

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

FERNANDO GALINDO AYUDA

LEONEL SEVERO ROCHA

RENATO CÉSAR CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-106-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

Buscar a unidade na multiplicidade, o universal no concreto: este sempre foi o escopo de parte considerável dos esforços filosóficos que se empreendem desde o mundo helênico. Entre Tales e Parmênides, Platão e Espinosa, Hegel e Schopenhauer, para citar alguns, definir a questão filosófica por excelência não era objeto de controvérsia. Nunca, no entanto, contou com aceitação geral ou pacífica tal projeto de filosofia: quimera inalcançável, diziam alguns, projeto irrealizável, natimorto, fadado ao fracasso, alardeavam outros tantos.

O livro que agora apresentamos, longe de contribuir na resolução do problema, só faz agravá-lo: não obstante sua indiscutível unidade e coerência enquanto obra de sólida Filosofia do Direito, que se note de imediato a multiplicidade de temas, perspectivas, autores, abordagens e "filosofias" que desfila. A tensão e a dialeticidade do um e do múltiplo, do particular e do universal, parecem aqui espelhadas na própria tessitura e natureza mesma deste livro.

JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL À LUZ DA ÉTICA A NICÔMACO
CRIMINAL JUSTICE CONSENSUS IN THE "NICOMACHEAN ETHICS"

Rubens Galdino da Silva
Sarah Carolina Galdino da Silva

Resumo

Este artigo tem o objetivo de ensejar contribuições de Aristóteles, expressas na *Ética a Nicômaco*, à discussão do Consenso Penal. Os conceitos de justiça, virtude completa, justo proporcional, meio-termo, felicidade, bom senso e da correção estão no eixo de elaboração do texto sobre *Ética e Justiça* na referida obra de Aristóteles. O mesmo também é válido em relação à estrutura do atual Consenso Penal. Observa-se, também, que os princípios do bom senso, da correção e do justo proporcional constitui a estrutura básica que pode possibilitar a dispensa de qualquer lei escrita e juiz togado para o devido exercício da Justiça, entendida a partir daquilo que os filósofos denominaram ser Justiça. Ressalte-se também ser o Consenso um instrumento rico para o exercício da cidadania na medida que ambas as partes se tornam responsáveis pela composição da lide.

Palavras-chave: Bom senso, Virtude completa, Justiça consensual, Correção, Justo proporcional

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to bring contributions of Aristotles thoughts on his masterpiece "*Nicomachean Ethics* in the matter of The Penal Consensus. The concepts of justice, virtue, proportional fair, middle ground, happiness, good judgment and correction forms the basis for Aristotles develop the text "*Ethics and Justice*". The same concepts are also valid in relation to the current Criminal Consensus structure. It is also noteworthy that the principles of common sense, correction and proportional fair is the basic structure that would allow the exemption of any written law and robin judge for the proper exercise of justice, understood to from what philosophers have called "Justice". It emphasizes also be the consensus a rich instrument for the exercise of citizenship to the extent that both parties become responsible for the composition of of the dispute.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Common sense, Complete virtue, Consensual justice, Correction, Proportional fair

INTRODUÇÃO

Para discutir a questão da Justiça Consensual, recorremos a “Ética a Nicômaco” de Aristóteles. Num primeiro momento, ocupamos da contextualização da referida obra, com base em dados compilados de diversas obras e sintetizados, sem preocupações de um aprofundamento em questões de ordem literária e histórica. Em seguida, à guisa de introdução, como pano de fundo, foi realizada breve exposição da “Ética a Nicômaco”, com o propósito de reflexão sobre o alcance de seus enunciados na aplicação da Justiça Consensual. Há um sentimento de que esse dispositivo, que vem recebendo atenção dos especialistas da área, possa se beneficiar, em muito, da adequada aplicação da Justiça Judicial enunciada por Aristóteles.

Registra-se, também, que fizemos uso da edição da “Martin Claret”. Nada há, pelo menos de forma visível, que pese contra a tradução utilizada pela referida Editora, edição de 2000, imprimida no verão de 2001. Procura popularizar a linguagem textual, sem perda de qualidade.

O uso de expressões, na língua grega, neste artigo, deu-se a partir da versão em português e não do acesso direto ao texto original. Ressalte-se ser o grego clássico, usado por Aristóteles, *grosso modo*, diferente do *Koiné* e do moderno. Decidiu-se manter as palavras justiça, virtude, mal, bem, bom, mau, direito e verdade em letra minúscula. A letra maiúscula só foi preservada quando os referidos termos estão associados ao uso qualificado.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Aristóteles, discípulo de Platão, de quem se distanciou, na medida que rejeitou o idealismo (ideias inatas) e estabeleceu regras para o realismo filosófico. Defendeu a adequação entre as condições subjetivas e objetivas do conhecimento, como método de produção do saber. Ao estabelecer, como critério de “verdade” (*αλήθεια*), a adequação do intelecto à realidade (*Η αλήθεια είναι η αντιστοιχία με την πραγματικότητα*), a partir do princípio da identidade e do terceiro excluído, abriu caminhos para busca do saber em diversas áreas de pesquisa, em especial a do Direito. Razão pela qual sua contribuição permanece atual e viva nos debates acadêmicos nos meios jurídicos.

Nasceu em Estagira, colônia jônica localizada no reino da Macedônia, em 384 a.C. Era filho do médico Nicômaco, da corte do Rei Amintas II, pai de Felipe II, Rei da Macedônia. Na adolescência, com o propósito de receber uma educação à altura da excelência grega, foi para Atenas. Em 343, a convite de Felipe II, tornou-se preceptor de Alexandre. Com assassinato do Rei Felipe II, seu filho Alexandre ocupa o trono. Sem função, Aristóteles, em 335 a.C. volta a

Atenas e, com auxílio de Alexandre, funda sua própria escola, o Liceu, que em pouco tempo, tornar-se-ia a principal academia de ciência e filosofia da época. Com a morte de Alexandre, o Grande, inicia-se um período difícil para Aristóteles, que, para fugir da perseguição, refugiou-se em Calcide, na Eubeia, onde morreu em 322 a.C.

2. ÉTICA A NICÔMACO: APONTAMENTOS

A “Ética a Nicômaco” (*Ηθικά Νικομάχεια*) é considerada pelos especialistas em Filosofia Clássica, como uma das principais obras de Aristóteles. Aceita-se, sem problema, que foi inspirada na sua condição de pai de Nicômaco. Daí o título “Ética a Nicômaco”, referindo-se ao filho Nicômaco, com a segunda esposa, Hérpilis. Mas há autores que afirmam ser o título uma homenagem ao pai de Aristóteles, que também se chamava Nicômaco.

Numa perspectiva geral, trata-se de uma obra pedagógica, na linha da Paidéia (*παιδεία*) grega. Essa buscava a excelência na formação dos cidadãos. Provavelmente tenha sido escrita entre 335 a.C. a 323 a.C., no Liceu (*Λύκειον*), em Atenas. Há dúvidas se o texto atual, que compõe a referida obra, é idêntico à disposição do original. Existem, ainda, historiadores que acreditam ser a obra, “Ética a Nicômaco”, notas das aulas de Aristóteles, compiladas num livro após sua morte. Acreditam, também, que alguns estudiosos, no transcurso da história, tenham confundido os comentários de Nicômaco, filho, com os escritos éticos de Aristóteles.

Nota-se, também, que Teofrasto (372-287 a.C.), cujo nome original era Tirtamo, é considerado, na historiografia, sucessor de Aristóteles na escola peripatética, denominada Liceu. Tendo sido, além de discípulo, pessoa de confiança, Aristóteles o nomeou tutor de seus filhos. De posse da biblioteca e dos textos originais, coube-lhe a tarefa de organizar os manuscritos de Aristóteles. Por essa razão, seja provável que haja uma relação entre o título da obra e a homenagem de Teofrasto a Nicômaco, filho de Aristóteles. Não obstante, em meio a esses questionamentos suscitados por estudiosos do assunto, o consenso reinante é o de que se trata de uma produção filosófica de Aristóteles.

Para Aristóteles, a ciência mestra é a Política, um de seus objetos, a Ética. Assim tem sido corrente situar a obra “Ética a Nicômaco” como estudos vinculados à Ciências Políticas, mas com próprias características. Seu propósito reside na moralidade como dimensão pessoal e comunitária do cidadão. A Política diz respeito à sociedade. Faz-se oportuno dizer, inclusive, que a “Ética a Nicômaco”, juntamente com “Ética a Eudemo” e a “Grande Ética”, integra parte ou capítulo da política, no entanto anterior a essa última.

Numa linguagem kantiana, tratar-se-á de uma obra que exercita a racionalidade prática. Discorrem-se as virtudes, os hábitos e a prudência, que são considerados elementos centrais na formação do cidadão à altura do ideal grego de excelência (*αριστείας*). Ao falarmos de uma racionalidade prática, que orienta o eixo analítico e interpretativo de Aristóteles, em “Ética a Nicômaco”, referimo-nos à finalidade, ou seja, à razão que o motivou legar à humanidade um texto insuperável e, ao mesmo tempo, atual, referência quando o assunto é ética, que é, em tese, sinônimo de justiça. Temos que tanto a ética como a justiça fundamentam-se na ideia do bem (*καλά*). Esse bem é a suprema felicidade. Na etimologia grega, felicidade (*ευδαιμονία*) significa, *ipsis litteris*, bem-aventurança.

Talvez, como pai, preocupado com a educação do filho, Aristóteles desenhou objetivos e caminhos que deveriam servir de guia na formação do cidadão na busca da felicidade individual e coletiva. Diz respeito a felicidade que está inspirada na ideia do bem comum (*κοινό καλό*). Guiar-se pela razão e submeter inclinações e paixões a serviço da justiça é, ao mesmo tempo, para Aristóteles, as condições essenciais para a denominada “paz perpétua” de Kant.

A “Ética a Nicômaco” divide-se em dez livros. De fato, o termo livro tem sido adotado nas edições. Mas, a rigor, são capítulos. Eles mantêm, entre si, uma unidade temática, num mesmo estilo literário e metodológico homogêneos. Faz apresentação do tema e, em seguida, desenvolve a argumentação na tentativa de sustentação das ideias postuladas.

O primeiro livro inicia com questionamento sobre o que é o bem. Destaca a importância do conhecimento do bem para melhor orientar as ações nas escolhas. O escopo de nossas ações deve ser o bem. Para isso, torna-se imperioso conhecer a ciência do bem. A ética é definida como o melhor caminho para isso. Considera o bem como uma espécie de hierarquização das atividades humanas, determinadas pelas finalidades recíprocas. A hierarquização, porém, não afeta a relação com o bem, na medida que todos devem visar à felicidade individual e comunitária. Isto significa que todas as atividades, como expressão da virtude moral e intelectual, devem proporcionar felicidade, que é o bem e a justiça.

No segundo livro, faz-se consideração sobre a virtude, destacando sua natureza, ligada ao caráter do ser humano, e sua disposição de acolher o meio-termo, como expressão de uma sensibilidade guiada pela razão. Para Aristóteles, há duas espécies de virtude: intelectual e moral. A virtude intelectual relaciona-se à educação. Só se consegue com disciplina e dedicação, visto que requer experiência e tempo. A virtude moral relaciona-se ao caráter. Adquire-se por meio de hábitos saudáveis, mediante disposição e prática do bem. O bem é idêntico a ser feliz. O uso da razão, de forma adequada e contínua, gera virtudes. Essas e os

vícios se relacionam às mesmas coisas. A diferença se encontra na disposição. A virtude visa ao bem. Os vícios tendem a aviltar, prejudicando e gerando sofrimento.

Conforme Aristóteles, na psique, há três elementos determinantes das ações: paixão, faculdade e disposição. A virtude depende da disposição para o bem. Isso só se consegue por intermédio da razão. Daí surge o meio-termo. Esse não é o único nem igual nas pessoas. Seu excesso e a falta são prejudiciais à excelência das ações. O meio-termo se constitui em virtude na preservação da qualidade na relação entre as pessoas e com as coisas.

O terceiro livro, aborda elementos intrínsecos da virtude moral, que são indispensáveis na avaliação da responsabilidade pela ação. Evidenciam-se liberdade e escolha deliberada. São elementos centrais na responsabilização dos atos praticados, sejam por meio de boas ou más ações. Contrapõem-se as virtudes aos vícios. Nesse caso, as virtudes devem pautar-se na temperança. Os vícios relacionam-se ao comportamento desregrado, sejam por ignorância ou na ignorância. Aristóteles distingue a primeira da segunda. A primeira é involuntária e, como tal, é digna de perdão. Desperta compaixão. A segunda é voluntária. Motivada, quase sempre, por atitudes dolosas. Como tal, associa-se à escolha deliberada de causar o mal, que advém dos maus hábitos e vícios.

Reportando ao mestre Platão, Aristóteles fala da coragem e da temperança. Para ele, a coragem é um meio-termo. Diz respeito às situações de confiança ou temor. Nesse sentido, o excesso de confiança ou de medo é prejudicial. O mesmo pode ser dito quanto à falta de confiança e de medo. Ambas estão relacionadas à ausência do exame da razão. A temperança é uma virtude relacionada ao domínio das paixões. A temperança, como virtude, é um meio-termo em relação aos prazeres.

No quarto livro, encontramos a virtude, no tocante, ao uso do dinheiro e prática da liberalidade, da prodigalidade, da mesquinha, da vulgaridade, da avareza, do orgulho, da vaidade, da ambição etc. Comenta a disposição humana à brandura, à irascibilidade e à inirascibilidade. Discorre sobre relações amistosa, contenciosa e obsequiosa. Dedicar-se, da mesma forma, às atitudes de franqueza, de presunção, de ostentação, de autodepreciação, de sagacidade, de vergonha, de recato e de sem-vergonhice.

Considera a liberalidade como uma virtude. Reside na disposição de caráter de quem a possui. Geralmente é proporcional às posses. Nesse sentido, a liberalidade é um meio-termo entre despojar-se e obter riquezas. É apropriado à virtude fazer o bem do que recebê-lo. O mesmo pode ser dito em às ações nobres e à abstenção das ações ignóbeis. Contrário à liberalidade é a avareza, consistindo em deficiência no dar e em excesso no tomar.

O caráter do magnífico está em evitar o excesso e a falta. Quem se inclina para o excesso torna-se vulgar. Gasta além do que seria necessário. O magnânimo é portador de um caráter bom e nobre. Isto permite que também seja moderado em relação ao exercício do poder. Somente os homens bons merecem ser contemplados pelas honras.

A calma também é uma virtude. Apresenta-se como um meio-termo entre a ira e a indiferença. Essas últimas são censuráveis. Próprias de tolos. Entre a ira e a indiferença, a calma ou a brandura apresenta-se racional, um meio-termo entre sensibilidade e insensibilidade.

O quinto livro dedica-se à questão da justiça e a injustiça. Indaga sobre a espécie de ações que ambas se relacionam. Não nos ocuparemos deste livro, posto que é objeto de análise mais cuidadosa do tópico seguinte, cujo título é “A justiça como virtude completa” (*Η πλήρης δικαιοσύνη και αρετή*).

No sexto livro, Aristóteles pondera sobre a natureza e a funcionalidade das virtudes de caráter e as intelectuais. Divide as virtudes da psique em duas espécies: as do caráter e as do intelecto. As virtudes morais são uma disposição de caráter. Relaciona-se à escolha, que é uma manifestação de um desejo deliberado. Trata-se do arbítrio, tendo como pressuposto o conhecimento das consequências das ações praticadas. Nesse caso, a virtude se vincula a três elementos da psique humana no controle das ações: sensação, razão e desejo. A sensação liga-se ao desejo e a razão, à capacidade de aceitar ou rejeitar o objeto do desejo.

As virtudes intelectuais dividem-se em contemplativas e calculistas. Ambas buscam a verdade, como objeto de conhecimento. As virtudes intelectuais centrais são: a ciência (conhecimento demonstrativo do necessário e do eterno), arte (conhecimento de como fazer coisas), sabedoria prática (conhecimento sobre como assegurar os fins da vida humana), razão intuitiva (conhecimento dos princípios a partir dos quais a ciência se desenvolve), sabedoria filosófica (síntese da razão intuitiva e da ciência) e ciência política (arte de governar). Comenta as virtudes intelectuais menores relacionadas à conduta: bondade, compreensão/entendimento e julgamento.

O conhecimento científico é uma disposição do intelecto. Torna a pessoa humana capaz de demonstrar conhecimento científico pela convicção determinada pela razão. A arte é uma qualidade relacionada à produção mediante atividade criativa da razão. A sabedoria prática relaciona-se à capacidade de julgar. É uma característica de quem é capaz de deliberar bem sobre ações, que dizem respeito tanto à esfera particular como à comunitária. Sabedoria prática não é ciência nem arte, é uma virtude. Diz respeito à ética do pensar e agir em relação às pessoas e às coisas, a partir do bem. Trata-se da razão intuitiva. Apreende os princípios éticos capazes de sedimentar a inclinação para o bem.

Aristóteles também se refere à inteligência e à perspicácia como virtudes. No entanto reserva à inteligência o entendimento. Modo pelo qual se exerce a faculdade de conhecer. Nesse sentido, discernimento é a faculdade. Permite o exercício do juízo equitativo. Portanto, um homem justo é, ao mesmo tempo, equitativo, dotado de discernimento.

No sétimo livro, dedica-se a questões da continência. Analisa as consequências práticas de um comportamento guiado pela incontinência. Aborda questões ligadas à ideia de prazer e do sofrimento: disposição e consequências.

Aristóteles menciona três espécies de disposições morais, que devem ser evitadas: o vício, a incontinência e a bestialidade. O contrário dessas disposições é a continência, uma das virtudes. A incontinência é frouxidão diante das inclinações das paixões e constitui-se num vício. Destrói as relações pela fixação nas coisas más e censuráveis.

A continência apresenta-se como moderação. A incontinência se caracteriza pelo apego ao exagero. Porém ambos estão relacionados ao hábito. Esse pode ser adquirido pela prática mediante as disposições para o bem (*καλά*) ou para o mal (*μόλις*). Para reforçar seu argumento, reporta, provavelmente, a Eveno. Na mitologia grega, refere-se ao nome de um dos filhos de Ares. Segundo Eveno: “O hábito, meu amigo, é tão-somente uma longa prática que por fim faz-se natureza” (ARISTÓTELES, 2000, p. 164).

Segundo Aristóteles, a questão do prazer e do sofrimento pertence ao campo da ética. O prazer relaciona-se à coisa é má ou boa. Não é absolutamente mau nem bom. Os prazeres são resultados de disposições dirigidas ao mal ou bem. Não causam sofrimentos, quando se evita excessos. Assim são recomendáveis.

No oitavo livro, o assunto é amizade (*φιλία*). Começa fazendo uma tipologia. Depois analisa as diferenças de tipos de amizade. Começa a discussão caracterizando a natureza da amizade. Para Aristóteles, a amizade é uma espécie de uma virtude ou, no mínimo, diz respeito à virtude. É essencial ao bem-estar individual e coletivo. A amizade tem a força de motivar as ações boas. Além disso, permite às pessoas pensarem e agirem adequadamente. Os amigos não necessitam de justiça. Porém os justos necessitam também da amizade. A justiça é uma espécie de amizade. Noutras palavras, a justiça é gênero e a amizade, sua espécie.

Em relação aos objetos inanimados não se emprega a palavra amizade. A amizade pressupõe reciprocidade. Diz respeito à afeição. A amizade recomendada é entre pessoas boas e semelhantes nas virtudes. São capazes de desejar o bem um ao outro de modo idêntico.

A amizade pode ser dividida em duas espécies. A primeira se relaciona aos amigos, que se unem em função do prazer e daquilo que é considerado útil. Nesse caso, a amizade é determinada por uma utilidade. Sustenta-se no interesse fixado pela ideia de prazer. A segunda

relaciona-se aos amigos unidos por afeições de bondade. Pertence à esfera do cultivo da espiritualidade, no sentido grego. Unem-se, na amizade, em função de um caráter. Possuem disposições para o bem, sinônimo de justiça e felicidade. Assim baseiam-se na virtude e reguladas pelo bem.

O nono livro é uma continuação do tema amizade. Busca uma definição das relações amigáveis. Define-se amigo aquele que faz ou busca o bem nas relações. Não basta a benevolência nem a conformidade de opiniões. Esses não podem ser confundidos com a amizade, embora caracterizadas como relação amigável. As opiniões idênticas podem suscitar interesses em comum. Contudo não é suficiente para caracterizar a amizade.

Para Aristóteles, o homem é um “animal político” (*ζῷο πολιτική*). É de sua natureza a vida em sociedade. Diante disso, torna-se espontânea a inclinação para a amizade. Ter amigos virtuosos é uma condição da vida feliz. Desse modo, o homem feliz necessita de amigos virtuosos. A felicidade, assim concebida, é uma atividade, que depende de nossa disposição. A amizade é um componente da felicidade e a essência da vida em comum.

Por fim, o décimo livro. Analisa a relação entre prazer e felicidade. Contrapõe o prazer ao sofrimento. O prazer, em si, não é um meio-termo. A relação de prazer deve ser examinada com muito cuidado. Afeta a capacidade de julgar com imparcialidade. Em razão disso, exige-se muito discernimento.

Inicialmente apresenta duas visões antagônicas: a ideia de prazer relacionado ao bem e ao mal. De acordo com Aristóteles, pode-se falar de uma hierarquização do prazer nas diferenças das atividades humanas. Destaca-se que o critério de valoração do prazer é a felicidade. Expressão da boa atividade, inconfundível com o divertimento. Para Aristóteles, a felicidade é a vida contemplativa. Pura atividade mental de observação, análise e reflexão da razão teórica e prática. Viver bem é estar de acordo com o racional. Assim a razão deve nortear todas as ações. Subjugar as paixões e criar bons hábitos necessários ao cultivo das virtudes numa vida de bem-estar pessoal e comunitária.

3. JUSTIÇA COMO VIRTUDE COMPLETA

Composta em dez livros, trata de assuntos relacionados à felicidade, discorrendo conceitos como amizade, amor, liberdade, virtude, bondade, dentre outros. Porém o fulcro temático está centrado na questão da Justiça a partir do possível, ou seja, da prática.

Para iniciar a exposição sobre Justiça, Aristóteles, guiado pelo seu realismo metodológico, afirma:

Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. (ARISTÓTELES, 2000, p. 103).

Etimologicamente, a palavra virtude vem do grego (*ἀρετή*) e do latim (*virtus*). Refere-se à disposição de praticar o bem, tal como a justiça.

Sem desprezar diferenças etimológicas, porém enfatizando o campo semântico, assim afirma Aristóteles em relação à virtude e justiça: “[...] são elas a mesma coisa [...]. Aquilo que em relação ao nosso próximo, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude” (ARISTÓTELES, 2000 p.103).

Nesse sentido, a justiça é o próprio bem. É a expressão da felicidade. Daí, para Aristóteles, a justiça é virtude completa e definida por uma disposição de caráter harmônica manifestada nas relações humanas. Ser justo é ser virtuoso e, ao mesmo tempo, feliz. A justiça não é um meio para alcançar a felicidade, mas a própria felicidade.

Assim a justiça é a virtude e essa é o bem. A partir desse conceito, verificamos a importância da justiça, como virtude moral, em relação às demais. O fora da lei é injusto. Aquele que respeita as leis é justo. É justo, visto viver de acordo com as regras ditadas pelo bom senso. Acredita-se que esse viver é a própria felicidade. Com isto, preserva-se a cidade e garante-se o bem.

A obediência às leis é um ato de justiça. A lei tem o objetivo de atender o que é o bem comum. Com isto, o justo faz viver conforme as leis, como expressão da equidade. O viver injusto leva à ilegalidade e à desigualdade. Justo é tudo aquilo que é capaz de garantir, em sua totalidade ou em parte, a felicidade individual e comunitária. Assim a lei deve prescrever a cada cidadão o viver valente e forte. Valente, porque deve lutar contra as inclinações do mal. Forte, como postura de perseverança na conquista do bem. Deve prescrever também a sociabilidade. Quando a lei determina que não se deva agredir nem prejudicar ninguém, está preservando o bem comum por meio da sociabilidade.

Noutras palavras, a justiça é em si mesma, a felicidade individual e comunitária. Ela não é meio e, sim, um fim. A felicidade resulta de um viver justo. Assim a justiça é a virtude que promove relações harmônicas entre o ser humano e a *polis*. Essa forma de justiça se configura numa virtude completa. Não de natureza absoluta, posto que só é possível na relação com a alteridade. Sem o outro não se falaria de justiça. Ela só acontece em relação ao outro, que está diante de nossos interesses.

A Justiça, assim entendida, é a virtude integral e perfeita. Integral, na medida que incorpora todas as demais virtudes, sem descaracterizá-las nem fracioná-las. Ela não é a soma

de todas as virtudes nem o complemento. Antes, ela é a excelência, porque compreende todas as virtudes. Perfeita, na medida que é o justo termo e pode ser utilizada, por quem a pratica, tanto em relação a si mesmo, como também em relação aos outros. Inspirada nessa percepção do grau de plenitude que a reveste, tornou-se provérbio, que se expressa da seguinte forma: “[...] na justiça se resumem todas as virtudes” (ARISTÓTELES, 2000, p. 105).

Desse modo, Aristóteles vê a justiça como afirmação do bem e a injustiça, sua negação. Por se tratar de relações humanas, o termo “justo” carece de uma referência, como medida, aplicável às assimetrias dessas relações. Para isso, o conceito de proporcionalidade tornou-se uma expressão recorrente em “Ética a Nicômaco”. A sua função é a de diminuir diferenças dessas assimetrias. Para isso, o justo é o proporcional, que estabelece o meio-termo entre as diferenças ou desigualdades.

Por negação, o injusto é o que viola a proporção. Suprime as diferenças ou desigualdades em benefício de vantagens unilaterais. O meio-termo figura como intermediário entre o ganho e a perda nas relações humanas. Evidencia o conceito de reciprocidade nas relações de direitos e deveres. Essa reciprocidade só pode acontecer se estiver apoiada no conceito de proporcionalidade. Cabe ao juiz, no julgamento, a missão de levar em conta as diferenças e as desigualdades, com base no meio-termo à luz das virtudes prescritas pela lei.

Não poderíamos deixar de mencionar que o conceito de virtude em Aristóteles faz parte do mundo grego em sua época. Hoje não há uma equivalência em relação ao termo virtude. O cristianismo reelaborou o conceito, num ambiente de negação dos valores culturais greco-romanos, principalmente na “Antiguidade Tardia”, como indica o historiador britânico, de origem irlandesa, Peter Brown (1990).

Para os gregos, a ideia de virtude relaciona-se à excelência de cada ação. Tem referência no bem. No cristianismo, a virtude ganha contornos subjetivos. Daí as três virtudes teológicas: Fé, Esperança e Caridade. Exemplo prático disso é a ideia de submissão feminina. Para os gregos, a referida submissão era “normal”. O cristianismo vê com restrições. O mesmo pode ser dito em relação à escravidão, como sistema de produção econômica. Entre os gregos, escravidão era normal. O cristianismo teve uma convivência cheia de conflitos com a escravidão. Assim o bem, como sinônimo de virtude, para o mundo atual, possui um campo semântico diferente em relação ao mundo grego.

4. TIPOS DE JUSTIÇA: PERSPECTIVA DE ANÁLISE

Os especialistas adotam a expressão “Justiça Geral” e “Especial”. Em termos gerais, à luz da atualização semântica, a “Justiça Geral” estaria para os princípios gerais do Direito. A “Justiça Especial”, denominada também “Particular”, seria aquela que mais se aproxima da diversidade de ordenamentos jurídicos no mundo, subdividindo-se em Distributiva e Corretiva. Por aproximação, a Distributiva está para o Direito Público; a Corretiva se subdivide em Comutativa e Judicial. A Comutativa se aplica ao Privado e a Judicial ao Direito Público, por ser essencialmente de ordem Penal.

É bom lembrar que essa noção de Público e Privado não está presente, de forma direta, em “Ética a Nicômaco”. Quando se fala em Público e Privado, estamos na seara da historiografia contemporânea, após revolução francesa. A correspondência aqui adotada se dá por aproximação. Daí a necessidade do alerta dos riscos teóricos. Não se pode descartar a possibilidade de equívocos nesse tipo de associação. Há uma tendência a uma associação mecânica, que certamente pode levar a distorções homéricas.

4.1 Justiça Geral

Sem dúvida, o quinto livro de “Ética a Nicômaco” tem se immortalizado no debate da justiça e de suas tipologias. O comentário descritivo e analítico aplicado por Aristóteles mantém-se obra prima e de difícil superação. Ninguém, ao longo da história, tem sido tão preciso e, ao mesmo tempo, esclarecedor do assunto quanto Aristóteles.

Na abertura do referido livro, Aristóteles dedica-se à “Justiça Geral, Total ou Universal”, denominada pelos doutrinadores. De início, tenta fixar um ponto e se apoiar na alavanca de Arquimedes (287-212 a.C.) para fazer seu movimento de reflexão intelectual. De pronto, pontua: “No que diz respeito à justiça e à injustiça devemos indagar com que espécie de ações se relacionam elas” (ARISTÓTELES, 2000, p.103). Com isto, remete a discussão da Justiça à realidade empírica. Foge das armadilhas dos sofistas e das limitações do idealismo platônico.

Antes de comentar a Justiça e sua negação, expõe a encarnação dessa nas ações do ente humano. As ações humanas carregam consigo valores éticos, independentemente de sua contextualização. Porém é a própria contextualização que vai demarcar os limites que apontam as espécies de justiça. Nesse caso, as ações são justas ou injustas. Não podem ser as duas ao mesmo tempo. Nesse sentido, o raciocínio de Aristóteles se guia pelo princípio de identidade na distinção do que é justo ou não. Trata-se de uma leitura baseada na lógica binária do sim e não.

Porém, para definir o que é justo, Aristóteles estabelece um critério claro ao determinar o meio-termo na referência de distinção. A expressão “[...] que espécie de meio-termo é a justiça” é uma indagação que registra a necessidade de determinar a natureza da Justiça. Com isto, vinculou a Justiça ao “meio-termo”. Com isso, legou-nos um instrumento valioso para o exercício do Direito. Pode ser aplicado universalmente de forma contextualizada (ARISTÓTELES, 2000, p.103).

Assim busca um lugar apropriado à Justiça nas relações humanas. Fixa critério claro para bem para exercê-la. Com isso, elabora uma conceituação do que seja a Justiça. Para isso, recorre às opiniões correntes da época, como elemento de apoio. Adota a figuração de que “[...] a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que justo [...]” (ARISTÓTELES, 2000, p.105).

A partir dessa conceituação, Aristóteles chega à ideia de justiça, entendida como Geral, Total ou Universal. A justiça assim definida não se constitui parte nem mais uma no quadro das demais virtudes. Antes de tudo, deve ser entendida como “[...] virtude inteira [...]”. Trata a justiça como “[...] virtude completa, embora não de modo absoluto, mas em relação ao próximo”. Ao negar-lhe o caráter absoluto, condiciona a justiça a relações entre partes (privada ou pública). Isso significa que a justiça está necessariamente na relação e não fora dela (ARISTÓTELES, 2000, p.105-106).

Nesse caso, reconhece, também, que a justiça e a virtude são a mesma coisa, sem que isto signifique ser da mesma essência (*οὐσία*). Com isto, postula uma distinção essencial entre justiça e virtude. Certamente porque identifica uma diferença de substância entre ambas. Aliás, Aristóteles não fornece pistas diretas para argumentar a referida distinção. Para a análise da distinção, necessitar-se-á recorrer, por analogia, ao conceito de essência e substância em sua metafísica. Ou, então, podemos deduzir uma distinção vinculada à ideia de ser a virtude uma qualidade e a justiça, um veículo de efetivação dessa qualidade.

De qualquer modo, ele coloca, no mesmo patamar, a justiça e a virtude ao afirmar: “Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude” (ARISTÓTELES, 2000, p.106). Poder-se-ia falar que virtude e justiça são sinônimas, com essências distintas: a primeira remeter-se-ia à ideia de “valor” e a segunda, à de ação.

Assim entendido, a virtude indica ser algo que pertence à esfera privada da pessoa, sem necessitar de reconhecimento de outrem, na medida que não dependente de questões práticas. O mesmo não seria possível em relação à justiça. Essa não existe senão nas relações

humanas, que envolvam duas ou mais pessoas. A virtude não está necessariamente relacionada ao outro, enquanto a justiça só pode ocorrer na relação com a alteridade.

A diferença de essência entre virtude e justiça também pode ser exemplificada na omissão. Em determinadas situações, a omissão pode ser uma virtude. Como exemplo, o silêncio diante de insultos. Uma pessoa, que se veja insultada e maltratada, pode optar pelo silêncio como a melhor forma de resposta. Neste caso, não se pode dizer que a atitude omissa foi justa ou injusta nem de covardia. O silêncio pode ter sido expressão do exercício de autodomínio da pessoa frente situações de contrariedade. Isso pode ser considerado uma virtude.

No entanto, a omissão, na justiça, sempre se constitui num ato de violação, independentemente do valor atribuído à ação. Embora, no ordenamento jurídico brasileiro (art. 186, do código de processo penal e inciso LXIII, artigo 5º da Constituição Federal), o silêncio do acusado diante de um interrogatório constitui-se num exercício de Direito que lhe assiste, a justiça pode estar sendo gravemente afetada, na medida que esteja prejudicando terceiros (privado ou público).

No âmbito da metafísica aristotélica, na tentativa de exemplificar, é possível pensar a virtude como potência e a justiça como ato. Pelo menos é o que pode ser inferido do trecho seguinte: “Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa” (ARISTÓTELES, 2000, p.105). Noutras palavras, a virtude pode ser entendida como potência e a justiça, ato.

Assim os enunciados acima expostos nos conduzem à ideia de Justiça Geral, Total ou Universal. Esses enunciados evidenciam a capacidade do ser humano de estabelecer, a partir do princípio da razoabilidade, aquela que deve ser a medida do que é justo. São as disposições gerais produzidas pela razão e que podem ser aplicadas às circunstâncias da vida individual e comunitária.

Como exemplo, citemos Aristóteles (2000, p.107): “De fato, a lei nos manda praticar todas as virtudes e nos proíbe de praticar qualquer vício [...]”. Esse é um enunciado claro de um preceito Geral, Total ou Universal. Encontra-se nas disposições de todas normas positivadas, como é o caso da *Civil Law*, e não positivada, como o da *Common Law*.

Nesse sentido, os seus enunciados não estão circunscritos ao espaço e ao tempo. Embora se façam presentes no tempo e no espaço, os transcendem, na medida que não fazem parte dos atributos específicos de uma determinada comunidade. A Justiça Geral está presente nas disposições legais, sem, ao mesmo tempo, confundir-se.

Como exemplo, quando se determina que devemos cumprir as determinações legais, estamos diante de uma disposição geral. Trata-se, portando, daquilo que Aristóteles denomina “Justiça Geral Total ou Universal”. Enuncia que o cidadão deve respeitar e seguir às leis que são propostas pelo Legislador. Identifica-se pela obediência ao νόμος (conjunto de normas sociais) e ao ήθη (costumes) de uma vida em sociedade.

O mesmo é válido quando nos referimos à ideia de que um julgamento é justo na medida que está em conformidade com as virtudes. No mínimo deve ser a expressão concreta do bem. O contrário, a ideia de injustiça retrata a violação do bem.

Aristóteles admite, também, que “as ações belas e justas” estão sujeitas a uma diversidade de opiniões, que flutuam de acordo com as circunstâncias. Em tese, isso parece gerar problemas para o devido posicionamento delas no quadro das virtudes, já que as opiniões são produzidas de acordo com as percepções da convenção (σύμβαση). Porém a capacidade natural de exercer o bom senso pode evitar, por si mesma, a perda da referência daquilo que se denomina justiça (ARISTÓTELES, 2000, p.18).

Outra questão importante na “Ética a Nicômaco” refere-se à importância dada à criação das leis. Afirma que as leis devem ser bem elaboradas e adequadas às necessidades. Deve assegurar a previsibilidade nas relações sociais. Lembremos que todo tipo de relação gera uma espécie de contrato, ou seja, uma convenção. Desde as mais simples ou insignificantes, pela sua informalidade ou aparente desinteresse, às mais complexas, pelo grau de formalização e volume de negócios entre as partes, estão vinculadas a uma espécie de contrato.

Aristóteles também reconhece que não são todos os atos determinados pela lei que contêm disposições dos preceitos da Justiça Geral, Total ou Universal. Conforme suas palavras “[...] a maioria dos atos ordenados pela lei é constituída por aqueles que são prescritos tendo em vista a virtude considerada como um todo” (ARISTÓTELES, 2000, p.107).

A expressão maioria implica em exclusão. Alguns atos ordenados pela lei podem não estar assentados na justiça como virtude total. Quais seriam esses atos? São os atos discricionários, os que estão assentados nas inclinações e vícios da vontade humana, os que contemplam parte da Justiça Geral? Claro, o ordenamento jurídico comporta interesses diversos. Há os ligados à virtude total. Porém há, também, aqueles que, em razão do casuísmo, expressam interesses escusos e excludentes da Justiça Geral. Daí Aristóteles denominar a Justiça Especial (Particular) como parte da Justiça Geral e, assim, da virtude total.

4.2 Particular: distributiva e corretiva

A expressão “particular” é comumente utilizada nas versões de *Ética a Nicômaco* na língua portuguesa. Por questões semânticas, o termo “particular” não reflete a ideia original de Aristóteles. Hoje carrega sentido bem definido, remetendo o significado para um raciocínio que distingue o público do privado. Nesse caso, o privado, atualmente, aparece como particular, que, em tese, nada tem a ver com o particular de Aristóteles.

O particular, como distinto, relaciona-se ao universal ou geral, vinculado à experiência (empíria). Trata de questões específicas. Já o significado do universal ou geral refere-se ao que não é redutível à experiência. Isso não significa que não está nela. Numa linguagem aristotélica, o universal pertence ao campo da metafísica, que trata de questões gerais. O particular vincula-se à experiência na medida que liga diretamente com questões fáticas do dia-a-dia.

Para exemplificar, o ordenamento jurídico brasileiro está para o particular, em meio aos demais particulares, ou seja, aos dos demais países. Não obstante, o conjunto dos princípios, que está presente em todos os ordenamentos jurídicos de todos os países, pertence ao universal. Noutras palavras, o princípio jurídico extraído do raciocínio, sem vínculo necessário com a experiência, é universal ou geral. Isto não ocorre com o particular, que se temporaliza e espacializa na História.

Os doutrinadores têm preferido o termo especial ao particular. O objetivo dessa preferência, ao que parece, é o de evitar confusões de ordem semântica. Assim a expressão “geral e especial” tem sido utilizada para definir uma distinção de ordem teórica. Se isso não evita a eliminação completa de mal-entendidos, pelos menos possibilita uma compreensão por aproximação. Em razão disso, adotamos, neste artigo, a dicotomia Geral e Especial.

4.2.1 Justiça Distributiva

Referindo-se à Justiça Especial (particular), Aristóteles a qualifica como parte da virtude (ARISTÓTELES, 2000, p.106). Portanto, não a vê como virtude total. Entende-se que isso se deva ao fato da justiça especial está vinculada diretamente às questões práticas, por tratar de situações específicas. Claro, isto não significa necessariamente que expressão “parte” implique numa desqualificação da relação entre virtude e justiça. Busca-se, sim, indicar um recorte teórico.

Feitas as considerações acima, registra-se, Aristóteles (2000, p.108) afirma que “[...] uma das espécies é a que se manifesta nas distribuições de magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa). O destaque vai para o

caráter distributivo dessa justiça. Daí o fato dos doutrinadores denominá-la “Justiça Distributiva”. Numa linguagem atual, seria o mesmo que disser que o Estado tem o papel de distribuir cargos públicos, dinheiro e benefícios entre cidadãos sob a regência de uma Constituição.

Sob este aspecto, cabe à justiça a função de equilibrar as relações entre indivíduos quanto ao ganho e à perda. A justiça deve harmonizar as relações. O critério da distribuição não deve ser absoluto (matemático). Deve-se, sim, usar parâmetros com base na igualdade proporcional. Entra em cena a formosa frase: “*virtus medium est*” (a virtude está no meio). Nesse contexto, a injustiça ocorre sempre que alguém pratica algum ato em benefício ou interesse próprio em detrimento de outrem.

Assim a Justiça Distributiva é explicada, em “Ética a Nicômaco”, como aquela que se aplica na repartição das honras e dos bens da comunidade, com base nos méritos. Partindo disto, podemos observar claramente a presença da Justiça Distributiva nos dias atuais, como o princípio geral das igualdades das relações jurídicas e da justa repartição de bens. Como exemplo, o acesso a cargos públicos deve acontecer, obrigatoriamente, por concurso público a partir dos princípios elencados no artigo 37, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, é bom lembrar que o conceito mérito também está cercado de muitas imprecisões teóricas. Como observa Aristóteles, cada regime político traz uma conceituação própria do termo “mérito”. Os democratas colocam o mérito na liberdade; os oligarcas, na riqueza ou na estirpe, e os aristocratas, na virtude. Daí a necessidade de contextualizar os princípios que norteiam a justiça geral, levando-se em conta a dimensão precária do critério estipulado na conceituação e mensuração do mérito.

Aristóteles comenta, também, que a sociedade, na prática, não é feita de iguais apenas. O pressuposto teórico da igualdade (*ισότητα*) seria válido se todos fossem iguais. Na realidade fática (histórica), a sociedade é constituída por iguais e desiguais. Sabe-se que, com base no mérito, o cidadão coloca-se a serviço da esfera pública (Estado). Com isto, pretende-se obter, em troca, estabilidade, honras, bens etc. O Estado deve preservar o direito de todos seus cidadãos para que tenham acesso de acordo com a justa medida, levando-se em conta o princípio da igualdade proporcional. Frente às desigualdades, a ideia de mérito parece dar conta tranquilamente das diferenças na aplicação justiça. Porém, não basta. Faz-se necessário contextualizar o mérito a partir de fatores que possam realinhar, por aproximação, aquilo que, numa linguagem aristotélica, chama-se “igualdade proporcional”.

É com base nesse princípio que o ordenamento jurídico brasileiro recepciona as ações afirmativas (políticas de cotas). Isto deriva da ideia de tratar os iguais, igualmente; os desiguais,

desigualmente. Aliás, hoje esse é o princípio que se encontra no cerne da estrutura e funcionamento da Constituição (Carta Magna) dos Estados contemporâneos. A tutela do Estado exercida na proteção aos direitos indisponíveis e nas relações de hipossuficiência (ECA, CDC e CLT) se fundamenta na denominada “igualdade proporcional” ou “justo proporcional”, elaborado em “Ética a Nicômaco”.

Assim, busca-se equilíbrio, levando-se em conta que a concentração do muito e do pouco são injustos. Reflete um sistema que afeta as relações harmônicas. Para se resolver a desigualdade, na distribuição da justiça, recorre-se ao princípio da “igualdade proporcional”. Aplica-se, então, a expressão meio-termo, espécie de equilíbrio entre dois extremos, como instrumento de instituição da igualdade proporcional. O injusto é a quebra dessa proporcionalidade.

Em resumo, quando se fala em justiça distributiva, Aristóteles tem em mente a noção de cidade-estado (*πόλη-κράτος*), como Atenas tem sido tratada pela historiografia da Antiguidade Clássica. O que Aristóteles tenciona é estabelecer um critério estável de justiça capaz de resolver as diferenças entre os membros de qualquer Estado ou de organização social, tanto na esfera pública ou privada. No caso da esfera privada, como exemplo, é quando se tem uma associação de membros em torno de um fundo (hoje capital) e se faz necessário dividir seus benefícios. O mérito aparece como critério importante de distribuição das benesses.

É bom lembrar também que, em relação à atualidade, há muita diferença na concepção sobre a missão do Estado sobre o caráter distributivo. Conforme observa David Ross (1987, p. 216), na Grécia Clássica, o cidadão se via como um investidor ou acionista do Estado, que tinha o papel de distribuir riqueza. Hoje é uma ideia estranha a quem está acostumado a perceber atuação do Estado como um grande fardo que a sociedade tem que suportar.

4.2.2 Justiça Corretiva: comutativa e judicial

Aristóteles (2000, p.110) indica outra espécie de justiça no quadro da Justiça Especial (Particular), denominada “corretiva”. Trata-se do tipo que se aplica às relações voluntárias (autônomas) e às involuntárias (heterônomas).

Em relação à justiça distributiva, a corretiva está assentada numa diferença substancial do conceito de igualdade ou de justo. Se à distributiva aplica-se a igualdade (justo) proporcional, na corretiva uma espécie de igualdade que só pode ser vivenciada nas relações entre iguais. Trata-se das relações simétricas. São caracterizadas por um ato voluntário, porque surge como expressão autônoma da vontade das partes.

Trocas, aquisição de bens, prestação de serviços, dentre outros, para Aristóteles, são relações entre partes iguais e deve estar sujeitas às regras acordadas. São relações denominadas “comutativas”, não como resultado de uma possível semelhança ou equivalência dos objetos inseridos no acordo. A comutação está relacionada a um juízo consensual sobre os termos acordados.

Portanto, há bilateralidade da vontade que expressa igualdade em razão de uma capacidade jurídica de estabelecer pactos. A horizontalidade se constitui no elemento legitimador do acordo das partes envolvidas. Configura-se uma igualdade aritmética como elemento balizador da real isonomia.

As involuntárias referem-se às ações unilaterais, que lesam direitos alheios. Não estão vinculadas à questão da honra ou de qualquer mérito pessoal. O foco está centrado na natureza da ação, que pode ser dolosa ou culposa. Nessa justiça a igualdade é aplicada a todos os cidadãos.

O que importa é o feito, a ação provocada. Não importa quem é a pessoa, seja indivíduo livre, escravo, mulher, criança ou estrangeiro. O *status quo* não deve ser levando em conta, mas, sim, a ação praticada e o grau de nocividade à vítima. A função do juiz é a de restabelecer o equilíbrio rompido. Para isso, deve subtrair do agressor e compensar à vítima.

É sintomático que Aristóteles tenha reservado o termo “judicial” para as relações involuntárias, dividindo-as em clandestinas e violentas. Por clandestinas entendem-se as formas ilícitas de conquistar e ter algo que não lhe pertence, exemplificadas no furto, falso testemunho, adultério etc. Já as transações violentas referem-se às situações de vantagem financeira, ou de outra natureza, ao infrator, mediante assassinato, agressão física ou moral, roubo, sequestro, envenenamento etc.

Para Aristóteles, na Justiça Corretiva, é irrelevante a condição social do agressor e da vítima. Elas devem ser tratadas da mesma forma. Deve-se levar em conta o ganho do agressor e a perda da vítima. No meio-termo, entre eles, encontra-se o justo. Uma pessoa, que esmurrada ou mata alguém, provoca um delito.

Nesse caso, não há uma relação necessária entre o delito e a penal estipulada. Cabe ao juiz equilibrar a desigualdade, mediante a redução da vantagem obtida pelo agressor e à perda sofrida pela vítima. A avaliação do mau trato deve considerar o prejuízo sofrido pela vítima e o ganho do agressor. Assim fica a pergunta, o que seria o “justo” (*δίκαιον*)? Aristóteles indica o meio-termo como uma forma de solução. Assim o meio-termo seria a medida entre o ganho obtido pelo agressor e a perda imputada à vítima. Agindo assim, o juiz assume a condição de justiça encarnada.

Desse modo, a missão, num sentido teleológico, do juiz é equilibrar a desigualdade como meio de obter a igualdade no tratamento. Assim o juiz, como mediador, atua para restituir, de alguma forma, o equilíbrio entre o ganho e a perda. Como muito bem observa Aristóteles (2000, p. 111): “Portanto, a justiça corretiva será o meio-termo entre a perda e o ganho”.

5. CONSENSO PENAL À LUZ DE ARISTÓTELES

Observa-se que o ordenamento penal brasileiro passa por transformações. O reforço dos instrumentos coercitivos não tem se mostrado eficaz. O controle da violência e da reinserção de apenados à sociedade encontra-se distante dos níveis minimamente toleráveis. A realidade prisional evidencia um quadro caótico.

O Estado tem se mostrado impotente sobre a violência e a criminalidade. Ao ceder-se a apelos de setores conservadores da sociedade, tem aumentado os instrumentos punitivos. Adota, quase sempre, normas incriminadoras severas e patrulhamento ostensivo como meio de pacificação social.

Aliás, vivenciamos uma excessiva criação de leis penais de alto teor repressivo como tentativa de resposta às demandas midiáticas. Nesse ambiente, o aparato de segurança, de aplicação e de execução do sistema penal tem se mostrado incapaz de gerar um grau razoável de satisfação na população. Com isto, aumenta-se o sentimento de descrédito, principalmente em relação à eficácia do sistema penitenciário e, conseqüentemente do judiciário.

Na tentativa de compreender a natureza e a extensão da tão propalada “crise”, especialistas têm ido à cata de teorias e métodos a fim de criar um modelo satisfatório. Nesse cenário, transitam apostas que vão desde a supressão (abolicionismo penal) à maximização do endurecimento do sistema criminal e punitivo (penal do inimigo). Entre os opostos, emerge o minimalismo penal. Um sistema de punição mais aberto e sensível às medidas alternativas.

Do ponto de vista teórico, o sistema penal brasileiro tem ido à direção do minimalismo. A adoção de uma Constituição, fundada na valorização dos direitos fundamentais, revela essa tendência. A atuação da Suprema Corte (STF), nas questões de ordem constitucional, e do Conselho Nacional de Justiça, na fiscalização do desempenho do judiciário, tem lançado luz de esperança em mudanças eficazes. Porém a sensação é a de que estamos apenas no início de um longo processo.

Sobre a crise, vale destacar o comentário de María Carmen Dóbon (2000, p.57): “[...] as crises do sistema de sanções têm a ver, de um modo direto, com o fracasso da ideologia de ressocialização”. A avaliação dela aponta para expectativa frustrada em razão dos

insignificantes índices de ressocialização. Trata-se de uma constatação interessante. Contudo carece de mais estudos.

Talvez o fracasso da “ideologia da ressocialização” esteja associado a outros fatores. Dentre eles, a tendência de tornar delito práticas que estão mais vinculadas a costumes do que à esfera penal. Pode também estar ligado à crença de que, no âmbito do Direito material e processual, a justiça só pode ser exercida pelo Estado.

Na sociedade brasileira essencialmente rural, os crimes, em sua maioria, eram de origem passional. Sem reflexo significativo na desigualdade social. As motivações econômicas ligadas ao tráfico de drogas eram insignificantes. Nesse cenário, a tese de um Estado onipresente fazia sentido. Entretanto a sociedade atual é essencialmente urbana e complexa. Há profundas desigualdades sociais e considerável nível de competitividade econômica.

A dinâmica social, impulsionada pela mídia global, impõe um ritmo acelerado de mudanças de costumes e de prática culturais. Trata-se de uma sociedade denominada “aldeia global” por Marshall McLuhana (1969). A característica básica é a da socialização instantânea da informação em nível global. Ante essa realidade, o modelo de justiça (*Civil Law*), inspirado na obra, “Espírito das Leis”, de Montesquieu parece exaurido.

A dependência ao legislativo na aplicação das leis acaba engessando o Judiciário. Na esfera penal, isso é muito visível. Oportuna a observação de Leite (2009, p.247): “Uma das principais demonstrações disso é a distorção entre o tempo do direito e o tempo social, o que gera problemas de eficácia para o ordenamento jurídico, sobretudo no que diz respeito a seus mecanismos processuais”.

Diante desse quadro, urgem-se medidas alternativas. Necessita-se minimizar os efeitos estranguladores do atual sistema penal. Dentre as alternativas, a mediação e a conciliação têm ganho espaço. Podem-se tornar instrumentos eficazes, por meio da simplicidade e da celeridade, da composição da lide.

O termo consenso significa acordo ou composição amigável. No Brasil a Justiça Consensual funda-se em concessões recíprocas. Encontra-se disposto no ordenamento jurídico desde a Constituição de 1824. Essa condicionava o início do processo legal à conciliação prévia infrutífera. Entretanto a cultura do litígio prevaleceu como única forma de composição. Os juízes togados e uma classe de especialistas tornaram-se símbolo de justiça.

A Constituição Federal de 1988 restabeleceu o Estado Democrático de Direito. Colocou-se em evidência a política pública do consenso. Abriu espaço para soluções alternativas à prisão. Com isso, relativizou-se a obrigatoriedade do processo penal. Nesse cenário, há reconhecimento tácito dos inconvenientes da pena privativa de liberdade.

Essa mesma Constituição, no artigo 98, inciso I, institui as práticas despenalizadoras. A Lei n. 9.099/95 regulamentou a Justiça Consensual no Brasil. Na primeira parte, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e, na segunda, regula os juizados especiais criminais. Também introduz um marco conceitual para as infrações penais de menor lesividade. Disciplina os institutos consensuais penais: composição civil; transação penal e a suspensão condicional do processo.

Ressalte-se que a Lei n. 9.099/95 não aboliu o devido processo legal nem suprimiu garantias constitucionais. Apenas abrandou o uso dogmático do Direito Penal. Diversificou as respostas aos conflitos existentes. Valorizou o princípio da oportunidade penal. Com isso, tenta restabelecer o equilíbrio na vida social da comunidade, mediante o diálogo e as sanções mais brandas.

Encontramos elementos do modelo consensual penal na Lei n. 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente); na Lei n. 10.259/01 (juizados especiais federais e redefinição das infrações de menor potencial ofensivo); na Lei n. 10.741/03 (Estatuto do idoso); na Lei n. 11.313/06 (novo conceito de infração de menor potencial ofensivo e alterações no regime de conexão e continência de delitos); na Lei n. 11.304/06 (Lei Maria da Penha: violência doméstica); e na Lei n. 11.343/06 (Lei Antitóxicos).

Atualmente o desafio é o deslocar o poder-dever do Estado de punir para o espaço da bilateralidade, ou seja, do diálogo. O consenso vem ao encontro de uma justiça penal moderna. Fortalece-se a ideia de um Estado menos intervencionista. Assim, paulatinamente, dá-se relevância à participação das partes, mediante a flexibilização da persecução penal. Como afirma Leite (LEITE, 2009, p.34): “A finalidade é evitar a instauração do processo penal ou encerrá-lo antecipadamente com a obtenção de tratamento jurídico mais brando”.

Inicialmente as práticas consensuais estão sendo recepcionadas em delitos de menor potencialidade ofensiva. Isso não deixa de ser um avanço significativo. Valoriza-se o diálogo e relativiza postura coercitiva. Além disso, o agressor e a vítima são instados ao diálogo. Ao mesmo tempo, trabalha-se o reconhecimento da responsabilidade mutua sobre o desfecho de uma composição. Prática dessa natureza pode contribuir para o amadurecimento da consciência de cidadania.

O modelo consensual tem foco na reparação do dano. As partes, participando do consenso, determinam “[...] a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão à norma penal”, como observou Gênova (2007, p.132). Trata-se também de postura de caráter pedagógico, semelhante à Paidéia grega.

Aristóteles, em “Ética a Nicômaco”, afirma que, no julgamento do mau trato, há um agressor e uma vítima, O primeiro é o que ganha e o segundo, o que perde. Nesse caso, o “justo” (*δίκαιη*) seria o meio-termo para a composição da lide. A solução deve equilibrar a ganância de um e a perda de outro, mediante o meio-termo, ou seja, o “justo proporcional”. Com isso, procura-se diminuir a vantagem do agressor e a perda da vítima. A composição, como resultado desse meio-termo, representa a justiça encarnada. O mediador deve atuar na restituição do equilíbrio entre o ganho e a perda.

Observemos, no caso em tela, não se faz necessário exclusivamente a presença da lei escrita nem do juiz togado. Para dizer que uma prática é ofensiva ou danosa a outrem basta a presença dos princípios do bom senso, da correção e do justo proporcional. E isto pode ser exercido pelas partes, por meio de uma mediação capaz de explorar o diálogo.

Além disso, não há um critério absoluto que possa ser aplicado como medida de reparação. Os critérios são aleatórios, fundados numa avaliação valorativa e não mensurável (aritmética). Aristóteles denomina “justo proporcional” a ideia da igualdade fixada pelo bom senso. Na justiça comutativa, a fixação da igualdade é convencionalizada pelas partes a partir de acordo positivado no objeto da “troca”.

Por fim, destaquemos a questão do excessivo dogmatismo presente no sistema penal brasileiro. O Direito Processual Brasileiro, responsável pela administração da esfera criminal na fase de ciência e de execução, criou um aparato burocrático de alto grau de sofisticação. As minúcias processuais, cercadas de uma linguagem de fina sutileza, têm atuado como elemento de desequilíbrio na composição da lide. Assim o formalismo tem se tornado num dos instrumentos mais eficazes de discriminação social na esfera criminal. O alto grau de abstração dogmática tem gerado um exército de especialistas, quase sempre muito bem remunerado, para prestar serviços a uma elite econômica sempre ciosa na defesa de seus privilégios, geralmente, em detrimento do interesse público.

Esse quadro de desequilíbrio tem carcomido o princípio do “justo proporcional” também na esfera penal. Aristóteles, ao postular o “justo proporcional”, procurou afastar as qualidades (posição socioeconômica) das pessoas envolvidas numa lide como critério de julgamento. Para ele, não importam as qualidades pessoais do agressor nem da vítima. Com isso, estabeleceu o princípio do julgamento do fato, não de pessoas. As qualidades sociais, intelectuais, econômicas e culturais são irrelevantes para o julgamento. Porém o dogmatismo acaba favorecendo uma inversão na prática. Privilegiam-se as hábeis sutilezas processuais arquitetadas por especialistas, quase sempre bem remunerados, na defesa de seus clientes. Com

isto, o princípio do “justo proporcional” se dissolve nas armadilhas do aparato burocrático da Justiça Penal.

Assim o princípio que determina a aplicação do juízo ao dano em si, como decorrente de uma má ação, independentemente do *status quo* das pessoas litigantes, esvai-se em detrimento do princípio do “justo proporcional”. Legitima-se o sentimento da população brasileira de que “prisão” só serve para aqueles que já estão no limbo da sociedade. Fica o sentimento de que marginalidade social e condenação judicial se associam na criação do cidadão de 1ª e 2ª classes. O primeiro, quase sempre, impune; o segundo, fadado à condenação.

Resta-se saber se a Justiça Consensual será capaz de reverter o quadro acima descrito. Somente a prática dará respostas, convincentes ou não. Entretanto, ao menos, que se diga, será uma possibilidade a ser explorada no âmbito das infrações penais de menor potencialidade ofensiva.

Cresce a convicção de que não basta apenas a adoção do consensual como alternativa na composição da lide. Há de se investir muito na especialização de um corpo capaz de explorar as infinitas possibilidades do diálogo. Somente um diálogo criativo e convincente, pautado pelo bom senso e pela seriedade, oferece esperança. O sucesso do consenso, como uma das alternativas, depende da qualidade do diálogo aplicado. A superação das idiosincrasias tolhidas pela incapacidade de perceber o outro, como alteridade existencial, é essencial à efetividade e à eficácia da Justiça Consensual Penal.

CONCLUSÃO

Não se pretende concluir. Apenas fixar algumas ideias que possam ser exploradas por pesquisas e estudos mais demorados e verticalizados do assunto. Assim chegamos ao final deste artigo com algumas observações, em vez de conclusões:

- a) não há como negar a pertinência da contribuição de Aristóteles, em “Ética a Nicômaco” à nova tendência da Justiça Consensual Penal no Brasil;
- b) os princípios do bom senso, da correção e do justo proporcional estão no cerne da Justiça Judicial em “Ética a Nicômaco”. A adoção e efetivação desses princípios, *per se*, possibilitaria a dispensa de qualquer lei escrita e de juiz togado para o devido exercício da Justiça, entendida a partir daquilo que Aristóteles denominou ser “justiça”;
- c) a participação do agressor e da vítima na composição possibilita a prática da virtude como um bem inerente ao exercício da ética e da cidadania;

- d) a justiça como “virtude completa”, um fim em si mesma, por si, determina às partes partilharem da igualdade proporcional como condição essencial para a felicidade individual e comunitária;
- e) o dogmatismo reinante no sistema penal é um dos instrumentos mais perversos de discriminação social na esfera criminal. O formalismo exige um corpo especializado, que acaba favorecendo, quase sempre, uma elite econômica em detrimento do princípio do “justo proporcional”. Assim o preceito aristotélico de que o que se avalia no dano não são as qualidades (posição socioeconômica) das pessoas envolvidas, mas a ação em si, dissolve-se nas armadilhas das sutilezas processuais em benefícios da manutenção do desequilíbrio;
- f) a adoção de uma racionalidade prática (realismo aristotélico) indica ser o caminho mais sugestivo do que a tipologia ideal, herança do neoplatonismo, para enfrentar a propalada crise do atual sistema penal brasileiro. A idealização de uma justiça em normas positivadas e estruturada dogmaticamente, pode até ser eficiente. Porém tem se mostrado de baixa eficácia em relação às demandas sociais, na esfera criminal. Com isso, permanece o estigma de que a prisão é para aqueles que estão no limbo da sociedade. Excluídos do “justo proporcional”, resta-lhes a resignação estoica como modo de administrar os infortúnios da vida.

Enfim a busca da celeridade, simplicidade e eficácia processual pode ser beneficiada pelas ideias de Aristóteles, caso sejam adequadamente aproveitadas nas iniciativas de reestruturação do sistema penal, com foco na diversificação e simplicidade da composição.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000. **(Texto integral)**

BROWN, Peter. Antiguidade Tardia. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges; MORAES (organizadores). **História da vida privada: do Império Romano ao ano mil**. Tradução de Hildegard Feist. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras Atlas, 1990. p. 225-330. 1. v.

DOBÓN, María Del Carmen Alastuey. **La reparación a la víctima em el marco de las sanciones penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

GÊNOVA, Jairo José. **Infrações penais de menor potencial ofensivo à luz dos princípios constitucionais**. 2007. Tese (Tese de doutoramento) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça **Consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Tese de doutoramento) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensão do homem**. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 1969.

ROSS, Sir David. **Aristóteles**. Lisboa: Publicações Dom Quixote 1987.