

A identidade do Direito na compreensão clássica da decisão judicial

Cláudia Servilha Monteiro*

Sumário: Introdução; 1. A decisão encontra a atividade judicial em Platão e Aristóteles; 2. Platão no paradoxo da legalidade; 3. Aristóteles compreende a atividade judicial positivada; 4. A atividade judicial na identidade do Direito; Considerações finais; Referências.

Resumo: O texto aborda o debate sobre as características específicas do poder de julgar e da legitimidade política do juiz para decidir a partir de duas fórmulas paradigmáticas de compreensão da decisão judicial no pensamento clássico de Platão e Aristóteles. No confronto entre os fatores juiz, Política, realização do Direito e limites da lei são apresentadas as primeiras divergências sobre a atividade judicial como elementos de identificação do Direito entre o paradoxo da legalidade e a produção da decisão como atividade positivada.

Palavras-chave: Decisão judicial; Atividade judicial; Teoria da Decisão Judicial; Decisão judicial em Platão; Decisão judicial em Aristóteles.

Abstract: The text approaches the debate about the power decision specific characteristics and the judge decision legitimacy politics from two paradigmatic understandings of the judicial decision on the Plato and Aristotle classic thought. On the confrontation between the factors judge, Politics, Law accomplishment and law limits are presented the judicial activity first divergences as elements of Law identification between the legality paradox and the decision making as positive activity.

Keywords: Judicial decision; Judicial activity; Theory of Judicial Decision; Judicial decision on Plato; Judicial decision on Aristotle.

Introdução

A decisão judicial diferencia-se dos demais tipos de decisão por um fator muito preciso, ela é produzida por uma autoridade especialmente designada para o exercício dessa função qual seja o juiz em sentido amplo – em qualquer grau hierárquico ou de especialidade de um sistema judiciário de Estado. Uma decisão que não provenha de tal autoridade pode ser até de grande valia e importância no terreno dos novos esforços democratizadores e descentralizadores da resolução de conflitos e da realização da justiça; contudo, estas últimas não podem ser consideradas *judiciais* neste seu sentido específico: como oriunda de um funcionário público do Estado destacado para o exercício da função jurisdicional. O estatuto teórico da

* Doutora em Teoria e Filosofia do Direito pela UFSC, advogada, presidente do Observatório do Estado, professora e pesquisadora da UNIPLAC.

decisão judicial oscila conforme o debate sobre o papel dos agentes estatais designados para a tarefa, os juízes.

A atividade judicial atravessou a História ocidental trazendo consigo aspectos ideológicos sobre o papel dos juízes e de suas concepções jurídico-políticas e das próprias relações entre a função de julgar e o Poder político. A idéia atual de uma função regulamentada e limitada aos princípios ordenadores do Estado de Direito é um patamar relativamente tardio na experiência histórica do exercício da função de decidir os conflitos vividos no seio da comunidade. Hoje se pode inclusive verificar a existência de uma Lógica dos raciocínios judiciais, objeto de estudo de algumas vertentes pragmáticas vinculadas às teorias da argumentação jurídica. Todavia, a polêmica sobre os limites da atuação jurisdicional encontra-se instaurada na ordem do dia das democracias ocidentais, de forma a ocorrer uma transferência de legitimidade racional entre o agente da decisão e ela mesma.

Nos dois lados da polêmica atual estão, de um lado, as características específicas do poder de julgar, e, de outro, a legitimidade política do juiz para decidir. Duas fórmulas definem os paradigmas judiciais em articulação com a missão de construção da lei: a visão unitarista que identifica o agente da decisão judicial com o próprio Estado, de cuja soberania compartilha; e a visão hierárquica que reconduz o juiz ao agente aplicador submisso.

No pensamento grego clássico encontra-se um importante confronto entre essas duas maneiras de compreender a atividade judicial a partir do pensamento de Platão e Aristóteles, porque suas perspectivas são essencialmente diferentes sobre a intrincada relação de pertinência entre o juiz, a Política, a realização do Direito e os limites da lei.

1 A decisão encontra a atividade judicial em Platão e Aristóteles

A colaboração do tempo sedimentou a função de decidir na experiência clássica, provocando o seu encontro com o nascimento do Estado, eis o que conduziu Platão e Aristóteles a pensar no âmbito da atividade judicial, apoiando-se cada um deles em seus movimentos de passagem teórica. É preciso acrescentar que estes pensadores souberam interpretar a realidade da *polis* de modo a encontrar nas suas respectivas perspectivas a sabedoria da composição de um quadro que permanece até os dias atuais: a tendência de uma busca pela definição da compreensão da decisão judicial a partir do modo pelo qual se concentra e se definem os poderes do seu agente, o juiz.

Na troca de idéias entre os dois pensadores há uma referência mais ampla situada no âmbito da articulação entre *natureza* e *lei*. A segunda como instrumento

de apoio à primeira para que a natureza alcance sua finalidade última que é a realização da justiça. A *justiça* é aqui tratada como uma virtude humana e também como elemento da organização política, lembrando que nestes autores não existe separação possível entre Política e moralidade. A virtude de cada cidadão é premissa de observação da presença da justiça na *polis*, daí a importância destacada da educação para a virtude.

Ao mesmo tempo em que Platão desenvolve uma idéia da Política calcada no parâmetro rigoroso da lei, e, portanto, enfocando o papel do rei e do legislador, Aristóteles confere ao Direito um estatuto teórico que lhe é independente, abrindo espaço para a discussão filosófica sobre a atividade judicial.

2 Platão no paradoxo da legalidade

Em Platão encontra-se o paradoxo de uma visão que ressalta as deficiências da lei e, ao mesmo tempo, a necessária prevalência dos regimes políticos fundados na legalidade. O ponto de partida dessa discussão está em *A República*, em *O Político* e em *As Leis*.

Em *A República*, Platão define a justiça em articulação com sua concepção de natureza e no âmbito da Teoria das Idéias, deixando em segundo plano a lei, como elemento representativo da tradição na *polis*, da mesma forma como resiste às convenções sustentadas pelos sofistas.

Entretanto, a lei – consistindo nas raízes da organização política –, é vista por Platão como essencial à realização da justiça. Sócrates sugere que as crianças sejam educadas a participar nos jogos sob regras para que se formem “homens cumpridores da lei e honestos”.¹ Como a lei é tomada como instrumento educacional para orientar os cidadãos à obediência, a organização da *polis* não pode dela prescindir.

A origem das leis e das convenções entre as pessoas está na necessidade de estabelecer o que é o justo no limite das prescrições legais, para que as injustiças não sejam cometidas, nem ninguém se torne vítima delas.² As leis se tornam, assim, pressupostos da própria existência da *polis*; contudo, a *polis* é fundada antes da justiça e esta, por sua vez, não pode ser definida pela idéia de lei.

Polemárcos define a justiça segundo Simônides, isto é: dar a cada um o que é seu, ao passo que Sócrates ironiza este entendimento. Trasímaco sustenta a célebre idéia polêmica de que a justiça seria a conveniência do mais forte. Ao instituir sua

¹ PLATÃO. *A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 376d e 425a.

² *Ibidem*. Op. cit. 359a.

legislação, cada governo orientar-se-ia por suas conveniências. Tratando-se de uma democracia, seriam editadas leis democráticas, ou, no caso da monarquia, leis monárquicas. Depois de promulgadas suas leis, “fazem saber que é justo para os governos aquilo que lhes convém, e castigam os transgressores, a título de que violaram a lei e cometeram uma injustiça”. Assim, existiria apenas um “modelo de justiça em todos os Estados – o que convém aos poderes constituídos. Ora estes é que detém a força. De onde resulta, [...] que a justiça é a mesma em toda parte: a conveniência do mais forte”.³ Este argumento sofista de Trasímaco é retomado pelo ateniense em *As Leis*.

Segundo Alexandre Koiré,⁴ Polemarco assume uma concepção burguesa de justiça. Já para Trasímaco, todas as noções de Direito são meros simulacros da realidade eivados de hipocrisia. Contudo, Sócrates também refuta esta posição de Trasímaco, sustentando a inviabilidade de uma *polis* desprovida de justiça. Logo, seria lícito aos cidadãos resistirem às leis que lhes fossem injustas e, por outro lado, justo que os cidadãos cumprissem as leis, pelo que, no entendimento de quem as pôs, seriam justas. Lembra Glauco que a censura da injustiça não ocorre por temor de cometê-la e sim de vir a ser sua vítima.

Na *polis* a justiça é análoga à justiça da alma de cada indivíduo, cuja razão deve comandar por se tratar de sua parte superior. Sendo assim a justiça é, ao mesmo tempo, de um só indivíduo e de toda a *polis*: “há na cidade e na alma de cada indivíduo as mesmas partes”.⁵ Se a justiça é uma virtude da alma, a obediência à lei não é um critério último da justiça, uma vez que se trata de uma virtude vinculada à certa disposição interior da alma e não a uma maneira de se comportar com o outro; o homem justo é aquele governado pela porção mais nobre de sua alma: a razão.

Razão, lei e ordem são elementos aproximados por suas relações intrínsecas na *polis* utópica de Platão, de forma a obediência à lei constituir-se num ato de razão.

Como a *polis* teria se tornado uma realidade da qual não é mais possível ao cidadão se afastar, o desafio de Platão é construir um modelo para amparar a reforma da *polis* injusta, na qual a terrível condenação de Sócrates seria um resultado previsível. Sócrates, que foi uma vítima notória da ignorância de seus julgadores. Para a *polis*, injusta e ignorante, é insuportável um homem justo e sábio: o filósofo. Isso porque está presente no espírito dessa qualificação excepcionalmente superior de chefe a intimidade com a ciência, com a razão, com o juízo reflexivo, com a

³ PLATÃO. *A República*. Op. cit. p. 338e-339a.

⁴ KOYRÉ, Alexandre. *Introdução à leitura de Platão*. 2. ed. Tradução de Helder Godinho. Lisboa: Presença, 1984. p. 79-81.

⁵ PLATÃO. *A República*. Op. cit. p. 354a, 368e, 441c-441e, 445d, 544a.

capacidade de examinar e de sintetizar. Somente filósofo dominaria com perfeição a dialética, a forma mais elevada de ciência que permite alcançar a verdade.⁶

A distinção platônica entre a *polis* perfeita e a imperfeita encontra seu centro na qualidade do governante. Alexandre Koiré⁷ sintetiza os elementos de fundo, a *polis* utópica é governada pela razão que também deve imperar no seu governante, a razão que, por sua vez, objetiva o bem. De outro lado, na *polis* imperfeita vigora a perversão da razão, da sabedoria e do dever na forma da ambição, avareza, do hedonismo, da vaidade e da criminalidade.

Ao propor a “coalescência do poder político com a filosofia”, Platão⁸ lança a tese dos filósofos-reis na *polis* ou dos soberanos que se tornem filósofos. Enquanto tal quadro não se configurar, “não haverá trégua dos males [...] para as cidades, nem sequer, julgo eu, para o gênero humano”. A reforma da *polis* a conduziria, então, à perfeição na dependência que o filósofo assumisse a sua chefia. Com os reis-filósofos, os demais guardiões estariam apenas sob sua autoridade.

Contudo, também em relação ao ofício de julgar, há a recomendação do enlace com a filosofia, pois Platão⁹ quanto à experiência, é o filósofo, de longe, quem “julga melhor do que todos” os demais, porque “será o único que juntará à experiência a reflexão”. Além disso, o melhor instrumento para julgar também é peculiar ao filósofo: o raciocínio. São, então, os atributos platônicos essenciais ao juiz: a experiência, a reflexão e o raciocínio, na valorização da verdade absoluta.

A idéia de que os juízes, sob o exemplo do tribunal divino, devem julgar orientando-se para a justiça moral é evidenciada no transcurso do mito de *Er*, no qual Platão¹⁰ descreve o julgamento no além: os justos sendo dirigidos à direita, seguindo para o céu e os injustos recebendo a compensatória por suas más ações, tomando à esquerda e abaixo.

Por fim, ao descrever as condições ideais para ser um bom juiz no Livro III de *A República*, Platão¹¹ ressalta o juiz como um operador no plano das almas e, por isso, não é conveniente que seja a sua própria alma conspurcada pela convivência de almas ruins, pervertidas. O bom juiz deve ter experimentado ele mesmo das injustiças, e tê-las praticado, para poder conjecturar os crimes alheios por seus próprios. A alma do juiz, contudo, deve estar resguardada dos vícios na juventude para tornar-se perfeita e para estar em condições de julgar o que é justo. Isso posto,

⁶ KOIRÉ, Alexandre. Op. cit. p. 70-71; REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**. 2. ed. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2004. p. 319-320.

⁷ KOYRÉ, Alexandre. Op. cit. p. 111.

⁸ PLATÃO. *A República*. Op. cit. 473d.

⁹ *Ibidem*. Op. cit. 582d-582e.

¹⁰ *Ibidem*. Op. cit. 614c-614d.

¹¹ *Ibidem*. Op. cit. 409a-409e

segue o modelo do “bom juiz”: ele “não deve ser novo, mas idoso, tendo aprendido tarde o que é a injustiça, tendo-se apercebido dela sem a ter alojado na sua própria alma [...] para que, servindo-se do saber, e não da experiência própria, compreenda o mal que ela é”. Do que se deduz que sob esses moldes o juiz seria o mais nobre de todos os seres e seria bom se possuísse uma boa alma.

A perspectiva de *O Político* é diferente daquela de *A República* porque o problema político é repensado. Essa nova apresentação da política platônica tende a radicalizar a crítica da lei que fica subjacente em *A República* através da teoria segundo a qual o verdadeiramente político não pode estar sob leis.

Esta célebre crítica da imperfeição essencial da lei desenvolvida em *O Político*¹² diz respeito a sua incapacidade de se adaptar a circunstâncias singulares. A lei assume na *polis* funções importantes, mas não há razão para que o político autêntico esteja sob seu comando. E, portanto, também o legislador não estaria submetido à legislação que a qualquer momento poderia ser mudada e até derogada.

No decurso da discussão, Platão,¹³ sobre a legitimidade de um governo sem leis, pondera-se sobre as vantagens de se conceder maior força a um rei sábio e não às leis, uma vez que a lei não alcança o melhor e o mais justo para todos a um só tempo, dadas as profundas, diversas, mutáveis e mutantes diferenças existentes entre todos os cidadãos. A tentativa de uniformização do que é desigual por sua própria natureza seria um fator de ignorância ao cercar aqueles que se opusessem a sua ordem, mesmo quando um novo quadro não previsto por ela se estabelecesse. A lei seria um elemento simples em demasia para adaptar-se ao que não habita na simplicidade.

Considerando que a lei não é o que existe de mais justo, Platão¹⁴ investiga a necessidade de se legislar. Com efeito, cabe ao legislador impor o respeito à justiça e aos contratos, mas, mesmo assim, não consegue abranger a todos de forma a conceder a cada um o que é seu, apenas poderia atingir a meta parcial de abarcar a maioria dos indivíduos e não a todos e, em grande parte dos casos, mas não em todos eles. O legislador efetuará uma legislação global ao promulgar a lei escrita dando força a costumes não escritos e tradicionais. Assim, o legislador, em verdade, apenas dispõe sobre a consolidação dos costumes e não sobre o justo, o belo e o bem, e, se o fizer, tenderá a impedir que tais leis feitas com tanta arte sejam substituídas no futuro, o que seria um contra-senso.

Um regime justo poderia ser também corruptível, mas quando Platão defende os regimes em que as leis sejam inflexíveis e se apliquem aos próprios governantes, verifica-se a visão legalista da ordem política.

¹² PLATÃO. *O Político*. In: PLATONE. **Platone**: tutte le opere. Traduzioni di Umberto Bultrighini et al. Milano: Grandi Tascabili Economici, 1997. p. 294e-297b.

¹³ *Ibidem*. Op. cit. p. 293e-294c.

¹⁴ *Ibidem*. Op. cit. 294d-296a.

Cornelius Castoriadis¹⁵ ministrou em 1986 um seminário publicado sob o título de *Sobre ‘O Político’ de Platão*. O autor encontrou uma clara crítica ao regime democrático e à lei nesta obra de Platão,¹⁶ crítica esta que permite a este último justificar “suas pretensões de superar a lei escrita em nome de um saber superior”. Contudo, “é em Platão que aparecerá pela primeira vez uma tentativa de fundar em direito e em razão a hierarquia da cidade”.

A concepção de constituição platônica é tripartite: a democracia (regrada ou desregrada), o governo de poucos (realeza ou tirania) e a monarquia (aristocracia ou oligarquia). Diante da imperfeição de todas as formas de governo, a democracia seria a pior de todas, por ser compartilhada nas mãos de muitos e diferentes entre si; contudo, na hipótese dos três tipos de governos em suas versões desregradadas, seria mais suportável uma democracia com tais características. Assim, para Castoriadis,¹⁷ no Platão de *O Político*, as formas de governo menos degeneradas têm leis “e obedecem-nas, quer se trate de uma monarquia, de uma aristocracia ou de uma democracia. E os regimes mais corrompidos são aqueles em que nem sequer há leis”.

Apesar dessas modalidades de governo, a política autêntica somente se realizaria em um governo que, inclusive, poderia prescindir das leis e isso com a anuência do povo ou não, uma vez que se traça a analogia do governante como o médico que pode e deve curar seu doente mesmo que ele não o deseje.

Perceba-se que a lei seria indiscutível nos governos imperfeitos, a inviolabilidade da legislação apresentar-se-ia como uma salvaguarda para que o povo se protegesse do poder dos tiranos. Todavia, nos governos perfeitos ela poderia ser perfeitamente suplantada pela sabedoria do político. Assim, na lição de *O Político*, a ciência seria superior à lei e poderia ser imposta ao povo mediante coerção.

Assim, um governo sem leis poderia vir a ser perfeitamente legítimo, pois a lei seria um fator simplificador demais para abarcar todas as possibilidades de casos que não são jamais simples, uma vez que a lei não consegue alcançar a todos, apenas a uma boa parte. Essa imperfeição da lei não obsta a sua necessidade na *polis*, porque uma maioria poderia ser atingida pela legislação.

Entretanto, o político não ficaria imobilizado pelas leis promulgadas, seria lícito alterá-las após o convencimento da *polis* a respeito. Mas até este convencimento seria dispensável porque, na compreensão de Platão, o político autêntico possui a legitimidade necessária, oriunda de sua sólida sabedoria, para impor a modificação da ordem legal, se tal julgasse necessário, como um médico que submete seu paciente renitente a um tratamento que lhe é mais benéfico à saúde.

¹⁵ CASTORIADIS, Cornelius. **Sobre ‘O Político’ de Platão**. Tradução de Luciana Moreira Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2004. p. 24-25.

¹⁶ PLATÃO. **O Político**. Op. cit. 294c.

¹⁷ CASTORIADIS, Cornelius. Op. cit. p. 59.

A esperança da salvação da *polis* pelos filósofos é retomado em *O Político*, obra na qual Koiré¹⁸ destaca o vínculo estabelecido por Platão da legitimidade do Poder com o saber de quem o possui: “o homem de Estado ideal, investido do poder absoluto, de um poder que não seria limitado nem circunscrito pela *lei*, só o poderia exercer *justamente* se fosse dotado, ao mesmo tempo, de um saber absoluto”.

Para Platão,¹⁹ o homem sábio é um homem de ciência e virtude, superior às leis, e consegue, por isso, realizar a justiça mais perfeitamente que a legislação. Tal é o modelo do político autêntico: aquele que atua independentemente dos regulamentos escritos para a realização do melhor e do mais justo, mas, se um político tripudia as regras escritas sem a mesma finalidade, não é um político verdadeiro e sim um tirano.

Cornelius Castoriadis²⁰ enfatiza que “somente a ciência está na base da definição do político”. Assim, Platão²¹ fornece a base dessa definição; afirma a seguir o poder absoluto do sábio; discorre sobre a deficiência da lei; apresenta a primeira navegação, na qual confirma o poder absoluto do sábio acima das leis; e na segunda navegação assume que, na ausência do político autêntico, deve-se seguir à legislação ainda que deficiente.

Em *O Político* de Platão,²² a crítica da imperfeição essencial da lei não induz nenhuma extensão ao poder dos juízes que não participam em nada da arte real e cuja função somente se compreende no quadro das instituições imperfeitas. Nestas, o poder da lei não deve conhecer nenhuma exceção ou entrave. A arte judiciária somente pode ser uma arte da aplicação, não deve jamais transgredir os mandamentos dos legisladores.

A sabedoria do político é consubstanciada em uma ciência que rege outras ciências em superioridade, uma vez que a ciência militar, a retórica e a jurisprudência constituem-se apenas em guardiãs das leis e servidoras da realeza, de forma apenas a serem dirigidas pela ciência política.

O poder dos juízes seguiria mais além do que a simples emissão de juízos corretos de acordo com a legislação existente, declarando o justo e o injusto a ela conforme. O poder dos juízes, portanto, não é político, mas de guardiões das leis e de servidores da realeza.²³

Na obra *As Leis* o tema do sensível engajado nos diálogos metafísicos é retomado e um regime político aproximado daquele desenvolvido em *A República* é

¹⁸ KOYRÉ, Alexandre. Op. cit. p. 129.

¹⁹ PLATÃO. *O Político*. Op. cit. 1997. 296e-297a e 300a-301e.

²⁰ CASTORIADIS, Cornelius. Op. cit. p. 58.

²¹ PLATÃO. *O Político*. Op. cit. 1997b, 292a, 293a-293e, 294c, 294e-297d, 297d-300c.

²² *Ibidem*. Op. cit. 305c.

²³ *Ibidem*. Op. cit. 305b-305c.

sugerido. Na concepção de Platão,²⁴ as leis destinam-se a guiar os homens para a vida boa tomando o lugar da razão, sua autoridade emana, por conseguinte, da racionalidade que lhe é própria e, assim, não ficam reduzidas à condição estreme de meros comandos.

Platão²⁵ parte da premissa que define a promulgação da lei, sob pena de grave incorreção, como uma ação dirigida para a virtude em termos absolutos. A condição de lei não lhe concede a posição de não-questionamento e, portanto, merecedora da total obediência por parte dos cidadãos; na verdade, quando a lei promulgada evidencia o interesse de uma parte e não de todos, estes promulgadores estão partidarizando a legislação e, do ponto de vista político, não estão se instituindo em uma autêntica forma de governo. A justiça atribuída a essa modalidade segmentalizada de legislação seria apenas uma palavra vazia.

Pressupostos platonianos: o legislador sempre visaria ao maior bem em toda sua legislação. Platão²⁶ promove a crítica de toda forma de legislação de concepção belicista, pois a meta de toda lei deveria ser sempre a virtude e não a guerra. Além disso, a obediência à lei é valorada com honras e seu desrespeito com penalidades.

Para o ateniense, a maior de todas as ignorâncias tanto na *polis* como no indivíduo seria a desarmonia entre a dor, o prazer e o discernimento racional.²⁷ Nesse sentido, a legislação cumpriria três objetivos: a liberdade, a unidade e a racionalidade da *polis*.

No Livro VI de *As Leis*, Platão²⁸ trata da seleção dos magistrados. Com efeito, a organização da *polis* seria realizada em duas etapas: na primeira seriam definidas as magistraturas fixadas em número e método de designação; na seguinte atribuídas as leis a cada magistratura. Observe-se a preocupação em salientar que, sendo a legislação grandiosa, a indicação de magistrados incapazes de se incumbirem das leis teria como resultado ridicularizá-las, além de ser fonte de perigos e danos para a *polis*. Dado isso, os cargos oficiais deveriam ter um acesso legítimo, sendo tanto os candidatos capazes de exercer a magistratura quanto seus eleitores igualmente idôneos para proceder a uma escolha impecável.

O guardião é o suporte da infra-estrutura da *polis*, possui a incumbência de sua defesa e também de sua administração. No entendimento de Alexandre Koiré,²⁹

²⁴ PLATÃO. *As Leis*. In: PLATONE. **Platone**: tutte le opere. Traduzioni di Umberto Bultrighini et al. Milano: Grandi Tascabili Economici, 1997.

²⁵ *Ibidem*. Op. cit. 705e-706a e 715b.

²⁶ *Ibidem*. Op. cit. 628c, 630e e 632b-632d.

²⁷ *Ibidem*. Op. cit. 689a, 701d.

²⁸ *Ibidem*. Op. cit. 751a-751d.

²⁹ KOYRÉ, Alexandre. Op. cit. p. 92-93.

não está ainda presente a doutrina liberal da separação dos poderes, a *polis* é concebida como uma unidade cujos comandantes são simultaneamente os detentores do Poder público. A formação dos guardiões é feita entre os escolhidos de uma elite intelectualizada, virtuosa e fisicamente saudável.

O cidadão bem educado pela lei desde sua infância estaria em condições de participar das eleições para as magistraturas e entre todos os cargos oficiais, a escolha dos guardiões da lei seria a tarefa que deve ser realizada em primeiro lugar e com extremo cuidado. A necessidade da prestação de contas do juiz e do magistrado para ser investido em seu mandato é apresentada e desenvolvida nesta parte da obra de Platão,³⁰ acompanhada do sistema de seleção dos magistrados, as atribuições, o mandato, o processo eleitoral e até a idéia de devido processo comum às várias magistraturas.

A distinção entre juízes e magistrados é enfrentada no Livro VI de *As Leis*, quando Platão³¹ faz o ateniense assumir não ter certeza da identificação dos juízes com os magistrados. O cargo de magistrado não equivaleria ao de juiz, o magistrado seria o funcionário público ou o servidor da lei.

Sobre o juiz, o ateniense defende a aplicação de semelhante sistema de escolha empregado para a magistratura na organização dos tribunais, estruturação e preenchimento de cargos. Platão³² entende, pois, o cargo de magistrado como normalmente conduzido ao exercício de tarefas judicantes em determinados assuntos e, por outro lado, também o juiz, ainda que não fosse um magistrado, acabaria por assumir funções da magistratura quando sentenciasse ao término de um processo. Sustentando a hipótese de serem os juízes também magistrados, o processo de sua escolha deveria resultar em juízes adequados às causas que poderiam julgar e em número suficiente. O julgador não poderia jamais ignorar a retidão, sob pena de não saber distinguir o bem do mal.

Para Platão,³³ a forma de corte mais elementar seria aquela na qual as duas partes elegeassem para si a partir de mútuo acordo. Excetuando essa possibilidade, deveriam existir mais duas formas de julgamento: a primeira na qual o cidadão acusaria a outro por uma lesão sofrida e pretendendo que seja a outra parte julgada e condenada; a segunda forma de julgamento seria aquela do interesse comum por ocasião de um cidadão entender que o Estado estivesse sendo prejudicado por algum outro cidadão. Para tanto, seria necessário um tribunal que fosse de todos os cidadãos a ser constituído na forma que segue essa narrativa.

³⁰ PLATÃO. *As Leis*. Op. cit. 752c-752e.

³¹ *Ibidem*. Op. cit. 715c-715d e 735a.

³² *Ibidem*. Op. cit. 767a, 668d.

³³ *Ibidem*. Op. cit. 767b-767d.

Após a fixação dos parâmetros da legalidade, a figura dos guardiões das leis deveria substituir a dos legisladores, ficando sob a responsabilidade dos primeiros a tutela de todos os estatutos. Incumbiriam aos juízes, ora orientados pela sabedoria e ora pela opinião sincera, assegurar que, pela razão – fator que vincula internamente todos os estatutos e os conforma em apenas um sistema –, toda essa legislação somente se subordinasse à temperança e à justiça e jamais se submetesse à cupidez, à riqueza ou à ambição. E assim, também, a sistematização legal deveria se apresentar como uma evidência absoluta para os peritos nas leis.

É interessante a preocupação com a responsabilidade do juiz. A sentença considerada injusta permitiria ao prejudicado provocar os guardiões das leis a condenar o juiz da causa ao pagamento de penas pecuniárias ou até de maiores penalidades, conforme a gravidade dos danos suportados. E o cumprimento das penalidades, fruto de sua responsabilização, deveria se dar não só diante do prejudicado, mas também perante o Estado.³⁴

Platão³⁵ exorta ao Povo que participe do julgamento de toda lesão feita contra o Estado e indica a forma de composição e cuidados que deve observar na instrução e na escolha dos magistrados intervenientes. O ateniense postula, então, dois tipos de julgamentos, o processo privado e o processo público em três modalidades de tribunais: a) cortes locais compostas de vizinhos; b) as cortes tribais; e c) as cortes de apelação. Os procedimentos judiciais recebem uma minuciosa digressão no Livro IX.

Segundo Platão,³⁶ o ideal seria a definição minuciosa dos assuntos pertinentes aos processos logo na conclusão dos códigos de leis. As lacunas são assumidas como inevitáveis e os juízes deveriam completar o esboço da legislação sempre tendo em vista os objetivos desejados pelo legislador para a matéria. Caberia aos juízes, na qualidade de preservadores das leis, a tarefa de integração da legislação.

Platão apresenta o juiz sob duas figuras complementares. Em primeiro lugar, o juiz seria um guardião das leis, colmataria, inclusive, as suas lacunas para que estejam em condições de serem consolidadas; além disso, a função judicial também assumiria parcialmente a de magistrado: o juiz governaria e o governo julgaria. O poder governamental que teria o juiz como o guardião das leis conduziria, portanto, a reconhecer nele uma parcela de autoridade política; ainda que, ao juiz não fosse permitido se apartar da lei, ele também não se identificaria a um seu simples executor.

Em segundo lugar, o juiz seria o agente da jurisdição processual; caberia a ele restaurar a justiça em uma controvérsia judicial. Dessa forma, percebe-se dentro de uma doutrina que parece totalmente dominada pelo conflito entre a legalidade e

³⁴ *Ibidem*. Op. cit. 767e.

³⁵ *Ibidem*. Op. cit. 768a-768e.

³⁶ *Ibidem*. Op. cit. 768c, 770b-770c.

as exigências próprias da arte real, a idéia de que a atividade judicial se definiria ao mesmo tempo por um poder normativo específico e por seu papel na solução dos litígios: esta função jurisdicional vai ocupar um lugar destacado no pensamento de Aristóteles; contudo, com um fundamento diferenciado para a relação entre a natureza e a lei.

A investigação sobre o melhor juiz³⁷ oferece três modelos: a) o juiz que aniquilaria os maus indivíduos do seio da *polis* e se encarregaria de fazer com que somente os bons cidadãos a governassem; b) o juiz que permitiria a vida aos maus indivíduos, mas, ao mesmo tempo, forçá-los-ia à submissão ao governo dos bons; e c) o juiz que, lidando com uma família desagregada, não destruísse nenhum de seus membros, pelo contrário, que os reconduzisse à conciliação e assegurasse entre eles o estabelecimento dali em diante de uma constante amizade.

O Livro X de *As Leis*³⁸ apresenta, entre outras discussões, o atentado contra os direitos políticos como uma das mais graves formas de ultraje à condição individual do cidadão. Mas é no transcurso da discussão sobre a religião civil, sob a forma de uma alongada reflexão sobre a noção de natureza, que Platão³⁹ retoma as teses de Fédon e do Timeu. A natureza é concebida como a alma do mundo manifestada através da arte divina. Compreende-se assim qual poderia ser a função da lei e da arte de legislar, considerando a hipótese de a arte ser a imitação da natureza: o legislador e o político deveriam se inspirar na arte divina e introduzir sobre o dado natural que constituem as paixões humanas uma ordem na qual o modelo seria exterior a esse próprio dado.

Platão⁴⁰ conclui que, quando as leis são bem feitas, a jurisprudência – a ciência das leis – torna-se a ciência com melhores condições de elevar o espírito, de modo a permitir que o juiz sob sua aplicação fixe sua perspectiva, objetivando extrair da lei a letra escrita e assim realizar a justiça imparcial.

A lei é um objeto ideal que pode ser interrogado, investigado, consultado, sem que sua identidade seja alterada. A lei assegura a permanência do legislador sob a forma escrita. Com efeito, na opinião de Derrida,⁴¹ enquanto o “legislador é um escritor [...] o juiz é um leitor”.

Jacques Derrida⁴² lembra que em Platão a fala e a lei estão associadas: “as leis falam”, no diálogo *Crítón* as leis se dirigem a Sócrates e no Livro X de *A República*

³⁷ *Ibidem*. Op. cit. 627e-628a.

³⁸ *Ibidem*. Op. cit. 885a.

³⁹ *Ibidem*. Op. cit. 884a-909d.

⁴⁰ *Ibidem*. Op. cit. 957c.

⁴¹ DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. 3. ed. Revista. Tradução de Rogério Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005. p. 60 e 69.

⁴² *Ibidem*. Op. cit. p. 98.

as leis falam a um pai, consolando-o pela perda do filho. O que impediria ao pai resistir à perda do filho não seria a razão e sim a lei que lhe ordena dessa forma.

A obra *As Leis*, segundo Reale,⁴³ constitui-se no testemunho político derradeiro de Platão. Esta obra desenha um detalhado modelo de ordem legal para a *polis*. A Academia era freqüentemente convidada a redigir diplomas legais, Platão tenta, portanto, fornecer um parâmetro racional de redação legislativa para a *polis* de seu tempo, não mais para uma *polis* perfeita, ideal, utópica, mas para a *polis* histórica. Este escopo prático não pode ser afastado, daí o motivo pelo qual, nessa última obra, Platão estabelece as leis como soberanas.

Com efeito, *As Leis* delinea a atividade judicial com maior exatidão no quadro de uma legislação que retomando em tudo certas instituições ou leis atenienses transformam-lhe profundamente o espírito para fazer do juiz o instrumento de um reforço de sua autoridade.

Giovanni Reale⁴⁴ esclarece que o modelo ideal de *polis* descrito em *A República*, de Platão, é sucedido por uma tentativa de mediação entre a *polis* perfeita e a *polis* histórica na obra *O Político*, e este processo alcança seu ápice em *As Leis*. Em *A República*, como *polis* ideal, o dilema entre a soberania da lei ou do político não encontra justificativa, uma vez que, sendo perfeita a forma de governo, a lei passa a ser somente um modo de exteriorização do político na *polis*, não há oposição possível entre eles. Mas na *polis* real, o político autêntico, o rei-filósofo não está presente na direção do governo. Então, em *O Político*, não há uma renúncia de Platão ao ideal da supremacia da lei, pois o homem de ciência e virtude, o sábio que governaria a *polis* perfeita, sempre estaria acima das leis imperfeitas, por serem abstratas e impessoais. Assim, na *polis* história a supremacia não é deste governante sábio e sim das leis que devem ser escritas e invioláveis.

Em *A República* o homem apto ao governo é o filósofo, em *O Político* é o homem-régio ou o homem-político. Em *As Leis*, os verdadeiros governantes são os magistrados eleitos. *O Político* é, portanto, uma obra de passagem: “pode-se passar do regime definido absolutamente em *A República* como poder dos filósofos para o regime das *Leis*, em que há magistrados eletivos cujos [...] cordões são puxados pelo conselho noturno”.⁴⁵

A República de Platão é uma utopia, a proposta delineada é de uma *polis* perfeita. A caracterização altamente filosófica do discurso platônico nesta obra não segue o mesmo tratamento em *As Leis*, obra cujo debate sobre a ordem legal chega a camadas mais próximas da realidade.

⁴³ REALE, Giovanni. Op. cit. p. 281.

⁴⁴ *Ibidem*. Op. cit. p. 275-276, 281-282.

⁴⁵ CASTORIADIS, Cornelius. Op. cit. p. 35-36.

O pensamento de Platão, em última análise, acaba sempre conduzindo ao problema político, considerando o valor dado à participação política pelos gregos como uma faculdade privilegiada dos homens livres.⁴⁶ Assim como a discussão sobre a educação tem lugar na preocupação com a formação do cidadão eleitor e eleito para a vida pública, também a lei e seus guardiões são alocados no contexto do político.

Para Platão, não pode haver lei que englobe de uma vez por todas e para sempre todos os aspectos das atividades humanas, pois a separação entre a lei e a realidade não é acidental, ela é essencial. Ainda que em *As Leis* exista a previsão da reforma das leis, elas são vistas como revisões marginais, “o objetivo essencial das leis, também, é paralisar a história, fixar a instituição da sociedade”.⁴⁷

Castoriadis⁴⁸ recorda que é em *O Político* que pela primeira vez surge o conceito de Estado de Direito, de um Estado regido por uma legislação. No entanto, “o legislador não é o único a ser legislador. E essa é outra enorme fraqueza da argumentação de Platão. O juiz é também legislador: ele necessariamente deve suplantar a lei”.

Platão se revolta, sonha e idealiza em *A República*, desperta ainda indignado em *O Político* e resigna-se conformado e pragmatizando em *As Leis*. A sua concepção de lei é, portanto, estreitamente ligada às teses mais fundamentais do seu próprio pensamento.

3 Aristóteles compreende a atividade judicial positivada

Há pontos fundamentais de discordância entre Platão e Aristóteles que não vêm na legislação o complemento da natureza e não trabalham com o modelo de arte divina. Esta doutrina que reduz o Direito à lei, tomada sob sua dimensão educativa, diz respeito ao juiz. Aristóteles pode ser considerado um precursor da investigação sobre o estatuto teórico do Direito, que trouxe como consequência a reflexão sobre a atividade judicial. O ponto zero da discussão sobre esses temas está nas obras de Aristóteles: *A Política*, *Ética a Nicômacos* e *Retórica*.

Aristóteles compartilha com Platão a concepção segundo a qual a lei tem por função auxiliar e dirigir os homens para a virtude e a felicidade; a legislação como arte empregada pelo político para realizar as finalidades da natureza. O primeiro, entretanto, dispensa a visão transcendente do segundo, o mundo aristotélico é atravessado pela contingência. Dessa forma, a arte e a prudência vão substituir em Aristóteles a providência platônica.

⁴⁶ KOIRÉ, Alexandre. Op. cit. p. 67.

⁴⁷ CASTORIADIS, Cornelius. Op. cit. p. 65.

⁴⁸ *Ibidem*. Op. cit. p. 225.

Aristóteles enfoca o problema da imperfeição essencial da lei, colocado em *O Político* de Platão, em um novo contexto sem referência à concepção monárquica, com isso concede ao juiz e ao Direito um lugar totalmente novo.⁴⁹ Essa divergência com o pensamento de Platão permite que a vida na *polis* seja revalorizada. Nestes moldes, a lei aparecerá como um elemento estrategicamente maleável, em condições de se adequar às diversidades de *polis* e de formas de governo.

O primeiro livro da *A Política* faz uma análise diretamente oposta às teses platônicas de *O Político*: “aqueles que pensam que as qualidades do rei, do dono de uma propriedade e do chefe de família são as mesmas não se exprimem bem”, e mais adiante adverte que da mesma maneira eles “pensam em relação ao estadista e ao rei, [...] quando o governo segue os princípios da ciência política e os cidadãos ora governam, ora são governados, seu chefe é um estadista; mas estas idéias não correspondem à verdade”.⁵⁰ Estas refutações seguem por toda obra em diversas passagens como no Livro II, quando Aristóteles⁵¹ pergunta qual seria o melhor sistema que se adotava naquele momento, em Atenas, ou o proposto por Platão em *A República*. Ou quando promove a crítica à obra *As Leis*, por sua limitação em relação ao estudo das constituições, preocupando-se somente com as disposições legais.⁵² O importante é a constituição, ou seja, a organização da *polis*, independentemente da vontade dos cidadãos. Não havia preocupação com as partes constitutivas da *polis*.

Aristóteles recusa a aproximação entre a família e a *polis* porque permitiria assimilar os poderes do chefe de família, do rei e do político. O poder monárquico se situaria mais próximo da família e, inversamente, a vida política parece excluir o regime monárquico porque o Poder político aplicar-se-ia somente aos homens livres e iguais.

Em relação à justiça, Aristóteles⁵³ comunga da idéia platônica de que a justiça fundamenta a sociedade, mas vai mais além, apontando para sua consecução prática: “sua aplicação assegura a ordem na comunidade social, por ser o meio de determinar o que é justo”.

A lei, contudo, não se identificaria com a justiça porque pode ter como conteúdo, por exemplo, o tema da escravidão. E este entendimento da lei pode estar em conflito com outras ordens legais de outras *polis* que não dispõem o mesmo sobre a propriedade dos escravos, outros povos podem considerar “repugnante que alguém

⁴⁹ RAYNAUD, Philippe. **Le juge, la loi, le droit**: de Platon à Aristote. In: CAYLA, Olivier; RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France (rass.). **L'office du juge**: part de souveraineté ou puissance nulle? Paris: L.D.D.J., 2001. p. 5-16, 10.

⁵⁰ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 1252.

⁵¹ *Ibidem*. Op. cit. 1261a.

⁵² *Ibidem*. Op. cit. 1265a e 1276b.

⁵³ *Ibidem*. Op. cit. 1253a.

com poder bastante para usar a violência, e superior em força, possa manter a vítima de sua violência na condição de escravo e súdito”. E quando se discute o mérito dessas divergências que chegam às portas das doutrinas filosóficas sobre a escravidão, diferentes argumentos são oferecidos para definir a justiça do tema, se de um lado existe a tese de que a justiça se funda na benevolência, de outro a justiça pode ser identificada com o poder do mais forte. Mas mesmo não se identificando com a justiça, a lei seria, ainda assim, um princípio de justiça.⁵⁴

Sobre a relação entre o indivíduo e a *polis*, Aristóteles⁵⁵ acrescenta um terceiro elemento: a constituição. Apesar da distinção entre os indivíduos, todos eles desejam a segurança da comunidade, esta última, por sua vez, é estabelecida por intermédio de uma constituição e, por conseguinte, a “bondade de um cidadão deve relacionar-se necessariamente com a constituição da cidade à qual ele pertence”. O sentido de constituição é o de um ordenamento sobre as funções da *polis*, principalmente sobre o seu governo.⁵⁶

Na tipologia do livro III da *Política*,⁵⁷ a monarquia aparece junto com a aristocracia e a *politéia*, como uma das três formas de governo legítimas, isto é, onde o Poder visa o bem comum. O poder real poderia ser compatível com uma vida propriamente política em determinado sentido. Com efeito, sobre as diferentes formas de realeza, percebe-se que os cinco tipos estudados se reagrupam em dois grandes tipos que manifestam o caráter imperfeitamente político da instituição monárquica.

O estudo das relações do Direito com a justiça é desenvolvido na obra *Ética a Nicômacos*, na qual Aristóteles⁵⁸ aborda a atividade judicial com a função de impor a igualdade, compensando as vítimas da injustiça, intervindo e retomando os benefícios ilegítimos dos culpados. Se a lei apenas contempla a justiça distintivamente tratando as partes como iguais, a injustiça sofrida por uma delas deverá ser restabelecida porque pressupõe uma desigualdade, que o juiz deve suprir e procurar equilibrar mediante a imposição de penalidades. A idéia aristotélica de igualdade fica aqui restrita ao meio termo entre maior e menor. O recurso ao juiz para dirimir as disputas equivale à busca da justiça pelas partes e pressupõe o papel do juiz como equidistante.

O reconhecimento aristotélico da especificidade do Direito pressupõe uma clara distinção da Moral e concede ao juiz uma grande autonomia em relação ao legislador. Com efeito, a determinação do que é justo, na concepção de Aristóteles, independe

⁵⁴ *Ibidem*. Op. cit. 1255a.

⁵⁵ *Ibidem*. Op. cit. 1277a.

⁵⁶ *Ibidem*. Op. cit. 1278b.

⁵⁷ *Ibidem*. Op. cit. 1279b-1280a e 1284a-1288b.

⁵⁸ *Ibidem*. Op. cit. 1132a.

das virtudes e não tem por objetivo precípua ajudar o cidadão a progredir através da complementação de sua natureza. Uma nova concepção da lei, que diferencie o sentido jurídico do fim ético-político de um aprendizado de condutas justas.

Os tribunais pronunciam-se sobre todos os litígios importantes para a arbitragem da *polis* e as partes podem invocar argumentos de qualquer natureza, os juízes têm por função específica sopesar os diferentes argumentos apresentados, sem serem obrigados a fazer prevalecer a lei sobre as outras fontes do direito (o costume, a equidade etc.). Mas o juiz não desempenha nenhuma autoridade política mais restrita: seu modo de designação é o entendimento de suas competências, dependendo do regime da cidade⁵⁹ e se considera em geral que o Direito oriundo da lei é superior às decisões judiciais que devem, aliás, se limitar à solução de litígios particulares. Assim, a atividade judicial ocupa um lugar de destaque no pensamento aristotélico, mas não tanto a ponto de ser proeminente. O pensamento político de Aristóteles estabelece uma complexa teia de relações entre a atividade judicial e a lei, com repercussões, inclusive, epistemológicas. O valor da lei e da jurisprudência ficam equilibrados, mas a lei tem uma superioridade aparente pela sua generalidade e seu enraizamento na deliberação pública – mas há situações em que o juiz deve saber as regras muito rígidas e onde, sobretudo, a natureza própria da regra da qual depende a causa é incerta: o juiz, então, deve descobrir o justo para além do legal. Do ponto de vista político, entretanto, a situação do juiz resta subordinada, pois o lugar dos tribunais depende da constituição global da cidade e do modo de seleção dos juízes.

Aristóteles⁶⁰ eventualmente realoca o legislador em condições desfavoráveis em relação ao juiz porque entende que cumpre a este último juiz determinar a medida das coisas e a decisão sobre o justo e o injusto, ainda que sob a lacuna da definição do legislador sobre o assunto. As leis devem prever o quanto possível e deixar para o juízo a menor extensão de objetos, por isso as leis demandam longo curso para a sua deliberação enquanto os julgamentos são realizados ao improvisado. Aristóteles reputa a esta decalagem a dificuldade do juiz de definir o mais justo e conveniente em detrimento da vantagem do legislador, mesmo porque o julgamento do legislador não trata do particular, mas do futuro e do geral, enquanto o membro da assembléia e o juiz devem se pronunciar imediatamente sobre as coisas presentes e definidas. Dado a isso, ao juiz deve ser concedida a arbitragem sobre menos assuntos, mas é imperioso que seja deixada a ele a decisão, porque o legislador pode faltar com a previsão.

A análise que Aristóteles⁶¹ desenvolve da equidade confirma a autoridade superior da lei: o equitativo, para suprir as imperfeições da lei, deve se guiar sobre

⁵⁹ *Ibidem*. Op. cit. 1301a.

⁶⁰ *Ibidem*. Op. cit. 1354b.

⁶¹ *Ibidem*. Op. cit. 1137a.

ela e procurar pelo que diz o legislador e pelo que se pode conhecer da lei que está no caso em questão no presente.

Para Aristóteles,⁶² a atividade judicial consiste na faculdade de dizer o Direito; logo, não é sua missão definir a identidade da comunidade, pois a jurisdição assume um papel limitado na definição das regras de justiça que caracterizam a ordem legal. A atividade judicial atua na realização da igualdade pela justiça corretiva, porque a justiça distributiva depende da fixação do critério de proporcionalidade que permitiria determinar os méritos levados em conta na atribuição do justo para cada um. A eventual desigualdade das pessoas na comunidade não seria necessariamente jurídica e sim política, e ela emerge da própria instituição da *polis*. Faz-se necessária a noção de uma justiça distributiva que obedeça a critérios meritocráticos, o mérito, para os defensores da Democracia consiste na condição de liberdade, para os seguidores da oligarquia, reside na riqueza ou na superioridade nobre de sua raça, enquanto os aristocratas depositam o mérito na virtude.

Em Aristóteles o sentido do conceito de justiça varia de acordo com a comunidade. Neste contexto, um juiz poderia ter que determinar se uma determinada partilha é injusta a partir do critério admitido, mas não caberia a ele dizer qual seria esse critério.

Como mostrou Michel Villey,⁶³ o que está no coração do pensamento aristotélico sobre o Direito é, com efeito, a sua natureza jurisdicional. Além disso, Villey esclarece que há duas concepções de justiça aristotélicas, a *justiça geral* e a *justiça legal* ou *particular*. A justiça legal expressa a moralidade do indivíduo, ou seja, a conformidade de sua conduta com as leis morais que comandam todas as virtudes ou a virtude universal. A justiça geral exprime melhor uma idéia de ordem, de um bom relacionamento entre os indivíduos e destes com a *polis*, e até mesmo sua relação com o cosmos de forma a preservar o senso de harmonia.

4 A atividade judicial na identidade do Direito

A contribuição diferencial de Aristóteles em relação a Platão está na lógica própria que diferencia o político do jurídico. A autoridade política é essencialmente distinta daquela do chefe de família ou do sábio e, além disso, o Direito possui uma identidade própria, independentemente do comando da lei. Daí o prestígio de Aristóteles junto aos juristas: o estagirita coloca claramente em valor a dimensão intrinsecamente elitista da arte judiciária (que supõe uma qualidade particular de julgamento), evitando ligá-la à idéia de um governo de sábios – ou de reis-filósofos.

⁶² *Ibidem*. Op. cit. 1131a.

⁶³ VILLEY, Michel. **Philosophie du droit** – I. définitions et fins du droit. 2. ed. Paris: Dalloz, 1978. p. 58-59.

Como visto, para Platão,⁶⁴ em *O Político*: a) a decisão justa pode por vezes estar em contradição formal com a lei; e b) se existir um indivíduo indiscutivelmente superior em virtude, seria justo lhe confiar todo o Poder.

Já Aristóteles⁶⁵ desenvolve um ponto de vista oposto ao de Platão: a) a lei é, por princípio, superior à decisão singular e, se ela se revela ineficiente, é preferível que a decisão emanada da lei seja fruto de uma deliberação entre iguais e não da vontade de um só e; b) quanto ao caso de um só indivíduo ou família possuir uma superioridade evidente, isso seria um sintoma de que a *polis* se encontraria em um estado político ainda muito primitivo.

Mesmo aceitando a possibilidade de derrogações da lei, Aristóteles⁶⁶ sustenta a supremacia da ordem legal, porque entende que “habituar aos homens a modificar facilmente suas leis é um mal” e, também, porque ele reconhece a consistência própria das coisas políticas no plano da realidade. Sobre a necessidade de obediência às leis, Aristóteles⁶⁷ afirma que “uma boa forma de governo consiste em obedecer às leis vigentes, e outra é ter boas leis para obedecer (é possível obedecer a leis malfeitas)”.

Um dos pontos essenciais que diferenciam Aristóteles de Platão é a tendência do segundo de confundir o Direito com as leis. Aristóteles privilegia o problema que é colocado ao juiz: determinar o que cabe a cada um, fazendo-se eventualmente abstração das virtudes morais. É assim que, no âmbito privado da justiça corretiva, o juiz não leva em conta as diferenças de mérito ou de posição social, porque ele se atém a uma estrita legalidade. Na compreensão de Aristóteles,⁶⁸ não se deve conceder maior importância sobre as qualidades éticas individuais das partes e sim sobre o objeto do dano ou do delito, porque a igualdade das partes se sobrepõe ao caráter distintivo entre as suas pessoas. O foco é apontado para o prejuízo, e a contraparte de preavalecimento de uma ocorrência injusta e determinar a autoria e vítima.

Esta visão tem por consequência aparente atribuir um papel importante ao juiz na descoberta do Direito, o que, segundo Raynaud,⁶⁹ explica o prestígio de Aristóteles junto a todos aqueles que reagem contra o positivismo legalista dos modernos.

Considerações Finais

Se o objeto do Direito é a descoberta do justo e, se ele varia de acordo com a estrutura e a dimensão da cidade, sem por isso se confundir com a ordem legal, a

⁶⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Op. cit. 1997b.

⁶⁵ *Ibidem*. Op. cit. 1287a-1287b.

⁶⁶ *Ibidem*. Op. cit. 1269a.

⁶⁷ *Ibidem*. Op. cit. 1294a.

⁶⁸ *Ibidem*. Op. cit. 1132a.

⁶⁹ RAYNAUD, Philippe. Op. cit. p. 14.

legislação não é mais que uma fonte do Direito entre outras, e o ofício do juiz não é o de simplesmente aplicar a lei, mas também de determinar qual é o critério de justiça que se aplica em um caso dado, podendo este chegar até a invocar as regras do Direito além da lei, ver contra ela. Esta doutrina apóia-se sobre uma reflexão indissolúvelmente política e epistemológica sobre os limites da lei, que são também aqueles da inteligência discursiva: a atividade judiciária negligencia em grande parte a prudência e as artes do opinável (retórica, dialética), se o juiz não pode sempre se ater ao justo legal é porque ele é inferior à equidade que é a norma última a qual o juiz obedecerá quando a lei for silenciosa e imperfeita.

A concepção aristotélica de equidade pressupõe uma crítica da generalidade da lei bem parecida com aquela desenvolvida por Platão em *O Político*. Mas, de outra parte, ela conduz a liberar um espaço próprio para o juiz onde, em Platão, há a defesa que antes de todas as prerrogativas do político há a matriz da arte real de decidir, todo modo, submetida à lei.

A herança da experiência grega sobre a atividade judicial e a forma como a função de julgar foi sendo experimentada ao longo dos séculos revela a forte referência ideológica dos procedimentos decisórios no Direito. A evolução histórica do Direito como fenômeno e como pensamento se refletiu diretamente sobre a especificidade dos raciocínios orientados para a decisão judicial.

Referências

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- _____. **Organon VI**: elencos sofisticos. Tradução de Pinharanda Gomes. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- _____. **Política**. Tradução de Mário Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- _____. **Retórica**. Edición de Antonio Tovar. 5. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- CASTORIADIS, Cornelius. **Sobre 'O Político' de Platão**. Tradução de Luciana Moreira Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2004.
- DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. 3. ed. Revista. Tradução de Rogério Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005.
- KOYRÉ, Alexandre. **Introdução à leitura de Platão**. 2. ed. Tradução de Helder Godinho. Lisboa: Presença, 1984.
- PLATÃO. Leggi. In: PLATONE. **Platone**: tutte le opere. Traduzioni di Umberto Bultrighini et al. Milano: Grandi Tascabili Economici, 1997.

_____. Político. *In*: _____. **Platone**: tutte le opere. Traduzioni di Umberto Bultrighini et al. Milano: Grandi Tascabili Economici, 1997.

_____. **A República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

RAYNAUD, Philippe. Le juge, la loi, le droit: de Platon à Aristote. *In*: CAYLA, Olivier; RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France (rass.). **L'office du juge**: part de souveraineté ou puissance nulle? Paris: L.D.D.J., 2001. p. 5-16.

REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**. 2. ed. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2004.

VILLEY, Michel. **Philosophie du droit** – I. définitions et fins du droit. 2. ed. Paris: Dalloz, 1978.

