) cheios no centro, absolvido estava o cidadão. A sentença, irrecorrível segundo Gernet,⁵⁴¹ e executada⁵⁴² pelos *Onze*, poderia colocar uma série de penalidades, inclusive indicadas pelo próprio acusado, todas, de regra, com vistas a retomar a moralidade da *πόλις* (cidade). Além de multas, e penas capitais, como beber o *φαρμακὼν* (veneno), sem dúvida a mais terrível além da morte, que geralmente era comutada para o *φυγή* (exílio), era para os gregos era a *ἀθμία* (desonra). A *ἀθμία* (desonra), como visto acima, representava,

⁵³⁹ COHEN, David. **Law, sexuality** ..., p. 61.

⁵⁴⁰ ARISTÓFANES, *Cavaleiros*, I, 332.; ARISTÓFANES, *Vespas*, 109 e segs; XENOFONTE, *Helênicas*, I, 7, 9.

⁵⁴¹ GERNET, Louis. **Droit et institutions** ..., p. 67.

⁵⁴² Sobre a execução das penas, aprofundar em: HARRIS, Edward. **Who enforced the law in classical Athens?** In: Symposium 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 159-176, sept. 2005.

segundo Harrison, a privação de direitos, e compreendia dois aspectos principais: a) por um lado, a morte cívica do cidadão, eventualmente estendida à sua família, que conseqüentemente perdia o direito de participar da vida política, podia ser morto impunemente, ter bens confiscados, enfim, uma forma de banimento social; b) por outro lado, decorrendo da lei, a pena determinava que o cidadão não poderia frequentar determinados lugares públicos, como santuários e praças, nem discursar livremente, etc.⁵⁴³

A *ἀθμία* (desonra), embora fosse uma pena estabelecida pelos *δικασταί* (juízes) em decorrência de um processo, muitas vezes poderia resultar simplesmente da reputação que acabava sendo atribuída a alguns cidadãos, por viverem longe dos negócios jurídicos da *πόλις* (cidade). Privados da *πόλις*, os indivíduos deixavam de ser cidadãos, e passavam a não compreender mais o próprio sentido de ser um homem grego naquele momento da história. Mesmo nestes casos, ainda havia a possibilidade de se pedir aos *δικασταί* (juízes), uma espécie de argumento de misericórdia, para se evitar a pena capital ou a atimia, dada a gravidade.⁵⁴⁴

A idéia de “pena”⁵⁴⁵ na antiga Atenas pode ser trabalhada de diversas maneiras, contudo, como visto na materialização do direito criminal, grande parte dela conserva uma conteúdo ainda muito religioso. Isso fica por diversas vezes claro nos discursos de Antifonte, quando fala na imposição de uma pena como “purificação” do condenado, da “vítima” e dos outros concidadãos. Nesse sentido, fala “E, se ele for injustamente absolvido por vós, não será para nós que a sombra suplicante do morto se voltará, mas em vós nascerá o remorso. Sabendo disso, ajudai o morto, puni o assassino, purificai a cidade. Pois três bens fareis nesse caso: diminuireis o número de assassinos, aumentareis o daqueles que observaram a piedade e vos purificareis a vós mesmos da sujeira causada por ele.”⁵⁴⁶

Ressalte-se, ainda, que o processo da *δίκη* (ação privada) segue os mesmo passos da *γραφή* (ação pública), com exceção apenas em relação à legitimidade, que se restringia às partes envolvidas; em relação às penas, que, de regra, eram capitais para o homicídio e de

⁵⁴³ HARRINSON, A. R. W. *The law of ...*, p. 169-176.

⁵⁴⁴ KONSTAN, David. *Pity and the law theory and practice*. In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 3, p. 125-145, 2000.

⁵⁴⁵ Para uma análise mais profunda sobre as penas, ver: HALL, Margaretha Debrunner. **Even dogs have erinyes: sanctions in athenian practice and thinking**. In.: *Greek law in its political setting: justifications not Justice*. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 73-89, 1996.; LONGO, Chiara Pecorella. **Il condono della pena in Atene in età clássica**. In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 7, p. 85-111, 2004.; e, HARRIS, Edward M. **Who enforced the law in classical Athens?** In. *Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 159-176, sept. 2005.

⁵⁴⁶ ANTIFONTE. *Tetralogia I*, γ, 9, 11. “*Τὰντα οὖν εἰδότες*”

πρόκλησις (multa) ou *τίμημα* (reparatórias) para os demais; em relação à execução da sentença, que deveria ser feita pelas próprias partes; também, além de alguns termos menores, como a figura do acusador, que recebe nome próprio de *λογογράφοι* (discursadores), da peça inicial que não é mais a *εἰσαγγελία* (denúncia) e sim a *ἔγκλημα* (queixa), entre outros.

Conquanto existissem naturalmente as leis na Grécia, escritas ou não, como já outrara mais bem trabalhado, o que importa é que o direito grego não se restringe ao fenômeno apenas legislativo. A produção judiciária é de total importância para a compreensão da experiência jurídica ática. Inúmeros autores já trabalharam a liberdade que os magistrados tinham para resolver os casos concretos. Arnaldo Biscardi, seguido posteriormente por Stephen Todd, entre outros, demonstra claramente que a lei tinha uma relevância marginal, e seriam as “decisões judiciais” as grandes construtoras do fenômeno jurídico.

A prova disso, que pode ser feita de várias maneiras pelas orações, é retomada por Biscardi, e neste ponto não contestada pelos principais autores, através do próprio juramento elástico – acima mais bem discutido – feito pelo cidadão que passava a integral o tribunal como magistrado. Obrigado a fazer no início do ano, seu objeto principal era jurar que agiria “segundo a lei”, e, quando esta faltasse ou mesmo se estivesse presente, deveria também julgar “de acordo com a opinião mais justa”. Essa previsão legislativa deixa claro que as decisões judiciais, porque não restritas apenas ao conteúdo legal, poderiam “criar o direito”, poderiam ir em busca do ampliado conceito de *νόμος* (norma) elaborado pelos gregos. O juiz ateniense, portanto, ao exercer sua magistratura e decidir o conflito, tinha que buscar sempre decidir segundo uma opinião mais justa, o que lhe dava uma grande margem de criação jurisprudencial. Não havia entre os gregos o princípio romano do *iura novit cúria* (o juiz conhece o direito), seja porque não havia especialidade, sendo todos a um certo modo juristas, como visto, seja porque caberia às partes buscar construir uma decisão para o caso concreto. O juiz, ao julgar, portanto, tinha uma ampla discricionariedade, especialmente porque o risco de seu desvio poderia ser corrigido facilmente como se verá abaixo.⁵⁴⁷

Fica aqui claro, e, talvez mais um dos elementos que contribuam para a elaboração da idéia central desta tese, que o direito grego tinha um forte conteúdo “constitutivo”, especialmente pela possibilidade dado ao magistrado de adaptar as situações ao fenômeno

⁵⁴⁷ CARAWAN, Edwin. **The trial of the arginousai generals and the dawn of ‘judicial review’**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 10, p. 19-56, 2007.; MARTINI, Remo. **Diritti greci...**, p. 13.

legislativo, e, mais do que isso, pela exigência que a lei fazia ao magistrado de buscar inevitavelmente a “opinião mais justa”. Patente é a necessidade de firmarem-se as decisões judiciais no elemento do justo. Como visto, o não respeito desta obrigação pelo juiz poderia submetê-lo a uma ação específica – *γράφη παράνομον* – haja vista que desrespeitava o juramento feito no início da judicatura.⁵⁴⁸

Essa busca pela “opinião mais justa” deixa perceber que a “experiência jurídica grega” atrela-se a um conteúdo moral, e o agir judicial só teria sentido entre os atenienses se tivesse um criador sentido constitutivo. Uma norma como essa bem mostra que mais do que decidir um conflito, mas do que exercício legalmente correto da judicatura, importante seria buscar uma justa e contida solução. Norma impositiva de virtude, que se apegava mais ao efeito do que ao seu próprio comando.

Desrespeitar ao juramento feito não era apenas praticar um ilícito, mas descumprir um valor público, de ordem constitucional, como preferem alguns intérpretes, a ponto de sofrer sanções, como visto acima. Seria possível supor, ainda – e aqui o campo de afirmação é inseguro historicamente – que essa valorização do juramento é antes uma preocupação pública de que o magistrado, ao exarar sua “decisão” esteja atento aos demais cidadãos, logo, ao Outro. Não decidir justamente era uma forma de desconstituição da própria noção de cidadania grega, logo, de perda do conteúdo “constitutivo do direito”.

⁵⁴⁸ MARTINI, Remo. *Diritti greci...*, p. 13.

CAPÍTULO III – Ο Νόμιμον Ἔθος

1. A Νόμιμη παιδεία

1.1. O conceito de Παιδεία

A realização do homem grego como indivíduo, mas, sobretudo como cidadão, exige para além de outros tantos afazeres, como os deleites da reflexão abstrata, a prática de esportes, o gozo com a música, o culto da dança, o exercício bélico, o tempo dedicado às coisas da πόλις (cidade), um cuidado perene com as normas.⁵⁴⁹ Ocupar-se do conhecimento, da elaboração, da existência, do conteúdo, dos limites, da realização das normas significa muito mais do que o mero bom ‘desempenho’ na οἰκία (casa) e na ἀγορά (praça), é uma espécie de exercício prático que leva à efetiva realização da virtude, à plenitude de sua vida moral, o que os gregos chamam usualmente de ἄσκησις (ascese). É uma forma do indivíduo se constituir como sujeito moral. Exercitar-se na máxima extensão de suas virtudes morais exigia, portanto, um bom cuidado com o νόμιμον ἔθος (modo de agir normativo).⁵⁵⁰ Xenofonte insiste inúmeras vezes que o indivíduo deve ser físico e moralmente preparado para, fazendo um bom uso das normas, exercer os seus deveres cívicos, fixando sua autoridade pública e, quando instigado a fazê-lo, bem assumir tarefas de mando. A educação político-jurídica do homem, enquanto cidadão, é uma forma de conduzi-lo a exercitar a virtude, a dominar a si mesmo, por isso o homem livre encontra nela um papel importante para levá-lo à maximização de sua ἄσκησις (ascese) moral, sendo “útil a si próprio e para o Estado”,⁵⁵¹ desempenhando-se na cidade e na fraterna relação com os outros em termos de excelência possível.

A educação dos gregos, de cujo programa de ensino fazem parte as normas da cidade, representa um vasto problema a ser refletido, desde a sua conceituação, quanto expedientes práticos, como um modelo a ser desenvolvido pelos atenienses, ou como uma pedagogia que deve abrir espaço para ser seguida pelos cidadãos. Esse problema que se colocam os próprios filósofos antigos representa a preocupação que tinham os gregos com a educação dos jovens. Queriam eles que a geração futura soubesse melhor compreender o

⁵⁴⁹ XENOFONTE, **República de Esparta**, IV, 1.

⁵⁵⁰ Esta expressão aparece numa oração de Demóstenes: DEMOSTENES. **Orações**. In.: DILTS, M. R. **Demosthenis Orationes: recognovit apparitv testimoniorum ornavit adnotatione critica instrxit**. Tomvs II. Oxford Classical Text, Oxford University Press, 2005, p. 75. “Τὸ νόμιμον ἔθος ποιῶν”.

⁵⁵¹ PLATÃO, **República**, III, 413, e.

mundo que seus homens presentes faziam, mas também, quiseram que seus antepassados fossem constantemente lembrados, já que, segundo Jaeger, os gregos arriscavam ampliar o sentido de *παιδεία* (educação), levando-a às noções de cultura, tradição, civilização etc..⁵⁵² Essa função da educação fica clara na fala de Protágoras, quando ele a explica a Sócrates, mostrando nitidamente a preocupação temporal e formativa que tinham os atenienses em transformar o seu menino num menino grego: “assim que uma criança compreenda o que é dito, tanto a ama, quanto a mãe, o pedagogo e até o próprio pai discutem a respeito dela, de modo a que o menino seja o melhor possível; a cada gesto, a cada palavra eles dão lições demonstrando que isto é justo, aquilo é injusto, isto é bonito, isto é feito e que isto é permitido aquilo é proibido (...) Depois disso, ao enviá-lo à escola, eles têm em vista mais cuidar do bom comportamento das crianças do que das letras e da cítara. Os mestres se encarregam dessas coisas, e, quando, por sua vez, as crianças entendem as letras e passam a entender os escritos, como antes a fala, eles, os mestres, dispõem sobre as carteiras, para ler, os poemas dos bons poetas e os obrigam a aprender decor aqueles nos quais se encontram muitos preceitos, muitas digressões (narrativas), muitos conselhos e muitos elogios dos homens antigos bons, a fim de que o menino, por emulação, os imite e procure tornar-se igual a eles.”⁵⁵³

A Atenas do século V a.C., que substitui a educação homérica pela nova educação filosófica, revela originalmente Sócrates na construção de um sentido autêntico de educação, ao ser o primeiro pensador a abandonar as indagações naturalistas por perguntas de cunho antropológico, sobretudo ético,⁵⁵⁴ tais como: O que é educar? O que é ensinar e aprender? Como fazê-los?⁵⁵⁵ Nesse momento, a educação para a condução ética da vida centraliza as preocupações filosóficas do século de Péricles, quando a *πόλις* (cidade) sobressai no horizonte grego, e vasta literatura procura compreender a formação dos jovens. As *Nuvens* e As *Rãs* de Aristófanes, *Orestes* e *Medeia* de Eurípedes, a *Oresteia* de Ésquilo ou mesmo a clássica *Antígona* de Sófocles destacam a educação como objeto de intensas investigações, sobretudo a principiante sofística. A tradicional educação das tragédias e da poesia lírica, que formou apenas os combatentes das batalhas como Maratona, é posta em xeque, a ver-se, sobretudo em Sócrates, quando os jovens

⁵⁵² JAEGER, Werner. *Paidéia* ..., p. 107.

⁵⁵³ PLATÃO, *Protágoras*, 325 c-326e.

⁵⁵⁴ COELHO, Luis Fernando. *Introdução histórica à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 14.

⁵⁵⁵ PLATÃO, *Protágoras*, 325d.

experimentam uma realidade tão distinta que nem mesmo os atenienses estavam preparados para vivenciar.⁵⁵⁶

Contudo, as novas perspectivas que se abrem na educação ateniense em meio às invasões persas certamente não são de todo originais, vez que suas raízes podem ser encontradas desde o surgimento das primeiras cidades, quando os gregos substituem o modelo de sociedade camponesa e guerreira por uma vida coletiva em torno das discussões políticas, à época dirigida pela expansão colonial e pela formação de um regime aristocrático comandado pelo Areópago.⁵⁵⁷ Conquanto as origens remotas, o século da Liga de Delos representa a consecução desses novos ideais educativos, e o próprio termo *παιδεία* (educação), utilizado primordialmente por Ésquilo em sua obra *Os Sete contra Tebas* como “criação dos meninos”, só ganha sentido na cultura filosófica clássica neste momento: “não se pode utilizar a história da palavra *παιδεία* (educação) como fio condutor para estudar a origem da educação grega, porque esta palavra só aparece no século V.”⁵⁵⁸

A única costura, que admite ser feita, capaz de direcionar uma investigação dos limites e dos espectros do conceito de *παιδεία* (educação) é aquela que traz a *ἀρετή* (virtude) como ponto de referência. Jaeger insiste nesse fato, pois para ele, o termo *παιδεία* (educação), que certamente não corresponde a mesma tradução contemporânea que normalmente se tenta aproximar, possui a *ἀρετή* (virtude) como lugar de partida: “o tema essencial da história da educação grega é o conceito de areté, que remonta aos tempos mais antigos.”⁵⁵⁹ Os próprios sofistas se apresentavam, na consecução dos novos ideais educativos de Atenas, como os detentores do domínio de uma *ἀρετή* (virtude) política ao ensinarem a ‘ciência da πόλις (cidade)’ aos jovens que os recompensavam economicamente.⁵⁶⁰ Essa mesma percepção da educação originalmente relacionada à *ἀρετή* (virtude) também há de estar no centro da maiêutica de Sócrates e nos diálogos platônicos. Platão, como visto, reproduzindo a ética socrática num diálogo com o nobre Mênon, cuja noção de virtude se relaciona diretamente com a de poder, procura por meio de aporias reconhecer que a sabedoria, *μεγαλοπρέπεια* (a grandeza da alma), o belo, a justiça, o amor, a coragem nada mais são do que valores que, tal a ciência, podem ser ensinados aos homens pela educação; são virtudes, mas não a virtude em si..⁵⁶¹

⁵⁵⁶ XENOFONTE, **Memoráveis**, II, 1.

⁵⁵⁷ JAEGER, Werner. **Paidéia** ..., p. 22.

⁵⁵⁸ JAEGER, Werner. **Paidéia** ..., p. 23.

⁵⁵⁹ JAEGER, Werner. **Paidéia** ..., p. 23.

⁵⁶⁰ PLATÃO, **Menon**, 90, d.

⁵⁶¹ PLATÃO, **Menon**, 73, a-d.

Esta generalidade que as virtudes apresentam permite que um conhecimento sobre o homem seja transmitido, e traceja os limites daquilo pode então ser aprendido. A *ἀρετή* (virtude), como outrora investigada, representa o ensejo de toda a questão educativa, vez que educar é a busca, numa última instância, da tentativa (já que o sucesso há de depender em muito do *δαίμων* – divindade – de cada um) de fazer do homem um homem melhor, mais corajoso, mais ágil, mais justo, em suma, mais virtuoso. Educar, nesse liame que a *ἀρετή* (virtude) costura, significa *constituir* o homem como excelência virtuosa. Aristóteles, ao ensinar ao seu filho Nicômaco que a ética tem como valor fundamental o *Bem* e que o maior de todos os bens, o supremo bem é a felicidade, quando o homem pode ser aquilo que é na sua virtuosa racional naturalidade, representa no século IV a.C. o ápice da *παιδεία* (educação) grega, cujos esboços já se desenhavam na literatura homérica. São nos heróis homéricos que o *homem educado*, aquele que representa o homem aperfeiçoado, além de si mesmo, o que Nietzsche arriscaria chamar na modernidade de *Übermensch*, aparece como produto dessa concepção de *παιδεία* (educação) como resultado da *ἀρετή* (virtude).

Todavia, certo é que, numa análise detalhada, os heróis homéricos não podem na essência ser generalizados numa única categoria, seja numa ausência de regularidade entre si, seja mesmo entre as diferenças que comportam a *Ilíada* e a *Odisséia* (a par de toda problemática que existe sobre a autoria homérica dos dois poemas). A excelência humana, e nesse momento nitidamente divinizada, que os aqueus Agamenon, Ájax, Pátrocles, Menelau, Nestor, Diomedes e Ulisses, ou mesmo que os troianos Páris, Heitor, Andrômaco, Príamo, Helena ou Hécuba representam na *Ilíada*, faz da figura de Aquiles o seu modelo de nobreza, valentia e coragem, o seu modelo de *ἄριστος* (excelente, melhor – raiz de *αριστούργημα* – obra prima). O lendário herói da *Ilíada* traz consigo as tantas virtudes que a generalidade socrática do *Mênon* platônico distinguia. É nele que a *ἀρετή* (virtude) se consubstancia. Não apenas o valente e honrado guerreiro é Aquiles, mas o modelo ideal do cavaleiro do séc. VIII a.C., tal serão os *cavalleros andantes* que influenciarão *Don Quixote* e *Sancho Panza* em 1603, polido, de boas e refinadas maneiras sociais, cuidadosamente educado para a realização das virtudes humanas. O herói é, portanto, o exemplo supremo de uma boa *παιδεία* (educação), mas nesse momento, o elogio da *ἀρετή* (virtude). O herói é homem ‘quase humano’, que conjuga todas as virtudes e consegue, ao contrário dos próprios deuses, segundo Tercio Sampaio, lutar conta a sua

própria *μοῖρα* (destino), eis porque o “mais livre” de todos.⁵⁶² O canto IX representa este cuidado que tem o poema homérico em ressaltar a educação do herói, sobretudo nas falas de Fênix sobre seu jovem aprendiz Aquiles: “Fui eu que o fiz como él!” diz Fênix orgulhoso de seu feito. Outrora ainda irá sustentar: “Para isso que Peleu (seu pai) me enviou, para que lhe ensinasse tudo isso, fazer discursos e praticar nobres feitos.”⁵⁶³

A *ἀρετή* (virtude) que Aquiles representa na *Ilíada*, como produto de uma educação e não como mera oferenda divina, ainda não pode ser compreendida como virtude propriamente dita, mas antes como excelência, como superioridade a que apenas a *αριστοκρατία* (aristocracia) pode possuir como atributo. A eloquência, a bravura e a destreza do guerreiro alcançam um sentido moral, ao qual Homero há de aproximar o adjetivo *ἀγαθος* (bom). Ser habilidoso, corajoso e nobre é ter a *αγαθότητα* (bondade) em sua essência. E aqui, apesar da distância que se está da *παιδεία* (educação) do século V a.C., já é possível esboçar o sentido da *φιλιανθρωπία* (humanidade) que se abrirá no século de Péricles. Ser bom é ser o melhor entre todos os homens, ser virtuoso, e, portanto, ser herói do próprio sentido da humanidade.

Enquanto Aquiles, o homem da ação, e Ulisses, o homem da sabedoria, representam o produto da educação grega nos versos da *Ilíada*, o herói Ulisses na *Odisséia* estende o sentido da *ἀρετή* (virtude) homérica. Em sua volta da grande Tróia, ele representa além da força e da eloquência a astúcia e a inteligência do homem que soube ultrapassar os maiores obstáculos para chegar à sua casa, por isso os versos constantemente entoam: “Ulisses dos mil artifícios.” Mas Ulisses não está sozinho na consecução de suas batalhas e no aperfeiçoamento do homem grego. A história o prende ao seu filho Telêmaco, que cuidadosamente ensinado por Mentis, o disfarce amigo de Atena, deixa de ser no canto Telemaquia⁵⁶⁴ o adolescente calmo e franzino para se tornar o audacioso, valente e responsável homem que auxiliará seu pai como guardião de sua mãe Penélope. A educação grega consagra nos poemas homéricos um sentido especial de pedagogia que se define pelo ensinamento através do exemplo vivo. Lembre-se o que há pouco se dizia dos jovens atenienses lerem em voz alta os feitos desses como forma de aprendizado. O espelho na vanguarda dos heróis permitia aos jovens se tornarem grandes homens, exemplo máximo da *ἀρετή* (virtude). É por isso que Homero contado e recontado

⁵⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia* ..., p. 78.

⁵⁶³ HOMERO. *Ilíada*, IX.

⁵⁶⁴ HOMERO. *Odisséia*, I.

consubstancia em si o ideal pan-helênico da educação grega.⁵⁶⁵ A educação, ao lado da língua comum e dos jogos olímpicos, representa o grande elemento aglutinador do espírito grego, capaz de unir as principiantes cidades-estados em torno de um mesmo ideal civilizatório e de uma mesma cultura.⁵⁶⁶

A esse sentido de educação, Hesíodo vem corroborar o caráter mítico do herói “bem educado, mas procura mostrar que apenas o homem justo e que arduamente trabalha e não somente se destaca na arte da guerra é que alcança o ideal da virtude”.⁵⁶⁷ O trabalho e a justiça levam o homem grego à sua excelência. E aqui a educação jurídica, ainda muito atrelada à concepção de *ἀρετή* (virtude), começa a aparecer na cultura helênica. Apesar de Hesíodo inserir a questão jurídica, é Homero o grande educador de todos os gregos. Os filósofos posteriores inúmeras vezes vão demonstrar que ser bem educado, ser culto era ter nítida a obra homérica na memória, pronto sempre para recitá-la a todos os ventos.⁵⁶⁸ Inclusive Xenofonte dizia que o indivíduo que quisesse ser um bom administrador de sua casa, um grande orador público ou mesmo um grande guerreiro, tal Aquiles ou Ájax deveria ler o mais *σόφρος* (sábio) de todos, o mais virtuoso: Homero.⁵⁶⁹

Entretanto, esses mesmos filósofos rechaçavam a educação restrita às mãos dos grandes poetas.⁵⁷⁰ Além de Xenofanes, Heráclito claramente os critica, ao dizerem desconhecer o mínimo sobre o mundo, como a simples unidade subsistente na diferença entre o dia e a noite.⁵⁷¹ Nasce, então, já no século V, uma remodelação do sentido da *παιδεία* (educação). Não basta que homem educado seja nobre e honrado, mas a excelência física e moral também precisa agregar-se. A *καλοκάγαθία* (perfeição) se apresenta aos gregos como a ponte de sustentação entre uma *ἀρετή* (virtude) heróica e uma educação para a *πόλις* (cidade). Trata-se de uma *παιδεία* (educação) que expressa na beleza um ideal de harmonia com a natureza (aquilo que anteriormente se falou sobre a homologia heraclítica) e na bondade o resultado do equilíbrio e do domínio de si, por isso se abre ao

⁵⁶⁵ JAEGER, Werner. *Paidéia* ..., p. 77.

⁵⁶⁶ PEREIRA, Maria Helena Rocha. *Hélade: antologia da cultura clássica*. 3. ed. Coimbra: Faculdade de Letras, 1971, p. 303.

⁵⁶⁷ HESÍODO, *Os trabalhos e os dias*, v. 311.

⁵⁶⁸ PLATÃO, *República*, 606, e – 607, a.; XENOFONTE, *Banquete*, III, 5-6.

⁵⁶⁹ XENOFONTE, *Banquete*, IV, 6.

⁵⁷⁰ PLATÃO, *República*, 607, a – 608, b.

⁵⁷¹ HERÁCLITO, *Fragmentos*, XLV. “διδάσκαλος πλείστων ‘Ἡσίοδος’ τοῦτον ἐπίστανται πλείστα εἰδέναι ὅστις ἡμέσῃν καὶ εὐφρόνῃν οὐκ ἐγίνωσκεν, ἔστιγαρ ἓν”. [“Mestre de quase todos, Hesíodo; estão convencidos dele saber a maioria das coisas, um que não reconhecia dia e noite, pois é um.”]. HERÁCLITO, *Fragmentos*, XLIV. “τόντε Ὅμηρον ἔφασκεν ἄξιον ἐκ τῶν ἀγώνων ἐκβάλλεσθαι καὶ ραπίζεσθαι καὶ Ἀρχίλοχον ὁμοίως”. [“Esse Homero, afirmava, merece ser expulso dos concursos e bastonado, e Arquíloco igualmente.”]

homem um sentido autárquico, ao submeter suas paixões e seus desejos ao cuidado normativo de sua razão. Platão assim supõe no *Górgias*: “O que você entende por governar-se a si próprio? Ser temperante, ter autodomínio, comandar em si próprio os prazeres e as paixões.”⁵⁷² Ser temperante é, portanto, condição que o exercício da *παιδεία* (educação) deve ser capaz de transferir.

Cria-se todo um *programa educativo* que, uma vez seguido, é capaz de conduzir o homem comum a tornar-se virtuoso e alguns escolhidos para se tornarem governantes.⁵⁷³ O programa de estudos dos governantes com formação filosófica assume certa particularidade em relação ao programa geral, sobretudo porque o governante não é simples cidadão ou intelectual, mas há de ser um homem na excelência das virtudes para si e para a comunidade, já que a ele cabe, como bem propõe a alegoria da caverna, não apenas conhecer as diferenças entre a *δόξα* (opinião) e a *ἐπιστήμη* (conhecimento/ciência) mas poder retornar ao centro da caverna e libertar os prisioneiros das correntes de suas ignorâncias. Por isso Eurípedes dá tanto destaque à *νόμιμοι παῖδες* (educação normativa dos jovens).⁵⁷⁴ Numa primeira fase, as crianças e os jovens até 18 anos estudam música, poesia, drama, operações matemáticas básicas e rudimentos de guerra. Na segunda, os mais preparados recebem treinamento militar. Na terceira, os jovens de 20 anos, escolhidos na segunda fase aprofundam seus conhecimentos de matemática, enquanto os demais apenas se dedicam à atividade militar para serem guardiões. Na quarta, por volta dos 30 anos, estudam dialética, para aprenderem a debater publicamente e justificar seus atos como governantes de uma ‘democracia régia’. Na quinta, já com cerca de 35 anos, os mais preparados novamente se tornam filósofos. E, finalmente, numa sexta e última fase, ao completarem 50 anos, os governantes-filósofos podem então se dedicar à contemplação filosófica e ocupar os mais altos cargos públicos.

Para o jovem comum, o programa segue outros caminhos, igualmente importantes. De um modo geral, a criança, acompanhada pelo *παιδαγωγός* (pedagogo – escravo que o auxiliava e lhe ajudava nos estudos) deveria logo no início se dedicar à ginástica (à cura do pedotriba), para que a virtude da bravura pudesse na mocidade encontrar-se no corpo forte e treinado. Em seguida, a música para desenvolver a sensibilidade do espírito em sintonia com a cítara, conjugada com a leitura e o canto dos poetas arcaicos, além da gramática, do estudo das normas, e dos cálculos (aritmética, geometria, estereometria, astronomia e

⁵⁷² PLATÃO, *Górgias*, 491, e.

⁵⁷³ Ver: PLATÃO, *República*, VII, 518, c – 541, b.

⁵⁷⁴ EURÍPEDES, *As Fenecianas*, 822.

harmonia).⁵⁷⁵ O propósito da ampla dimensão dos estudos é desenvolver no jovem as virtudes do corpo e da alma, a *σοφροσύνη* (temperança), para que tivesse um completo domínio de si, além de um austero *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) e da *σοφία* (sabedoria), para que bem pudesse enfrentar as adversidades da vida. O programa educativo, feito nas escolas à supervisão do Estado, traduz assim a possibilidade de *constituir* um ‘homem’ (porque às mulheres competia a educação doméstica – *γυναικοδουλεία* – ‘coisas de mulher’ – dada pelas mães no gineceu para que não se tornem mulheres de má reputação, ao menos antes das proposições platônicas) ideal, equilibrado, harmônico, com justa medida, dominador de suas maiores apetites e curador de si mesmo.

Toda a educação de um modo geral se volta para que o jovem aprenda desde cedo a moderação, o equilíbrio, a justiça, o cuidado de si, por isso o citarista, o mestre responsável pela educação da música, e, logo, de desenvolver a sensibilidade no espírito da criança, é o mesmo que lhe fará sempre o reforço da *σοφροσύνη* (temperança). Sensíveis ao ritmo e à harmonia das canções das musas, e afinados nas metáforas e nas rimas da poesia e do drama, aptos estavam os jovens para na vida futura saberem bem julgar e agir conforme a homologia com a natureza. Por isso todo grande juiz tinha dentro si para os gregos a harmonia e a sensibilidade que o julgamento exigia. A educação ática, e nesse aspecto não muito diferente das demais colônias, era feita a duras penas para que a *παιδί* (criança), através do contato com a *παιδεία* (civilização grega), pudesse ter na maturidade o preparo e a retidão da vida na *πόλις* (cidade). A duras penas significa até mesmo ‘castigar’ se preciso fosse para que o jovem controlasse suas paixões (e os gregos se utilizando da mesma raiz da criança, criaram o *παιδεμός* – ‘castigo’ – para bem educá-la). Longe da covardia do espírito, da lassidão do corpo, da desarmonia da alma, da insensibilidade da palavra, da desmedida da ação e da ignorância do raciocínio o jovem está preparado para se tornar um homem virtuoso, curador de si, de seu *ἔθος* (modo de agir) e desempenhar as principais funções da vida pública, inclusive julgar os outros nos grandes tribunais populares.

1.2. A educação para as normas e pelas normas

Contudo, para que bem pudessem chegar à plenitude de sua vida moral, além de saberem se conduzir por seus papéis em casa, nos debates e nas coisas de todos, como

⁵⁷⁵ PLATÃO, *República*, VII, 514, a – 520, b.

visto, deveriam necessariamente saber *cuidar das normas*. Essa educação realizada em escolas públicas deveria fornecer à juventude, além dos costumes da guerra e do esporte, em grande parte os elementos da linguagem, da justiça, da música e do exercício das palestras.⁵⁷⁶ É o domínio de todos os expedientes humanos e de todas as experiências da alma que conformam os jovens a serem virtuosos. Sabiam os gregos, por essa razão, que o conteúdo do ensino haveria de ser variado, conforme os propósitos que se queriam imprimir nas gerações futuras. Era indispensável o exercício do corpo, a glória da ginástica na educação dos jovens, no entanto, assume Xenofonte, que esse preparo servia apenas à guerra, ou aos jogos, pois para ocupar as magistraturas, os tribunais, haveria de existir um cuidado com as *qualidades da alma*.⁵⁷⁷

Nessa medida, os gregos, na construção dos limites de sua *παιδεία* (civilização), que não é mera educação, mas talvez integre o próprio conceito de civilização, assumiam a educação jurídica como um lugar de destaque, ao menos no final do século V, especialmente como a educação para as normas, para o justo. Não se deve esquecer que “a literatura ‘jurídica’ era fonte de instrução e prazer”.⁵⁷⁸ Conquanto não houvesse escolas de direito propriamente ditas na Grécia, ao menos como os proculeianos e os sabianianos se constituíram no Lácio séculos mais tarde, existiam sim escolas de retórica, dialética e filosofia, as quais, às suas peculiaridades, procuravam conduzir o jovem grego para um saber abstrato, mas nitidamente direcionado à experiência material. É nelas, especificamente, que a argumentação dialética assume na educação formal dos atenienses o desenvolvimento da retórica, que certamente o acompanhará no uso forense na vida adulta, como visto outrora. A arte de persuadir, sobretudo nos tribunais públicos, aprende-se desde cedo, já que ela é garantia de sucesso numa eventual querela para a qual o indivíduo demande ou venha a ser chamado pelo seu opositor, ou mesmo dela participe como testemunha ou como aquilo que anteriormente se arriscou a chamar de *amicus curie*, por seu parentesco, amizade, etc.. E aqui não se deve esquecer o fato de que em algum momento todos os atenienses poderiam ser magistrados, dado o caráter público e coletivo das instituições democráticas, além do caráter nitidamente conflituoso da sociedade que experimentava na humanidade a emergência de direitos.

⁵⁷⁶ XENOFONTE, *República de Esparta*, II, 1.

⁵⁷⁷ XENOFONTE, *República de Esparta*, X, 2.

⁵⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito a história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 34.

Assim, o direito também se constitui numa disciplina fundamental, para a qual os rapazes hão de ser conduzidos a fim de que se tornem virtuosos na maturidade e alcancem a excelência moral na velhice. Como sustenta bem Bittar: “O século IV foi efetivamente um período em que marcadamente a oratória forense e a logografia se alçaram a cumes antes não alcançados, encontrando eco na própria formação e na própria estrutura da *paidéia* dos jovens círculos intelectuais que se formavam. As escolas se desenvolveram mesclando ao exercício da cidadania – visto que o encargo de defesa ou acusação diante do Tribunal era atribuição pessoa do cidadão – as lições de retórica e oratória. Este foi um período em que da boa educação do jovem não se apartava o dever de conhecimento, ainda que superficial, dos problemas forenses.”⁵⁷⁹ Tal como se ensinavam os poemas homéricos, pela récita em alto e bom tom, já que a tradição da oralidade prevalecia sobre a escrita, igualmente se ensinavam as leis de Sólon aos jovens, de modo que “todo ateniense educado terminava por conhecer sua tradição político-jurídica comum.”⁵⁸⁰ É, portanto, indispensável à formação dos adolescentes a instrução sobre o cuidado que devem ter com as normas da *πόλις* (cidade). Platão vê, nas *Leis*, que a educação jurídica dos indivíduos, sobretudo para aqueles que pretendem um dia exercer alguma personagem pública, deve conduzi-los a serem, antes guardiões de si mesmo, de suas próprias normas, para poderem nestes termos serem guardiões da *παιδεία* (civilização grega), do outros como si próprio. A noção de *παιδεία* (civilização grega), que arrisca o ateniense, pressupõe naturalmente a sua formação dedicada às normas: ela forma “desde a infância para a virtude” e inspira o jovem “o desejo apaixonado de tornar-se um cidadão realizado, sabendo comandar e obedecer segundo a justiça”.⁵⁸¹

Trata-se, além de um saber teórico, de uma educação voltada para a prática, característica essa típica dos atenienses. O direito, para os gregos, “devia ser aprendido vivenciando-o”.⁵⁸² Por isso, aos jovens atenienses lhes era dado o ensino das normas para que aprendessem conceitos como direitos cívicos, cidadania, liberdade, e, nessa medida, pudessem se constituir como sujeitos morais, sobretudo ao fazer da justiça uma forma de virtude e pudessem na vida cotidiana bem aplicá-la. A própria educação para o Estado significa a educação para a justiça, segundo Jaeger.⁵⁸³ Não se ‘pratica’ a justiça, como não se praticam as demais virtudes, se não se dirige constantemente a elas. Platão reconhecia

⁵⁷⁹ BITTAR, Eduardo C. B.. **A justiça em Aristóteles** ..., p. 81.

⁵⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito a história** ..., p. 34.

⁵⁸¹ PLATÃO, *Leis*, I, 643, e.

⁵⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito a história** ..., p. 34.

⁵⁸³ JAEGER, Werner. **Paidéia** ..., p. 374.

na *παιδεία* (civilização grega) a necessidade da tributação às normas, pois sabia que “as leis deveriam fazer parte da educação do cidadão.”⁵⁸⁴ O cidadão só o seria na plenitude do termo quando bem soubesse o conteúdo das normas e dos princípios jurídicos, pois então, na sua *ascese jurídica*, alcançaria a sua excelência moral, cuidando dos prazeres e dos excessos em casa, e da intemperança e dos desabusos na *ἀγορά* (praça). Sendo temperante, sustenta Platão, saberá o homem constituir a sua cidade-estado à sua imagem e semelhança.

Uma vez egressos das escolas, a *πόλις* (cidade) continuava a sua educação, exigindo que os jovens aprendessem as leis e de acordo com elas vivessem, para que se integrassem na vida pública e não vivessem como *βάρβαροι* (bárbaros) ou como *δούλοι* (escravos). É preciso, argúi Platão, que os jovens cuidem da *ἀρετή* (virtude) privada, mas também *ἀρετή* (virtude) pública.⁵⁸⁵ Por essa razão, a educação oferecida pela *πόλις* (cidade) procura fazer aparecer na criança o futuro homem público, o homem da cidade. O “cidadão sai do adolescente”, sustenta Xenofonte, não apenas pela educação voltada para a boa caça (e nessa medida para suportar as fadigas da guerra), mas para o bom cuidado com as normas, preparando-se para gerir as mais importantes magistraturas.⁵⁸⁶

O programa educativo cumpria então para os áticos, longe da simples bravura e força física, dois objetivos principais: sensibilizar os homens para o cuidado de si e para a moderação das paixões, bem como sensibilizá-los para as normas da cidade, tornando-o cidadão e autárquico. Tanto nas escolas quanto na cidade a *παιδεία* (civilização grega) não cessava nunca de constituir o homem no seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo). Onde quer que se encontrasse, a onipresença da educação política se apresentava: “a cidade continuava educando nas reuniões políticas, administrativas e jurídicas, nos jogos, com o esplendor das artes figurativas e arquitetônicas, e, sobretudo, com a magnificência das representações dramáticas. Nem em Atenas e nem na Grécia o teatro era só para os privilegiados: era a escola de todos os cidadãos.”⁵⁸⁷ O que se releva para os próprios gregos é que a educação para o autodomínio, então representado na *καλοσκαγαθία* (perfeição) e restrita num primeiro momento ao âmbito individual, ganha na *πόλις* (cidade) um novo sentido, agora coletivo, público, e, nessa medida político. Além da mera formação do homem grego, a *παιδεία* (educação) se estendia para formar o governante, tal

⁵⁸⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito a história** ..., p. 34.

⁵⁸⁵ PLATÃO, **Protágoras**, 325, c – 326, e.

⁵⁸⁶ XENOFONTE, **República de Esparta**, IV, 6.

⁵⁸⁷ MORANDO, Dante. **Pedagogia: história crítica do problema educativo**. 2 ed. Barcelona: Editorial Luís Miracle, 1961, p. 45

o ideal platônico, mas, sobretudo, para formar o *cidadão*. Educar não é apenas constituir-lhe como *homem virtuoso*, e, portanto, corajoso, ágil, sábio, bondoso, mas constituir-lhe como *cidadão virtuoso*, e, logo, profundo conhecedor e prudente curador das normas.

Anunciam, assim, os gregos um conceito que a humanidade haverá de desdobrar-lhe tantas vezes o sentido: o de *cidadania*. A cidadania parece, ao menos como sustenta Aristóteles, o grande sentido do homem, quando ele, ao conhecer e cuidar das normas, consagra o seu ζών πολιτικόν (ser político),⁵⁸⁸ e assume a sua praticidade no mundo, a sua βίος πολιτικός (vida política). Certamente o sentido que os gregos atribuíam à cidadania está longe da restrição que o mundo moderno, ao menos desde os escritos hobbesianos, acabou lhe conformando. A vinculação ao dispositivo legal, o direito de voto e o de ser eleitor assume pequena parcela de um conceito fundamental, que para os antigos era condição existencial do homem na πόλις (cidade). Tal a έλευτερία (liberdade), a cidadania não era meio, mas fim, constitutivo do homem grego, não instrumento, mas constituição. O jovem não apenas deixava de sê-lo, assim como o escravo, pelo exercício da cidadania, mas o jovem se tornava cidadão porque assumia o verdadeiro sentido do tornar-se πολίτης (cidadão), e, portanto, dispor-se às assembleias populares, aos debates na αγορά (praça), aos julgamentos públicos, enfim, à construção do conteúdo, da moralidade e dos contornos da πόλις (cidade). O cuidado com as normas operava essa brusca e profícua alteração na condição humana, que Aristóteles tanto falava, e que Platão reconhecia na linha de desdobramentos do conceito de civilização. A παιδεία (educação) se flexiona então na passagem do século V ao século IV a.C., e avolumada em sua origem de άρετή (virtude), torna-se sinônimo de πολιτισμός (civilização). O πολιτισμός (civilização/educação) compreende agora não apenas o homem educado para as virtudes, já que essas podem ser ensinadas como deixa a duras dúvidas concluir Sócrates no mênon platônico,⁵⁸⁹ nem tampouco o homem educado para o passado e para o futuro nas leituras homéricas e na manutenção de si mesmos pela arte da guerra, mas para o homem que constitui o seu presente, o seu sentido político, porque conhece e cuida das normas.

Essa compreensão da cidadania, que tenciona o conceito de παιδεία (educação), estende o programa educativo da ginástica e da música e procura *constituir* o homem para ocupar-se da πόλις (cidade), então democrática. Conhecer e cuidar das normas, numa espécie socrática do “conhece-te a ti mesmo” (porque o indivíduo que conhece as normas,

⁵⁸⁸ ARISTÓTELES, *Política*, I, 2.

⁵⁸⁹ PLATÃO, *Mênon*, 100, b-c.

nelas se identifica e se torna melhor preparado para julgar os outros),⁵⁹⁰ reconhecendo nelas um caráter de *norma constitutiva*, e não apenas moduladora ou, tal apreciara Foucault, normalizadora, torna-se indispensável para que o cidadão seja um *ἐλεύτερος* (homem livre) e participe ativamente da vida pública. Percebe-se, assim, que o conceito de homem pressupõe o do *πολίτης* (cidadão). A educação modifica juridicamente o seu programa, e passa a assumir a eloquência, a arte da persuasão e a dialética como requisitos fundamentais para constituir o novo homem grego, predisposto aos debates, às querelas na *ἀγορά* (praça), ao *ἔλεγχος* (argumento), e às decisões da Heliléia. Para tanto, ressurgem os sofistas, docentes profissionais, capazes de ensinar a *ἀρετή* (virtude) política, através de um novo conceito de conhecimento, menos intimista, menos subjetivo, mais público: a *τεκνή πολιτικός* (técnica política).⁵⁹¹ É através do ensino desta ‘técnica ou arte política’ que os sofistas, a contragosto de seus contemporâneos, vão transformar a *παιδεία* (educação) na formação do homem para a *πόλις* (cidade), habilitando-os a serem cidadãos comuns, conhecedores das *νόμοι* (normas) e da *ἀρετή πολιτικός* (virtude política), mas também preparados para dirigirem o espaço público.⁵⁹² Começa a se fechar, aqui, o ciclo educativo do que neste trabalho pretende se concluir: a constituição dos gregos como *juristas curadores de si*.

A virada antropocêntrica proposta pela sofística coloca então o homem como eixo da vida política, retirando-o de sua singularidade na homologia com a natureza, e lhe dando um papel de destaque na constituição da *πόλις* (cidade). Trata-se, contudo, de um humanismo reiterado, de um único homem, de um único indivíduo e não de toda a humanidade (e o conceito de humanismo sofístico certamente deve ser para os gregos interpretado de maneira restritiva), que sofre duras críticas, mas cujo papel é singular em demonstrar o lugar que o homem bem educado, porque fruto dessa nova *παιδεία* (educação) político-normativa, é sempre cuidadoso de si mesmo, de seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), e, nesse aspecto, a medida de si mesmo. Isso se torna claro na

⁵⁹⁰ O “conhece-te a ti mesmo” na valorização do bom julgamento pelo autoconhecimento aparece de maneira incontroversa no famoso diálogo entre Sócrates e Eutidemo, recuperado por Xenofonte. Ver: Xenofonte, **Memoráveis**, IV, II, 26.

⁵⁹¹ PLATÃO, **Protágoras**, 319, a – 322, b. “O meu ensino tem por objeto a prudência no que respeita aos assuntos próprios, de modo que a administração da casa seja o melhor possível, e, no que respeita aos da cidade, de maneira a dirigi-los na perfeição em atos e palavras. Então (disse eu) estarei a seguir bem as tuas palavras? Segundo me parece, referes-te à *τεκνή πολιτικός* (arte de governar) e prometes formar bons cidadãos? – É isso mesmo, Sócrates (disse Protágoras), é isso o que eu me proponho fazer”

⁵⁹² Platão faz aparecer este específico papel dos sofistas inúmeras vezes. Veja-se as principais nesse sentido: PLATÃO, **Protágoras**, 349, a. “os sofistas pretendem ensinar a virtude” (*παιδεύσις καὶ ἀρετῆς διδάσκαλος*) ou sustentam *παιδεύειν ἄνθρωπος* (educar os homens); PLATÃO, **Apologia de Sócrates**, 19, e – 20, b. Os sofistas dizem “possuir conhecimentos de *ἀρετή* (virtude) humana e política”

grande tese do homem-medida de Protágoras, exposta por Platão em *Teeteto* e também confirmada por Sexto Empírico em *Contra os Matemáticos*: “o homem é a medida de todas as coisas, das que são como são e das que não são como não são.”⁵⁹³ E a crítica que recai aos sofistas se deve ao seu paradoxo, por ser uma educação de natureza política, dirigida à *πόλις* (cidade), mas para um homem individual, egoístico, e não de uma coletividade.

A crítica que os sofistas sofrem, conquanto o apuro que conserve, não pode deixar de ser afastada, ao menos num importante aspecto, e que diz ao caráter normativo que aqui se enleva. Quando se fala na educação sofística e na sua preocupação com o homem individual se está longe da desconsideração do caráter coletivo e político do homem, tal como se preocupa paradigmaticamente Aristóteles, mas o que se pretende, como bem sustenta Untersteiner, é afastar a compreensão de um humanismo dirigido à idéia de *raça humana*, conceito certamente esse muito contemporâneo para as preocupações da filosofia grega socrática. Trata-se, apesar da insistente discussão, e que melhor habilita o diálogo entre Platão e Protágoras, da idéia de que o homem é a medida de todas as coisas e não a *raça humana*, logo, o que importa não é a sua condição de existência, mas a maneira como, dispondo-se na *πόλις* (cidade), são ou deixam de ser. Há, então, inevitavelmente, certa dose de preocupação com a conduta realizada pelo indivíduo, seu *ἔθος* (modo de agir), seu cuidado consigo, tão mais que a existência humana. Falar num único homem é pressuposto para perceber a conduta individual, e, assim, poder perceber que a sua educação pode levá-lo à coexistência não apenas em grupo, ou mesmo no mundo, mas, sobretudo, na *πόλις* (cidade).⁵⁹⁴

Apesar da sofística padecer de significativos vícios, como o ensino da dialética e da retórica para muitas vezes ludibriar o adversário e ter sucesso na vida pública,⁵⁹⁵ ou por se tratar de mero exercício de ‘adulação’ para Platão,⁵⁹⁶ o que evidentemente não pode ser deslembrado é que a educação grega para os sofistas assume conotação nitidamente política, vez que se volta ao ensino da *τεκνή πολιτικός* (técnica política). Trata-se de uma nova disposição que os sofistas atribuem à *παιδεία* (educação), sobretudo no aspecto que transcende a simples formação das virtudes individuais, bem como na clara liberdade de aprendizado, já que procura muitas vezes ensinar o jovem naquilo que efetivamente tem

⁵⁹³ PLATÃO, *Teeteto*, 152, a.; SEXTO EMPÍRICO, *Contra os matemáticos*, VII, 60.

⁵⁹⁴ UNTERSTEINER, Mario. *Sofisti*. Milão: Bruno Mondadori, 1996, 115-125.

⁵⁹⁵ PLATÃO, *Górgias*, 456, e.

⁵⁹⁶ PLATÃO, *Górgias*, 463, b.

interesse ou habilidade.⁵⁹⁷ Para alguns, tal Hípias, o propósito da educação é a simples conformação da *ἀρετή πολιτικός* (virtude política) através da transferência de um saber acumulativo, que pretende com as matemáticas e a música também preparar os jovens para o meticoloso exercício da demagogia retórica. Para outros, já lançando o esboço platônico, tal Protágoras, o ensino desta virtude política é *formar* o indivíduo, formar o seu espírito e seu *ἔθος* (modo de agir) de cidadão, dando-lhe além das matemáticas e da música, a boa formação gramática, a elegância da oratória, o uso ostensivo das normas, e a segurança da dialética.⁵⁹⁸

Completa-se, então, com as elucubrações sofísticas, mesmo contrariamente as tantas críticas que se fizeram, o que Platão designa como o grande papel da *παιδεία* (educação): a formação do indivíduo. Através do ensino de uma cultura geral, a formação do indivíduo se completa quando disposto publicamente na *ἀγορά* (praça). Doravante, o indivíduo formado em suas virtudes privadas e públicas torna-se apto a transferir o legado grego aos novos cidadãos, orgulhando-se por não ser bárbaro, e assumindo o grande sentido da *παιδεία* (educação), que não é mera transferência de um saber utilitário, mas de um conhecimento sobre o mundo e sobre si mesmo, desvelado na sua própria constituição. A original reflexão platônica, que estende os anos de formação para além da escola, “num processo de construção crescente”,⁵⁹⁹ propicia transformar o jovem no grande homem grego e lhe dá um sentido fundante, qual seja, o de estar sempre em constante processo educativo.⁶⁰⁰ É a busca de uma excelência humana, virtuosa, porque curadora das artes, da casa, da cidade e de si mesma que se apresenta à formação do indivíduo.

A *παιδεία* (educação) corresponde, assim, a essa formação global que constitui o cidadão grego, iniciada com a bravura da guerra e a sensibilidade sugerida pela harmonia dos sons e das belas letras, e concluída com a inserção do indivíduo na *πόλις* (cidade) pelo ensino cuidadoso da *austeridade da experiência jurídica*. É a recepção do conceito de liberdade e de cidadania fora das academias que fazem florescer o lugar privilegiado que a especificidade da *παιδεία* (educação) jurídica ocupa na tradição grega. A educação para o

⁵⁹⁷ Platão deixa perceber, sobretudo através de Protágoras, que a educação sofística abre uma nova fórmula na *παιδεία* (educação) grega, em razão da valorização não apenas dos conhecimentos que se devem de modo coletivo passar aos atenienses, mas pela admissão de conhecimentos que podem ser transferidos individualmente, conforme a capacidade e o desejo de cada um. Ver PLATÃO, **Protágoras**, 318, e. “Os outros sobrecarregam os jovens. Quando estes procuram fugir de um tecnicismo excessivo, os sofistas forçam-nos a atirar-se sobre ele, ensinando-lhes o cálculo, a astronomia, a geometria e a música – e, ao mesmo tempo que dizia isto, lançava um olhar a Hípias – ao passo que quem vier ter comigo não estudará mais nada senão o assunto que o trouxe cá.”

⁵⁹⁸ PLATÃO, **Hípias Menor**, 368, b-e.; PLATÃO, **Protágoras**, 318, e.

⁵⁹⁹ JAEGER, Werner. **Paidéia** ..., p. 12.

⁶⁰⁰ PLATÃO, **República**, 540, a.

bom uso das normas através do controle de si mesmo e da atenção à construção política, conjugada à abstração filosófica, permite o homem grego se reconhecer na sua forma humana (num original sentido de humanismo), e ter a si como uma idéia, como uma imagem genérica universalmente validada de homem. Conhecer a si mesmo, como quisera a percepção socrática dos escritos de Delfos, pressupõe não um conhecimento individual apenas, egocêntrico, mas o conhecimento de si para conhecer o mundo, para conhecer o que faz de todo homem um homem grego. Um conhecimento obtido pela *παιδεία* (educação) e que leva o indivíduo a zelar por seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), essencialmente humanista e justo, mas inspirado e voltado para o cidadão solitário. É essa forma de antropologia filosófica que desloca a singularidade do jovem para a compreensão da educação da humanidade, que busca sempre assumir uma plenitude moral, uma forma de experiência ascética.

2. O Νομικός

2.1. O Νόμιμον ἔθος e a cultura de si

Os cidadãos gregos, ao viverem essa forma de juridicização da realidade, preocupavam-se cotidianamente com o conteúdo normativo das leis da cidade, de tal modo que uma das mais devastadoras críticas de seu caráter, que um ateniense poderia ouvir, era que desconhecia a lei. O desconhecimento, a ignorância normativa suplantava até mesmo a desobediência normativa. Stone mostra, com referência ao julgamento de Sócrates, o que mais tarde acabaria por influenciar a formalista prudência romana e o princípio da *ignorantia legem neminem excusat*: “A lei impõe ao cidadão o dever elementar de conhecer a lei. Ele não pode esquivar-se argumentando ignorá-la (...) Na época de Sócrates, a maioria dos cidadãos era alfabetizada, e as leis eram divulgadas em quadros de avisos. Em Atenas, não era necessário recorrer a um advogado para saber a lei. Nesse sentido, nenhum ateniense podia alegar ignorar o que era legalmente ‘certo’ ou ‘errado’. Na verdade, um cidadão que fosse acusado de tal ignorância certamente se sentiria ofendido.”⁶⁰¹ Essa concepção de que a norma está em todos os lugares, de que o cidadão deve conhecê-las já que elas o constituem como cidadão e ser humano levou Píndaro a

⁶⁰¹ STONE, I. F. **O julgamento de Sócrates**. Trad. Paulo Genriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 100-101.

refletir: *Νόμος ὁ πάντων βασιλεύς* (A norma reina sobre todas as coisas), como mencionado outrora. Isso significa também sustentar, para além da idéia de uma moralidade envolvida na questão jurídica, que a ‘norma’ como elemento prescritivo não se reduzia para os gregos na mera fórmula: “dado um fato A, há um dever-ser B”, mas ia um pouco além, noutras extremidades, reservadas à conformação subjetiva dos cidadãos.

Essa mesma construção, que os romanos também experimentariam por influência grega através do princípio da *pacta sunt servanda*, conforme a clássica pergunta lançada por Ulpiano: *Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea, quae intere os placuerunt, servare?* (O que haverá de mais compatível com a lealdade humana do que respeitar aquilo que foi pactuado?),⁶⁰² exigindo de todos o conhecimento da obrigatoriedade do contrato feito entre si, ou mesmo conforme o princípio da *ignorantia neminem excusat*, que exigiria a presunção *iure et de iure* de que todos os cidadãos deveriam reconhecer o conteúdo das normas, vez que a ignorância não seria aceita como desculpa, demonstra claramente essa jurisdicização da *ἐπιστήμη* (episteme) clássica e o papel que o olhar dos juristas tem na formação do espaço público. Os antigos, em decorrência da *πόλις* (cidade) ter um sentido próprio para o homem, impõem a publicidade a tudo aquilo que para eles têm algum sentido constitutivo. Publiciza-se o inesperado e o improvável. Deslaca-se o privado e o expõe ao público, para que este acompanhe o *acontecimento* e através de sua palavra discutida, também publicamente, exerça “politicamente” na cidade a sua manifestação geral e irrestrita, tornando-se observável. Sua palavra, suas ações, seus diálogos ocorrem no campo da visibilidade. Tudo deve ser cuidadosamente observado quando o homem se descortina. De igual modo o *νομικός* (jurista) torna-se visível e seu olhar constitutivo publicamente reconhecido. Ocorre, portanto, uma *θεατρινίστικός* (teatralização) da personagem jurídica do homem, do *stilus* do jurista e seu olhar constitutivo: *a inspicere ad adspicere*, seja no papel de magistrado, de acusador, de orador, seja, enfim, como qualquer cidadão grego que participa dos desígnios normativos.

Por essa razão, o que se percebe no mundo clássico é que o olhar do jurista sai de sua interioridade, carregando seus valores e suas compreensões de mundo, de homem grego, no sentido civilizatório do termo e se projeta na realidade, a fim de constituí-la à sua imagem e semelhança, como outrora dito. Da simples *θέα* (contemplação), quando ainda restrito às perquirições sobre a justiça, tem-se o *θέαμα* (espetáculo), o lugar da realização

⁶⁰² Ulpiani liber singularis regularum. in **Textes de droit romain**. 3 ed. Org. Paul Frédéric Girard. Paris: Arthur Rousseau, 1903, p. 437. “O que haverá de mais compatível com a lealdade humana do que respeitar aquilo que foi pactuado?”

da justiça, cujo regente, o observador, o *θεατής* (espectador), em suma, o cidadão grego, faz do obscuro o visível, o *θεατός* (observável), a justiça realizada e o cuidado coletivo das normas (*θέα – θέαμα – θεατής – θεατός – θεατός – θεατρνίστικος*). O olhar do *νομικός* (jurista) sai de sua passividade de mera contemplação em direção à sua experiência constitutiva de seu cenário, do que é regularmente observável. As personagens, que o amplo jurista grego então pode assumir na especificidade das funções afeitas à questão da justiça, carregam portanto esse caráter muitas vezes teatral, numa leitura positiva que o conceito invoca, destinado por suas ações e por seus processos a tornar visível a todos e utilizar a experiência jurídica como uma grande peça tragicômica,⁶⁰³ destinada antes do que aos atores aos outros, à *πόλις* (cidade), não para diversão ou para a fantasia, mas para prender a atenção de todos os espectadores, de todos os cidadãos na realização da justiça, no uso coletivo das normas, e no modo como as personagens jurídicas, que nada mais são do que também os próprios cidadãos, demonstram a constituição do *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo) grego como um hábito virtuoso deste modelo homem, bem como a consecução da experiência jurídica como austeridade e plenitude moral.

Os gregos foram responsáveis, nesse aspecto, por transformar a consecução da justiça, inicialmente reservada à *οἰκία* (casa), ao âmbito privado, das relações familiares em algo vasto, coletivo, numa espécie de cuidado público, do qual todos deveriam se ocupar. A justiça exercida à época da civilização cretense, levada às mãos do rei na época palaciana após as desavenças jônicas entre aqueus e eólios, deixa sua condição de privado do espaço público e passa a constituir um grande elemento de educação dos então cidadãos gregos. Como a fuga de Odisseu do canto das sereias, a justiça passou a ser coisa pública, coisa de todos, que pertence antes à *πόλις* (cidade) do que à clausura das casas. Tornando-a pública, as personagens jurídicas começaram a encená-la também publicamente, não apenas nas Grandes Dionisíacas (festivais destinados à apresentação de comédias e tragédias no séc. V a.C.), mas doravante nos tribunais do povo.⁶⁰⁴

A análise das personagens jurídicas que tramam seus diálogos nos espaços públicos, sobretudo as figuras específicas que se encarregam de conduzir os debates sobre

⁶⁰³ Agostino Masaracchia sustenta que a cidadania da Atenas clássica é uma cidadania do debate e a reação do ateniense médio aos litígios nas causas civis e nos contratos políticos nos processos públicos ou nas assembléias eram influenciadas diretamente pela sua experiência como membro do público teatral e vice-versa. MASARACCHIA, Agostino. **La prosa greca del V e Del IV secolo a.C.** In.: *Storia della letteratura greca*. Org. Giovanni D'Anna. Roma: Tascabili Economici Newton, 1995, p. 52.

⁶⁰⁴ Nesse sentido, ver: GLOTZ, Gustave. **La cité grecque**. Paris: Albin Michel, 1988, p. 241 e segs.; JARDÉ, A. **La Grèce antique et la vie grecque**. Paris: Librairie Delagrave, 1914, p. 199 e segs.; e, GERNET, Louis. **Droit et institutions en Grèce antique**. Paris: Flammarion, 1982, p. 157 e segs.;

a justiça para dentro de uma estrutura jurídica acabam revelando, com todas as suas especificidades, certa *estilização* da conduta jurídica, da conduta preocupada com os ideais de justiça de uma dada episteme, quando as decisões e as execuções judiciais são feitas de certo modo por todos.⁶⁰⁵ A investigação do modo como o processo grego, quer nas demandas civis, quer nas criminais, desenrola-se permite trazer aportes para adiante trabalhar o direito como “problematização moral”, como experiência de ascese, em suma, como uma “prática de si”.

Certamente os gregos de um modo geral, ao menos em Atenas, Esparta e na Lacedemônia, não podem ser generalizados como “curadores de si”, como sujeitos que sabem fazer o bom uso das normas, de modo amplo e extraordinário. Uma leitura ingênua como essa, além de causar espanto, pode trazer inúmeros desentendimentos e inconvenientes. Claro que a realidade democrática dos gregos não era perfeita, nem mesmo no tocante à estrutura costurada pela legislação, quanto no que diz com a bondade e a honradez coletiva. Muitas vezes o palco em que atuavam as personagens jurídicas representava mais um jogo incessante de vaidades oratória, e, negativamente vinculada à reputação do orador, do que ao bem-estar da comunidade.⁶⁰⁶ Os gregos constituíram uma sociedade conflituosa, voltada aos processos, uma tendência que se deve às suas origens belicosas,⁶⁰⁷ por vezes de maneira sórdida e desnecessária, e, da mesma maneira, especialmente no que se refere às personagens técnicas jurídicas, uma sociedade muitas vezes formada por homens vis e juristas desgovernados. Inúmeras foram as comédias aristofânicas e os escritos jusfilosóficos que bem demonstraram a lastimável situação em que as instituições democráticas jurídicas muitas vezes se encontravam em Atenas. Nesse sentido, Diógenes Laércio retoma uma sentença que os gregos diziam e que muito demonstra esse costume de mover processos demasiadamente: *δίκτην ὑφέξει κἂν ὄνος δάκη κύνα* (moverá um processo até se um asno morder um cão).⁶⁰⁸

Essa realidade desprezível, embora não fosse constante, muitas vezes era achincalhada pela literatura clássica. Veja-se, por exemplo, Aristófanes, que em sua *Vespas*, muito bem critica o velado interesse de um juiz por sua magistratura e o modo como as questões da justiça às vezes passavam ao largo desta preocupação com as normas.

⁶⁰⁵ GERNET, Louis. **Sólon**. In: Les grecs sans miracle. Org. Riccardo di Donato. Paris: La Découverte-Maspero, 1983, p. 62-65.

⁶⁰⁶ COHEN, David. **Law, violence and community in classical Athens**. New York: Cambridge University, 1995, p. 61.

⁶⁰⁷ EURÍPEDES, Orestes, 507 e segs.

⁶⁰⁸ LAÉRCIO, Diógenes, **Vida dos filósofos...**, IV, 17.

Essa peça que estreou em 422 a.C. mostra como Filoclêon, um senhor fanático e habituado à função de magistrado acaba sendo, num certo dia, aprisionado por seu filho Bdeliclêon e impedido de ir à sessão de julgamento. Segundo o enredo, o filho procura curá-lo de sua mania judicatória e destacar o fato de serem os jurados meros instrumentos dos governantes, enquanto Filoclêon a todo instante tentar mostrar-lhe quantas vantagens pessoais lhe trouxeram os anos passados dentro do Tribunal. Os próprios escravos de Filoclêon, Xantias e Sósias, que começam o diálogo, mostram o desejo insano de seu dono: “Se vocês estão curiosos por saber, façam silêncio: vou dizer qual é mesmo a doença de meu senhor: é a paixão pelos tribunais. A paixão dele é julgar; ele fica desesperado se não consegue ocupar o primeiro banco dos juízes.” Prosseguindo a discussão, Aristófanes coloca um coro de velhos jurados como Filoclêon, fantasiados de vespas (tendo embaixo da barriga um agudo ferrão que a todo mundo pica), para ir até à casa de Bdeliclêon antes do amanhecer e tentar arrastá-lo para os julgamentos daquele dia. Com astúcia, o filho convence o coro, que persuade Filoclêon a se contentar com o julgamento dos casos ocorridos em sua própria casa, como o furto de um queijo da despensa feito por Labes, seu cão de guarda. Sem perceber, Filoclêon que se orgulhava de jamais ter absolvido um acusado e sentia certo prazer (“Sou mesmo um infeliz! Se eu pudesse matar você! ... mas, com quê? Depressa! Uma espada ou uma sentença condenatória”; mais adiante: “Como vou suportar a idéia de ter absolvido um acusado? Que será de mim? Deuses veneráveis! Me perdoem! Fiz isso tudo sem querer; este não é o meu hábito”), acaba absolvendo seu cão. Com a atitude inusitada de Filoclêon, Bdeliclêon começa a ensinar o pai para novamente viver na *πόλις* (cidade), de maneira educada e politizada, sem viver do *μισθός ἐλιάστικος* (três óbulos recebidos por dia para o exercício da atividade, criado por Péricles).⁶⁰⁹ Entretanto, o pai, que viveu para a magistratura, enlouquece, insulta a todo instante os demais cidadãos, mostrando os vícios e os males que a instituição do júri causa e metaforicamente vai dançar na frente do coro.

Essa mesma experiência do julgamento por poder e por dinheiro, levantada nas *Vespas*, encontra eco em Xenofonte ao refletir sobre a constituição da república ateniense: “se ele aspira à qualidade de juiz, é menos pelo desejo de realizar a justiça do que pelos próprios interesses”⁶¹⁰ O autor vai ainda mais longe na sua apologia socrática, criticando os juízes que condenaram o primeiro professor, ao expor o terrível e funesto ofício da magistratura como forma de realizações pessoais por orientação divina: “os juízes, ou

⁶⁰⁹ ARISTÓTELES, *Constituição de Atenas*, XXV.

⁶¹⁰ XENOFONTE, *República de Atenas*, I, 15.

revoltados de seu discurso, ou vaidosos de preferência que o céu lhes concedeu, julgaram ...,»⁶¹¹ ou, por suas embaraçosas decisões imotivadas.⁶¹² Certamente Xenofonte, tal Aristófanes, procurou criticar esse modelo de papel desempenhado por alguns cidadãos que viam na experiência jurídica uma forma de subsistência, substituindo toda a *παιδεία* (educação) e todo o modelo de consecução de justiça criado pelo espírito grego. Contudo, a par das distorções que havia no modo como muitos cidadãos gregos repensavam a questão da realização da experiência jurídica, não se pode certamente abstrair toda uma forma particular de experiência civilizatória em razão dessas situações traumáticas. A especificidade de uns não pode, sinodicamente, retirar-lhes a generalidade de uma dada formação social, ao menos como dado antropológico. Nesse sentido, a austeridade da experiência clássica construída por todos os cidadãos, já que “todos” eram juristas, naquela concepção ampla que se falava, construía-se no mundo clássico de maneira pública, exemplar e ‘política’ nas mãos daqueles cidadãos que, num dado momento, ocupavam as personagens jurídicas que experimentavam a realização da justiça. Eis porque se lhes impunha, desde cedo, um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo).

A palavra *ἔθος* (modo de ser/agir), que sustentará em Aristóteles a derivação para o vocábulo ética, como estudo do comportamento humano, assume entre os gregos, apesar de algumas variações, a designação de costume, hábito, a conduta característica da vida humana vista desde um lugar individual. Trata-se de um caráter natural da espécie,⁶¹³ uma qualidade da alma,⁶¹⁴ que cada indivíduo carrega consigo, e que tende, se bem cuidado, a um *εὐκρασί* (bom temperamento). Por isso, a preocupação com a formação do *ἔθος* (modo de ser) do homem grego desde a tenra idade é expressiva e constitui, como adiante se verá, o grande propósito da *παιδεία* (educação) operada pela civilização clássica. Há que se bem formar o futuro cidadão nas devidas virtudes e no devido cuidado com as normas. Era notório que os gregos preferiam ter uma “bela morte a uma vida desonrada”,⁶¹⁵ por essa razão, Aristófanes lança a sua importância, quando insistia ironicamente em suas peças que, uma vez mal constituído, mal formado, dificilmente a *πόλις* (cidade) conseguiria mudá-lo: *οὔποτε ποιήσεις τὸν καρκίνον ὀρθὰ βαδίζειν* (nunca conseguirás fazer um caranguejo andar direito).⁶¹⁶

⁶¹¹ XENOFONTE, *Apologia de Sócrates*, 6.

⁶¹² XENOFONTE, *Memoráveis*, II, 1.

⁶¹³ ARISTÓTELES, *História dos animais*, IX, 34, 619, b.

⁶¹⁴ ARISTÓTELES, *As partes dos animais*, IV, 11, 692, a.

⁶¹⁵ XENOFONTE, *República de Esparta*, IX, 1.

⁶¹⁶ ARISTÓFANES, *A paz*, 1083.

A educação permite aos homens se constituírem paulatinamente segundo um *ἔθος* (modo de ser) virtuoso, mas de fato, o *ἔθος* (modo de ser) se constitui, sobretudo, a partir de duas premissas fundamentais: um conhecimento de si mesmo e a sua prática. É necessário que o indivíduo exerça não apenas uma potência sobre si mesmo, como queriam os gregos, mas exercite sobre si um autoconhecimento, a fim de compreender a sua própria condição humana. Jamais será conhecido por costume se antes não o conhecê-lo. Apenas o homem que se conhece sabe exatamente o caminho que escolhe para os seus atos. Sócrates é claro em seu diálogo com Alcibíades, ao mostrar-lhe a intrínseca relação que existe entre a necessidade de conhecer a si mesmo e também de si próprio se ocupar.⁶¹⁷ Contudo, jamais será por todos reconhecido se não tiver um modo de condução de vida que o particularize. O *ἔθος* (modo de ser) se forma pelo hábito, e o hábito é o meio de formar precocemente o caráter. Não tem apenas dimensão individual, como a constituição subjetiva, mas alça espectros maiores, mais amplos. O *ἔθος* (modo de ser) existe na medida em que os outros cidadãos também são capazes de, por ele, reconhecer a identidade, a singularidade de cada um. Quando Platão sustenta que “qualquer pessoa sempre sabe tudo”, sem embargo muitas vezes esteja se referindo para os intérpretes à idéia de que a essência de todas as coisas pertence à estrutura do mundo, outros levam a oração platônica ao sentido, ainda arredo, do âmbito público, da *πόλις* (sentido erístico).⁶¹⁸

Nessa mesma esteira, o *ἔθος* (modo de ser) ganha em Aristóteles um lugar privilegiado, já que não se pode falar em política e na estruturação da *πόλις* (cidade) sem que se cuide de uma reflexão ética. Se a finalidade moral da cidade é o bem-viver junto dos cidadãos, a constituição, as leis e os decretos que os imprimem devem necessariamente ser legítimos (embora esse termo não fosse assim reconhecido pelos gregos) e dotados de uma virtude à excelência do homem grego. Para que a constituição seja reta e se salvguarde numa ‘armadura legislativa justa e bem feita’, diz Solange Vergnières, é imprescindível que esteja sustentada e fundamentada pela retidão do *ἔθος* (modo de ser) coletivo. O hábito e a maneira de ser e agir de cada indivíduo se tornam o ‘cimento da cidade’ e o requisito para que o supremo Bem, a *εὐδαιμονία* (felicidade) se realize. O peso do *ἔθος* (modo de ser) parece ser entre os gregos realmente de suma importância, sobretudo para a dimensão coletiva que o caráter pessoal de cada um poderia instigar. Hesíodo salienta que *αἰσχύνῃ πόλεως πολίτου ἁμαρτία* (o erro de um único cidadão é a vergonha da cidade).⁶¹⁹

⁶¹⁷ PLATÃO, *Alcibíades*, 128, d – 129.

⁶¹⁸ PLATÃO, *Eutidemo*, 296, d.

⁶¹⁹ HESÍODO, *Os trabalhos e os dias*, 240 e segs.; e 1056.

Por essa razão, a preocupação com o *ἔθος* (modo de ser) e com a constante formação do indivíduo parece ser algo singular na cultura clássica. *γηράσκω δ' αἰεὶ πολλὰ διδασκόμενος* (envelheço aprendendo sempre muitas coisas).⁶²⁰ Esse verso de Sólon, que Platão menciona algumas vezes, demonstra claramente o sentido da constituição perene dos indivíduos. A mesma idéia também encontra eco nos diálogos de Esquilo, ao pressupor que os cidadãos mais velhos também não podem se acomodar com o conhecimento e o *ἔθος* (modo de ser) que já possuem, devendo estar sempre dispostos a aprender: *κακὸν δὲ καὶ γέροντι μανθάνειν σοφά* (até aos velhos fica bem aprender coisas requintadas).⁶²¹ Sem embargo tenham o sangue frio, e por suas experiências de vida, tendam ao pessimismo, à acrimônia, e, portanto, a ter um *κακοέθης* (mau caráter), o que não significa de modo algum vício ou falta de virtude, Aristóteles também acredita na possibilidade de constante formação, para fugir à natural fraqueza da velhice e sua *κακούργια* (malignidade).⁶²² Apesar do pessimismo aristotélico em razão do sujeito que sucumbe conscientemente aos vícios, por se tornar “incurável”,⁶²³ o *ἔθος* (modo de ser) se conforma com o hábito, e, portanto, com os atos, as escolhas e os raciocínios que se fazem durante toda a vida.

Aquele que domina o seu *ἔθος* (modo de ser), porque exerce com austeridade e rigor os seus hábitos, tende a se ocupar de si mesmo com vagar e paciência e, se o praticar ao longo da vida, terá uma velhice virtuosa. A condução do indivíduo para uma velhice honesta era indispensável para o grego, sobretudo para atingir uma plenitude moral. Xenofonte dizia que preferível era uma velhice o mais honrada possível à simples força da juventude.⁶²⁴ De outro lado, Platão rememora a idéia de que o homem, para ser *κρείττω αὐτοῦ* (superior a si mesmo), deve, mesmo antes de comandar os outros, saber cuidar de seu *ἔθος* (modo de ser), comandar a si mesmo, ter domínio de si mesmo, idéia que influenciará séculos mais tarde o mundo latino.⁶²⁵ Entretanto, tudo depende, necessariamente, das escolhas que o indivíduo faz em sua vida. É o resultado do que livremente decide que configura o seu *ἔθος* (modo de ser) e o torna ou não virtuoso. Por isso a boa formação é indispensável, para que ele faça sempre boas escolhas. É a escolha que se reconhece pela *χρήσις* (uso) das opções que se abrem ao cidadão diante das tantas bifurcações que a vida lhe oferece. Aristóteles chama isso de *προαίρεσις* (escolha

⁶²⁰ PLATÃO, *Laques*, 188, b.; 189, a.; PLATÃO, *Amatores*, 133, c.

⁶²¹ ÉSQUILO, *Agamêmnon*, 583, s.

⁶²² ARISTÓTELES, *Retórica*, II, 12, 1389, a; I, 13, 1389, b – 1390, a.

⁶²³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VII, 8, 1150, b.

⁶²⁴ XENOFONTE, *República de Esparta*, X, 1.

⁶²⁵ PLATÃO, *Górgias*, 491, d.; XENOFONTE, *Memoráveis*, I, 6.; PLATÃO, *República*, IV, 430, e – 431, a.; PSEUDO-SÊNECA, *De moribus*, 82; CÍCERO, *Paradoxa stoicorum*, V, 1, 33.

intencional) que visa a um fim, fruto de uma inteligência prática, e permite distinguir o indivíduo com *σοφροσύνη* (temperança) do indivíduo com *ἀκρασία* (incontinência), como adiante se investigará.⁶²⁶ Somente o homem que escolhe os caminhos certos na vida, seja na dinâmica da *οἰκία* (casa), seja na *πόλις* (cidade), fugindo das paixões e dos vícios e buscando a temperança, a moderação, é que configura seu *ἔθος* (modo de ser) virtuosamente e se torna, nessa medida, um homem virtuoso. Para Aristóteles, a grande diferença entre um homem virtuoso e outro que não o é, reside no fato de que aquele faz o que deve fazer “intencionalmente, em razão das coisas às quais visa”, “aquele que faz obras de virtude, primeiro, com conhecimento de causa e depois, intencionalmente, em razão das mesmas.”⁶²⁷

Por essa razão, a escolha pressupõe, novamente, que o indivíduo tenha um cuidado de si, um conhecimento de si, e, logo, um autodomínio, para saber agir conforme a sua razão e contrariamente ao seu apetite.⁶²⁸ Contudo, para os gregos, não bastava que o indivíduo conhecesse a si mesmo ou conhecesse o que viriam a ser as virtudes, sobretudo, a justiça, na maior grandiosidade do termo, se não praticassem esse conhecimento através do hábito. O *ἔθος* (modo de ser), como diz Bittar, “é resultante da inculcação da virtude na reiteração de ações do homem, pelo próprio homem”.⁶²⁹ Por isso, também, não bastava que os homens dissessem coisas justas, senão agissem da mesma maneira. O justo vincula-se, sobretudo através da *δικαιοσύνη* (justiça como virtude), com o *ἔθος* (modo de ser) de cada um. Segundo Xenofonte, muitas vezes o homem pronuncia a justiça, mas pela desvinculação com suas virtudes acaba produzindo ainda mais injustiça: *δίκαια μὲν λέγοντες πολλοὶ ἄδικοι ποιοῦσι* (dizendo coisas justas, muitos fazem coisas injustas).⁶³⁰ Há, portanto, uma inevitável correlação entre o agir e o conhecer as coisas. De nada adianta apenas conhecer, se não se souber bem utilizá-lo no mundo dos homens. A sabedoria não se constrói apenas pelo conhecimento, tal fazia Sócrates com sua maiêutica, mas também pelo uso, pela dinâmica material, pelas práticas empreendidas pelo indivíduo. Todo saber para os gregos pressupunha um caráter material, como visto, pois a mera contemplação apenas acessa o campo divino, mas não singulariza as virtudes dos homens na realidade.

Do mesmo modo que há uma correlação entre *agir* e *conhecer* na constituição de um bom *ἔθος* (modo de ser), porque o homem é senhor de si mesmo, como dizia

⁶²⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, III, 2, 1111, b.; VI, 12, 1144, a.

⁶²⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, II, 4, 1105, a.; VI, 12, 1144, a.

⁶²⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, II, 7, 1223, b.

⁶²⁹ BITTAR, Eduardo C. B.. *A justiça em Aristóteles* ..., p. 121.

⁶³⁰ XENOFONTE, *Memoráveis*, IV, 4.

Aristóteles,⁶³¹ também existe uma estreita ligação entre esse *conhecer* e o *ouvir* para bem conformá-lo. Abre-se, então com Heráclito, um campo vastíssimo através da homologia, uma forma de sabedoria que se apresenta ao homem a partir do instante em que ele, com uma imensa sensibilidade, coloca-se em harmonia com o cosmos, e concorda, ouvindo o *λόγος* (saber). Sustenta o efeta, que o homem que compreende o mundo, e se torna apto a agir conscientemente segundo o seu destino, já que o seu *ἔθος ἀνθρώπου* (modo de ser humano) é o *δαίμων* (destino).⁶³² Há uma ética do ouvir, porque o homem deve saber ouvir para poder ser tudo-um, para poder homologar com o mundo. Apenas o homem que sabe escutar e ouvir o *λόγος* (saber) pode inserir-se no mundo, e compreender que seus atos não apenas lhe pertencem, mas pertencem à sua condição humana e à comunidade. Quem escuta encontra sua identidade e pode bem-pensar, pensar com efetividade, pensar verdadeiro, e o bem-pensar, diz Alexandre Costa, é a maior virtude.⁶³³ Já aos que dormem, ignorantes, não há homologia, portanto, não há possibilidade do indivíduo se identificar sensivelmente com a sua voz interior.

Por essa razão, diz Heráclito: *σωφρονεῖν ἀρετὴ μέγιστη, καὶ σοφίῃ ἀληθέα λέγειν καὶ ποιεῖν κατὰ φύσιν ἐπαίοντας* (Bem-pensar é a maior virtude, e sabedoria dizer coisas verdadeiras e agir de acordo com a natureza, escutando-a).⁶³⁴ Agir de acordo com a voz interior significa, então, ligar a práticas dos homens às suas compreensões, aos seus juízos, ao seu conhecimento sobre o mundo. A homologia constrói o *ἔθος* (modo de ser), porque funcionaliza o homem, porque correlaciona não apenas agir e conhecer, mas pensar e agir, ou melhor, agir conforme um pensar. Trata-se de uma concordância que legitima os hábitos escolhidos pelos indivíduos nos caminhos da vida. De igual modo deve ser o *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo), capaz de se homologar aos critérios de justiça, saber ouvir (eis aqui, talvez, o grande princípio da equidade, quando o magistrado ‘ouve’ o caso, a realidade, e a procura fazer concordar, ajustar com suas particularidades, às normas dos homens). O jurista deve, desde logo, ser um homologante, nos termos heraclíticos.

Em contrapartida, o *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo), recorte neste ensaio singularizado, representa a parcela constitutiva do *ἔθος* (modo de ser) do cidadão grego, caracterizada pela dimensão pública, quando situada nas discussões, nas assembléias, nos tribunais da *πόλις* (cidade), e pela esfera privada, quando referente ao modo como o

⁶³¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, III, 5, 1114, b.

⁶³² HERÁCLITO, *Fragmentos*, CXIX.

⁶³³ COSTA, Alexandre, Comentários. In: HERÁCLITO. *Fragmentos*. Org. e Com. de Alexandre Costa. Rio de Janeiro: Difel, 2002 p. 229.

⁶³⁴ HERÁCLITO, *Fragmentos*, CXII.

indivíduo, nas relações estabelecidas em suas atividades de subsistência ou mesmo nas relações familiares, desde as obrigações do parentesco, do gênero, às obrigações vinculadas à atividade sexual, ao *έρωτας* (amor), reflete e age conforme as normas (num amplo sentido) de sua cultura. O *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo) é, portanto, o modo como o cidadão grego conduz a sua vida, conduz a si mesmo, e, nessa medida, serve à condução espiritual e material dos seus concidadãos, de acordo com a ocupação com as normas estabelecidas numa dada *ἐπιστήμη* (episteme) clássica. Trata-se do hábito e da maneira de vida indispensável à formação do indivíduo para que ele se torne cidadão, vinculado à construção de suas virtudes, sobretudo à *δικαιοσύνη* (justiça como virtude), e vinculado à constituição da própria *πόλις* (cidade). Por essa razão, o *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo) se torna a peça-chave para a compreensão das transformações ocorridas no indivíduo ao longo de sua vida, pela assunção de suas características de liberdade e de justa medida, bem como para o entendimento do modo completo como o homem deve realizar suas experiências, especialmente jurídicas, como formas de autoconstituição, de subjetividades, como estética existencial, já que por ele passa a ser chamado a se conformar como um sujeito moral.

O *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo) grego, que Hegel melhor define como *Gewohnheit* (hábito), não se exerce num espaço de invisibilidade tramada por discursos, e aqui a distância de Foucault ou de Derrida é imensa, nem tampouco na consciência individual, mas, pelo contrário, realiza-se num *Sitz* (sede) comum a muitos indivíduos.⁶³⁵ Há, inevitavelmente, uma dimensão pública deste modo de condução de vida voltada à ocupação que o indivíduo tem com as normas da cidade, e todos os elementos e efeitos dela decorrentes, desde a simples discussão de seu conteúdo em plena *ἀγορά* (praça), quanto pela participação ativa na elaboração da lei, da consecução da justiça nos tribunais, na declaração e execução dos julgamentos públicos, etc. Estabelecer um *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo), que se constitui desde a tenra idade pela especialização programática da *παιδεία* (educação) jurídica, significa singularizar no homem grego aquilo que lhe é imanente à própria condição de cidadão grego; significa abrir-lhe uma fenda na sua formação de homem grego não apenas destinado às artes, à guerra, à matemática, à astronomia, à medicina; mas à sua formação política, à sua preparação como orador, e, nessa medida, ao seu aprendizado jurídico. Contudo, o *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo), se ele pode efetivamente ser ensinado, como quisera o *Mênon* platônico,

⁶³⁵ HEGEL, Georg. Wilhelm Friedrich. *Grundlagen der Philosophie des Rechts*. Berlin: FU, 1998, p. 258.

representa não somente o ‘saber’ marginal, difundido das questões jurídicas, como outrora se falava, a ser aprendido por qualquer cidadão ante a ausência da profissionalização do direito e a ponto de transformar a todos como *νόμικος* (jurista), nem tampouco apenas o conhecimento da *expertise* jurídica operacionalizada pelas personagens jurídicas gregas nos processos públicos. Ele é antes uma experiência, uma arte jurídica do *τέχνη* (bem fazer), que vincula uma *πρᾶξις* (prática), uma *θεορία* (teoria) e que se realiza nas escolhas virtuosas que o indivíduo faz juridicamente ao longo da vida, constituindo-se como cidadão austero, seja fora dos tribunais, com a *δικαιοπράγμια* (prática do justo), seja pela *προαίρεσις* (escolha intencional), pela decisão debatida na oratória heliástica, seja pela contemplação da *ἰσονομία* (isonomia) ou da *ἐπιείκεια* (equidade) quando travestido de uma personagem jurídica.

Ademais, o *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo) representa o retalho em bisel, que se pode retirar do amplo espectro do *ἔθος* (modo de ser) do homem grego, voltado às preocupações com sua conduta na casa e na praça, e, nesses termos, com o *δίκαιον πολιτικόν* (justo político) e o *δίκαιον οἰκονομικόν* (justo doméstico). Através dessa atenção despendida, o homem constrói os seus hábitos, evitando a corrupção da alma pela homologia com a sua voz interior, mas buscando em si mesmo encontrar uma experiência jurídica com austeridade e com vistas a uma plenitude moral. Ouvindo, torna-se, então o jurista, ascético, contribuindo para fazer dos outros indivíduos bons cidadãos, como produtos e causas de ações virtuosas na *πόλις* (cidade).

2.2. Juristas curadores de Si

Como visto, aos gregos não interessa instituir um código sistemático sobre a sua vida, sobre os gestos, nem tampouco na questão da sexualidade. A reflexão empreendida por Foucault⁶³⁶ demonstra que os gregos estavam efetivamente preocupados em estipular

⁶³⁶ Sobre a questão do cuidado de si, de modo mais específico, convém ler: FOUCAULT, Michel. **Sexualité et solitude**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 168-177.; _____. **Les techniques de soi**. (trad. F. Durant-Bogaert) Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 783-812.; _____. **Le combat de la chasteté**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 295-308.; _____. **L’herméneutique du sujet**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 353-366.; _____. **L’écriture de soi**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 415-430.; _____. **Usage des plaisirs et techniques de soi**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 539-562.; e ERDMANN, Eva. **Die literatur und das schreiben “l’écriture de soi” bei Michel Foucault**. Ethos der Moderne: Foucaults Kritik der Aufklärung. (org. Eva Erdmann, Rainer Forst e Axel Honneth) Frankfurt: Campus Verlag, 1990, p. 260-279.

as condições e as moralidades de um uso, ou seja, com a maneira pela qual os indivíduos dirigiam a sua vida sexual de modo normativo, e não propriamente em codificar os atos sexuais e sobre os prazeres, como os cristãos mais tarde se dedicaram a fazer, na distinção entre o proibido e o permitido, entre o moral e o imoral.

Havia para os gregos, então, todo um conjunto de preocupações que levava os indivíduos a estabelecerem qual o regime de sexualidade eles deveriam se impor; quais as condições com que ele realizava seus atos sexuais e qual a importância que a eles dava em sua vida. Todavia, é preciso verificar, que a preocupação sexual voltada à prática dos prazeres e não à interdição propriamente dita das condutas representava um problema muito maior, que extrapolava a questão dos desejos e dos prazeres, podendo alçar o uso cotidiano das normas de maneira geral, como visto. Essa preocupação normativa de todo ampla e relacionada integralmente com os homens conduz a uma idéia fundamental: de que todos os homens, nessa medida, preocupavam-se com as normas.

Cumprido, então, aqui, sustentar que a figura subjetiva “jurista” assumia entre os gregos conotação certamente diversa da que a tradição ocidental experimentará anos mais tarde, ao menos no sentido refletido, outrora sustentado por Radbruch, como a personagem afeita ao direito desde uma tecnologia, como uma *τέχνη* (técnica)⁶³⁷. A concepção de jurista no sentido que até hoje se lhe atribuiu, que para alguns nasce apenas com a recepção dos glosadores ou dos *commentateurs* (comentadores) franceses na baixa Idade Média,⁶³⁸ enquanto para outros já se visualizava na figura dos *iurisconsultus* republicanos da antiga

⁶³⁷ Gustav Radbruch talvez tenha sido o jusfilósofo que mais se debruçou nessa tentativa de compreensão da figura subjetiva do *homo juridicus*, deixando pistas sobremaneira importantes para a tentativa de compreendê-lo. O filósofo, que a partir do terceiro parágrafo de sua clássica obra *Rechtsphilosophie*, procurou tentar indagar ontologicamente a figura subjetiva do jurista. Sua leitura faz uma investigação analógica da figura do *homo juridicus* a partir das concepções psicológicas do alemão Eduard Spranger, que, no início do século passado houvera estabelecido em sua obra *Lebensform* as diferentes estruturas anímicas, ou formas de vida, indispensáveis para as diversas realizações espirituais da alma humana. Segundo Radbruch, Spranger, ao classificar as figuras subjetivas do *homo theoreticus*, *homo æconomicus*, *homo aestheticus*, *homo socialis*, *homo politicus*, e o *homo religiosus*, acabara por negligenciar um espaço autônomo para a figura subjetiva do *homo juridicus*, em virtude de sua constituição como um tipo psicológico complexo. Para Spranger, o *Rechtsmensch* não teria uma estrutura simples, mas sim mista, ora entre a figura do *homo socialis*, ora entre o *homo theoreticus*. Todavia, Radbruch defende a necessidade de se definir o *homo juridicus* como uma figura subjetiva à parte; como uma forma subjetiva autônoma, independentemente de sua proximidade com as demais formas, e, independentemente da complexidade de sua constituição.⁶³⁷ A defesa de um *status* autônomo para o *homo juridicus*, segundo Radbruch, justifica-se pela relação direta que o jurista experimenta pelos valores da justiça e da paz social. Para o autor, apesar de serem três os fundamentos a que a idéia de direito se encontra ligada: justiça, segurança, e fim, este último, ao contrário dos demais, não se mostra como valor jurídico específico, mas redutível aos outros valores. Logo, justiça e segurança são as grandes variáveis de constituição do *homo juridicus*. Para aprofundar essa idéia, ver: RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. 2. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 96-102 [§ 13 *Die Psychologie des Rechtsmenschen*]

⁶³⁸ WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung**. 2 ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 227 segs.

Roma,⁶³⁹ não permite uma aproximação idêntica à que a civilização balcânica reservava em sua especificidade. Ao contrário do que a reflexão contemporânea propicia, sobretudo em razão de um pensamento sistemático e funcionalmente dividido pela ciência, bem como pela profissionalização da burocracia estatal, o “jurista” grego, enquanto uma modalidade subjetiva do homem, tal quisera o professor da escola de Heidelberg, estava muito longe dos padrões atuais, e, a sua análise pressupõe se despir dessa noção moderna para investigar os contornos daquilo que poderia ser definido como *νομικός* (jurista) no mundo clássico.

A figura subjetiva do jurista grego, embora muitas vezes se concretize nas personagens de alguns cargos exercidos pelos cidadãos na *πόλις* (cidade), como juízes, oradores, legisladores, denunciadores etc., não pode nem de longe ser equiparada à especificidade contemporânea ou mesmo à particularidade deixada pelo legado romano. Sem embargo existissem cargos que se ocupassem das questões que envolviam aquilo que hoje poderia se definir como campo jurídico,⁶⁴⁰ cuja análise outrora feita pode muito ressaltar o modo como a noção de experiência jurídica se constrói enquanto “experiência ascética”, não há como neles restringir a figura do jurista ático. Ser jurista no mundo grego, partindo da compreensão de que o próprio conceito de direito grego era muito diferente do que modernamente se estreitou com a ciência, significa ser antes e por consequência cidadão grego.

Pensar sobre o jurista grego é pensar sobre uma de suas arestas que, desde o processo de uma *παιδεία* (educação) jurídica, conforma o jovem a assumir sua singularidade no mundo a partir de seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), nitidamente humanista e justo, e o transforma em homem grego. Portanto, quando se reflete o jurista grego se está, a todo instante, refletindo não apenas as personagens que o indivíduo poderia assumir diante do exercício e da busca da justa medida, mas especialmente a própria noção de homem grego, que se torna cidadão pela ocupação virtuosa de si e pelo “cuidado com as normas”. O jovem só se torna cidadão grego, formado no sentido platônico e no custoso termo que os séculos VI a IV a.C. irão construir, quando aprende a refletir os valores de seus antepassados, a compreender e exercitar a *ἀρετή* (virtude), e a inserir-se na vida pública pelo domínio e pelo cuidado normativo. Ser cidadão grego é, de modo pressuposto, então, ser jurista. E ser um cidadão corajoso,

⁶³⁹ USSANI, Vincenzo Scarano. *L'ars dei giuristi: considerazioni sullo statuto epistemológico della giurisprudenza romana*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 41 e segs.

⁶⁴⁰ BOURDIEU, Pierre. *Raisons pratiques: sur la théorie de l'action*. Paris, Seuil, 1994, p. 55.

bondoso, feliz, livre, amigo, que age sempre em direção ao bem,⁶⁴¹ e com vistas à *φιλανθρωπία* (humanidade), fim da condição existencial do homem grego,⁶⁴² é ser um homem que exercita e assume um virtuoso *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo).

Deve-se ter em vista, para evitar tortas reflexões, que o saber jurídico grego, em razão da ausência enciclopédica dos saberes, ou a falta de unidade entre as positavações das cidades gregas, sobretudo com o grande avanço das colônias, é um “saber material”, voltado às práticas jurídicas, ao exercício do que mais tarde se definirá como prudência, e menos um saber técnico, especializado, guardado na clausura de cargos burocráticos ou na complexa e abstrata rede da teoria jurídica. É, no fundo, como bem sustenta Bittar, um “pensar prático” que acompanha toda civilização grega.⁶⁴³ São práticas caracterizadas por elementos discursivos, tal como apreciará Foucault em *Les Mots et les Choses*, e que não podem ser fechadas numa espécie de racionalidade própria. É um saber vinculado àqueles que o produzem, não à tirania de sua autoridade intelectual, mas de seu *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo), por isso se pode evidenciar o elo entre essa forma de *Lebensführung* (condução de vida) e o saber produzido. A vinculação entre as prerrogativas para a formação dos juízes com as da cidadania, como visto, transforma as práticas jurídicas atenienses numa forma de “saber da cidade”.⁶⁴⁴

A própria racionalidade grega é um saber da cidade, uma forma de agir sobre os homens e não sobre as coisas, segundo Jean-Pierre Vernant.⁶⁴⁵ Sabiam os gregos que todo cidadão um dia poderia vir a empreender a função de juiz num dos tribunais populares ou arbitrais, ou de algum modo se veria, dada a característica conflituosa entre os áticos, como parte de um processo, seja no papel de acusador na *γραφή* (ação pública), seja como

⁶⁴¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, I, 8, 1099, a

⁶⁴² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, II, 2, 1103, b

⁶⁴³ BITTAR, Eduardo C. B.. **A justiça em Aristóteles**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36. “No entanto, o pensar prático não deixou de acompanhar toda criação grega, dado que todo saber brota em um determinado contexto social, inclusive voltado para este.”

⁶⁴⁴ LIMA, Paulo Francisco Butti de. **História e retórica na Grécia clássica**. In: Discurso – Revista do Departamento de Filosofia da USP, São Paulo, n. 21, 1993, p. 181.

⁶⁴⁵ VERNANT, Jean-Pierre. **Les origines de la pensée grecque**. 9^{ème} ed. Paris: PUF, 2002, p. 133. “La raison grecque ne s’est pas tant formée dans le commerce humain avec les choses que dans les relations des hommes entre eux. Elle s’est moins développée à travers les techniques qui opèrent sur le monde que par celles qui donnent prise sur autrui et dont le langage est l’instrument commun : l’art du politique, du rhéteur, du professeur. La raison grecque, c’est celle qui de façon positive, réfléchie, méthodique, permet d’agir sur les hommes, non de transformer la nature. Dans ses limites comme dans ses innovations, elle est fille de la cité.” [trad. do autor: “A razão grega é menos formada no comércio humano com as coisas do que nas relações dos homens entre si. Ela foi menos desenvolvida pelas técnicas que operam sobre o mundo do que por aquelas que se ocupam com os outros, em que a linguagem é o instrumento comum: a arte do político, do orador, do professor. A razão grega é aquela que, de modo positivo, refletido e metódico permite agir sobre os homens, não de transformar a natureza. Nos seus limites como nas suas inovações, ela é filha da cidade”]

querelante na *δίκη* (ação privada), seja mesmo como orador, se destacadas fossem as suas habilidades.

Então, a prática jurídica exercitada nos tribunais torna-se, apesar de seu específico exercício, um saber de todos; um saber ao qual qualquer cidadão pode ter acesso, logo, uma forma de saber difundido, como prefere Paulo Butti, que se desenvolve a partir de cada um e para todos.⁶⁴⁶ Ainda que fora do cargo de juiz, mas porque algum dia viria a sê-lo, o homem grego se constituía como cidadão justamente porque conhecia, através do ensino de uma *παιδεία* (educação) jurídica, esta forma de saber, esta experiência realizada nos tribunais, mas que, de fato, representava uma experiência cotidiana, que cada cidadão realizava e através dela formava seus valores e suas virtudes que o auxiliariam nos julgamentos públicos. É um saber que se pratica dentro das esferas destinadas à organização da justiça, mas, sobretudo fora delas, porque a clausura da justiça não fazia parte da sua própria concepção para os jusfilósofos gregos, a ver-se pelos tribunais coletivos e populares.

Essa não especialização transforma, assim, o saber jurídico grego num “saber de amadores”, num “saber marginal” feito com naturalidade e imensamente correlato ao *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) empreendido pelo cidadão. Não há, portanto, uma *expertise* jurídica,⁶⁴⁷ nem tampouco um programa próprio que circunde a temática da justiça, mas a sua característica persuasiva que se exercita por meio do debate e da construção dialética de argumentos constrói um saber longe dos limites das práticas institucionalizadas, e nitidamente vinculado às experiências jurídicas vivenciadas por cada cidadão. Este saber pragmático, que de algum modo a todos alcança e a todos interpela exigindo um alto grau de compromisso e responsabilidade,⁶⁴⁸ esclarece em parte a estreita vinculação que nesta tese, em parte, procura-se esboçar: a relação entre homens virtuosos como “juristas curadores de si” e a constituição de uma experiência jurídica austera e ascética. Aristóteles insistentemente dizia que se os arquitetos assim se fazem construindo, e os tocadores de lira tangendo seus instrumentos, igualmente os homens se tornam justos cuidando de suas práticas normativas, ocupando-se de si mesmo, e praticando atos justos.⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ LIMA, Paulo Francisco Butti de. **História e retórica** ..., p. 181.

⁶⁴⁷ LIMA, Paulo Francisco Butti de. **História e retórica** ..., p. 181.

⁶⁴⁸ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, III, 5, 1113, b.

⁶⁴⁹ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, II, 1, 1103, b.

Havia, portanto, uma espécie de “jurisdicização” da realidade, a partir do momento que todos os cidadãos, atrelados ou não a algum ofício jurisdicional, estavam a todo instante se ocupando das práticas jurídicas, e, nessa medida, preocupando-se em realizá-las conforme o modo como julgavam correto conduzirem a si mesmo. Saliente-se também o fato de que, em algum momento da vida, os gregos, pensando agora nos homens, seriam árbitros, e, logo, inevitavelmente se ocupariam da questão jurídica.⁶⁵⁰ Cuidavam de si, para, nesses termos, cuidarem dos outros, fosse na simples condição de homem que vive ‘politicamente’, fosse na condição de uma personagem jurídica específica. A preocupação em serem virtuosos, em conhecerem o mundo, em buscarem o supremo Bem, o bem individual e o bem da comunidade, em serem temperantes porque capazes de fugir das paixões, da covardia e do excesso, em serem sensíveis à homologia da natureza e à harmonia da música, em serem sujeitos morais e responsáveis, em “cuidarem do bom uso das normas” para levar os homens justos à realização de sua felicidade, tornam-se pressupostos de uma excelência na constituição de seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo). É nesses termos que se pode falar, então, que todo homem grego era jurista, mas, sobretudo, é nestes termos que se pode sustentar que todo cidadão grego, à medida que se preocupava com o seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), procurava alcançar uma experiência jurídica ascética, já que disposto a realizá-la à sua imagem e semelhança.

3. Essência e finalidade do direito

3.1. A constituição de si

Os gregos se preocupavam, por toda a formação e a educação que recebiam, com o modo como deveriam se portar, agir, falar, compreender o mundo etc. Havia uma estética de si, uma estética pessoal, que se destinava a buscar a máxima compreensão de si mesmo e um cuidado consigo para poder ser aquela excelência moral de si mesmo. Não por outra razão, a “experiência jurídica” exerceu um papel decisivo na vida dos gregos, à medida que a “norma”, naquele sentido amplo, e do “jurista”, também naquela vasta concepção, impunha ao direito um papel singular de constituir virtudes.

⁶⁵⁰ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 207.

Douglas MacDowell afirma que esse cuidado projetado pelo agir normativo fica evidente em diversas passagens da experiência jurídica clássica. O preocupar-se consigo, para, nessa medida, preocupar-se com os outros estava no centro de toda a órbita positiva. Uma das formas de evidenciar isso era com a lei que proibia a preguiça,⁶⁵¹ vez que o sujeito preguiçoso não trazia mal apenas para consigo, mas para toda a sociedade. Uma norma como essa, num contexto não capitalista nem protestante, tem um valor fundamental de “direito constitutivo”, pois empurra o homem, o cidadão a cuidar constantemente de si.

A questão do “cuidado de si” é um dos temas mais instigantes da experiência grega, certamente por sua peculiaridade jamais vivida em outros tempos, e traduz uma discussão que, no fundo, é da ordem do normativo. Dentre as leituras possíveis, sem dúvida, a feita por Michel Foucault, no seu derradeiro projeto de vida em torno da sexualidade, é das mais bem orientadas. As conclusões a que chega consegue traçar um panorama muito preciso do modo como, através de temas como sexo, desejo, prazer, o homem grego se relacionava com o *vóμος* (norma).

Foucault procura entre os gregos, em sendo um arqueólogo como se apresentou na década de sessenta e setenta, algumas saídas para os problemas de uma sociedade disciplinar e de práticas normalizantes e poder ostensivo, que o mundo experimentava naquele pós-Guerra. Em busca da sexualidade, dos prazeres, e da constituição da subjetividade, o projeto foucaultiano elege o “sujeito” como foco, e passa a sobre ele se debruçar em *La Volonté de Savoir*, *L’Usage de Plaisir* e *Le Souci de Soi*, bem como de seus derradeiros cursos no *Collège de France*, dos biênios de 1980/81, 1981/82, 1982/83 e 1983/84. O que pretende é repensar a sexualidade clássica como forma de exercício pessoal de vida plenamente livre, porém, ao mesmo tempo, virtuoso e não moral.

Se em *La volonté de savoir*, sustenta que a sexualidade, muito ao contrário de ter sido reprimida na história, foi posta em discurso, fosse no confessionário, fosse no divã etc., em *L’usage de plaisir*, mostra como os gregos, fizeram da sexualidade uma “experiência moral”, tal o direito. Com isso, mostra que os gregos viam na “austeridade sexual” desde outro ponto de vista, ou seja, como um conjunto de práticas a que chama de “técnicas de si” ou “práticas de si”, muito ao contrário da história traçada pela pastoral cristã da carne, que imprimiu as noções de virgindade, da condenação do amor pederástico, da defesa da fidelidade conjugal, ou seja, toda uma nova ética, toda uma nova moral da conduta sexual. É nesse sentido que *Le souci de soi* também mostra que, a partir do séc. II,

⁶⁵¹ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 155.

esse sentido se apaga, e no lugar da condenação dos excessos do sexo, aparecem os códigos do casamento, da moral da renúncia, da valorização da mulher, da fidelidade e reciprocidade etc.

A reflexão foucaultiana aos gregos se direciona para as construções filosóficas em torno da ascese, da *φιλία* (amizade), das tecnologias de si, da estética da existência, enfim, em torno dos cuidados e das práticas subjetivantes. Essa idéia já aparece no curso intitulado *Subjectivité et Vérité*, proferido no biênio de 1980-1981 no *Collège de France*, quando afirma categoricamente que, para se buscar um profundo conhecimento do cuidado consigo, para autodeterminar-se e ter o pleno conhecimento de si próprio, como forma de melhor entender como o homem foi posto na posição de objeto de saber e de poder, é indispensável buscar uma enquete sobre os modos instituídos de conhecimento de si e sobre a sua história.⁶⁵² Os gregos auxiliam neste aspecto, exatamente porque se preocuparam com aquela *ἐννομία* (boa ordem) social e pessoal de que se falou há pouco, da atenção dada ao bom uso dos prazeres, do domínio sobre o próprio corpo.

Para Foucault, apesar das diferenças usualmente colocadas entre pagãos e cristãos, e a despeito do modo drástico como o ato sexual fora constituído pelo cristianismo, a filosofia moral da Antigüidade também permitia que existisse uma certa associação entre a

⁶⁵² FOUCAULT, Michel. **Subjectivité et vérité**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 213. “... comment le sujet a-t-il été établi, à différents moments et dans différents contextes institutionnels, comme un objet de connaissance possible, souhaitable ou même indispensable? Comment l’expérience qu’on peut faire de soi-même et le savoir qu’on s’en forme ont-ils été définis, valorisés, recommandés, imposés? Il est clair que ni le recours à une expérience originaire ni l’étude des théories philosophiques de l’âme, des passions ou du corps ne peuvent servir d’axe principal dans une pareille recherche. Le fil directeur qui semble le plus utile pour cette enquête est constitué par ce qu’on pourrait appeler les ‘techniques de soi’, c’est-à-dire les procédures, comme il en existe sans doute dans toute civilisation, qui sont proposées ou prescrites aux individus pour fixer leur identité, la maintenir ou la transformer en fonction d’un certain nombre de fins, et cela grâce à des rapports de maîtrise de soi sur soi ou de connaissance de soi par soi. En somme, il s’agit de replacer l’impératif du ‘se connaître soi-même’, qui nous paraît si caractéristique de notre civilisation, dans l’interrogation plus vaste et qui lui sert de contexte plus ou moins explicite: que faire de soi-même? quel travail opérer sur soi? comment ‘se gouverner’ en exerçant des actions où on est soi-même l’objectif de ces actions, le domaine où elles s’appliquent, l’instrument auquel elles ont recours et le sujet qui agit?” [trad. do autor: “Como o sujeito foi posto, em diferentes momentos e distintos contextos institucionais, como um objeto de conhecimento possível, desejável ou mesmo indispensável? Como a experiência e o saber que se podem fazer de si mesmo foram organizados através de certos esquemas? Como esses esquemas foram definidos, valorizados, recomendados, impostos? É claro que nem o recurso a uma experiência originária, nem o estudo das teorias filosóficas da alma, das paixões ou do corpo podem servir de eixo central numa pesquisa como essa. O fio condutor que parece ser o mais útil, nesse caso, é constituído por aquilo que poderia se chamar de ‘técnicas de si’; espécie de procedimentos, que, sem dúvida, existem em toda civilização, pressupostos ou prescritos aos indivíduos para fixar sua identidade, mantê-la ou transformá-la em função de determinados fins, e isso graças a relações de domínio de si sobre si ou de conhecimento de si por si. Em suma, trata-se de recolocar o imperativo do ‘conhecer-se a si mesmo’, que nos parece tão característico de nossa civilização, na interrogação mais ampla e que lhe serve de contexto mais ou menos explícito: que fazer de si mesmo? Que trabalho operar sobre si? Como ‘se governar’, exercendo ações onde se é o objetivo dessas ações, o domínio em que elas se aplicam, o instrumento ao qual podem recorrer e o sujeito que age?”]

atividade sexual e o mal, bem como a presença de regras de monogamia procriadora, a condenação de relações do mesmo sexo e a exaltação da continência. Nesse sentido, destaca que já estavam presentes à época greco inúmeros dos temas que se fizeram responsáveis para constituir uma ética cristã, típica das sociedades européias. Todavia, a grande distinção residia que no pensamento clássico o comportamento sexual, bem como suas práticas, estariam constituídos num outro domínio, diferente do “desejo” dos cristãos, mas no “prazer”, no domínio de uma prática moral, no bom “uso dos prazeres”.

L'usage de plaisir mostra que os gregos criaram toda uma “tecnologia de si”, que resultará num “cuidado de si” enquanto virtuosos. A invenção dos *ἀφροδισία* (afrodisíacos) foi a tentativa de relacionar os atos de prazer com um campo agonístico de forças difíceis de serem dominadas, de modo que nele estaria inserido o comportamento sexual, como uma efetivo “domínio de si”, em que o sujeito seria mais forte do que ele mesmo no uso do poder que exerceria sobre os outros, operacionalizado através de condutas e estratégias de medida, de tempo, de quantidade, de oportunidade, etc. Os *ἀφροδισία* (afrodisíacos) gregos, segundo Foucault, estavam na história clássica ligados com os prazeres da mesa, isto é, com os prazeres da apetite e da comida, e, depois, reportaram-se ao sexo.

Para os gregos, era fundamental, em busca da justa medida, saber controlar atos, gestos, contatos, os quais proporcionavam prazer, não como a cristandade deixou do controle do espírito pelo termo da carne, mas para evitar o poder surdo, ágil e temível das manifestações da sexualidade que controlam os homens. É exatamente neste contexto que surge o cuidado de si, como uma forma de exercício de autonomia. Por isso, para os gregos, pouco importava qual seria o desejo, o ato ou os prazeres moralmente aceitos pela sociedade. O que realmente era importante era a dinâmica que relacionava ato-desejo-prazer de modo circular, em que o desejo levava ao ato, que era ligado ao prazer, e, por conseguinte, o prazer que suscitava o desejo. Isto implica afirmar que para os gregos, o importante era o modo como o indivíduo trabalharia com a força que o levava para os desejos e para o prazer, fazendo-o levar aos limites e aos excessos. Por isso, era fundamental pensar no ato sexual a partir da quantidade, número, frequência, os papéis exercidos, pois só assim, era possível buscar o controle da *ὑβρις* (excesso). Isso mostra que a questão do sexo tinha um grande conteúdo normativo, posto que ambas trabalham com a noção excesso-temperança, afirmando a “continência” como um princípio normativo e comum, antes mesmo de apenas uma norma moral.

A técnica dos *ἀφροδισία* (afrodisíacos) colocava o gregos a pensarem sobre a *κρέσις ἀφροδισίων* (uso dos prazeres). Não havia, tal o direito canônico se preocupará em fazer, construir um código sistemático sobre atos e prazeres, mas estabelecer condições e moralidade de um bom uso, de um uso equilibrado, de modo a constituir o modo como os gregos dirigiriam a sua vida sexual. Havia para os gregos todo um conjunto de preocupações que levavam os indivíduos a estabelecerem qual o regime de sexualidade eles deveriam se impor; quais as condições com que ele realizavam seus atos sexuais e qual a importância que a eles davam em sua vida. Ao contrário da era cristã, em que normativo já se aproximaria do legislativo, numa redução, como visto, do *νόμος* (norma) à *lex* (lei), não havia a preocupação com a criação de um código, mas o uso do *νόμος* (norma) como estratégia de constituição, vista pela idéia de “necessidade” – o ato e o prazer deveriam estar fundamentados por uma necessidade provocada pelo desejo; pelo “momento” – saber quando era oportuna a prática do ato sexual, logo, conveniente⁶⁵³; e pelo “*status*” – a arte de usar o prazer deveria se modular levando em consideração aquele que a usa, conforme seu estado.

Por essa razão, a conduta sexual, assim como a conduta dos gregos na *πόλις* (cidade), estava pautada na idade, no sexo, na condição dos indivíduos, nas suas obrigações e nas suas interdições. Isto significa que o “bom uso dos prazeres” era um princípio de vida, baseado na necessidade, no seu estado e no momento adequado, uma forma de bem-saber, de saber-fazer, longe de uma sujeição à unicidade cristão do sexo. Foram os romanos os reponsáveis pela aniquilação da sexualidade a um código, e, por conseguinte, atrelando religião e direito, de condenador ou permitir, sem se preocupar com o conteúdo a ser exercido individualmente, e, sem se preocupar com o modo como o sexo se experimentava individualmente, enquanto princípio que levaria em conta princípios gerais, capazes de guiar o sexo no seu próprio momento, de acordo com o seu contexto, e em função de seus próprios fins.

Nessa medida, o sujeito se exercitava enquanto virtuoso, à medida que o uso de sua *σοφροσύνη* (temperança), e, de conseqüência, o domínio de si e dos atos, moldavam a vida sexual extamente em razão da necessidade, do momento e do estado, jamais pela idéia de uma imposição. Por isso o papela do “cuidado com o agir”, o cuidado com as práticas era fundamental. No caminho do “uso dos prazeres”, que diferenciou gregos e cristãos, uma historiografia tão única não pode ser assim formulada, pois, segundo Foucault, a evolução

⁶⁵³ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité II: l’usage des plaisirs*. Paris: Gallimard, 1984, p. 55.

usual e comum de uma exterioridade pagã a uma interioridade cristã, de uma interiorização progressiva da regra, do ato e da falta, não se pode reduzir a tal fato, posto que foi antes uma reestruturação das formas de relação consigo e uma transformação das práticas e das técnicas de apoio dessa relação.

Seguindo em busca da estratégia grega em torno do normativo da sexualidade, Foucault destaca que a preocupação com a atitude está fortemente gravada nos horizontes das práticas sexuais gregas.⁶⁵⁴ A *ἐγκρατεία* (atitude) era pensada a todo momento, pois se configurava como a condição necessária para se atingir a *σοφροσύνη* (temperança), logo, para se alcançar a virtude através do bom uso dos prazeres. Foucault sustenta que para os sábios, o bom uso dos prazeres estava intimamente relacionado a uma dinâmica de dominação de si por si, e ao esforço que ela exigiria. Havia, assim, toda uma *ἄσκησις* (ascese), sob diferentes formas na modulação do comportamento sexual, em que os exercícios, as meditações, as provas de pensamento, os exames de consciência, o controle de representações, constituíam disciplinas de ensino como forma de conduzir os homens em direção de sua alma.⁶⁵⁵

Quando no controle de sua *ἐγκρατεία* (atitude), da *σοφροσύνη* (temperança) como estado a ser buscado pelo “domínio de si”, os homens alcançam a liberdade, porque se tornam “soberanos de si”.⁶⁵⁶ é neste contexto, também, que se pode ver a noção de *ἐλευτερία* (liberdade) entre os gregos, como se refletirá adiante, isto é, a liberdade depende do bom uso de si, de suas práticas, é, antes, uma condição interna do que um acontecimento exterior. Isto implica afirmar que a liberdade não é o contrário da escravidão, mas o exercício de um “cuidado consigo”, de um bom uso de sua subjetividade.

Por isso Foucault afirma que a intemperança implicaria na idéia de passividade, de não-resistência, de indolência, pela submissão à força dos prazeres. Ser *σώφρων* (temperado), é encontrar-se com a sua verdade, e, logo, ao contrário de uma hermenêutica do desejo, tal os moldes cristãos, observa-se toda uma estética de existência do mundo

⁶⁵⁴ Isso fica claro quando se percebe, como dito acima, que a prostituição em si não era mal vista e nem proibida pelas leis, e, sim, o sujeito que a usava, visto que desconstituiu a mulher nas sua subjetividade, e, logo, na sua virtude. Conquanto houvesse tolerância com as casas de prostituição, o pior era o sujeito que dela se utiliza, e não a pessoa que se prostitui, porque para aquele, é um exercício evitável, que destoa da temperança e desconstitui o Outro.

⁶⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité II...*, p. 69. “embora seja tão importante governar desejos e prazeres, e apesar do uso que se faz deles constituir um alvo moral de tal preço, não é para conservar ou reencontrar uma inocência de origem; não é, em geral – salvo, evidentemente, na tradição pitagórica – para conservar uma pureza; é para ser livre e poder permanecê-lo.”

⁶⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité II...*, p. 73.

grego. “Deve-se entender, com isso uma maneira de viver cujo valor moral não está em sua conformidade a um código de comportamento nem a um trabalho de purificação, mas depende de certas formas, ou melhor, certos princípios formais gerais no uso dos prazeres, na distribuição que deles se faz, nos limites que se observa, na hierarquia que se respeita.”⁶⁵⁷ Há toda uma preocupação com a estilização da atitude numa espécie de estética da existência.

Esta reflexão é fundamental para entender como os gregos viam o fenômeno normativo. O *νόμος* (norma) é antes um exercício temperado de si mesmo, na velha noção do pré-direito grego de vergonha dos excessos, de medo da desonra. Se *θέσμος* (norma) divina era já vista como a impossibilidade de ser egoísta e se revoltar com a boa norma dos deuses, o *νόμος* (norma) era uma forma de empurrar o homem, o *πολίτης* (cidadão), para um “bom uso das normas”. A preocupação com aquelas situações de excessos, como os sincofantas, era mostrar como a *ἐγκρατεία* (atitude) diante do agir normativo está em consonância com os ideais gregos da *σοφροσύνη* (temperança).

Em torno do comportamento sexual dos gregos, Foucault afirma que no séc. IV teriam existido as denominadas “técnicas de si”, que singularizavam a conduta sexual, desenvolvidas no pensamento grego e estudadas pela medicina e a filosofia, capazes de lhes modular singularmente a conduta sexual, sem que se tornasse um sistema inexorável de preceitos e sanções ao corpo e à alma desviante. Dentre estas formas de saber e de técnica sobre o sexo e sobre si mesmo, estariam a “Dietética”, a “Econômica” e a “Erótica”, vistas como “artes de se conduzir”, de mostrar o domínio de si mesmo.

De modo sintético, a “Dietética” representava a a prática de si preocupada como a atividade de dar forma à sua conduta, especificamente a partir do regime. Ela se apresentava aos clássicos como uma tecnologia de si e se evidenciava como uma arte da relação cotidiana do indivíduo com o próprio corpo. Era, pois, uma forma de temperança em que o indivíduo deveria fazer um uso comedido e oportuno dos *ἀφροδισία* (afrodisíacos). Através de uma atenção centrada na questão do momento oportuno ao sexo e na correlação entre os estados variáveis do corpo e das propriedades das estações, manifestavam-se o medo da violência, o temor do esgotamento e o duplo cuidado com a sobrevivência do indivíduo e a manutenção da espécie. Com isso, vem à tona a preocupação com a dieta dos prazeres, os riscos e perigos, o ato sexual, o dispêndio de energia vital e a ascensão da morte.

⁶⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité II...*, p. 82.

Através de exercícios, do cuidado com os alimentos, com as bebidas, com os sonos, impunha-se um dever de cuidado, de *σοφροσύνη* (temperança), de medidas para o bom uso do corpo em busca dos prazeres. Por isso, uma série de traços deveriam ser observados com vistas ao regime dos prazeres, tais como o problema das relações sexuais e dos exercícios, o contexto de suas práticas, a frequência, a sua existência, etc., e não propriamente, tal os cristãos, a posição natural, as práticas indevidas, o coito interrompido, a contracepção, etc.⁶⁵⁸ Assim, o ato sexual não era visto nos limites do lícito ou ilícito, mas como uma atividade que, no ponto de interseção entre o indivíduo e o mundo, o temperamento e o clima, as qualidades do corpo e as da estação, pode provocar consequências mais ou menos nefastas, é um exercício que demanda reflexão.⁶⁵⁹

Já a “Econômica” representava uma arte do governo doméstico, da relação do indivíduo na estilização de sua conduta; como a arte da conduta do homem enquanto chefe de família. Analisando Isômaco, Foucault afirma que havia toda uma sabedoria para o casamento, que embora a figura do adultério, como visto acima, só atingisse a mulher, o homem tinha para com ela inúmeras obrigações, sobretudo sexuais, como forma de exercer, do modo mais belo, o seu poder sobre a mulher. É uma fidelidade de outra ordem que se estabelecia, vista como domínio de si, enquanto arte de bem conduzir-se e conduzir seus prazeres.

Por fim, quanto à “Erótica”, cumpria a “arte de se conduzir” com vistas ao bom uso dos prazeres, com o amor, com a conduta recíproca entre dois. Por isso, salienta Foucault, que numa relação comum à época entre um homem e um rapaz, estava em jogo a honra e o objeto do prazer, num duelo psicológico. A oposição entre um homem temperante e senhor de si e aquele que se entregava aos prazeres era muito mais importante, do ponto de vista moral, do que as divergências entre as categorias sexuais, isto é “ter costumes frouxos consistia em não saber resistir nem às mulheres nem aos rapazes, sem que este último caso fosse mais grave do que o outro.” Isso significa dizer que o comportamento homossexual e bissexual era comum, já que amar os rapazes era uma prática livre, não somente pelas leis, mas também pela opinião pública. Através do resgate da *Erótica*, Foucault demonstra que o respeito devido à virilidade do adolescente e ao seu *status* futuro de homem livre, numa percepção do tempo diversa, não se trataria simplesmente para o homem ser senhor de seu prazer; mas, sim, de saber de que maneira se poderia dar à liberdade do outro no domínio

⁶⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité II...*, p. 104-105.

⁶⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité II...*, p. 106.

que se exerce sobre si mesmo e no amor verdadeiro que se tem por ele.⁶⁶⁰ Nesse sentido, para os gregos, no que tange ao regime dos prazeres, havia uma “estética da existência”, em que a história da ética deve ser compreendida como a elaboração de uma forma de relação consigo, capaz de permitir ao indivíduo de se constituir como sujeito de uma conduta moral.

Havia toda uma “estilística da existência”⁶⁶¹, que se afirmava por uma grande quantidade de práticas sexuais predestinadas a garantir uma “arte da existência do cuidado de si”. Por isso, o casamento no período clássico era um ato exclusivamente privado, um negócio entre o pai da moça e o futuro marido, independente dos poderes públicos, destinado somente a assegurar a permanência do *óikos* (casa). Todavia, esse casamento foi sendo paulatinamente tornado público, deixando de ter seu lugar restrito nas instituições familiares, para se tornar uma instituição cívica, com o aparecimento da figura do funcionário ou do padre, para sancionar o ato. Esse é, certamente, o período em que as leis passam a figurar, dar conta do casamento, especialmente a *lex adulteriis*, que marcou o domínio da autoridade pública sobre a instituição matrimonial. Foi com os romanos, portanto, que o casamento perdeu a sua preocupação com o exercício de uma prática moral em casa, para se tornar um ato público. Como visto acima, o casamento era visto juridicamente para os gregos como uma menos simbólico do que foi para a tradição romanista. A questão de si mesmo, a ética do domínio privado, sobre si, sobre a casa e sobre os outros estava dentre os propósitos de uma ascese espiritual para os gregos. O que sempre importava era: como agir de modo a se constituir temperado, sem excessos, e, nessa medida, constituir moralmente o outro.⁶⁶²

Foucault destaca o papel que a medicina exercia para os gregos nessa tentativa de auxiliar o homem a alcançar a excelência de si mesmo (tal como se tem procurado demonstrar nessa tese sobre o fenômeno exercido pelas práticas normativas). Para ele, os prazeres sexuais deveriam ter tanto valorações positivas, como a questão do sêmen e do esperma (substâncias preciosas para a formação da natureza, da vida, da transmissão da vida, etc.), quanto negativas, já que representa a perda da substância vital, pelas doenças, muitas vezes pela responsabilidade de crises epiléticas etc. Os prazeres aparecem, portanto, sob dois grandes cuidados: a violência involuntária da tensão, e o dispêndio indefinido que esgota, o que leva à conclusão de que os atos sexuais deveriam ser submetidos a um

⁶⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité II...**, p. 219.

⁶⁶¹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade III: o cuidado ...**, p. 77.

⁶⁶² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade III: o cuidado ...**, p. 101.

regime extremamente cauteloso. Para tanto, quatro variáveis devem ser observadas no regime dos prazeres: a) o regime dos *ἀφροδισία* (afrodisíacos) na atividade procriadora (visto que há momentos mais favoráveis à procriação que outros); b) a idade dos indivíduos (posto que não se deveriam praticar atos sexuais nem muito cedo e nem quando muito idoso); c) o momento favorável (devendo-se observar que o ato sexual deveria ser melhor realizado no inverno e na primavera, embora houvesse discussões); d) e os temperamentos individuais (já que há naturezas aptas ao coito mais do que outras, por serem mais ou menos quentes e úmidas). Havia, portanto, toda uma atenção dada ao “trabalho da alma”, que sustentava a temperança e procurava conduzir o homem ao “bom uso dos prazeres”, devendo controlar ostensivamente o movimento do desejo, a presença das imagens eróticas e o apego demasiado ao prazer.

Isto fica evidente quando o adultério era visto de outro modo entre os gregos. Ao contrário da era cristã, era visto como uma fraqueza que o homem deveria limitar, tanto mais porque a mulher o tolera por uma concessão e por sua honra, tornando-se uma prática indispensável de ser evitada para o bom regime dos prazeres. Assim, o adultério é condenado, mas não por ferir o outro, nem tampouco, como no período cristão, por ser crime e pecado, mas por não representar o cuidado de si como liberdade, e, conseqüentemente, com o mau uso dos prazeres e da intemperança.

Este “cuidado de si” que Foucault destaca no campo da sexualidade, certamente transborda para todos os campos em que a “norma” assumia um papel de constituir temperança. O exercício de experiências, ligado aos prazeres do sexo, da comida, do vício etc. era, antes, como dito, uma questão normativa, já que coube ao *νόμος* (norma) conduzir o homem a fugir à *ὑβρις* (desmedida) em busca do justo meio.

Embora se possa correr o inevitável risco da generalização, o que se pretende em parte nesta pesquisa (numa das linhas de investigação) é demonstrar como para os gregos o direito e o jurista não podiam ser tão facilmente separados; como a justiça e o ser justo, a ação justa, o homem justo não podiam ser analiticamente desenhados como categorias próprias, mas imbricados uns nos outros. A costura que se verifica, e que faz o direito para os gregos ser visto antes como teoria, como prática, ou mesmo como justiça, é a sua realização como um problema moral. Nessa medida, aos gregos muito mais importava o modo como ocupavam de si mesmos na condução de suas vidas, seja no espaço dos debates públicos, seja mesmo na privação da casa, de seu hábito, do uso diário de seus atos e suas elucubrações, sobretudo no que tange à normatização de suas condutas na atividade

legislativa e no exercício da punição, do que efetivamente pensar o direito através de institutos, modelos, sistemas, códigos. As reflexões morais na Grécia antiga, e não diferentes entre os povos do Lácio (ao menos na formação da prudência no final da República e início do Principado), estavam muito mais orientadas para as “práticas de si” como experiência em direção à realização de suas virtudes, do que propriamente para a positivação das condutas em termos modais.

Não se trata de uma simples possibilidade de correlação entre direito e moral, seja através de uma profunda distinção entre o direito dos homens e o direito divino, seja mesmo na aproximação de uma perspectiva jusnaturalista. O problema da experiência do direito entre os antigos coloca a clássica perplexidade moderna, posteriormente desvendada pela visão hobbesiana, noutros termos, o que certamente também impede uma leitura do ‘normativo’ a partir das variáveis hoje tão difundidas. Esse “cuidado com as normas” praticado pelos gregos, ao menos depois da *στάσις* (crise social do séc. VI a.C.),⁶⁶³ significa o exercício de uma particular experiência com as condutas positivadas, ainda que em termos de *ἄγραφοι νόμοι* (leis não-escritas), diferentemente do que o modelo de Portalis e Cambacerès hão de lançar nos anos que sucedem à revolução jacobina. Trata-se não apenas de uma obediência à lei, ou de uma correlação de mando, como suposição de uma forma de submissão à violência legítima do estado à esteira weberiana, mas uma ocupação com a experiência jurídica em termos de construção de subjetividades, ou melhor, de uma “experiência normativa constitutiva” do homem.

A preocupação com o “bom uso das normas”, a ver-se pela atenção dada pelos cidadãos aos julgamentos públicos, vez que se tratava de assunto geral e fazia parte daquilo que se chamava de *βίος πολιτικός* (vida política), participação política, abria uma vasta quantidade de práticas normativas que faziam aparecer entre os gregos uma “arte da existência do cuidado de si”. Nesses passos é que a consideração com as normas representava uma espécie de “estética jurídica da existência”, não só de si mesmos, mas de todos os cidadãos e até mesmo da construção da *πόλις* (cidade). O direito assumia entre os antigos uma conotação eminentemente materialista, embora muitas vezes marcada pelo ritualismo mitológico e divino. Havia toda uma *ἄσκησις* (ascese) sob diferentes formas na modulação do comportamento normativo, quer dizer, havia exercícios, meditações, provas de pensamentos, exames de consciência, controles de representações, ações individuais, debates públicos, execuções públicas, que passaram a constituir as disciplinas de uma

⁶⁶³ VERNANT, Jean-Pierre. *Les origines de la pensée grecque* ..., p. 58-86.

espécie de ensino normativo, indispensáveis para a direção das almas. Nessa medida, o prero às normas significava justamente o cuidado coletivo, e no mesmo compasso individual, com os desígnios da cidade e de si mesmo, com a sua condição de não estrangeiro, de homem grego, transformando-se numa espécie de exercício moral, do qual cada cidadão grego deveria de algum modo se ocupar. O homem grego era instigado a se reconhecer como sujeito moral de sua conduta normativa, de sua conduta jurídica na πόλις *πόλις* (cidade). “Cuidar das normas” a partir de um conhecimento sobre si próprio e de um controle de suas condutas representava condição da existência do homem grego como cidadão, como experiência de uma vida política, já que esta é a sua condição natural, consagrada pela leitura do ζών πολιτικόν (homem político) aristotélica, e não mera existência em sociedade.⁶⁶⁴ Ser jurista era em parte ser homem grego, ou melhor, condição de sê-lo.

Isto implica concluir, brevemente, que os homens gregos, apesar das exceções, optavam por um método de fazer a vida, de agir e de viver, de modo ponderado, de acordo com as normas, e, logo, de acordo com as virtudes, já que a νόμος (norma), como visto, é o elogio supremo das virtudes. O homem grego buscava sempre um “cuidado de si”, e, nessa medida, um “cuidado com as normas”, um “cuidado normativo”, que o conduzisse a ser honesto,⁶⁶⁵ bom, temperado, virtuoso. Assim, o νόμινον ἔθος (modo de agir e de pensar jurídico), quando curador de si, conduzia a “experiência jurídica” aos seus objetivos essenciais: ἰσονομία (isonomia), εὐδαιμονία (felicidade), ἀσκησις (ascese) e φιλάνθρωπία (humanidade).

3.2. Objetivos gerais: *Εὐδαιμονία e Φιλάνθρωπία*

A plenitude moral, que buscam alcançar os gregos a partir de uma experiência tematizada em práticas normativas, traz às vistas outro conceito muito trabalhado pela literatura e pela jusfilosofia clássica, e que se traduz na idéia de uma suprema εὐδαιμονία

⁶⁶⁴ ARISTÓTELES, *Política*, I, 2, ; ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, I, 5, 1097, b; I, 1169, b. Destaque-se que o ζών πολιτικόν (ser político) em Aristóteles representa a realização do homem como πολίτης (cidadão) à medida que este vive na πόλις (cidade), e não apenas a mera convivência coletiva. Neste aspecto, a tradição dos intérpretes aristotélicos já rechaçou a tradução romana do *animal socialis*, demonstrando ser erro semântico que expandiu o conceito grego, identificando-o ao aspecto social. O social era apenas o viver em bando para o estagirita, à maneira dos animais, o que não importa na construção do *cuidado de si*, mas antes, uma forma de ‘politicidade’, de um viver para além da οἰκία (casa), e, nesse sentido, um viver voltado para a noção de governo e de autogoverno, de dominação e moralidade das condutas, da igualdade e da justiça como fins comuns, etc.

⁶⁶⁵ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 155.

(felicidade). A justa medida, o julgamento moderado, a prudência, a justiça, a equidade nas decisões cotidianas, atrelados a uma *παιδεία* (educação) voltada para as normas, levam o cidadão grego, na dura busca da construção de seu *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) a um peculiar propósito: realizar-se e se conhecer integralmente. A boa condução de sua vida, o bom uso das normas, o cuidado normativo de si como *experiência ascética*, que faz o homem grego se identificar na *πόλις* (cidade), volta-se para a felicidade, fim último da vida humana (ao menos em grande parte da cultura clássica).

Perscrutar pela *εὐδαιμονία* (felicidade) do homem grego, como propósito da própria ‘condição humana’, exige inevitavelmente uma reflexão direcionada para o âmbito normativo, para o lugar da justiça, vez que o *cuidado com as normas* é condição da própria existência do homem no espaço público e no privado, de seu *ζών πολιτικός* (ser político); assim como é necessariamente condição do grego para o alcance de sua realização, de sua felicidade. Eis porque, para os gregos, a igualitária participação de todos no espaço público alçava a um lugar de destaque, pois a *ἰσονομία* (igualdade política – que teria sua origem na equidistância em relação ao fogo nas rodas dos militares e na permissão para falar a todos), e todas as suas variações *ἰσεγορία* (igualdade na liberdade de fala), *ἰσογονία* (igualdade de nascimento), *ἰσοκρατία* (igualdade de poder), *ἰσοτιμία* (igualdade aos cargos públicos) *ὁμοιότητες* (igualdade e comunhão natural, fundada sobre a identidade de estirpe ou de sangue), representam o devido respeito com as normas. Saber fazer uma boa ordem normativa, e saber ser regido por um *ἐννομία* (boa ordem civil), e, nessa medida, saber fugir a quaisquer formas de *ἀνομία* (ausência de norma) ou de *δυσνομία* (norma defeituosa),⁶⁶⁶ era, antes de tudo, saber buscar uma condição de retidão e correição em busca da felicidade.

Jamais será feliz o cidadão que não exercita suas virtudes. Porque a felicidade, embora tenha para Aristóteles uma parcela de dádiva divina, ela é antes o produto de um adestramento, de um aprendizado que se produz pela virtuosa atividade da alma.⁶⁶⁷ Jamais será feliz o cidadão que não se ocupa dos desígnios políticos e normativos da *πόλις* (cidade). É nessa medida que se pode reconhecer a felicidade em parte como resultado de uma ascese jurídica.

Todavia, antes de encontrar a *εὐδαιμονία* como atividade, como resultado da vida virtuosa, de uma vida dirigida aos desígnios públicos e à realização normativa, a partir do

⁶⁶⁶ OSTWALD, Martin. *Nomos and the beginnings of the athenian democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 57-136.

⁶⁶⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, I, 8, 1099, b.

instante em que o ἀγαθόν (bem puro) se identifica com o bem próprio do sujeito, e, assim, constrói-se como o fim da vida moral e não apenas um simples meio, a ver-se pelo fecho encontrado por Aristóteles,⁶⁶⁸ é necessário investigar as primeiras formações sobre a felicidade entre os gregos, a fim de que se perceba a nítida construção política que ela vai assumindo ao longo da democracia, especialmente após as legislações de Sólon (594-593 a.C.) e as reformas de Clístenes (509-508 a.C.).

A primeira vez que os gregos colocaram a reflexão sobre a felicidade como fim da vida honrada, da vida virtuosa não foi com a filosofia, mas com a literatura da *Ilíada* e da *Odisséia*, através do termo ὄλβιος (afortunado). Certamente o signo que o termo grego fechava na epopéia homérica não assumia, de modo algum, qualquer vinculação com a sua dimensão pública ou mesmo política. De fato, por ὄλβος (felicidade), ὄλβιος (afortunado) se tem a compreensão de uma série de elementos vinculados a uma idéia de felicidade material, de prosperidade alcançada pelos homens em razão de dádivas divinas. Restringe-se, desse modo, à propriedade de bens, de uma esposa comportada e econômica, de filhos que lhe garantissem a velhice e a plenitude da vida entre os mortais.⁶⁶⁹ Nesse momento, quando ὄλβιος (afortunado) está também muito próximo de πλοῦτος (riqueza), de posses, a felicidade recai na excelência humana, na figura do herói homérico. Baticles, o herói magnânimo,⁶⁷⁰ longe dos mortais, por sua riqueza, por ter uma deusa como esposa e por comandar o batalhão dos Mirmidões, é o mais ὄλβιος (afortunado) de todos os homens. Os heróis são na terra, ao menos na construção do mito grego, imortais quase-divinos. Por isso na *Odisséia*, o termo ὄλβιος (afortunado) representa um presente dado a esses heróis por Zeus.⁶⁷¹

De outro modo, o desdobramento proporcionado pela reflexão literária vai trazer na poesia épica também um novo plexo de significados para o significante da felicidade. Ora compreende a noção de ausência de tristeza, ora os prazeres do amor, ora a glória da excelência, ora os dons da beleza. Tales chegou até mesmo dizer que o homem feliz seria aquele “que tem corpo são e forte, boa sorte e alma bem formada.”⁶⁷² Em todos os casos, a felicidade pressupõe a compreensão da transitoriedade, já que aos mortais a felicidade é temporária, enquanto para os heróis é estável. Há, então, inevitavelmente uma relação

⁶⁶⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1095, a.

⁶⁶⁹ HOMERO, *Ilíada*, XVI, 596; HOMERO, *Odisséia*, III, 208; IV, 208; VI, 188; XVIII, 19; XVIII, 273; XIV, 206.

⁶⁷⁰ HOMERO, *Ilíada*, XVI, 595-596.; XXIV, 534-537.

⁶⁷¹ HOMERO, *Odisséia*, VII, 148-150.

⁶⁷² LAÉRCIO, Diógenes, *Vidas dos filósofos* ..., I, 1, 37.

constante entre *ὄλβος* (afortunado) e *καιρός* (tempo). Isso se torna claro para Píndaro, para quem a busca do *ὄλβος* (afortunado) depende não apenas da riqueza, mas também da vitória nos jogos olímpicos, capazes de dar ao homem, quase-herói, também a transitoriedade do prestígio, mas a estabilidade da honra.⁶⁷³ Contudo, é com as mudanças provocadas por Sólon, e medidas nas palavras de Hesíodo, que o termo *ὄλβος* (afortunado) começa a assumir a sua profunda relação com *δίκη* (justiça). Para o escritor, Cronida teria dado aos homens a justiça, a melhor de todas as coisas, e com esta, Zeus lhes teria dado a felicidade.⁶⁷⁴

Contudo, é na obra de Heródoto, que o termo *ὄλβος* (afortunado) alcança seu derradeiro sentido subjetivo, naquilo que convencionalmente a doutrina chamou de o *logos de Creso*.⁶⁷⁵ Trata-se de um diálogo entre o ateniense Sólon e Creso, rei da Lídia, sobre qual seria o homem mais virtuoso da Grécia. Para alguns, representa um diálogo imaginário que trabalha os valores que distinguem gregos e bárbaros. A par das diferenças, Heródoto traz no capítulo do livro primeiro a viagem de Sólon à Corte da Lídia, especificamente quando aquele é por este recebido em Sardes, com a exibição dos tesouros do rei. Logo que é recebido, a primeira pergunta de Creso é sobre qual seria o homem mais *ὄλβιος* (afortunado) de todos. Apesar de esperar a resposta de Sólon como se ele fosse, o sábio grego lhe diz que seria Telo de Atenas. Entretanto, insistindo na pergunta, Sólon lhe diz que seriam os irmãos Cléobis e Bítôn. Nesse momento Heródoto já começa a empregar nas palavras do sábio o termo *εὐδαιμονία* (felicidade), embora naturalmente diverso do conceito filosófico. Para Sólon, esses homens seriam exemplos de homens que viveram na justa medida. Certamente esse modo de pensar do ideal democrático ateniense de Sólon irrita ao modo aristocrático do tirano lídico. Para Creso, ser *ὄλβιος* (afortunado) é ter riqueza, pois essa é capaz de lhe dar permanência e estabilidade na vida. Todavia, para Sólon, *ὄλβιος* (afortunado) é o homem que reconhece a justa medida e conhece a medida humana, negando seus atos de excesso. Em ambos está muito presente também a *τύχη* (sorte), que retira do homem o total domínio de sua riqueza material, e lhe demonstra que apenas a prudência e a continência podem lhe garantir ser bem afortunado.⁶⁷⁶ Começa aparecer em Heródoto um conceito de felicidade muito próximo do que os gregos do séc. V vão conhecer.

⁶⁷³ PÍNDARO, *Píticas*, V, 17-18.

⁶⁷⁴ HESÍODO, *Os trabalhos e os dias*, 279-280.

⁶⁷⁵ HERÓDOTO, *Histórias*, I, 30-33.

⁶⁷⁶ HERÓDOTO, *Histórias*, I, 32, 32.

O homem bem afortunado, marcado pelo *ἄπερος* (privação), pressupõe à época de Heródoto, que fuja dos excessos, dos apetites, para bem conseguir *τελευτήσῃ τὸν βίον εὖ* (terminar a vida).⁶⁷⁷ Apenas aquele que conseguir se livrar dos seus desejos e dos seus piores vícios, pretende o sábio, e atingir a imparcialidade de seu espírito, é que não se torna mais submisso às vicissitudes inerentes à condição humana. Quanto mais distante de uma excessiva autoconfiança e cupidez, tal Crespo e Polícrates, mais *ὄλβιος* (afortunado) será o indivíduo. Contudo, ainda no séc. VII, a felicidade tem natureza material e exclusivamente subjetiva, incapaz de alcançar uma dimensão política, além de fortemente marcada por um caráter religioso, já que os homens *ὄλβιος* (afortunado), de um modo ou de outro, tenderiam a uma situação de quase-divindade.

É apenas com as reviravoltas experimentadas pelo modelo de vida dos gregos, que a felicidade começa a ganhar outra dimensão, além de outro termo. Para Sócrates, e mesmo para Platão, o termo *εὐδαιμονία* (felicidade) suscita um novo redimensionamento, e já pressupõe que o homem não apenas vive, mas vive em comunidade, estabelecendo laços de amizade e de necessidade com outros homens. De fato deixa de ser homem e passa a ser cidadão, com toda a plenitude que o termo pode sugerir, como visto anteriormente. Os próprios hábitos do indivíduo se alteram, e o seu sentido no mundo também se modifica. A felicidade, em parte, ainda permanecerá marcada pela continência na busca por riquezas ou na possibilidade de evitar que outros desejos surjam. Há uma proximidade com a idéia de saciedade, tanto vinculada aos apetites, quanto aos desejos. Na verdade, essa idéia não se perderá tão cedo, pois mesmo em Boécio, ela é a fonte de todos os bens.⁶⁷⁸ Todavia, de outro lado, como reflete Platão, a felicidade assume uma dupla dimensão: ela é o bem do indivíduo, enquanto condição humana; e ela é o supremo bem, enquanto condição política dos cidadãos.

A imprudência e a intemperança são para o mundo grego a grande razão da infelicidade. Para Platão, ao contrário do que se falava, a felicidade jamais pode ser fruto dos prazeres, mas o é, sobretudo, produto da virtude. “Os felizes são felizes por possuírem a justiça e a temperança; os infelizes são infelizes por possuírem a maldade”⁶⁷⁹. No Banquete, acrescenta: “Os felizes são aqueles que possuem bondade e beleza” (Lembrando-se que beleza e bondade são também virtudes no quadro platônico).⁶⁸⁰ O

⁶⁷⁷ HERÓDOTO, *Histórias*, I, 32, 35-36.

⁶⁷⁸ BOECIO, *Tratado da filosofia da consolação*, III, 2 e III, 10..

⁶⁷⁹ PLATÃO, *Górgias*, 508, b.

⁶⁸⁰ PLATÃO, *Banquete*, 202, c.

acadêmico usa a figura do tirano para demonstrá-la. Respondendo Trasímaco, Glauco e Adimanto, diz que o tirano é dominado pelo excesso de paixões, pelos apetites selvagens, pelos vícios e pelos instintos eróticos, incapaz de buscar o bem de todos, senão apenas de si mesmo.⁶⁸¹ O homem infeliz não é capaz de bem dirigir a si mesmo, tampouco o será em relação aos outros.⁶⁸² Aristóteles leva a questão da felicidade para o âmbito das relações interpessoais, para o lugar do homem no mundo, e sustenta que o indivíduo incontinente não é capaz de experimentar nenhuma relação de amizade, porque vive “cheio de remorsos”, e, logo, tende a ser infeliz,⁶⁸³ e também não pode viver no espaço público como um verdadeiro ateniense.

Segundo Aristóteles, as pessoas felizes são aquelas que possuem as três espécies de bens, isto é, os bens exteriores, os do corpo e os da alma.⁶⁸⁴ Todos eles, quando bem exercitados, cuidados e transformados numa técnica temperante de si, são capazes de conduzir o homem à felicidade, os exteriores nunca em excesso, os espirituais não importa a abundância. De qualquer modo, sustentam os gregos que a felicidade é dada a cada um de acordo com a sua virtude e sua capacidade de bem agir que possui na vida privada e no espaço público, e, tal a divindade, diz Aristóteles, é bem-aventurada não em razão dos bens exteriores, mas por si mesma, por aquilo que ela é, por natureza.⁶⁸⁵ Somente a atividade perfeita do homem, que curou de seu *ἔθος* (modo de agir) a vida inteira, pode levá-lo à felicidade, ao bem supremo, à razão de sua existência. Agir virtuosamente, temperar os apetites, realizar bons julgamentos dos outros constitui o homem num cidadão feliz. E no final da vida, apenas atingirão o supremo bem, aqueles que assim agirem. O bom julgamento conduz também à felicidade. O soldado Er, que havia morrido em combate e experimentou brevemente as “coisas do além”, no mito platônico, viu as almas narrarem suas experiências, e percebeu que apenas aquelas que seguiram a abertura para o céu, porque caminharam virtuosamente na vida, não estavam sujas e nem cansadas, mas limpas e radiantes, porque experimentaram a justiça e a felicidade.⁶⁸⁶

O jurista, nessa medida, só alcançará a *εὐδαιμονία* (felicidade),⁶⁸⁷ quando se ocupar ao longo de toda a sua vida com o bom desempenho de seu cuidado normativo, quando for

⁶⁸¹ PLATÃO, **República**, IX, 517, a – 592, b.

⁶⁸² PLATÃO, **República**, I, 353, d e segs.

⁶⁸³ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, IX, 4, 1166, b.

⁶⁸⁴ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, I, 1153, b; ARISTÓTELES, **Política**, VII, 1, 1323, a.

⁶⁸⁵ ARISTÓTELES, **Política**, VII, 1, 1323, b.

⁶⁸⁶ PLATÃO, **República**, X, 595, a – 621, d.

⁶⁸⁷ Avançando nesta indagação, cumpre ler Nicola Richer no texto: RICHER, Nicolas. ‘Eunomia’ e ‘Eudaimonia’ à Sparte. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 4, p. 13-38, 2001.

prudente e moderado na imperatividade de suas condutas em relação aos demais cidadãos, quando for imparcial em suas decisões (e a imparcialidade aqui vista não como neutralidade, mas como moderação de seus apetites, de seus desejos, de seus excessos), quando buscar, através da virtuosidade de seu νόμιμον ἔθος (modo de agir normativo), realizar uma experiência jurídica moralmente rígida, numa ascese em busca de sua excelência enquanto homem e enquanto cidadão. A retidão e a austeridade de seus atos, como legislador, magistrado ou mesmo como jurista, naquele amplo conceito de que se falava, pressupõe um cuidado diário, na casa e na praça, com a prática de suas virtudes, para bem julgar os outros e para bem buscar a prática do justo, lançando mão dos costumes e da ἐπιείκεια (equidade) e querendo transformar o seu bem no supremo bem da coletividade. Transformando suas práticas jurídicas numa estética existencial, o jurista grego não apenas se torna virtuoso e atinge a felicidade, mas permite levar a comunidade à sua excelência também. Fugindo de suas cóleras, de seus vícios, tal Filoclêon, e procurando ser justo, équo, amigo, e naturalmente feliz, o jurista abre espaço para se identificar não apenas à sua racional condição humana, mas com a própria noção de φιλανθρωπία (humanidade). É no seio da comunidade, quando o direito se realiza como plenitude moral, mediante uma experiência jurídica ascética realizada por um νομικός (jurista) virtuoso, é que o homem encontra o verdadeiro sentido de humanidade.⁶⁸⁸

Se no início da constituição do jurista grego, sobretudo por força de uma educação voltada para a ἀρετή (virtude), o que se pretende é que o indivíduo, por suas próprias habilidades, pelo seu próprio desenvolvimento, através de um γινῶσι σεαυτόν (conhece-te a ti mesmo) socrático,⁶⁸⁹ desenvolva-se sozinho, cuide de si, seja, enfim, aquele que progrediu αυτοδημιούργητος (solitariamente), no curso de seu tempo, o que pretende a παιδεία (educação) jurídica através de sua permanente formação é fazer com os olhares do jurista saiam de si mesmo, ‘fujam da caverna’ e se ofusquem com a luminosidade do ἔθος (modo de ser) da coletividade. Seu propósito, para que siga os passos de sua condição humana, como quisera Aristóteles, é a imersão nos anseios, nas paixões e nos objetivos da vida pública da πόλις (cidade), com a devida φρονήσις (saber material), com o devido exercício da σοφροσύνη (prudência), e com o profundo cuidado com as normas, mas,

⁶⁸⁸ GLOTZ, Gustave. *La cité grecque* ..., p. 209.

⁶⁸⁹ A escritura dos Sete Sábios no frontispício do Oráculo de Delfos, e que representa a introspecção da alma ou mesmo o convite ao conhecimento das características e do ἔθος (modo de ser) individual, pode ser encontrada em diversas citações gregas. Ver nesse sentido: PLATÃO, *Protágoras*, 343, b.; PLATÃO, *Alcibiades*, I, 124, a – b.; PLATÃO, *Hiparco*, 228, c.; PLATÃO, *Leis*, 11, 923, a.; PLATÃO, *Filebo*, 48, c – d.; Essa mesma construção também influenciará os latinos: CÍCERO, *Tusculanae disputationes*, I, 22, 52; CÍCERO, *Leis*, I, 22, 58; e PLOTINO, *Enéades*, IV, 3, 1, 1; e SÊNECA, *Consolação à Márcia*, 11, 3, etc.

sobretudo, é a assunção e a recepção do grande ‘viver para os outros’, daquilo que os gregos, dentro de um humanismo intrínseco, repousaram seus olhos: a *φιλανθρωπία* (humanidade), e aqui certamente o sentido ático fala mais alto, como generosidade, filantropia, benevolência, caridade, em suma, um cuidado e um amor aos homens.⁶⁹⁰

Glötz fala que o grande orgulho dos gregos em relação aos bárbaros era o sentimento de humanidade, uma espécie de *ἡμερότης* (doçura), que fazia seus espíritos cultos amarem os homens.⁶⁹¹ Essa benignidade levava os cidadãos, tanto quanto os juristas, a serem justos e compassivos, diferentemente do mundo que os rodeava.⁶⁹², seja a misericórdia com os condenados, tanto que muitas vezes substituíam as penas capitais, como vista na *γραφή* (ação pública) anteriormente, por outras formas de punição, por exemplo, o suicídio, seja pela indulgência na aplicação das leis, seja pela sensibilidade no como conduziam suas práticas normativas. De qualquer modo, lançando mão, sobretudo, da *ἐπιείκεια* (equidade), suavizam os juristas gregos a rispidez das normas da *πόλις* (cidade), e, nesses termos, almejam a liberdade e a felicidade de todos os cidadãos a partir da recepção prática e espiritual da fraternidade. Ser, então, um *jurista curador de si* e constituído por um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) virtuoso, abre oportunidade para que, por suas mãos, no mundo clássico, não apenas se realize uma experiência jurídica ascética, mas se consagre toda uma harmonia e uma sensibilidade, toda uma forma de *ἐλεος* (piedade) e de *σὺγγνωμη* (perdão) que o fazia conduzir os homens em direção da humanidade.

⁶⁹⁰ DARBO-PESCHANSKI, Catherine. **Humanidade e justiça na historiografia grega**, V-I a.C.. in *Ética*. Org. Adauto Novaes, São Paulo: Cia das Letra, 1992, p. 47.

⁶⁹¹ GLOTZ, Gustave. **La cité grecque** ..., p. 210.

⁶⁹² EURÍPEDES, **Electra**, 294 e segs.

C – PROPOSIÇÕES: Por um “direito constitutivo”

CAPÍTULO I – Síntese para a construção de um “direito constitutivo”

1. A *Νομοφιλοσοφία* como *Εὐταξία Νόμιμη* e a singularidade da jusexperiência greco-clássica

As hipóteses inicialmente levantadas, que circundam o tema desta pesquisa em torno de sua validade, legitimidade, e limitação, procuraram veicular outra, de natureza prospectiva, revelada sob o signo possível de um “direito constitutivo”. Se há um campo de investigação já um tanto desenvolvido sobre o “direito grego” (conquanto incipiente no Brasil), e percebidas as formas de pensar e de viver em relação às *νόμοι* (normas) no mundo clássico, convém retornar, de modo mais elaborado, àquela hipótese esboçada: é possível pensar um “direito constitutivo” a partir da *νομοφιλοσοφία* (filosofia do direito, ou melhor, filosofia normativa, filosofia do normativo) grega? De onde se deve partir? Quais os vetores de raciocínio a serem desenvolvidos na tríade do saber jurídico moderno entre analítica, hermenêutica e decisão? Quais os efeitos de um “nomopensar constitutivo”? Quais as suas diferenças ou aproximações em relação a outras formas da jusfilosofia contemporânea? Enfim, o que se pode tentar construir a partir dessa noção, enraizada no mundo clássico, de um “direito constitutivo”?

As possíveis respostas, sobre as quais se debruça este último capítulo, pressupõem, antes de tudo, definir o que se entende pela *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) – preferível, por coerência, à “jusfilosofia” –, qual o seu papel e o seu sentido diante do saber jurídico e da realidade, e de que modo pode ela contribuir para a consecução deste “direito constitutivo”. A redefinição ou a reconfiguração da “filosofia do direito” é base indispensável para se entender como o “direito constitutivo” e toda espécie de saberes e práticas dele oriundos conduzem a uma experiência normativa essencialmente constitutiva. Partindo-se da linha metodológica outrora argumentada de um “pensamento do exterior”, de uma “experiência limite”, de “práticas e vontade de poder”, e, inevitavelmente, de “transgressão”, há que se delimitar o que se entende por *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) a partir dos gregos, a sua particularidade, e de que maneira talvez seja possível pensar diferentemente o direito e sua pragmática a partir dela.

Para tanto, procurando distanciá-la da filosofia do direito ou da jusfilosofia legada da recepção romana medieval, há que se refletir a *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) a partir de três vetores fundamentais: i) um eixo autocognitivo – voltado ao engajamento ético do jurista; ii) um eixo pedagógico – voltado ao exercício ético da filosofia normativa; iii) um eixo restritivo – voltado à contenção do jurista na sua atividade interpretativa e cognitiva.

Num primeiro eixo, a questão socrática e pindárica do conhecer a si mesmo e do tornar-se o que se é, traduz exatamente o que se poderia recortar nos gregos para uma definição da filosofia do direito como *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo). Sem embargo o esquecimento corriqueiro, a *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) pressupõe um engajamento na existência concreta, pois é justamente a sua imbricação que produz a sua robustez original e produtiva. É condição de sua legitimidade como saber humano, que seja capaz de reconstituir a relação dos homens com o mundo, e, por conseguinte, entre eles mesmos. Desse modo, com substrato em Hadot (que assim reflete para a “filosofia”), a *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) não é um saber abstrato, desvinculado da experiência material, na redundância do termo, mas um exercício efetivo, vivido, concreto, um modo de exercer o pensamento de maneira real no dia-a-dia.⁶⁹³ Não é simples *λόγος* (saber) sobre o fenômeno normativo e sobre o ordenamento jurídico, ou sobre as suas variáveis de legitimidade, eficácia e validade, mas uma forma mesma de “experiência pessoal diante do normativo”. Tem antes um cunho subjetivo que propriamente racional.

Por isso, a *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) é um modo de pensar sobre o homem diante do normativo e sobre o modo como ele mesmo se “constitui” a partir do fenômeno jurídico, tendo em vista o conceito ampliado de jurista elaborado pelos gregos. Ela é uma forma de *εὐταξία νόμιμη* (disciplina normativa), em que o indivíduo, que dela se serve, passa a desenrolar um triplo sentido, de ser um “discípulo” orientado pelos filósofos do direito antepassados, de ser um “condutor” de sua própria existência como filósofo do direito, e de ser, sobremaneira, o “constituente” de si mesmo como destinatário existencial do fenômeno normativo. Essa trindade, da qual se apropria o pensamento “nomofilosófico”, é, portanto, uma forma de “disciplina normativa de si mesmo”, de

⁶⁹³ HADOT, Pierre. **La philosophie comme manière de vivre**. Paris: Albin Michel, 2001, p. 153. “La philosophie, c’était l’exercice effectif, concret, vécu, la pratique de la logique, de l’éthique et de la physique. La vraie logique, ce n’est pas la théorie pure de la logique, mais la logique vécue, l’acte de penser d’une manière correcte, d’exercer sa pensée d’une manière correcte dans la vie de tous les jours” [trad. do autor: “A filosofia era o exercício efetivo, concreto, vivido, a prática da lógica, da ética e da física. A verdadeira lógica não é a teoria pura da lógica, mas a lógica vivida, o ato de pensar de uma maneira concreta, de exercer o seu pensamento de uma maneira correta na vida de todo dia.”]

transformação pessoal e de aperfeiçoamento do seu sujeito. Nesse sentido, a νομοφιλοσοφία (filosofia do normativo) é necessariamente concreta, à medida que empurra o ser e o seu pensar sobre o mundo, e cuja transgressão, pressupõe o exercício dessa “disciplina de si”. Eis porque o “pensar nomofilosoficamente” é um devir de si mesmo, já que não se existe, como visto entre os gregos, se não no ambiente normativo. Porém, o que se pode compreender por “si mesmo”, que é exposto e constituído pela εὐταξία νόμῳ (disciplina normativa)?

Inúmeros filósofos se preocuparam com o tema, Michel Foucault, Bataille, Blanchot, os próprios estoicos, Hadot etc., e o fizeram sob alguns signos: “experiência interior”, “práticas de si”, “hermenêutica do sujeito”, entre outros, sempre com vistas a compreender a filosofia como “modo de vida” e não simples teoria sobre a realidade. Logo, deles se valendo, e logrando pensar normativamente o mundo como o fizeram os gregos, é possível reconfigurar filosofia do direito como uma νομοφιλοσοφία (filosofia do normativo) como uma reflexão sobre o normativo, naquele sentido amplo grego de νόμος (norma) um “modo normativo de vida”, uma “prática existencial a partir da experiência normativa” que o indivíduo vivencia no seu cotidiano.

Não se pode confundir, naturalmente, esse modo de se definir a filosofia do direito com a própria teoria do direito ou a ciência jurídica, já que seu papel, embora não seja apenas especulativo, por força de sua imbricação material, tampouco se reduz, tal a dogmática, ao campo da prescrição normativa. É uma forma de reflexão, que produz um exercício do saber em direção ao mundo, e não simples explicação ou abstração sobre os fenômenos jurídicos, nem tampouco um saber exegético voltado à normatização de condutas. Aproximando-se da busca de um “si mesmo”, a νομοφιλοσοφία (filosofia do normativo) representa uma exteriorização constitutiva do ser humano no mundo, e, nessa medida, a busca por *soi même* (si mesmo), tão caro a Foucault⁶⁹⁴, à medida que seria uma maneira de se retormar o oráculo delfiano do γνῶθι σ'αυτόν (conhece-te a ti mesmo).⁶⁹⁵

Num eixo pedagógico, é preciso visualizar na νομοφιλοσοφία (filosofia do normativo) esse caráter de autoconhecimento, mas antes, de imbricação ética no mundo, pois só assim é possível fugir à leitura contemporânea que se tem da filosofia do direito ou

⁶⁹⁴ Inobstante a crítica feita por Hadot a Foucault e sua utilização do termo “*pratique de soi*” (prática de si), por acreditar que não é o “*soi*” (si) que se pratica ou se escreve, mas a prática de exercícios para transformar e influenciar o “*moi*” (eu), na sua qualidade ativa, certamente interessante, porém, não retira a noção importante de constituição subjetiva que importa para a reflexão jusfilosófica.

HADOT, Pierre. **La philosophie comme ...**, p. 151-153.

⁶⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **L’herméneutique du sujet**. Paris: Gallimard, 2001, p. 51-60.

da jusfilosofia legada da recepção romana medieval. Cumpre ver a *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) a partir de seu postulado de “experiência exterior” de que se falou no início deste trabalho, ou seja, de exercício cognitivo original e arrebatador, e, neste traço, descobrir em seu conteúdo uma forma de “direito erotizado”, de redescoberta ou ruptura de saberes que leva ao impensado e ao mesmo tempo exige um saber responsável. O Banquete deixa uma pista interessante, que permite unir uma leitura entre “direito e amor” (longe de uma pieguice ou de um), tal como se verá no último capítulo.

Num eixo de restritivo, há que se ver a na *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) uma forma de exercício cognitivo do filósofo do direito a partir de sua própria capacidade de moderação, de sensatez, de limitação responsável de sua interpretação. É uma necessidade de pensar-la com vista a um “direito constitutivo”, e, nessa medida, de uma forma de austeridade do saber, de uma *εὐταξία νόμιμη* (disciplina normativa), um exercício intelectual e estético do saber jurídico e do homem. Se Foucault mostra que havia toda uma disciplina dos prazeres e do sexo⁶⁹⁶, certamente havia entre os gregos, porque educados para norma, também uma disciplina do normativo, do conter excessos e buscar o equilíbrio.

Nessa perspectiva, enfim, a experiência filosófica do direito para os gregos, ao contrário do mundo contemporâneo, ganha foros de *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo) à medida que impulsiona o seu intérprete ao exercício ético de si mesmo, e, conseqüentemente, prepara-o para um “agir constitutivo” de virtudes no plano material. Não é mero saber abstrato, mas *φρόνεσις* (saber prático) que se volta a constituir virtudes no Outro. Não seria possível pensar numa experiência normativa vista como “direito constitutivo” se a sua própria reflexão, operada por essência pela filosofia do direito, ao menos no que lhe cabe na divisão dos saberes, também não fosse vista de outro modo. O pensar sobre o “direito constitutivo” não prescinde de uma carga reflexiva ainda com outro sentido.

Deixam os gregos aqui uma reflexão importante: é necessário redefinir o pensar jusfilosófico a partir deste modo de pensar como “experiência interior”, de arrebatamento. Só assim, qualquer reflexão que se empreenda sobre os institutos jurídicos e os movimentos normativos em busca de seu caráter constitutivo é que poderia alçar outro plano epistemológico. A percepção e a interiorização do Outro na filosofia do direito, tal faz a alteridade de Levinas e Dussel em outro contexto, pressupõe mudar a estrutura cognitiva desta em direção a uma filosofia que reflita o fenômeno normativo à imagem dos

⁶⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Les techniques de soi**. (trad. F. Durant-Bogaert) Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 783-812.

gregos, logo, em direção ao que aqui se supõe uma *νομοφιλοσοφία* (filosofia do normativo).

2. O “direito constitutivo” e sua premissa: *Δικαστηκή Άσκηση*

Estabelecidas as hipóteses fundamentais que sustentam este ensaio, as quais podem ser reunidas sob o signo da *jusexperiência* grega em torno dos séculos VI e IV a.C., bem como explicitados o modo, a forma e os raciocínios que demonstram um modo peculiar de experiência jurídica, pode-ser partir, doravante, em busca da construção de um espaço jurídico essencialmente constitutivo no mundo contemporâneo, capaz de, possivelmente, sustentar um modo diverso de pensar o papel do direito e das figuras jurídicas subjetivas.

Os gregos se preocupavam, como visto, de maneira cotidiana e geral (o que não significa, naturalmente, que todos o perseguissem, a ver-se pelos excessos de personagens e processos nos tribunais)⁶⁹⁷ com o modo de conduzir-se e refletir o seu espaço de vida público e de relações privadas. Com isso, uma linha de raciocínio possível de ser neles evidenciada, como se tentou demonstrar, foi o modo como a “constitutividade” das práticas e dos saberes era essencialmente necessária, e não por simples decorrência utilitarista. Não haveria sentido em educar-se, em cuidar de si, e por certo, cuidar da *πόλις* (cidade) se não o fosse para “constituir-se” como cidadão grego. Qualquer forma de manifestação cultural, fosse a pintura, o teatro, a filosofia, fosse mesmo a “experiência jurídica” não tinham outra fundamentação ontológica senão o papel “constitutivo” do homem grego.

Partindo desse ponto, é consequência para os gregos, que a “experiência jurídica”, como tanto destacada, tinha por excelência também um papel constitutivo, daí porque o seu modelo talvez levante para os dias de hoje um modo de pensar singular sobre a racionalidade do direito, diverso do que se sustenta usualmente na *jusfilosofia*, igualmente “constitutivo”. O grego clássico, tanto quanto o moderno, têm, dentre outros vocábulos (*συνιστώ* – constituir que vem de *σύνταγμα*, constituição, no sentido estrutural; *οργανώνω* – constituir fisicamente o organismo; *συγκροτώ.ιδρύω* etc.) o verbo *αποτελώ*, que significa constituir no sentido de constituição pública, política (não estatal), e ao mesmo tempo

⁶⁹⁷ MACDOWELL, Douglas. *The law in classical Athens...*, p. 132. “Athenians thought honour and reputation important, but that does not mean that they ignored opportunities for material profits.” [trad. do autor: “Os atenienses acreditavam que a honra e a reputação eram importantes, mas isto não significa que eles ignoravam oportunidades para obter vantagens materiais.”]

subjetiva, como quisera o programa da *παιδεία* (educação, aqui, para a civilização). Nesse sentido, *δικαστική ἄσκηση* (ascese jurídica), como a excelência da “experiência jurídica” grega, tem por fundamento o “constituir”, que não representa *κατασκευάζω* (“construir”). Isto porque o construir tem cunho físico, material, e não virtuoso. A ver-se pela sinonímia em *οικοδομῶ δτιζῶ* (“construir” casas). Para os antigos, construir significa edificar a cidade, arquitetar, erguer de maneira lógica, substancial, voltada ao bem prático, ao bem público, mas sem fundamento moral, aquele *labor* que se falou outrora. Por isso não se há de falar em “direito construtivo” no mundo clássico, tampouco numa recuperação contemporânea.

De igual modo, não se pode compreender a “experiência jurídica” como outra sinonímia: *εγκαθιστῶ* (estabelecer, instalar) ou reflexivamente *εγκαθίσταμαι* (estabelecer-se), porque, do mesmo modo, há forte evidência filológica que a base estaria em *ιδρύω* (um fazer de “fundação”, de base predial). Com isso, falar num “direito à fundamentação”, em parte o que se sustenta no atual pensamento de vanguarda germânica de “Reiner Forst”⁶⁹⁸, como visto, herdeiro do *Institut für Sozialforschung*, conquanto guarde indiscutível validade e aproximações à constitutividade, foge à leitura de um “direito constitutivo”, porque estaria aí também atrelado a um conteúdo pragmático material, como princípio universal de mediação.

A leitura de Forst, hoje tão festejada no pensamento jusfilosófico alemão, a ver-se por sua leitura no campo internacional, acaba restringindo, por exemplo, a expressão “tolerância” como um conflito equilibrado entre as normas morais universalmente aceitas e as visões éticas particulares do mundo”, o que revela um inevitável sentido utilitário, e, embora coloque o problema do “constitutivo individual”, desloca a sua fundamentação simplesmente para o campo do “respeito”. Embora extraordinariamente vivo, foge em parte do que aqui se propõe, haja vista que o “respeito”, não era o motor essencial das reflexões clássicas, porque ele, por si só, era visto como “eficiente” sob o ponto de vista social, mas sem fundamentação moral própria. Daí, talvez, porque a idéia de “tolerância”, hoje discutida por inúmeros autores, inclusive por Forst, seja uma saída para os problemas de ordem internacional, mas não parece ser o ideal, se a reflexão caminhar para a idéia de um “direito constitutivo”, como aqui se pretende. “Tolerar” é suportar, consentir, agüentar, e, isto, em nada cumpre o propósito de um agir virtuoso. “Tolerar” poder guardar um conteúdo cristão, mas certamente grego não o guarda. O grego antigo não conhecia uma

⁶⁹⁸ FORST, Rainer. **Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit**. Main: Suhrkamp Verlag, 2007.

palavra com este sentido, não à toa naturalmente. Tampouco Aristóteles, ao mencionar tantas virtudes éticas quanto dianoéticas, procurou elencar, dentre elas, a tolerância. Conquanto alguns autores procurem sustentar que ela estaria inserida no conceito de “justo meio”, parece ser um ser, de algum modo, uma leitura que elastece o sentido para além do que a episteme grega parece deixar concluir. “Tolerar” está mais próximo da era romana, eis porque um radical latino.⁶⁹⁹

Há que se compreender o verbo *αποτελῶ* (constituir), como de sua herança micênica, derivada de *απο* (preposicional, dentre outros, “desde”, “com”, “de”) e *τέλος* (executar, cumprir, celebrar, acabar), sem forma reflexiva. *Αποτελῶ* (constituir) representa, assim, um “executar desde”, “cumprir com”, de modo que só se “constitui” efetivamente aquilo com o qual desde a origem “se exerce”, aquilo que desde a sua própria essência se “cumpre”, enfim, aquilo com o qual “se celebra”. Falar em “constitutividade”, na conveniência do termo clássico, e não em constituição, importa referenciar um sentido de “pacto subjetivo”, em que só se constitui se houver o sentido de afirmação de virtudes, de celebração consigo mesmo e com os outros. Razão decorre, que este *τέλος* (executar, cumprir, celebrar, acabar) não é *τέλος* (fim), porque outro sentido teria, marginalmente utilitarista, mas verbo transitivo, cujo complemento, dada a defectividade e a ausência do reflexivo, está em si mesmo. Trata-se de um *αποτελῶ* (constituir), como “cumprir com”, e aí o conteúdo moral se avizinha, porque, não sendo função exclusiva o seu caráter material, a celebração pressupõe a exposição de si mesmo, com vistas aos outros. Não é constituição física, orgânica, nem tampouco fundamentação, porque original apenas, mas no sentido que guarda dentro da *ἐπιστημὴ* (no pensamento foucaultiano, outrora relido, como a conformação do saber e das práticas de uma dada época) grega antiga, ou seja, como prática moral que se exerce, que se “executa” a todo instante, pois não há virtude que seja eterna na linha aristotélica.

O que há é um “exercício” constitutivo em busca da excelência moral, eis porque, uma das premissas do “direito constitutivo” é a *ἄσκησις* (ascese). Quando se propõe a reflexão a partir dos gregos de um “direito constitutivo”, o que se tem em tese é uma “experiência jurídica”, gravada pela *ἐπιστημὴ* (naquele supra sentido) contemporânea, de saberes e práticas de “constituição de virtudes”, e, logo, de “personalidades austeras”, a partir de uma dada racionalidade jurídica ascética.

⁶⁹⁹ CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2007, p. 774.

Nesse sentido, pode-se conceber o “direito constitutivo” como um *αποτελῶ* (constituir), um “cumprir com”, um “executar desde”, em suma, um conjunto de exercícios normativos e pragmáticos encetados pelas personalidades jurídicas, mas experimentados por todos, numa acepção ampla de “jurista” (na tradição da semântica grega), cujo propósito seja sempre, e jamais de modo contrário, um modo de racionalizar as vivências cotidianas, e de, ostensivamente, “constituir a si mesmo para constituir aos outros” eticamente.

Esse traço constitutivo do direito grego, sintetizando o que foi exposto acima em termos dogmático, fica evidente se forem lembrados alguns dos institutos que lá havia, e demonstram uma preocupação especial com a idéia de *νόμος* (norma) com uma “função corretiva e pedagógica”, um “instrumento de educação para a virtude”.⁷⁰⁰ Em sendo uma racionalidade voltada a virtudes, a pensar pela opinião mais justa, a questionar e intepelar o outro de modo ético nos tribunais e na *ἀγορά* (praça), não faltaram exemplos dessa construção ascética.

No campo material da experiência jurídica, são fartos os exemplos colhidos das leis e dos discursos gregos, que permitem uma costura em prol desta possível característica constitutiva (o que não significa, naturalmente, que o bem seja de todo modo alcançado, porém o caráter constitutivo se revela): a) a existência do ilícito da *ῥβρις* (destemperança), vista como um comportamento injurioso (que na época homérica, reduzia-se em contrariar as divindades), mostra a necessidade de se evitar os excessos no plano social; b) a própria idéia de crime visto como algo que ofende toda a sociedade e não apenas o indivíduo lesado;⁷⁰¹ c) a existência de uma norma que proibia a preguiça, visto que o preguiçoso não traz um problema apenas para si próprio, mas desrespeita os demais porque causa incômodo pela sua indolência;⁷⁰² d) a existência de uma divisão entre voluntariedade e involuntariedade dos atos, à medida que esta permitia excludentes baseada na idéia de que o que há de mais grave é o ilícito desejado e planejado (vez que demonstra o total desprezo pelos outros na *πόλις* – cidade; e) a possibilidade de qualquer pessoa, por meio de uma *ἀπαγογή* (exceção), poder entrar o curso da ação nos crimes sexuais, e, desta maneira, buscar a reestruturação da sociedade; f) a existência de punição não para a prostituta, mas para aquele que buscava a prostituição; g) a noção de *συνάλλαγμα* (contrato), ser diversa dos romanos, porque baseada na reciprocidade, no equilíbrio e na amizade jurídica; g) a

⁷⁰⁰ STOLFI, Emanuele. **Introduzione allo studio** ..., p. 138.

⁷⁰¹ MACDOWELL, Dougals. **The law in classical Athens**..., p. 130.

⁷⁰² MACDOWELL, Dougals. **The law in classical Athens**..., p. 155.

previsão da pena de *ἀτιμία* (desonra) para diversos casos, mostrando que o que haveria de pior, além – talvez – da morte, era ser desonrado publicamente etc.

No campo processual da experiência jurídica, também abundam exemplos nas páginas anteriores que recolhem este traço constitutivo do direito: a) a obrigatoriedade dos juízes fazerem no início de suas atividades um juramento de julgar segundo a lei a opinião mais justa, o que demonstra a preocupação social com a responsabilidade diária do juiz assim como as partes na *ἀντωνομασία* (juramento); b) a *δοκιμασία* (exame) feita com os magistrados, sobre sua origem, seus bens, seus objetivos, sua profissão, a fim de averiguar a capacidade do indivíduo vir a julgar o outro; c) a existência de ampla legitimidade para a *γραφή* (ação pública), que permitia com que qualquer cidadão pudesse processar alguém no tribunal, sempre que entendesse que a sua conduta fosse contrária a cidade; d) a existência de meios processuais para poder se opor ao juiz juiz quando ele abusava da autoridade como a *ἀποχειροτονία* (deposição do cargo) *εἰσαγγελία* (ação pública de responsabilização) e a *εὐθυνα* (investigação do magistrado)⁷⁰³; e) a necessidade do julgamento de uma causa se dar publicamente, na frente das pessoas, para que não fosse nulo, o que demonstra a preocupação com a legitimidade e o alcance normativo e ético das decisões;⁷⁰⁴ f) a previsão de uma pena para aquele que fazia mal uso do processo, inclusive para o juiz, se não o conduzisse adequadamente etc.

Em suma, de tudo o que foi observado, ponderado e julgado nas fontes do direito ático, sobretudo, mas de um modo geral do direito grego diante de uma mesma episteme, é possível – ao menos aqui se propõe enquanto suposição de tese – que havia na experiência jurídica greco-clássica uma forma de sentir e de pensar o fenômeno normativo com vistas a educar os homens e a construir virtudes (um modal constitutivo e de alteridade da norma). Tratava-se de uma forma absolutamente diversa de discutir o fenômeno jurídico, e, nesse sentido, experiência do fora, do que se ousou construir no mundo contemporâneo. Uma vivência essencialmente moral.

Os gregos, como visto, não cumpriam as normas (não ao menos de um modo geral, porque naturalmente a diversidade humana impede de colocar este paradigma como uma verdade absoluta), porque eram obrigados ou por medo da repressão, mas sim, em sendo uma cultura de *αἰδώς* (vergonha), há pouco trabalhada, pelo receio da desonra, e pelo receio de não cumprirem o seu papel no caminho da realização pessoal das virtudes e do Outro. Muito embora a *ατιμή* (perda da civilidade) fosse uma pena, sua base era antes a

⁷⁰³ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 169-174.

⁷⁰⁴ MACDOWELL, Dougals. *The law in classical Athens...*, p. 211.

vergonha herdeira da desonra do “pré-direito grego”, como visto com Cantarella. O medo da destruição da *πόλις* (cidade). Essa percepção implica dizer que, a base do comportamento do cidadão grego não era o preceito secundário da norma, tal como o mundo contemporâneo experimenta, à medida que as pessoas, quando não optam pelo comportamento errado porque acreditam que a punição não existirá, dadas as falhas sistêmicas e as corrupções em diversos níveis, fazem-no porque “temem a sanção”. A base, sim, era o preceito primário, a conduta hipotética e culturalmente válida.

Em suma, essa reflexão implica reconhecer que, para pensar um direito que constitua virtudes, e, nessa medida valorize a percepção do outro como elemento moral, convém que este paradigma constutivista seja sustentado em quatro pilares: um adequado senso de agir publicamente de acordo com as normas - *νομιμὸν ἔθος* (modo de agir normativo); uma forma de refletir e de agir destinado à valorização do homem em sua condição existencial digna – *φιλανθρωπία* (humanidade); uma forma de experimentar o fenômeno normativo com vistas à perfeição moral – *ἄσκησις* (ascese); e, por fim, um saber jurídico que se empreenda enquanto sabedoria material – *φρονήσις* (saber material).

CAPÍTULO II – Gnoseologia de um “direito constitutivo”

1. As bases cognitivas do direito constitutivo: *Σοφία e Ἐλευτερία*

A historiadora do direito e Professora Ordinária de Milão, Eva Cantarella, que encabeça hoje as reflexões sobre o direito grego, seja naquela *Gesellschaft* de que se mencionou, seja na própria cátedra da disciplina na Universidade, seja ainda, naquela revista também comentada *Dike*, procurando demonstrar o modo como os gregos construíram o conceito de “vergonha”, opõe-na radicalmente ao conceito de “culpa”, e assim deixa esboçar que haveria no direito grego um conteúdo impositivo-positivo, e não impositivo-negativo.

Embora não tenha dito com esses termos, “direito constitutivo”, Eva Cantarella afirma que o direito grego envolvia a proposição de um “modelo positivo de comportamento”,⁷⁰⁵ e o faz remetendo ao que alguns sociólogos e antropólogos norte-americanos, como Ruth Benedict, Erich Dodds e mais recentemente H. Lloyd Jones (aqui retomados pela visão de Cantarella)⁷⁰⁶, chamam de “cultura de vergonha”.

Para eles, algumas culturas colocariam o respeito às regras a partir de uma imposição de proibições, de modo a constituir uma “cultura de culpa” (*guilt culture*), em que o sujeito que opta por um comportamento proibido se sente oprimido por um senso que envolve uma pluralidade de sentimentos: remorso, culpa, angústia, sofrimento, inquietação. Este sentimento se opera em sentido radicalmente oposto àqueles que, na cultura da culpa, sentem-se apenas equivocados pelo erro.

Esta idéia fica clara no fato dos heróis homéricos, normalmente, atribuírem as suas ações eventualmente reprovadas a forças externas, como a divindade ou a própria *μοῖρα* (destino). À medida que transferem a responsabilidade de seus fracassos e de seus sucessos à forças que lhe são superiores, conseguem demonstrar que seus comportamentos inadequados não lhe são seus, evitando, então, a *αἰδώς* (vergonha). O homem homérico, tal Aquiles, Menelau, Agamenon, Ulisses etc. deveria ser virtuoso, e, neste ponto, corajoso,

⁷⁰⁵ CANTARELLA, Eva. **Diritto greco...**, p. 25 a 28.

⁷⁰⁶ Eva Cantarella remete aos seguintes textos (os quais não foram nesta pesquisa analisados): BENEDICT, Ruth. **The crysantemun and the sword**. Boston: 1946; DODDS, Erich. **The greeks and the irrational**. Berkeley: Berkeley University Press, 1951; JONES, H. Lloyd. **The justice of Zeus**. Berkeley: Berkeley University Press, 1971.

belo e robusto, enquanto a mulher, uma esposa submissa e fiel, tal Penélope. Não sendo de algum modo, em suas práticas, exercitadores dessas virtudes, *αἰδώς* (vergonha) lhe assumiam o espírito.

Isto implica afirmar que na “cultura de vergonha” a proibição não é, por excelência, o fundamento da norma negativa. A sanção era um segundo plano, e, decorria muito mais da vergonha do que da ofensa ao padrão normativo (o que para Cantarella teria muito mais um caráter não-jurídico que jurídico). A sanção aqui é vista num duplo aspecto: psicológico (interno) e social (externo). Uma vez que se envergonhavam, e o verbo usado por Homero era *αἰδέομαι* (envergonhar-se), sentiam a inadequação de sua conduta ao mesmo tempo que o medo da reprovação social de sua honra.⁷⁰⁷ Nesse espectro, a *δήμων φήμις* (voz popular) assume papel central, seja para enaltecer a sabedoria, a coragem, a astúcia das pessoas, sejam enfim, para sancionar os erros e os *κακοετής* (maus comportamentos).

É esta voz popular que constrói a *ἐλεγχείη* (vergonha externa) sobre os covardes, os que fogem à guerra, os fracos, e, que, ao lado da *αἰδώς* (vergonha interna), assume uma evidente “função prescritiva e positiva”. Muito embora esta leitura se dê nos tempos homéricos, sem dúvida, segundo Cantarella, apresenta-se na raiz da sanção jurídica no período democrático da *ἀτιμία* (perda da honra). Esta noção de vergonha é introjetada na sanção do *νόμος* (norma), à medida que se funda numa imposição da privação de uma virtude para o já cidadão grego, em especial, de sua *τιμή* (honra). Uma vez apenado pela *ἀτιμία* (perda da honra), o homem grego passava a ser exposto e vivia na infâmia, como se verá adiante, de modo que o seu objetivo era antes a “vergonha” do que eventual função preventiva, neutralizadora, retributiva etc.

Deste modo, havendo uma relação e uma robusta raiz da “vergonha” no direito grego, mesmo no período clássico objeto de investigação, fica mais claro perceber que seria possível, e aqui o campo naturalmente é de suposição de tese, a existência de um “direito constitutivo”, ou, ao menos, uma “experiência jurídica ascética” de conformação de virtudes, que se pode extrair de grande parte dos institutos gregos, quanto das leituras filosóficas clássicas.

Em sendo uma sociedade de vergonha, de preocupação com o impacto de suas condutas na percepção do Outro, fica talvez claro o porquê da educação normativa se

⁷⁰⁷ Essa idéia fica clara quando Ettore, percebendo que não conduziria os troianos à vitória, a sua primeira preocupação era a vergonha da pátria, antes mesmo que da família ou de sua própria vida. O conteúdo público desta percepção é muito forte para se reconhecer o quando o exercício das virtudes era fundamental para os gregos. HOMERO, *Ilíada*, 22, 104-107.

delongar tanto com a idéia de virtude e ascese. A *παιδεία* (educação) jurídica, procurando constituir no cidadão a excelência de um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo) através do cuidado com as normas e da realização de uma *experiência jurídica ascética*, abre uma reflexão necessária sobre a particularidade como os gregos trabalhavam a idéia de comunidade e de humanidade. Estabelecida a educação para a formação individual, e se atentando às evoluções propostas por Platão, mas já iniciadas pelos sofistas, de uma educação para a *πόλις* (cidade), a noção de amizade nas relações privadas, bem como na *ἀγορά* (praça), traz à tona a idéia de que o homem é um animal político e de que ela é o grande elo entre os indivíduos na sociedade. Aristóteles empreende, nessa perspectiva, a construção de que os indivíduos só podem viver de maneira justa e prudente na sociedade se assumirem sua natural condição, de que nascem predispostos ao cultivo da *φιλία* (amizade).⁷⁰⁸ E do mesmo modo, se desejam cuidar permanente de si em busca de suas virtudes, devem igualmente se dedicar à conquista da amizade, pois, como diria Foucault, “todo homem que tem realmente cuidado de si deve fazer amigos.”⁷⁰⁹

Na clássica distinção proposta no início da *História dos Animais*, Aristóteles procura classificar os animais conforme sua maneira de agir e de viver. Sustenta que alguns vivem isolados, *μονάδικη* (solitários), enquanto outros em *αγελαία* (grupo).⁷¹⁰ Assim, os homens se enquadram nesse segundo grupo, porque vivem e atuam conjuntamente em torno de um fim único, seja de maneira dispersa, anárquica, seja sob a direção de um dirigente. Contudo, os homens vão, para a *Política* aristotélica, muito além das abelhas,⁷¹¹ por exemplo, porque possuem um *λόγος* (saber), uma linguagem e são capazes de exprimir seus sentimentos e suas imagens por esse discurso e não apenas pela *φῶνῆ* (voz). Os homens exprimem conscientemente o que lhes é útil ou inútil e percebem da mesma maneira a profunda distinção que existe entre o bem e o mal, entre o justo e o injusto, base da vida em comunidade, da política, e essência da ética. É no entrelaçamento entre o cuidado com os costumes e com a constituição da sociedade, que o homem se constrói cidadão e faz sua natureza política falar alto.⁷¹² Todavia, Aristóteles reconhece que nem todos os indivíduos vivem para *πόλις* (cidade), pois alguns são por natureza apolíticos.⁷¹³ Há os que vivem da guerra e são por excelência a-sociais, outros vivem

⁷⁰⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 1155, a.

⁷⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *L’herméneutique du sujet* ..., p. 187.

⁷¹⁰ ARISTÓTELES, *História dos animais*, I, 1; 487, b – 488, a.

⁷¹¹ ARISTÓTELES, *Política*, I, 2, 1353, a.

⁷¹² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, I, 5, 1097, b.

⁷¹³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, IX, 9.

isolados pelo exercício máximo de suas virtudes, a ponto de não precisarem viver coletivamente. São homens com características divinas, autárquicos, mas que não constroem o espaço público, e, por essa razão, não são hábeis a perceber as relações de amizade. Apesar do caráter egoístico da amizade em Aristóteles, ela sempre pressupõe a dimensão política, e, logo, a dimensão normativa, no seu caráter constitutivo.

Para o estagirita, cada cidadão grego vive na cidade numa rede de relações de amizades, seja porque pertence às coletividades estatutárias (livres), seja porque na *oikía* (casa) desempenha certos laços necessários, seja, enfim, porque naturalmente se dedica à *πόλις* (cidade), vista como uma comunidade política assentada numa constituição única. Contudo, o homem não apenas é um animal político, como bem plasmara Aristóteles em sua construção ético-política, mas é um animal econômico, porque dedicado também em grande parte à consecução virtuosa de seus papéis domésticos.⁷¹⁴ Entre os membros da família uma teia infinita de relações de poder, de direitos, e de amizade se estabelece, a ponto de terem os indivíduos suas próprias obrigações familiares. Essas relações de poder que se formam, supremas, na relação do chefe de família com os filhos, despóticas em relação aos escravos e aristocráticas com a esposa, acusam a existência equivalente em Aristóteles de relações específicas e naturais de amizade, com exceção da relação dono-escravo (este mera ferramenta animada – *οικεῖς* – porque viviam sem direito algum na casa e não os *δούλοι* (escravos) comuns que podiam inclusive se casar, ter animais e amigos): amizade de superioridade e benfazejo com os filhos, amizade de camaradagem com os irmãos e de virtude com a esposa.⁷¹⁵ Mesmo Xenofonte já sustentara anteriormente a necessidade da amizade como condição de verdade de um cidadão virtuoso.⁷¹⁶

Esse caráter privado que a amizade assume, no sentido de privado do espaço público porque inicialmente restrito às relações que se processam no interior da *oikía* (casa), encontra mesmo assim uma clara interdição coletiva, seja no aspecto moral, seja mesmo pela existência esparsa de normas positivadas. Ilias Arnaoutoglou colhe uma lei do final do séc. IV a.C., da cidade de Delfos, antiga Grécia central, que estabelecia pena para os filhos que realizassem de algum modo maus-tratos em relação aos pais, inclusive se os deixasse passar necessidade.⁷¹⁷ Essa mesma lei, inclusive, oportunizava uma forma de ação

⁷¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, VII, 10, 1242, a.

⁷¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 12-13.; ARISTÓTELES, *Política*, I, 13.

⁷¹⁶ XENOFONTE, *República de Esparta*, II, 11.

⁷¹⁷ ARNAOUTOGLU, Ilias. *Ancient greek law*, p. 29.

pública própria, então denominada de *γραφὴ κακώσεως* (ação pública).⁷¹⁸ Em Atenas, os maus-tratos realizados impediam e desqualificavam até mesmo o cidadão na assunção de cargos públicos, especialmente o de magistrado. Tratava-se de uma proteção cuidadosa com o exercício da *φιλία* (amizade) nas relações particulares. Por essa razão, qualquer ofensa a essa forma de *φιλία* (amizade) representava, na leitura aristotélica, uma grave violência às relações e às alianças familiares, base das frátrias, e, por conseguinte, da *πόλις* (cidade).⁷¹⁹ A tragédia grega é também incisiva ao demonstrar a força destrutiva das famílias na substituição das relações de amizade, a ver-se por Édipo, quando fustiga o elo entre mãe e filho e entre marido e esposa, ou mesmo, Antígona, quando demonstra o mal que faz aos deuses quando o vínculo entre irmãos se sucedem por ofensa à lei humana.

Contudo, as relações de amizade que se travam no mundo grego, e que muito refletem a dimensão política de seu conceito, e, nessa medida exigem um cuidado com as normas numa estética jurídica de existência, assumem no espaço público, sobretudo no esboço da comunidade, o seu eixo central, sem embargo o egoísmo natural de seu conteúdo. Como sustenta Bittar, a idéia de amizade é elementar e integrada à própria estrutura cívica e logo imbricada na questão normativa, sobretudo na idéia de justiça.⁷²⁰ Para Aristóteles, enquanto os jovens estabelecem relações de camaradagem, os cidadãos se unem pelos mesmos gostos nas reuniões e nos círculos literários. Todavia, para que os cidadãos sejam amigos, é pressuposto que sejam cidadãos livres. A *ἐλευτερία* (liberdade), aqui fundamento da amizade, deve ser vista num sentido político, não como *ἀνάγκη* (necessidade) ou como *μοῖρα* (destino), nem tampouco como *ἐκόν* (ato voluntário) ou *αὐτόνομοια* (autonomia), mas como escolha ética, ainda que não subjetiva, que o indivíduo realiza e decide no espaço público na consecução do bem comum, como bem explicita Tercio Sampaio.⁷²¹

A liberdade leva os gregos, então, a sustentar que, uma vez livres em grupo, toda a idéia de comunidade se funda numa equivalência à comunidade política, pois a *πόλις* (cidade) representa a união das partes do todo. Não se trata, entretanto, de um fato natural, adverte Aristóteles. Os homens são por natureza políticos, mas não estabelecem

⁷¹⁸ XENOFONTE, *Memoráveis*, II, 1.; PLATÃO, *Lísis*, XIII, 9; XXXI, 20-23. Ver também nesse sentido o texto do catedrático de Cambridge FINLEY, Moses I. *The elderly in classical antiquity*. In.: *Journal Ageing and Society*, Sheffield, University of Sheffield, n. 4, p. 391-408, 1984.

⁷¹⁹ ARISTÓTELES, *Poética*, XIV, 1453, b.

⁷²⁰ BITTAR, Eduardo C. B.. *A justiça em Aristóteles* ..., p. 76.

⁷²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia* ..., p. 76-86.; Ver também: FINLEY, Moses I. *La liberté du citoyen dans le monde grec*. In. *Mythe, mémoire, histoire*. In. *Mythe, mémoire, histoire: les usages du passé*. Paris: Flammarion, p. 62-88, 1981.

naturalmente suas relações de amizade na *ἀγορά* (praça), porque essas pressupõem uma escolha livre, livre de viver em conjunto, expressão superior da amizade.⁷²² Por essa razão, a *πόλις* (cidade) não é mera vida em conjunto, mas uma vida feita de boas ações, de ações virtuosas. Embora fosse no início um meio para a defesa dos bárbaros, a *πόλις* (cidade) está longe desse mero conjunto, de um simples meio, ela é, no regozijo normativo, uma livre escolha em busca da felicidade.⁷²³ E aqui reside, ao menos para a academia, a grande diferença que suspende a amizade da *οἰκία* (casa) ou das associações voluntárias em relação à *φιλία* (amizade) política. A comunidade política, para Aristóteles, não vive para o presente, mas para o sentido da permanência, da manutenção, cuja utilidade se estende, consubstancia-se.⁷²⁴

Essa idéia de utilidade dos séculos V e IV a.C. que pressupõe a amizade no sentido aristotélico, séculos mais tarde influenciaria, por exemplo, claramente o epicurismo e todas as suas derivações. No curso de 3 de fevereiro de 1982, reunido na coletânea *L'Herméneutique du Sujet*, ao falar dos assuntos em torno da subjetividade e da verdade, bem como do cuidado de si e dos outros, Foucault faz uma reflexão para seus ouvintes sobre a questão da amizade, especialmente, em torno das problemáticas interpretativas da concepção epicurista. Para Foucault, o conceito de amizade era um tema indispensável nos ensinamentos de Epicuro e seus discípulos, sobretudo, nas suas famosas Sentenças Vaticanas. Segundo o intelectual francês, inicialmente se pode ser tentado a pensar a amizade epicurista num lugar longínquo do que deveria ser, qual seja, o lugar em que a amizade deriva exclusivamente da utilidade. Nesse sentido, na Sentença Vaticana nº 23, por certo Epicuro resgata o caráter inevitável da utilidade que faria da própria amizade algo desejável, todavia, essa utilidade que o pensamento epicurista presencia na amizade não é de toda simples e imediata de ser extraída, e não se reduz, tampouco, ao caráter da necessidade que um amigo desempenha ao outro no âmbito concreto. Por essa interpretação a amizade útil é antes um cuidado de si: “De fato, seria necessário mostrar que, ao mesmo tempo, a amizade epicurista não é nada além que uma forma de cuidado de si, mas que este cuidado de si não é tanto a preocupação da utilidade.”⁷²⁵ É preciso, segundo as interpretações foucaultianas, perceber que evidentemente a amizade serve a um regime de trocas sociais e de serviços, mas que, consoante a Sentença Vaticana nº 39, um

⁷²² ARISTÓTELES, *Política*, III, 9, 1280, b – 1281, a.

⁷²³ PLATÃO, *República*, II, 369, b – c.

⁷²⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 11, 1160, a.

⁷²⁵ FOUCAULT, Michel. *L'herméneutique du sujet*..., p. 186.

amigo não busca somente a utilidade, nem tampouco procura aquele que somente a busca, posto que seria indispensável ter um certo equilíbrio entre a utilidade e qualquer coisa distinta da utilidade. Nessa perspectiva, o amigo, no pensamento de Epicuro, não pode simplesmente buscar no outro a utilidade, mas não pode, igualmente, bani-la por completo de suas relações, pois, aquele que a exclui, aquele que a expurga, neste momento, fere toda boa esperança de futuro.

A utilidade, desde que não se mostre constrictora e onipresente, tem um papel fundamental na amizade, consoante as considerações epicuristas, pois é um pêndulo que, ao aparecer ocasionalmente, permite que a felicidade se estabeleça nas relações interindividuais, uma vez que, no interior dessa alegria, a confiança se demonstra indispensável para vigorar a reciprocidade, um dos elementos de sabedoria e de felicidade. Nessa linha, a utilidade serve, através da confiança recíproca buscada no contato, a produzir ou a desvendar a felicidade nas relações, razão pela qual não pode ser esquecida, ou, então, apagada. A utilidade, portanto, pertence à ordem do cuidado; aperfeiçoa a relação de amizade e a constitui como um cuidado de si, ou melhor, um cuidado de si como um cuidado dos outros, dos amigos, pois “todo homem que tem realmente cuidado de si deve fazer amigos.”⁷²⁶ A utilidade, nesse horizonte, que pode ser retirada das amizades contraídas pelos indivíduos, uns dos outros, na linha da reciprocidade, constitui antes o próprio interior da busca da amizade por si própria. Logo, a influência aristotélica no epicurismo se dará na linha da virtude, do cuidado de si, já que pressupõe o cuidado dos outros, e coloca a utilidade como garantia necessária da felicidade presente nas relações de amizade.

Portanto, esse conceito de utilidade mesmo no momento grego permanece como forma de homologia, não simples *ομοδοζία* (conformidade de opinião), mas um *agir conjunto*, quando os cidadãos escolhem livremente uma “linha de conduta” e tomam decisões também em conjunto: eis o sentido da amizade política.⁷²⁷ Essa amizade política, que pode ocorrer na monarquia, na oligarquia ou na aristocracia, encontra, no entanto, na democracia, sua excelência.⁷²⁸ Por isso, na tirania não existe amizade, já que o tirano cotidianamente destrói as relações de amizade ao subverter as redes de poder que estruturam a *πόλις* (cidade). Ao suprimir as relações privadas, e, nessa medida, extirpar o

⁷²⁶ FOUCAULT, Michel. *L’herméneutique du sujet* ..., p. 187.

⁷²⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, IX, 6, 1167, a.

⁷²⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 13.

conhecimento e a confiança uns dos outros através de espiões, a rivalidade aumenta e amizade se dilui nos olhares do déspota.⁷²⁹

Nessa medida, a amizade tem uma estreita relação com a ética e com a política, lugares por excelência do âmbito normativo no mundo grego. Fala-se, então, que amizade reside na escolha livre e recíproca de cidadãos iguais na virtude e que decidem viver conjuntamente. Ela amizade pressupõe uma atividade imanente, que se sustenta pelo seu próprio exercício, e não por uma força exterior a ela. É uma escolha recíproca, não simplesmente racional, embora voluntária, que se dirige ao prazer de quem ama.⁷³⁰ Assim, a opção aristotélica encontra desde o início uma objeção na tradição filosófica clássica. Enquanto na leitura feita em *Lísis*, Platão compreende num diálogo aporético que a amizade pressupõe o desejo daquilo que falta, construção essa também empreendida por Sócrates na concepção de *ἔρως* (amor); o que falta a alguém ou a alguma coisa é um amigo. Logo, aquele que é autárquico, que se sustenta a si mesmo não precisa de um amigo.⁷³¹ A relação, por consequência, que se estabelece entre amor e amizade compõe a idéia de que todas as coisas, *ἔρως* (amor), *φιλία* (amizade) etc., são equivalentes, posto que todas são objetos de amor,⁷³² embora o próprio Aristóteles reconheça que o amor é um ser em ação, um ser em potencial, e a amizade é antes um ser em relação.

Contudo, a amizade virtuosa se funda na utilidade e no prazer, segundo Sócrates, e não nela mesma.⁷³³ Por isso o ser amado não o é por si mesmo, pelo que é, mas pelo prazer que procura, e, nessa medida, pelas relações de amizade que estabelece. Todo prazer redundante, e nisso Foucault muito insistiu, não tanto nos mecanismo de interdição, mas no modo como as relações sexuais e de amizade se poderiam constituir numa ética da liberdade, e, logo, numa estética da existência. Sua utilidade, por consequência, exige o prazer recíproco, a troca de vantagens, o cuidado normativo e menos as proibições, então, a amizade, ao menos para Aristóteles, não é despretensiosa, tal como poderia ser para Hípias.⁷³⁴ Assim, os gregos então se preocupam em pensar se seria possível a existência da amizade entre homens desiguais, já que a vantagem deveria ser para ambos, vez que a amizade se funda na livre escolha e na *αντιφιλήσις* (reciprocidade), mas não na mera benevolência. Todavia, a necessidade e a utilidade regem a amizade, por isso Platão admite

⁷²⁹ ARISTÓTELES, *Política*, V, 11.

⁷³⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, VII, 2, 1237, a.

⁷³¹ PLATÃO, *Lísis*, 221, d – e.

⁷³² ARISTÓTELES, *Metafísica*, XII, 7, 1072, b.

⁷³³ PLATÃO, *Lísis*, 217, a.

⁷³⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 15 e IX, 1.

que o pobre é amigo do rico por necessidade e o fraco do forte por insegurança.⁷³⁵ Embora não seja recíproca na justa medida, não significa que a amizade não possa existir, pois, para os gregos, há uma distância, apesar da imensa proximidade, entre justiça e amizade. Para a justiça, a igualdade num primeiro sentido é proporcional ao mérito e a igualdade aritmética é secundária, inversamente do que ocorre com a amizade. Numa amizade que seja proporcional ao mérito, o inferior recebe pouco, enquanto o superior, muito. Por isso, a saída para que a amizade entre desiguais se sustente para os gregos recai no cuidado normativo como estética existencial. A igualdade aritmética só pode ser restabelecida se houver a troca de boas ações e de honras, pois os homens virtuosos não desejam amar, mas ser amados por suas virtudes. Uma vez amado, mas não divinizado, a amizade pode ser encontrada.

Nessa perspectiva, quando a amizade se estabelece pelo modo como o outro pode se lhe apresentar eticamente aos demais e menos pela exata medida da troca, surge uma espécie de amizade de superioridade, capaz de girar em torno de seu maior elemento, a gratuidade. Para Aristóteles “amar é um ato, enquanto ser amado é um acidente”,⁷³⁶ já que a amizade vive mais para amar do que para ser amada. Por isso, mesmo a idéia de reciprocidade, nesse grau de amizade de superioridade, pode estar ausente ou ser falha, e isso ocorrerá sempre que a idéia de amar for crer no próprio objeto do amor. Assim, o amor que a mãe sente pelos filhos, diz Aristóteles, pode por ela ser ignorado se for para o bem de sua prole, para satisfazer a necessidade que sentem, como consentir na adoção se melhor for para eles.⁷³⁷ Os pais amam seus filhos como qualquer coisa *ἐαθρον τι* (deles mesmos), como *ποιῆμα* (criação), enquanto os filhos os amam apenas porque *ἀπ’ἐκείνων τι* (deles procedem),⁷³⁸ origem, então de um alter ego. Do mesmo modo ocorre com os artistas e os benfeitores, pois amam preferencialmente suas obrigações mais do que por elas são amados. A obra e a obrigação é apenas um produto, uma passividade, que representa um outro deles mesmo, enquanto o amor é ativo, é um ato, um viver e um agir, por isso cada um ama a sua *το εἶναι* (existência). Há um esforço, um dispêndio, uma *ἐνέργεια* (energia) nisso tudo.

Contudo, na amizade entre desiguais, o amado não ama na mesma intensidade, seja porque ama de uma maneira diferente, seja porque ama pouco. Aquele que ama antes o

⁷³⁵ PLATÃO, *Lísias*, 215, d – e.

⁷³⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, VII, 4, 1239, a.

⁷³⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 9.; ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, VII, 4.

⁷³⁸ ARISTÓTELES, *Magna Moralia*, II, 12, 1211, b.; ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 14.

prazer de amar do que ser amado, naturalmente, diz Aristóteles, tende a ser carinhoso (*φιλτικός* – termo que no grego moderno curiosamente significará nação, nacionalidade). E esse afeto redundará numa relação de amizade, diferente da superioridade estabelecida entre obra e criador, entre pais e filhos, naturalmente alegre e consciente, mas também igualmente diferente do *έρως* (amor), que prefere a passividade do ser amado.⁷³⁹

De outro modo, o que ganha certa particularidade é a possibilidade de amizade entre homens virtuosos e entre cidadãos, já que então o cuidado de si e com as normas, através de um *νόμιμον ἔθος* (modo de agir normativo), sobressai na consecução de seu próprio conceito. Sustentam os gregos que a amizade primeira é aquela que se estabelece entre homens próximos em suas virtudes, porque seus atos, sua positividade no mundo, ora se tornam *αὐται* (idênticos), ora *ομοίαι* (parecidos). Naturalmente ela é recíproca, porque cada indivíduo ama seu próprio bem e devolve na exata medida do que recebe, numa igualdade aritmética.⁷⁴⁰ E ela torna possível a construção de uma comunidade durável pelo *συζήν, συζώ* (viver junto), pois não há amizade sem durabilidade. Logo, o tempo, ao lado do hábito e do agir virtuoso, sobretudo justo, diz Aristóteles, representam a verdadeira base da amizade.⁷⁴¹

Os *τα φήλικα* (sentimentos amigáveis) se encontram por excelência na amizade dos homens virtuosos à *προς ἑαυτον* (medida de si mesmos), e, a partir desta relação consigo, esses sentimentos se reconhecem na *προς τους φίλους* (relação com os amigos).⁷⁴² Entretanto, Aristóteles se pergunta sobre quais seriam esses sentimentos, capazes de mostrar o verdadeiro sentido da amizade virtuosa.⁷⁴³ A conclusão a que chega é que, para ter o sentimento de amigo, indispensável é que o indivíduo deseje e faça o bem a qualquer um por este mesmo; que reconheça, no âmbito da justiça, implicitamente os direitos do outro; que deseje existir e viver por amor a este outro, como as mães o fazem; que passe com a vida compartilhando gostos e preferências, e sofra também com o outro, pois só assim reconhecerá a verdadeira amizade.⁷⁴⁴ A amizade é, nessa medida, um ato de amor constante, que ama e na reciprocidade também é amado, embora, na superioridade, viva pela atividade e não pela passividade. O problema de um indivíduo amar e ser amado na amizade, posto anteriormente, encontra em Aristóteles um significado fundamental, que se

⁷³⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, VII, 4, 1239, a.

⁷⁴⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 4, 1156, b.; VIII, 7, 1157, b.

⁷⁴¹ ARISTÓTELES, *Ética a Eutidemo*, VII, 2, 1238, a.

⁷⁴² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, IX, 4 e 8.

⁷⁴³ ARISTÓTELES, *Retórica*, II, 4, 1232, a.

⁷⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 1, 1166, a.

dirige a resolver a aparente contradição entre essa atividade e a passividade da relação de amizade. Para ele, só é possível a duplicidade quando o homem virtuoso, antes de amar o outro, ama a si mesmo. Diferentemente da resposta dada por Platão, que só admitia solução a essa aporia se o homem fosse dúplice em si mesmo, composto de uma parte irracional e de outra racional, o que significava dizer que dentro do homem haveria dois sujeitos distintos, um destinado a amar e outros a ser amado.⁷⁴⁵

Contudo, a resposta aristotélica de que o dever do homem virtuoso é de amar-se (vez que o amigo é um – *ἄλλος αὐτός* – outro de si mesmo⁷⁴⁶, um eu separado⁷⁴⁷), sem embargo sustenta a superioridade ativa e passiva da amizade, leva a outro problema, já que amar a si mesmo seria a contradição da própria idéia de amizade na sua reciprocidade. O outro problema que se coloca, então, é a possibilidade de um homem não apenas virtuoso, mas auto-suficiente, que se *αὐτάρκης* (basta por si mesmo), enfim, *αὐταρκικός* (autárquico), que pode atingir sua *εὐδαιμονία* (felicidade) independentemente de um amigo. Sócrates rejeita a possibilidade do homem que se sustenta e é suficiente a si mesmo ser feliz. Não há satisfação possível para aquele que não encontra satisfação além de si mesmo, e, o homem bom, na medida de sua bondade, não pode se auto-sustentar.⁷⁴⁸ Nesse mesmo caminho segue Aristóteles, para o qual o homem autárquico é incapaz de viver no estado em busca de sua *εὐδαιμονία* (felicidade) seguindo solitário, pois viveria deste modo perdido numa idéia de divindade ou mesmo sem perceber os anseios da comunidade.⁷⁴⁹

A atividade humana, embora muitas vezes atrelada a uma tópica confusão entre autarquia humana e divina,⁷⁵⁰ compreendendo vários aspectos: viver, sentir, agir, conhecer, exige sempre, se a noção de *φρονήσις* (prudência) e de *ἔθος* (modo de ser) estão presentes, a consciência, logo, não se pode conhecer qualquer coisa, nem a si mesmo, se não se leva em consideração outro objeto. Contemplações como essa levam inevitavelmente à formulação de grandes ilusões, pois o homem não é auto-suficiente.⁷⁵¹ É, portanto, o objeto exterior ao homem, o outro, que traz os parâmetros para o conhecimento de si mesmo, e, nessa medida, é o amigo, visto como anteriormente dito, um outro de si mesmo, que permite o homem conhecer a si próprio.⁷⁵² Assim, não pode o homem autárquico viver sem

⁷⁴⁵ PLATÃO, **República**, IV, 436, b e segs.

⁷⁴⁶ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, IX, 4, 1166, a., IX, 9, 1170, b.

⁷⁴⁷ ARISTÓTELES, **Ética a Eutidemo**, VII, 12, 1245, a.

⁷⁴⁸ PLATÃO, **Lísias**, 215, a – b.

⁷⁴⁹ ARISTÓTELES, **Política**, I, 2, 1253, a.

⁷⁵⁰ ARISTÓTELES, **Magna Moralia**, II, 15.; ARISTÓTELES, **Ética a Eutidemo**, VII, 12.

⁷⁵¹ ARISTÓTELES, **Ética a Eutidemo**, VII, 1244, b.

⁷⁵² ARISTÓTELES, **Magna Moralia**, II, 1213, a.

amigo, já que o alcance da *εὐδαιμονία* (felicidade) depende necessariamente de um outro, de um amigo. É ele que lhe dará o conteúdo de si mesmo. Contudo, não basta que seja qualquer pessoa, é preciso que seja um homem virtuoso, como alerta Aristóteles, digno de ser escolhido, e capaz de levar o outro ao reconhecimento de suas virtudes. Para conhecer a si mesmo e para cuidar de si, é indispensável que o amigo assim também o faça, já que o laço normativo que se estabelece entre os dois pressupõe a duração e a força do vínculo de admiração.

As distintas formas de amizade percebidas pelos gregos, ao menos como anunciado então por Aristóteles, conforme sua natureza social, ou seja, ‘amizade útil’ – num âmbito inferior, ‘amizade por prazer’ – num âmbito mais elevado, ou mesmo a amizade de superioridade, ‘amizade por bondade’ – num plano maior ainda, quando um amigo pretende ajudar o outro a viver a melhor vida,⁷⁵³ completam-se quando a amizade foge do plano egoísmo-altruísmo, e passa para o plano da construção de uma vida ideal para todos. Já que não é possível viver a prosperidade sem que seja possível compartilhá-la, é preciso então admitir que para os gregos o *ἔθος* (modo de ser) individual só ganha sentido na dimensão coletiva. Não há como ser feliz, e nessa medida ser amigo, se o indivíduo não age virtuosamente para que o outro assim aja como ele (e aqui certamente há um esboço do problema da faculdade de julgar que Kant colocará muito tempo depois). O homem pode estender os seus desejos desde que o bem-estar do outro se torne para si um objeto de interesse também, tão vasto e tão importante quanto o seu. Mas não poderá assumir o bem-estar do outro se não o percebe como uma atividade de acordo com a virtude.⁷⁵⁴

Através dessa preocupação com o outro, pensando inicialmente em si mesmo, é que os gregos, apesar de algumas diferenças acadêmicas, vão traçar um sentido de *φιλία* (amizade) voltado ao espaço público, já que ela representa, com bem sustenta Bittar, o fundamento existencial da *πόλις* (cidade), “um sentimento que faz com que os homens identifiquem-se como integrados numa mesma natureza e, juntos, perfaçam aquilo que, às partes individualmente consideradas, seria de impossível realização, conduzindo-se sob a diretriz de princípios comuns, almejando a plena satisfação das necessidades e dos objetivos comuns.”⁷⁵⁵ A amizade ganha então uma dimensão muito maior, político-jurídica, e sai da possibilidade de auto-conhecimento, dentro da construção virtudes intelectuais, e passa ao campo das virtudes éticas. Na República, Platão pressupõe que a

⁷⁵³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VIII, 1155, b – 1156, a., e, 1169, b – 1170, b.

⁷⁵⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, I, 1176, a. – 1177, a.

⁷⁵⁵ BITTAR, Eduardo C. B.. *A justiça em Aristóteles* ..., p. 76.

cidade é uma *κοινωνία* (comunidade) ligada pela amizade, sendo ela o que enlaça e mantém unidade, pois entre *παντὶ κοινὰ τὰ φίλων* (amigos tudo é comum).⁷⁵⁶ Todavia, mesmo que a amizade seja o elemento de ligação dos cidadãos na *πόλις* (cidade), não se trata necessariamente de um vínculo perfeito, ideal fundado na concepção de que todos são amigos. Aristóteles critica essa construção platônica, e sustenta que a sua base estaria numa falsa e equivocada idéia de *φιλανθρωπία* (humanidade). Antes da amizade com outros, assume o estagirita, há uma amizade primeira, aquela de cada homem com si mesmo, um eu separado, e, antes também da amizade entre cidadãos, há amizade doméstica, entre os membros da família grega, construída sobre alianças, sobre parentescos, base da comunidade política. Há uma defesa necessária do estatuto privado, embora não equivalente a um individualismo possessivo, que se torna condição mesma da amizade.

A unidade dos cidadãos na *πόλις* (cidade) não tem sua base num princípio metapolítico platônico, que a idéia de Bem apenas, pois para Aristóteles a cidade é uma *συνθήσις* (unidade de composição) e a forma desta composição é a normatividade da amizade muitas vezes positivada num dispositivo legal, a fim de lhe dar estabilidade. É a constituição o centro das relações de amizade, já que ela estreita o vínculo entre os cidadãos.⁷⁵⁷ Não que a legislação estabeleça as minúcias da amizade, mas que ela é o reflexo dos laços de amizade. Contudo, para os gregos, não basta a mera disposição legislativa, já que a lei só subsiste se sustentada pelos costumes aceitos, é preciso uma constituição sustentada num certo e virtuoso *νόμιμον ἔθος* (modo de ser), capaz de mostrar aos indivíduos que sua relação de amizade está embasada no cuidado normativo recíproco que eles estabelecem. Essa construção leva assim à reflexão inevitável entre a relação possível do conteúdo normativo, e toda a sua ampla construção, até então feita nesse ensaio, com a austeridade da experiência jurídica, e o elo político estabelecido pela amizade.

O fato dos indivíduos serem comandados e obedecerem em razão de uma vasta extensão de relações de poder decorre da natureza do homem e sua constituição como animal político.⁷⁵⁸ Contudo, nem todos são cidadãos, como as mulheres, os escravos, as crianças, às vezes artistas e trabalhadores manuais, mas todos vivem sob o substrato da *πόλις* (cidade). A diferença na constituição da cidadania decorre da disposição legal que

⁷⁵⁶ PLATÃO, **República**, V, 462, a – b.; 449, c.

⁷⁵⁷ ARISTÓTELES, **Política**, III, 3, 1276, b

⁷⁵⁸ ARISTÓTELES, **Política**, I, 13.

reserva alguns poderes exclusivos aos cidadãos: participar das assembleias públicas, fazer parte dos julgamentos públicos nos tribunais; e, como magistrados, decidir e dar ordens sobre a vida de outros cidadãos. Portanto, a determinação política e o uso das normas da cidade constitui a base da conformação do homem como cidadão, vez que, mulheres, escravos, etc., por não poderem comungar da terapêutica normativa, cuidando dos danos e das ofensas que se fazem à virtude dos indivíduos e às normas da cidade, não podem dar vazão ampla ao *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo), e, levando-se ao extremo a reflexão, nem tampouco podem estabelecer relações de amizades, no sentido público, vez que não participam dos desígnios da *πόλις* (cidade).

Por essa razão, somente o indivíduo que faz da faculdade de julgar, emprestando-se o termo kantiano, seu sentido de existência na *ἀγορά* (praça), porque se ocupa das normas e transpõe sua educação normativa numa experiência jurídica ascética, é que pode bem deliberar sobre a vida dos outros cidadãos, e, nessa medida, através de sua *φρονήσις* (saber material/prudência) pode realmente compreender o verdadeiro sentido da *κοινωβίος* (vida comunitária), e, logo, da amizade. Assim, o governante, o guardião, o legislador e os magistrados, que nada mais são que cidadãos no exercício supremo de seu *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo), como visto anteriormente, responsáveis por estabelecerem os comportamentos desejados pela comunidade, devem ter consigo a importância e o fundamento dos laços de amizade que nela se estabelecem. Os juízes, como bem destaca Demóstenes, são os *φύλακες τῶν νόμων* (“guardiões da lei”), num amplo sentido.⁷⁵⁹

Essa exigência com seu *νόμινον ἔθος* (modo de agir normativo) é antes uma exigência de responsabilidade, intimamente ligada à virtude, já que sustentada numa capacidade de deliberar, de promover *προαίρεσις* (produto da razão deliberativa) sobre a vida dos demais cidadãos. Mas essa responsabilidade pressupõe, então, que o homem que assim possa fazer, para manter a amizade num sentido político, seja prudente, capaz de partir das leis escritas e dos costumes e contribuir para a *παιδεία* (educação) jurídica dos cidadãos.⁷⁶⁰ Se o homem deve ser virtuoso, porque a virtude é deliberativa, e a excelência de um governante, então melhor que sejam dois homens virtuosos, porque dois é melhor que um princípio de amizade.⁷⁶¹ Esse homem prudente, diz Aristóteles, contrariando a autoridade do filósofo-rei platônico,⁷⁶² que estabelece o princípio da amizade, é que deve

⁷⁵⁹ DEMÓSTENES, 24.36.

⁷⁶⁰ HOMERO, *Ilíada*, X, 224.; ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 6.

⁷⁶¹ ARISTÓTELES, *Política*, III, 16, 1287, b.

⁷⁶² PLATÃO, *Leis*, III, 690, b.

também ser o legislador de todos os outros cidadãos, para que a amizade reine e a democracia se consolide.⁷⁶³ Pois, para Aristóteles, melhor é que homens sejam governados por leis melhores, justas, feitas por homens virtuosos, do que por homens melhores, no sentido atribuído por Platão,⁷⁶⁴ se a amizade e o laço da comunidade estiverem entre os objetivos dos cidadãos também virtuosos, e predispostos à consecução da austeridade e a plenitude moral da experiência jurídica. Só assim os homens são livre e distante da violência.⁷⁶⁵

2. O fim do direito constitutivo: a imbricação entre *Ἔρως, Δίκη e Νόμος*

Se o alicerce do direito seria a *σοφροσύνη* (prudência) e os fundamentos epistemológicos seriam a *δικαιοσύνη* (a justiça como virtude) e a *ἐπιείκεια* (eqüidade), estaria este apto a alcançar o seu fim precípua, qual seja, ser uma forma de experiência que conduz o homem a ser uma excelência de si mesmo, uma *ἄσκησις* (ascese moral), e, nesta medida, ser capaz de alcançar a *εἰρήνη* (paz), que Aristófanes e Aristóteles ensaiam.⁷⁶⁶ O caminho estaria, talvez, numa visualização no classicismo da relação possível entre *ἔρως* (amor), *δίκη* (justiça) *νόμος* (justiça). A descoberta dessa relação pode conduzir a epistemologia jurídica a encontrar este conteúdo “constitutivo” do modal normativo, e, especialmente, a fazer vivo o vetor de investigação filosófica posto como metodologia no início desta pesquisa: a “erotização do direito”.

Por certo que o *ἔρως* (amor) de que aqui se fala como um exercício da justiça está longe de ter a conotação sexual ou o romantismo que a modernidade ou mesmo a cristandade deixou para o presente, e está mais próximo do amor pelo saber desprendido, do saber despretensioso, do saber intransitivo voltado apenas ao exercício ético. Tampouco se está discutindo a *φιλία* (amizade), ou amor, como traduzido por muitos, cujo conteúdo era o do conjugal, do afeto, segundo Cantarella.⁷⁶⁷ O *ἔρως* (amor) grego é essencialmente moral, eis porque a escolha sexual pouco importava, e, sim, como visto acima, o exercício do amor *ἀνσπερός* (autero) acima de tudo. Erotizar o direito, neste senso, é talvez o único

⁷⁶³ ARISTÓTELES, *Política*, IV, 4, 1292, a.

⁷⁶⁴ ARISTÓTELES, *Política*, III, 15 – 16.

⁷⁶⁵ TORRE, Ángel Sánchez de la. *Un derecho sin violencia: el mito de crono en ‘Leyes’ de Platon*. In. Symposium 1982 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 79-128, sept. 1982.

⁷⁶⁶ FORNIS, César. *La paz enviada por el rey*. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 10, p. 155-183, 2007.

⁷⁶⁷ CANTARELLA, Eva. *L’amore è un dio: il sesso e la pólis*. Milano: Feltrinelli, 2007, p. 44 e segs.

caminho de realizar a busca pelo “direito constitutivo” numa perspectiva de “experiência do fora”, arrebatando o homem e o jurista de seu presentismo, levando-o para o impensado, ao passo que realiza o encontro do saber com a *ἀρετή* (verdade) do justo. Eis porque, não à toa, a raiz do verbo *ἐρωτάω* (perguntar, indagar, questionar) é a mesma de *ἔρω* (amor) – (*ἐράω/ἐρ/ἔρομαι*). Há uma relação intrínseca entre a dúvida e o desejo pelo saber com o amor e a dúvida por ser amado. Só havia sentido para os antigos num “saber com amor” (bem longe do que a pieguice possa suscitar). Assim, seguindo os passos estabelecidos no início desta pesquisa, de uma erotização metodológica de busca pela “experiência exterior”, seria fundamental, nesta altura, discutir a relação *ἐρωτις* (amante) – *ἐρομένο* (amado) no ambiente grego, e assim tentar concluir, ainda que provisoriamente, os contornos gnoseológicos de um “direito constitutivo”.

Avançando, a sociedade grega era essencialmente mítica, de modo que o real e o imaginário se misturavam. Tudo era vivo, eis porque os deuses protegiam todas as coisas em busca de uma harmonia cósmica. Por isso, quando se fala em erótico para os antigos, está-se falando também de uma harmonia natural, um princípio que rege a vida, um princípio que guarda a “arte de amar”, e empurra os homens e tudo a se desenvolver tendo em si mesmo o horizonte. Conquanto estranhamente não estivesse em Homero, *ἔρω* (amor) aparece para os gregos desde os tempos de Hesíodo, através das formas de *Ἔρω* (Eros) e *Ἀφροδίτις* (Afrodite). Há dois Eros: um primordial tão antigo quanto o próprio mundo, perfeito, uma espécie de força motriz, ao lado do Caos e da Gea, que constrói a unidade – um Eros órfico; bem como outro, filho de Afrodite, mais vivo e mais robusto, mais próximo dos homens. Esse Eros é o amor que se traduz em paixão, que empurra e arrebatava, porque Afrodite é a deusa do impulso sexual.⁷⁶⁸

A compreensão de Eros passa, portanto, inevitavelmente, pela reflexão sobre Afrodite. Ela é a deusa da beleza e do amor. Mostra-se de três modos: urânia, pandemos e apostrofia. A primeira, *Οὐρανός* (urânia), é aquela celestial, antiga, fruto do sémem que caiu no mar após a castração de Uranos pela Gaia para que este não perdesse o poder (dita feita de *ἀφρός* – essência *δίτις* – cósmica). É aquela que multiplica, que reitera, que exponencia e exige de *ἔρω* (amor) a sua obediência. Ela estimula a união e a doação de *ἔρω* (amor) entre os homens. Há uma crítica implícita ao narciscismo, a não-entregação. Não amar e não se dedicar ao *ἔρω* (amor) era uma forma de ofender os deuses, ofender *Ἀφροδίτις Οὐρανός* (Afrodite Urânia). A segunda, é a *Πανδέμος* – de todos os clãs, é

⁷⁶⁸ PLATÃO, *Banquete*, 180, c – e.

aquela que pertence a todos, o amor desinteressado, de ninguém, que é celebrado pelos dois sacerdotes: *ἔτερον* e *ἕτερα*. A entrega absoluta ao saber supremo. Ela se destina à iniciação sexual, a busca do *ἔρως* (amor), do belo. A terceira, por fim, é a *Ἀποστροφία* (Apostrofia) – *απός* (desviar-se) mais *τροφή* (curva) – aquela que representa a venda dos sentimentos por interesses. É a que evita que o homem caia na vulgaridade, caia no desvio do caminho, no *ἔρως* (amor) interessado. Um pulsar de virgindade, de fidelidade à verdade dos sentimentos, a entrega absoluta, como *ἔτερον* e *ἕτερα*.

Porém esses Eros (aqui confundido com as manifestações de Afrodite) do mito se deslocam para o *λόγος* (racional) na filosofia pré-socrática e ganham um caráter físico, próximo da polaridade entre união e separação das coisas, atração e repulsão. Há um jogo indelével entre *ἔρως*, *φιλία* (amor) e *νεῖκος* (discórdia), e do seu equilíbrio de ação e reação nasce o universo para Empédocles ou Demócrito. Esse Eros ainda está muito relacionado à *φύσις* (natureza), por causa de seu traço cosmogônico e físico. Ainda permanece como uma força cósmica criadora, se não primeira, dos deuses, mas de todos os homens.

Contudo, é Platão, e mesmo o platonismo, quem vai desenvolver essa idéia de um Eros fundamental, não como Afrodite. Para ele, *ἔρως* (amor) é um impulso cósmico que leva os homens ao ser amado, mas, sobretudo, à sabedoria e à verdade de todas as coisas, muito além do desejo corporal. Está mais próximo do mundo das idéias, do inteligível, mas ao mesmo tempo se comunica com o sensível. Ele é o caminho para o absoluto, para o belo. Por isso, ao ser um instinto ativo que desloca o homem para fora de si mesmo, o mais alto possível de sua condição mortal, *ἔρως* (amor) representa para Platão a possibilidade de aquisição de virtudes, logo, uma forma de alcançar a felicidade.⁷⁶⁹

Platão trabalha a noção de *ἔρως* (amor) em *Lísis*, *Fedro*, e, especialmente, no *Banquete*⁷⁷⁰. Sem dúvida é nesta obra, que talvez fosse mais bem traduzida por “reunião”, porque vem do grego clássico *τό συμπόσιον* (simpósio) – *συν* (junto) *πόσις* (impressão) – e não banquete, ainda que a bebida estivesse presente, pois o centro era a discussão de idéias, que a noção grega de *ἔρως* (amor) aparece de modo mais claro e vinculado à noção de justiça e de norma, que aqui se pretende esboçar. Para os gregos, *ἐρωτικός* (erótico, amoroso) significa aquele que domina a arte de amar, e, neste contexto, aquele que faz de

⁷⁶⁹ PLATÃO, *Banquete*, 215, a – 222.

⁷⁷⁰ Narrativa feita por Apolodoro aos amigos do que ouvira Aristodemos acerca do banquete de Agaton (poeta renomado) oferecido aos seus amigos mais próximos no dia seguinte após uma grandiosa festa para comemorar mais uma de suas famosas peças teatrais. Nesta comemoração de Agaton, estavam presentes: Aristodemos (discípulo de Sócrates), Fedro (discípulo de Ípias), Pausânias (corrupto ateniense), Erexímaco (médico), Aristófanes (comediante, que ofende Sócrates), Alcebíadas (jovem político). REALE, Giovanni. **Platone: simpósio**. 3 ed. Milano: Bompiani, 2008.

seu *βίος* (vida), um estado voltado à paixão, ao conhecimento de si mesmo. É isso que fica claro no Simpósio, assim como em outras obras.

Na educação grega, os homens, como visto, não se detinham apenas com a aquisição de conhecimento técnico, eis porque uma nítida *νόμινα παιδεία* (educação jurídica) para que se tornasse cidadão, mas com a própria formação do caráter e de sua natureza humana enquanto homem que se indaga, que se questiona, que procura se compreender. É a tentativa de mostrar ao jovem como ele pode, ao conhecer a si mesmo, desenvolver-se e se realizar. Trata-se da captura dos seus próprios talentos. Aqui, então, aparece *ἔρως* (amor). Eis porque o jovem, no início de sua formação, fazia aquele juramento nu em nome de *ἔρως* (amor), de que nada faria na vida senão em nome de *ἔρως* (amor), em nome de sua origem e da verdade.

A relação *ἐραστής* (amante) – *ἐρασμένος* (amado) é determinamente nessa formação do jovem. Assim, tanto o *ἐραστής* (amante) deve buscar um *ἐρασμένος* (amado) para que lhe seja possível transmitir as suas *πόσις* (impressões) do mundo, quanto o próprio *ἐρασμένος* (amado) deve buscar um *ἐραστής* (amante). Longe de um conteúdo homossexual, essa relação é uma mútua instigação, uma mútua indagação, uma mútua sedução em busca do *λόγος* (saber). Aqui, certamente, é preciso se desligar do preconceito cristão que foi imposto à cultura ocidental. O sentido sexual, embora houvesse por diversas vezes, foi muito mais ecoado do que efetivamente importante. Trata-se de uma gravação feita pela história, sobretudo pelo sentido mítico de Urânia, que acabou por desmoralizar essa relação. Dáí veio a palavra *παιδεραστία* (pederastia), *παιδεραστής* (pederasta),⁷⁷¹ ou o *ἐραστής* (amante) do *παῖδος* (jovem). É uma relação pura (platônica), sem interesse, razão pela qual a prostituição, embora houvesse, já era repudiada pelos antigos.

Essa relação *ἐραστής* (amante) – *ἐρασμένος* (amado) ganha uma proporção imensa nas obras filosóficas gregas, especialmente platônicas. Trata-se de uma relação que não era reclusa àqueles que se dedicavam ao saber, mas a todo cidadão grego, inclusive no exército (que concede ao homem a capacidade de aceitar a morte e robustecer a sua coragem). O Simpósio, a todo instante, seja no discurso de cada uma das personagens, seja mesmo nas respostas de Sócrates a Agaton, Diotima ou quando discute os mistérios de *ἔρως* (amor), vê neste a busca por algo, daquilo do que se sente falta, enfim, a busca pelo bem e pelo belo. É *ἔρως* (amor) o meio termo entre o bom e o ruim, entre o belo e o feio, e, neste sentido, uma tendência de encontrar o bem e o belo sempre, com vistas a ver neste a

⁷⁷¹ ROMIZI, Renato. **Greco antico: vocabolario greco italiano etimológico e ragionato**. 3 ed. Bologna, Zanichelli, 2007, p. 903.

imortalidade. Em sendo uma tendência, *ἔρως* (amor) se transforma num percurso de graus diversos, que vai da simples beleza física, ao amor pela beleza da alma, das ações humanas, das leis, até alcançar o belo absoluto.⁷⁷²

Aqui a reflexão do Simpósio ganha desde logo uma conotação especial para a tese. Há que se ver no amor pelas leis, numa espécie de νομική *ἔρως* (amor normativo)⁷⁷³ – de amor pela justiça, uma caminho necessário pela busca do belo absoluto. A compreensão das normas, com bem destaca Sócrates, é um estágio necessário para se buscar a imortalidade de *ἔρως* (amor). Há, inevitavelmente, uma relação entre *ἔρως* (amor) e δίκη (justiça), de modo que o justo pelas normas, naquele amplo sentido grego de que muito se falou outrora, traduz-se numa etapa imprescindível para se chegar à beleza imortal, a vida plena, e, neste ponto, a própria εὐδαιμονία (felicidade).

É *ἔρως* (amor) a arte essencial de qualquer ser. Eis porque somente o *ἔρως* (amor) verdadeiro dá origem a um verdadeiro espírito, não destinado nem à procriação e nem ao interesse. É uma efetiva arte de parir o espírito. E a saúde do espírito pressupunha a ética, e, esta correspondia a servir ao seu *ἔρως* (amor) o mais verdadeiramente possível. Ter *ἔρως* (amor) é ter saúde espiritual, ou, dito de outro modo, é não ter πάθος (paixão), daí a palavra παθολογία (patologia), estudo da paixão (na origem) que se transformou em estudo das doenças, das quais os homens são infligidos por não viverem o *ἔρως* (amor) e o πάθος (paixão); porque *ἔρως* (amor) foi proibido ao longo da cristandade. A arte de amar foi sendo transformada, ao longo da história, num desvio de sentimentos, numa relação de conveniências. Nesse sentido, a civilização foi abandonando *ἔρως* (amor) verdadeiro, e foi cedendo ao Eros apostrófico.

Para Platão, no Simpósio, a busca do belo traduz a essência e o propósito de *ἔρως* (amor). Não é à toa que o texto platônico, começando com a discussão entre o amor celestial e o amor vulgar, afirma que somente aquele pode conduzir o homem ao belo, ao absoluto, que guia o espírito pela verdade interior. Aquela noção de que há pouco se falou, de ser *ἔρως* (amor) um produto da falta, explica-se por ser também *ἔρως* (amor) filho da ποείναι (fome), filho da necessidade.⁷⁷⁴ Essa noção de amor vulgar destrói o homem, porque, por sua falta, conduz-no ao excesso, ao fugaz, ao físico, à conveniência. A luta

⁷⁷² PLATÃO, *Banquete*, 210, b-c.

⁷⁷³ Convém afirmar que esta expressão não foi encontrada em nenhum texto grego, senão fruto de uma construção do autor da tese, de modo que é antes uma reflexão do que um resgate histórico.

⁷⁷⁴ PLATÃO, *Banquete*, 202, d – 203, b.

pelo *ἔρως* (amor) *πανδέμος* (de todos) é o caminho da vida, o propósito de todos homens, que só se alcança pela arte de amar e pela boa educação.

Diotima,⁷⁷⁵ personagem do Simpósio, *ἑτέρα* (sacerdotisa), segundo Sócrates, afirma que há uma “sabedoria por imediação”, porque ela desperta quando está próxima daquele que ama. É uma forma de encantamento que o saber promove nos outros, fruto da atuação de *ἔρως* (amor). Diotima fala das dimensões cósmicas: do Caos, da passagem do Caos à Criação, da Gaia (princípio da fecundidade), cabendo ao *ἔρως* (amor) a sua organização, produzindo, então, a fecundidade. Apenas *ἔρως* (amor) é capaz de retirar o homem do caos e realizá-lo. Aí a relação *ἐραστὶς* (amante) – *ἐρασμένος* (amado) redobra a sua importância, porque faz ver nela a busca de uma concepção divina de fecundidade, de origem. Platão, no Discurso de Agaton, afirma que cumpre ao *ἐραστὶς* (amante) a divindade, porque este deve saber entregar, saber realizar o máximo de sua capacidade, de seu conhecimento.⁷⁷⁶ Nessa entrega, o *ἐραστὶς* (amante) rejuvenece *ἔρως* (amor) no *ἐρασμένος* (amado) e afasta qualquer forma de conveniência. Somente uma relação fundada num *ἔρως* (amor) *ἐλευθέρος* (livre), é que é divina. O amor, então, pressupõe a liberdade ou a habilidade de tornar livre o outro. Não se realiza o *ἔρως* (amor) se o *ἐραστὶς* (amante) procurar subjugar, dominar e enclausurar o *ἐρασμένος* (amado).⁷⁷⁷ O “saber com amor”, então, é um saber libertador, que conduz o *ἐρασμένος* (amado) ao absoluto.

Quando o *ἐραστὶς* (amante) é capaz de conduzir o *ἐρασμένος* (amado) livremente ao estado absoluto, tem-se aqui uma realização moral do homem grego. É *ἔρως* (amor) que faz do *ἔθος* (modo de ser e agir) o estado da alma que aproxima os homens dos deuses. Após amar a beleza do corpo, a beleza da alma, a beleza da atividade humana, nos tantos estágios do amor, mas antes de chegar ao amor da beleza do conhecimento e do belo em si – absoluto, ponto culminante – diz Sócrates platônico, que cabe ao homem amar as leis.⁷⁷⁸ Ao amar o *νόμος* (norma), o homem se liberta e se realiza em busca do supremo.

Esse vínculo entre *ἔρως* (amor), *δίκη* (justiça) ou *δικαιοσύνη* (justiça como virtude) e *νόμος* (norma) fica nítido de dois modos possíveis, ao menos. De um lado, menos relevante, uma relação de conteúdo pragmático, vista pela quantidade de normas postas sobre o amor (e não se está aqui falando do ponto de vista criminal pela punição do

⁷⁷⁵ PLATÃO, *Banquete*, 201, d – 209, e.

⁷⁷⁶ PLATÃO, *Banquete*, 194, e – 197, e.

⁷⁷⁷ A crítica feita por Platão ao amor dominador fica clara na passagem do Discurso de Pausânias. PLATÃO, *Banquete*, 182, c – d.

⁷⁷⁸ PLATÃO, *Banquete*, 210, b-c.

adultério, rapto, sedução, maus-tratos etc.).⁷⁷⁹ Isso fica claro nas angústias do discurso de Pausânias, que procurar mostrar até aonde é possível ir nessa relação *ἐραστής* (amante) – *ἐρασμένος* (amado) aceita por todos.⁷⁸⁰ Essa necessidade de normatizar o amor empurra o homem para um campo de imanência e mútua estruturação *ἔρως* (amor) e *νόμος* (norma).

De outro, mais profunda e vasta, de conteúdo epistemológico, produz-se uma relação voltada a encontrar em *ἔρως* (amor) a virtude suprema, a qual só é possível se realizada com *δίκη* (justiça). No Agaton, em seu discurso afirma: *τὸ μὲν μέγιστον ὅτι Ἔρως οὔτ' ἀδικεῖ οὔτ' ἀδικεῖται οὔτε ὑπὸ Θεοῦ οὔτε Θεόν, οὔτε ὑπ' ἀνθρώπου οὔτε ἄνθρωπον* (a maior coisa é que Eros não faz injustiça nem aos homens e nem aos deuses e nem deles a recebe) (...) *πρὸς δὲ τῇ δικαιοσύνῃ σωφροσύνη πλείστης μετέχει. εἶναι γὰρ ὁμολογεῖται σωφροσύνη τὸ φρατεῖν ἡδονῶν καὶ ἐπιθυμιῶν, Ἐρωτος δὲ μηδεμίαν ἐδονὴν κρείττω εἶναι.* (E além da justiça, Eros participa da mais alta temperança, e estão todos de acordo em sustentar que a temperança é dominar os prazeres e os desejos) *εἰ δὲ ἥττους, κρατοῖντ' ἅν ὑπὸ Ἐρωτος* (e que nenhum 'prazer' é mais forte do que Eros).⁷⁸¹

Essa passagem de Agaton, bem mostra que nos gregos só se encontra *ἔρως* (amor) e, portanto, só se diviniza a sua conduta, ou seu *ἔθος* (modo de ser e agir) se a sua realização for pelo exercício daquele estado da alma que aproxima os homens dos deuses. Apenas aquele que persegue o exercício da *σωφροσύνη* (temperança), e, nessa medida, foge das paixões e do desregramento, realiza o conteúdo do *νόμος* (norma), naquele sentido de que outrora se falou, de um conteúdo de condução para a virtude, é que é capaz de encontrar através do *ἔρως* (amor) o sentido do absoluto. Só é belo o *ἔρως* (amor) se leva à *ἀρετή* (virtude).⁷⁸²

Enfim, para os gregos, cumpre, à experiência do *νόμος* (norma), a realização de um modal normativo constituidor de virtudes, que faz do direito uma experiência erotizada, um direito muito longe do que a modernidade criou, destinado tão-somente a proibir, facultar ou permitir condutas, mero instrumento pragmático e útil a dirigir e conservar os homens na condução do capitalismo. Havia nos gregos, portanto, através de uma *εὐταξία νόμιμη* (disciplina normativa), a necessidade de fazer do direito uma forma de realização plena e absoluta da *δίκη* (justiça), uma forma de aproximar homens e deuses, de culminar no belo e

⁷⁷⁹ ARNAOUTOGLOY, Ilias *Ancient greek law* ..., p. 25-30.

⁷⁸⁰ PLATÃO, *Banquete*, 182, b – d.

⁷⁸¹ PLATÃO, *Banquete*, 196, c.

⁷⁸² PLATÃO, *Banquete*, 184, c.

na bondade, de exaltar a austeridade, o rigor do caráter, o desprendimento e o desinteresse que *Ἔρως* (Eros) prescrevia.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada, e cujo resultado se tentou costurar nestas linhas, pretendeu alcançar algumas conclusões relevantes do ponto de vista da filosofia do direito, especialmente da filosofia e da história do direito no Brasil, um tanto marcadas pela ausência dos estudos jurídicos gregos, como visto no início, por diversas razões fundamentadas. Neste ponto, ainda que inúmeras lacunas inconscientes tenham ficado e outras tenham sido propositadamente deixadas para estudos futuros, já que para cada capítulo caberia uma reflexão ainda mais vasta (eis porque se procurou deixar as indicações bibliográficas ao final da página como estímulo e sugestão) o objetivo desta pesquisa, antes de tudo, foi tentar trazer para o país toda uma leitura, um conhecimento e uma reflexão já razoavelmente tanto trabalhados na Europa e nos Estados Unidos, mas que, infelizmente, pouco chegou até as universidades e os grupos de pesquisa nacionais.

Antes do que uma tese que pretende propor algo poderosamente original, uma solução, uma resposta aos problemas contemporâneos, o teor da pesquisa empreendida se dirigiu basicamente a dois aspectos fundamentais, e os quais se esperou esclarecer no decurso dos argumentos: a) um primeiro, como dito, voltado ao simples objetivo de traduzir para o país toda uma pesquisa já realizada fora, mas que aqui pouco se conhece – é, neste sentido, uma pesquisa de “estado da arte” muito mais que uma tese inovadora; b) um segundo, relacionado à tentativa de, a partir dos institutos e da racionalidade jurídica grega aqui visitados, encontrar no mundo jurídico clássico um modal normativa diverso do que a modernidade legou, um modal constitutivo de virtudes, capaz de se transformar numa forma de conhecimento e experiência jurídica ascética.

Para tentar construir essa idéia de um modal não apenas permissivo, proibitivo ou facultativo, mas “constitutivo” na experiência grega se organizou a pesquisa em três partes: a) a primeira, dedicada a estabelecer as justificativas para se ter realizado uma pesquisa nesta temática, as hipóteses necessariamente levantadas para justificar a validade de se empreender um estudo sobre o direito grego, bem como as metodologias usadas para se aproximar desta realidade, seja numa perspectiva filosófica – pelo método da “experiência exterior” –, seja numa perspectiva gnoseológica – pelo método arqueogenealógica –, seja, enfim, numa perspectiva historiográfica – pela definição do campo histórico específico que aqui se resgataria.

Em seguida, uma vez feita a base de sustentação da tese, pretendeu-se fundamentá-la sob três linhas diversas: a) uma primeira, voltada a definir o fenômeno jurídico – levantando a sua costura, a sua racionalidade e as suas características; b) uma segunda, destinada a estruturar este jurídico – através do estudo das instituições públicas, das normas jurídicas materiais e da processualidade entre os gregos; e, c) uma terceira – cujo propósito foi mostrar o modo como a subjetividade normativa era pensada de modo radicalmente diverso do mundo contemporâneo, pela noção de educação jurídica, da forjadura de uma personalidade jurídica e da racionalidade virtuosa do direito clássico.

Por fim, abriu-se um último capítulo, destinado a mostrar como esse arcabouço técnico, material, processual e epistemológico é capaz, enquanto substrato histórico e filosófico, de traduzir uma experiência do fora, que arrebatava os sentidos do olhar contemporâneo e pode ser deixado ver na experiência clássica uma leitura para o fenômeno normativo extremamente afortunado e marcado pela austeridade e pela inteireza de caráter que havia no mundo grego dos séculos VI e IV a.C.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A – BIBLIOGRAFIA SOBRE OS GREGOS

I – Clássica

Obs.: As obras clássicas consultadas privilegiaram edições bilíngües, para que fosse permitida a reprodução original de vocábulos ou orações, e garantisse também ao leitor a possibilidade de confrontar traduções feitas pelo autor ou pelo tradutor oficial. As referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto e também citadas abaixo, para permitir uma leitura mais acessível ao texto, encontram-se com os títulos em português, como forma de padronização e facilitação de leitura, sem embargo a consulta feita em outro idioma (contudo, os textos contemporâneos escritos em grego, por não terem tradução oficial, seguem no original, para evitar uma tradução desautorizada do autor e dos títulos.

ANTIFONTE, **Acerca da verdade**. In.: DIELS, H.; KRANZ, W. **Die Fragmente der Vorsokratiker**. Berlin, 1952. E BLASS. **Antiphon**. Orationes. Leipzig, 1973.

ARISTÓFANES. **Os pássaros**. Org. Victor Coulon. Paris: Les Belles Lettres, 1940.

ARISTÓTELES. **Da geração**. Trad. C. Mugler. Paris: Les Belles Lettres, 1966.

_____. **Econômico**. Texte établi par B.A.van Groningen et A.Wartelle. Trad. et annoté par A.Wartelle. Paris: Les Belles Lettres 1968.

_____. **Ética a Nicômaco**. Trad. Jean Voilquin. Paris: Livraria Garnier-Flammarion, 1965.

_____. **Física**. Texte établi et Trad. par H.Carteron. Paris: Les Belles Lettres 1983. V. I-IV.

_____. **História dos animais**. Texte établi et Trad. par P.Louis. Paris: Les Belles Lettres 1968.

_____. **Metafísica**. Ed. Bilingüe. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Poética**. Texte établi et Trad. par J.Hardy. Paris: Les Belles Lettres 1990.

_____. **Política**. Trad. J.Aubonnet. Paris: Les Belles Lettres 1973. V. II, P. II, L. V-VI

_____. **Constituição de Atenas**. Trad.G.Mathieu et B.Houssoulier. Intr. et note de C.Mossé. Paris: Les Belles Lettres 1996.

_____. **Pequeno tratado de história natural**. Texte établi et Trad par R.Mugnier. 2 ed. Paris: Les Belles Lettres 1965.

BOETHIUS, Anicius Manlius Severinus. **The consolation of philosophy**. Ed. Bilingüe. Trad. H. F. Stewart. London: William Heinemann, 1978.

CÍCERO, Marco Túlio. **On ends**. Ed. Bilingüe. Trad. H. Rackham. London: William Heinemann, 1999.

_____. **Dos deveres**. Trad. Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Laelius sive de amicitia dialogus**. London: Macmillan, 1890.

DEMOSTENES. **Orações**. In.: DILTS, M. R. **Demosthenis Orationes: recognovit apparv testimoniorum ornavit adnotatione critica instrvxit**. Tomvs II. Oxford Classical Text, Oxford University Press, 2005.

ÉSQUILO. **As suplicantes**. Org. Paul Mazon. Paris: Les Belles Lettres, 1920.

_____. **Eumênides**. Org. Paul Mazon. Paris: Les Belles Lettres, 1920.

_____. **Coéforas**. Org. Paul Mazon. Paris: Les Belles Lettres, 1925.

_____. **Os persas**. Les Perses. Texte établi et traduit par Paul Mazon. Introduction et notes de Philippe Brunet. Paris: Les Belles Lettres [Classiques en poche], 2002.

_____. **Os sete contra Tebas**. Trad. Donaldo Schüler Porto Alegre: L&PM, 2003.

HERÁCLITO. **Fragmentos**. Org. e Com. de Alexandre Costa. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

HERÓDOTO. **Histórias**. Texte établi et traduit par Ph.-E. LEGRAND. Paris: Les Belles Lettres, 1946. 11 vols.

_____. **Os trabalhos e os dias**. Edited with prolegomena and commentary by M.L.WEST. Oxford: Oxford University Press, 1996.

HOMERO. **Ilíada**. Texte établi et traduit par Paul MAZON. Paris: Les Belles Lettres, 1987. 5 v.

_____. **Odisséia**. Recognovit P.Von Der Mmvehll. Stuttgart:Teubner, 1993.

OVIDIO. **Tristum**. 2 ed. Ed. Bilingüe. Trad. Augusto Velloso. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1952.

PÍNDARO. **Olímpicos**. Texte établi et traduit par Aimé PUECH. Paris: Les Belles Lettres, 1999.

_____. **Píticas**. Texte établi et traduit par Aimé PUECH. Paris: Les Belles Lettres, 1955.

_____. **Nemeénes**. Texte établi et traduit par Aimé PUECH. Paris: Les Belles Lettres, 1967.

PLATÃO. **Apologia a Sócrates**. In.: Platon: oeuvres completes. Ed. Bilingüe. Org. Trad. Alfred Croiset. Paris: Les Belles Lettres, 1949, v. 5.

_____. **Górgias**. In.: Platon: oeuvres completes. Ed. Bilingüe. Org. Trad. Alfred Croiset. Paris: Les Belles Lettres, 1949. v. 3.

_____. **Carta VII**. In.: Platon: oeuvres completes. Ed. Bilingüe. Org. Trad. Emile Chambry. Paris: Les Belles Lettres, 1946. v. 1.

_____. **Íon**. In.: Platon: oeuvres completes. Ed. Bilingüe. Org. Trad. Emile Chambry. Paris: Les Belles Lettres, 1948. v. 1.

_____. **Kríton**. In.: Platon: oeuvres completes. Ed. Bilingüe. Org. Trad. Emile Chambry. Paris: Les Belles Lettres, 1947. v. 2

_____. **Mênnon**. Ed. Bilingüi. Trad. Maura Iglésias. Rio de Janeiro: Loyola, 2001.

_____. **República**. In.: Platon: oeuvres completes. Ed. Bilingüe. Org. Trad. Emile Chambry. Paris: Les Belles Lettres, 1947-48. v. 6 e 7.

_____. **Leis**. In.: Platon: oeuvres completes. Ed. Bilingüe. Org. Trad. Édouard des Places. Paris: Les Belles Lettres, 1951. v. 11.

SEXTO EMPÍRICO. **Against the logicians**. Trad. R. G. Bury. Cambridge: Loeb Classical Library, 1983.

SÓFOCLES. **Ajax**. Ed. Bilingüe. Org. Trad. Robert Pignarre. Paris: Garnier Frères, 1958.

_____. **Antígona**. Ed. Bilingüe. Org. Robert Pignarre. Paris: Garnier Frères, 1958.

_____. **Eléctra**. Ed. Bilingüe. Org. Robert Pignarre. Paris: Garnier Frères, 1958.

_____. **Filoctetes**. In.: Texte établi par Alphonse DAIN et traduit par Paul MAZON. Paris : Les Belles Lettres, 1990.

_____. **Traquíñas**. Ed. Bilingüe. Org. Paul Masqueray. Paris: Les Belles Lettres, 1924.

_____. **Édipo em Colono**. Org. Paul Masqueray. Paris: Les Belles Lettres, 1924.

XENOFONTE. **Apologia de Socrates**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 385-392.

_____. **Banquete**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 351-384.

_____. **Cyropédia, ou hisória de Cyrus**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 1-72.

_____. **Econômico**. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Hiéron**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 523-545.

_____. **Memoráveis**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 393-522.

_____. **República de Atenas**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 323-334.

_____. **República de Esparta**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 301-322.

_____. **Vida de Ático**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 335-350.

_____. **Vida de Agésilas**. In.: Oeuvres Completes de Xénophon. Org. Henry Trianon. Paris: Charpentier, 1853, p. 273-300.

II – Jusfilosófica

ALLEN, Danielle. **Greek tragedy and law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 374-393, 2005.

_____. **The world of Prometheus: the politics of punishing in democratic Athens**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

BEARZOT, Cinzia. **Diritto e retórica nella polis democrática ateniense**. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 9, p. 128-155, 2006.

BERTRAND, Jean-Marie. **Quelques réflexions sur la façon dont Platon fait parler lois**. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 9, p. 92-105, 2006.

BUIS, Emiliano J. **Del lecho al juzgado, del sexo al derecho: um jogo de palavras significativo em ‘Assembleístas’ de Aristófanes**. In.: Rivista Díke, Università di Milano, n. 10, p. 85-112, 2007.

- BUCHHEIM, Thomas. **Nomos on physis**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 283-304, 2007.
- BURNET, John. **Law and nature in greek ethics**. In.: *International Journal of Ethics*, v. 7, n. 3, p. 328-333, apr. 1897.
- CAILLEMER, Exupère. **Etudes sur les antiquités juridiques d'Athenes: partes 1-10**. New York: Arno Press, 1979, 338p.
- CALORE, Antonello. **Seminari di storia e di diritto**. 2, Studi sul giuramento nel mondo antico. Milano: A. Giuffrè, 1998, XIII, 151p.
- CATALDI, Silvio. **Il giuramento al popolo dei re molossi**. In.: *Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History* (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 179-192, 1988.
- CLASSEN, Carl Joachim. **On ἀρετή and φύσις in Thucydides histories**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 89-110, 2007.
- COHEN, David. **Law, sexuality and society: the enforcement of morals in classical Athens**. New York: Cambridge University, 1994.
- _____. **Law, violence and community in classical Athens**. New York: Cambridge University, 1995.
- COHEN, Edwar E. **Wealthy slaves and elite prostitutes: a study of judirical, sexual, and economic power at Athens**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 45-88, 2007.
- CUDJOE, Richard V. **The purpose of the 'epidikasia' for na 'epikleros' in classical Athens**. In.: *Rivista Dike, Università di Milano*, n. 8, p. 55-88, 2005.
- COOPER, Craig; HARRIS, Edward M.; WORTHINGTON, Ian. **Dinarchus, Hyperides and Lysurgus**. Austin: University of Texas Press, 2001.
- DARBO-PECHANSKY, C. **Humanidade e justiça na historiografia grega, V-I a.C.**. in *Ética*. Org. Adauto Novaes, São Paulo: Cia das Letras, 1992, p. 35-56.
- DARESTE, Rodolphe. **La science du droit en Grece: Platon, Aristote, Theophraste**. Paris: Larose & Forcel, 1893, 319p.
- DETIIENNE, Marcel. **Les grecs et nous**. Paris: Perrin, 2005.
- ΔΗΜΑΚΗ, Παν. Δ. **Ἡ συμβολή των Ἑλλήνων νομικῶν στὴν ἐρευνα τοῦ ἁρχαίου ἐλληνικοῦ δικαίου**. Μωμη (Arnaldo Biscardi, Jos. Modrzejewski) Αθήνα: Εκδόσεις Αντ Σακκούλα, p. 317-364, 1984.
- EHRENBERG, Victor. **Man, state and deity: essays in ancient history**. London: Methuen Co Ltd, 1974.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Justicia material**. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Granda, n. 23-24, p. 133-145, 1983-1984.
- _____. **La noción aristotélica de justicia**. In: *Revista Atlántica*, Madrid, v. III, p. 44-51, mar.-abr. 1986.
- FORNIS, César. **La paz enviada por el rey**. In.: *Rivista Dike, Università di Milano*, n. 10, p. 155-183, 2007.
- FREL, J. **Dike and Adikia**. In.: *Acta Universitatis Caronilae*, Praga, Carles University, n. 1, p. 95-99, 1963.
- GAGARIN, Michael. **Nomos and physis in Antiphon**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 355-380, 2007.

GASTALDI, Viviana. **El derecho en la antigua Grecia: fuentes literarias y perspectivas de análisis**. Palestra proferida no dia 13 em maio de 2005, as 10h30, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR.

_____. **El juicio de Orestes: προδικασία y ζήτεσις**. Buenos Aires: Faventia, a. 1, n. 21, p. 29-35, 1999.

GERNET, Louis. **Constitution et religion**. In: Les grecs sans miracle. Org. Riccardo di Donato. Paris: La Découverte-Maspero, 1983.

GIOVANNINI, Adalberto. **Untersuchungen über die Natur und die Anfänge der bundesstaatlichen Sympolitie in Griechenland**. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1971, 99p.

GLOTZ, Gustav. **Études sociales et juridique sur l'antiquité grèque**. Paris: 1906, Hachette et Cie, 302p.

GLAZEBROOK, Allison. **Prostituting female kin (Plut. Sol. 23, 1-2)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 8, p. 33-54, 2005.

HARDY, Jörg. **Die Bebeutung von "nomos" und "physis" in Platons Kratylos**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 305-330, 2007.

HIRZEL, Rudolf. **Themis, Dike und Verwandtes: ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen**. Leipzig: Verlag, 1907.

JAEGER, Werner. **Die anfänge die Rechtsphilosophie und die Griechen**. In.: Zeitschrift für philosophische Forschung, Vittorio Klostermann GmbH, Bd. 3, H. 4 (1949), pp. 512-529

ΚΑΛΛΕΡΓΗ, Ιωαννου. **Ἡ μακεδονική παράδοριζεις τό Ἑλληνικόν δίκαιον**. Μωμη (Arnaldo Biscardi, Jos. Modrzejewski) Αθήνα: Εκδόσεις Αντ Σακκούλα, p. 421-440, 1984.

KOSMAN, Aryeh. **Nature's law and second nature: philosophers at work on the nomos physis dichotomy**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 269-282, 2007.;

LACEY, W. K. **The family in classical Greece**. London, 1968.

LEWIS, John. **'Dike', 'Moirai' e 'Bios' and the limits to understanding Solon,13 (west)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 4, p. 113-135, 2001.

_____. **Slavery and lawlessness in solonian Athens**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 7, p. 19-40, 2004.

LONG, A. A. **Law and nature in greek thought**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 412-430, 2005.

MENΔΟΝΗ, Αλίνα Γ. **Ἡ αρχαϊκή Ελλάδα (7ος και 6ος αι. π.Χ)**. Ελληνική Ιστορία (Μιχαήλ Σακελλαρίου, Χρύσα Μαυρέζου και Αλέξανδρος Ι. Δεσποτόπουλος). Αθήνα: Εκδοτική Αθήνων, σσ. 76-95, 2007.

MILLETT, Paul; TODD, Stephen. **Law, society and Athens**. In.: Nomos: essays in Athenian law, politics and society. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 1-18.

MORETTI, Luigi. **La società ellenistica: economia, diritto, religione**. Milano: Bompiani, 1981, p. 320.

MOSSE, Claude. **Le statut des paysans en Attique au IV^{ème} siècle**. In.: Problèmes de l'attribution en Grèce antique (org. M. I. Finley) Paris: Mouton et Co, p. 179-186, 1973.

_____. **Les hippeis athéniens au IV^{ème} siècle: classe censitaire ou ordre privilegie?** In.: Symposium – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 123-128, 1988.

_____. **Les procès politique et la crise de la démocratie athénienne.** In.: *Revue Dialogues d'Histoire Ancienne*, Paris, Les Belles-Lettres, n. 8, p. 207-2236, 1982.

MUELLER, Ian. **ΦΥΣΙΣ ΑΝΘΡΩΠΟΥ.** In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism.* (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 209-260, 2007.

MUNN, Mark. **From science to sophistry: the path of the sun, the schape of the world, and the place of Athens in the cosmos.** In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism.* (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 111-134, 2007.;

NARCY, Michel. **Three versions of the nomos-physis antithesis: Protagoras, Antiphon, Socrates.** In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism.* (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 381-400, 2007.

OBER, Josiah. **Law and political theory.** In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law.* (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 394-411, 2005.

PAPAKONSTANTINOU, Zinon. **Justice of the 'kakoi': law and social crises in theognis.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 7, p. 05-17, 2004.

PENDRICK, Gerard. **The sophistic antithesis νόμος-φύσις and natural law.** In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism.* (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 261-268, 2007.

PIERRIS, Apóstolos L. **The order of existence: φύσις, μοῖρα, ἀνάγκη, θεσμός, νόμος.** In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism.* (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 261-268, 2007.

POHLENZ, Max. **Nomos und Physis.** In.: *Hermes*, v. 81, n. 4, p. 418-438, 1953.

ΠΡΩΤΟΠΑΠΑ-ΒΑΒΑΛΗ, Χριστίνα. **Ο ευρύτερος ελληνικός κόσμος κατά την κλασική περίοδο.** *Ελληνική Ιστορία (Μιχαήλ Σακελλαρίου, Χρύσα Μαλτέζου και Αλέξανδρος Ι. Δεσποτόπουλος).* Αθήνα: Εκδοτική Αθήνων, σσ. 157-169, 2007.

_____. **Τα κράτη του κυρίως ελλαδικού χώρου κατά το α' μισό του 4ου αι. π.Χ. (404-355).** *Ελληνική Ιστορία (Μιχαήλ Σακελλαρίου, Χρύσα Μαλτέζου και Αλέξανδρος Ι. Δεσποτόπουλος).* Αθήνα: Εκδοτική Αθήνων, σσ. 142-157, 2007.

ΡΑΜΟΥ-ΧΑΠΣΙΑΔΗ, Άννα. **Ο πελοποννησιακός πόλεμος (431-404 π.Χ.).** *Ελληνική Ιστορία (Μιχαήλ Σακελλαρίου, Χρύσα Μαλτέζου και Αλέξανδρος Ι. Δεσποτόπουλος).* Αθήνα: Εκδοτική Αθήνων, σσ. 127-142, 2007.

_____. **Ο 'χρυσός Αιών' (479-431).** *Ελληνική Ιστορία (Μιχαήλ Σακελλαρίου, Χρύσα Μαλτέζου και Αλέξανδρος Ι. Δεσποτόπουλος).* Αθήνα: Εκδοτική Αθήνων, σσ. 111-127, 2007.

RICHER, Nicolas. **'Eunomia' e 'Eudaimonia' à Sparte.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 4, p. 13-38, 2001.

ROMILLY, Jacqueline de. **La loi dans la pensée grecque: de origines à Aristote.** 2 ed. Paris: Les Belles Lettres, 2002, 265p.

SAUDERS, Trevor J. **Plato on the treatment of heretics.** In.: *Greek law in its political setting: justifications not Justice.* (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 91-100, 1996.

SCARPI, P. **L'espace de la transgression et l'espace de l'ordre: le trajet de la famille du mythe de Téreus au mythe de Kéléos.** In.: *Revue Dialogues d'Histoire Ancienne*, Paris, Les Belles-Lettres, n. 8, p. 213-226, 1982.

SCHMITT, Carl. **Der Nomos der Erde im Volkerecht des Jus Publicum Europaeum**. 2. auf. Berlin: Dunker und Humblot, 1974.

_____. **Nehmen/Teilen/Weiden: Ein Versuch, die Grund-fragen jeder Sozial-und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen**. In.: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Vassungslehre*, 2. auf. Berlin: Dunker & Humblot, 1973, p. 489-501.

SEAFORD, Richard. **The imprisonment of women in Greek tragedy**. In.: *Journal of Hellenic Studies*, v. CX, p. 76-90, 1990.

TALAMANCA, Mario. **Política, equitá e diritto nella pratica giudiziaria attica**. Μωμη (Arnaldo Biscardi, Jos. Modrzejewski) Αθήνα: Εκδόσεις Αντ Σακκούλα, v. B p. 331-356, 1984.

TARRANT, Harold. **Agonistic contexts for appeals to nomos and physis: are “rites of passage” significant?**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 135-154, 2007.

ΤΣΑΓΚΟΓΙΟΡΓΑ-ΟΙΚΟΝΟΜΙΔΗ, Αννα. **Ἡ σύγκρουση με τον περσικό επεκτατισμό**. Ελληνική Ιστορία (Μιχαήλ Σακελλαρίου, Χρύσα Μαλτέζου και Αλέξανδρος Ι. Δεσποτόπουλος). Αθήνα: Εκδοτική Αθήνων, σσ. 95-111, 2007.

TZITZIS, Stamatios. **La punition de l’homme ‘impie’, ‘sans loi’ et ‘injuste’ dans les Baccantes d’Euripide**. Μωμη (Arnaldo Biscardi, Jos. Modrzejewski) Αθήνα: Εκδόσεις Αντ Σακκούλα, v. B p. 395-408, 1984.

VOEGELIN, Eric. **The world of Homer**. In.: *The Review of Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 15, n. 4, p. 491-523, oct./1953.

WALLACE, Robert W. **Law, attic comedy, and the regulation of comic speech**. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 357-373, 2005.

_____. **Nomos/physis: the anti-democratic context**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 23-44, 2007.

_____. **The legal regulation of private conduct at Athens: two controversies on freedom**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 9, p. 106-128, 2006.

WEISS, Roslyn. **Why isn’t Antiphon in the Gorgias?**. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. (ed. Apóstolos L. Pierris). Patras: Institute for Philosophical Research, p. 331-354, 2007.

ΧΡΙΣΤΟΦΙΛΟΠΟΥΛΟΥ, Αναστάσιου. **Δικαίον και ιστορία**. Αθήναι: Μικρα Μελετηματα, 1973.

III – Jurídica

ALESSANDRÌ, Salvatore. **I dieci probuli ad Atene: aspetti giuridico-costituzionali**. In.: *Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History* (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 129-148, 1988.

ΑΠΟΣΤΟΛΑΚΗ, Γιαννη Μ. **Ἡ δίκη τῆς Ἰέρειας E-RI-TA: φῶς δικαίου ἐκ τῶν ἀνακτοριῶν ἀκείων τῆς Πύλου**. Μνημη Αθήνα: Εκδόσεις Αντ Σακκούλα, p. 197-222, 1984.

ARNAOUTOGLU, Ilias N. **Panayotis D. Dimakis: in memoriam**. In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 8, p. 163-170, 2005.

AVRAMOVIC, Sima. **Plaidoyer for Isaeus, or. IX.** In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 41-56, 1988

_____. **Simulation of athenian court: a new teaching method.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 5, p. 187-194, 2002.

BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privé de la république athénienne.** Amsterdam: Rodopi, 1969, 4 v.

BECKER, Wolf. G. **Platons Gesetze und das griechische Familienrecht: eine Rechtsvergleichende untersuchung.** München: Verlag, 1932.

BERTI, Monica. **Il ‘dogma’ e l’egemonia dell’areopago ad Atene ([Aristot.] Ath. Pol. XXIII 1-2).** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 6, p. 115-138, 2003.

BERTRAND, Jean-Marie. **À propôs de la Rhétorique d’Aristote (I, 1373b1-1374b23), analyse du processus judiciaire.** In. Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 237-252, sept. 2005.

_____. **Formes du discours politique dans la cité des magnètes platoniciens.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 115-149, 1998.

BIANCHI, Erika. **Ancora su Eschine, III 252.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 5, p. 83-92, 2002.

BISCARDI, Arnaldo. **Contratto di lavoro e ‘misthosis’ nella civiltà greca del diritto.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 257-274, 1999.

_____. **Diritto greco antico.** Milano: Giuffrè, 1982, IX, 409p.

_____. **Diritto greco e scienza del diritto.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 133-156, 1999.

_____. **I rapporti tra *προιζ* ed *ἐγγύησις* nel diritto matrimoniale attico.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 01-22, 1999.

_____. **Il cosiddetto ‘testamento’ di Cnemone.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 75-88, 1999.

_____. **La ‘gnome dikaiotate’ et l’interprétation des lois dans la Grèce ancienne.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 89-102, 1999.

_____. **La successione legittima degli ascendenti nel diritto ereditario panellenico: uno spunto epigrafico del VI o V secolo a.C.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 249-256, 1999.

_____. **Le regime de la pluralité hypothécaire em droit grec et romain.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 173-198, 1999.

_____. **Mariage d’amour et mariage sans amour em Grèce, à Rome et dans les evangiles.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 239-248, 1999.

_____. **On ‘aequitas’ and ‘epieikeia’.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 287-298, 1999.

_____. **Osservazioni critiche sulla terminologia *διαθήκη – διατίθεσθαι*.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 199-214, 1999.

_____. **Nota mínima sugli “ectemoroi”.** In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 215-220, 1999.

_____. **“Polis politeia politeuma”**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 221-238, 1999.

_____. **Prassi e teoria della ‘misthosis’ nel diritto contrattuale attico**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 89-118, 1999.

_____. **Proix e pherne alla luce di un nuovo papiro fiorentino**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 163-172, 1999.

_____. **PSI XV, 1515. Restituzione di dote e transazione**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 157-162, 1999.

_____. **Sul regime della comproprietà in diritto attico**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 23-74, 1999.

_____. **Sulla cosiddetta consensualità del contratto dotale in diritto attico**. In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 3-14, 1988.

_____. **Sulla identificazione degli ‘xenokritai’ e sulla loro attività in P. Oxy 3016**. In.: Scritti di diritto greco. (a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi) Milano: A. Giuffrè, p. 119-132, 1999.

_____. PAOLI, Ugo Enrico. **Altri studi di diritto greco e romano**. Milan: Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, 1976, XVII, 631p.

BOEGEHOLD, Alan. **The lawcourts at Athens**. Princeton: The American School of Classical Studies at Athens, 1955.

BOFFO, Laura. **Per una storia dell’achiviazione pubblica nel mondo Greco**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 6, p. 05-85, 2003.

BONFANTE, Pietro. **Le affinità giuridiche greco romane**. Padova: Tipi della Rivista di Storia Antica, 1910, p. 66-150, a. 13., n. 1-2.

BONNER, Robert Johnson. **Evidence in Athenian courts and public arbitration in athenian law**. New York: Arno Press, 1979, 42p.

_____. **Lawyers and litigants in ancient Athens**. Chicago: University of Chicago Press, 1927.

_____; SMITH, Gertrud. **The administration of justice from Homer to Aristotle**. 2v. Chicago: Chicago Press, 1938.

BRETONE, Mario; TALAMANCA, Mario. **Il diritto in Grecia e a Roma**. Roma; Bari: Laterza, 1981, VI, 181p.

BRUCK, Eberhard Friedrich. **Die Schenkung auf den Todesfall: im griechischen und römischen Recht, zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Testaments**. Breslau: Marcus, v.

BUCHSENSCHUTZ, Albert Bernhard. **Besitz und Erwerb im griechischen Altertum**. Neudruck. Aalen: Scientia Verlag, 1962, VIII, 614p.

CANTARELLA, Eva. **Antologia di oratori attici sull’omicidio nel diritto greco**. Milano: Mursia, 1990, 130p.

_____. **Diritto greco: appunti delle lezioni**. 2 ed. Milano: Cuem, 1994.

_____. **I supplizi capitali in Grecia e a Roma: origini e fusioni della pena di morte nell’antichità classica**. Milano: Biblioteca Universitaria Rizzoli, 1991.

_____. **Presentazione**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 05-12, 1998.

_____.; MAFFI, Alberto. **Introduzione**. In.: Rivista *Dike*, Università di Milano, n. 9, p. 05-06, 2006.

CALHOUN, George Miller. **Greek legal science**. Oxford: Scientia, 1944.

_____. **The growth of criminal law in ancient Greece**. Berkeley, California Press, 1927.

CARAWAN, Edwin. **The trial of the arginousai generals and the dawn of 'judicial review'**. In.: Rivista *Dike*, Università di Milano, n. 10, p. 19-56, 2007.

CAREY, Christopher. **Trials from classical Athens**. Londres: Routledge, 1997.

CARTLEDGE, Paul. **Spartan justice? or 'the state of the ephors?'** In.: Rivista *Dike*, Università di Milano, n. 3, p. 05-26, 2000.

CHRIST, Matthew R. **The litigious athenian**. Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1998.

COBETTO GHIGGIA, Pietro. **L'adozione ad Atene in epoca classica**. Alessandria: Edizioni dell'Orso, 1999, VI, 371p.

COHEN, David. **Crime, punishment, and the rule of law in classical Athens**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 211-235, 2005.

_____. **Demosthenes' against Meidias and Athenian Litigation**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 155-164, sept. 1991.

_____. **Late sources and the 'reconstruction' of greek legal institutions**. In.: Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 283-296, juni. 1988.

_____. **Law, violence and community in classical Athens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____. **Theories of punishment**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 170-190, 2005.

_____. **Women, property and status in Demosthenes 41 and 57**. In.: Rivista *Dike*, Università di Milano, n. 1, p. 53-61, 1998.

COHEN, Edward E. **Commercial law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 290-304, 2005.

_____. **A study in contrast: "maritime loans" and "landed loans" at Athens**. In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 57-80, 1988.

COSTABILE, Felice. **Πολιτεία ed Οικονομία a Locri Epizefiri**. In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 193-200, 1988.

COULANGE, Fustel. **Recherches sur le droit de propriete chez les grecs etand recherches sur le tirage au sort applique a la nomination des archontes atheniens**. New York: Arno Press, 1979, 179p.

DREHER, Martin. **Bürgerstaat und Basidemokratie (Ideologische Begriffe in der Geschichtswissenschaft, 1)**. In.: Rivista *Dike*, Università di Milano, n. 8, p. 115-162, 2005.

_____. **Das Bürgerrecht im griechischen Sizilien zwischen Recht und Politik**. In. Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 57-78, sept. 2005.

_____. **Ein athenischer Synhedros im Zweiten Athenischen Seebund**. In.: Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 149-172, juni. 1988.

DURAN, Martí. **Un ‘echinos’ procedente de una ‘diaita’ (comentario de SEG XXXVI 296).** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 5, p. 61-82, 2002.

EDMONSON, Jonathan; HUNTER, Virginia. **Law and social status in classical Athens.** Oxford: Oxford University Press, 2000, XIII, 206p.

EFFENTERRE, Henri van. **Criminal law in archaic Crete.** In.: *Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 83-86, sept. 1991.

_____. **Préliminaires épigraphiques aux études d’histoire du droit grec.** In.: *Symposion 1982 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 01-08, sept. 1982.

EFSTATHIOU, Athanasios. **Euthyna procedure in 4th C. Athens and the case on the false embassy.** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 10, p. 113-154, 2007.

ERDMANN, W. **Die Ehe im alten Griechenland.** Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte. n. 20. München, 1934.

FARAGUNA, Michele. **Commercio, scrittura, pratiche giuridiche: recenti studi sull’ ‘emporía’ greca.** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 5, p. 237-254, 2002.

_____. **Intorno alla nuova legge ateniese sulla tassazione del grano.** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 2, p. 63-97, 1999.

_____. **Terra pubblica e vendite di immobile confiscate a Chio nel V secolo a.C..** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 8, p. 89-100, 2005.

_____. **Tra oralità e scrittura: diritto e forme della comunicazione dai poemi omerici a Teorfrasto.** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 9, p. 62-91, 2006.

FARAONE, Christopher A. **Curses and social control in the law courts of classical Athens.** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 2, p. 99-121, 1999.

FAUX, Véronique. **Le législateur et la loi à Caen.** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 5, p. 255-262, 2002.

FERNÁNDEZ NIETO, F. J. **El cálculo de los gastos y la indemnización de Samos (IG I3 363).** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 1, p. 27-37, 1998.

_____. **La competência penal de los estrategos.** In.: *Symposion 1988 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 111-122, juni. 1988.

FERRUCCI, Stefano. **L’‘oikos’ nel diritto attico: pubblico, privato e individuale nella democrazia ateniese classica.** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 9, p. 182-210, 2006.

FINLEY, Moses I. **The problem of the unity of greek law.** In.: *The use and abuse of history*, p. 134-152, 1975.

FOXHALL, Lin. **The law and the lady: women and legal proceedings in classical athens.** In.: *Greek law in its political setting: justifications not Justice.* (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 133-152, 1996.

FRÖHLICH, Pierre. **Remarques sur la reddition de comptes des stratèges athéniens.** In.: *Rivista Díke*, Università di Milano, n. 3, p. 81-111, 2000.

FURKIOTIS, Constantin. **Aus dem attischen Recht: die δίκη ἀναγωγῆς.** In.: *Studi in Onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze: Felice Le Monnier, p. 323-332, 1955.

GAGARIN, Michael. **Antiphon the Athenian: oratory, law and justice in the age of the sophists.** Austin: University of Texas, 2002.

_____. **Bouleusis in athenian homicide law.** In: Symposion 1988 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 81-100, juni. 1988.

_____. **Drakon and eraly athenian homicide law.** Yale: University Press, 1981.

_____. **Early greek law.** New York: University of California Press, 1989.

_____. **Early greek law.** In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 82-94, 2005.

_____. **From oral law to written laws: Draco's Law and its homeric roots.** In: Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 3-17, sept. 2005.

_____. **The unity of greek law.** In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 29-40, 2005.

_____. **Writing greek law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GAGLIARDI, Lorenzo. **Athenian Law and life: a conference in honour of Professor Douglas Maurice MacDowell.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 4, p. 293-298, 2001.

_____. **Dodicesimo simposio di diritto greco ed ellenistico.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 2, p. 161-172, 1999.

_____. **Per una interpretazione della legge di Solone in materia sucessoria.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 5, p. 05-59, 2002.

GERNET, Louis. **Droit et institutions en Grèce antique.** Paris: Flammarion, 1982.

_____. **Eranos.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 2, p. 05-61, 1999.

_____. **Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce.** Paris: Ernest Leroux, 1917.

GIOFFREDI, Carlo. **Nuovi studi di diritto greco e romano.** Romae: Pontificia universitas Lateranensis, 1980, 282p.

GHEZZI, Vania. **I Locresi e la legge del Laccio.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 8, p. 101-114, 2005.

GLOTZ, Gustav. **La solidarité de la famille dans le droit crimenel en Grèce.** In.: Ouvrage Couronné par l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. n. 8. Paris: Fontemoing, 1904.

_____. **L'ordalle dans la Grèce primitive.** Paris: Fontemoing, 1904.

HALL, Debrunner M.. **Even dogs have Erinyes: sanctions in Athenian practice and thinking.** In.: Greek Law in its political setting justifications not justice. (Lin Foxhall e Andrew Lewis ed.) Oxford: Clarendon Press, 1996.

HANSEN, Mogens Herman. **Die athenische Volksversammlung im Zeitalter des Demosthenes.** Konstanz: Universität Konstanz, 1984.

_____. **Eisangelia: the sovereignty of the people's court in Athens in the fourth century B.C and the impeachment of generals and politicians.** Odense: Odense University Press, 1975.

_____. **How oftehn did the Ecclesia meet?** London: Clowes, 1977.

_____. **Initiative und Entscheidung: Überlegungen über die Gewaltenteilung im Athen des 4. Jahrhunderts.** Konstanz, Universität Konstanz, 1983.

_____. **The athenian ecclesia: a collection of articles 1976-83.** Copenhagen: Museum Tusculanum Press, 1983.

_____. **The return of the polis: the use and meanings of the Word polis in archaic and classical sources.** Stuttgart: Steiner, 2007.

HARRINSON, A. R. W. **The law of Athens.** v. 1 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

HARRIS, Edward M. **Did rape exist in classical Athens? Further reflections on the laws about sexual violence.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 7, p. 19-40, 2004.

_____. **Feuding or the rule of law? The nature of litigation in classical Athens: an essay in legal sociology.** In. Symposium 2001 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 125-142, sept. 2001.

_____. **Open texture in athenian law.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 3, p. 27-79, 2000.

_____. **The penalty for frivolous prosecutions in athenian law.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 2, p. 123-142, 1999.

_____. **The rule of law in athenian democracy: reflections on the judicial Oath.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 9, p. 156-181, 2006.

_____. **Who enforced the law in classical Athens?** In. Symposium 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 159-176, sept. 2005.

_____. RUBINSTEIN, Lene. **The law and the courts in ancient Greece.** London: Duckworth, 2004, XI, 240p.

HAUSSOULLIER, Bernard. **Traité entre Delphes et Pellana: etude de droit grec.** Paris: Librairie Ancienne Honore Campion, 1917, VIII, 189p.

HELMIS, Andreas. **La privation de sépulture dans l'antiquité grecque.** In. Symposium 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 259-268, sept. 2005.

HITZIG, Hermann Ferdinand. **Das griechische Pfandrecht.** New York: Arno Press, 1979, V, 148p.

HÖLKESKAMP, Karl-Joachim. **Schiedsrichter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im archaischen Griechenland.** Stuttgart, 1993, 343p.

HUNTER, Virginia. **Did the athenians have a word for crime?** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 10, p. 05-18, 2007.

HRUZA, Ernst. **Die Ehebegrundung nach attischem Rechte and Polygamie und Pellikat nach griechischem Rechte.** New York: Arno press, 1979, 190p.

ISMARD, Paulin. **La construction du fait associative en droit athénien et les limites de la notion de personnalité juridique.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 10, p. 57-83, 2007.

JAHN, Kirsten. **Die verfassung karthagos: eine bestandsaufnahme.** In.: *Rivista Dike*, Università di Milano, n. 7, p. 179-207, 2004.

JOHNSTONE, Steven. **Disputes and democracy: the consequences of litigation in ancient Athens.** Austin: Texas University Press, 1999.

KARABELIAS, Evangelos. **Le contenu de l'οἶκος en droit grec ancien.** Μνημη Αθήνα: Εκδόσεις Αντ Σακκουλα, p. 441-454, 1984.

_____. **Modalités successorales ab intestatio à Gortyne.** In: Festschrift für Arnold Kränzlein, Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte, Druck, Leykam Verlag Graz, b. 43, p. 29-42, 1986.

KISKERA, Ioannou P. **Το άστικόν δικαίον της Υδρας διατριβε έπι διδακτορία.** Athenai: [s.n.], 1961, 111p.

KLINGENBERG, Eberhard. **Der Ring des Polykrates: kannte das griechische Recht eine Dereliktion?** In: Festschrift für Arnold Kränzlein, Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte, Druck, Leykam Verlag Graz, b. 43, p. 43-52, 1986.

_____. **Eigentumserwerb durch Fund.** In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 101-110, 1988.

KLINGENBERG, Georg. **Partielle Konvaleszenz.** In: Festschrift für Arnold Kränzlein, Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte, Druck, Leykam Verlag Graz, b. 43, p. 53-62, 1986.

KOSCHAKER, Paul. **Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft.** München: Biederstein, 1938.

_____. **Europa und das römische Recht.** München: Biederstein, 1947.

KONSTAN, David. **Pity and the law theory and practice.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 3, p. 125-145, 2000.

KRÄNZLEIN, Arnold. **Eigentum und Besitz im griechischen recht des fünften und vierten Jahrhunderts v. Chr.** Berlin: Duncker und Humblot, 1963.

_____. **Fragen der Rechtsverfolgung in Delphi zur Zeit der Freilassunginschriften.** In.: Mneme Georgiu a. Petropulu (1897-1964) Hrsg. Pan D. Demakes, 1984.

_____. **Rechtsvorstellungen im altgriechischen und graeco-ägyptischen Rechtskreis.** Graz: Kienreich, 1975.

_____. **Zu den Freilassungsschriften aus Delphi.** In.: Synteleia (Vicenzo arangio-Ruiz Hrsg. Antonio Guarino), 1964

_____. **Fragen der Rechtsverfolgung in Delphi zur Zeit der Freilassunginschriften.** In.: Mneme Georgiu A. Petropulu (Hrsg. Pan d. Demakes) Griechenland Altertum Sklave, 1984.

KRISTENSEN, Karen Rørby. **Codification, tradition, and innovation in the law code of Gortyn.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 7, p. 135-168, 2004.

_____. **Inheritance, property, and management: gortynian family law revisited.** In: Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 89-100, sept. 2005.

KUPISZEWSKI, Henryk. **Formazione delle leggi e forme del loro controllo nell'Attene del IV sec. a.C.** In: Festschrift für Arnold Kränzlein, Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte, Druck, Leykam Verlag Graz, b. 43, p. 63-68, 1986.

LANNI, Adriaan. **Law and justice in the courts of classical Athens.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. **Relevance in athenian courts.** In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 112-128, 2005.

LEÃO, Delfim F. **Sólon e a legislação em matéria de direito familiar.** In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 8, p. 05-32, 2005.

LÉCRIVAIN, Charles. **Notes de droit penal grec.** In.: Mélanges (org. Gustave Glotz), Paris: PUF, p. 527-533, 1932.

LEIST, Burkard Wilhelm. **Graeco-italische Rechtsgeschichte**. G. Fischer, 1884, XVIII, 769p.

LEPRI, Luisa. **Profilo di diritto greco antico**. In: Arnaldo Biscardi. Lezioni raccolte a cura dell'assistente Luisa Lepri. Siena: Università di Siena, 1961, III, 233p.

LINK, Stefan. **Die nötigung des mündels in Gortyn (IC IV 72, col. 2, 16-20)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 7, p. 169-178, 2004.

_____. **'Dolus' und 'Woikeus' in Recht von Gortyn**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 4, p. 87-112, 2001.

_____. **Kosmoi, Startoi und Iterationsverbote: zum Kampf um das Amt des Kosmos auf Kreta**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 6, p. 140-149, 2003.

LIPSIUS, Justus Hans. **Das Attische Recht und Rechtsverfahren**. Leipzig, 1905. (2 nach. Leipzig, 1984. (Hildesheim, Olms, 1905-1915.)

LOFBERG, John Oscar. **Syncophancy in Athens**. Chicago: Chicago University Press, 1917.

LONGO, Chiara Pecorella. **Il condono della pena in Atene in età clássica**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 7, p. 85-111, 2004.

MACDOWELL, Douglas M. **Athenian homicide law in the age of the orators**. Manchester: Manchester University Press, 1999.

_____. **The athenian procedure of phasis**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 187-198, sept. 1991.

_____. **The Law in classical athens: aspects of greek and roman life**. New York: Cornell University, 1978.

MAFFI, Alberto. **Adozione e strategie successorie a Gortina e ad Atene**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 205-232, sept. 1991.

_____. **E'esistita l'aferesi dell'epikleros?** In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 21-36, 1988.

_____. **Family and property law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 254-266, 2005.

_____. **Gli studi di diritto greco**. In.: Etica e Política, Milano, IX, n. 1, p. 11-24, 2007.

_____. **Hans Julius Wolff e gli studi di diritto Greco a trent'anni dal I symposion**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 4, p. 269-291, 2001.

_____. **Il diritto di famiglia nel codice di gortina**. Milano: CUEM, 1997.

_____. **Nuove pubblicazioni**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 8, p. 171-177, 2005.

_____. **Proceso di status e rivendicazione in proprietà nel codice di Gortina: 'diadikasia' o azione delittuale**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 5, p. 111-134, 2002.

_____. **Quindicesimo simposio di diritto greco ed ellenistico**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 7, p. 209-213, 2004.

_____. **Sedicesimo simposio di diritto greco ed ellenistico**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 10, p. 269-272, 2007.

_____. **Studi recenti sul codice di Gortina**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 6, p. 162-226, 2003.

_____. **Studi recenti sulla grande rhetra**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 5, p. 195-236, 2002.

_____. **Sulla legge coloniarica di Naupatto**. In. Festschrift für Arnold Kränzlein, Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte, Druck, Leykam Verlag Graz, b. 43, p. 69-82, 1986.

MAGNELLI, Adalberto. **Disposizione legislative riguardanti il regime della terra in tre inediti frammenti da Gortyna (Creta)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 2, p. 143-160, 1999.

_____. **Una nuova epigrafe gortina in materia di manomissione**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 95-113, 1998.

MARGINESU, Giovanni. **L'agora di Rhaukos (IC IV 182, 1-20)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 6, p. 152-160, 2003.

MARTINI, Remo. **Diritti greci**. Bologna: Zanichelli, 2005, VI, 215p.

_____. **Il decreto d'investitura dei nomoteti**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 3, p. 113-123, 2000.

_____. **La terra a Gortina**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 87-94, 1998.

MEROLA, Francesca Reduzzi. **Servo parere: studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana**. Napoli: Jovene, 1990, 305p.

MEYER-TEMEER, A. J. M. **Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht**. Holland: Terra, 1978, IX, 290p.

MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, Joseph. **Greek law in the hellenistic period: Family and marriage**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 82-94, 2005.

_____. **La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 03-16, sept. 1991.

_____. **'Paroles néfastes' et 'vers obscènes' : à propos de l'injure verbale en droit grec th hellénistique**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 151-169, 1998.

MITTEIS, Ludwig. **Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs**. Leipzig: 1891.

MOSSE, Claude. **Le procès de phocion**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 79-85, 1998.

_____. **Quelques remarques sur la famille à Athènes à la fin du IV^e siècle: le témoignage du theater de Ménandre**. In. Symposion 1982 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 129-134, sept. 1982.

MÜHL, Max. **Die Gesetze des Zaleukos und Charondas**. Leipzig: Shcientia Verlag Aalen, 1964.

NENCI, Giuseppe. **Klarographia e Adelphothetia: osservazioni sul decreto di Nacona**. In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 173-178, 1988.

OSTWALD, Martin. **From popular sovereignty to the sovereignty of law: Law, society and politics in 5. Century Athens**. Berkeley, University of California Press, 1986.

_____. **Nomos and the beginnings of the Athenian democracy**. Oxford: Clarendon Press, 1969.

_____. **Was there a concept agraphos nomos in classical greece?** In.: Exegesis and argument: studies in greek philosophy. Assen: G. Vlastos, 1973.

PANESSA, Giangiacomo. **La 'philia' nelle relazioni interstatali del mondo greco**. In: Symposion 1988 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 161-266, juni. 1988.

PAOLI, Ugo Enrico. **Altri studi di diritto greco e romano**. Milano: La Goliardica, 1976.

_____. **Diritto attico e diritto greco**. Milano: Hoepli, 1943, 573p.

_____. **Studi di diritto attico**. Firenze: Bemporad, 1930, 344p.

PARKER, Robert. **Law and religion**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, 2005, p. 61-81.

PATTERSON, Cynthia. **Athenian citizenship law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 267-289, 2005.

PERROT, Georges. **Essai sur le droit public d'Athènes**. Paris: E. Thorin, 1869, LIX, 343p.

PETROPOULOU, Georgiou A. **Ιστορική Εισαγωγὴ εἰς τὰς πέντας τοῦ ἐλληνικοῦ δικαίου**. Athenai: [s.n.], 1961, 128p.

QUASS, Friedemann. **Nomos und Psephisma: Untersuchung zum griechischen Staatsrecht**. München: C. H. Beck, 1971, 90p.

RICKERT, Gailann. **Ekôn and akôn in early greek thought**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

ROHRMANN, Achim-Ernst. **Stellvertretung im altgriechischen Recht: Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultäten**. Würzburg: s.n., 1968, XXIII, 162p.

RUBINSTEIN, Lene. **Differentiated rhetorical strategies in the athenian courts**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 129-145, 2005.

_____. **Litigation and cooperation: supporting speaker in the courts of classical Athens**. Stuttgart: Steiner, 2000.

_____. **Volunteer prosecutors in the greek world**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 6, p. 87-113, 2003.

RUSCHENBUSCH, Eberhard. **Bemerkungen zum Erbtochterrecht in den solonischen Gesetzen**. In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 15-20, 1988.

SAUNDERS, Trevor J. **Penal law and family in Plato's Magnesia**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 115-132, sept. 1991.

SCAFURO, Adele. **The role of the prosecutor and athenian legal procedure (Dem. 21.10)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 7, p. 113-133, 2004.

SICILIANO VILLANUEVA, Luigi. **Sul diritto greco-romano privato in Sicilia**. Sala Bolognese: A. Forni, Stampa, 1986, 107p.

SORGE, Luisa Lepri. **Per una riprova storica dell'αφαίρεσις τῆς ἐπικλήρου (con una replica di A. Maffi)**. In.: Symposion – Papers on Greek and Hellenistic Legal History (org. Michael Gagarin), California, Pacific Grove, p. 37-40, 1988.

STOLFI, Emanuele. **Introduzione allo studio dei diritti greci**. Torino: G. Giappichelli, 2006, VII, 246p.

STROUD, Ronald. **Drakons law on homicide**. Berkeley; Los Angeles: University of California Press, 1968, 83 p.

TADDEI, Andrea. **Louis Gernet – Le Droit**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 3, p. 187-216, 2000.

TAITA, Julia. **Indovini stranieri al servizio dello stato spartano: un'‘epoikia’ elea a Sparta in una nuova iscrizione da Olimpia**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 4, p. 39-85, 2001.

THOMAS, Rosalind. **Written in stone? liberty, equality, orality, and the codification of law**. In.: Greek law in its political setting: justifications not Justice. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 09-33, 1996.

_____. **Writing, law, and written law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 41-60, 2005.

TODD, Stephen. C. **Law and oratory at Athens**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 97-111, 2005.

_____. **Lysias against Nikomachos: the fate of the expert in athenian law**. In.: Greek law in its political setting: justifications not Justice. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 101-132, 1996.

_____. **The shape of athenian law**. New York: Oxford Clarendon Press, 1984.

TORRE, Ángel Sánchez de la. **Un derecho sin violencia: el mito de crono en ‘Leyes’ de Platon**. In. Symposion 1982 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 79-128, sept. 1982.

THÜR, Gerhard. **Arnaldo Biscardi e il diritto greco**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 3, p. 177-186, 2000.

_____. **Das Prinzip der Fairness im attischen Prozess: gedanken zu Echinon und Enklema**. In. Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 131-150, sept. 2005.

_____. **Die Einheit des ‘griechischen Rechts’: Gedanken zum Prozessrecht in den griechischen Poleis**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 8, p. 22-62, 2005.

_____. **Eigentumsstreit und Staatsprozess in der grossen Gesetzesinschrift aus Gortyn**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 5, p. 95-109, 2002.

_____. **IPark 8: ‘Gottesurteil’ oder ‘Amnestiedekret’: (Nochmals zu IG V 2,262)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 1, p. 13-26, 1998.

_____. **Oath and dispute settlement in ancient greek law**. In.: Greek law in its political setting: justifications not Justice. (org. L. Foxhall and A. D. E. Lewis) Oxford: Clarendon Press, p. 57-72, 1996.

_____. **The jurisdiction of the areopagos in homicides cases**. In.: Symposion 1990 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln, Böhlau Verlag, p. 53-72, sept. 1991.

_____. **The role of the witness in athenian law**. In.: The Cambridge Companion to Ancient Greek Law. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 146-169, 2005.

TRANTAPHYLLOPOULOS, Jean. **La tradition dans les droits antiques**. In. Festschrift für Arnold Kränlein, Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte, Druck, Leykam Verlag Graz, b. 43, p. 137-142, 1986.

TAUBENSCHLAG, Rafael. Opera minora. Paris: La Haye, 1959.

TRONCOSO, Víctor Alonso. **Para un corpus de los tratados de alianza de grecia clásica**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 4, p. 219-232, 2001.

TULIN, Alexander. **Dike phonou: the right of prosecution and Attic homicide procedure**. Stuttgart: B. G. Teubner, 1996, 135p.

USHER, Stephen. **Greek oratory: tradition and originality**. Oxford, Oxford University Press, 1999.

VINOGRADOFF, Paul. **Outlines of historical jurisprudence: jurisprudence of the greek city**. v. 2 Oxford: Oxford University Press, 1922, 4v.

VOLONAKI, Eleni. 'Apagoge' in homicide cases. In.: *Rivista Dike, Università di Milano*, n. 3, p. 147-176, 2000.

_____. **The re-publication of the athenian laws in the last decade of the fourth century b.C.** In.: *Rivista Dike, Università di Milano*, n. 4, p. 137-167, 2001.

WALLACE, Robert W. **Law's enemies in ancient Athens**. In. *Symposion 2005 – Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln, Böhlau Verlag, p. 183-196, sept. 2005.

_____. **Unconvicted or potential 'atimoi' in acient Athens**. In.: *Rivista Dike, Università di Milano*, n. 1, p. 63-78, 1998.

WEBER, Hans. **Attisches Prozessrecht in den attischen Seebundsstaaten**. Coll. *Studien zur geschichte und Kultur der Altertums*, v. 1.5. Paderborn: F. Schöningh, 1908.

WEISS, Egon. **Griechisches Privatrecht auf Rechtsvergleichender Grundlage**. Leipzig: F. Meiner, 1923, v.

WOLF, Erik. **Griechisches Rechtsdenken**. IV. 2. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1952.

_____. **Rechtsphilosophie der Sokratik und Rechtsdichtung der alten Komödie**. Frankfurt a.M, Klostermann, 1954.

WOLFF, Hans Julius. **Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-romischen Agypten**. Weimar: Böhlau, 1961, VIII, 299 p.

_____. **Die attische Paragrafhe**. Weimar: Böhlau, 1966.

_____. **Marriage laws and family organization in ancient Athens**. *Traditio*, n. 2, 1944.

_____. **Neue Quellen zum Zessionsrecht der Papyri**. In.: *Studi in Onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze: Felice Le Monnier, p. 769-780, 1955.

WORTHINGTON, Ian. **Persuasion: greek rhetoric in action**. London: Routledge, 1994.

YUNIS, Harvey. **The rhetoric of law in fourth-century Athens**. In.: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. (Org. Michael Gagarin and David Cohen). New York: Cambridge University Press, p. 191-210, 2005.

ZACHARIA VON LINGENTHAL, Karl Eduard. **Geschichte des griechisch-romischen Rechts**. Vermehrter Neudruck der 3. Aufl. Aalen: Scientia, 1955, XXVII, 424p.

IV – Jusdocumental

ARNAOUTOGLU, Ilias. **Ancient greek law: a sourcebook**. New York: Routledge, 1998.

DITTENBERGER, W. **Sillogie inscriptionum graecarum, I-IV**. Leipzig, 1915-24

ERXLEBEN, E.; HALLOF, K.; JEFFERY, L.; LEWIS, D. **Inscriptiones graecae, I, I-3**. Novi Eboraci, 1981-98.

GIRARD, Paul Frédéric. **Textes de droit romain**. 3 ed. Org. Paul Frédéric Girard. Paris: Arthur Rousseau, 1903, p. 9-23.

HUNT, A. S.; EDGAR, C. G. **Select papyri**. London e Cambridge, 1932 (1v.) e 1934 (2v.).

KERN, O. **Inschriften von Magnesia am Mäander**. Berlin, 1990.

KIRCHNER, A. **Inscriptiones graecae II-III (I,2)**. Berolini, 1913.

_____. **Inscriptiones atticae euclidis anno posteriores, I, 2**. Beronili, 1916.

KÖRNER, R. **Inchriftliche Gesetzestexte der frühen griechischen polis**. Köln-Weimar: Böhlau Verlag, 1993

LEWIS, D.; MEIGGS, R. **A selection of greek historical inscriptions to the end of the fifth century b.C.** 2 ed. Oxford: Oxford Press University, 1992.

RHODES, P. J. **Greek historical inscriptions, 359-323 b.C.** Oxford: Oxford University Press, 1972 (ver. 1986)

_____. **The decrees of the greek states**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____.; OSBORNE, R. **Greek historical inscriptions, 404-323 b.C.** Oxford: Oxford University Press, 2003.

TAUBENSCHLAG, Rafael. **Prozesse au Pacht-, Miets-, Dienst- und Werkverträgen in den griechischen Papyri**. In.: Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete, v. 12, p. 187-193, 1937.

_____. **The law of greco-roman egypt in the light of the papyri**. Milano, 1972.

B – BIBLIOGRAFIA METODOLÓGICA

I – Filosofía

BADIOU, Alain. **Philosophie et psychologie: entretiens avec Michel Foucault**. Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 438-448.

BELLOU, Raymond. **Michel Foucault: 'les mots et les choses'**. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 499.

BLANCHOT, Maurice. **Foucault tel que je l'imagine**. Montpellier: Fata Morgana, 1986.

CARUSO, P. **Qui êtes-vous professeur Foucault?** Trad. C. Lazzeri. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 614-615.

CHAPSAL, Madeleine. **Entretien avec Michel Foucault**. Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 515.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Ceci n'est pas une pipe**. Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 635-650.

_____. **Distance, aspect, origine**. Critique: Revue Générale des Publications Françaises et Étrangère, Paris, v. XIX, n. 198, nov. 1963.

_____. **L'obligation d'écrire.** Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 437.

_____. **L'ordre du discours.** Paris: Gallimard, 1971.

_____. **La pensée du dehors.** Critique: Revue Générale des Publications Françaises et Étrangère (Hommage à Maurice Blanchot), Paris, v. XXII, n. 229, juin 1966.

_____. **Le langage à l'infini.** Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994.

_____. **Le langage de l'espace.** Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994.

_____. **Le Mallarmé de J.-P. Richard.** Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994.

_____. **Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines.** Paris: Gallimard, 1966.

_____. **Préface à la folie et déraison.** Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994.

_____. **Qu'est-ce qu'un auteur?** Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 818.

_____. **Sur les façons d'écrire l'histoire.** Dits et Écrits. Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994.

HADOT, Pierre. **La philosophie comme manière de vivre.** Paris: Albin Michel, 2001.

LINDUNG, I. **Entretien avec Michel Foucault.** Dits et Écrits Org. Daniel Defert et François Ewald. v. 1 Paris: Gallimard, 1994.

MEISTER, Martina. **Die Sprache, die nichts sagt und die nie schweigt: Literatur als Übertretung.** Ethos der Moderne: Foucaults Kritik der Aufklärung. Org. Eva Erdmann, Rainer Forst e Axel Honneth. Frankfurt: Campus Verlag, 1990.

ROVATTI, Pier Aldo. **D'un lieu risqué du sujet.** Critique: Revue Générale des Publications Françaises et Étrangère, Paris, n. 471-472, p. 923, août/septembre, 1986.

II – Gnoseológica

BELLOUR, Raymond. **Michel Foucault: 'les mots et les choses'.** in Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). v. 1 Paris: Gallimard, 1994, p. 498-499.

DELEUZE, Gilles. **Foucault.** Paris: Les Éditions de Minuit, 1986

DETENNE, Marcel. **Les grecs et nous.** Paris: Perrin, 2005.

DREYFUS, Hubert; RABINO, Paul. **Michel Foucault: un parcours philosophique, au-delà de l'objectivité et de la subjectivité.** (trad. Fabienne Durand-Bogaert) Paris: Gallimard, 1984.

ERIBON, Didier. **Michel Foucault (1926-1984).** 2 ed. Paris: Champs Flammarion, 1991.

FOUCAULT, Michel. **Genealogia e poder.** in Microfísica do poder. (trad. Roberto Machado) 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 172..

_____. **Nietzsche, la généalogie, l'histoire.** in Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 2, 1994.

_____. **Il faut défendre la société.** Paris: Gallimard, 1997.

_____. **La naissance de la clinique: une archéologie du regard medical.** Paris: PUF, 1963.

_____. **L'archéologie du savoir.** Paris: Gallimard, 1969.

_____. **Répondres des questions sur la géographie.** in Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). v. 3 Paris: Gallimard, 1994.

FRANK, Manfred. **Sobre el concepto de discurso en Foucault.** Michel Foucault, filósofo. (trad. Alberto Luis Bixio) Barcelona: Gedisa, 1999 p. 107-115.

GALLO, Sílvia. **O conceito de episteme e sua arqueologia em Foucault.** Foucault e a destruição das evidências (org. Márcio Mariguela) Piracicaba: Unimep, 1995, p. 13-27.

GOMES, João Carlos Lino. **Nota sobre o conceito de episteme em Michel Foucault.** Revista Síntese Nova Fase, Belo Horizonte, v. 18, n. 53, p. 225-231, abr./jun. 1991.

HONNETH, Axel. **Kritik der macht: reflexionsstufen einer kritischen gesellschaftstheorie.** Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986.

MACHADO, Roberto. **Arqueología y epistemología.** in Michel Foucault, filósofo. (trad. Alberto Luis Bixio) Barcelona: Gedisa, 1999.

MACHADO, Roberto. **Ciência e saber: a trajetória da arqueologia de Foucault.** Rio de Janeiro: Graal, 1988.

MUCHAIL, Salma Tannus. **Sobre o conceito de genealogia em Michel Foucault.** Revista do Curso de Filosofia, Curitiba, Ed. da PUC-PR, a. XIII, n. 12, p. 07-33, jan./jul. 2001.

TRONCA, Ítalo A. **Foucault e a história: um espaço em branco.** in Foucault Vivo (org. Ítalo Tronca) Campinas: Pontes, 1987, p. 8.

VALDINOCI, Serge. **Les incertitudes de l'archéologie: archè et archive.** Revue de métaphysique et de morale, Paris, Armand Colin, a. 83, n. 1, p. 73-101, jan./mar. 1978.

VEYNE, Paul. **Comment on écrit l'histoire: essai d'épistémologie.** Paris: Le Seuil, 1970, p. 240.

III – Histórica

CHANTRAINE, P. **Deux notes sur le vocabulaire juridique dans les papyrus grecs (I – les adjectifs em “imaïos” e II – le nom de la dot).** In.: Mélanges Maspero: Orient Grec, Romain et Byzantin. Caire: Imprimerie de L'Institut Français D'Archéologie Orientale, p. 219-224, 1934-1937.

DIELS, H. KRANZ, W. **Die Fragmente der Vorsokratiker.** 2 B. Berlin: Weidmann, 1989.

GALLO, Ítalo. **Avviamento alla papirologia greco-latino.** Napoli: Liguori, 1983, 139p.

HERMANN, Johannes. **Papyrusdokumente mit Wertpapierfunktion.** In. Festschrift für Arnold Kränzlein, Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte, Druck, Leykam Verlag Graz, b. 43, p. 21-28, 1986.

MAFFI, Alberto. **Studi di epigrafia giuridica greca.** Milano: Giuffrè, 1983, VIII, 261p.

PURPURA, Gianfranco. **Diritto, papiri e scrittura.** Torino: G. Giappichelli, 1995, 153.

WOODHEAD, A. G. **The study of greek inscriptions.** 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

ZINGALE, Livia Migliardi. **Introduzione allo studio della papirologia giuridica**. Torino: G. Giappichelli, 1984, 104p.

C – BIBLIOGRAFIA DE APOIO REFERIDA

ADEODATO, João Maurício. **Conjetura e verdade**. In.: *Ética e Retórica*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41 e segs.

_____. **Ética, jusnaturalismo e positivismo no Direito**. Anuário do mestrado em Direito UFPE, Recife, n. 7, p. 199-216, 1996.

_____. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 1996, 244p.

_____. **O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial**. in *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 261-283.

_____. **Positividade e conceito de direito**. In.: *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, p. 15-28, 2002.

ALENIKOFF, Alexander. **Constitutional law in the age of balancing**. In.: *The Yale Law Journal*, 96, 5, p. 943-1005, apr. 1987.

ALEX, Robert. **Balancing, constitutional review, and representantion**. In.: Oxford University Press, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

_____. **Constitutional rights, balancing, and rationality**. In.: *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, dec. 2003.

_____. **Grudgesetz und Diskurstheorie**. In.: Winfried Brugger (Hrsg) *Legitimation des Grudgesetze aud Sicht von Rechtsphiosophie und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden, p. 343-360.

_____. **On balancing and subsumption: a structural comparison**. In.: *Ratio Juris*, Oxford, 16, 4, p. 433-449, dec. 2003.

_____. **Probleme der Diskurstheorie**. In: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, B. 43, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, p. 81-93.

_____. **Rights, legal reasoning and rational discourse**. In.: *Ratio Juris*, Oxford, 5, 2, p. 143-152, jul. 1992.

ANDRADE, Marta Mega de. **A ‘cidade das mulheres’: a questão feminina e a polis revisitada**. in *Amor, desejo e poder na antigüidade: relações de gênero e representações do feminino*. Org. Pedro Paulo A. Funari, Lourdes Conde Feitosa e Glaydson José da Silva. Campinas: Ed. Da Unicamp, 2003, p. 115-148.

ARENDT, Hannah. **Crises of the republic**. New York-London: Harvest-HJB, 1972, 240p.

_____. **Men in dark times**. New York-London: Harvest-HJB, 1968, 4 v.

_____. **The life of the mind: thinking and willing**. New York-London: Harvest-HJB, 1978, 2 v.

_____. **The humain condition**. Chicago: University of Chicago Press, 1958, p. 352.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In.: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, jan.-mar. 1999.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

BARCELLONA, Pietro. **Il declino dello stato: reiflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno**. Bari: Dedalo, 1998.

BARREIRO, Alejandro Fernandez. **Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano**. Santiago de Compostela: Villena, 1976.

BARTOSEK, Milan. **Sulla concezione 'naturalistica' e materialistica dei giuristi classici**. in Studi in memoria di Emilio Albertario, Milano: Giuffrè, 1953, p. 465-513, v. II.

BELEBONI, Renata Cardoso. **O leito de Procusto: o gênero na Grécia antiga**. in Amor, desejo e poder na antigüidade: relações de gênero e representações do feminino. Org. Pedro Paulo A. Funari, Lourdes Conde Feitosa e Gláydson José da Silva. Campinas: Ed. Da Unicamp, 2003., p. 149-162.

BIONDI, Biondo. **Obbietto e metodi della scienza giuridica romana**. in Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini. Milano: Ulrico Hoepli Editore, 1946, p. 202-249.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça cósmica platônica**. In.: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 387-404, 2000.

_____. **A justiça em Aristóteles**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **A teoria aristotélica da justiça**. In.: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 92, p. 53-73, 1997.

BOFFO, Laura. **La 'libertà' delle città greche sotto i romani (in epoca repubblicana)**. In.: Rivista Dike, Università di Milano, n. 6, p. 227-249, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2009.

BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas. **Neue Theorien des Rechts**. 2 Aufl. Frankfurt: Lucius und Lucius UTB, 2009.

BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan; NEUMANN, Ulfrid. **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

CARDAHI, Choucri. **Les hommes de loi: ce qu'ils furent, ce qu'ils sont – variétés historiques et littéraires**. Paris: Recueil Sirey, 1937.

CHANTRAINE, Pierre. **Dictionnaire étymologique de la langue grecque: histoire des mots**. Paris: Klincksieck, 1999.

CHAUÍ, Marilena. **Público, privado, despotismo**. in Ética. Org. Adauto Novaes, São Paulo: Cia das Letras, 1992, p. 345-390.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Hemus, 1975.

COSTA, Newton Carneiro Afonso da. **Conjetura e quase-verdade na obra de Miguel Reale**. In.: Cidadania e Cultura Brasileira (Org. Shozo Motoya). São Paulo: Edusp e Bunge, 2000, p. 33-42.

CROISET, Maurice. **La civilisation de la Grèce antique**. Paris: Payot e Rivages, 1994.

_____. **Les démocraties antiques**. Paris: Flammarion, 1911.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Lições preliminares de Filosofia do Direito**. Coimbra, Almedina, 1998.

DARBO-PESCHANSKY, C. **Historia et historiographie grecque: "le temps des hommes"**. In: Constructions du temps dans le monde grec ancien. Paris, CNRS Editions, 2000.

_____. **L'historien grec ou le passé jugé.** In: LORAUX, L. e MIRALLES, C.(org). *Figures de l'intellectuel en Grèce ancienne.* Paris, Ed. Belin, 2000.

DETTIENNE, Marcel. **L'écriture et ses nouveaux objets intellectuels en Grèce.** In.: *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienn.* Lille: Presses Universitaires de Lille, 1992.

DONZELLI, Giuseppina Basta. **La poesia greca del V e IV secolo a.C.** in *Storia della letteratura greca.* (org. Giovanni D'Anna) Roma: Tascabili Economici Newton, 1995, p.28-41.

ERDMANN, Eva. **Die literatur und das schreiben "l'écriture de soi" bei Michel Foucault.** *Ethos der Moderne: Foucaults Kritik der Aufklärung.* (org. Eva Erdmann, Rainer Forst e Axel Honneth) Frankfurt: Campus Verlag, 1990, p. 260-279.

EHRENBERG, v. **The people of Aristophanes: a sociology of old Attic comedy.** 2 ed. Oxford: Blackwell, 1951.

EDWARDS, Michael. **The attic orators.** Londres: Bristol Classic Press, 1994.

ELY, John. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** Cambridge, Harvard Press, 1980.

ENTRALGO, Pedro Lain. **La curacion por la palabra en la antigüedad classica.** Madrid: Revista de Occidente, 1958.

FARALLI, Carla. **La filosofia del diritto contemporanea: temi e le sfide.** 2 ed. Roma-Bari: Laterza, 2006

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 1995, 111 p.

_____. **A dimensão social da democracia.** *Digesto Econômico*, v. 35, n. 263, p. 41-48, set./out. 1978.

_____. **A filosofia como discurso aporético uma análise da filosofia do angulo lingüístico-pragmático.** *Série Filosofia. Cadernos da PUC/SP*, São Paulo, n. 1, p. 53-67, mar. 1980.

_____. **A opção entre os sistemas.** *Carta: Falas Reflexões Memórias*, n. 6, p 203-205, 1993.

_____. **Democracia e conscientização social.** *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 407-414, out./dez. 1978.

_____. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 188p.

_____. **Direitos humanos - o que fazer?** *Folha de São Paulo*, São Paulo, *Tendências e Debates*, p. A3, 30 de janeiro de 1991.

_____. **Do discurso sobre a justiça.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 74, p. 153-166, jan./dez. 1979.

_____. **Em que medida os direitos humanos podem legitimar uma ordem jurídica?** *Vox Legis*, v. 12, n. 140, p. 7-22, ago. 1980.

_____. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Limonad, 1998, 205 p.

_____. **Institucionalização da violência.** *Ciência Penal*, v. 6, n. 1, p. 93-104, 1980.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, 368p.

_____. **La philosophie du droit au Brésil après la deuxième guerre mondiale: le rôle de Miguel Reale.** In.: *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, t. 34, p. 233-240, 1989.

_____. **Perversão ideológica dos direitos humanos.** *Ciência Penal* 3, São Paulo: J. Bushatsky, 1974, v. 3, p. 397-427.

_____. **Política e ciência política**. Brasília, Documentação e Atualidade Política, n. 5, p. 9-14, out./dez. 1977.

_____. **Política e Ciência Política**. Brasília: Edumb, 1979, 65 p.

_____. **Razão técnica, razão política**. Folha de São Paulo, São Paulo, p. 1-3, 17 de maio de 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 181p.

FINLEY, Moses I. **Die antike Wirtschaft**. München: Dt. Taschenbuch, 1977.

_____. **La liberté du citoyen dans le monde grec**. In: Mythe, mémoire, histoire: les usages du passé. Paris: Flammarion, p. 62-88, 1981.

_____. **The elderly in classical antiquity**. In.: Journal Ageing and Society, Sheffield, University of Sheffield, n. 4, p. 391-408, 1984.

FORST, Rainer. **Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit**. Main: Suhrkamp Verlag, 2007.

FORSTHOFF, Ernst. **Die politischen Parteien im Verfassungsrecht**. Tübingen: 1950.

FOUCAULT, Michel. **Sexualité et solitude**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 168-177.

_____. **Les techniques de soi**. (trad. F. Durant-Bogaert) Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 783-812.

_____. **Le combat de la chasteté**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 295-308.

_____. **L'herméneutique du sujet**. Paris: Gallimard, 2001.

_____. **L'herméneutique du sujet (cours)**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 353-366.

_____. **L'écriture de soi**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 415-430.

_____. **Usage des plaisirs et techniques de soi**. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). Paris: Gallimard, v. 4, 1994, p. 539-562.

GASQUY, Armand. **Cicéron jurisconsulte**. Paris: Ernest Thorin, 1887.

GERNET, Louis. **La base de la cité classique**. In: Les grecs sans miracle. Org. Riccardo di Donato. Paris: La Découverte-Maspero, 1983.

_____. **Sólon**. In: Les grecs sans miracle. Org. Riccardo di Donato. Paris: La Découverte-Maspero, 1983.

_____.; BOULANGER, André. **Le génie grec dans la religion**. Paris: Albin Michel, 1970.

GLOTZ, Gustave. **La cité grecque**. Paris: Albin Michel, 1988.

GRIMM, Dieter. **Proportionality in canadian and german constitutional jurisprudence**. In.: University of Toronto Law Journal, n. 57, p.383-397, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

HUNTER, Virgínia J. **Policing Athens**. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. Trad. Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Die anfänge die Rechtsphilosophie und die Griechen**. In.: Zeitschrift für philosophische Forschung, Vittorio Klostermann GmbH, Bd. 3, H. 4 (1949), pp. 512-529

JARDÉ, A. **La Grèce antique et la vie grecque**. Paris: Librairie Delagrave, 1914.

JOHNSTONE, Steven. **Dispute and democracy: the consequences of litigation in ancient Athens**. Austin: University of Texas Press, 1999.

KENNEDY, George. **The art of persuasion in Greece**. Princeton: Princeton University Press, 1963.

KÖBLER, Gerhard. **Rechtsgeschichte: ein systematischer Grundriss**. München: Vahlen, 1978

KOSCHAKER, Paul. **Europa und das römische Recht**. Berlin: C. H. Beck, 1966.

KUNKEL, W. **Römische rechtsgeschichte**. 12 ed. Köln: Bohlau, 1990.

LABRANGE, E. **Manuel de droit romain ou explication des institutes de justinien**. Paris: J.-B. Mulot, 1873.

LAERCIO, Diogenes. **Vida, opiniões y sentencias de los filósofos más ilustres**. Trad. José Ortiz y Sanz. Buenos Aires: El Ateneo, 1947.

LAFER, Celso. **A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política**. in *Ética*. Org. Adauto Novaes, São Paulo: Cia das Letra, 1992, p. 225-238.

_____. **A política como condição humana**. Pós-fácio in ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 346-347.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. **Direito e poder: apontamentos sobre o tema na reflexão de Miguel Reale**. in *Anais do I Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito*, João Pessoa, n. 1, p. 63-69, 1980

_____. **Filosofia do direito e princípios gerais: considerações sobre a pergunta “o que a filosofia do direito?”**. In.: *O que é a filosofia do direito*. Barueri: Manole, 2004, p. 51-74.

LIMA, Paulo Francisco Butti de. **História e retórica na Grécia clássica**. In: *Discurso – Revista do Departamento de Filosofia da USP*, São Paulo, n. 21, 1993, p. 171-186.

LOSANO, Mario. **Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica**. Milano: Franco Angeli, 1997.

MACIEL, Bruno. **O conceito de experiência na teoria da cultura de Miguel Reale**. In.: *Revista Interdisciplinar de Estudos Ibéricos e Ibero-Americanos*, Juiz de Fora, a. 1, n. 4, p. 81-110, jun-ago/2007.

MASARACCHIA, Agostino. **La prosa greca del V e del IV secolo a.C.** in *Storia della letteratura greca*. (org. Giovanni D’Anna) Roma: Tascabili Economici Newton, 1995, p.42-57.

MEYER, Eduard. **Geschicht des Altertums: die ältesten geschichtlichen Völker und Kulturen**. b 1 bis 7, 2 Ausgabe. Essen: Mundus Verlag, 2000.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. In.: *California Law Review*, v. 86, 1998.

MONTANARI, Franco. **La letteratura greca pagana di età imperiale**. in *Storia della letteratura greca*. (org. Giovanni D’Anna) Roma: Tascabili Economici Newton, 1995, p.72-92.

- MONTENEGRO, Artur. **A conquista do direito na sociedade romana**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1934.
- MURACHCO, Henrique. **Língua grega: visão semântica, lógica, orgânica e funcional**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 2v.
- NEVES, Maria Helena de Moura. **A vertente grega da gramática tradicional: uma visão do pensamento grego sobre a linguagem**. 2. ed. São Paulo: Editora da Unesp, 2005.
- OBER, Josiah. **Mass and elite in democratic Athens: rhetoric, ideology, and the power of the people**. Princeton: Princeton University Press, 1989.
- OSBORNE, Robin. **Demos: the discovery of classical attika**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- OST, François. **Raconter la loi: aux sources de l’imaginaire juridique**. Paris: Odile Jacob, 2004.
- PANIAGUA, José M. Rodríguez. **Historia del pensamiento jurídico**. 5 ed. Madri: Ed. da Universidad Complutense de Madri, 1984.
- PEÑA, Enrique Luño. **História de la filosofía del derecho**. Barcelona: La Gormiga de Oro, 1948.
- PEREIRA, Aloysio Ferraz. **História da filosofia do direito: das origens a Aristóteles**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l’argumentation: la nouvelle rhétorique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, 2v.
- PETIT, Eugène. **Traité élémentaire de droit romain**. Paris: Libraire Arthur Rousseau, 1925.
- PETRONE, Igino. **Filosofia del diritto: filosofi fisici greci**. Milano: Giuffrè, 1950.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grudrechte: Staatsrecht**. v. II, 21 ed. Heidelberg, 2005.
- PIMENTEL, Maria Augusta O. **O mistério da miragem: a mulher na história de Esparta**. in Amor, desejo e poder na antigüidade: relações de gênero e representações do feminino. Org. Pedro Paulo A. Funari, Lourdes Conde Feitosa e Glaydson José da Silva. Campinas: Ed. Da Unicamp, 2003, p. 241-260.
- PIMENTEL, Ronaldo. **Ontognoseologia e teoria da cultura no livro “introdução à filosofia de Miguel Reale**. In.: Revista Interdisciplinar de Estudos Ibéricos e Ibero-Americanos, Juiz de Fora, a. 1, n. 3, p. 94-110, mar-maio/2007.
- PRETAGOSTINI, Roberto. **La letteratura greca pagana dell’età ellenistica**. in Storia della letteratura greca. (org. Giovanni D’Anna) Roma: Tascabili Economici Newton, 1995, p.58-71.
- PRIVITERA G. Aurélio. **La letteratura greca arcaica**. in Storia della letteratura greca. (org. Giovanni D’Anna) Roma: Tascabili Economici Newton, 1995, p.11-27.
- RAVÀ, Adolfo. **Lezioni di filosofia del diritto: cetticismo giuridico in Grecia**. Milano: Cedam, 1938.
- REALE, Miguel. **A filosofia como autoconsciência de um povo**. In.: Pluralismo e liberdade, Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura, 1998, p. 63-78.
- _____. **Conjeturas da experiência jurídica**. In Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 131 a 162.
- _____. **Experiência e cultura**. São Paulo: Edusp, 1977.
- _____. **Introdução à filosofia**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

- _____. **O direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. **Teoria do conhecimento e teoria da cultura.** In.: Cinco temas do culturalismo, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27 a 37.
- _____. **Teoria tridimensional do direito.** São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. **Verdade e conjectura.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- ROMILLY, Jacqueline. **La douceur dans la pensée grecque.** Paris: Les Belles Lettres, 1979.
- _____. **Les barbares dans la pensée de la Grèce classique.** In.: Revue Phoenix a. 4, n. 47, 1993, p. 283-292.
- ROMMEN, Henri. **Le droit naturel.** Trad. Émile Marmy. Paris: Egloff, 1945.
- ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo.** São Paulo: Cia das Letras, 1987.
- SCHAUER, Frederick. **Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text.** In.: University of Virginia Law School, paper 133, p. 1-18, 2009.
- SCHLINK, Bernhard. **Abwägung im Verfassungsrecht.** Berlin: Dunker und Humboldt, 1976.
- _____. **German constitutional culture in transition.** In.: Cardozo Law Review, n. 14, 1992-93.
- _____. **Grundrechte als Prinzipien.** In.: University zu Osaka, p. 41-58, okt. 1991.
- SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre.** Berlin: Bunker und Humblot, 1954.
- SICHES, Luis Récasens. **Vida humana, sociedad y derecho.** 3 ed. México: Porrúa, 1952.
- SCHÜLER, Donald. **Heráclito e seu (dis)curso.** Porto Alegre: L&PM, 2001.
- SILVA, Glaydson José da. **Representações femininas e relações de gênero na ars amatoria.** in Amor, desejo e poder na antiguidade: relações de gênero e representações do feminino. Org. Pedro Paulo A. Funari, Lourdes Conde Feitosa e Glaydson José da Silva. Campinas: Ed. Da Unicamp, 2003, p. 335-376.
- SUMMERS, Robert S. **How law is formal and why it matters.** In.: Cornell Law Review, 82, p. 1165-1229, 1996-97.
- _____. **The formal character of law.** In.: Cambridge Law Journal, 51(2), p. 242-262, jul. 1992.
- TOBEÑAS, José Gastán. **La equidad y sus históricos.** In.: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, a. XCVIII, n. 6, p. 607-751, jun. 1950.
- TOYNBEE, A. J.; **A herança dos gregos.** Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- VAREJÃO, Marcela. **I modelli giuridici e l'ermeneutica in Miguel Reale.** In.: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milano, v. 72, n. 4, p. 829-849, 1995.
- VERNANT, Jean-Pierre. **Les origines de la pensée grecque.** 9^{ème} ed. Paris: PUF, 2002
- _____. **L'individu dans la cité.** In: L'individu, la mort, l'amour: soi-même et l'autre en Grèce ancienne. Paris: Gallimard, 1989.
- _____. **Mythe et pensée chez les Grecs: Etudes de psychologie historique.** Paris: La Découverte, 1962.
- VILLEY, Michel. **Leçon d'histoire de la philosophie du droit.** Paris: Dalloz, 1957.

UNTERSTEIRNER, Mario. **Sofisti**. Milão: Bruno Mondadori, 1996.