

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
CAMPUS JUIZ DE FORA
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU
MESTRADO EM DIREITO
DISSERTAÇÃO



Luiz Fábio Antonucci Filho

Equidade, *Phronesis* e Justiça em Aristóteles

JUIZ DE FORA

2011

Luiz Fábio Antonucci Filho

Equidade, *Phronesis* e Justiça em Aristóteles

Dissertação de Mestrado apresentada como parte integrante das exigências de conclusão do Programa de Mestrado “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” da Universidade Presidente Antônio Carlos na Linha de Pesquisa “Perspectivas da *realização do Direito no contexto da crise da razão*” como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

Universidade Presidente Antônio Carlos

Campus Juiz de Fora

Juiz de Fora

2011

A vida parece mesmo um oceano de possibilidades. Em meio a estas incertezas e constantes naufrágios que nos acometem, como é agradável encontrar uma rota, um rumo, uma garantia de ter para onde ir. A partir de minha família posso dizer que soube muito melhor para onde levar meu barco. Portanto, dedico este trabalho a Maria Luiza, razão de minha vida, motivo que até então buscava para continuar minhas lutas. Símbolo maior de minhas conquistas. Meu mundo se resume no antes e depois de ti! A você, minha filha querida, a dedicação deste esforço intelectual em que almejei mais que um resultado acadêmico um processo de constituição de virtudes éticas praticáveis. Quando puderes melhor compreender tudo isto saiba e reflita que esta experiência foi para teu pai uma superação, um esforço significativo pelo ético e pela compreensão das coisas da vida. Saibas também que pode faltar tudo para teu pai, mas não faltará jamais vontade de caráter e retidão.

Novembro/2010

Resumo

A Equidade, como virtude ética, representa o desejo reto e a ânsia pela justiça. Esta é viabilizada por uma aplicação adequada da justiça legal, possibilitada pela observação do particular perante a generalidade da lei, que não consegue regular adequadamente um contexto social sempre dinâmico e mutável. No entanto, ser ético e desejar a justiça não bastam para sua concretização. É necessário ainda, que a *Phronesis*, como virtude dianoética, desempenhe seu papel de deliberar bem sobre aquilo que é afeto à boa ação, provendo estratégias logisticamente organizadas para conquista de tal fim.

Entretanto, de que modo a equidade e a sensatez podem auxiliar a realização do Direito no contexto ético atual a partir da concretização da Justiça? Por este motivo, delimitou-se a seguinte hipótese como ponto de partida da análise: a interdependência entre o ético e o dianoético na conquista da ação prática justa, destacando o modo como se realizam a equidade e a *phronesis* na constituição da justiça, tendo como objetivo principal auxiliar na definição de estratégias de realização do Direito contemporâneo por meio da transgressão do direito posto, tornando-o justo.

Deste modo, o estudo de Aristóteles, nos Livros V e VI da *Ética a Nicômaco* como marco teórico predominante foi decisivo para se encontrar respostas à dificuldade vivenciada pelo Direito no contexto ético atual em termos de aplicação da lei (Geral) ao caso concreto (Particular). A aplicação destes termos aristotélicos, ao Direito Contemporâneo, marcado por sua pluralidade e diferença, possibilita sua melhor realização, à medida que o Phronimos ao descobrir o direito de cada um numa transgressão ao direito posto facilita a realização da justiça pelo pensamento eqüitativo, valorizando a circunstância do agir prático como critério para aplicação da lei.

Assim sendo, tais termos aristotélicos auxiliam a realização do Direito a partir de uma reestruturação dos paradigmas jurídicos de aplicação do Direito, haja vista que embora reduzida sua influência na teoria do Direito, o positivismo jurídico ainda continua sendo a principal fonte de realização da justiça por grande parte dos juristas contemporâneos.

Palavras-Chave: Aristóteles, Equidade; *Phronesis*; Justiça; Direito e Ética

Abstract

Equity, as an ethic virtue, represents the righteous desire and yearning for justice. This is made possible by adequate applying of legal justice in addition to observing a particular issue through the generality of the Law, which is unable to properly control an ever changing and mutable environment. However, being ethic and desiring justice are not enough for it to be real. It is also necessary that the *Phronesis*, as a dianoethic virtue, plays its role of explaining well about what has indeed an affinity with good deeds, thus providing proper and logistically organized strategies in order to reach that end.

However, in what ways can equity and good-sense be helpful on turning the Law into a real matter within the current ethic context and from concretization of justice? For this reason the following hypothesis has been taken as a starting point for analyzing the subject: the interdependence between ethics and dianoethics for conquering fair actions and practices, especially the way *phronesis* and ethics are made real within the constitution of justice by its main objective, which is the transgression of imposed Law and defining strategies for making it really fair.

Thus, studying of Aristotle in the books V and VI of the *Ethics to Nicomachus* as a theoretic landmark was decisive in finding the answers needed for contemporary Law in its ethic context and in terms of applying the laws (General Law) and in concrete cases (Specific Law). The way to apply these Aristotelian terms in Contemporary Law, which features plurality and difference, allows for a better way to be turned real, at the exact proportion that Phronimos, when discovers individual Law opposed to imposed Law, facilitates justice to be made through equalizing thought, thus making practical attitude valuable as a criterion for applying the laws.

This way, usage of Aristotelian terms help on making Law from a restructuration of the juridical requirements necessary for applying it. Also, even if its influence is restricted within the theory of Law, juridical positivism is still the most notable source from which most jurists in the contemporary world make justice.

Keywords: Aristotle; Equity; Phronesis; Justice; Law and Ethics.

SUMÁRIO

Capítulo I - Introdução	09
1.1. Contextualização e justificativa	09
1.2. Problematização e hipóteses	16
1.3. Objetivos	19
1.4. Metodologia	21
1.5. Pertinência da dissertação à linha de pesquisa: Perspectivas da realização do Direito no contexto da crise da razão	22
Capítulo II - A Atualidade do discurso aristotélico na contemporaneidade	25
2.1. A reabilitação da filosofia prática como racionalidade	25
2.2. A realização do Direito como sistema regulativo e suas resposta à pluralidade de valores no contexto ético atual	31
2.3. O papel do Direito no contexto ético contemporâneo e suas relações com a teoria aristotélica	35
Capítulo III - Fundamento do Direito em Aristóteles: a realização do Direito justo a partir da equidade	42
3.1. O Justo Universal: Diferenças entre o justo legal e o justo particular	42
3.2. O Justo Particular	47

3.2.1. Justo Particular Distributivo: a cada um o que é de direito na medida de suas desigualdades	47
3.2.2. Justo Particular Corretivo: a recuperação do equilíbrio perdido pelo possível retorno ao status quo ante	50
3.2.3. Justo Particular Comutativo: a reciprocidade proporcional e a união comunitária pela dependência de outrem	52
3.3. Justiça Política e “Justiça Doméstica”: Noções sobre as diferenças entre bens públicos e bens privados	55
3.4. Justo Legal e Justo Natural: em busca de um fundamento de validade para as ordens jurídicas	57
3.5. Justiça como equidade	63
3.5.1. Equidade e seus sentidos na Ética a Nicômaco	63
3.5.2. Equidade como virtude ética radicada na alma humana	71
3.5.3. Equidade e a circunstância do agir prático	73
3.5.4. Equidade como correção do justo legal	76
Capítulo IV – Relações entre Phronesis e a Equidade	83
4.1. Possíveis raízes da palavra “ <i>Phronesis</i> ”	83
4.2. A <i>Phronesis</i> como virtude dianoética	87

4.3. A interdependência entre o ético e o dianoético na realização da justiça	90
4.4. A realização da Equidade a partir da sensatez e da circunstancialidade do agir prático.....	96
Capítulo V- Equidade, phronesis e justiça em Aristóteles como instrumentos de realização do Direito	106
5.1. Virtude sempre em Risco: críticas e insuficiências do modelo jurídico positivista	106
5.2. Equidade como realização do sistema a partir da superação do próprio sistema jurídico	118
5.3. A configuração da <i>Phronesis</i> como modo de pensar sensato e sua contribuição para realização do Direito	122
5.4. A virtude da <i>Synesis</i> no processo de compreensão do papel do juiz na realização do Direito	125
5.5. O papel do Poder Judiciário na contemporaneidade	132
Conclusões	137
Referências Bibliográficas	140

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

1.1. Contextualização e Justificativa

O presente trabalho pretende avaliar de que modo o Direito pode potencializar a realização de suas finalidades principais, em especial a concretização da Justiça dentro do contexto ético contemporâneo. Nesse sentido, a equidade surge como instrumento de realização de tais fins, justificando sua importância como alternativa de realização da justiça pela superação do justo legal. No entanto, somente se atingirá tal finalidade se for considerada a habilidade humana de calcular os melhores meios para realização dos melhores fins. O papel da racionalidade prática do *phronimos*, considerado como o homem que age corretamente sob o governo da razão será analisado de modo a fomentar a realização do Direito a partir da realização da Equidade.

Nesse sentido, nada foi tão genial como a obra aristotélica, sendo capaz de atravessar mais de dois milênios, mantendo a integridade de seu discurso filosófico. Ninguém foi tão estudado e ainda tão pouco conhecido como Aristóteles. Ainda hoje se busca analisar as soluções que ele elevou como fundamentais para composição da ética e da política grega, com o objetivo de propor uma alternativa mais justa para os problemas do contexto contemporâneo.

Os contornos sociais e culturais moldam a maneira com que o filósofo retira das experiências humanas cotidianas aquilo que formará suas concepções éticas, morais e políticas. No entanto, é possível para o intérprete da realidade formar um pensamento que ultrapassa aos particularismos históricos, afastando-se

do modo com que tantos outros pensadores já obscureceram a compreensão da realidade por meio de uma visão circunscrita apenas ao passado ou ao presente. Não se trata de defender um discurso universal e externo ao ambiente histórico, mas tão somente reconhecer que a problematidade social exige uma solução sempre dinâmica e alterável e que tem nos problemas uma

substância permanente, qual seja o humano como um fim da sociedade política. Esta dimensão não platônica do humano adquiriu relevo na obra aristotélica, haja vista sua preocupação com o humano e com as práticas realizadas por este dentro de um dado sistema social.

Portanto, na análise aristotélica os comportamentos éticos são investigados na perspectiva concreta sem relações com uma realidade superior ou imutável, compreendida como perfeita, absoluta e separada da realidade em que se realizam os atos de vontade humana. Ao contrário, a ética aristotélica se funda na experiência do justo e do injusto como construção e etapa da vivência do bem comum e da felicidade humana na pólis. É como ser social e inevitavelmente político que o homem aprimora e desenvolve suas habilidades éticas por meio de seu poder de decisão. Isto porque é impossível conceber de forma antecipada aquilo que é bem ou aquilo que é mal, pois

O injusto nem sempre escolhe ter a maior parte do que é devido. Por vezes escolhe até a parte mais pequena, só que a respeito do que é absolutamente mau. Mas, uma vez que o menor de dos males é de algum modo um bem, e a avidez é querer ter mais do que é bom, o injusto parece ser ganancioso demais. É iníquo porque o sentido iníquo envolve as duas acepções e é comum a ambas querer ter mais bens de mais e também querer males de menos. (ARISTÓTELES, 2009, p.105, EN, Livro V, 1, 1129b 9-12).

Vale ressaltar, que esta desvinculação proposta na ética aristotélica de uma concepção universalista não significa necessariamente que o autor tome por base uma concepção relativista, materialista ou mesmo comunitarista do sentido de justiça e ação justa, como se tal sentido de justiça e ação justa dependesse exclusivamente dos contextos históricos. Em verdade nota-se que a ética aristotélica é teleológica, o que significa dizer que para cada ação humana há um fim, um destino, um sentido, que para ser realizado depende não somente da realização da virtude ética (Justiça), mas também da virtude dianoética (Phronesis). Sendo assim, como as ações humanas destinam-se a fins específicos e como o fim último do homem é ser feliz e como este fim encontra-se, segundo Aristóteles, predisposto numa natureza política do homem que determina sua busca por realização moral, compreender os

desvirtuamentos dos fins e o modo como se realiza o processo de ação humana representa uma alternativa para construção de sistemas jurídicos e políticos mais Justos e Democráticos no atual contexto ético¹.

Outra questão importante para compreender o contexto em que se funda a ética aristotélica é a diferenciação proposta entre as ciências matemáticas e a ética como disposição de caráter, ou seja, entre as ciências práticas e as ciências teóricas. Tomar uma pela outra significa incorrer no erro de pressupor racionalmente a possibilidade de explicar de forma esgotada e plena os contextos com os quais o homem busca suporte para o agir ético, tomando por base uma realidade natural ou legal pressuposta. Como se fosse possível racionalmente antever os resultados das decisões éticas no contexto e como se fosse plausível definir de modo absoluto o sentido de bem, a fim de criar uma racionalidade que embora segura ameace toda abrangência do fenômeno humano ético, sempre susceptível e aberto a novos sentidos, mesmo que estes novos sentidos encontrem limites para existirem no processo cultural. (REALE, *Filosofia do Direito*, 2001, p. 204-207).

No contexto aristotélico, o homem ético faz de suas decisões um surgimento de responsabilidade para com o contexto comunitário no qual se insere, haja vista que toda decisão ética tem reflexos na comunidade. A comunidade, ao mesmo tempo que oferece suporte para a ação ética, também é por esta mesma ação constantemente remodelada e modificada, pois as ações ora ou outra divergem com os sentidos por ela mesma difundidos. Daí conclui-se que o homem inevitavelmente é político em suas relações sociais e será, somente no contexto da comunidade política que ele encontrará sua felicidade, fim supremo e último de toda ação humana direcionada a um bem. O caminho para a felicidade será a prática habitual e reiterada da virtude como disposição de caráter que respeita a dignidade do próximo sem ameaçar a coexistência humana numa dada comunidade política.

¹ BERTI. *Aristóteles no século XX*. Tradução: Dion Davi Machado. São Paulo: Edições Loyola, 1997. P. 282. “Por ‘natureza’ humana, com efeito, Aristóteles não entende uma conformação originária, dada à civilização e a todos os valores realizados uma vez por todos no início da história e por isso fora da história, contraposta à cultura e a todos os valores realizados mediante a história. Como ele mesmo especifica na *Política*, a natureza do homem é o seu fim, isto é, a sua perfeição, que não preexiste ao seu desenvolvimento, mas se realiza somente no término deste. Por isto ele pode dizer que o homem é ‘por natureza’ animal político, que significa animal civil, capaz de realizar-se completamente somente graças à cultura e à civilização”.

A filosofia moral e política já comprovaram ao longo da história diversas tentativas de estabelecer um consenso entre concepções que priorizavam uma análise dos contextos sociais a partir das circunstâncias implícitas à uma dada sociedade e concepções universais, que defendem a idéia de que só é possível a realização dos valores humanos a partir do reconhecimento antecipado de que tais valores são imutáveis e externos ao ambiente histórico-social.

Quanto ao modo de relacionamento entre indivíduo e sociedade, destacam-se as preocupações liberais e comunitaristas², que exemplificam perfeitamente os modos de compreensão da comunidade política e suas reflexões na formação da identidade ética do sujeito e na definição do papel do Direito com relação aos contextos que ele visa regulamentar, tendo em vista a concretização da justiça.

Não é suficiente para realização da Justiça, o Direito elevar como valores universais, aqueles circunscritos e reconhecidos tão somente dentro da observação da particularidade problemática dos contextos comunitários. No entanto, largar à sorte da boa interpretação a descoberta das soluções mais adaptáveis aos problemas jurídicos talvez possa ser um exagerado culto ao poder judiciário e àqueles que presunçosamente poderão elevar suas ideologias sobre os fatos concretos da vida regulada.

² KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. Rawls: Uma teoria da justiça e seus críticos. Coimbra: Gradiva, 1995. P. 112-115. “As teorias de justiça que analisamos até agora – as de Rawls e Nozick – são teorias liberais. Partem do princípio de, ou argumentam, que a boa sociedade não é governada por determinados fins ou objetivos comuns. A boa sociedade é antes um quadro de direitos, liberdades e deveres, no interior do qual, as pessoas podem perseguir os seus objetivos isolados, individualmente ou em associação voluntária. A boa sociedade é governada pela lei e como tal regulada por princípios justos ou princípios de justiça. Esses princípios podem ser descobertos e enunciados e são princípios que não pressupõem que uma determinada forma de vida seja a mais correta e a melhor. Isto não significa que os liberais sejam cépticos, que negam que algumas formas de vida são melhores do que outras. No entanto, sublinham que não deve ser imposta a ninguém uma determinada concepção de vida boa.(...) O liberalismo pode ser encarado como uma importante resposta filosófica ao pluralismo que caracteriza o mundo moderno. Dada a multiplicidade de valores religiosos e morais das sociedades modernas, em que uma variedade de concepções de bem compete para dominar, há quem tenha perdido a esperança numa teoria do bem possível de ser adotada por todos.(...) As críticas ao liberalismo argumentam que uma sociedade composta por uma diversidade de tradições morais, perfilhando valores diferentes e apenas unida por princípios ou normas liberais não é de modo algum uma sociedade. Duvidam de que a sociedade possa ser governada pela justiça liberal e de que a justiça liberal seja um ideal coerente. Afirmam que a implausibilidade prática da justiça liberal assenta na sua inadequação filosófica. A alternativa que apontam não é uma sociedade governada por normas reguladoras da conduta individual que permitam que as pessoas escolham as próprias formas de vida. É em vez disso, uma sociedade governada pela preocupação com o bem comum, em que o bem da comunidade é proeminente. Isto anda a par da rejeição da idéia de que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais. Para os comunitários é algo que está enraizado na prática – nas práticas particulares das comunidades reais.(...) Não existem princípios universais de moralidade ou justiça possíveis de serem descobertos pela razão. As bases da moral não se encontram na filosofia, mas na política”.

Estes fatos foram mais claramente observados na época do Iluminismo Clássico com os movimentos Naturalista e Positivista. Tanto um quanto outro atribuíram um sentido de mundo (Natural e Legal, respectivamente) como o suporte da existência ética do humano, sendo as relações humanas pautadas nos critérios previamente definidos como justos ou injustos; o que gerou repercussões sobre o fenômeno jurídico. O resultado foi um atropelo ao que de mais íntimo possui o fenômeno humano, qual seja a capacidade que o homem tem de dispor livremente de atos e decisões que criam uma realidade fática complexa, plural e de difícil mensuração.

É preciso observar dentro do processo de desenvolvimento das tradições morais da sociedade um conjunto de premissas e valores que vão se acumulando ao longo do tempo e que passam a integrar com seus conteúdos universalizáveis, porém variáveis, o centro das constituições jurídicas. Este elemento representa o que de mais científico possui o pensamento jurídico.

Diante disso, nota-se que a tensão existente entre o universalismo axiológico como predisposição para criação de modos jurídicos de regulação social e o particularismo sociológico, que deposita suas crenças na exigência de constante reconhecimento das circunstancialidades do sujeito social, o qual resultou na profusão de inúmeras tentativas de compreensão do fenômeno jurídico, não atende com eficácia ao sentido de justiça necessitado na contemporaneidade, que exige regras com abrangência universal de problemas cada vez mais sofisticados e diferentes. Isto porque o reconhecimento de uma universalidade é de certo modo um potencial desrespeito à uma particularidade não abarcada por tal universalidade.

Percebe-se na obra de Aristóteles uma constante preocupação com o exercício prático das virtudes como mecanismo de constituição ética dos indivíduos dentro de um determinado contexto político comunitário. Pode-se dizer que o método científico adotado por Aristóteles como instrumento de investigação das realidades colocadas sob análise é o método empírico. Portanto, será da análise circunstancial, no agir comunitário, nas experiências empíricas da práxis política, social e moral dos homens que Aristóteles retirará os subsídios para compreender a realização do agir ético justo na comunidade e também individualmente.

É importante destacar que não há identificação dos conceitos trabalhados na obra com situações aprioristicamente definidas como um sentido para o mundo, como se fosse possível pré-determinar o conteúdo das ações justas antes mesmo delas ocorrerem. Antes ao contrário, para Aristóteles a justiça, bem como qualquer outra virtude é um processo em desenvolvimento e constituição. Em tempos de contemporaneidade, marcada pela tentativa de superação da concepção de humano baseada na natureza originária, numa razão ou mesmo numa compreensão de Deus, é necessário avaliar o sentido de Justiça e ação equitativa discutidos no contexto grego, buscando fazer um paralelo com a realidade contemporânea a fim de dar uma contribuição para realização do Direito na sociedade atual. Resulta daí a enorme importância de rediscutirmos Aristóteles no contexto ético contemporâneo para que possamos retirar alguns fundamentos para interpretar a crise de sentido vivida pelo Direito e pela Filosofia. Assim, será possível determinar de que modo seus conceitos e métodos poderão propor um sentido à variegada prática moral e social da contemporaneidade a partir de uma exata compreensão da ação equitativa como ação prática correta que propõe uma diminuição da tensão existente entre o generalismo da lei e as circunstâncias especiais dos casos concretos, facilitando a constituição de práticas voltadas à realização da justiça.

Interessante notar o pensamento aristotélico no que tange à discussão por ele proposta a respeito do justo legal e do justo natural, em que se pode investigar como os termos, relativo e absoluto alteram-se na compreensão do fenômeno da justiça e da ação justa para Aristóteles:

De facto, as medidas para o vinho e para os cereais não são as mesmas em toda a parte, são maiores, por exemplo, no comércio por atacado e menores na venda a retalho. E o mesmo se passa com as determinações de justiça que não existem por natureza, mas por decreto humano – pois não são as mesmas em toda a parte, tal como nem as constituições dos Estados são para todos as mesmas. Contudo, há apenas uma única em todo o lado de facto a melhor de todas, tal é a constituição fundada na justiça por natureza. (ARISTÓTELES, 2009, p.117. EN, Livro V, 7, 1135a 3-5).

Interessante perguntar diante disso, com base na leitura do trecho acima, este que é um dos maiores dilemas da filosofia ocidental, o seguinte: a referência à existência de uma constituição que seja a melhor em todos os lugares, nos remete à idéia de que existem valores, princípios e leis universais que independem do espaço e do tempo, pois existe uma constituição que é a melhor por natureza em todos os lugares e que, portanto, seria justa a todo o tempo ou então existem várias constituições, sendo que cada uma é a melhor em cada um dos lugares que ela existe e tem validade, sendo presente a idéia da impossibilidade de uma constituição suprema e superior que exista acima de todas as outras, variando seu conteúdo em conformidade com o contexto histórico-cultural a que pertence?

A relação de Aristóteles com o pensamento jurídico e com as respostas exigidas pelo contexto ético contemporâneo, axiologicamente fragmentado e plural, a análise do direito natural, que resultou para alguns no surgimento dos direitos humanos (VILLEY, 2007), bem como a busca pela concretização da justiça comprovam que apesar dos muitos anos passados seu discurso mantém o vigor interpretativo necessário para compreender as circunstâncias e problemas da era contemporânea. Mediante uma realidade social plural, fragmentada, cujas exigências compõem uma problematidade variável e dinâmica, exigindo também respostas cada vez mais sofisticadas e complexas para a constante renovação ética, nada mais profundo e adequado que compreender as características do pensamento aristotélico no que se refere à equidade como instrumento de realização da justiça a partir da Phronesis, correlacionando-as ao contexto ético atual a fim de retirar conclusões que aumentem a legitimidade do Direito para regular a vida humana.

Ao preocupar-se com a correção do justo legal, permitindo uma aplicação da lei até mesmo diferente da própria lei (sentido aristotélico), Aristóteles revela a necessária abertura do sistema político, ético e jurídico para concretização da justiça e ao mesmo tempo potencializa o poder de aplicação daquele que realiza as interpretações legais. É por meio da superação desta tensão principal existente entre a universalidade legal e a particularidade dos casos concretos, que poderão nascer possíveis respostas jurídicas aos problemas éticos contemporâneos, sendo isto, aliás, um elemento indispensável para conquista da legitimidade e validade do Direito, como ordem

jurídica democrática e como ciência que oferta soluções justas aos contextos que visa regulamentar.

1.2. Problematizações e Hipóteses

Para que seja viável responder às indagações e colocações que serão tratadas nesta dissertação é necessário delimitar uma hipótese como ponto de partida da análise: a interdependência entre o ético e o dianoético na conquista da ação prática justa, destacando o modo como se realizam a equidade e a Phronesis na constituição da justiça, segundo o discurso aristotélico, tendo como objetivo auxiliar na definição de estratégias de realização do Direito contemporâneo por meio da superação do direito posto, tornando-o justo. Deste modo, buscar-se-á compreender como as palavras Equidade, Justiça e Phronesis são interpretadas no discurso aristotélico e como este discurso pode ser aproveitado no contexto ético contemporâneo marcado pelo plural e pelo diverso, buscando reestruturar os paradigmas racionais de uma prática judiciária ainda predominantemente realizada com base no paradigma positivista. Por meio da análise do Phronimos como homem capaz da ação prática justa, ou seja, capaz de uma ação eqüitativa, que possibilita a interpretação do direito posto para torná-lo mais justo e adequado às circunstâncias do caso concreto poderá se aproximar mais da concretização da justiça.

Sendo assim, a Equidade pode ser compreendida como um instrumento de realização do Direito a partir da Sensatez de Aristóteles, ainda mais mediante a atual exigência de justiça e democracia na sociedade contemporânea, marcada principalmente pela fragmentariedade, pluralidade e diversidade.

Entretanto, de que modo a Sensatez auxilia a realização concreta e eficiente da justiça por meio da equidade? A equidade funciona sempre como instrumento de realização da justiça? Como resolver a tensão existente entre a universalidade regulativa das normas jurídicas e a exigência cada vez mais marcante de reconhecimento das particularidades éticas, para realização dos

fins básicos do Direito como ordenamento que visa atingir a justiça e a democracia? Qual a resposta da ciência do Direito em termos de eficiência regulativa ao contexto ético contemporâneo fragmentário? Pode haver circunstâncias específicas em que a negação da lei por seu aplicador represente uma alternativa para concretização da justiça? A Equidade como correção do justo legal define completamente o sentido de Equidade para Aristóteles? Quais são as insuficiências do sistema jurídico positivista para realização da justiça e para consolidação de um Estado Democrático de Direito? Tal sistema atende às necessidades da sociedade moderna? Se, por um lado o sistema jurídico positivista torna em parte (por ser um modelo baseado predominantemente numa lógica formal dedutiva) rígida a aplicação das normas, exatamente por presumir uma adequação perfeita destas aos fatos da realidade, ainda que este sistema garanta maior certeza e segurança nas decisões que propõem pela cientificidade dos métodos de subsunção e aplicação do Direito que defende. Se, por outro lado a compreensão hermenêutica aberta, baseada na possibilidade de aplicação da equidade traz como fundamento principal a busca pela justiça prática nas mais diversas e plurais situações da realidade por meio de uma interpretação mais atenta às circunstâncias e especialidades do caso concreto, mesmo que sob o risco da insegurança interpretativa, como aplicar bem o Direito de modo a realizar os objetivos que protege? Como reconstruir os paradigmas de atuação normativa do direito a partir do pensamento equitativo e da ação prática justa? O problema de aplicação correta do Direito é um problema de Hermenêutica? Como a Equidade e a sensatez podem auxiliar o Direito na concretização da Justiça?

Para Aristóteles toda ação justa depende do contexto comunitário? Esta disposição de caráter tendente a uma espécie de meio termo encontra-se radicada, encarnada na alma humana numa predisposição do ser ou ela constrói-se no processo de convivência social? Sabe-se que embora o contexto comunitário seja responsável na ética aristotélica pela compreensão do humano, a possibilidade de ação justa, a ultrapassar este mesmo contexto nos indica um sentido de humano para além da comunidade política? Existe um fundamento natural metafísico para a ética aristotélica, ou seja, uma causa para as ações justas que não busquem motivo para acontecerem fora de si,

mas num sentido imanente, natural ao ser? As coisas são justas apenas por convenção racional e legal, ou as coisas são justas por que possuem causa universal, independente do tempo histórico e cultural?

Nota-se que é preciso desenvolver um senso de sabedoria prática para construção da justiça. Isto porque somente o homem maduro e consciente de seu papel, que já experimentou diversas circunstâncias semelhantes é capaz de aproximar-se mais do comportamento equitativo. A compreensão do ambiente cultural auxilia o phronimos em suas tomadas de decisão, tornando-o mais capaz de vislumbrar aquilo que deve ser conservado no contexto comunitário por ser compatível ao humano e aquilo que deve ser transformado por diminuir ou restringir as possibilidades do humano em ser, desenvolvendo sua capacidade deliberativa correta? Contudo, como romper com o que deve ser rompido e conservar o que deve ser conservado? É possível descobrir qual a ação mais justa, mesmo antes de agir com base na justiça? Para deixar de aplicar a lei é preciso antes conhecê-la plenamente? Qual a relação entre phronesis e equidade? De que modo esta relação auxilia a concretização da justiça a partir do reforço no papel do Direito de regular bem os contextos sociais? Mas como conquistar a excelência ética? Como agir corretamente, permitindo-se assim a emissão de ações mais responsáveis e justas? Se *o mais excelente de todos é aquele que tudo entende; nobre, por sua vez, é aquele que obedece ao que fala correctamente. Aquele, contudo, que nem entende nem derrama sobre seu coração o sentido do que escuta de outrem, não tem préstimo* (ARISTÓTELES, 2009, p. 21), como conquistar a sabedoria prática?

Deste modo, a vida de um modo geral revela-se como um *constituendo*, sendo que é impossível antecipar os resultados das ações e assim eleger um sem número de regras padrão para regular os contextos. Há uma exigência de abertura nos sistemas de regulação social, o qual tem facilitado seu papel quando existe um dado consenso na comunidade. Não se pode atribuir a uma essência aprioristicamente definida ou ao transcendental imutável a marcação do compasso da existência humana, ou seja, ao modo como tropeçamos e desistimos de alternativas e assim mais facilmente detectar a realidade a ser regulada. Da mesma forma não se podem estabelecer comportamentos em regras pautadas num historicismo fechado. Todavia, há radicada na alma

humana uma tendência originária de ser, de existir, de se perceber existindo e de se constituir-se cada dia mais moralmente como um ser mais experimentado (concepção não iluminista) pelo acúmulo cultural que se vive com os erros, infortúnios e acertos da vida e por tudo que se aprende com eles no campo individual e social? De que modo o Direito como ciência pode apropriar-se da compreensão da ação correta justa desenvolvida no conceito aristotélico do homem sensato a fim de viabilizar a emissão de regras orientadoras de condutas sociais de modo mais legítimo e democrático? A *phronesis* como virtude dianoética, ou seja, como capacidade calculadora da alma definida por meio do “saber agir” contribui para aplicação da equidade como virtude ética definidora dos fins básicos da ação prática concreta e esta contribui para a eficácia e legitimidade do Direito perante o contexto social cultural, mediante a maior chance de concretização da Justiça, mesmo que num contexto contemporâneo marcado pela pluralidade?

1.3. Objetivos

A relevância do presente estudo coincide com a importância de se buscar alternativas para realização do Direito no contexto ético atual marcado pela pluralidade e diferença, visto que tal sistema tem como finalidade precípua a concretização da Justiça. Deste modo, o diagnóstico das contribuições aristotélicas, principalmente no que se refere à equidade e à *phronesis*, como instrumentos de exercício da justiça, se apresentam como imprescindíveis na construção de novas formas de interpretação da lei e dos casos concretos, visando reestruturar os paradigmas práticos de aplicação do direito ainda predominantemente positivistas na prática judiciária.

Diante do exposto, os objetivos da presente dissertação são os seguintes:

1.3.1. Compreender de que modo a *phronesis* como virtude dianoética, ou seja, como capacidade calculadora da alma definida por meio do “saber agir”

contribui para aplicação da equidade como virtude ética definidora dos fins básicos da ação prática a partir da observação circunstancial, segundo o discurso aristotélico e como este conjunto contribui no processo de realização do Direito como sistema regulativo (eficácia, validade e legitimidade perante o contexto sócio-cultural regulado), mediante a maior chance oferecida de superação do direito posto mediante a concretização da Justiça numa conjuntura contemporânea marcada pela pluralidade e diferença.

1.3.2. Compreender de que modo a equidade funciona como instrumento de realização da Justiça a partir da racionalidade prática na obra “Ética a Nicômaco” de Aristóteles, mediante a atual exigência de justiça na sociedade contemporânea;

1.3.3. Estudar a atualidade e importância do discurso aristotélico para aplicação prática do Direito, buscando compreender o processo de reabilitação da filosofia prática como racionalidade;

1.3.4. Investigar as várias concepções de Justiça e o modo de sua operacionalização na realidade prática atual no Livro V da Obra “Ética a Nicômaco” de Aristóteles, tendo em vista identificar os principais critérios utilizados por Aristóteles na aplicação da justiça e na realização da ação justa;

1.3.5. Compreender as delimitações conceituais, a importância prática e o modo como a equidade deve ser aplicada para obtenção da ação prática justa a partir de suas relações com a phronesis;

1.3.6. Avaliar quais são as principais insuficiências do modelo jurídico positivista para o contexto ético contemporâneo, buscando compreender uma possível reconstrução dos paradigmas de atuação normativa do Direito a partir do pensamento e da ação baseados na equidade como realização da ação correta justa. Tudo isto a partir da pressuposição de que embora a teoria do direito já tenha assumido novos paradigmas retóricos de realização do direito do ponto de vista ético e teórico, na prática judiciária o positivismo ainda continua sendo ao paradigma jurídico predominante;

1.3.7. Analisar como se desenvolve a ação prática justa e como o pensamento do homem sensato consegue em meio a uma imensa gama de possibilidades realizar as melhores escolhas de realização do bem.

1.4. Metodologia

Sabemos que para cada área de conhecimento existe uma metodologia específica, que atenda a determinadas exigências, visando a alcançar os objetivos traçados.

O método que se ressaltou como estrutura metodológica básica para conquista dos resultados neste trabalho foi o método da revisão bibliográfica crítica, em especial da obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, buscando avaliar de forma profunda qual o papel da equidade e da *phronesis* na realização da justiça e do Direito. Por isso, a leitura do texto aristotélico foi realizada estabelecendo diálogo com outros intérpretes do autor, haja vista o objetivo de extrair do pensamento aristotélico as contribuições necessárias para a reestruturação do paradigma jurídico predominante na prática judiciária, qual seja o Positivismo, mediante uma realidade ética plural e diversa. Deste modo, foi realizada uma profunda avaliação dos sentidos atribuídos aos termos Equidade, Phronesis e Justiça no discurso aristotélico, buscando descobrir de que modo este conjunto de significados contribuem para atribuir o direito a cada um e como o phronimos possibilita a superação do direito posto para torná-lo outro por meio da equidade.

Deste modo, num primeiro momento pretendeu-se investigar o processo de reabilitação da filosofia prática como racionalidade e a afirmação do pensamento aristotélico como fundamental para avaliação crítica do contexto ético atual. Além disso, também se avaliou as variadas acepções trabalhadas por Aristóteles no Livro V da *Ética a Nicômaco* sobre o tema da Justiça, tendo em vista compreender as relações que o autor faz entre seus elementos em sua realização prática. Num segundo momento, verificou-se como o agir ético justo movimenta-se na esfera de ação do homem Phronimos, ou seja, de que

modo se desenvolve a ação do Phronimos como ação prática justa e como ele decide de forma correta, rompendo com as situações que são para serem rompidas e conservando aquelas outras situações que devem ser mantidas para realização do bem (Justiça). Num terceiro momento analisou-se o modo como o Direito se realiza a partir da equidade e a interdependência existente entre os ambientes éticos e dianoéticos da alma humana na realização da justiça. Por fim, buscou-se delimitar o conceito de equidade e as relações entre Justiça, Direito e ação correta, demonstrando as insuficiências do Justo Legal Positivista e o papel do aplicador sensato do direito na concretização do justo pela superação do justo legal, valorizando assim a própria ação eqüitativa pela observação do particular. E mais, buscou-se compreender de que modo pode o Direito ser bem aplicado no contexto ético contemporâneo, marcado pela divergência e pluralidade, buscando por meio de uma boa aplicação da equidade oferecer um atendimento circunstancial aos problemas sociais sem, contudo desrespeitar o caráter geral das normas, reestruturando o paradigma jurídico predominante a partir da aproximação do direito da ética.

1.5. Pertinência da dissertação à linha de pesquisa “Perspectivas da realização do Direito no contexto da crise da razão”

O paradigma ético contemporâneo é marcado pela pluralidade de valores, bens e interesses. Este ambiente intensamente diverso e contraditório exige do Direito, como instância de regulação da vida social, uma força capaz de propor ordem em meio a esta imensa gama de variáveis. Quanto maiores as variáveis a serem reguladas, maiores devem ser os instrumentos dispostos pelo Direito para adaptar o generalismo da lei aos casos concretos particulares, tendo em vista realização da justiça.

Enquanto isto, o paradigma predominante no cenário da prática jurídica ainda continua sendo o paradigma positivista. Isto significa que, embora a teoria do direito tenha introduzido novamente o paradigma retórico no meio acadêmico como uma das formas do Direito recuperar sua legitimidade no contexto ético atual, sabe-se que a legalidade, assim como a tentativa de

reduzir o Direito a fórmulas continua sendo a rotina prática predominante entre juristas no cotidiano da prática judiciária brasileira. Mesmo o pós-positivismo ainda não expurgou da prática jurídica os postulados de segurança jurídica e do necessário distanciamento que a ciência do direito deve ter dos conteúdos éticos. Mas, será que o Direito como sistema possui instrumentos capazes de ofertar soluções aos variados problemas de nosso tempo?

Nota-se, portanto que o Direito exige uma racionalidade prática particular capaz de adaptar o generalismo da lei aos casos concretos particulares. Dada esta pluralidade de objetos regulados, o Direito tem extremamente dificultado sua realização enquanto sistema, que visa oferecer ordem e paz à comunidade política. Isto porque, à medida que o Direito não regula bem os casos particulares que lhes são submetidos, tem reduzida sua legitimidade para atuar perante este contexto.

Nesse sentido, é pertinente que se discutam novas formas do Direito se realizar como sistema, perante um contexto ético intensamente plural e diverso. Daí, a importância de se rediscutir os sentidos dos termos equidade e *phronesis*, segundo o discurso aristotélico, a fim de que possa adquirir novas contribuições e delas apropriar-se para realização do Direito no contexto ético atual como mecanismo proponente da justiça.

Sabe-se que, quanto maiores os objetos regulados, maior a necessidade de se construir novas legislações reguladoras. Sabe-se também que adaptar uma lei a cada novo caso concreto seria inviável do ponto de vista operacional, apesar de ser uma garantia mais próxima de realização da justiça. Deste modo, o estudo dos termos aristotélicos no Livro V e VI de *Ética a Nicômaco* tem uma importância fundamental na realização do Direito perante o contexto que vivemos, que é o contexto da crise da razão, exatamente por exigir novas formas de racionalidades práticas capazes de suprir suas exigências problemáticas.

A Equidade como virtude ética será capaz de realizar tal adaptação, permitindo que as variáveis particulares possam ser consideradas a fim de concretizar a justiça por meio de uma correção do justo legal. A justiça legal apresenta-se insuficiente como paradigma para solução das controvérsias contemporâneas, em função da variabilidade dos objetos a serem regulados. No entanto, não basta ser equitativo, desejando a justiça com retidão de

caráter. É preciso também saber aplicá-la. Sendo assim, a *phronesis*, como virtude dianoética, exercerá um papel crucial na definição de estratégias de realização da justiça. Trata-se de saber agir, ou seja, da capacidade da alma humana de calcular soluções, buscando inventivamente criar saídas para realização da justiça. Tudo isto, considerando os aspectos particulares do caso em meio ao generalismo legal.

Portanto, desta interdependência entre equidade e *phronesis* no processo de interpretação e aplicação da lei tem-se maiores possibilidades de concretização da justiça. Da apropriação de tais termos do discurso aristotélico poderá o Direito criar novas perspectivas para sua realização em meio a um cenário ético diversificado e que exige racionalidades práticas dinâmicas para solução dos problemas que apresentam.

CAPÍTULO II- A Atualidade do Discurso Aristotélico

2.1. A reabilitação da Filosofia Prática como Racionalidade

As questões relativas ao meio ambiente sustentável, a necessidade de se garantir uma maior dignidade às gerações futuras, bem como a afirmação dos direitos humanos fundamentais representam na verdade apenas algumas das exigências contemporâneas em se rediscutir o sentido das escolhas humanas em todos os setores da vida. Tais questões geram repercussões diretas sobre o fenômeno jurídico, haja vista que clamam pela realização do Direito como sistema regulativo capaz de concretizar a Justiça.

Estas necessidades que surgem no meio social têm fundamento no próprio sentido de humano como fim da comunidade política, incitando a necessária proteção a determinados valores. Por este motivo, o papel do Direito como ciência que visa regulamentar a coexistência pacífica entre os seres humanos, ofertando-lhes um conjunto de bens capazes de garantir a possibilidade de desenvolver suas habilidades morais, materiais e intelectuais tem sido questionado e de certo modo repensado, estimulando um necessário redimensionamento de seu fundamento de validade e legitimidade.

Nesse sentido, a reabilitação da filosofia prática apresenta alternativas científicas baseadas em pressupostos distintos da ciência teórica moderno-iluminista, visto que está vinculada diretamente ao reconhecimento das ações e experiências humanas como objeto de racionalidade apreensível. Além disso, esta reabilitação significa em grande medida uma retomada ainda que indireta da filosofia aristotélica, principal fonte dos maiores estudos a respeito do tema.

Sendo assim, é preciso admitir que este paradigma que compõem a ciência prática como racionalidade é capaz de emitir uma série de princípios e conceitos úteis principalmente para as ciências sociais aplicadas, carentes que são de bases de racionalidade para construção de seus sistemas de atuação prática.

Estes paradigmas epistemológicos da filosofia prática se baseiam nos seguintes postulados principais (BERTI, 1997):

1º - Substituição de uma Lógica Dedutiva Formal por uma Lógica da Probabilidade; 2º - Substituição do critério de Demonstração pelo critério da Argumentação; 3º - Irredutibilidade do conhecimento analisado a Fórmulas de caráter matemático; 4º - Compreensão da Filosofia também como um sistema aberto; 5º - Objetos de análise referentes às ações e experiências práticas do homem na comunidade política; 6º - Entendimento do Pensamento sempre em luta com seu objeto de análise.

Contudo, o que esperar de um paradigma científico que deseja ser científico sem defender a universalização de determinados preceitos como verdadeiros axiomas? O que esperar de um paradigma que admite a possibilidade de constantes modificações em seus modos de atuação, em função principalmente da dinamicidade e variabilidade inerentes a seus objetos de análise?

Na verdade, esta reabilitação representa a possibilidade de constituição de uma ética fundada no conhecimento com métodos, critérios de investigação e análises próprios. No entanto, a melhor forma de vislumbrarmos qual é esta racionalidade reencontrada é explicarmos o modo como se operacionalizam as diferenças entre uma ciência predominantemente teórica e uma ciência prática³. Ao estudar as ações humanas e ao buscar compreendê-las como objeto de uma possível racionalidade o cientista deve deixar de lado alguns paradigmas científicos tomados na maioria das vezes como pressupostos para verificação científica dos objetos postos sob análise e encontrar em outros padrões científicos, outras formas também válidas de racionalidade.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que a ciência prática não tem a pretensão de oferecer uma resposta pronta e acabada, como que colocada numa fórmula matemática para os problemas que visa analisar. Antes ao contrário, serve tão somente para indicar uma tendência plausível e justificável,

³ BERTI. *Aristóteles no século XX*. Tradução: Dion Davi Machado. São Paulo: Edições Loyola, 1997. P. 272. “A concepção moderna de ética é a iluminista, segundo a qual toda decisão deve ser justificada por uma argumentação racional, isto é, por uma explicação discursiva. Aristóteles admite, ao contrário, uma razão prática, diferente da teórica, a qual supõe uma disposição pra agir de certo modo. Ele, dessa maneira, compreendeu, segundo Williams, que a ética não pode fundar-se somente na razão, mas sempre numa suposição para aceitar razões particulares. As teorias éticas, com efeito, nunca estiveram em condição de justificar universalmente as escolhas morais: elas têm uma concepção científica, burocrática e pública da racionalidade, com pretensões de universalidade, de objetividade. A racionalidade prática, ao contrário, deve ser radicada na realidade social e histórica, a qual é feita de experiência moral e determinada pelas instituições”.

um esboço que servirá de auxílio para compreensão dos fenômenos sociais e conseqüentemente para melhor regulá-los. Assim sendo, há uma lógica distinta que regulamenta as ciências práticas. Como seu objeto encontra-se em constante mutação, sendo, pois, variável, sua lógica baseia-se em probabilidades justificadas no caso concreto.

Tudo isto decorre do fato de que as ciências teoréticas compreendidas durante tempos como o verdadeiro e real conhecimento científico (Epistême)⁴ baseiam-se numa Lógica Dedutiva Formal, cujo objeto encontra na possibilidade de demonstração sua sustentação para caracterizá-la como a única ciência de fato “científica”, sendo negado este caráter às ciências práticas, principalmente em função de não deterem um conhecimento apodídico, universal, invariável, supostamente objetivo. Aristóteles define o conhecimento científico da seguinte forma:

Uma vez que o conhecimento científico é uma certa concepção do universal e, na verdade, do que existe por uma necessidade intrínseca, e se as verdades demonstradas e o conhecimento científico assentam em princípios (na verdade o conhecimento científico envolve o princípio racional), por outro lado, não poderá haver conhecimento científico, nem perícia, nem sensatez dos princípios de onde se deduzem os conhecimentos científicos. O que é objeto de conhecimento científico tem de poder ser demonstrado a partir de princípios, enquanto que a perícia e a sensatez dizem respeito ao que pode ser de maneira diferente. (ARISTÓTELES, 2009, p. 134. EN, Livro VI, 6, 1140b31 a 1141a 1-2).

Na verdade há para a Filosofia Prática uma substituição do critério de ‘Demonstração’, em que é exigido rigor formal e experimentação, pelo critério da ‘Argumentação’, em que predomina o convencimento justificável dentro do contexto histórico-cultural como método de verificação do caráter científico da análise. Com isso, deduz-se que não se pode previamente antever uma lógica

⁴ GADAMER, H. G. *Verdade e Método I*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. São Paulo: Vozes, 2004. P. 363. “Que este não seja o saber da ciência é claro. Neste sentido, a distinção de Aristóteles entre o saber moral da phronésis e o saber teórico da epistême é clara, sobretudo se se tem presente que, para os gregos, a ciência é pensada sobre o modelo da matemática, isto é, de um saber do imutável, um saber que se funda em demonstrações e que, por isso, todos podem aprender [...] Em contraposição a esta ciência ‘teórica’, as ciências do espírito articulam-se diretamente com o saber moral. São as ‘ciências morais’. O seu sujeito é o homem e o que sabe de si. Este, porém, sabe-se como sujeito da ação, e o saber que desse modo tem de si mesmo não aspira verificar o que é. Quem age tem, ao contrário, de operar com coisas que não são sempre as mesmas, mas podem ser também diferentes. Nelas, ele descobre os aspectos nos quais deve agir. O seu saber deve guiar sua ação”.

universal, tida como fórmula verdadeira para regulamentar os problemas analisados no ambiente prático. Quer dizer também que embora haja princípios e conceitos comuns facilitadores do processo de compreensão do problema, o caso é sempre uma possibilidade de um novo modo de realização das ações humanas e por este motivo deve-se estar aberto a novas possibilidades lógicas de solução. Equiparar a ciência prática a este sentido teórico é o mesmo que retirar-lhe sua cientificidade.

Trata-se do predomínio de uma lógica não do racional no sentido clássico do termo como algo amplamente determinado, mas do razoável em que os padrões de verificação da cientificidade baseiam-se não nos critérios de demonstração dos objetos analisados, mas sim na justificação argumentativa de porque escolher este e não aquele método como solução. Este tipo de lógica põe em discussão seus próprios pressupostos, enquanto que a lógica formal dedutiva não coloca sob risco os pressupostos de verificação que previamente admite como verdades científicas irrefutáveis.

É importante ressaltar que, embora não tenha o rigor formal da lógica tipo dedutiva, a argumentação desenvolve-se com regras precisas e próprias, relacionando elementos de um modo sistemático e articulado num sistema inteligente para que cumpra sua finalidade de influenciar no convencimento da tomada de determinadas ações práticas. Deste modo, seu recurso a uma pluralidade de métodos torna-a capaz de fornecer uma espécie de orientação para solução dos problemas levantados, variando seus sentidos de acordo com os métodos e com os contextos aos quais se encontra inserida. Em verdade, a filosofia prática se relaciona com o âmbito da ação humana, num espaço de liberdade acentuado pela possibilidade de escolhas diferentes. Seu objeto é de natureza instável, o que não impede sua constituição como racionalidade prática.

“Nada do que diz respeito à prática de ações ou à obtenção do que é vantajoso tem algo de estável, tal como o não tem o que concerne o estado de saúde. Se é já isto que acontece com a fixação de um princípio geral, por maioria de razão não se pode exigir rigor ao princípio de cada uma das situações concretas que de cada vez se constituem. Elas não caem sob a competência de nenhuma perícia nem estão expostas a nenhuma ordem ou comando. Os que estão na situação de agir têm de olhar para as circunstâncias em vista da ocasião e da oportunidade do momento, tal como acontece com a

medicina e a arte de navegar. Mas mesmo sendo deste gênero o presente princípio, temos que tentar ir em seu auxílio. (ARISTÓTELES, P. 42. EN, Livro II, 2, 1104a 4-12).

Como o estudo das ciências práticas refere-se principalmente ao entendimento da ação e das escolhas humanas dentro do ethos e a indicação de um modo como elas deveriam operar-se dentro da realidade para que realizem seus fins, pode-se dizer que o estudo da phronesis, ou seja, da sabedoria prática ou sensatez, que é compreendida por Aristóteles como capacidade racional calculadora da alma humana de deliberar corretamente sobre meios e fins, é fundamental para compreensão dos fenômenos éticos e sociais humanos e deste modo, crucial para que o Direito como ciência possa realizar-se. Ter conhecimento dos fins éticos (Justiça e Democracia), que devem orientar as tomadas de decisão no desenvolvimento dos processos judiciais, não basta para realização de tais finalidades. É preciso também saber realizá-los na prática, saber como operá-los e desejar a justiça com intensidade. Nesse sentido, o estudo da sabedoria prática como virtude dianoética da parte racional da alma humana será fundamental para o cumprimento dos fins a que visam o sistema jurídico. Isto porque o conhecimento genérico e universal dos fins não garante o resguardo das situações circunstanciais, capturadas somente à luz da razão prática particular. Segundo Bubner, citado na obra de Berti, a Phronésis:

[...] é a razão que se legitima no prático, que media a universalidade da inclinação para um objetivo do agir com a variedade dos casos de situações mutáveis. No agir, a Phronésis já é sempre em obra, e a tarefa da Filosofia prática é a de reencontrar e disseminar na vida vivida esta base de racionalidade. (BUBNER, apud BERTI, 1997, p. 266).

Deste modo, a reabilitação da filosofia prática é uma resposta ao atual quadro ético, fragmentado com a modernidade, cujas exigências clamam por um melhor sistema de vida para o homem e também pela proteção aos bens humanos considerados fundamentais à sua coexistência. Daí resulta o caráter particular, aberto e variável do sistema científico que compõe as ciências

práticas, exatamente porque assim é seu objeto de análise, haja vista que as ações e escolhas humanas e seus reflexos práticos realizam-se de modo dinâmico e dependente dos contextos jurídicos, sociais e culturais a que pertencem.

Nota-se, portanto, uma irredutibilidade do conhecimento analisado pelas ciências práticas em fórmulas ou receitas que poderiam a todo tempo serem utilizadas para conquista de suas finalidades práticas, quando na verdade tal conhecimento está sempre em construção. Imagine a possibilidade de se definir de modo cabal e definitivo um conceito geral de justiça? Estaríamos bastante próximos à sua realização prática, bastando para isso que fixássemos um critério legal ou social da qual pudéssemos extrair todos os conceitos e realizações de justiça sempre consoantes a este princípio anteriormente admitido como verdade universal. Vale destacar que foi exatamente isto que a filosofia clássica iluminista fez na Modernidade. Entretanto, as ciências que possuem relações com o ambiente cultural formam seus objetos de análise como um “constituendo”, sendo, pois, seus critérios definidos nas particularidades circunstanciais e no modo correto como se analisam as situações colocadas como problema, dando a elas as soluções mais adequadas.

Pode-se dizer que o pensamento prático encontra-se sempre em retorno a seu objeto (ações e escolhas humanas), sendo difícil apreendê-lo cientificamente por sua extrema dinamicidade interna. Como não há uma fórmula cuja aplicação depende de mero silogismo matemático, o pensamento, por estar em construção, depende de um retorno constante às suas bases de análise a fim de definir qual regra é mais ajustada àquele caso específico. Neste processo há uma exigência de vigilância do pensamento para que ele não desconsidere as vicissitudes e circunstancialidades do caso concreto pela ansiedade em regular e nem intrometa pensamentos de origem subjetivista e ideológica, comprometendo o sentido científico da ciência prática, que não assume fins pressupostos. Mesmo assim, apesar da fluidez, multiplicidade e mobilidade das ações práticas humanas; mesmo sob o eterno risco da injustiça e da insegurança, é possível sim definir parâmetros científicos de análise que possam contribuir para uma melhor realização de um projeto de vida essencialmente humano, em que a democracia e justiça sejam resultados de

uma intensa reflexão sobre fins e meios, mas também sobre o papel do Direito na sociedade contemporânea.

2.2. A realização do Direito como Sistema Regulativo e sua resposta à pluralidade de valores no contexto ético atual

Os Gregos de um modo em geral sempre se preocuparam com a formação de uma ordem social harmoniosa que permitisse uma vida feliz e organizada dentro da pólis como que se fosse um espelho do cosmos divino. Dentre tantos autores, Aristóteles foi aquele que mais destaque deu em sua obra a tais questões de ordem política. Por se preocupar de modo intenso com a análise do espaço público da comunidade, bem como com a análise do homem em seu exercício ético por meio da prática da virtude o autor foi considerado um dos maiores estudiosos a respeito destes temas.

Para se ter uma idéia, ao resumir o conceito de justiça universal como a virtude completa, Aristóteles evidenciou que uma das primeiras noções de direito⁵ surgidas refere-se mesmo à idéia de um exercício ético em busca de ordem, de harmonia social, de ação direcionada ao bem. Por ser a virtude completa uma ação prática direcionada à justiça há nesta noção primeira uma confusão entre justiça e direito. Nesse sentido, o termo direito adquire uma conotação de ordem geral, que para realizar-se deve manter-se harmoniosa.

Pode-se dizer que na visão grega de justiça universal o Direito encontra-se carregado de uma concepção moral vinculada à noção de ordem cósmica, embora não haja uma confusão entre leis e ordem universal, sendo que as leis são consideradas instrumentos para realização da ordem universal, enquanto que esta é considerada objeto da justiça como virtude completa. Em algumas nota-se que justiça legal e justiça universal tem para Aristóteles o mesmo sentido.

⁵ Importante destacar que o termo Direito como hoje é reconhecido, ou seja, como conjunto de normas externas formadoras de um sistema que tem como objetivo principal promover a coesão social, é uma aquisição moderna, criada junto com a formação dos Estados Nacionais. Na verdade, o que se buscou realizar é um paralelo com a teoria aristotélica com o único propósito de demonstrar as relações existentes entre o direito e a justiça e os desenvolvimentos que o tema vai adquirindo a partir do autor.

Os primeiros contornos da idéia de Direito como uma espécie de sistema de leis com finalidade pressupostas, dentre as quais se destaca a justiça, cujo sentido para existir depende da regulação da vida social da comunidade política surgem em Aristóteles a partir da análise da justiça em seus sentidos particulares. Isto quer dizer que, a busca do homem pela felicidade por depender de sua natureza político teleológica somente pode ocorrer no contexto comunitário. E por depender de tais contextos, a proteção de determinados bens (justiça particular) por meio de um sistema de leis é que permitirá a formação da idéia de Direito como um sistema de certo modo mais externo à vida ética da comunidade, mas ao mesmo tempo com ela interligada para consecução das finalidades da cidade.

Esta “heteronomia” do Direito como sistema legal pode ser notada pelo aparecimento da figura do juiz, externo às partes, que exercerá a virtude da Synesis para julgar, haja vista que ele terá a função de dizer o direito que cabe a cada um. No entanto, será no pensamento jurídico moderno que haverá a equiparação entre Direito e lei num mesmo sentido, afastando-se ainda mais o conteúdo ético do Direito, ou seja, do sentido de justiça completa como realização da ordem. Deste modo, a realização do fenômeno jurídico ocorre de um modo tão externo, que em alguns momentos tem mitigado seu fundamento de validade e legitimidade para atuar em função do descompasso existente entre as exigências éticas e a realização da Justiça e aquilo que o direito prescreve como justo.

Portanto, o direito é formado de objetos externos sob os quais incidirá um modo de repartição tendente ao meio termo, sendo impossível pré-determinar em fórmulas tal modo de repartição, haja vista a dinamicidade do contexto repartido, sempre a exigir compreensões mais sofisticadas das relações que compõem o problema. Deste modo,

[...] segundo a análise de Aristóteles descobre-se o direito mediante a observação da realidade social e a confrontação de pontos de vista diversos sobre esta mesma realidade, porque o direito, objeto da justiça no sentido particular da palavra, é precisamente esse meio, a proporção certa das coisas partilhadas entre membros do grupo político. (VILLEY, 2007, P. 52).

Portanto, na visão de Aristóteles é a partir de um dado contexto ético (histórico-cultural) que se percebe que alguns valores⁶ (bens) compõem o fenômeno humano e à medida que estão na origem do homem como ser individual e político devem ser resguardados para que se atinja o fim maior da vida social, qual seja a felicidade. Deduz-se daí que caberá ao Direito coordenar a coexistência pacífica entre os indivíduos da comunidade.

As distinções entre o justo legal e o justo natural e o papel da equidade como instrumento de adaptação da generalidade da lei às particularidades do caso concreto representam o relacionamento proposto por Aristóteles entre o direito, como sistema de coordenação da coexistência dentro da comunidade política, e a própria justiça como seu fim supremo, ainda que explicitamente os textos aristotélicos não façam menção expressa ao tema. Esta problemática é hoje crucial para compreensão do papel do direito contemporâneo e de novos modos de realização de seus fins, haja vista que a pluralidade do contexto ético atual aumenta a dificuldade do direito em termos de regulação, comprometendo parcialmente sua eficácia, validade e legitimidade.

Destarte, o Direito se forma como um instrumento de regulação da vida social, buscando coordenar a variegada e plural maneira do indivíduo conceber os bens da vida, ainda mais no Direito contemporâneo quando o pluralismo jurídico é uma exigência para concretização da Justiça e da própria idéia de Democracia exatamente por se perceber que o Direito tem como fundamento a harmonização dos comportamentos e ações práticas emitidas pelos homens num nível altamente complexo e diverso⁷. Portanto, o fenômeno jurídico é

⁶ REALE. Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. A discussão referente à origem do valor e suas relações com a alma humana não serão tratadas no presente trabalho. Trata-se tão somente de uma compreensão do valor como resultado da experiência humana na comunidade política, que ao mesmo tempo que é parte integrante do processo de ação prática, também forma o conteúdo cultural do próprio ethos. Esta corrente histórico-cultural dos valores objetivou compreender o valor por meio da história (caráter objetivo) e ao mesmo tempo como projeção do espírito humano sobre a natureza (caráter subjetivo). Tal corrente explica a existência dos valores condicionados a um processo histórico e cultural em que, os valores acumulam e revelam de forma cada vez mais consistente na consciência coletiva e individual do homem como sujeito universal seu caráter de obrigatoriedade. Por isso dizer que se trata de uma objetividade relativa. Esta corrente foi fundamental para um entendimento mais completo da teoria dos valores, já que ao mesmo tempo, que o situa nas circunstâncias dos contextos históricos e culturais, também vislumbra algo de mais universal em seu processo de revelação e consolidação mediante a experiência humana.

⁷ VILLEY. Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P.20. “Quanto a definir a palavra direito, a simples leitura de um dicionário permite constatar que ela assume os mais heterogêneos sentidos: reflexo da pluralidade das filosofias da época moderna e contemporânea. [...] O

formado por um processo de regulação contínua das ações práticas humanas, que são baseadas em determinados fins, baseados em certos valores, que visam à realização de um dado bem. Tais bens serão protegidos normativamente pelo Direito, sendo que a realização do Direito como sistema regulativo representa a realização dos valores e fundamentos de uma determinada organização social. E será dentro de um contexto histórico-cultural que deve ser percebida a universalidade da experiência jurídica, nunca na busca de uma explicação empírica universal, nem mesmo por meio de um apriorismo formalista não histórico, incompatível com as necessárias atualizações axiológicas propostas pelo contexto ético social.

A compreensão do Direito como sistema de regulação social deve-se dar a partir do auxílio da Equidade, como instrumento de redefinição constante das práticas judiciais em busca de seu fim básico de Justiça. Neste processo a Phronésis, como ação prática correta e adequada na construção de meios para realização de tal fim, desempenhará papel fundamental à medida que busca ultrapassar o postulado básico do Positivismo baseado na certeza de que por meio da razão subjetiva, utilizando métodos escorados numa lógica formal (sistema lógico dedutivo) é possível capturar toda extensão dos fenômenos sociais. Este postulado deve ser substituído pela observação do caso concreto na circunstancialidade do agir prático com regras e medidas orientadoras das ações, direcionando-as para o cumprimento dos fins fundamentais do Direito por meio de uma constante atualização e reflexão no processo de aplicação e desenvolvimento dos atos judiciais, cuja equidade é constantemente aplicada em diversas fases e procedimentos judiciais.

A equidade como pensamento proporcional permite uma adaptação do generalismo da lei aos casos concretos. Ao mesmo tempo, a sensatez como fonte norteadora da ação correta desempenha um papel fundamental na construção de paradigmas reguladores mais próximos à concretização da Justiça por possibilitar sua realização por meio de estratégias deliberativas diferenciadas e voltadas ao caso concreto. Isto porque se cabe ao Direito regulamentar as condutas ético-sociais e se o motivo determinante de sua

termo explodiu em todos os sentidos. Flutua ao sabor dos ventos. Não será a marca de uma falência? Ou da queda da ciência do Direito? A supressão ocorrida, na França, das Faculdades de Direito talvez possa ser tida como conforme ao sentido da história”.

legitimidade para atuar ou mesmo seu fundamento de validade é a harmonização de condutas por meio da proteção à pessoa humana e da prática da justiça, a equidade e a *phronesis* são os instrumentos mais hábeis para conformarem toda exigência problemática da realidade a paradigmas justos de aplicação das normas jurídicas.

2.3. O Papel do Direito no contexto ético contemporâneo e suas relações com a teoria aristotélica

Em verdade, percebe-se que o fenômeno jurídico é composto de fato por uma lógica distinta da lógica formal. Desta questão deduz-se que os juízos de valor, sob o qual se movimenta toda a questão jurídica, são compostos de *topoi*, ou seja, de argumentações com finalidades específicas de convencimento dentro de uma dada circunstância processual. Esta substância dialético-retórica do Direito realça as dificuldades de adequação de seus fins e dos meios de que dispõe para realização da Justiça. Deste modo, a extração da legitimidade do Direito como sistema de regulação da vida social tem origem em sua eficiência no processo de resolução das lides sociais, que, por se basearem em leis, apresentam sempre um déficit de regulação, principalmente em função da generalidade legal, excluir a apreciação circunstancial dos casos particulares.

Nesse sentido, as argumentações, como proposições de verdade parcial, influirão no processo de decisão do caso à medida que se apresentam como modos de revelação de dadas tendências, que inclusive não necessariamente tendem para uma mesma posição. Trata-se de uma realidade lógica distinta, em que a abertura sistemática do processo de compreensão do objeto jurídico realiza-se ao longo deste processo, numa demonstração continuada e que sempre retoma outras análises já feitas para tomada de decisão. Este é a dialética processual sob a qual se funda a ciência do direito. Tudo isto em função da variabilidade do objeto por se tratar de uma lógica da razão prática baseada no razoável. Para Aristóteles,

[...] as premissas das argumentações dialéticas, isto é, os éndoxa, distinguem-se das premissas da argumentação científica, isto é das definições e dos axiomas, não porque seja somente verossímeis, mas exatamente porque devem receber a adesão de todos os interlocutores, sendo professados por todos ou pelos sophói, isto é, pelos especialistas, pelos competentes. (BERTI, 1997, p.287).

Apesar de ser factual que uma necessária zona de liberdade exegética concretizada na abertura do sistema jurídico seja exigida como oportunidade para interpretação e entendimento do sentido argumentativo do caso concreto, a falta de métodos e limites para interpretação não poderia levar a um abuso de poder por parte dos intérpretes da ordem jurídica, qualquer fundamento podendo justificar por meio de argumentações? Como encontrar uma explicação razoável para esclarecer o porquê da preservação axiológica de determinados contextos políticos comunitários, os quais são regulados e orientados pelo Direito, tendo em vista seu condicionamento pela tradição cultural e também como explicar as mudanças e novas tendências ou fronteiras axiológicas com que se depara a ética social contemporânea pela exigência de construção de novos valores dentro da comunidade?

Se, é verdade que todo conflito de interesses representa uma ocasião para valorar no interior da situação das partes suas contradições e desejos, cabe ao intérprete, no desenvolvimento de sua atividade de revelação do Direito resguardar as relações éticas fundamentais para construção da Justiça e ao mesmo tempo aplicar com correção a norma mais adequada ao caso, tendo em vista a realização dos fins jurídicos.

Toda esta problemática aumenta-se no contexto contemporâneo, tendo em vista que cabe ao Direito harmonizar condutas num ambiente marcado pelas diferenças e pela pluralidade de concepções sobre os bens da vida. E pode ser atribuído a esta multiplicação de bens na vida social, fruto de variegadas posturas e desejos sociais, o fato de que a sociedade contemporânea encontra profundas dificuldades no processo de coordenação do convívio social. Deste modo, torna-se ainda mais difícil definir os padrões ou símbolos éticos importantes dentro desta realidade já que ela é marcada por

contrastes que exigem do Direito, como ciência, um tratamento mais específico baseado na circunstancialidade dos casos concretos, mas que, ao mesmo tempo, ao se abrir para perspectivas particulares, corre o risco de perder segurança jurídica e sistematicidade metodológica oferecidas pelo caráter geral da lei. Isto porque é exatamente esta generalidade que garante organização científica suficiente para criação de um sistema.

Haberle em seu livro “Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, busca observar as necessárias aberturas que o sistema jurídico deve conceder para se atingir a justiça, a partir da idéia de participação do sujeito constitucional, defendendo que para isto deve ser ampliado o papel dos agentes constitucionais na interpretação do Direito (HABERLE, 2002). Na verdade, trata-se de uma defesa do caráter dialético argumentativo do Direito por meio da participação dos valores éticos no processo de interpretação, formação, reformulação e constante atualização do Direito. Com base nisto, ele aborda:

A estrita correspondência entre vinculação à constituição e legitimação para interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: a interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, da integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action (personalização, pluralização da interpretação constitucional). (HABERLE, 2003, p.3).

Sabe-se que quanto maior a oportunidade de participação dos elementos sociais num processo aberto de interpretação tem-se mais variegadas teses e argumentações, podendo-se também cair num subjetivismo axiológico incontrolável. No entanto, vale destacar que este processo de integração dos valores ao Direito visa permitir de forma ampla e democrática

ao poder judiciário tomar conhecimento da realidade dos fatos concretos (Particular) por meio de uma aplicação normativa (Geral) que para ser justa exige do juiz uma postura ativa na compreensão do mundo das experiências humanas baseado na circunstancialidade do agir prático. Isto porque estas forças pluralistas da sociedade representam a fonte de informação concreta do que é o Direito e do que é o Dever de cada parte. Ou seja, tais métodos objetivam facilitar o processo de apreensão das complexas estruturas da realidade social a partir da integração de outros elementos no processo de interpretação da norma e não condicionando o conhecimento da realidade dos fatos e dos valores à hipotética e surreal subsunção normativa imparcial realizada pelos juízes. No entanto, o espaço reservado para aplicação equânime das normas somente se realizará se tal aplicação for realizada de modo correto e por meio dos métodos dispostos pelo próprio sistema legal.

Nesse sentido, é importante diferenciarmos os contrastes existentes entre o caráter formal e material do Direito. O credo constante depositado na subsunção legal exercida pelo juiz no processo de adequação dos fatos aos significados dos textos legislativos pode representar uma ameaça à justiça, renegando à equidade o papel de mero agente integrador, hierarquicamente inferior no processo de definição de qual norma cabe ao caso concreto. Mas como o próprio Aristóteles definiu que a justiça somente se encontra no justo termo entre as partes, mister avaliar as circunstâncias que compõem o caso em suas especialidades e ao mesmo tempo permitir que o próprio sistema jurídico sirva como mecanismo de realização de seus fins.

Interessante notar a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a onipotência racional com que a ciência do Direito presume critérios lógico-dedutivos para o Direito e a tão sonhada abertura do sistema proposta por argumentações exageradamente livres e flexíveis. Grandes equívocos foram criados pela Ciência do Direito a partir da crença de podê-lo reduzir a fórmulas matemáticas de conteúdo exclusivamente empírico-descritivo e mais, como se o Direito pudesse ser reduzido à pressuposição de que normas válidas criadas para regular exigências do mundo prático fossem a todo momento manter sua perfeita adequação numa intenção meramente teórica do Direito, analogamente com o que se opera nos princípios de causa e efeito das ciências naturais (NEVES, 1998).

Uma questão clara pode ser deduzida desta dificuldade de conciliar abertura do sistema e segurança jurídica. Como toda decisão judicial impõe um determinado tipo de comportamento com reflexos éticos e sociais para as partes, toda escolha de juízo é antes uma preferência por um juízo de valor, que encontra numa racional justificação argumentativa sua possibilidade de validade. Toda interpretação exige escolhas políticas por um determinado sentido ditado por uma racionalidade prática, que embora dependa da subjetividade para ser observada não deve cair num subjetivismo para ser justificada. Em verdade, trata-se de uma busca por aplicar na circunstância do caso o Direito. Por meio de estratégias corretas de realização dos fins jurídicos supremos, permitindo ao sistema realizar tais fins por meio de seus próprios métodos, será possível adaptar o generalismo da lei aos casos concretos de modo a concretizar o que é justo naquela circunstância.

Deste modo, várias correntes tentaram desenvolver métodos e instrumentos de justificação racional para a objetividade dos juízos de valor, bem como buscaram alternativas de realização dos valores no cenário jurídico, o que de certo modo, representam tentativas de dar maior ênfase no processo de interpretação judicial aos casos concretos. Segundo Alexy tais tentativas baseiam-se principalmente no seguintes fundamentos:

1) Proposições que usam como ponto de partida convicções atuais existentes e pontos de consenso realmente válidos ou normas não-jurídicas aceitas”; 2) Proposições que se referem a valores que de algum modo podem ser extraídos da estrutura existente da lei (inclusive decisões prévias); 3) Proposições que envolvam princípios que ultrapassam a lei positiva.(ALEXY, 2001, p.24).

Na verdade, trata-se de mesmo de uma tentativa de orientar a racionalidade prática e a decisão judicial, que é um instrumento de revelação desta razão prática, para um sentido de profunda compreensão do contexto ético como meio para conquista de uma interpretação ampla das circunstâncias do caso, cuja resolução pode basear-se num valor atual, presente e, no entanto não materializado numa estrutura normativa formal. O reconhecimento das influências do contexto ético no processo de avaliação das circunstâncias

particulares da qual é formado o Direito significa adequá-lo a um modelo de racionalidade que lhe é mais típico e característico.

Esta busca por uma hermenêutica segura e ao mesmo tempo aberta traduz de certa forma o contexto ético problemático atual a qual o Direito é convocado para harmonizar e pacificar com suas normas, ou seja, um contexto ético em que convivem a pluralidade de concepções e desejos sociais e o controle proporcionado pelo Direito do processo social.

Pode-se dizer que o Direito é mais afim à Justiça do que à rigidez interpretativa das leis que forçam a realidade circunstancial para que ela caiba dentro de uma norma a todo custo, mesmo que não tenha sido elaborada para tal finalidade. Deste modo, a equidade como instrumento de adaptação do generalismo da lei ao caso concreto deve encontrar limites na aplicação correta das melhores estratégias para realização de tais fins. O que é necessário ressaltar são as dificuldades encontradas para sustentação da racionalidade plena do discurso jurídico, à medida que suas teses são sempre precárias porque incluídas na variabilidade dos contextos regulados e construídas ao longo de um processo de decisão.

Assim sendo, em meio à esta pluralidade de valores e concepções sobre os bens da vida que marca o contexto ético contemporâneo é reservado um papel especial ao Direito, que ultrapassa a responsabilidade de organizar o convívio social assumida por este durante séculos, desde o Jusnaturalismo Racionalista do Século XVII. Este papel que antes se restringia em coordenar o processo social com base em fórmulas lógicas traduzidas em leis num pensamento apodídico, matemático e formalista demonstrou-se incapaz de compreender neste atual estágio de desenvolvimento cultural da sociedade as diversidades e complexidades que cercam nossa época.

Portanto, interessante repensar o papel do próprio Poder Judiciário neste cenário político, ético e social, buscando definir seus propósitos práticos e operacionais na concretização da justiça e da própria democracia. De que modo deve atuar os juízes na busca pela resolução de uma constante tensão que marca a função do Direito na sociedade contemporânea, qual seja a tensão entre o geral, caracterizado pela lei e o particular, caracterizado pelo caso concreto. Entretanto, não deve haver exclusão entre estas duas esferas de atuação do Direito, pois da mesma forma que a valoração do caso em

concreto é importante para compreensão verdadeira dos fatos e valores presentes no caso, a normatividade estabelecida também serve como um importante critério para a prática da justiça à medida que estabelece de alguma forma os mecanismos de controle para aquela realidade social já regulada.

As sentenças judiciais como resultado da função jurisdicional do Estado para que sejam compatíveis à amplitude das situações fáticas e, portanto, condizentes à Justiça exigem do juiz um papel criativo no processo de construção do significado da norma. O silogismo formal que marcou o paradigma exegético Positivista, na qual se presume uma constante adequação da norma, pressupostamente elaborada, à realidade fática que visa regular, resultando daí a conclusão lógica e matemática de qual conduta ou comportamento a ser exigido juridicamente não mais se apresenta suficiente para atender a demandas sociais marcadas pela complexidade na era contemporânea.

Isto porque na vida da ciência – jurídica ou de qualquer outra – não há, nem pode haver ponto de repouso definitivo. O que antes tiver sido virado do avesso pode sempre, a todo tempo, ser revirado: não no sentido de dar marcha à ré, de abrir mão do avanço consumado, de desprezar as recentes conquistas; mas no de averiguar se, com a ajuda das novas lentes, não se obtêm, olhando noutra direção, quiçá no sentido contrário, imagens também novas e igualmente enriquecedoras. (NICOLAU JUNIOR, 2007).

CAPÍTULO III - Fundamento do Direito em Aristóteles: A realização do Justo a partir da Equidade

3.1. O Justo Universal: Diferenças entre o justo legal e o justo particular

Aristóteles define a Justiça como:

Disposição do carácter a partir da qual os homens agem justamente, ou seja, é o fundamento das ações justas e o que os faz ansiar pelo que é justo. De modo oposto a injustiça é a disposição do carácter a partir da qual os homens agem injustamente, ou seja, é o fundamento das acções injustas e o que os faz ansiar pelo injusto. Admitamos, pois, estas primeiras indicações como caracterizações dos traços essenciais da justiça e da injustiça. (ARISTÓTELES, 2009, P.103. EN, Livro V, 1, 1129a 8-14).

Deste modo, a Justiça faz referência a um equilíbrio que não é nem exagero, nem carência e sim uma espécie de meio termo capaz de conjugar a ação correta conforme a lei, a felicidade do próximo e o bem comum.

Por isso, pode-se dizer que no ato justo não se deseja em exagero aquilo que é considerado um bem e nem se deseja pouco aquilo que é considerado um mal, atribuindo-lhe aos outros. Interessante notar, que para se atingir a justiça é necessário o reto desejo (*Oretikon*) de ser justo, questão que pressupõe uma finalidade ética, ou seja, a ação direcionada a um fim justo e que faz uso de meios também justos. Ser justo significa ser comedido e não ter mais do aquilo que é devido (parte equânime) numa dada situação⁸. No entanto, não basta o desejo é preciso o governo da razão sobre ele e que a *phronésis* realize a intermediação entre o desejo e o processo de decisão da ação prática, garantindo correção para as escolhas dos meios e dos fins, sob pena de descaracterização da justiça.

⁸ KRAUT, Richard. *Aristóteles: A Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Artmed, 2009. P. 179. “Aristóteles inicia seu tratamento da distinção entre justiça universal e particular com a seguinte observação: ‘Tanto aquele que viola a lei quanto aquele que é ávido parecem ser injustos’(V.2.1130^a16-24). A avidez é, portanto, central na concepção aristotélica de justiça particular. Avidez traduz aqui *pleonexia*, literalmente ‘ter mais’. Outras traduções seriam ‘querer alcançar em demasia’, ‘obter mais do que sua parcela devida’, ‘preponderância’ e cupidez”.

Ser justo é agir de conformidade com a justiça e agir de conformidade com esta é decidir de acordo com os atos que geram justiça e não injustiça, ou melhor, de acordo com atos que não tomem para si parte menor de males ou parte maior de bens, prejudicando o outro e conseqüentemente toda a comunidade. Significa atribuir “a cada um o que é seu de acordo com um dada proporcionalidade”.

A justiça é uma disposição de caráter de ordem Ética, ou seja, encontra-se radicada na alma humana, conforme sua intencionalidade e racionalidade o que considera justo ou injusto. É certo que a busca pela virtude e uma educação baseada na boa moralidade são aspectos relevantes dos que são justos. Todavia, o homem justo faz a escolha correta dos meios para o cumprimento de seu fim, qual seja, a ação justa. Aqui surge um impasse importante levantado pela ética aristotélica e que perpassa os tempos, mantendo-se ainda não resolvido plenamente pela filosofia moral: o homem opta por escolher o correto e age com justeza porque possui condições de possibilidade ditadas pelo contexto comunitário de assim agir, ou age corretamente porque tem encarnada em sua alma humana uma predisposição inicial para escolha justa independente do contexto histórico-cultural em que vive? E mais, o homem que age de forma justa tem radicada em seu espírito uma tendência natural ao justo, admitida a abertura de possibilidade para assim não escolher e viciar-se? Ou ainda o homem age de modo justo porque lhe é benéfico ou pelo fato da maioria assim agir? Em que se fundamenta a decisão humana no ato de opção pelo que é justo?

Deste modo, ser justo representa agir conforme a justiça. Neste processo de desenvolvimento do ato justo é que se nota que o justo constitui e molda seu caráter de acordo com a ação justa. Sendo assim, a justiça constitui o modo de ser do humano em sociedade.

A aproximação sistemática da virtude ética da justiça (dikaiosunê) exige a delimitação do seu âmbito de ação e de seu fim e a investigação de que tipo de disposição intermédia se trata, que se ilumina face aos seus extremos. Também aqui Aristóteles segue o método de procurar, entre a faticidade do que fenomenologicamente se lhe apresenta, o ponto de partida para o aprofundamento filosófico do seu objeto. Trata-se, então, de tomar em consideração o que comumente se entende por justiça, descrita como disposição do caráter que funda o agir com justiça, fazendo desejar o que é justo. A

atividade do homem (na ética, o seu agir) revela e ao mesmo tempo constitui o seu modo de ser (o seu caráter), explicitando-se a circularidade constitutiva entre ser (estar constituído com um determinado caráter) e o agir. Mas nesta passagem Aristóteles quer chamar a atenção para o fato de que é a condição do caráter que determina o agir, procurando enfatizar a justiça não como uma qualidade dos atos do homem, mas como o seu próprio modo de ser enquanto homem sério, de caráter. (COELHO, Nuno M.M., 2007, P.2).

Atos justos tendem a preservar a felicidade individual e também os elementos indispensáveis à coexistência pacífica da comunidade, sendo que o indivíduo que age justamente consegue prever racionalmente a dimensão de seus atos e vê neles uma importância para além da satisfação de seus desejos pessoais. Isto porque a satisfação de um bem individual e a não satisfação de um bem comum desmonta a organização ética da pólis e conseqüentemente poderá vir a comprometer diversos bens individuais futuramente. O bem estar do todo necessariamente representa o bem das partes, sendo que o bem de algumas partes não significa necessariamente um benefício comum. Daí a relação inequívoca existente entre a Ganância e a Justiça, pois o homem injusto é um homem ganancioso acima de tudo, que toma para si parte maior das coisas boas a que tem direito, distribuindo aos outros, parte maior de males a que também teriam direito.

Vale destacar que, a justiça como disposição ética de caráter não pode ser alcançada sem a phronésis como virtude dianoética. Isto porque no processo de deliberação dos atos justos o desejo, as escolhas e a decisão encontram-se interligadas por estes dois ambientes. Enquanto que para se atingir a justiça é necessária a definição adequada dos fins, o mesmo se dá com relação a necessária sabedoria prática no que tange aos meios ou estratégias elevadas para consecução de tais finalidades. Além disso, pela natureza política do homem como ser racional que tem dentre seu fim principal a felicidade, que somente pode ser atingida pela satisfação de seus desejos, que somente podem ser satisfeitos pelas trocas sociais realizadas em comunidade, donde se afere que: a justiça é em certo sentido uma necessidade de sobrevivência do homem em comunidade política que se realiza mediante uma ação justa realizada como disposição de caráter, ou seja, desejo permanente de ser justo, que se realiza mediante a habilidade

calculadora do homem de escolher as melhores estratégias, as mais inteligentes e adequadas num processo dialético de definição dos meios e fins de suas ações práticas em conformidade com os contextos histórico-culturais envolvidos. Tudo isto porque deseja o justo e de certo modo detém o conhecimento de que ações justas são, a longo prazo, processos de manutenção da estabilidade social.

Deste modo, com o objetivo de investigar e esclarecer como se definem os diversos sentidos de uma ação justa, Aristóteles constrói uma série de acepções para o tema da Justiça, dividindo-a inicialmente em duas principais: Justiça Universal e Justiça Particular.

A Justiça Universal ou Absoluta é a reunião de todas as virtudes, sendo compreendida como a virtude completa, inteira ou plena. Assim, um ato virtuoso de coragem é também um ato justo, pois a Justiça Universal reúne em si todos os atributos de virtude, tomadas em relação ao próximo e à comunidade, sendo considerada um gênero ou mesmo um modo de possuir a virtude. Assim esclarece Aristóteles:

É assim, de modo supremo a mais completa das excelências. É, na verdade, o uso da excelência completa. É completa, porque quem a possuir tem o poder de a usar não apenas só para si, mas também com outrem. Pois, de facto, há muitos que têm o poder de fazer o uso da excelência em assuntos que lhes pertencem e dizem respeito, mas são impotentes para o fazer na sua relação com outrem. (ARISTÓTELES, 2009, p. 105. EN, Livro V, 1, 1129b31 a 1130a 1-2).

A justiça universal faz referência ao agir de um modo geral como um homem bom e não exatamente em relação a alguma espécie de bem previamente definida como é o caso das formas de justiça particular. Daí o diagnóstico realizado por Aristóteles de que há uma Justiça universal e outra particular que faz referência a bens específicos⁹. A Justiça Universal é aquela

⁹ KRAUT, Richard. *Aristóteles: A Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Artmed, 2009. P. 171. “O argumento de Aristóteles em prol da distinção entre justiça universal e justiça particular apela, em primeiro momento, a fatos lingüísticos. Afirma que o adjetivo grego ‘injusto’ descreve algumas vezes aquele que desobedece à lei, e, outras, aquele que é ávido (*pleonektes*), ou seja, desigual ou não-equânime (*anisos*). Aristóteles tem razão ao sustentar que, na Grécia antiga, o vocabulário sobre justiça apresentava esta ambigüidade. Por exemplo, as pessoas acusadas de infringir a lei em Atenas eram denunciadas por ‘cometer injustiça’ (*adikein*). A acusação contra Sócrates dizia: ‘Sócrates cometeu injustiça ao corromper

que tem como ação o direcionamento ao bem comum e de todos, daí seu caráter superior e absoluto. Trata-se da virtude prática de agir bem, de ser excelente na habilidade de conjugar seus interesses pessoais com os dos outros, de ter a virtude constantemente encarnada na alma não como somente predisposição, mas como ação correta prática.

Interessante notar que a Justiça Universal possui uma relação de semelhança com a Justiça Legal. Nesse sentido, é importante compreendermos o papel da lei no sentido grego atribuído a ela. A lei é tomada aqui como critério pressuposto de justiça, ou seja, como boa lei, aquela em que a sabedoria do legislador atuou de modo a conformá-la com a realidade que visa resguardar, sendo encarada por Aristóteles como justa. Nesse sentido, agir justamente é agir também em conformidade com a lei geral que visa o bem comum de modo imparcial, genérico e abstrato. Entretanto, não há a pressuposição de que toda lei seja justa, decorrendo daí a necessidade de que a Equidade como mecanismo de adaptação do generalismo da lei ao caso concreto, retome o senso de justiça deixado de lado pela lei, em virtude de sua má elaboração ou mesmo da precariedade das leis, muitas vezes incompatíveis com as mudanças ocorridas no cenário social.

Por este motivo, pode-se dizer que a Justiça Universal representa o somatório da Justiça Legal, somada à possibilidade de utilização da Equidade, somada ainda às outras possibilidades que o homem tem de agir de modo justo como um homem bom e virtuoso. Vale ressaltar ainda que, a possibilidade de reconstrução do sentido do justo legal pela equidade, aumenta a esfera de abrangência da Justiça Legal para uma espécie de justiça mais próxima ainda da Justiça Universal. No entanto, quando Aristóteles, fazendo referência à Justiça Particular e Justiça Universal, respectivamente, escreve que *enquanto a injustiça particular — que diz respeito à honra, à riqueza ou à salvação, ou ao que quer que seja (assim conseguíssemos circunscrever tudo*

os jovens e ao não acreditar nos deuses em que a cidade acredita, mas em outros, novos seres espirituais' (Apologia, 24b8-c1). Na *República* I, quando Trasímaco indica a injustiça de preferência à justiça, ele nos convida a considerar 'o homem injusto (...) que é capaz de ser ávido em grande escala' (343e7-344a2). Assim, o termo injusto pode ser usado para descrever dois diferentes tipos de pessoas: aquelas que infringem a lei e aquelas que são movidas pela avidez. De maneira similar, *justo* pode designar aqueles que agem conforma a lei e aqueles que não são movidos pela avidez, o mesmo também valendo, *mutatis mutandi*, para a justiça e injustiça. No sentido universal, a justiça terá o mesmo estado que a virtude em geral. No sentido particular ela é uma virtude no mesmo nível das demais virtudes individuais do caráter de Aristóteles estuda na EN III-V".

isto numa única designação) —, tem a sua origem no gozo obtido com o lucro, a outra é acerca de tudo aquilo que diz respeito ao modo de ser do sério (ARISTÓTELES, 2009, p. 107. EN, Livro V, 2, 1130b 3-6), fica evidenciado que a Justiça Universal é algo mais do que a Justiça Legal, ainda que incorporada a esta a Equidade, tendo em vista que se apresenta mais genérica e abrangente do que aquilo convencionado em lei, quase que como uma virtude do agir bem e corretamente num espaço universal.

3.2. O Justo Particular

3.2.1. Justo Particular Distributivo: “a cada um o que é de direito na medida de suas desigualdades”

A Justiça Particular consiste na Justiça em sentido estrito. Trata-se de atos relacionados a questões específicas e particulares no relacionamento entre partes determinadas referentes a bens determinados, sendo por isso considerada uma espécie do gênero Justiça Universal.

A justiça particular distributiva surge num tipo de relação que tem em mira distribuir determinada quantidade de bens aos membros de uma comunidade. Trata-se de uma relação tipo público-privado, ou melhor, de subordinação, em que praticar a justiça significa distribuir a cada um de acordo com seu mérito o que lhe é de direito e praticar injustiça representa o desigual recebimento de quantia inferior de benefícios ou superior de malefícios, conferindo de forma desproporcional aos méritos o que é de direito de cada um¹⁰.

É importante destacar a dificuldade de determinação criteriosa do conceito de mérito, haja vista a subjetividade referente ao tema. No entanto, a

¹⁰ KRAUT, Richard. *Aristóteles: A Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Artmed, 2009. P. 174. “A justiça distributiva trata da distribuição de ‘honra, riqueza e outros itens que podem ser divididos entre aqueles que partilham um arranjo político’ (V.21130b31-2). Anteriormente (V.2), Aristóteles havia listado a segurança juntamente com a honra e a riqueza (1130b2), e é provável que ele pense tê-la incluído entre os outros itens. Na análise aristotélica, a justiça distributiva envolve a atribuição a pessoas de divisões de um desses bens (V.3.1131a19-20)”.

determinação do mérito de cada um é de fundamental importância para concretização deste tipo de justiça particular. A objetividade do termo pode ser identificada a partir do modo com a própria comunidade histórico-culturalmente fundada compreende e trata seus membros, derivando daí o grau de merecimento a que está ou pode estar submetido seus membros. Vale ressaltar que o mérito deve ser avaliado num processo de formação gradual e sempre em construção, pois não depende de um só ato e nem de uma só avaliação, mas de todo um conjunto de ações virtuosas capazes de provocar o convencimento da comunidade ao ponto de se atribuir àquele seu membro o status meritório de uma ação diferenciada, que caso não seja cumprida provocará um tratamento igual a situações que exigem um trato diferenciado em razão do mérito, o que provoca distintas medidas de distribuição dos bens.

Em cada caso a ser avaliado haverá uma razão de proporcionalidade, capaz de unificar, ou seja, equiparar situações aparentemente desiguais. No caso de atribuição de bens de acordo com os méritos de cada um pode-se observar adequadamente o processo de aplicação da justiça distributiva. Sendo assim, situações que exigem tratamento diferenciado, em face de uma atribuição de méritos distinta, podem representar ofensa à justiça particular distributiva, caso seja dado àquele caso um tratamento igualitário. Por isso, pessoas desiguais não poderão receber os mesmos encargos ou ônus e sim lhes será atribuídos quantidades de bens proporcionais ao mérito de cada uma delas.

Portanto, trata-se de um tipo de igualdade geométrica a que se privilegia neste tipo de justiça particular, variando o modo em que é concedida de acordo com o regime político de governo adotado por cada estado no caso de distribuição pública de bens. Privilegia-se nesta hipótese a igualdade do tipo material, ou seja, aquela que toma como critério uma avaliação circunstancial dos bens, méritos e pessoas envolvidas a fim de atribuir-lhes quantidades diferentes de bens¹¹. Esta questão tem sido amplamente debatida no que se

¹¹ Interessante perceber que esta espécie de justiça particular variará de acordo com a forma de governo adotada pelo Estado. Assim sendo, as distintas formas como os governos e seus respectivos regimes políticos tratam os conceitos de mérito definirão as conseqüências e resultados atribuídos à justiça particular distributiva, sendo a postura ideológica dos governos definitiva para a compreensão destas situações. Isto porque, se se pressupõe que todos são iguais, independente de quaisquer circunstâncias específicas que poderiam diferenciá-los haverá uma eterna e constante atribuição igual de fatores aos membros da comunidade. Os regimes comunistas e socialistas clássicos, por exemplo, são um típico

refere às políticas afirmativas do Estado como são as cotas raciais ou mesmo em situações concretas em que se exige do intérprete do Direito uma habilidade de avaliar a igualdade sob o prisma da diferença ao se atribuir quantidade superior de bens a um determinado indivíduo em função de suas características especiais; embora o próprio ordenamento indique a aplicação de uma igualdade formal. É por isto que se pode afirmar que a justiça é mais do que aplicação da lei, mas a oportunidade de uma aplicação correta da legalidade nas circunstâncias do agir, ou seja, na particularidade do caso concreto por meio da aplicação da lei a partir da compreensão da equidade e da phronésis como instrumentos de resguardo dos fins superiores do próprio Direito.

O proporcional é o meio termo, não tomado na relação entre pessoas indistintamente iguais, numa postura intermediária estática, mas sim em relação com os méritos avaliados e com o proporcional justo avaliado numa relação integral entre os fatores ali presentes na circunstância particular do caso. Tomado e definido o mérito de cada parte se atribuirá às pessoas em correspondência a estes méritos, sendo que haverá uma proporção entre as relações entre pessoas e seus respectivos méritos em cada pólo, sendo justa a relação entre relações que respeitem sua justeza interna baseada no tratamento especial e complexo a cada situação constatada. A justiça está na atribuição de cada um conforme seu status de mérito, sendo que esta atribuição é avaliada num conjunto de relações. Assim, se A está para B da mesma forma que C está para D, deverá existir uma justiça na distribuição dos bens à relação AB de acordo com seu mérito e que seja ainda proporcional à distribuição de bens à relação CD, também conforme seus méritos. Por isso, o todo mantém uma justiça com as partes, pois a distribuição de bens a uma relação é comparada à outra relação em acordo com o mérito. Portanto, A é

retrato deste caso. Como a questão meritória não é avaliada em função da liberdade e da capacidade circunstancial de cada membro da comunidade de empreender um movimento moral capaz de levá-lo a distintas premiações ou méritos sociais, não há que se tolerar a desigualdade de fatores. Tem-se como resultado uma vontade governamental de equiparação dos fatores, exatamente porque no campo das idéias não se admite diferenças potenciais. A admissão da liberdade como importante componente da vida humana leva naturalmente a diferenciações, até certo ponto incompatíveis com a igualdade (TOCQUENVILE). Se se pressupõe uma realidade diversa em função dos méritos, que são resultado do modo como cada um compreende e enfrenta as relações éticas na vida tem-se necessariamente a necessidade de atribuir a cada um o que lhe é de direito de acordo com seu mérito, pois é este um elemento definidor do critério de justiça. Tais são os governos democráticos de predominância liberal.

proporcional a C do mesmo modo que B é proporcional a D. (ARISTÓTELES, 2009, p.109. EN, Livro V, 3, 1131b 1-18).

Aumentos salariais atribuídos a um funcionário em detrimento de outro, em função dos índices de desempenho e qualidade de eficiência alcançados; a definição de cotas raciais em processo de avaliação para entrada em universidades públicas diferenciado como política pública, em virtude de uma questão econômica provocada por um processo histórico; a elaboração de tributos correspondentes à capacidade contributiva de cada membro da comunidade com base numa justiça fiscal, bem como outros diversos exemplos na seara pública e privada demonstram a praticidade do tema e a dificuldade encontrada pelas instituições democráticas na materialização destes critérios, embora fundamentais para a concretização desta espécie de justiça e da própria Democracia.

3.2.2. Justo Particular Corretivo: a recuperação do equilíbrio perdido pelo possível retorno ao status quo ante

Nesta espécie de justiça particular as relações presentes entre as partes são de coordenação¹², ou seja, ocorrem entre indivíduos com paridade de direitos e obrigações numa dada relação. A justiça se concretizará no restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, do antigo equilíbrio existente e rompido por um motivo significativo entre as partes. Tem-se já realizada uma pressuposição de igualdade formal entre as partes no que se refere à relação em apreço. Por este motivo, retomá-la quando rompida a relação originária pressupostamente justa incorre-se em ajustar a relação.

¹² As relações de coordenação ocorrem entre indivíduos igualmente tomados em consideração na relação estabelecida. Nesta esfera a justiça ocorre à medida que se restabelece o antigo equilíbrio existente na relação, o que resulta numa igualdade do tipo aritmética, haja vista que as relações acontecem num ambiente privado. Já nas relações de subordinação, típicas na justiça particular distributiva, parece haver a presença de um terceiro elemento, que é quem distribui os bens, conforme o mérito de cada um. A igualdade presente é geométrica, haja vista que existe uma relação vertical e não horizontal como é na coordenação, em que fazer justiça é atribuir uma quantidade de bens a cada um, conforme seu mérito diferenciado. Por haver diferenças entre as partes e por ser quem atribui tais méritos geralmente um governante em relação a governados, esta relação tem natureza público-privado.

Assim como o igual é o meio termo entre o mais e o menos, o ganho e a perda são o mais e o menos, mas de modo oposto. Enquanto mais de bem e menos de mal é um ganho; o contrário [menos de bem e mais de mal] é perda. O igual, que nós dizíamos ser a justiça, é o meio entre aqueles extremos, de tal sorte que a justiça correctiva é o meio termo entre os extremos perda e ganho. Por esta razão é que quando duas partes entram em conflito recorrem ao juiz, porque ir até junto do juiz é em certo sentido ir até junto da justiça. O juiz quer ser como que a justiça encarnada. De facto, as pessoas procuram os juizes enquanto o meio, e alguns até lhes chamam mediadores, como se, alcançando o meio, obtivessem justiça. O justo é pois qualquer coisa como o meio, caso o juiz também o seja. O juiz é capaz de restabelecer a igualdade. Tudo se passa como se o diferendo fosse uma linha que foi dividida em dois segmentos desiguais, dos quais o segmento maior ultrapassa a metade. (ARISTÓTELES, 2009, p. 111, Livro V, 4, 1132a 15-27).

Como não se têm uma necessidade de atribuição diferenciada, pois não há méritos distintos capazes de alterarem o processo de atribuição dos bens, a justiça terá por base uma igualdade aritmética, cabendo ao juiz tão somente restabelecer a igualdade perdida para que se faça justiça. A ponderação para concretização da justiça ocorre com base na relação entre perda e ganho das partes, em que se busca recuperar a estabilidade e o equilíbrio perdidos, haja vista que são fundamentais para a relação ser justa. Caberá ao juiz traçar os limites da igualdade, definindo quando o ultrapassar este limite significa apropriar-se do bem do outro e a ele caberá dividir novamente as relações a fim de recuperar o equilíbrio e justiça da relação.

Esta espécie de justiça ocorre em relações voluntárias e involuntárias, pois em ambos os casos pode ser rompido o equilíbrio. Rompido este equilíbrio necessário para que as partes possam desfrutar sem empecilhos dos objetivos e resultados, objetos da existência do vínculo, caberá ao ato de justiça restabelecê-lo, tendo em vista sua necessidade para que toda relação alcance seus propósitos de existir como é o caso de atribuição de uma pena a um criminoso. Trata-se da retirada do ofensor de uma parte de bens igual ou muito semelhante àquela que ele retirou do ofendido.

Com a ruptura do equilíbrio uma das partes tomará para si um benefício, sendo que a outra parte sofrerá uma perda em função da ação da parte beneficiada. A justiça se concretizará na atribuição da parte perdida à parte que perdeu e na retirada da parte beneficiada do quantum de benefício que lhe foi

auferido com tal retirada de bens do ofendido, ainda que simbolicamente. Assim, no caso de um homicídio o juiz buscará meios de retomar o equilíbrio perdido. No caso de morte por um homicídio consumado houve uma perda para quem foi morto e um possível ganho para quem matou, material ou moral, pois caso contrário não teria a intenção de matar e não levaria à diante o objetivo intencionado. A dosimetria da pena pelo juiz buscará restituir, ainda que não totalmente possível, mas de modo igual ou semelhante, uma relativa estabilidade à relação, atribuindo ao réu uma restrição significativa de direito, não proporcional a uma outra relação, mas em relação à parte por ele tomada de benefícios da outra parte. Por isso, serão avaliadas todo tipo de circunstâncias importantes para investigação do grau de reprovação jurídica à conduta que tomou para si uma parte de bens que era de outro e do impacto social da conduta. Na atribuição desta pena concretizar-se-á o resgate de uma antiga proporção perdida, sendo que para o pólo passivo da relação, sofredor da ofensa, poderá ser atribuído uma quantidade de direitos a fim de restabelecer dentro das possibilidades fáticas o equilíbrio rompido como uma indenização ou mesmo a satisfação de ver restrito o direito de liberdade do ofensor.

A este tipo de Justiça particular corretiva dá-se o nome de Reparativa. Ocorre principalmente em transações involuntárias, em que o receptor da injustiça não a deseja, recebe-a involuntariamente. Nota-se também uma consolidação da felicidade de toda comunidade política, na medida em que se dá a cada um o que lhe é de direito e obrigação. Deste modo, se reestrutura a paz social de modo orgânico, impedindo o surgimento da desordem e do caos pelas insatisfações não resolvidas.

3.2.3. Justo Particular Comutativo: a reciprocidade proporcional e a união comunitária pela dependência de outrem

Já a Justiça Particular Comutativa percebe-se claramente evidenciada nas transações particulares voluntárias, em que tanto a ação como a recepção de uma ação dá-se por meio da voluntariedade, como por exemplo, nas trocas,

nos contratos, na compra e venda, etc. É importante ressaltar que se trata de uma forma de justiça diferenciada, apesar da facilidade de confusão com a própria justiça particular corretiva. Entretanto, pelo fato de que se busca uma retribuição proporcional e não igual ou semelhante do desequilíbrio rompido como pode ocorrer na justiça particular corretiva, nota-se uma relativa independência conceitual e de significado entre a justiça comutativa e a corretiva.

A justiça corretiva tem em mira um retorno ao status quo ante num processo de retribuição que pode não ser proporcional como é a justiça comutativa, ou melhor, a proporção aqui evidenciada é mais facilmente determinada, em função da voluntariedade dos atos e a reciprocidade de seus efeitos. O predomínio do critério de reparação igual ou semelhante ao dano provocado pelo ofensor é substituído por uma retribuição proporcional. A lei de Radamanto (ARISTÓTELES, 2009, p.112. EN, Livro V, 5, 1132b 26-29), citado por Aristóteles na *Ética a Nicômaco* que prega uma retribuição igualitária entre a ação que provocou o dano e as conseqüências advindas de tal ato foi superada numa nova forma de justiça caracterizada como justiça particular comutativa.

As necessidades humanas levam inevitavelmente a uma série de trocas de interesses dentro da comunidade, que buscam a satisfação dos desejos humanos, que são os mais amplos e variados possíveis. Como o homem isoladamente não produz todos os elementos importantes para satisfação de suas necessidades materiais e espirituais, ele os adquire por meio de uma série de relações estabelecidas com este fim, percebendo sua natureza política no desenvolvimento destas finalidades. Assim sendo, as relações sociais geram vínculos sociais (caráter jurídico), que podem por quaisquer motivos serem rompidos, principalmente por uma falta de justa medida dos bens avaliados e objetos das transações, o que levará a uma desproporção e injustiça da relação.

A moeda surgiu, então, com a principal função de servir como um mecanismo hábil e geral para simbolicamente representar o preço e valor das coisas ou bens negociados em sua exata medida. Nesse sentido, haverá a possibilidade de mensuração de cada coisa no valor que lhe é atribuído pela comunidade. As trocas não ocorrerão mais sem proporcionalidades, mas sim

na exata correspondência proporcional ao valor atribuído a elas em função do trabalho, tempo para elaboração e outros fatores de produção que as diferencia das demais coisas, agregando-lhes valores econômicos.

Por este motivo, o justo será uma reciprocidade proporcional, ou seja, o equilíbrio da relação consubstancia-se numa proporção justa entre os bens relacionados, em virtude da troca ou do negócio realizado ou a se realizar. Sendo assim, uma casa não poderá de modo justo ser trocada num jarro de flores, haja vista a ofensa à reciprocidade proporcional e ao princípio do equilíbrio contratual. Isto porque uma casa possui valor exageradamente superior a um jarro de flores pela dificuldade, tempo e gastos para construção. Trata-se de uma reinvenção aristotélica do modo de interpretar as relações sociais e as coisas que são objeto destas transações, reinvenção esta que supera a lei do *“olho por olho e dente por dente”* de Taleão, não havendo uma retribuição direta e incomensurável, como se uma pessoa desejando um sapato e uma outra uma casa, independente dos objetivos e valores da relação, as coisas pudessem ser trocadas diretamente de modo justo. De acordo com o exemplo citado por Aristóteles:

[...] seja A um construtor, seja B um sapateiro, seja C uma casa e D um sapato. O construtor deve, portanto, poder receber junto do sapateiro o trabalho que realiza, bem como ao primeiro é devida a retribuição pela parte do seu trabalho. Se, portanto, em primeiro lugar, for estabelecida a igualdade proporcional, assim também haverá uma retribuição recíproca, e o resultado será o mencionado. Se não for o caso, então, nem a igualdade é proporcional, nem a troca se mantém. Ora nada impede que o trabalho de um seja mais valioso do que o trabalho de outro. Nessa altura, o equilíbrio tem de ser procurado. (ARISTÓTELES, 2009, p. 113. EN, Livro V, 5, 1133a 6-15).

De fato, a união de toda comunidade depende desta forma de justiça correlacionada de certo modo à natureza do homem política no sentido de realizar-se mediante o outro, pois as trocas representam a dependência relativa de um em relação a outrem. A falta de plenitude do humano para produzir por si só sua felicidade leva-o a desejar trocas e transações para que conquiste estes bens. Um jurista tem uma tendência em necessitar mais de um serviço da medicina do que da própria advocacia, bem como o advogado necessitará

mais de comprar um alimento, que o próprio produtor agrícola. Assim, as relações sociais desdobram-se na medida da necessidade de bens fundamentais ao homem. No entanto, toda esta prestação de serviços e produção terá de ser, de algum modo igualada, para que possa ser realizada uma reciprocidade proporcional entre fatores. Os objetos de troca devem ser comparados de algum modo para que o processo de troca se realize. Com base na questão supra citada por Aristóteles pergunta-se: quantos pares de sapatos equivalem a uma casa, já que a troca direta e igual seria injusta? O valor do trabalho de produção indicará uma certa equivalência entre os fatores a partir da mensuração dos bens.

Neste contexto haverá ato justo se mantida a reciprocidade e será recíproco se os termos da proporção forem igualados, evitando uma retribuição igual e geral incompatível com uma apreciação profunda e verdadeira dos valores das coisas e dos bens em suas especificidades. Proporção esta que deverá ser verificada antes da operação de troca em relação aos bens, sob pena de confusão entre os elementos a igualar. A justiça neste caso será a ação relativa a um meio termo, tendente a não tomar para si parte superior de bens e nem distribuir a seu próximo quantidade superior de males que lhe é devido. A justiça faz referência a um meio termo e a uma ação que respeita a reciprocidade proporcional dos bens da relação, sendo a injustiça a ação que não leva em consideração esta proporção, violando-a.

3.3. Justiça Política e “Justiça Doméstica”: Noções sobre as diferenças entre bens públicos e bens privados

Uma comunidade política é formada por um conjunto de indivíduos, os quais possuem interesses diversos e assim também competências, vontades, profissões e potencialidades diferenciadas. Desta forma, o justo político consiste na coordenação que existe do convívio pacífico no seio da comunidade política, em que a ação dos sujeitos e do próprio Estado buscará dar a cada um, o que é seu de acordo com suas diferenças e igualdades. A justiça política, portanto, representa a articulação dos interesses humanos num

espaço público de decisão, no sentido de oferecer à comunidade como um todo a possibilidade de usufruir de um maior número possível de bens, sem que com isso possa causar males a outros cidadãos. Em meio a todas estas decisões individuais, cuja repercussão recai no espaço coletivo da comunidade, tal espécie de justiça possui como finalidade principal o bem comum e a felicidade dentro da comunidade (*Eudaimonía*).

O primeiro fenômeno decorrente da Justiça Política é a organização social regida por leis pressupostamente justas capazes de orientar o processo de distribuição e coordenação dos bens de modo geral e imparcial. Além disso, é importante lembrar que o justo político existe na esfera de participação dos cidadãos, pois são estes os legitimados para atuar como governantes e governados na esfera da comunidade. O justo político se estrutura então no espaço público de atuação, dentro da cidade, do Estado, entendido este espaço como aquele em que se decide sobre o bem estar de toda comunidade e não de interesses particulares pessoais ou restritos tão somente ao ambiente privado.

Já a Justiça Doméstica se estrutura no âmbito das relações privadas, adquirindo uma conotação interna, familiar. Da justiça doméstica para Aristóteles fazem parte as relações entre pais e filhos, marido e mulher, amo e escravo, em que não há autonomia para determinados sujeitos e nem capacidade para emitirem vontades compatíveis à dignidade de cidadão e pessoa humana.

É importante destacar, que estas relações enfatizadas por Aristóteles, circunscrevem o tempo histórico e cultural da Grécia antiga. O mais importante para delas compreendermos algo significativo é o espaço privado das relações sociais também fundamentais para a justiça. Daí, a importância de uma diferenciação entre a justiça política e doméstica. Percebe-se que o termo “doméstica” não representa tão somente as relações familiares de submissão de um em relação ao outro, mas todo espaço de atuação privada, circunscrita aos interesses pessoais.

3.4. Justo Legal e Justo Natural: em busca de um fundamento de validade para as ordens jurídicas

O tema do justo legal e do justo natural teve uma importância fundamental para uma compreensão mais ampla da Ética e da Política. No entanto, pode-se considerar que seu valor mais significativo revela-se para o fenômeno jurídico, exatamente por levantar como hipótese a possível descoberta de um fundamento de validade e legitimidade para as ordens Jurídicas. É deste fundamento que decorre um sentido do Direito para o humano e para a comunidade política na qual ele funciona como sistema regulativo. A revelação deste fundamento proporciona uma organização prática mais concreta e bem definida do Direito, haja vista que viabiliza a construção de estratégias mais compatíveis com suas finalidades principais, qual seja concretizar a Justiça.

A era moderna deu prova de que a busca por tal fundamento mais do que mera especulação filosófica representa um importante questionamento para compreensão do fenômeno jurídico e da própria Justiça. A tentativa de identificação do fundamento de validade do Direito levou o Jusnaturalismo clássico a pressupor que a razão seria capaz de compreender o conjunto de legalidade presente na natureza baseado em valores universais, absolutos e imutáveis e em conformidade com tais pressupostos legitimantes, organizar as leis humanas para regular o convívio social. Tratava-se da ruptura com a era teocrática, em que toda legalidade era pré-concebida como baseada numa ordem superior (Deus), distinta da realidade humana. Este movimento racionalista, fruto do Iluminismo refundou o debate ético na pressuposição racional de que existia uma lei natural superior, mas que esta ordem de legalidade estaria presente na racionalidade humana (Razão) e que esta seria capaz de encontrar as melhores fórmulas de regulação social.

Já o Juspositivismo aprofundou ainda mais este debate para o Direito, concebendo a ordem jurídica como um conjunto de leis organizadas hierarquicamente num sistema capaz de, com segurança, solucionar os litígios sociais. Havia aqui uma pressuposição racional dos interesses fáticos relevantes, os quais deveriam ser transcritos para ordem jurídica a fim de

serem resguardados. Importante diferenciar o juspositivismo legalista (Escola da Exegese) do juspositivismo normativista (Hans Kelsen), segundo o qual o Direito seria formado por normas, sendo que cada norma seria legitimada e fundamentada numa norma superior e esta norma superior em outra ainda mais superior até se chegar a uma norma fundamental de todo sistema jurídico, pressuposto lógico utilizado por Kelsen para oferecer coerência e organicidade a todo sistema, que por ser um sistema jurídico científico deveria ter uma separação das ciências afins. O Juspositivismo Normativista pode ser considerado um último estágio do Jusracionalismo, mais sofisticado e elaborado, do qual fazia parte também o Jusnaturalismo clássico. Isto porque inseria o fundamento do Direito num pressuposto normativo racionalizado, bem como assumia um certo tipo de cognitivismo como condição para boa aplicação e interpretação das normas jurídicas. O fundamento do Direito para o Juspositivismo Normativista é um sistema escalonado de normas, critério geral, abstrato e imparcial tomado pelo legislador como instrumento para regulação dos interesses presentes na sociedade, variando o modo como se interpreta estas mesmas normas.

O significado atribuído por Aristóteles ao justo legal e natural, embora seja tocado em diversos pontos de semelhança com outras interpretações já oferecidas ao tema, possui características particulares que merecem uma atenção detida para efeito de construção dos fundamentos da justiça e da Democracia.

A idéia de justo legal perfaz um conjunto de prescrições vigentes entre os cidadãos de uma polis, convencionadas em acordo com a necessidade do tempo histórico, sendo que a opção legislativa por uma ou outra forma de lei ditará o modo como ocorrerá a regulação normativa do contexto social. A partir do momento em que se tem a decisão por uma determinada forma de legalidade, a lei passa a ser necessária e vinculará todos os cidadãos daquela pólis sobre o qual ela tem legitimidade para atuar. Um elemento indispensável para compreensão do justo legal é seu caráter convencional, ou seja, a possibilidade de um modo de prescrição distinta de um local para o outro (mutabilidade), conforme as condições histórico-culturais.

Já o justo natural remete-nos a uma idéia de universalidade, ou seja, a justiça natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não

existe por pensarem os homens desta ou daquela maneira. No entanto, Aristóteles define a justiça natural também como mutável. Como podem as coisas existirem por natureza e serem mutáveis? Deduz-se, portanto, uma diferença entre a justiça natural e a justiça legal. Aquela não busca a razão de existir fora de si, ou seja, não encontra seu fundamento e motivo para ser numa convenção dada pela razão humana, mas sim numa determinada tendência pressuposta do ser em realizar-se daquele modo e naquele sentido. É possível perceber nos valores humanos, uma dada tendência do ser em buscar determinados caminhos, em virtude de uma causa intrínseca, mais compatível com o próprio ser, ou melhor, uma capacidade para realização de suas predisposições. O justo natural tem algo a ver com esta situação, que segundo Aristóteles é uma natureza teleológica e política no sentido de que o homem busca relações para desenvolver seus próprios projetos éticos, tendo em vista a felicidade.

Porém, é importante ressaltar que disso não se deve deduzir uma legalidade universal e imutável, como se o justo natural fosse rígido e a realidade histórica não fosse capaz de alterar os significados para o ser e assim também seu modo de realização. A mera possibilidade do ser em ser de outra forma também não nos autoriza a criar outra legalidade exterior de que nada é ou possui uma tendência em ser de uma determinada forma. As particularidades dos fenômenos sempre provocarão uma relação tensa com a universalidade com que os mesmos são interpretados por se observar comportamentos universais nas questões particulares e ao mesmo tempo inúmeras particularidades não açambarcadas por pretensas universalidades. A circunstância do agir ético é marcada por uma dinamicidade tal que é impossível apreendê-la de modo constante e invariável. É difícil compreender como se estruturam as possibilidades de mudar (liberdade) a que estão sujeitos os fenômenos humanos, sem com isso cairmos num relativismo axiológico, que embora justifique esta liberdade do ser em ser diferente, não distingue e qualifica os seres de acordo com suas predisposições intrínsecas.

No entanto, o que importa aqui é perceber que o processo histórico-cultural é responsável pelo aparecimento de uma consciência cada vez mais presente e sólida a respeito do que os seres são e que, apesar da compreensão do ser estar dependente das condições de possibilidade

ofertadas pelo ambiente cultural e histórico humano, ao longo do processo de construção histórico-cultural percebe-se uma constância (invariabilidade) a marcar determinados espaços, como é o caso de determinados atributos que são intensamente compatíveis com o humano porque necessários a seu desenvolvimento e realização (Natureza Política).

Portanto, o justo natural possui seu fundamento não na decisão humana, mas na própria natureza. Sua aplicação, validade e aceitação têm uma tendência de aceitação mais universal que o justo legal. A legalidade em que se movimenta o justo natural possui algo de pré-dado, interno, ínsito, predisposto. Pode-se dizer que há uma tendência natural do homem em viver bem, em ser feliz em comunidade. Isto deseja todos os homens, cada um a sua forma. Trata-se de um elemento claro de justiça natural. As formas e os modos de se resguardar os bens necessários ao cumprimento deste desiderato variarão conforme as necessidades históricas que lhe ditará alternativas distintas para sua realização.

Interessante observar o seguinte trecho em que Aristóteles transparece os contornos de seu conceito do justo natural: *A mão direita, por exemplo, é naturalmente a mais forte, ainda que todos nós possamos tornar ambidestros.* (ARISTÓTELES, 2009, p.117. EN, Livro V, 7, 1134b 34-35). Assim, por natureza e numa certa generalidade empírica as pessoas com a mão direita possuem mais força e agilidade, critério que interessa para uma formação normativa justa pela generalidade que açambarca. No entanto, o próprio elemento natural possui uma abertura para ser de modo diferenciado, havendo casos em que as duas mãos possuem força semelhante por aquisição, momento em que juridicamente deve ser observada as particularidades circunstanciais com que a exceção naquele caso deve ser considerada sob pena de injustiça, exatamente por ser formado por uma legalidade diferenciada.

Passemos à análise do seguinte trecho do capítulo VII do Livro V de Ética a Nicômaco, onde Aristóteles relata que:

A justiça natural tem a mesma validade em toda a parte e ninguém está em condições de a aceitar ou rejeitar. A respeito da justiça convencional é indiferente se no princípio admite diversos modos de formulação, mas uma vez estabelecida o seu conteúdo não é indiferente, é o que acontece com o facto de o resgate de um

prisioneiro custar uma mina, ou de se ter de sacrificar uma cabra e não duas ovelhas; e, em geral, com tudo quanto respeita a legislação de casos particulares, - como o sacrifício para Brásidas -, e finalmente com tudo que tem a natureza de um decreto. Alguns pensam que a justiça é por convenção, porque o que é por natureza é imutável e tem o mesmo poder em toda a parte — por exemplo, o fogo arde aqui e na Pérsia —, por outro lado, vêem a justiça sempre a alterar-se. Isto não se passa absolutamente assim; mas admite determinações. (ARISTÓTELES, 2009, p.122. EN, Livro V, 7, 1134b 19-28).

Deste modo, a justiça natural para Aristóteles, apesar de admitir alterações, possui uma validade universal em função da tendência de invariabilidade de seus objetos. Enquanto isso, a justiça convencional ou legal admite diversos modos de formulação e realizações práticas, embora quando estabelecida, tenha restringido seu âmbito de variação. A palavra “decreto” (*psephisma*) utilizada no texto como modo de revelação de um processo legislativo representa fielmente o sentido de lei ou mesmo de justiça legal impregnado na vontade de regulação das situações baseadas na circunstancialidade do agir. Deduz-se daí a necessidade de observação do caso concreto como instrumento de se atingir a prática da justiça, exatamente por ser a natureza da legalidade uma natureza extraída da variabilidade dos objetos na circunstância do processo social.

Vale ressaltar ainda que, a discussão proposta mais à frente do texto sobre a validade universal das constituições exalta um problema fundamental da filosofia do direito quanto ao seu fundamento de validade. Quando Aristóteles relata que existe uma constituição que é a melhor de todas em todos os lugares, ele está se referindo a uma constituição com conteúdo imutável, universal que é a melhor de todas seja qual lugar que ela tenha validade ou será que cada lugar possui sua melhor constituição de acordo com a variabilidade do contexto histórico-cultural que influi na determinação de seu conteúdo?

Na tradução de Antônio Caeiro parece clara a opção do autor pela existência de uma constituição baseada na justiça por natureza que é a única e melhor, portanto, em todos os lugares seja qual lugar for. É preciso, porém, compreender a literalidade do texto na sistematicidade da obra aristotélica. O próprio Aristóteles na passagem [...] *ainda que junto dos deuses a alteração*

esteja completamente excluída, junto de nós existe algo que, embora seja por natureza, é totalmente alterável. Porém, há ainda sentido para estabelecer a diferença entre ser por natureza e não ser por natureza. E é fácil de ver no horizonte do que admite alteração qual é a forma da justiça natural bem como a forma da justiça que, embora não se constitua naturalmente, é legal e existe por convenção, ainda que ambas as formas estejam expostas à alteração [...] (ARISTÓTELES, 2009, p.117. EN, Livro V, 7, 1134b 29-32) revela que a justiça natural não significa que seja inalterável. Como a natureza humana para Aristóteles é uma natureza político teleológica, ou seja, direcionada à realização do projeto humano racionalizado com base na busca pelo desenvolvimento de suas habilidades em geral, conclui-se na verdade que há uma necessidade de se proteger esta natureza tendenciosa, mas não inflexível. Ou seja, trata-se de proteger a oportunidade do homem de se desenvolver mediante um determinado contexto social.

O grande problema de se deduzir normas com validade universal para quaisquer situações é a ameaça de realização da justiça na particularidade dos casos em que é exigida uma compreensão não trazida pela abrangência legal. No entanto, a determinação de conteúdos universais, ou melhor, com tendências à invariabilidade representaria um avanço na possibilidade de proteção dos valores fundamentais ao ser humano em comunidade.

Caberá ao Direito organizar suas estruturas operacionais para que possa bem regular as relações sociais que coloca sob sua tutela, de acordo com as noções de justo legal e justo natural. As opções de ação prática convencionadas pelo justo legal variarão ora num, ora em outro sentido e dependerão da compreensão dos elementos naturais mais compatíveis com o humano para que concretize a justiça. O Direito cuida dos bens sociais. A proteção destes bens estará condicionada a uma exigência histórica do contexto político-comunitário ou a uma percepção da necessidade deste resguardo pelo operador do Direito. A Justiça Legal somente se concretizará quando buscar alternativas ou meios para realização do justo natural, ou seja, ela deve funcionar para realização daquilo que está predisponente como uma causa de realização do ser humano (pessoa humana como valor-fonte das ordens jurídicas) (REALE, 2002, p. 211-214). Isto porque o que é universal não necessariamente é invariável, embora possua uma tendência para tal.

3.5. *Justiça como equidade*

3.5.1. *A Equidade e seus sentidos na Ética a Nicômaco*

A Equidade pode ser compreendida como ação prática realizada pelo homem eqüitativo em função de uma disposição ética de caráter e que tem como fundamento uma ação direcionada à adaptação da generalidade legal ao ambiente particular do caso concreto de modo proporcional, permitindo assim um tratamento adequado das situações iguais e desiguais na medida de suas circunstancialidades pela observação do agir prático.

Contudo, há uma enorme dificuldade em se delimitar se a equidade é idêntica à justiça absoluta (Universal) ou se trata apenas de uma forma de justiça particular. Com base na análise da ética nicomaquéia, nota-se que Aristóteles não define com precisão a natureza da equidade enquanto realização da justiça, embora deixe claro que se trata de uma forma de justiça superior ao sentido convencional de justiça particular trabalhado no Livro V.

No trecho, *a equidade, embora sendo superior a uma certa forma de justiça, é, ainda assim, justa; não é, portanto, melhor do que a justiça, como que pertencendo a um outro gênero de fenômenos. A justiça e a equidade são, pois, o mesmo* (ARISTÓTELES, 2009, p.124. EN, Livro V, 10, 1137b 7-10), Aristóteles deixa clara a identificação entre justiça e Equidade, mas qual sentido ele atribui à justiça no trecho acima, justiça no sentido particular ou justiça no sentido universal?

A discussão parece ser ainda mais profunda, haja vista que gira em torno de resolver a questão se a justiça legal e a justiça universal, no sentido aristotélico atribuído a elas, são a mesma coisa e se a equidade é tão somente um instrumento de correção desta justiça legal.

Embora haja grande dificuldade em se delimitar a natureza particular ou universal da equidade em função da complexidade que envolve o tema, o que importa reconhecer, até mesmo por uma questão de ordem prática, é que Aristóteles demonstra compreender o tema Equidade na Ética a Nicômaco não somente como uma correção da justiça legal, atribuindo a ela outros sentidos.

Na análise da obra se nota referências específicas a sentidos diferentes atribuídos à Equidade:

Primeiro Sentido - Equidade como correção do justo legal

Nesse sentido, a Equidade é uma forma completa e correta de realização da justiça legal. Sendo assim, a Equidade, enquanto instrumento de retificação desta espécie de justiça apresenta-se como a realização prática da legalidade, reduzindo o déficit de regulação da lei perante as mudanças do contexto social regulado.

Entretanto, ao permitir uma correta aplicação da justiça legal, presumida universalmente como justa, Aristóteles estaria igualando justiça universal e justiça legal? Pode-se, então, resumir a justiça universal no somatório da justiça legal com a aplicação retificadora da equidade nos casos em que é exigida?

Há uma total dificuldade no texto aristotélico quanto a tais questões, ainda mais com as específicas características atribuídas a legalidade pela época grega. Da análise do tema na obra *Ética a Nicômaco* surge diversas possibilidades de interpretação a respeito da equidade, que variará de acordo com a compreensão do sentido atribuído ao termo “lei” por Aristóteles.

Para se ter uma idéia, caso haja uma identificação da justiça universal com a justiça legal aplicada com equidade (Justiça Universal seja igual ao somatório de Justiça Legal e Equidade) tem-se que a equidade é muito semelhante na prática à justiça universal na medida em que ao corrigir a justiça legal com ela se identifica numa complementação. Nesse sentido, a lei é tomada como uma encarnação dos princípios divinos e como manifestação da perfeita ordem do cosmos, sendo que a equidade servirá como instrumento de correção da justiça da lei, perdida em função da dinamicidade dos contextos sociais ou por erros legislativos procedimentais. Nesta concepção há possíveis conteúdos, atribuídos às coisas e que eventualmente a lei não captura, em razão da mutabilidade dos contextos sociais.

Ora nos casos em que é necessário enunciar um princípio universal, mas aos quais não é possível aplicá-lo na sua totalidade de modo correto, a lei tem em consideração apenas o que se passa no mais das vezes [...]. O erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza das coisas: isso é simplesmente a matéria do que está exposto as ações humanas. (ARISTÓTELES, 2009, p. 125).

A Equidade é o instrumento que permitirá o restabelecimento desta ordem por meio da concretização da justiça legal como que retomando o sentido universal de justiça perdido pela justiça legal. Aqui a justiça legal é instrumento por meio do qual a equidade revela o sentido de justiça universal. Importante ressaltar, que a equidade buscará como fundamento para suas ações de retificação da lei, as exigências de justiça trazidas pela justiça no seu sentido universal, sendo mais do que mera correção da justiça legal. *“Daqui resulta que a equidade é justa, e até, em certo sentido, trata-se de uma qualidade melhor do que aquele tipo de justiça que está completamente sujeita ao erro”.* (ARISTÓTELES, 2009, p. 125), descreve Aristóteles fazendo referência a justiça no sentido particular.

Entretanto, a justiça legal também pode ser considerada uma forma de justiça particular e referente a bens específicos, ainda que corrigida pela equidade. Isto porque, embora os fins das várias acepções de justiça particular como distribuições de ônus e bens da vida em comunidade, restritos a bens específicos sejam, de um certo modo também fins da justiça universal, com esta não se confundem, exatamente pela inteireza da justiça neste sentido como virtude completa e adaptada a todas as ações práticas do homem justo. A justiça legal é aqui considerada como uma forma de justiça particular de controle e proteção a determinados bens importantes para comunidade política e assim sujeita à variabilidade das coisas humanas. Do mesmo modo, a Equidade pode ser considerada uma forma particular de justiça restrita a bens específicos descritos pela lei, e limitada aos fundamentos da legalidade, não se generalizando como prática de justiça em seu sentido universal como ação do homem bom, mas servindo apenas como instrumento de correção desta legalidade. Nesse sentido, a aplicação da equidade é reduzida a um instrumento de correção do defeito da lei, [...] *“não será, contudo, uma*

qualidade melhor do que aquela forma de justiça que é absoluta”. (ARISTÓTELES, 2009, p. 125).

Portanto, com base em tais observações percebe-se que há uma compreensão distinta da Equidade, na qual acreditamos ser a delimitada por Aristóteles, qual seja, a equidade como sendo mais que uma mera Justiça Particular (Bens Específicos) e menos que a Justiça Universal, enquanto virtude completa e perfeita.

Daqui resulta que a equidade é justa, e até, em certo sentido, trata-se de uma qualidade melhor do que aquele tipo de justiça que está completamente sujeita ao erro. A equidade não será, contudo, uma qualidade melhor do que aquela forma de justiça que é absoluta. A natureza da equidade é, então, ser rectificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal. (ARISTÓTELES, 2009. p.125. EN, Livro V, 10, 1137b 23-29).

Pela análise do trecho acima, Equidade e Justiça legal, assim como equidade e Justiça Universal definitivamente não são as mesmas coisas, apesar desta questão não estar claramente definida na obra *Ética a Nicômaco*. A justiça universal não pode ser resumida ao somatório da justiça legal com a aplicação da equidade, pois embora esteja muito próxima desta, a lei não pode ser presumida sempre como justa ou como encarnação da perfeição divina por ter origem nas questões humanas. Tudo isto porque não se consegue previamente antever os diversos casos de tutela em que a lei necessita incidir. No entanto, esta afirmação parece óbvia no contexto atual que vivemos, o qual é inteiramente distinta da época grega. Ao equiparar a lei à uma ordem cósmica, Aristóteles não está apresentando uma forma de justiça absoluta como que invariável, mas sim demonstrando a necessidade de orientar as práticas humanas num sentido do aprimoramento do ser político em direção a seus fins essenciais.

Segundo Sentido – Equidade como virtude do homem eqüitativo de compreender as circunstâncias do agir prático

Apesar de tais cogitações nota-se ao longo do texto aristotélico, que a equidade é muito mais do que uma mera correção do justo legal. Ela apresenta-se como virtude ética encarnada na alma humana, que oferece pelo anseio do justo, uma possibilidade de observação das particularidades daquele caso concreto devido a uma exigência universal de justiça do homem eqüitativo. O homem eqüitativo deseja comedidamente os bens que anseia, de modo a não tomar para si quantidade superior de bens e nem quantidade inferior de males. Aqui, o papel da Phronesis como capacidade da razão humana de calcular os melhores meios para se atingir os fins desempenhará papel fundamental na realização dos propósitos da equidade e da justiça em quaisquer de seus âmbitos de aplicação. Ser eqüitativo aqui representa agir de acordo com as especialidades do caso ou do problema que se tem como objeto, preocupando-se com a realização prática do pensamento justo pela observação das circunstâncias importantes para compreensão do caso.

Terceiro Sentido – Equidade como virtude ética do homem eqüitativo de agir com Proporção (Igualdade)

A proporção tem íntima relação com a observação do caso concreto, haja vista que aquele que pensa pela proporcionalidade adapta toda convenção geral, seja legal, seja ética, aos casos particulares que observa, tendo em vista a conquista de uma ação/decisão mais condizente às práticas da justiça. Nesse sentido, ser eqüitativo significa ser proporcionalmente justo numa dada relação observada como que num meio termo, ou seja, numa proporção aritmética ou geométrica de acordo com a situação prática concreta.

Quarto Sentido – Equidade como Perdão (Compreensão)

Analisemos o trecho:

A capacidade de ser compreensivo, segundo a qual dizemos que alguém tem capacidade de perdoar, é um discernimento correcto do que é equitativo. Uma indicação disto é o facto de dizermos que o equitativo tem uma capacidade infinita de perdoar. Ser eqüitativo é ter a capacidade de perdoar algumas coisas. O perdão é a

capacidade de ser compreensivo, isto é, trata-se da capacidade de discernir correctamente o que é equitativo. Uma tal capacidade de ser compreensivo é correcta quando ajuíza em verdade. (...) Ora quando alguém tem capacidade de discernimento acerca daquelas coisas que dizem respeito ao sensato, mostra ter entendimento e ser bastante compreensível ou ter capacidade de perdoar, porque todas as acções equitativas são comuns a todos os homens de bem nas suas relações com outrem. (ARSITÓTELES, 2009, p. 141. EN, Livro VI, 11, 1143 a 19-34).

No sentido acima descrito, a equidade também aparece como virtude ética. No entanto, é destacada da natureza da ação equitativa um poder magnífico, que é a capacidade de compreender e depois perdoar determinadas situações a fim de que se faça a justiça. Trata-se de um poder de observar determinada circunstância, relevante para compreensão adequada do caso, e posteriormente de uma ação liberatória quanto à determinada parcela de direito (justo) justificadamente atribuído a uma parte, tendo em vista realizar a justiça. Deste modo,

Citemos um exemplo a fim de esclarecer melhor o que se quer traduzir nesta passagem. Imaginemos uma situação prática em que “A” é devedor de “B” numa quantia de 100 livros. Segundo a justiça legal, a proporção que cabe a “A” e “B” é aferida de acordo com uma correção do equilíbrio havido antes entre as partes e perdido em função da retirada da quantia de 100 livros de “B” por parte de “A”. Está presente a exigência de que “A” pague a referida quantia a “B” e “B” conseqüentemente a receba de “A”. “A” agirá com justiça com relação à “B” quando realizar o pagamento da quantia inteiramente e “B” age com justiça para com “A” quando recebe o pagamento e der por quitada a dívida até então existente. Ocorre que, se “A” não quiser pagar a “B” estará incorrendo em injustiça, haja vista que toma para si uma parte não equânime de bens, ou melhor, uma parte não devida na relação. Do mesmo modo se “B” não aceitar receber o pagamento a fim de punir de algum modo “A”, também poderá estar incorrendo em injustiça, pois gerará com sua ação infortúnios desnecessários para “A”. Mas, agora se pergunta: E se “A” puder pagar, em função de sua capacidade econômica atual, apenas 80 livros, estará “A” incorrendo numa injustiça? E mais, se “B” aceitar de modo livre e espontâneo os mesmos 80 livros como suficientes para quitação da dívida, estará ele

incorrendo numa injustiça contra si mesmo, haja vista que toma para si quantidade superior de males e inferior de bens?

A resposta não é tão simples como aparenta. Segundo Aristóteles, o homem que comete uma ação injusta contra si mesmo é injusto. Com base nisso, seria impossível considerar eqüitativa ou justa a ação de “B” que recebe quantia inferior àquela prevista pela lei ou com base no caso? Contudo, é importante esclarecer que deve haver no caso em análise uma circunstância específica e nova a ponto de justificar uma ação do homem eqüitativo que perdoe uma determinada situação, em função de sua capacidade de compreender e discernir o caso em seus detalhes. Esta capacidade de ser eqüitativo, demonstrada pela capacidade de perdoar por meio da compreensão é derivada do fato do homem eqüitativo não ser obcecado à lei. Assim escreve Aristóteles:

O que é deste género está decidido e actua, de acordo com um princípio equitativo que aplica nas mais variadas circunstâncias. Contudo, não será tão rigoroso na aplicação intransigente da lei que se torne obsessivo, mas, embora a tenha do seu lado, será suficientemente modesto ao ponto de ficar com uma parte menor do que lhe seria devido. Isto é, mantém-se equitativo. Esta disposição do carácter é, então, a equidade. Trata-se, pois, de uma certa forma de justiça e não constitui uma disposição diferente daquela. (ARISTÓTELES, 2009, p. 125. EN, Livro V, 10, 1137b35 a 1138a3).

Portanto, o sentido atribuído ao termo “perdão” tem o significado de abrir mão até mesmo do direito que lhe é conferido pela lei, de sua parte devida, mas que no caso concreto adquire novas interpretações e possibilidades. Em verdade, ele não age contra si mesmo, mas tão somente abre mão do rigor da lei a fim de solucionar o impasse, em função de uma compreensão atenta do caso. No exemplo acima, o fato de haver no atual momento uma restrição econômica do devedor de boa fé foi considerado pelo credor motivo suficiente para que se fizesse um acordo numa quantia inferior àquela prevista legalmente no caso concreto. Os acordo em câmaras de conciliação são um exemplo claro e objetivo da equidade no sentido acima destacado como perdão.

Na prática é mais ou menos o seguinte. A proporção de bens e males a ser distribuída entre as partes, segundo a lei seria de 50% para cada uma delas. Acontece que, em função de novas circunstâncias compreendidas naquele caso por aquele que deseja a equidade como justiça a proporção foi modificada para 40% para uma parte e 60% para outra, sendo que uma das partes abriu mão de uma dada quantia em função de seu enorme poder de compreensão, de perdão e de desejo pela justiça. É evidente que, as circunstâncias diferenciadoras que exigem tratamentos diferenciados, o que gera o perdão, porque senão optava-se pela regra da lei, variará de caso a caso, e deverá ser justificada como relevante o suficiente para ensejar tal prática, sob pena de ser considerada injustiça contra si mesmo.

Na verdade, o que se está discutindo neste momento é uma noção que perpassa por toda ação equitativa, qual seja, o desejo de proporção, de justa medida, de tomar para si apenas o que é devido, de não ser ávido com relação aos bens e nem repugnante com relação aos males que existem em toda relação¹³. Além de tudo isto, a equidade não se realiza sem o necessário discernimento da situação, que é uma capacidade da parte racional da alma, donde se extrairá as melhores estratégias para realização da equidade.

Portanto, em virtude de uma precariedade racional de previamente definir os conteúdos legais como procedimentos positivados; somado aos diversos sentidos atribuídos à Equidade, pode-se considerá-la de duas formas. Primeiramente, como sendo uma justiça particular quando trata de assuntos gerais de ordem legal, funcionando como instrumento de correção da lei. Em um segundo sentido a equidade equipara-se à justiça universal, haja vista que pode ser compreendida como virtude ética encarnada na alma do homem eqüitativo que perdoa e observa proporcionalmente as situações especiais justificadas nos casos em concreto a fim de realizar a justiça geral.

¹³ KRAUT, Richard. *Aristóteles: A Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Artmed, 2009. P.179. “[...]se existe algo como o desejo pelo ganho excessivo e se esse desejo é distintivo da injustiça, então haveria presumivelmente um desejo pelo ganho deficiente, ou seja, para ter menos do que se está justificado a ter, e isso seria um vício de deficiência, que também está associado à justiça – a injustiça consigo mesmo. Mas Aristóteles, não tem previsão para tal vício (conforme V.5.1133b32-1134a1) e, de fato, ele nega vigorosamente que alguém possa ser injusto com relação a si mesmo (conforme V.11.1138a4-28). Além disso, longe de pensar que desejar ter menos do que a parcela equânime seja um vício, Aristóteles considera o desejo por aceitar menos do que aquilo a que se está justificado como uma marca da equidade (V.10.1138a1-2), algo melhor do que a justiça”.

3.5.2. *Equidade como virtude ética radicada na alma humana*

Interessante perceber que a Equidade é também considerada uma virtude ética, ou seja, o homem eqüitativo para que realize a Equidade deve deliberar uma ação voluntária e consciente direcionada à sua concretização, tomando tais decisões como uma disposição de caráter habitual, radicada em sua alma, no sentido de inclinar-se a tomar para si uma quantidade devida de bens e males de acordo com a situação prática. Tudo isto em consideração ao não prejuízo de outrem e ao cumprimento dos objetivos da Equidade que se resumem na materialização da justiça numa proporção relacionada às partes. Por ser uma virtude, a realização da equidade também obedece aos princípios norteadores da virtude no sentido aristotélico, que se resumem na tendência do homem de agir segundo o meio termo (mediania). Esta intermediariedade é proporcional e foi demonstrada por Aristóteles como um método de caracterização das proposições éticas e dainoéticas como virtudes. Isto não significa que ela encontrar-se-á sempre no exato equilíbrio da metade, sendo que variará conforme o caso prático.

Deste modo, quem é eqüitativo está decidido a agir de um modo condizente à equidade com firmeza e decisão, conforme se observa no seguinte trecho de *Ética a Nicômaco*: *Mais evidente ainda é, a partir daqui, quem é equitativo. O que é deste género está decidido e actua, de acordo com um princípio eqüitativo que aplica nas mais variadas circunstâncias.* (ARISTÓTELES, 2009, p. 125. EN, Livro V, 10, 1137b34 a 1138a1).

Daí, conclui-se que o eqüitativo, ou seja, aquele que possui a virtude da equidade age desta forma porque se habituou a agir assim por uma disposição de caráter, sendo que se agisse ao contrário criaria em si mesmo uma sensação de resistência, haja vista não desejar contrariar suas verdadeiras intenções de agir. A voluntariedade das ações práticas do homem eqüitativo é inerente à sua conduta e ação, exatamente porque se trata de uma escolha livre e espontânea, tendo como resultado uma excelência ética. Como a equidade pode ser resumida na capacidade de agir proporcionalmente às variadas circunstâncias práticas, buscando atribuir “a cada um o que é seu” numa dada relação de igualdade entre partes, o homem eqüitativo anseia pelo

que é justo porque tem radicada em sua alma o desejo de agir desta forma e mais, porque sabe agir desta forma. Pode-se dizer que este homem atingiu um nível de excelência em função da prática do excelente que é a ação equitativa, o que se deve também à outras faculdades racionais da alma humana necessárias à realização da equidade (Phronesis), pois não basta ansiar pelo que é justo, é preciso também sabê-lo realizar.

Toda a excelência é capaz de desenvolver plenamente o potencial do ente que a detém, ao restituir-lhe assim a sua função específica de um modo correto. Deste modo, por exemplo, é a excelência dos olhos que é capaz de fazer deles olhos excelentes. Ou seja, é capaz de lhes restituir a sua função específica de modo correto. Pela presença da excelência nos olhos vemos excelentemente. De modo semelhante, acontece com a excelência de um cavalo. É ela que faz do cavalo um cavalo excelente: ao galopar na pradaria e ao levar o cavaleiro até junto dos inimigos. Se assim se passa com todos os entes, haverá, então, também uma excelência do Humano. Tal será a disposição do caráter a partir da qual o Humano se tornará excelente. Isto é, a presença da excelência no Humano permitirá restituir-lhe a sua função específica, a de se tornar em si próprio excelente. (ARISTÓTELES, 2009, p. 47. EN, Livro II, 6, 1106a 17-24).

Nesse sentido, quando em confronto com a realidade problemática, o pensamento eqüitativo, por ser uma excelência ética é aquele que mantém firme seu direcionamento no sentido de tomar para si uma quantidade devida de bens, assim como atribuir aos outros, apenas a quantidade devida de males, fazendo isto com uma resistência incrível. Vale lembrar ainda, que a logística de calcular os melhores meios para realizar o fim de agir justamente dependerá de outra faceta da racionalidade humana denominada Phronesis, sendo que à equidade estará reservada a ansiedade por uma aplicação superior da justiça nos casos em que a universalidade da lei não tutelar de modo justo os casos práticos dentro das circunstâncias práticas, bem como nos demais casos em que ela for exigida. Entretanto, o modo correto de aplicação e a maneira mais ajustada de deliberar bem sobre os meios e sobre os fins serão calculados por esta racionalidade prática, que será mais à diante avaliada.

3.5.3. Equidade e a circunstância do agir prático

A Equidade como instrumento de correção do justo legal e também como virtude do pensamento eqüitativo direcionado à prática da justiça geral somente se realiza enquanto pensamento proporcional e adaptado à circunstância do caso particular. Sendo assim, o pensamento eqüitativo é acima de tudo um pensamento proporcional, pois aquilo que se proporciona, mede-se, mensura-se, quantifica-se de acordo com a relação existente entre partes numa dada igualdade concreta. Como a excelência ética da justiça é atingida pela procura por um meio termo e como o justo é aquele excelente que realiza bem suas ações justas, a proporção que se busca deve ser aquela quem nem é um excesso e ao mesmo tempo também não é uma carência¹⁴.

Não se trata de avaliar de modo universal as relações como que tomadas por um parâmetro genérico num dado caso concreto, desrespeitando possíveis particularidades e características apenas verificadas pela observação dentro da circunstancialidade do agir prático. É preciso para que a equidade se realize que ela como instrumento de correção do justo legal e como virtude do pensamento eqüitativo observe o caso particular numa medida de proporcionalidade entre partes. *“É precisamente nesta situação que quem pratica atos injustos é injusto, pois, quando assim age, viola o princípio da proporção ou o princípio da equidade”¹⁵*.

Da passagem acima transcrita da obra aristotélica percebe-se a correlação existente entre equidade, justiça e proporcionalidade. Isto porque a equidade depende da proporção, da medida adequada, do exato diagnóstico

¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. P.48. EN, Livro II, 6, 1106b5 a 1107 a4. “Assim, todo aquele que percebe de alguma coisa evita tanto o excesso como o defeito, mas procura saber onde está o meio para o poder escolher. O meio procurado não é o meio absoluto da coisa em si, mas o meio da coisa relativamente a cada um. Então todo o saber numa determinada área opera corretamente, se tiver em vista o meio e conduzir até aí todos os seus resultados (donde se costuma dizer dos trabalhos bem acabados que não se podia tirar nem acrescentar nada, uma vez que o excesso e o defeito destroem o bem, mas o meio conserva-o; os peritos, então, como dissemos, exercem as suas atividades tendo isto em vista). A excelência, tal como a natureza, é mais rigorosa e melhor do que toda a perícia, porque é sempre hábil a atingir o meio. (...) A excelência é, portanto, uma disposição do caráter escolhida antecipadamente. Ela está situada no meio e é definida relativamente a nós pelo sentido orientador, princípio segundo o qual também o sensato a definirá para si próprio. A situação do meio existe entre duas perversões: a do excesso e a do defeito”.

¹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. P.120. EN, Livro V, 8, 1136a 3-5.

das situações particulares e da compreensão correta de suas especificidades para que sirva de instrumento de concretização da justiça e de atos justos, pois a diferença capturada justifica tratamentos diferenciados.

Portanto, o homem eqüitativo não será rígido, inflexível e generalista na observação das coisas práticas porque se preocupa com a realização da justiça em primeiro lugar e por preocupar-se com esta, ansiando por sua realização a todo momento; observa o caso em seus detalhes e como que parado, atento à suas possibilidades circunstanciais, recupera sentidos desperdiçados pelo imperativo da lei ou pelas convenções éticas. É por isso que o homem eqüitativo possui uma disposição de caráter nesse sentido e deseja a prática da justiça. *Esta disposição do carácter é, então, a equidade. Trata-se, pois, de uma certa forma de justiça e não constitui uma disposição diferente daquela.* (ARISTÓTELES, 2009, p. 125. EN, Livro V, 10, 1138 a 2-4).

Esta retificação da justiça legal proposta pela equidade depende mesmo de uma análise detida e correta dos fatos incluídos no problema e de um certo, desapego à lei. Não se está aqui exaltando a superação do sistema de legalidade por seu abandono completo. Antes ao contrário, é preciso na realização da equidade observar o caso e realizar os sentidos de suas peculiaridades, desde que esta seja uma forma de retomar a justiça, perdida em função da universalidade da lei naquela situação não regular bem a problematidade do caso concreto.

Deste modo, o homem eqüitativo é aquele que discrimina, separa e consegue observar na complexidade do caso o que é mais próximo e conforme a justiça. Interessante perceber neste aspecto a relação existente entre equidade e phronésis. Isto porque, se a equidade se resume nesta adaptação proporcional do conhecimento universal ao caso concreto particular e se tal processo depende de um discernimento a respeito dos fatos e de quais são corretos para realização dos fins e meios definidos, há que se ressaltar que existe um entrelaçamento entre o pensamento equitativo e o pensamento do homem sensato, enquanto provedor de estratégias. Somente consegue discernir aquele que tem a seu dispor, pela capacidade de observar as circunstâncias do caso particular, saídas e oportunidades não convencionais de realização da justiça. É por isso que o discernimento depende de uma racionalidade, que participa do raciocínio prático por meio da percepção

daquilo que é conforme ou não a realização do bem e da justiça. A esta capacidade de utilizar uma razão intuitiva que permite o discernimento dos fatos corretos, sendo que tal percepção somente é possível por que se anseia o justo e deseja-se o eqüitativo, é exatamente a capacidade de prover os melhores meios para realização dos melhores fins. É necessário ao mesmo tempo saber agir e desejar agir, conforma o que é justo. É este o entrelaçamento necessário entre equidade e phronesis, enquanto instrumentos de realização da justiça. A Equidade fornece a correção ética do desejo pelo que é justo necessária a uma aplicação proporcional de conhecimentos gerais a casos circunstanciais, enquanto que a phronesis permite prover, meios e fins direcionados à prática da justiça, sabendo agir para realização do que se deseja.

Como é sabido, a lei nada mais é do que uma forma abstrata e genérica de coordenar as ações humanas (liberdade) de acordo com determinadas finalidades previamente definidas por um mecanismo oficial de regulação e consequentemente protegidas como bens fundamentais. Desta maneira, é de certo modo comum que pela agilidade das decisões e procedimentos instaurados numa dada rotina previamente estabelecida como justa, que as situações específicas e particulares sejam desconsideradas em seus sentidos. Por este motivo, é preciso que a equidade como correção e restauração do sistema legal num sentido ainda mais ampliado, seja utilizada como instrumento de propositura de ordem através da concretização da justiça.

Todavia, não será toda circunstância que deverá ser observada, tendo seu sentido incluído no processo de compreensão do problema analisado, alterando assim futuras decisões. Do mesmo modo, nem sempre a equidade será uma forma de promover a justiça, pois na maioria dos casos somente se terá eficácia do pensamento eqüitativo quando realizado pela correção do processo, sendo imprescindível o auxílio da parte racional da alma.

O problema supra citado, avulta-se ainda mais quando avaliado perante as exigências práticas da era contemporânea, haja vista a existência de diferenças mais radicalizadas num processo social complexo, plural e contraditório. Ao mesmo tempo, nota-se uma exigência ainda maior da abertura sistemática proposta pela equidade como forma de concretização da justiça, exatamente por propor métodos de compreensão correta do problema por meio

de uma atenção proporcional às particularidades existentes no caso e não verificadas pela generalidade da lei ou das convenções éticas.

3.5.4. *Equidade como correção do justo legal*

A Equidade tem sido compreendida por diversos autores como mera correção do justo legal. Tendo em vista que a lei é marcada por sua universalidade, ou seja, visa proteger e resguardar um conjunto de relações de forma imparcial e geral decididas anteriormente à realização do caso prático, é compreensível que esta mesma legalidade não consiga regulamentar bem uma realidade problemática sempre variante e mutável. Nesse sentido, a falta de um instrumento capaz de corrigir as insuficiências prováveis da justiça legal, em virtude da renovação constante dos sentidos e exigências sociais, impossibilita a concretização da justiça nos casos em que a lei universal não considera as particularidades do caso concreto. Entretanto, *“o erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas”*. (ARISTÓTELES, 2009, p.125. EN, Livro V, 10, 1137b 20-23). Na verdade, não se trata de erro de regulação, mas de uma precariedade da justiça legal no processo de regulação social que não acompanha as exigências da justiça geral. Para muitos autores, a equidade é o instrumento que restabelece esta ordem legal, realizando uma função de mera correção do justo legal. Segundo Eros Roberto Grau,

Aristóteles distingue a equidade e o eqüitativo, relacionando-os ao justo, então observando que o eqüitativo, embora seja justo, não é o justo segundo a lei, senão um corretivo da justiça legal e há casos em relação aos quais não é possível estipular-se um enunciado geral que se aplique com retidão. Nos casos nos quais é necessário que o enunciado se limite a generalidades, sendo impossível fazê-lo corretamente, a lei não toma em consideração senão os casos mais freqüentes; sem ignorar os erros que isso possa importar. Nem por isso ela é menos correta, porque a culpa não está na lei, nem no legislador, mas sim na natureza das coisas. E isso porque, em razão de sua própria essência, a matéria das coisas de ordem prática reveste-se do caráter de irregularidade. Por isso, quando a lei expressa uma regra geral, devemos, onde o legislador omitiu a previsão do caso e pecou por excesso de simplificação, corrigir a

omissão e fazer-nos intérpretes do que o legislador teria dito, ele mesmo, se estivesse presente neste momento, e teria feito constar da lei se conhecesse o caso em questão. (GRAU, 2005, p. 281).

Interessante notar que a equidade pode realizar-se tanto no sentido geral, enquanto ação prática do homem bom direcionada à justiça universal (virtude ética), como num sentido particular, enquanto correção da justiça legal. Vale ressaltar que neste último processo a equidade se realiza como sendo mais que uma justiça particular no sentido comum atribuído por Aristóteles de distribuição de bens, apesar de não se identificar completamente com a justiça universal. Mas será que se pode reduzir conceitualmente a equidade como mera correção do justo legal?

No processo de adaptação do generalismo da lei ao caso concreto, momento em que realiza a correção da justiça legal, a equidade revela que apesar de ser instrumento de correção da justiça legal não o faz por meio da estrita legalidade, mas como pensamento proporcional com capacidade de avaliar as circunstâncias específicas de modo a atribuir a cada um o que é seu, tomando para si a quantidade devida de bens e males, haja vista que trata-se de uma virtude ética. Além disso, há outras formas de realização da equidade em seu sentido correlato à justiça universal, que não são compreendidas pelo conceito ditado de equidade como mera correção da justiça legal.

O tratamento específico, particular e concreto dos casos ofertado pela Equidade pela observação do agir prático em sua circunstancialidade é aquilo que viabiliza o acesso a um tratamento desigual a situações que exigem um tratamento desigual, já que a relativa estabilidade das leis impede uma apreensão total da realidade prático-problemática. A Equidade é um instrumento de adaptação desta generalidade da lei às exigências do caso concreto. Isto porque,

A regra do que é indefinido é também ela própria indefinida, tal como acontece com a régua de chumbo utilizada pelos construtores de Lesbos. Do mesmo modo que esta régua se altera consoante a forma da pedra e não permanece sempre a mesma, assim também o decreto terá de se adequar às mais diversas circunstâncias. (ARISTÓTELES, 2009, p.125. EN, Livro V, 10, 1137b 29-33).

A Equidade funciona do mesmo modo que a régua de Chumbo, ou seja, sabe adaptar-se às exigências do objeto, possui a inteligência de atentar-se às particularidades do caso, fugindo de um convencionalismo formal e inflexível para servir de instrumento de propagação do que é adequado e ajustado ao caso. Trata-se de um “amoldar-se”, de uma conformação, em que o fato concreto ganha relevo no processo de apreciação das questões, ao ponto de alterar decisões e práticas, haja vista que exige tratamentos diferenciados.

A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais freqüente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência desta circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, desta espécie. (NEVES, 1998, p. 3 a 50).

Vale ressaltar também que por representar uma ultrapassagem deste justo legal, no momento de aplicação de um sentido diferente daquele da lei, mas com ela compatível, a equidade apresenta-se dinâmica e conceitualmente autônoma com relação à justiça em seu sentido legal. Esta recuperação da justiça num ultrapassar de contextos legais, que esta na base da ação equitativa representa uma inauguração de um sentido distinto da própria justiça legal, mas que com ela guarda sistematicidade e ordem. Isto porque ser equitativo no sentido aristotélico é ser justo segundo a própria lei, o que não significa que se trata apenas de corrigir defeitos da lei. A legalidade neste sentido, como encarnação da justiça universal, é muito mais importante e necessária à realização da organização social. Este déficit da lei em regulação não se origina apenas no fato de esta ser universal, mas também pelo fato de não haver legalidade suficiente para regular qualquer contexto prático, pois tais questões são regidas por um intenso dinamismo e variabilidade.

O fundamento para tal função rectificadora resulta de, embora toda a lei seja universal, haver, contudo, casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correcto um princípio universal. Ora nos casos em que é necessário enunciar um princípio universal, mas aos quais não é possível aplicá-lo na sua totalidade de modo correcto, a lei tem em consideração apenas o que se passa o mais das vezes, não ignorando, por isso, a margem para o erro, mas não deixando, contudo, por outro lado, de actuar menos correctamente. (ARISTÓTELES, 2009, p.125. EN, Livro V, 10, 1137b 13-20).

Nota-se que o fundamento da ação eqüitativa é incorporar ao processo de ação prática, elementos de observação capazes de levar em consideração sentidos descartados ou não capturados pela generalidade da lei, o que também não nos autoriza a deduzir que a equidade funcione apenas como correção da lei.

A Equidade é um instrumento que se realiza de modo distinto do tratamento universal dado pela lei, como se o intérprete do direito conhecesse esta nova realidade e pudesse elaborar de modo mais adequado uma lei justa ou ajustada àquela situação problema que lhe chega. O juiz, por exemplo, ultrapassará o sentido ditado pela lei atual, em função do dever maior de aplicação da justiça em seu sentido universal ou absoluto, que é superior à justiça legal pelo fato desta justiça apresentar-se como virtude ética encarnada na alma. Não se trata de exercer supostamente uma função de legislador do caso concreto, pois a função de legislar é geral, mas sim de adequar a generalidade da lei ao caso concreto em termos aplicativos, sempre considerando a própria legalidade como limite de realização da ação eqüitativa.

Como se não bastasse, não é qualquer correção do justo legal que pode ser considerado uma equidade. Por ser a equidade uma virtude, a ação prática que dela desemboca faz parte de uma consciência e de uma racionalidade direcionada e com resistência suficiente inclusive para tomar para si quantidade inferior de bens e atribuir aos outros, quantidade superior de males. Contudo, para que a equidade possa atingir seus fins, é necessária a utilização da capacidade da alma humana de calcular as estratégias mais adequadas para consecução das finalidades ínsitas ao pensamento eqüitativo.

A equidade para que se concretize deve obedecer a alguns requisitos, quais sejam:

1- Capacidade de escolha deliberada com ação direcionada para a coisa equitativa, em virtude de uma disposição de caráter do homem eqüitativo, que tem como finalidade a correção da justiça legal em função da universalidade da lei que se apresenta deficiente para solução daquele caso concreto particular.

2- Não rigorosidade na aplicação da lei, haja vista que o homem eqüitativo não é obcecado pela lei, ainda mais quando esta provoca a pior solução.

3- Atenção à criação de alternativas para a consecução dos fins da Justiça em seu sentido Absoluto ou Universal, que se apresenta como superior à Justiça Legal à medida que se preocupa com uma proporção média entre as partes percebida em sua circunstancialidade.

4- Inclinação, o que não significa que seja uma exigência ética, do homem eqüitativo no sentido de ter menos do que a lei lhe oferece, embora a própria lei resguarde seus direitos nesta situação, o que denota o sentido de perdão trabalhado por Aristóteles na obra.

5- Necessário relacionamento da equidade com a capacidade humana de calcular por meio de sua racionalidade, as melhores estratégias e perceber pela sensatez a forma mais adequada de realizar os meios e fins no processo de deliberação prática.

6- Recuperação de Sentidos para regulação do caso concreto, desperdiçados em função da universalidade da lei, sendo, porém os resultados práticos da ação equitativa compatíveis com a própria justiça legal superada.

Pode-se dizer, portanto, que o pensamento equitativo não se resume na correção do justo legal, haja vista que mais do que instrumento de justiça pela adaptação do generalismo da lei ao caso concreto, a equidade é uma virtude ética radicada na alma como forma de realização da justiça universal que se desenvolve em diversos sentidos. Desta forma, o ato eqüitativo considera o outro, como fonte e destino das ações justas eqüitativas, assim como todas as

espécies da virtude justiça, sendo que a correção do justo legal não significa o comprometimento de toda ordem legal, pressupostamente tomada como justa na visão aristotélica. Antes ao contrário, a equidade é o próprio direito à medida que se apresenta como uma oportunidade de restauração do verdadeiro sentido de justiça universal, que engloba a justiça legal como um gênero. As palavras de Kant referindo-se à Equidade em “A Metafísica dos Costumes” comprovam esta tese:

A Equidade (considerada objetivamente) não é de modo algum, uma base para meramente intimar outrem a cumprir um dever ético (ser benevolente e bondoso). Alguém que exige alguma coisa apoiado nessa base, ao contrário, se funda em seu próprio direito, porém não possui as condições necessárias a um juiz para determinar em quanto ou de que maneira sua reivindicação poderia ser satisfeita. Supõe que os termos nos quais uma companhia comercial foi formada e de que forma que os sócios deveriam dividir igualmente os lucros, mas que um sócio, entretanto, fez mais do que os outros e assim perdeu mais quando a companhia se defrontou com reveses. Por meio da equidade ele pode exigir mais da companhia do que uma partilha igual juntamente com os outros. De acordo com o direito próprio (estrito), contudo sua exigência encontraria uma recusa, pois se alguém cogitasse de um juiz neste caso, ela não disporia de dados (data) definidos que o capacitassem a decidir quanto é devido segundo o contrato. (KANT, 2003, p. 80).

Portanto, esta ação em direção à concretização da Equidade é uma ação que para que produza os efeitos esperados, ou seja, para que concretize os sentidos de Justiça deve ser uma ação baseada no pensamento do homem phronimos. O pensamento do homem de sabedoria prática é aquele que tem o compromisso com o fim, ou seja, com o sucesso de suas ações na realidade prática e por isso lança mão das melhores e mais eficientes estratégias. No entanto, o phronimos antes de agir, pondera, sopesa, com um imenso poder de calcular e mensurar e assim analisa pormenorizadamente o contexto em que o problema está inserido, vislumbrando nestes atos suas possíveis conseqüências e efeitos a fim de selecionar aquele meio ou alternativa mais condizente à realização do fim. Trata-se de uma análise circunstancial do problema, que para sua solução avalia toda universalidade de respostas possíveis, a fim de escolher aquela que melhor e de forma mais plena possível realize o bem do outro e da comunidade.

Assim sendo, a justiça não pode ficar a mercê do burocrático processo de elaboração de leis, ainda mais quando é papel do Direito contribuir para o desenvolvimento material e espiritual do homem em comunidade pela realização da justiça. Nesse sentido, as decisões judiciais por alterarem comportamentos pelas influências que exercem na construção do sentido de bem têm papel também destacado na construção de um sentido adequado de humano e para que realizem esta tarefa muitas vezes terão que recorrer à sabedoria prática e à equidade para consecução dos fins do Direito.

CAPÍTULO IV- Relações existentes entre Phronesis e Equidade

4.1. Possíveis raízes da palavra “Phronésis”

Em geral o sensato é aquele que possui a phronesis como virtude, sendo perito e prudente em suas ações práticas, isto porque cultiva sua capacidade de discernimento e compreensão das realidades problemáticas que investiga, escolhendo adequadamente os meios de realização da boa ação.

Segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa a palavra sensatez é definida como *qualidade de quem é sensato, juízo, siso, equilíbrio, prudência, circunspeção*¹⁶. Já para o Dicionário Priberam¹⁷ sensatez tem o significado na França de “*sagesse, finesse d’exécution*”, enquanto que na Espanha sensatez significa “*sabiduría, sutileza, sutilidad*”. O Dicionário Lidell-Scott traz as seguintes definições em inglês para phronésis:

1.A. purpose, intention, [S.OT664](#) (lyr.); [phronésin labein lóio hêmin Id.Ph.1078](#) . 2. thought, [idia](#) ph., opp. [logos xunos](#), Heraclit. 2; ph. [ekhein](#) Emp.110.10 , cf. [Arist.Metaph. 1009b18](#). 3. sense, [ei tis ara tois ekei](#) ph. [peri tôn enthade gignomenôn Isoc.14.61](#). 4. judgment, [kata tèn idian](#) ph. [oudeis eutukhei](#) Men. Mon.306. 5. arrogance, pride, [E.Supp.216](#); also in good sense, [to phunai patros eugenous apo hosên ekhei phronésin](#) just pride, Id.Fr. 739. II. practical wisdom, prudence in government and affairs, [Pl. Smp.209a](#), [Arist.EN1140a24, 1141b23](#), [Isoc.12.204](#),217, [Plu.2.97e](#), etc.; [philosophias timiôteron huparkhei](#) ph. Epicur.Ep.3p.64U. : opp. [amathia](#), [Pl.Smp.202a](#); opp. [sôma](#), [Id.R.461a](#); opp. [rhômê](#), [Isoc.1.6](#); [phronésin askein X.Mem.1.2.10](#) , [Isoc.1.40](#), cf. [15.209](#): pl., [hêdonai kai phronéseis Pl.Phlb.63a](#) ; [hêlikiai kai](#) ph. [Id.Lg.665d](#) ; also attributed to sagacious animals, [Arist.GA753a12](#), [HA608a15](#)¹⁸ .

Interessante notar que alguns sentidos são essenciais para que compreendamos o significado real do termo sensatez. Em primeiro lugar

¹⁶ AURÉLIO. *Dicionário On-Line de Língua Portuguesa*. <[http:// www.dicionarioaurelio.com](http://www.dicionarioaurelio.com)>. Acesso em 14 de Abril de 2010.

¹⁷ PRIBERAM. *Dicionário On-Line*. Disponível em: <[http:// www.priberam.pt](http://www.priberam.pt)>. Acesso em 10 de Julho de 2010..

¹⁸ LIDELL SCOTT. *Dicionário On-Line*. Disponível em: <[http:// www.perseus.tufts.edu](http://www.perseus.tufts.edu)>. Acesso em 10 de Agosto de 2010.

sensatez tem a ver com pensamento. Deste modo, ser sensato é realizar uma investigação dos objetos colocados sob análise, preocupando-se com o êxito do pensar, ou seja, com que o pensamento cumpra sua finalidade de ação que é a realização do bem. Nesse sentido, pensamento remete-nos à idéia mesma de racionalidade, ainda mais por se tratar de uma virtude dianoética da alma vinculada a aspectos intelectuais do ser. Num segundo sentido nota-se que sensatez também é um juízo, um senso de observação, um julgamento sobre situações particulares perante questões universais, o que nos traz a certeza da relação existente entre a sensatez e uma necessária avaliação do particular, ou seja, somente é sensato aquele pondera soluções e estratégias por meio de uma avaliação das circunstâncias e decide em consonância com um fim.

Num terceiro sentido a sensatez pode ser representada por uma sabedoria prática intencional, haja vista que se constitui como uma ação baseada em um senso de investigação determinado de acordo com as circunstâncias particulares encontradas. A noção de circunspecção trazida pelo Dicionário Aurélio, traduzida como *“exame de um objeto por todos os lados”* representa a necessária avaliação que o sensato faz da realidade que observa, como que olhando por todos os lados e em todas as possibilidades, não se atendo a uma análise convencional ou rotineira da situação problema. Por se preocupar com o êxito do pensar, que nada mais é do que agir preocupando com a realização do bem da ação, é que o sensato lança mão de um senso estratégico e logisticamente organizado de modo a atingir suas finalidades. Acima de tudo, ele é prudente e não age por impulsos ou sem o governo da racionalidade, ainda mais porque deseja com retidão a justiça (dependência do ético).

Num quarto sentido a sensatez representa a sutileza, a esperteza e a sagacidade (*“sagasse”*) do homem sensato na execução das medidas necessárias e condizentes à realização do bem desejado. Assim, sensatez também é governo das situações encontradas de modo a ajustar as intenções aos desejos corretos, tendo em vista a tomada das decisões mais convenientes à realização do fim. O senso de equilíbrio e proporção será mais uma vez necessário à separação daquilo que afeta e daquilo que não afeta a realização do bem, discernindo entre um e outro. O termo francês utilizado para designar o sensato como *“finesse d'exécution”* simboliza a necessidade de criação de

estratégias plurais de solução dos conflitos com que depara o homem sensato, sob pena de restar insubsistente seu projeto de realização dos fins a que almeja.

Por último, *sensatez* representa também de certo modo uma disposição de caráter, embora seja uma virtude da parte racional dianoética. Isto porque o sensato também é orgulhoso, age por dignidade, tomando para si apenas o que lhe é devido com imenso prazer de assim agir. Esta ação racional criadora de estratégias de realização de fins é capaz de gerar no homem sensato uma enorme satisfação por se basear numa prática de justiça, possibilitando inclusive, uma vida feliz (*eudamonia*).

Para Caeiro,

[...] a sensatez, fronesis, é identificada e isolada por Aristóteles como a operação específica da alma humana que abre para as condições gerais da ação. A sensatez tem em vista o princípio correto tal como a situação particular e concreta em que de cada vez nos encontramos. A sensatez é de algum modo uma operação idêntica à de compreensão intuitiva, nous; pois trata-se de uma forma de percepção de um axioma limite. Também a sensatez abre sobre o limite extremo de cada situação particular que de cada vez se constitui. A diferença reside no fato de que a situação limite pode-se apresentar sempre de maneiras diferentes. Não há dela nenhum conhecimento científico, cf.: EN, 1142a25-30". Traduzimos fronesis por «sensatez», em vez das alternativas 'sabedoria prática' ('practical wisdom'), 'evidência moral' ('moralische Einsicht'), «prudência» ou «sageza». O substantivo «sensatez» e o adjectivo «sensato» aproximam-se mais do original grego. A definição de prudência, oriunda do latim providentia, aponta de fato para uma das qualificações apontadas por Aristóteles à sensatez. A fronesis é um poder que compreende de antemão. (ARISTÓTELES, 2009, p.249).

Ainda segundo Antônio Caeiro, a raiz de «sensatez» “é a mesma que a das palavras como «senso», «percepção» ou «sentido», isto é, palavras que apontam para uma forma de acesso ao que acontece. E é isso, mais do que outra coisa, o que está pensado no substantivo frónesis e no verbo fronein da mesma família. A sensatez é uma forma de compreensão que abre de cada vez para a situação concreta em que nos encontramos. Abre, enfim, para o limite, o caso isolado, a possibilidade extrema que de cada vez singularmente nos interpela e insta à ação”. (ARISTÓTELES, 2009, p.249).

As raízes etimológicas da palavra Phronesis derivam de dois radicais terminológicos. Primeiramente o radical “Phren”, que em geral significa entranhas, vísceras, fazendo alusão a algo corporal¹⁹. Já a segunda raiz da palavra, “Nous” faz alusão à alma, ao espírito, à compreensão da alma por meio da inteligência. As raízes etimológicas da palavra definem de modo pleno e completo o significado da mesma.

A parte referente às vísceras indica a parte corporal e apetitiva que envolve o Phronimos e sua abertura para as circunstâncias particulares, ou seja, a reação que ele tem perante as situações particulares, variando suas reações conforme o caso concreto. Nesta parte estão presentes, a sensibilidade, a percepção, o sentir profundamente o caso a partir da observação externa. É assim que o phronimos se aproxima das situações particulares que acontecem de modo a diagnosticar e observar o caso, tendo em vista agir.

Já a parte referente à segunda raiz etimológica da palavra caracteriza a capacidade de inteligência da alma de “ver contra ou para além das aparências”, adequando as melhores estratégias de acordo com o observado e sentido no caso particular, como que se fosse uma resposta adequada às exigências do que foi observado. O “nous” ou “poder de compreensão intuitiva” é compreendido no Livro VI da *Ética Nicomaquéia* como “*operação da alma com a qual se desocultam os primeiros princípios de tudo*”. (ARISTÓTELES, 2009, p. 136. EN, Livro VI, 1141a 6-8). Nous e sensatez não são, pois, o mesmo. Isto porque o nous diz respeito ao que é sempre da mesma forma, enquanto que a sensatez diz respeito ao que é variável e diferente.

¹⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. P.249. “O substantivo phronesis, tal como o adjectivo phronimos, sensato, têm na sua origem de raiz o substantivo phren. O seu sentido concreto é a membrana que envolve um órgão, a envoltura do coração, do fígado, vísceras e entranhas. A tese de ONIANS, 1951, segundo a qual o sítio onde, para os gregos, estavam sediadas, no corpo humano, as paixões e as diversas formas de compreensão do que de cada vez acontece eram os pulmões, determina a phren como o diafragma. Assim, nós respiramos calmamente ou de modo ofegante, inspiramos ou expiramos, suspiramos, somos inspirados, os ambientes são irrespiráveis, a respiração é sustida, etc., etc. — como, de resto, dizemos em português — de acordo com a situação concreta em que nos encontramos. A phronesis e o phronimos procuram estar sob o poder da ação desta forma específica que constitui abertura para o sentido das diversas circunstâncias e situações que de cada vez se constituem. É assim também que estão num acesso ao modo como se encontram envolvidos pela atmosfera dessa situação. Só dessa forma é possível encontrar o encaminhamento que constitui uma possibilidade-limite de resolver o sentido de cada situação concreta e, assim, ver como é possível agir”.

Deste modo, a Phronesis é uma forma de apreensão do radicalmente novo, que se abre para as situações particulares de cada vez ocorrem sem ser uma intuição axiomática. Trata-se aqui de um senso de observação, que permitirá uma ação (solução) adequada e proporcional aos fatores envolvidos em cada caso. Significa levar a sério as sensações observadas, investigando-as e perscrutando seus teores de verdade em cada caso, desvendando o que afeta ao bem desejado e tomando sua direção.

No entanto, apenas na combinação entre o ético e o dianoético, entre o reto desejo e a observação particular, entre o racional e o irracional, entre equidade e phronesis, garantindo que apenas aquilo que é afetivo à realização do bem naquele caso concreto possa ser levado até ao fim da ação, preparando assim as bases para uma decisão conforme a justiça a partir da criação de múltiplas estratégias consoantes à realização do bem é que se estará perto de conquistar o bem da ação prática.

4.2. A Phronesis como virtude Dianoética

É por meio de ações práticas que os homens desenvolvem suas relações sociais, tendo em vista a construção de uma vida em comunidade por meio da partilha de bens, os quais o Direito buscará proteger em função de sua importância para a coexistência dos indivíduos dentro deste mesmo tecido social. Deste modo, as ações são essencialmente humanas, pois somente o homem é dotado da capacidade de agir racionalmente, sendo que a compreensão do modo como a alma humana delibera, escolhe, deseja, sente e decide representa, na verdade, um passo crucial no estudo do modo como as virtudes éticas e dianoéticas se relacionam no que tangem à realização da justiça.

Segundo Aristóteles, a alma humana encontra-se dividida principalmente em duas partes: uma parte irracional ou ética e uma parte racional ou dianoética. São cinco as faculdades de que alma humana em seu aspecto racional ou dianoético dispõe para o encontro da verdade e para compreensão das questões de ordem prática, sendo que a parte racional ainda encontra-se

dividida entre virtudes que se baseiam em questões variáveis e outras que se baseiam em questões invariáveis. São elas:

Em primeiro lugar, a Arte ou a Perícia tem como aplicação as coisas que podem ser de outra maneira, assim como a ação, sendo que difere desta pelo fato de que o que a arte ou a perícia visa é a produção de algo externo e, que quando produzido, independe do sujeito produtor. Assemelha-se na verdade com um conhecimento técnico tão profundamente compreendido, quase como um “dom”, que não somente aperfeiçoa-se no processo de produção como também possui habilidades internalizadas num alto grau de complexidade.

Já o Conhecimento Científico é compreendido como um processo que tem por base uma demonstração rigorosa das questões colocadas sob análise, ou seja, o conhecimento científico pode ser demonstrado em função de sua natureza invariável. Portanto, este conhecimento tem uma essência eterna, imodificável, pois é regido por leis internas intrinsecamente necessárias e que não se alteram em virtude do tempo e do espaço. É por meio do conhecimento científico que se aprimora o poder de compreensão das coisas e dos fatos, haja vista que possibilita uma explicação mais detalhada e demonstrativa do objeto de análise. Isto permite a realização de relações entre objetos e inferências lógicas, as quais viabilizam a emissão de juízos explicativos mais completos, permitindo uma tomada de decisão mais coerente com a verdade.

A terceira faculdade que é a Sabedoria Prática ou Sensatez representa a capacidade da alma humana de deliberar e escolher sobre algo em função do estabelecimento de meios e fins. Deste modo, ela relaciona-se intensamente com o pensamento prático, pois o homem que possui a virtude da sabedoria prática é detentor de uma capacidade calculadora, que permite mensurar variáveis respostas às situações-problema colocadas no ambiente prático, tendo em vista a realização de determinados fins.

Neste horizonte da ação prática, em que age o homem sensato, as questões não são demonstráveis pelo fato de que elas podem ser de outra maneira e por poderem assim ser, são determinadas por outros paradigmas lógicos, distintos do conhecimento científico (Epistéme).

“Resta então, que a sensatez seja uma disposição prática de acordo com um sentido orientador e verdadeiro em vista do bem e do mal para o humano. O fim da produção é diferente da produção do fim; mas o fim da ação não poderá ser diferente da própria ação. Na verdade o próprio agir bem é um objetivo final. É por este motivo que pensamos que Péricles e outros do mesmo gênero são sensatos. Porque são capazes de ver as coisas que são boas para si próprios, em particular, e para os homens em geral. (ARISTÓTELES, 2009, p.133. EN, Livro VI, 5, 1140b 5-11).

Neste momento é importante enfatizar e lembrar os objetivos do estudo da equidade e da sabedoria prática como forma de realização da justiça e do próprio Direito como mecanismo de organização social. A compreensão do modo como se desenvolve este processo referente ao pensamento prático, que se denomina de silogismo prático, permite obter a resposta correta para a intenção correta, ou seja, é possível compreender a verdade correspondente à situação prática. O sensato possui intensa e desenvolvida capacidade de discernimento sobre aquilo que afeta o bem e aquilo que lhe é contrário sob o aspecto particular e geral²⁰. Tudo isto porque delibera com base em seu senso de observação prática, que lhe permite conhecer e compreender profundamente as particularidades dos casos colocados sob sua análise, apreendendo radicalmente o que é novo.

No caso do Direito, como ordem de normas que recomenda comportamentos em função dos bens que protege, a prática da justiça é uma exigência basilar, pois seu fim maior é a própria distribuição equitativa de bens numa comunidade ética. Importante notar, que a realização do Direito justo depende de um raciocínio prático constituído a partir da sabedoria prática e depende também da equidade como virtude ética que deseja a justiça acima da lei.

Já a Sabedoria ou Sabedoria Filosófica pode ser definida como a mais rigorosa e detalhada forma de conhecimento científico. Quem a possui além de ter de compreender donde vem os primeiros princípios e de explicar o que disto resulta, também tem de tentar desocultá-los, ainda que por meio da precariedade da racionalidade humana. Esta sabedoria filosófica pode-se

²⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. P.135. EN, Livro VI, 7, 1141a 25-28. “Diz-se que tem sensatez aquele que é capaz de ter em vista de um modo correto as circunstâncias particulares em que de cada vez se encontra a respeito de si próprio, e a quem somos capazes de confiar as nossas próprias coisas”.

resumir então, simbolicamente, no somatório do conhecimento científico e da razão intuitiva a respeito daquelas coisas que são as mais importantes e esplendorosas por natureza. Trata-se de uma questão muitas vezes até mesmo fora do âmbito humano de ação, ou seja, trata-se de questões divinas e nesse sentido possuem toda carga metafísica inerente a estas primeiras coisas. Ao contrário da sensatez que se preocupa com as questões singulares e particulares, o que possui sabedoria filosófica preocupa-se com as coisas universais e por este motivo é que certas pessoas que se preocupam mais com o particular são mais sensatas que os sábios.

Por fim a Razão Intuitiva ou Poder da compreensão intuitiva nada mais é do que a apreensão dos primeiros princípios de tudo, com os quais nem o conhecimento científico, nem a sensatez e nem a sabedoria filosófica são capazes de compreender racionalmente.

Deste modo, as boas práticas são definidas em decorrência de boas escolhas, realizadas em direção à justiça. No entanto, a realização da Phronesis como sabedoria do bem agir na prática, somente se concretizará como sendo uma virtude dianoética, ou seja, uma virtude da parte racional da alma com interdependência da parte irracional da alma humana relativa às disposições de éticas de caráter.

4.3. A interdependência entre o ambiente Ético e Dianoético na realização da Justiça

A parte irracional da alma corresponde às virtudes éticas, ou seja, são virtudes do caráter, que são em verdade disposições radicadas na alma humana e que são norteadoras de fins comportamentais éticos. Sua importância prática encontra-se afirmada numa dada predisposição do ser em agir conforme um sentido orientador do meio termo e assim desejar corretamente, quando baseado na virtude. Fazem parte de tais virtudes a coragem, a temperança, a magnanimidade, a justiça, dentre outras. Trata-se de virtudes que criam uma capacidade da alma humana de agir conforme a justiça e conforme aquilo que é virtuoso, desenvolvendo por meio da prática habitual

da ação correta uma dada resistência ética capaz de gerar um enorme anseio por aquilo que é justo por adequar-se a um sentido de humano para o próprio ser humano. Tanto é verdade que, aparecida na realidade prática uma circunstância que desvirtua ou ameaça a realização da virtude ética, o homem que possui tal virtude sentirá um desejo de agir conforme seu caráter ordena porque se encontra radicada em sua alma uma tendência em assim ser em função do hábito da ação prática. É como se a virtude encontrasse mesmo encarnada na alma, ao ponto de compor a própria experiência de realização do ser como humano.

Já a parte racional da alma é também formada por virtudes encarnadas denominadas de virtudes dianoéticas²¹. Esta parte ainda é dividida em duas outras partes. Uma parte racional teórica, de caráter científico, que considera as coisas sob seu aspecto invariável, ou seja, tal como elas são por natureza. E uma segunda parte, calculadora, que permite ao homem a capacidade de deliberar e escolher sobre questões que podem ser de modo diferente num ambiente prático.

Vale ressaltar que, o ambiente ético representa a parte animal do ser humano (irracional) em que se deseja e repulsa, donde se formam as bases para tomada de decisão, escolhendo-se aquilo que mais afeta o humano em cada caso. Trata-se de uma parte sensitiva e apetitiva, ou seja, que nos torna afetados por paixões e nos faz desejar ou não desejar intensamente algo. Já o ambiente dianoético é a parte intelectual humana (racional) responsável pelo pensamento em que se afirma e nega as questões a fim de formar juízos analíticos baseados na idéia de verdadeiro e falso sobre os objetos colocados sob análise, preparando as bases para realização de boas escolhas.

No desenvolvimento do processo de agir bem (juízo prático) há uma constante interdependência entre estes ambientes acima descritos, assim como do pensamento prático e do pensamento teórico, dos meios e dos fins,

²¹ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. P. 134. EN, Livro VI, 5, 1140b 26-30. “Havendo duas partes na dimensão da alma que é capaz de razão, a sensatez é a excelência de uma delas, a saber, daquela que forma opiniões. Porquanto tanto a formação de opiniões quanto a sensatez têm como horizonte de aplicação aquilo que pode ser de outra maneira. Mas certamente a sensatez não é apenas uma disposição de acordo com um princípio racional. Uma indicação disto é que pode haver esquecimento de uma disposição racional, mas não há esquecimento da sensatez”. O trecho acima descrito comprova que mais que uma virtude da parte racional, a sensatez encontra-se também encarnada na alma compondo uma disposição de caráter do homem ético.

sendo que a amarração de tais processos de modo que a ação seja justa e direcionada para o bem e para que satisfaça tanto um aspecto particular (individual) como geral (comunitário) dependerá do entrosamento entre as finalidades éticas correspondentes à disposição de caráter do sujeito da ação capaz de agir por seus desejos e intenções do mesmo modo que dependerá das habilidades racionais da alma e do poder de calcular corretamente a melhor solução para aquele caso concreto, avaliando as questões de ordem prática corretamente.

Como apenas as virtudes do caráter garantem que sintamos as coisas certas no momento certo, em relação às coisas certas, em relação às pessoas certas, com o fim certo e da maneira certa, veremos corretamente no domínio do acaso somente se possuírmos essas virtudes. É, por isso, em resumo, que a virtude torna correto o objetivo – ela nos faz ver como promotor da felicidade aquilo que de fato a produz.

A parte apetitiva da alma (orektikon), cujas virtudes são as virtudes do caráter, não é completamente racional, uma vez que não pode dar razões ou construir argumentos explicativos tal como faz a parte racional. Entretanto, na medida em que ela pode ouvir e obedecer à razão, assim como uma criança obedece a seu pai, ela participa, de certa forma, da razão. O que a permite ouvir é o desejo racional (boulesis) – um desejo específico pelo bem humano ou pela felicidade que responde às prescrições da parte racional. Visto que a divisão entre parte científica e a calculativa é feita do mesmo modo que aquela entre a parte racional e a apetitiva, deveríamos esperar também que a parte calculativa ouvisse a parte científica nas questões em que ela não tem acesso autônomo. Essas são verdades universais e necessárias que são objeto de conhecimento científico, mas não de opinião – verdades que são coincidentemente úteis para nós em relação a muitas coisas que precisamos. Se quisermos saber se essa porção de carne de ave é saudável, por exemplo, a explicação científica que vimos anteriormente nos ajudará a decidir.

De posse do conhecimento, proporcionado pela parte científica, de que toda carne de ave é saudável e da (como podemos supor) opinião verdadeira de que esta é uma carne de ave, a parte calculativa opera por si mesma:

1. *Toda carne de ave é saudável.*
2. *Esta é uma porção de carne de ave.*
3. *Portanto, esta carne é saudável.*

Mas esse raciocínio não tem como tal, nenhuma força prescritiva: o pensamento, por si mesmo, não move nada. É em vista disso que Aristóteles distingue a sabedoria prática que é uma capacidade prescritiva, à qual a parte apetitiva deve ouvir do bom senso (eusunesia), que é crítico, mas não prescritivo (...).

Podemos ver agora por que a função da parte calculativa é conhecer a verdade especificamente prática (e não a verdade contingente em geral) e porque, na medida em que a esfera na qual ela opera é a

esfera do acaso, ela deve envolver o desejo correto e as virtudes de caráter. (KRAUT, 2009, p. 190).

Nesse sentido, é importante que se diga que, o processo de agir bem ou de agir justamente, o que motiva uma pessoa a tomar o impulso de agir é sempre uma dada decisão com base num desejo correto sobre bens envolvidos numa questão de ordem prática. Aristóteles afirma que o princípio da ação é a decisão movida pelo anseio e pelo desejo e o princípio da decisão é a intenção de agir, sendo que esta última para que cumpra sua finalidade necessariamente utiliza a capacidade da alma humana de calcular os melhores meios para realização dos melhores fins, sob pena de agir pelo meio mais convencional. Isto porque se assim não fosse seríamos quase que animais irracionais que tão somente percebem as coisas e agem por um impulso natural, o que se denomina de instinto, e não por uma capacidade racional, que permite-nos uma série de faculdades dinâmicas, dentre as quais destacamos a capacidade de julgar, de escolher e de decidir por meio da ação.

Se fosse possível plenamente demonstrar como ocorre este processo de deliberação completa da ação prática, o quadro esquemático²² seria aproximadamente o seguinte. O processo geral de ação conforme a justiça estará dividido entre as seguintes fases. Uma fase irracional composta pelo desejo, que é o impulso inicial da ação, que é desenvolvido por meio da escolha e decisão com direção a um determinado fim ético (Dependência da correção do desejo e das virtudes do caráter). A outra fase que completa o processo de desenvolvimento da ação prática baseia-se na intenção correta, o que se desenvolve por meio da capacidade intencional ou deliberativa da alma humana, que é a parte racional de calcular e discernir os meios e fins de realização do objeto da ação que é um dado bem (Dependência da Boa Deliberação e da Inteligência). O raciocínio verdadeiro combinado com o reto desejo dará origem a uma ação prática correta.

²² É importante ressaltarmos que a separação existente entre os ambientes, ético e dianoético, na Ética a Nicômaco cumpre uma exigência didática, pois na realização do processo de deliberação na parte racional é também utilizado o desejo (*boulesis*), do mesmo modo como a parte irracional intromete-se no poder de cálculo e mensuração da alma humana, norteando os meios a partir das exigências do fim. Deste modo, uma demonstração completa e acabada deste processo, do ponto de vista prático, é quase que impossível.

Todo o processo de ação prática deve ainda estar sob o governo da razão, o que significa que não basta apenas desejar, é preciso desejar com retidão, sendo que este desejo direcionado à boa ação funcionará como uma espécie de regulador a normatizar os processos conseqüentes, alimentando escolhas, decisões e deliberações corretas. É válido destacar que não são estanques e separadas de modo definitivo as fases acima descritas, haja vista que esta interdependência entre os ambientes éticos e dianoéticos no processo de ação prática é constante e recíproca. Ou seja, ao longo de todo o processo de ação está-se avaliando as melhores estratégias de realização do fim.

Desta forma, somente logrará êxito na escolha e decisão do que é justo aquele que desejar a justiça como uma disposição de seu caráter ao ponto de elevá-la como fim de suas ações. Nesse sentido, o papel da equidade aumenta o poder de compreensão da realidade problemática, haja vista que se constitui como uma permanente vontade de entender o particular em acordo com a generalidade da lei, permitindo assim uma síntese de soluções correspondentes à justiça. No entanto, não basta o caráter e o desejo da disposição equitativa como excelência ética. É preciso também realizar o processo de escolha de modo excelente. O conhecimento teórico também tem participação destacada no aumento do poder de compreensão da realidade investigada a partir do aumento dos nexos lógicos que ele viabiliza pela sua função de analisar, explicar e demonstrar.

A ação justa será aquela construída com base nos princípios éticos conformes a justiça e que não se desvirtuará deles por uma exigência mesma do espírito humano, ou seja, por sua resistência ética, que o impele a agir assim (Retidão do Desejo). A decisão levará em conta o poder científico de compreensão e também a exigência ética fornecida pela equidade de observação do agir circunstancial, pois somente decidirá bem quem diagnostica e avalia bem os fatores da realidade e do problema, desvencilhando da generalidade da lei a favor da circunstancialidade do caso. Além disso, para que a decisão seja correta é necessário ainda que a intenção também seja levada até o fim, sendo que esta intenção de realizar o bem dependerá do raciocínio prático de calcular os melhores meios para realização do fim anteriormente concebido ou escolhido por meio de um incrível poder de discernimento e separação do que é e do que não é conforme o bem da ação.

Será fundamental calcular bem as estratégias, pois, a todo momento, estará em jogo uma tentativa de salvaguardar as bases da ação e dos princípios éticos que a conformaram, ou seja, o bem da ação. E incrivelmente aqueles que detêm as virtudes da alma humana levarão até o fim os valores primeiros contidos na intenção da ação num processo de fidelidade extrema ao princípio da ação, que é ao mesmo tempo seu fim.

A necessidade da equidade e da *phronesis* para que uma ação seja boa até o fim em seu processo de deliberação perfaz uma necessidade de que o homem realmente se oriente para práticas que tomem para si uma quantidade devida de bens e nem atribua aos outros uma quantidade superior de males, visto que nisto se resume em geral a concretização da justiça. O domínio do particular frente ao universal é fundamental para que a decisão seja correta, sob pena de tomar a decisão com base num convencionalismo ético ou legal sem avaliar as circunstâncias presentes no caso. Na verdade, somente o homem bom é capaz da justiça e de realizar fins bons. Isto porque ele não se perverte no caminho de tomada de decisão, em função de sua enorme resistência ética. Além disso, o homem deve ser sensato e compreensivo. Assim, quantas mais vezes ele tomou conhecimento a respeito de uma situação particular mais estará garantida o êxito da ação prática no processo de realização dos fins.

Resumindo, no processo de constituição e finalização da ação direcionada à realização da justiça não basta ansiar e desejar intencionalmente o justo. É preciso também ser sensato nas escolhas e desenvolver o poder de decisão correta, adaptando as convenções legais ou éticas às particularidades do caso, pois somente assim se decidirá corretamente. Do mesmo modo não basta ser sensato é preciso também estar, a todo momento, sob o governo da razão, sendo capaz assim de deliberar intencionalmente e tomar as melhores decisões processuais no sentido de realizar uma ação condizente com a justiça.

Portanto, de nada adianta ser ético se não se sabe realizar o bem desejado. Do mesmo modo, de nada adianta desejar com retidão, se não se sabe agir bem, ou seja, tomar os procedimentos práticos necessários à realização do fim desejado. Isto porque, se fosse possível ser *phronimos* sem ser ético, o esperto teria grande relevância social, haja vista que seria capaz de

realizar suas finalidades e levar ao êxito suas intenções práticas, mesmo que sem qualquer disposição de caráter. Também não é possível ser ético, sem ser phronimos, pois o desejo reto é estático e nada produz, a não ser um benefício pessoal de desejar com retidão certas virtudes. No entanto, restaria descartada a maior grandeza do humano que é, sem dúvida alguma, realizar tais disposições éticas num complexo processo de afetação social (Comunidade), em que o outro é também fim primordial das ações práticas. Com isto, pode-se afirmar que se implicam os ambientes ético e dianoético da alma no processo de realização dos fins humanos, dos quais destaca-se a justiça como realização individual e social do homem.

4.4. A realização da Equidade a partir da Sensatez e da circunstancialidade do agir prático

O phronimos é um provedor de meios e fins que deseja o bem intensamente. Nesse sentido, sua criatividade é fundamental para que construa alternativas viáveis de superação do problema, tentando causar o menor comprometimento possível da estabilidade da comunidade, mesmo quando suas ações implicam a reforma do próprio sistema. É por isso que se pode dizer que o phronimos ou sensato é também um homem que age com equidade à medida que busca para si uma quantidade inferior de bens, bem como atribui aos outros uma quantidade inferior de males por meio da realização da justiça na observação das circunstâncias particulares. Deste modo, a experiência advinda da observação do particular é que desenvolve na alma humana a virtude da phronesis, haja vista permite o discernimento das realidades observadas.

Entretanto, com base nesta questão relativa aos fins e meios aparecem duas formas principais de se interpretar o problema lançado por Aristóteles: o phronimos realiza uma gestão dos meios para concretização de fins já fixados ou então, o phronimos é também um gestor de fins, que aparecem renovadamente mediante o caso concreto, realizando, portanto, tanto a escolha de meios como a escolha de fins? Este emblemático problema, vale enfatizar,

não pretende ser resolvido neste trabalho, que tem com objetivo no que se refere ao pensamento do phronimos considerar as contribuições que este pode ofertar à concretização da equidade como instrumento de realização da justiça a partir da observação das circunstâncias concretas e na sabedoria em realizar o bem (objeto da ação).

O phronimos vive autenticamente o problema, tendo a capacidade de avaliar toda realidade problemática (poder de síntese intencional e poder de intenção compreensiva) e de recordar o contexto de modo a diagnosticar tanto o que o contexto é (tradição), bem como o que ele pode vir a ser (reforma) por uma suposta superação à ordem formal das questões que serão fundamentos para as decisões tomadas por ele. Sendo assim, a ação com sabedoria prática é aquela que se realiza orientada por um sentido finalístico de bem baseado na justiça. Portanto, o phronimos age conforme a justiça. Interessante perceber que a ação do phronimos é uma ação que, pela avaliação que este realiza do próprio sistema no qual está inserido o problema, não provoca transtornos e nem inaugura novos modelos de decisão por meio de uma ruptura brusca com o sistema. Trata-se de uma busca constante por interpretações e estratégias diversificadas de meios, que se adaptam à pluralidade dos problemas enfrentados. Tendo em vista que são os problemas que criam as soluções, pode-se dizer que o phronimos encontra-se preparado para movimentar suas ações no sentido de conformidade ao que é justo. É exigido do phronimos um superávit de inteligência (nous) capaz de organizar todo o senso de justiça por meio de práticas que ao mesmo tempo, que inauguram novas formas de conceber os valores presentes no caso concreto, não representam uma superação indiscriminada e descriteriosa dos métodos de solução de conflitos já instaurados.

Se equidade significa, de um certo modo, o ajustamento das respostas ofertadas pelo conhecimento geral às particularidades das circunstâncias práticas por meio de uma ação adaptadora conforme a justiça. E se este ajustamento depende de uma medida de proporção e adequação ao caso concreto, necessário é também que a ação que desenvolve a equidade seja uma ação boa e raciocinada com sensatez, mediante um desejo de correção e aplicação correta do geral ao particular para que realize o fim que deseja. A realização da justiça depende do exercício virtuoso desta relação existente

entre o pensamento sensato (Calculador de Meios) e o pensamento equitativo (Definidor do conteúdo ético e inclinado no sentido de observar as questões particulares). O pensamento eqüitativo representa na verdade uma oportunidade de redefinir uma rotina da prática num sentido ainda mais inteligente e sofisticado de compreensão global das intenções do próprio sistema avaliado. Há uma constante interdependência entre o pensamento eqüitativo e o pensamento sensato, visto que um alimenta o outro de virtuosidade necessária ao cumprimento do fim da ação prática. Deste modo, uma ação somente será boa se tiver um e outro elementos combinados, ou seja, o ético e o dianoético, a Phronesis e a Equidade, interpenetrados reciprocamente. Isto significa, que a boa ação direcionado ao bem somente se realizará se o agente detiver disposições éticas baseadas num desejo reto e ao mesmo tempo for elaborado um raciocínio de modo verdadeiro ao ponto de realizar a finalidade da ação de modo logisticamente eficiente.

Portanto, não basta ainda a capacidade de compreender bem as realidades que busca analisar e nem mesmo discernir bem o que é conforme e o que é contrário à realização do bem, questões estas inerentes ao raciocínio do homem sensato. É preciso ao Phronimos, perceber, sentir as circunstâncias específicas do problema para que o agir seja inteligente e logisticamente construído de modo a realizar seu fim.

Somente realizará a justiça, aquele que fizer dos rumos e escolhas que direcionam suas ações práticas uma sabedoria prática, dianoeticamente orientada por meio de um sentido logístico, provendo estratégias para realização do fim com discernimento capaz de orientar suas práticas sob o governo da razão, o que significa dizer que se estará sempre atento a uma boa escolha de oportunidades de realização do fim.

Então, pode-se resumir o homem sensato como aquele capaz de deliberar corretamente e bem acerca do que é bom e conveniente, para uma ação boa, embora a eficiência de suas ações também dependa de sua virtude ética de agir com equidade, pois a ação prática correta é dependente do desejo de justiça construído a partir da observação das circunstâncias particulares em meio a generalidade da lei.

Ora, a sensatez diz respeito ao Humano e sobre o qual é possível deliberar-se. Nós dizemos, então, que é sobretudo este o trabalho do sensato, deliberar bem. Porque ninguém delibera acerca daquelas coisas que são impossíveis de ser de outra maneira, nem acerca dos meios para alcançar qualquer fim importante. Pois o fim é um bem que tem de ser realizável pela ação humana. Absolutamente bom deliberante é quem visa atingir o melhor dos bens alcançáveis através das ações humanas, conformadas por um cálculo. A sensatez não abre apenas para coisas gerais, mas deve reconhecer as situações particulares e singulares em que de cada vez nos encontramos, porque a sensatez inere na dimensão da ação humana e a ação humana é a respeito das situações particulares em que de cada vez nos encontramos. Por essa razão é que alguns, não sabendo de determinadas coisas gerais, podem ser mais sensatos do que os sábios quando se trata de agir. De resto, os mais sensatos a respeito da ação são também os mais experimentados nas circunstâncias particulares em que de cada vez nos podemos encontrar. Por exemplo, se alguém souber que as carnes leves são de mais fácil digestão e, por isso, mais saudáveis, mas desconhecer quais são os animais com carne mais leve, não conseguirá restabelecer a sua saúde. Contudo, quem souber que as aves são animais leves e, portanto, que têm carne mais leve, restabelecê-la-á mais facilmente. A sensatez é uma disposição atuante sobre o horizonte prático, de tal forma que se deve possuir ambas as formas de saber (o universal e o particular), mas mais do particular do que do universal. Deve haver, contudo, também aqui uma perícia orientadora que lança as bases a partir de princípios fundamentais. (ARISTÓTELES, 2009, p. 136. EN, Livro VI, 7, 1141b 8-22).

Esta capacidade calculadora da alma humana de mensurar as melhores estratégias para realização dos fins, ou seja, de deliberar bem por meio de um cálculo raciocinado capaz de atingir o fim é a virtude que possui o homem sensato. Contudo, sendo o fim injusto restará comprometido todo o processo logístico de ação humana.

É importante ressaltar que, os fins direcionadores da ação do homem sensato são fins realizáveis com possibilidade de deliberação a respeito dos bens humanos. Além disso, no processo logístico de definição da boa deliberação, o homem sensato visará atingir o menor dos males, ou seja, o melhor dos benefícios alcançáveis num dado caso concreto, conforme a particularidade do caso observado.

O cálculo ocorrido neste processo de mensuração e avaliação de estratégias, denominado por Aristóteles de deliberação, depende de uma avaliação da relação existente entre conhecimentos gerais e particulares. A boa deliberação nesse sentido é uma forma de correção. Isto significa que há uma correção no processo de desenvolvimento do pensamento e raciocínio

práticos, ou seja, procurando alternativas e probabilidades para solução do problema. Nesse sentido, o raciocínio verdadeiro será o raciocínio correto. E fato é que somente aquele que observa o particular viabilizará a conquista de soluções adequadas ao caso. Em resumo, deliberar bem significa no momento correto e dotado das melhores estratégias, escolher com correção aquilo que é bom e devido para realização do bem da ação.

Este cálculo será realizado por meio de uma imensurável capacidade da alma humana de discernir os fatos corretamente²³. No caso jurídico, por exemplo, um juiz necessita saber quais são seus fins e desejá-los com retidão e firmeza, bem como necessita saber as diversas estratégias e interpretações possíveis na legalidade para que sua ação seja sensata, proporcional e adequada ao caso. Tal sensatez somente será possível pela adaptação do conhecimento geral à situação prática, da lei ao caso particular, que deverá ocorrer por meio da equidade e de seu senso de proporção como permanente vontade de ser justo. É preciso saber qual ou quais são os fins, qual ou quais são as regras e leis gerais, mas é também preciso prover inúmeras estratégias e escolher aquela mais adequada à solução daquele problema específico de acordo com a observação circunstancial oferecida pela prática. A ação, decisão, intenção e deliberação deverão estar tão bem sincronizadas, ao ponto de afastar aquilo que não é consoante à prática da justiça ou que não afeta ao bem da ação. Todavia, o relevo adquirido pelas questões particulares é fundamental no processo de realização da justiça e das finalidades éticas definidas pelo homem bom como virtudes éticas de caráter, pois será na observação do problema em sua peculiaridade prática que surgirá a possibilidade de criar as melhores estratégias condizentes ao caso e aos fins que se visa resguardar. Esta é em resumo a interdependência existente entre a equidade e a *phronésis* na realização da ação justa.

²³ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. P.141. EN, Livro VI, 11, 1143a 30-35 a 1143b 1-4. “Ora quando alguém tem capacidade de discernimento acerca daquelas coisas que dizem respeito ao sensato, mostra ter entendimento e ser bastante compreensível ou ter capacidade de perdoar, porque todas as ações equitativas são comuns a todos os homens de bem nas suas relações com outrem. Assim, a possibilidade de ação diz respeito às situações que de cada vez se constituem em particular e aos seus limites extremos. Na verdade, também o sensato deve poder reconhecer a particularidade e o limite das situações que de cada vez se constituem; ter entendimento e poder de compreensão dizem respeito às situações particulares da ação; tais situações são limite. O poder de compreensão intuitiva abre para ambas as dimensões das extremidades-limite, pois a compreensão intuitiva — e não a dedução lógica — abre tanto para os primeiros princípios axiomáticos quanto para os casos extremos e limite que de cada vez se constituem em particular”.

A sabedoria prática ou sensatez não é nem uma ciência, posto que seu objeto é variável, nem mesmo uma arte, haja vista que seu fim não é produzido como um objeto, mas resultado e consequência de observações entre conhecimentos universais e particulares. Esta capacidade racional e verdadeira de agir no tocante ao que é bom denomina-se sensatez.

Parece ser sensato aquele que tem o poder de deliberar corretamente acerca das coisas que são boas e vantajosas para si próprio, não de um modo particular, como, por exemplo, acerca daquelas coisas que são boas em vista do restabelecimento da saúde, ou da obtenção de vigor físico, mas de todas aquelas qualidades que dizem respeito ao viver bem em geral. (ARISTÓTELES, 2009, p.132. EN, Livro VI, 5, 1140a 25-28).

O papel da equidade será destacado neste intuito de agir com sensatez e conforme a justiça, exatamente porque é ela que provoca o direcionamento e assim molda as estratégias e fins de uma ação proporcionalmente ao que é justo, ainda que seu papel seja mais contundente no desejo correto de fins éticos. É esta inclinação, esta ânsia pela justiça que ocorre por meio da observação do particular que chamará a Phronesis para que esta exerça seu papel de criadora de estratégias de superação do problema. No caso jurídico os modos de agir serão definidos de acordo com a concepção correta que se tem a respeito dos fins éticos dentro de uma dada realidade. Se o principal fim do fenômeno jurídico é a realização da justiça como distribuição equânime e adequada de bens dentro de uma comunidade política, a causa das ações jurídicas é a própria busca pela justiça no caso concreto, que para ser atingida dependerá da racionalidade prática calculadora da alma humana, bem como da capacidade de se agir proporcionalmente na adaptação do geral ao particular por meio da Equidade.

A Equidade somente representará a correção da justiça legal, desembocando num instrumento de justiça, quando a capacidade de sensatez humana fornecer um conjunto de ações e estratégias possíveis ao caso concreto capazes de realizar as metas e fins definidos juridicamente em consonância com a justiça. A sensatez possibilitará, em resumo, a realização do desejo correto. Assim sendo,

Há para todas as disposições do caráter referidas, tal como para todas as excelências, um determinado objetivo em vista do qual quem dispõe de um sentido orientador aumenta ou diminui a tensão nessa direção. Há também um certo horizonte que delimita as posições intermédias, as quais, dissemos, residem no espaço intermédio entre o excesso e o defeito, uma vez que elas existem conformadas pelo sentido orientador [...]

Contudo, quem souber disto, não está na posse de um saber por aí além, acerca do que quer que seja, pois não saberia, por exemplo, aplicar nenhuma espécie de tratamento ao corpo humano, só pelo fato de alguém dizer que se deve aplicar toda a espécie de tratamentos de acordo com o que prescreve a medicina e o que nela é perito. É por este motivo que também a respeito das disposições da alma humana não devemos contentar-nos apenas com o fato de este enunciado ser verdadeiro, mas temos também de obter uma definição do que é ou do que pode ser o sentido orientador e qual é o horizonte a que ele se aplica. (ARISTÓTELES, 2009, p.128. EN, Livro VI, 1, 1138b23 a 1139a1).

Não basta, portanto, conhecer a regra, é preciso aplicá-la com justiça. A lei, de um certo modo, maximiza o universal em prejuízo do particular, enquanto que a deliberação faz o processo contrário, observa no particular uma forma de realização do próprio universal. Sendo assim, em regra, toda lei deveria abranger de modo completo e detalhado os casos que regula. Como isso não ocorre por uma inviabilidade até mesmo lógica, a equidade reforça seu papel na concretização da justiça prática a partir do pensamento adequado destas circunstâncias desconsideradas pela lei. Do mesmo modo não basta possuir os fins mais éticos e definidos com base num desejo profundamente arraigado na alma, é preciso realizá-los concretamente, sob pena de restar frustrado o propósito humano maior de realização dos bens. Por isso, pode-se dizer que o phronimos possui uma enorme capacidade de imaginar, pois ele reinventa a realidade, oferecendo-lhe novas formas de visão sobre o problema, sendo válido destacar que ele não somente especula ou idealiza possibilidades, mas busca sua realização prática pela habilidade calculadora da racionalidade humana. Ele é um grande interessado na solução do problema e nas questões de justiça. Terão eficiência as ações logísticas deste homem que delibera bem, desde que elas estejam moldadas pelo senso proporcional de adaptar as questões às circunstâncias específicas do ambiente

prático e que tudo isto se realize com a correção necessária à realização de algo que é correspondente ao bem.

A esta capacidade do phronimos de investigação e discernimento sobre as questões do mundo prático denomina-se deliberação. A deliberação não é um conhecimento científico, pois quem já conhece não investiga e nem calcula. Do mesmo modo a deliberação não é um simples hábito de fazer conjunturas, pois requer esforço racional e tempo, proporcionando ações práticas. Também não é uma opinião, pois se trata de raciocínio excelente que investiga as possibilidades e calcula meios de realizar o bem.

A excelência da deliberação é a deliberação correta em função de um desejo correto. Isto porque um homem sem virtude pode realizar boas deliberações, no entanto não atingirá a boa ação prática, pois seu fim está corrompido pelo desejo incorreto, que não gera felicidade. Além disso, pode-se cometer um erro lógico na deliberação no processo de percepção das circunstâncias presentes, como, por exemplo, quando se acredita ser uma dada coisa detentora de uma qualidade e, na verdade, não é²⁴. Nesse sentido nada será tão fundamental para o exercício da boa deliberação quanto saber discernir e julgar com base na inteligência. Lembrando-se que a deliberação é exigida nos casos em que o universal não foi previamente reconhecido ou não se apresenta suficiente para regular o caso, haja vista que a deliberação também trata das questões que podem ser diferentes. Deste modo, compreender as realidades problemáticas que investiga é o fundamento da boa deliberação, pois assim se percebe quais situações devam ser levadas em consideração para se atingir a justiça. O êxito da ação dependerá sempre do êxito do pensamento prático e do êxito do desejo correto. Aristóteles denomina de discernimento ou capacidade de ser compreensivo como

²⁴ KRAUT, Richard. Aristóteles: A Ética a Nicômaco. Porto Alegre: Artmed, 2009. P.195. “O erro na deliberação pode se dar sobre o universal ou sobre o particular; seja em supor que todo tipo de água pesada é ruim, seja que esta água em particular é pesada. Mas que a sabedoria prática não é conhecimento científico é evidente. Pois (...) a sabedoria prática concerne à coisa última. Da qual não há conhecimento científico, mas sim percepção – não aquela percepção de objetos especiais, mas o tipo pela qual percebemos que a coisa última entre os objetos matemáticos é o triângulo, uma vez aqui também há um ponto de parada. E é mais deste tipo de percepção que é a sabedoria prática (phronésis), mas que é diferente da outra” (EM VI.8.1142a20-30).

[...] um discernimento correto do que é equitativo. Uma indicação disto é o fato de dizermos que o equitativo tem uma capacidade infinita de perdoar. Ser eqüitativo é ter a capacidade de perdoar algumas coisas. O perdão é a capacidade de ser compreensivo, isto é, trata-se da capacidade de discernir corretamente o que é equitativo. Uma tal capacidade de ser compreensivo é correta quando ajuíza em verdade. (ARISTÓTELES, 2009, p. 141. EN, Livro VI, 11, 1143a 20-25).

Somente após analisar bem por meio de sua habilidade de arranjar soluções, tomando consciência considerável dos fatores que estão envolvidos, o phronimos escolhe pelo seu poder de síntese intencional, sempre fundamentando suas decisões no outro e no bem da comunidade, ou seja, no bem de um modo geral, porque somente existe sabedoria prática quando a ação é também realizada com equidade. Contudo, para que tome esta decisão ele necessariamente possui a excelência ética, pois tal excelência torna os meios e os fins afinados com a correção do desejo. Ele é ótimo naquilo que realiza e faz porque dimensiona suas ações num extraordinário processo de criar estratégias com base no senso equitativo de adaptação de conhecimentos universais a casos particulares. São estas as palavras de Hesíodo citado por Aristóteles na obra *Ética a Nicômaco* a respeito do excelente:

O mais excelente de todos é aquele que tudo entende; nobre, por sua vez, é aquele que obedece ao que fala correctamente. Aquele, contudo, que nem entende nem derrama sobre o seu coração o sentido do que escuta de outrem, não tem préstimo. (ARISTÓTELES, 2009, p. 23. EN, Livro I, 4, 1095b 10-13).

Importante ressaltar ainda, que a realização do bem não se trata de qualquer deliberação, mas daquela que é a melhor possível, que causa um menor conjunto de males, um menor impacto no sistema e ao mesmo tempo realiza o fim da ação. O phronimos vive o problema e não o trata de modo simples e convencional, mas reconhece que sua superação representa uma coordenação imensurável de bens e potencialidades dentro da comunidade, não optando pela decisão mais fácil, mas sim pela decisão capaz de promover a felicidade comum, considerando o outro como foco de sua ação. Por isso, a phronesis e a equidade são virtudes. Todo sensato, ou seja, todo phronimos

possui experiência prática suficiente para perceber a realidade circundante e também uma enorme resistência ética tendenciosa para realização dos bens que deseja com correção.

CAPÍTULO V – Equidade, Phronesis e Justiça como meios de realização do Direito

5.1. Virtude sempre em Risco: Críticas e Insuficiências do Modelo Jurídico Positivista e a irreduzibilidade do fenômeno jurídico a fórmulas

O Direito é um fenômeno eminentemente político e ético. Isto porque ele surge como instrumento de propositura de uma dada ordem, tendo em vista permitir a coexistência entre os indivíduos de uma determinada comunidade culturalmente construída sobre as bases de um ideal comum. Por isso, o Direito protege determinados bens considerados imprescindíveis ao desenvolvimento da comunidade política. Então, para aqueles que fazem mal uso de sua liberdade individual, podendo em seus atos e ações porventura prejudicar outros indivíduos de modo relevante, o Direito aparece como recurso para pacificação dos interesses à medida que constrói uma normatividade capaz de controlar e punir os excessos de liberdade de seus transgressores.

A formação do Direito, portanto, depende do grau de complexidade e das exigências problemáticas que uma determinada realidade histórica lhe oferece como estrutura para o exercício de sua legitimidade e validade. Embora o Direito escrito codificado seja uma criação recente, o Direito como forma de coordenação dos interesses individuais numa dada coletividade é uma realidade patente em quase todas as formas de organizações sociais. Toda realidade fática necessita de um conjunto de normas capazes de corresponder aos anseios desta realidade social no sentido de harmonizar as relações intersubjetivas e garantir os valores fundamentais culturalmente difundidos e necessários para o desenvolvimento daquela sociedade.

Nesse contexto, o conteúdo axiológico do Direito aparece como condição inevitável para que o Direito de fato cumpra sua tarefa de pacificar as relações interindividuais, isto é, os valores culturais e éticos presentes numa dada realidade representam o pano de fundo ou o conteúdo sobre o qual o Direito dirá o que deve e o que não deve ser. Há, por isso, enorme correspondência entre o Direito e a realidade histórica regulada.

A grande dificuldade enfrentada pelo Direito no contexto ético contemporâneo talvez seja superar o racionalismo mecanicista que invadiu as ciências humanas e sociais com o Positivismo e com o Jusnaturalismo, em que a segurança jurídica e a determinação criteriosa de conceitos e fórmulas aplicáveis indistintamente à realidade concreta dos fenômenos sociais tornaram-se os fundamentos de validade do Direito. Vive-se, portanto, uma crise de participação em todos os setores e esferas, dificultando a formação de uma razão prática dos indivíduos voltada ao bem comum. O Direito e tudo que ele representa têm se esbarrado num formalismo garantista, pois *in concreto* o Direito não possui instrumentos práticos capazes de capturar toda a extensão e complexidade desta realidade, o que garante sua eficácia em termos de regulação eficiente da vida social.

Embora no campo teórico já se tenha observado que a teoria do direito assumiu outras formas de racionalidades como justificáveis do ponto de vista científico, sabe-se que a realidade prática judicial ainda continua sendo marcada por um exercício judiciário predominantemente positivista. Deste modo, o paradigma racional ainda dominante nos bastidores da prática judiciária, ainda que fortemente combatido na seara teórica pelo paradigma retórico, é o Positivismo, o que, de certo modo, revela mais uma contradição de nossos tempos. Isto porque, de um lado tem-se o pluralismo como o paradigma teórico dominante no cenário ético atual. Entretanto, por outro lado vive-se uma realidade prática ainda pautada no cumprimento rigoroso da lei, com base em sua universalidade, com constantes desrespeitos às particularidades do caso concreto.

A falta de um padrão ético tem contribuído para amenizar ou disfarçar o papel importante reservado ao Direito na atualidade como instância de regulamentação dos comportamentos direcionando-os para o bem comum e assim fracassado seu projeto de contribuir para que o homem tenha condições maiores de se desenvolver moralmente e materialmente, sendo esta, aliás, a crise pelo qual o Direito Moderno passa. Esta falta de unidade ética desemboca na verdade numa crise da razão prática, resultante da multiplicidade de

valores, idéias, concepções e ideologias²⁵, as quais têm provocado uma ruptura na zona de determinação do que deve e do que pode ser e qual a melhor direção para as escolhas humanas.

Nesse sentido é árdua a tarefa de determinar quais bens devem ser protegidos, tendo em vista a realização da justiça. Esta inadequação do Direito na formação de seus critérios de julgamento, em seus critérios de elaboração legislativa e coordenação social tem reflexo no modo extremado com que o Direito tem se realizado, ora pendente para uma regulação exaustiva da liberdade humana, ora permitindo a ofensa a bens e valores culturalmente arraigados como fundamentais para construção da dignidade da pessoa humana pela inobservância de uma racionalidade prática particular.

A dificuldade de construção de critérios adequados para sopesar uma realidade cada dia mais ágil e multiforme provoca a insegurança que atormenta as garantias e a própria legitimidade do Direito. Assim sendo, se ao Direito é incumbido o papel de construir sua legitimidade a partir de uma boa regulamentação do contexto ético e social que protege, destruindo o que corrompe com o que é Justo; e mantendo o que com ele tem afinidade. E, se ao mesmo tempo ele é fonte de formação do que deve ser e, portanto, alimenta o mesmo contexto ético, fazendo surgir novas compreensões desta realidade a partir de novos comportamentos que permite ou abona; interessante notar a dificuldade trazida pelo contexto ético contemporâneo no processo de realização do Direito.

O que emerge desta visão, do modo no qual tipos diferentes de indivíduo teriam que se envolver com as alegações de tradições opostas de pesquisa, é novamente, a especificidade dos tipos necessários de diálogo. Não há nenhum modo de se envolver com ou avaliar racionalmente teses propostas na forma contemporânea por uma tradição particular que não seja nos termos estruturados, tendo em vista o caráter específico e a história desta tradição, por um lado, e o caráter específico e a história do indivíduo particular, por outro lado. Se abstrairmos as teses particulares a serem debatidas e avaliadas de seus contextos nas tradições de pesquisa

²⁵ MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade? Tradução de Marcelo Pimenta Marques, São Paulo: Edições Loyola, 2001. P. 426. “Essa fragmentação aparece em atitudes morais divididas, expressas em princípios morais e políticos inconsistentes, na tolerância de racionalidades diferentes, na compartimentalização defensiva do eu e nos usos da língua que vão dos fragmentos de uma língua-em-uso, através das expressões da modernidade internacionalizada, aos fragmentos de outra”.

e, então, tentarmos discuti-las e avalia-las nos termos de sua justificabilidade racional para qualquer pessoa racional, para indivíduos concebidos como tendo sido abstraídos de suas particularidades de caráter, história e circunstância, estaremos fazendo com que um tipo de diálogo racional, que poderia passar pela avaliação argumentativa à aceitação ou rejeição parcial de uma tradição de pesquisa, seja efetivamente impossível. (MACINTYRE, 2001, P.427).

Portanto, para ser justo o Direito deve resguardar todo acúmulo ético construído e as próprias conquistas políticas que o homem empreendeu ao longo do tempo, sua legitimidade depende dos conteúdos axiológicos de nosso tempo, pois é a realidade histórica e cultural a fonte de justiça para realização do Direito.

Se para aplicação prática da justiça jurídica é necessário o discernimento do particular perante o universal, pois a justiça somente se materializará se considerar a lei perante os detalhes das situações particulares, é correto afirmar que toda concepção particular de justiça exigirá um tipo particular de racionalidade capaz de justificar-se. Nesse contexto nada mais oportuno que discutir as insuficiências do modelo Positivista de regulação normativa a partir da compreensão da equidade como instrumento de aplicação do Direito, haja vista que permite a adequação das normas aos contextos que visa regular porque eleva a justiça e a ação justa como fins a serem alcançados na aplicação do Direito por meio da observação das circunstâncias particulares que ensejam sua realização.

O Positivismo Jurídico, embora durante seu desenvolvimento e amadurecimento como teoria científica, tenha apresentado dificuldades práticas no que tange aos métodos e critérios para resolução dos problemas da realidade social, deve ter destacado seu papel fundamental para o Direito. Dentre suas principais conquistas se pode realçar a difusão e consolidação da idéia de sistematização e organização científica das ordens jurídicas, sendo notável seu esforço na estruturação sistemática da ciência do Direito e na defesa da segurança jurídica como baluarte principal.

Sendo assim, o Positivismo é resultado do movimento Jusnaturalista do século XVI de busca pela superação da explicação do Direito pelo paradigma retórico, substituindo-o pelo paradigma matemático. Deste modo, alteram-se os métodos lógico-rationais com que o Direito busca explicar-se como ciência

social e conseqüentemente modificam-se os instrumentos de solução dos problemas.

Nesse sentido, é necessário fazer uma pequena avaliação histórica do processo de ruptura da era moderna com os valores teológico-cristãos realizado pelo movimento Jusnaturalista, do qual é resultante o Positivismo Jurídico e da afirmação dos paradigmas matemáticos para o Direito. Mais tarde surge o Pós-Positivismo como uma tentativa de reabilitação parcial do paradigma retórico, em que se tenta conjugar a abertura sistemática (valores) com segurança jurídica.

É importante destacar, que o jusnaturalismo inaugura uma nova forma de se compreender o fenômeno jurídico. O predomínio anterior de concepções ético-religiosas, em que as leis emanavam de um ente divino, superior, universal e eterno cede lugar para uma concepção voltada para o homem e para o racional no sentido lógico-matemático²⁶. O fundamento das relações sociais passa a ser o de que a reta razão humana deve ser o instrumento de captura das verdades essenciais ao indivíduo e à sociedade, sendo que tal capacidade encontrava-se na própria racionalidade humana. O Direito buscará retirar seu fundamento de validade não do contexto ético comunitário, mas da racionalidade individual, na consciência crítica de seus elaboradores.

Ora, essa ontologia nova, essa radical transformação das relações entre palavras e coisas, pela qual Guilherme de Ockham inaugura a via moderna – não pude abster-me de mencioná-la, tão rica ela é de conseqüências. Inaugura-se a era em que, largando a observação realista da natureza, o pensamento se instala no idealismo. Vai-se trabalhar sobre a imagem miserável de um universo povoado somente por substâncias simples [...]. O antigo método dialético destinado à descoberta das estruturas sociais do mundo vai desaparecer; só sobrar a lógica formal dedutiva, a qual opera-se sobre signos. Quanto aos juristas, eles renunciarão a buscar o direito na natureza, uma vez que o direito já não existe fora da consciência dos homens, ela deixa de ser objeto de conhecimento [...]. Já não evoca ordem do mundo, oculta nesse mundo, que os legisladores ou filósofos gregos se esforçaram, seja como for, em exprimir em fórmulas escritas. E a lei se torna esse fato, o mandamento voluntário de uma autoridade. (CAILLÉ, 2005, p. 387-488).

²⁶ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil. São Leopoldo: Unisinos. P. 387-488 (Parte V). Há, portanto, uma convicção de que a racionalidade humana é capaz de capturar toda extensão dos fenômenos sociais ao ponto de codificar esta realidade em leis que a todo tempo, por isso, manteriam sua validade e eficácia.

Surge, assim, uma abordagem do Direito Natural, tendo a razão como princípio de todas as coisas e não mais a divindade ou a natureza. Portanto, há uma reformulação geral das bases da principiologia do Direito Natural. Da Grécia, quando os princípios do direito natural estavam atrelados às leis da natureza, passando pela era medieval, cuja vinculação com um Deus personificado, eterno e imutável adquire relevo, chega-se à Escola Clássica do Direito Jusnaturalista, que tem a racionalidade humana como o veículo de apreensão da natureza dos objetos colocados sob análise num modelo lógico semelhante ao matemático, derivando daí a necessidade de proteção a determinados direitos.

Portanto, para a concepção jusnaturalista há o predomínio de uma dimensão ético-valorativa do Direito, baseada numa natureza imutável apreendida pela reta razão humana. Apesar, de uma falta de pragmaticidade, devido ao elevado grau de abstração filosófica, o legado e contribuição da escola clássica do direito natural à teoria do direito foram notáveis. Isto porque, a partir do jusnaturalismo houve não somente uma imensa difusão dos valores por meio dos princípios jurídicos, como também a afirmação de determinados núcleos axiológicos baseados nos valores da pessoa humana, surgindo a tutela jurídica dos direitos fundamentais do homem. Todo o problema era presumir, mesmo mediante um contexto social plural e dinâmico, que era possível apreender pela racionalidade humana algo que não estivesse aberto à transformação ao longo do tempo e assim comprometer todo processo social construído sobre a diferença e pluralidade.

A esta escola sucedeu o período positivista, cuja adoração ao texto escrito e aos movimentos de codificação se avultaram. Enquanto que, para os positivistas os ordenamentos jurídicos positivados são suficientes e eficazes para resolução litigiosa, argumentam os críticos em favor de uma teoria que busque resgatar a abertura do sistema para a complexidade da realidade concreta, que exige tratamento circunstancial, retomando o paradigma retórico dialético para as ciências jurídicas.

A Escola Histórica do Direito e o crescente fenômeno da codificação legislativa ganharam reforço no século XIX até primeira metade do século XX

com uma expansão tremenda do Positivismo Jurídico. São características marcantes do Positivismo, o desejo pelo conhecimento puro, demonstrativo, apodídico, dedutivo e exato, baseado em critérios lógicos físico-matemáticos. Miguel Reale define o pensamento de Augusto Comte, o pai do Positivismo, como marcado por

[...] uma visão orgânica da natureza e da sociedade, fundada nos resultados de um saber constituído objetivamente à luz de fatos ou das suas relações. Tal posição e tendência de Augusto Comte, baseando o saber filosófico sobre o alicerce das ciências positivas, estavam destinadas a obter repercussão muito grande em sua época. (REALE, 2002, p. 14).

Este é o retrato de um sistema dogmático, fechado e de pouca mobilidade, que prefere manter-se fechado a redefinir-se na busca pela concretização da justiça em seus métodos e critérios de aplicação, exatamente por assumir antecipadamente seus métodos de aplicação da justiça. Como no caso jurídico não é a todo tempo que se realiza plenamente o processo de subsunção da norma aos fatos sociais, tem-se aí o grande déficit prático da teoria positivista, preocupada que está com as condições formais de investigação e verificabilidade de suas proposições sem, contudo, ater-se às necessidades e exigências da realidade histórico-cultural marcada por um dinamismo intenso, assim como pela variabilidade dos objetos regulados. Segundo Bobbio, o Positivismo é marcado por uma série de características e problemas.

As características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas, sendo que a cada um deles dedicaremos um capítulo: 1) O primeiro problema diz respeito ao modo de abordar, de encarar o direito: o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é abstendo-se absolutamente de formar juízos de valor [...] 2) O segundo problema diz respeito à definição do direito: o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito [...] 3) O terceiro problema diz

respeito às fontes do direito. Na parte histórica consideramos o positivismo jurídico, sobretudo deste ponto de vista e vimos como este havia afirmado a teoria da legislação como fonte preeminente do direito [...] 4) O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica: o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito, que se subdivide em numerosas subteorias, segundo as quais é concebido este imperativo: como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo, como técnico ou ético [...] 5) O quinto ponto diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade [...] 6) O sexto ponto diz respeito ao método da ciência jurídica, isto é, o problema da interpretação [...] o positivismo sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elementos declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica) [...] 7) O sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência. Sobre este ponto não se podem fazer generalizações fáceis. Contudo, há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, teoria sintetizada no aforismo: Gesetz ist Gesetz (lei é lei). (BOBBIO, 2006, p. 131-134).

Nota-se no Positivismo Jurídico uma crença exagerada nesta capacidade crítica do indivíduo racional de capturar a todo tempo a complexidade e diversidade do contexto social a partir de métodos baseados principalmente numa lógica formal dedutiva. Esta prepotência racional difundida no processo de construção dos sistemas jurídicos é responsável por um sistema fechado e dogmático, visto que vislumbra acima de tudo garantir o valor da segurança, ainda que sob o risco da injustiça. Este cognitivismo (NEVES, 1998) encontra-se na base do modelo positivista jurídico, na qual está a presunção racional de tanto prever como interpretar bem as normas que regularão os casos concretos.

Por este motivo, a Ética e a Filosofia são destituídos de qualquer realidade lógica ou racional, sendo reduzidas a expressões de natureza emocional e subjetiva sem qualquer conteúdo científico. Trata-se na verdade, de um movimento científico nascido junto à preocupação prática romana de sistematização e organização, cujo método baseia-se numa supervalorização dos fatos singulares em detrimento da visão geral orgânica das coisas do mundo, reduzindo seu espaço de interpretação a um subjetivismo racional do intérprete, em que as realidades histórico-culturais tornam-se estáticas perante a análise. Na visão de Michel Villey:

A história científica se assinala por seu culto aos fatos. Coleta os fatos do passado (labuta infinita); depois se esforça em ordená-los, pô-los em sistemas; mas essas sínteses, invenção do historiador, tecidas nas formas conceituais de seu tempo particular, não expressam a ordem antiga.

Foi assim que se instalaram no cérebro de nossos contemporâneos tremendos erros históricos de conjunto. A história científica é inigualável para filtrar o mosquito, mas fez-nos engolir enormes camelos: o historicismo, essa ilusão denunciada acima, de que tudo se move em bloco na história, as técnicas de produção, as artes e filosofia. [...]

Os romanistas dos séculos XIX e XX têm em seu ativo inegáveis sucessos no estabelecimento e na cronologia dos textos – o conhecimento das soluções. Talvez tenham conseguido determinar se o cadáver do devedor devia ser ou não cortado em pedaços e partilhado entre credores, no tempo das XII Tábuas; e quantas testemunhas eram necessárias para proceder à alforria de um escravo [...]. Mas, quanto a suas teorias de conjunto, e à visão que trazem do direito romano em geral, elas não merecem que se lhes tenham confiança. Como elas poderiam explicar idéias jurídicas romanas, ao passo que se obstinam a expô-las nas categorias modernas? (VILLEY, 2007, p.28).

Nas últimas décadas do século XIX surge no pós-positivismo um forte movimento de crítica e reestruturação do Positivismo. Destarte, os valores revelam em um grau mais forte sua natureza normativa, principalmente através dos princípios constitucionais, apresentando-se como baluartes axiológicos fundantes do constitucionalismo moderno. Nesta idade pós-positivista tanto o Direito Natural clássico como o velho Positivismo Jurídico entram em descrédito. Sendo assim, os valores são elevados à categoria normativa, capazes que são de impor obrigações legais e coordenar toda a aplicação da ordem jurídica. Apesar disto, ainda se nota uma prática judiciária distante do paradigma retórico, mas, antes ao contrário, próxima do antigo paradigma positivista.

Esta crise por que passa o direito contemporâneo em termos de regulação é fruto da incompatibilidade existente entre o discurso racional já assumido no campo teórico baseado em estratégias retóricas de solução dos conflitos sociais e o discurso prático realizado no cotidiano das práticas jurídicas, que ainda estrutura-se com base na técnica positivista de solução de conflitos, a partir da valorização da lei e da segurança jurídica. Esta crise, na

verdade, é uma crise da racionalidade prática no contexto ético atual, em que as exigências histórico-culturais do mundo contemporâneo apresentam-se de modo plural e diverso, enquanto que os sistemas jurídicos mantêm-se filiados à estratégias universalizantes e genéricas de regulamentação do processo social.

A regulamentação de processo ético e social extremamente plural e diversificado depende de um sistema jurídico que, ao mesmo tempo, que seja aberto, seja também seguro na aplicação da justiça. Talvez aí esteja a grande dificuldade para a ciência do Direito, contemporânea, qual seja superar a segurança dada pelos textos escritos e pelo formalismo hermenêutico por meio de um sistema que seja aberto no atendimento aos problemas circunstanciais da realidade. Trata-se da afirmação da racionalidade prática como uma racionalidade consolidada cientificamente como métodos e critérios próprios.

Nota-se, portanto, o risco que apresenta a redução do fenômeno jurídico a fórmulas de conteúdo matemático universalizante, haja vista a tensão existente entre o generalismo da lei e a dinamicidade dos contextos sociais. O risco da virtude se perder, o risco da justiça em não materializar-se, é o risco que atormentará sempre o fenômeno jurídico, pois não há regras e leis suficientemente bem construídas ao ponto de regularem, a todo momento, os contextos que visam proteger. Deste modo, é importante destacarmos que a justiça jurídica como busca pelo tratamento adequado das situações sociais, atribuindo, a cada um, o que é seu de acordo com as disposições legais existentes (Sentido Universal), necessita de uma reestruturação de seus métodos de resolução dos conflitos.

Nesse sentido, a equidade representa um instrumento fundamental para recuperação desta legitimidade perdida ou sob ameaça. Isto porque por ser a justiça um meio termo proporcional entre partes, a ação justa exige que o homem justo, portador desta vontade, tenha firme e inabalável seu desejo de ser justo e tome a decisão de acordo com tal fim. Como se não bastasse desejar a justiça, é preciso ainda que este homem utilize seu poder de compreensão e cálculo das circunstâncias particulares relevantes que envolvem o caso para assim aplicar a justiça, demonstrando um não apego à lei nos casos em que a mesma não se apresenta como o critério mais justo de solução.

Deste modo, a justiça é dependente da virtude para sua realização prática. Como a virtude é uma disposição habitual de agir conforme o meio termo. E, como a virtude faz parte de um hábito que é reiteradamente praticado por meio de ações repetidas, deduz-se que a virtude depende do poder de escolha e decisão do sujeito humano, sendo certo afirmar que a virtude encontra-se sempre em risco pelo fato dela ser uma escolha livre. Segundo Aristóteles a excelência ética “*é incrementada e destruída pelas mesmas ações que a originaram, caso sejam levadas a cabo de um modo contrário ao excelente.*” (ARISTÓTELES, 2009, p. 45. EN, Livro II, 3, 1105a 15-16). Está embutida à idéia de excelência ética o risco constante que a virtude tem de virar vício de acordo com os excessos ou carências dos sujeitos que agem ou não conforme a virtude. Aquele que possui a excelência ética, ou seja, a virtude da justiça está acostumado a tomar para si quantidade inferior de bens por uma disposição de caráter formada pela habitualidade da conduta²⁷. Sendo assim,

[...] a disposição permanente do caráter resulta, antes, de um processo de habituação, de onde até terá recebido o seu nome, «hábito», embora se tenha desviado um pouco da sua forma original. Daqui resulta evidente que nenhuma das excelências éticas nasce conosco por natureza. Nenhum dos entes que existem a partir da natureza pode ser habituado a existir de outra maneira. Como por exemplo uma pedra. Ela desloca-se naturalmente para baixo e ninguém poderá habituá-la a deslocar-se naturalmente para cima; ninguém a habituaria a isso nem que a arremessasse mil vezes para o alto. E o mesmo a respeito do fogo. Ninguém poderá habituá-lo a tender naturalmente para baixo. Nada do que é constituído naturalmente de uma determinada maneira poderá ser habituado a ser de outra maneira. As excelências, então, não se geram em nós nem por natureza, nem contra a natureza, mas por sermos constituídos de tal modo que podemos, através de um processo de habituação, acolhê-las e aperfeiçoá-las. (ARISTÓTELES, 2009, p. 40. EN, Livro II, 1, 1103a 17-27).

²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. P.46. EN, Livro II, 4, 1105b 6-14. “Diz-se que determinadas ações são justas ou temperadas quando forem tais como o justo e o temperado as realizam. Mas justo e temperado não são os que realizam ações justas e temperadas, mas, antes, os que agem como os justos e os temperados. É por isso correcto dizer-se que o justo se torna justo por realizar ações justas e o temperado se torna temperado por realizar ações temperadas. Assim, ninguém se tornará sério, se não realizar nenhuma destas ações. Mas a maioria não pratica nenhuma destas ações. Refugia-se na mera discussão teórica, pensando que perseguir abstractamente um saber filosófico é suficiente para ser sério. A maioria age, assim, de modo semelhante àqueles doentes que ouvem com muita atenção o que os médicos lhes dizem, mas não fazem nada do que lhes foi prescrito”.

Do mesmo modo é o fenômeno jurídico, que está sempre a depender do risco da justiça não ser praticada, exatamente porque possui íntima relação com as ações humanas, que são construídas num imenso espaço de liberdade. Não há normatividade capaz de coordenar bem a liberdade sem que esteja presente o risco da desordem e do desvirtuamento. Não há como disfarçar a dificuldade enfrentada pelo Direito numa realidade ética atual fragmentária e plural por meio da alegação de uma suposta objetividade legal capaz de resolver eficientemente os conflitos sociais aparecidos. Em choque estão as exigências diversas e plurais da realidade ética e uma prática jurídica ainda predominantemente Positivista, acirrando a disputa por uma racionalidade prática mais condizente à realização efetiva da justiça.

Neste ponto, é interessante destacar que os diversos sentidos de justiça trabalhados por Aristóteles na obra *Ética a Nicômaco*, o conceito e aplicação da equidade como concretização da justiça, bem como o papel do *phronimos* na descoberta do que pertence a cada um a partir da superação do direito posto, tornando-o justo, demonstra que a análise do discurso aristotélico apresenta-se como um meio de melhor compreender o processo de realização do Direito no contexto contemporâneo.

O aproveitamento do discurso aristotélico é reconhecido a partir da necessidade de observação do particular perante as exigências éticas do contexto atual, tendo em vista a constituição de uma racionalidade prática capaz de fornecer métodos e critérios de resolução prática dos conflitos racionais e compatíveis com os contextos que regulamenta.

A tentativa de criar fórmulas baseadas numa lógica matemática para regular o processo social como que se fosse possível apreender em regras o intenso dinamismo e mutabilidade da realidade prática vão de encontro à necessidade que o Direito tem como ciência de regular os casos concretos em sua particularidade, não por um problema de legalidade ou do próprio sistema legal, mas pela natureza mesma das coisas ligadas à prática do processo social. Daí, a irredutibilidade do Direito a fórmulas que busquem antecipar o conteúdo de suas decisões, numa síntese do passado das realidades problemáticas, em regras invariáveis. Isto porque,

As regras jurídicas não são o direito; descrevem o direito. O direito é algo que lhes preexiste (jud quod est), objeto de pesquisa permanente e de discussão dialética, com o qual jamais coincidirão nossas fórmulas.

Porque as regras descrevem o direito de modo sempre incompleto, seria errado atribuir-lhes uma autoridade absoluta. (VILLEY, 2007, p. 67).

Mediante esta crise de legitimidade por que passa o Direito contemporâneo, a Equidade²⁷, a Phronesis e a Justiça, com os sentidos atribuídos a elas no discurso aristotélico, representam uma alternativa para recuperação da eficiência regulativa do sistema jurídico. Isto porque, a compreensão do caso concreto mediante a universalidade da lei favorece uma interpretação conforme a justiça, atribuindo, a cada um, o que é seu numa superação do direito posto. Neste ponto, é importante que se diga, que estamos nos referindo à equidade considerada sob a perspectiva do paradigma retórico e não baseada na lógica positivista, na qual ela é considerada fonte normativa não principal, servindo como mero critério de correção da justiça legal a partir do método da integração normativa.

5.2. Equidade como superação da Justiça Legal a partir da realização do próprio sistema jurídico

Antes de adentrarmos ao tema, é importante destacar novamente que o sentido grego aristotélico atribuído à justiça legal refere-se a um conjunto de disposições de leis inspiradas numa certa perfeição cósmica, reguladoras da comunidade política, tendo em vista a conquista do bem comum. Nesse sentido, a ação do homem eqüitativo, que no processo de correção do justo

²⁷ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. P. 171. “O poder judiciário, portanto, não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação) do direito. Isto não exclui, entretanto, que o juiz seja em qualquer caso uma fonte delegada. Isto acontece quando ele pronuncia um juízo de equidade, a saber, um juízo que não aplica normas jurídicas positivas (legislativas, e podemos até acrescentar; consuetudinárias) preexistentes. No juízo de equidade, o juiz decide segundo consciência ou com base no próprio sentimento de justiça (...) Ao prolatar o juízo de equidade, o juiz se configura como fonte de direito, mas não com fonte principal, mas apenas como fonte subordinada, porque ele pode emitir um tal juízo somente se e na medida em que é autorizado pela lei, e, de qualquer maneira, nunca em contraste com as disposições da lei”.

legal age como se legislador fosse do caso concreto, pressupõe, portanto, um conhecimento considerável da própria legalidade, tendo em vista que somente aquele que tem conhecimentos suficientes do próprio conjunto de leis pode construir uma alternativa para o caso concreto que resguarde as intenções gerais da justiça impregnadas pelo sistema jurídico legal e ao mesmo tempo crie um meio para a resolução sistemática do caso, gerando como consequência de suas ações bens compatíveis com o próprio sistema. O aplicador do Direito para que seja eqüitativo,

[...] não será tão rigoroso na aplicação intransigente da lei que se torne obsessivo, mas, embora a tenha do seu lado, será suficientemente modesto ao ponto de ficar com uma parte menor do que lhe seria devido. Isto é, mantém-se eqüitativo. (ARISTÓTELES, 2009, p. 125. EN, Livro V, 10, 1138a 2-3).

Quando Aristóteles diz que para ser eqüitativo o homem não deve ser tão obsessivo e intransigente na aplicação da lei, mesmo que a lei esteja do seu lado, ele deseja exaltar o princípio de que a equidade recupera o sistema legal pelo revigoramento de seu fundamento de validade que é a conquista da justiça. Isto ocorre, a partir do momento em que a equidade permite pela sensatez uma compreensão profunda das relações existentes em função da observação da realidade prática em suas circunstâncias. Possuindo um desejo reto e agindo por meio de um raciocínio verdadeiro será capaz de realizar a justiça, atribuindo-se adequadamente a cada um o que é seu. Mantém-se como homem eqüitativo aquele, que ao invés de extremar-se numa radicalização do processo de aplicação global da lei prefere tomar para si quantidade inferior de bens e atribuir ao outro, quantidade inferior de males, por meio da observação das realidades particulares que o envolve num processo de compreensão mais trabalhoso e delicado do problema que lhe exige uma solução adequada, não atingida pela universalidade da lei. Tudo isto porque este homem anseia pela prática da justiça. O acordo realizado em processos judiciais talvez represente um dos melhores exemplos práticos a respeito da equidade. Isto porque o acordo não é o melhor para nenhuma das partes, mas também não é ruim para nenhuma delas. Aquele que abre mão de parte do seu direito o faz porque

compreende as circunstâncias particulares que regem o caso ao ponto de preferir a solução a manter-se obcecado ao que a lei lhe confere.

Nesse sentido, a justiça como equidade é uma disposição de caráter, que não é mero instrumento hermenêutico de boa interpretação da lei. Ao agir por meio da equidade o aplicador da lei apegar-se ao sentido de Direito enquanto justiça e não enquanto legalidade, haja vista que a legalidade desloca-se da lei para a própria realidade prática. Não se pode dizer, portanto, que o problema da lei é um problema apenas hermenêutico, sendo que a correção do justo legal seria uma forma de interpretar a lei num sentido superior de justiça imanente a uma legalidade presumida como perfeita. A Equidade é mais que mera correção do justo legal. Trata-se da ânsia pelo justo na superação do legalmente posto, mediante a observação práticas de circunstâncias que devem ser especialmente consideradas.

É assim que a equidade pode ser considerada mais que um instrumento de hermenêutica jurídica. Isto porque representa o próprio fundamento da justiça como forma de realização do equilíbrio e do meio termo proporcional entre as partes. Ou seja, a equidade é um instrumento de dar atenção às particularidades do caso. Ela está além de uma legalidade formal, embora seja através do próprio sistema legal e de seu modelo de justiça que se retire a aplicação da equidade. Deste modo, a manipulação do sistema legal tem como fim a justiça, mas não é a lei em seu sentido estrito que serve de instrumento para realização da equidade e sim o senso de justiça encontrado como estado de ansiedade no homem eqüitativo que mantém firme seu propósito de atingir o justo, recuperando sentidos desperdiçados para realização do projeto maior de um homem justo, que é a prática da justiça.

Estes sentidos recuperados encontram-se disponíveis na realidade prática problemática, que é por natureza mutante, não sendo um problema da lei e de sua legalidade e sim da natureza do processo social, imprescindível para realização do Direito enquanto ciência da justiça. Desta maneira, somente realiza a equidade aquele que lança mão do conhecimento completo e maduro da situação problemática, o que lhe torna capaz de lançar mãos de variadas estratégias para realização de suas finalidades. Como é preciso definir bem os meios para que a ação seja correta e condizente ao fim, o pensamento eqüitativo realizado somente pelo phronimos representa a superação do

sistema legal pela análise e compreensão do próprio sistema numa superação do direito posto, tornando-o outro.

Mas porque então que há casos em que o aplicador do direito na utilização da lei como instrumento para realização da justiça, ainda que não completamente adequada naquela circunstância, não consegue organizar seus métodos ao ponto de atingir os resultados mínimos propagados pelo sistema legal? A Equidade representa um esforço contínuo, interdisciplinar e dialético de busca pela compreensão do problema em sua ampla relação com o contexto em que se insere. Ela visa adequar o generalismo da lei ao caso concreto de modo proporcional, atribuindo a cada qual o que é de direito mediante a observação do agir prático circunstancial. Assim sendo, a equidade é aplicada em praticamente todo ato judicial, pois cada ato lança mão de meios para realização de determinados fins, sendo que o ato maior de um processo que é julgar representa tão somente um resultado final do processo de compreensão daquela realidade problemática. A Equidade está presente em todo o processo e é utilizada continuamente, sempre que se exige maior observação das particularidades, pois o pensamento eqüitativo conforma-se com a lei, adaptando-a aos casos regulados. O homem eqüitativo não rompe com o sistema, conserva-o, porém o reforma de modo mais inteligente e dinâmico. Daí, a extrema necessidade de conjugarem-se equidade e phronesis para realização da justiça, pois é esta última que fornecerá os meios adequados de realização deste processo.

Pode-se dizer que a equidade e seu resultado prático não é algo idêntico à lei e nem com ela incompatível, mas sim a superação do sistema legal por meio de uma observação atenta das peculiaridades do caso, o que permite a extração de uma compreensão inteira e completa dos melhores meios para realização da justiça.

5.3. *A configuração da Phronesis como razão prática e sua contribuição para realização do Direito*

A Equidade é uma virtude ética que serve como mecanismo de concretização da justiça. Por corrigir e adequar proporcionalmente os conhecimentos trazidos pela generalidade da lei aos casos particulares, a equidade é também um meio de materialização da própria justiça legal. Sabe-se que o problema lançado por Aristóteles está na raiz do fenômeno jurídico. A ordem legal nada mais é do que uma forma de proteger e salvaguardar um conjunto de bens reconhecidos como importantes para o desenvolvimento individual e coletivo, que por estarem susceptíveis à constante deterioração exigem uma proteção e esta proteção é exercida por meio da legalidade. Assim sendo, a lei surge para regular uma situação específica desenvolvida na realidade prática. Esta realidade problemática, que a todo tempo está a exigir desta ordem legal, novas posturas compatíveis com os sentidos também novos surgidos no desenvolvimento ligeiro das relações sociais cria um déficit de regulação por não ser acompanhada pela generalidade da lei. Isto porque o processo histórico cultural se realiza num patamar mais rápido que a institucionalização das próprias leis em seu processo de elaboração.

Este descompasso acaba por exigir metodologias mais elásticas que permitam ao aplicador da lei a elas recorrer, a fim de concretizar a justiça. Portanto, se interessa mais ao Direito o reconhecimento da Justiça, fonte de sua legitimidade e validade, do que uma possível perda da segurança jurídica, em razão da abertura provocada pela possibilidade de se recorrer a estruturas de solução de problemas fora da legalidade no sentido estrito do termo, a Equidade, apresenta-se como uma alternativa para se resguardar a estabilidade da própria ordem de leis, por confirmar a inteligência do sistema geral em tratar de modo igual às situações iguais e desigual as situações que exigem tratamento especial em função de sua diferença material, exatamente por dar atenção ao particular circunstancial.

O papel do juiz neste processo é ainda mais fundamental para a garantia da justiça, pois é ele o responsável por mensurar o arranjo de respostas a serem ofertadas pelo Direito para solucionar as exigências sociais que lhes

chegam. Recorrer à Equidade é, sem dúvida, um importante instrumento de resguardo às diferenças casuais pelo desejo reto da justiça, mas o juiz deve também saber agir, no caso, saber aplicar a lei, conforme o que é justo. Nesse sentido, é inequívoca a necessidade de se recorrer à virtude da sabedoria prática para que tenha a possibilidade de avaliar toda sistematicidade da ordem legal, considerando os fatores que interferem na concretização da justiça. Isto porque a sensatez permite a ele prover estratégias plurais e eficientes de realização do próprio sistema legal, ou seja, permite agir com correção, raciocinar de modo verdadeiro, mantendo-se íntegro no processo de adotar como prática apenas o que é conforme justiça. Do necessário entrelaçamento existente entre Equidade e Phronésis permite-se superar o direito posto, tornando-o uma prática constante de justiça.

O pensamento do phronimos representa uma contribuição fundamental para que a Equidade não importe em transgressão injustificada da lei e para que ela de fato alcance suas finalidades éticas pela capacidade calculadora da alma de encontrar os meios para realização do fim e de realizar com correção e eficiência as ações práticas condizentes com a justiça.

Por isto, pode-se dizer que a equidade e a Phronésis desenvolvem-se em quase todas as atividades judiciais durante o desenvolvimento processual, não podendo ser reduzidas tão somente à fase de decisão. Isto porque o pensamento prático equitativo por ser uma colaboração para concretização da justiça, seu fim principal, deve preocupar-se com todos os atos que predisõem esta realização, adaptando em cada situação problema a generalidade da lei ao caso concreto e lançando mão de estratégias plurais para solução dos problemas. Sendo assim, do mesmo modo que para decidir o juiz deve levar em consideração todos os sentidos particulares capturados em função da observação do agir prático em sua circunstancialidade, ele também fará uso de tais virtudes ao solicitar uma prova pericial, para considerar determinados fatos como relevantes no processo, para justificar suas decisões e consequentemente diversos atos processuais.

A justiça, portanto, deve ser percebida num processo de avaliação das circunstancialidades do caso concreto, adaptando toda generalidade da lei por meio da realização da equidade como pensamento proporcional. A tentativa de resumir em fórmulas matemáticas a ciência jurídica por meio de parâmetros

antecipadamente institucionalizados não acompanha a necessidade que o Direito contemporâneo tem de realizar a justiça por meio de uma atenção especial ao problema particular. A Phronésis como racionalidade prática do saber realizar permitirá o provimento das melhores estratégias e das mais condizentes à realização da justiça, haja vista que se direciona para a prática de uma boa decisão. O Direito é um processo em construção, sem uma resposta pronta e definitiva, ainda mais com as exigências plurais e casuais que marcam o contexto contemporâneo, em que mais do que nunca percebe-se que os elementos gerais da lei são insuficientes à realização do Direito.

Na contemporaneidade este problema avulta-se ainda mais, pois a realidade problemática marcada pela pluralidade e fragmentação de valores exige ainda mais o papel do juiz vivente autêntico do problema, que busca alternativas processuais e pensamentos de justificação racional para os casos mal regulados pela legislação geral. Trata-se de ter acesso às informações e valores substanciais dos litígios. Este juiz deve interessar-se pelo problema e distanciar-se da facilidade exegética trazida pela lei.

Todo caso é circunstancial na medida em que diferentes são as partes e os elementos processuais. Seu interesse pelo problema é seu interesse pela função judicial e ser phronimos representa mensurar com intensidade todo o emaranhado de respostas possíveis às situações problema e ofertar a cada uma delas, no desenvolver do processo judicial, as respostas mais condizentes à realização das finalidades jurídicas.

Contudo, o fato da sensatez ser uma virtude pessoal não nos induz a pensar que a posição ocupada pelo juiz como um terceiro entre as partes exige dele outra virtude para concretização dos fins que visa? Como a Phronésis adapta-se a este caso específico de avaliação e decisão, haja vista que a princípio ela é uma virtude avaliada nas relações inter-pessoais?

5.4. A virtude da Synesis no processo de compreensão do papel do juiz e da realização do Direito

Com o desenvolvimento dos estudos a respeito da virtude ética da Equidade e da virtude dianoética da Phronesis no processo de constituição de uma ação justa percebe-se que a aplicação destas virtudes na obra aristotélica foram analisadas em função de relações interpessoais. Isto significa que, a princípio, possamos estar diante de um obstáculo na aplicação dos conhecimentos referentes à Phronésis e à Equidade na ciência jurídica. Esta afirmação decorre do fato de que a posição ocupada pelo juiz entre as partes é distinta da posição ocupada pelas partes entre si no processo de ação prática. Em geral o homem sensato é analisado na obra aristotélica de modo predominante como agindo em relação à outra pessoa. É certo que o que interessa é a busca de uma orientação do modo como se desenvolve a ação justa e como a justiça pode contribuir para realização do Direito a partir dos fundamentos aristotélicos sobre Equidade e Phronesis. No entanto, a marca destas diferentes posições ocupadas pelos agentes não deixa de ser um ponto a ser superado por uma compreensão sistemática da ética nicomaquéia.

É importante que se ressalte que já na Grécia Antiga houve um deslocamento da concepção de justiça como universal para uma concepção particular de justiça. Do mesmo modo a noção do Direito passa por estas transformações. Isto porque se muda de uma noção geral, cósmica e universal para uma noção particular, humana e distribuidora de bens na comunidade política. Esta saída do Direito de uma ordem subjacente para uma estrutura externa propositiva de ordem fez surgir a figura do juiz como elemento indispensável na realização da Justiça e do Direito, exatamente por ele ter como papel fundamental distribuir e proteger os bens considerados relevantes por uma da comunidade.

Para se ter uma idéia, o Livro V de *Ética a Nicômaco* representa um claro exemplo da preocupação de Aristóteles com a realização da Justiça Jurídica dentro do contexto da época, desvincilhada de questões de ordem cósmica. As avaliações dos comportamentos humanos e seus costumes éticos, assim como a revelação de diversas acepções práticas sobre modos de justiça

indicam a derivação das primeiras idéias de Direito como um sistema que protege determinados bens e valores. Michel Villey em seu livro “O direito e os direitos humanos”, analisando a obra Aristotélica diagnostica três atributos do direito surgidos na análise da justiça particular:

1) Um objeto: O direito é um objeto exterior ao homem [...] 2) Uma proporção: O ‘tò díkaion’ é uma proporção, - um análon: efeito de uma partilha proporcional. [...] 3) Um meio entre dois extremos: Para completar a análise do díkaion, Aristóteles o define por um terceiro termo: o méson. Essa palavra permitirá compreender não só o objetivo perseguido, mas o método utilizado pela ciência do direito. (VILLEY, 2007, p.45-52).

O primeiro termo indica uma separação existente entre aquele que é portador da justiça (visão moral interna e subjetiva) e as disposições que protegem a justiça como objeto de uma dada legalidade (visão jurídica externa e objetiva). Trata-se de uma diferenciação proposta séculos depois por Immanuel Kant (KANT, 2003, p. 74) entre moral e direito, a partir da autonomia e da heteronomia, que de certa forma nos auxilia a compreender a identidade do Direito e o modo como ele foi se desenvolvendo ao longo da história.

É o início da percepção de que há determinados bens, objetos da justiça particular e até mesmo da justiça geral, que por serem importantes para manutenção da ordem comunitária devem ser protegidos por meio de um aparelho externo e com capacidade de se impor.

Ao caracterizar a justiça particular como uma forma de partilha de bens e ônus dentro de uma relação social, Aristóteles evidencia o direito subjetivo como uma parte que cabe ao sujeito dentro do complexo social e ser justo nesta situação é partilhar devidamente tais bens e tais males. Mas, e se esta partilha não ocorrer segundo uma justa proporção?

É aqui que se define precisamente a necessidade do juiz no processo de constituição da justiça. A ele cabe indicar e dizer o Direito (justo) presente no caso entre as partes. Inclusive, é importante que se enfatize que o radical “*Dik*”, presente na definição de justiça para os Gregos, donde também deriva a palavra “*Tó Dikein*” significa “dizer o direito” presente num caso. Assim,

Dikaios, to dikaia, dikein em oposição a adikaios, to adikaia, adikein são traduzidos tendo em vista a oposição entre JUSTIÇA e INJUSTIÇA. Na raiz das palavras portuguesas está o étimo latino IVS, direito. Se, mantivermos, então, presente o sentido do étimo, a teia de significação encerra conceitos como legalidade e ilegalidade, respeitar ou desrespeitar os direitos de outrem e, assim também, então: justiça e injustiça. Contudo, no étimo do grego, encontramos DIK – a mesma raiz do verbo (...), apontar para (...), indicar(...). E o objecto dessa indicação é o caminho em direcção ao restabelecimento da ordem e do equilíbrio das coisas. A adikaia exprime assim perda do equilíbrio, desordem, saída para fora dos eixos, desvio, e assim também transgressão. (ARISTÓTELES, 2009. p. 259).

No latim a palavra “*judicare*” também indica-nos que os termos referentes à justiça assemelham-se a “dizer o direito”, ou seja, indicar naquele caso concreto qual é o direito existente. Esse Alguém que diz o direito necessariamente deve ser externo à relação avaliada. Assim sendo, quem diz o direito, diz em relação a algo que observa. O juiz tem o papel de dizer o direito entre as partes envolvidas num dado conflito social. Sua sentença, ou seja, sua máxima decisão, “*gnome*²⁸” representa uma possível solução para aquele problema avaliado e que para ser justa depende de uma série de ações conformes à justiça.

Sabe-se que para realização da justiça não basta somente desejá-la, nem mesmo basta ser um homem equitativo para aplicar a equidade, haja vista que as virtudes éticas, embora importantes no processo de constituição da ação justa, não são suficientes para sua realização prática. É preciso a intermediação da sensatez como capacidade calculadora de estabelecer as melhores estratégias, discernindo o que é compatível ou não à realização deste fim, ou seja, capacidade de realizar, de agir bem, de construir um raciocínio capaz de chegar ao fim, mantendo íntegro o desejo reto. Entretanto, por ser a Phronesis uma virtude circunscrita ao ambiente pessoal, na qual a pessoa é um participante ativo no processo de desejo e realização da justiça, muitas vezes em relação a uma outra pessoa, com a posição ocupada pelo juiz de um terceiro equidistante entre as partes, restaria comprometida a aplicação da

²⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. P.261. “(...) significa juízo em geral, sentença ou máxima. Ser compreensível é uma forma de ter consideração por outrem, por isso, de julgar caracteres, condenar, mas, aqui, perdoar. O termo (...) significa julgar conjuntamente, ter simpatia por compreender e perdoar”.

justiça no caso? Restaria frustrada por uma impossibilidade lógica a realização da justiça, tendo por base a Equidade e a Phronesis? Então, como ser justo no papel de juiz? Se a virtude é necessária para realização do bem, considerado como ação prática justa, como será que o juiz no caso concreto exercerá esta virtude? Restará a ele tão somente uma aplicação mecânica da lei, visto que não tem como utilizar a sensatez como instrumento de realização da justiça?

Nota-se, portanto, que não é possível extrair da obra *Ética a Nicômaco* uma concepção de que o eqüitativo ou o justo possa ocorrer de um juiz para as partes, haja vista que ele estaria impossibilitado de exercer a sensatez como disposição dianoética de caráter por se tratar de uma virtude pessoal e ele, no papel de juiz, avaliar situações externas. Além disso, o juiz somente tem condições de dizer o direito porque se encontra eqüidistante das partes de modo que observa o que ocorre sem fazer parte do problema. A idéia presente em “dizer” o direito é um tanto quanto distinta da idéia de viver o direito, pois quem diz dele, não necessariamente participa diretamente, embora seja também possível ao juiz desejar a justiça como disposição ética de caráter.

No caso específico de realização da justiça jurídica por parte do juiz esta somente será possível pelo exercício da virtude dianoética da Synesis, traduzida também como compreensão ou bom entendimento do caso. Aristóteles traduz esta virtude da seguinte forma:

“Entendimento e bom entendimento são aquelas qualidades segundo as quais dizemos que alguém tem entendimento ou é bem entendido, e não é o mesmo que conhecimento científico ou opinião (porque assim todos seriam pessoas entendidas), nem se trata de um conhecimento científico particular, como a medicina a respeito da saúde e a geometria a respeito das grandezas [espaciais]. Não há também entendimento acerca dos entes que são eternos e são imutáveis, nem acerca de tudo o que tenha acontecido, mas apenas acerca daqueles entes relativamente aos quais há dificuldade de compreensão e sobre os quais é possível deliberar. É por este motivo que há entendimento acerca das mesmas coisas a respeito das quais se pode ser sensato. Contudo, entendimento e sensatez não são o mesmo. Enquanto a sensatez tem uma função de comando, a respeito do que se deve ou não fazer — e esse é o seu fim —, o entendimento tem uma mera função de discernimento. Entendimento e bom entendimento, ou ter entendimento e ter um bom entendimento, são a mesma coisa. (ARISTÓTELES, 2009, p. 140. EN, Livro VI, 10, 1142b34 a 1143 a12).

Deste modo, possuir entendimento diz respeito às mesmas coisas daquele que é sensato. A diferença é que a sensatez possui uma função de comando na criação de estratégias de ação prática, que pertencem às pessoas que são participantes diretas do processo de desejo e realização da ação, enquanto que o entendimento é a capacidade de compreensão, de análise profunda e detida da realidade observada por meio do discernimento do que afeta ou não a realização de um certo fim. Se, é fato que a justiça jurídica ou legal somente pode concretizar-se com a observação de questões particulares, muitas das vezes desconsideradas pelo tratamento convencional e generalista da lei, certo é que a compreensão do caso concreto desempenhará uma função crucial na aplicação da equidade como critério de constituição da justiça. Como a Synesis se constitui como virtude de caráter também radicada na alma humana, ela apresenta-se como uma constante e permanente forma de se atentar para as questões particulares baseadas nas circunstâncias práticas e assim aumenta as chances de realizar a justiça a partir do oferecimento de uma unidade de sentido para aplicação da lei, provendo de estratégias seu aplicador.

Sinteticamente a realização da equidade como virtude ética que se preocupa com as circunstâncias práticas, aplicando a lei de modo proporcional dependerá também da parte racional da alma humana para que desenvolva um raciocínio de compreensão e consideração das situações particulares e daquilo que afeta ou não a realização da justiça. A retidão do desejo de justiça continua sendo um moderador na realização do justo, haja vista que repulsa aquilo que é contrário à realização do bem. Destarte, esta capacidade de compreender, de bem entender os casos envolve uma capacidade de perdoar. Isto porque o juiz na aplicação da lei não deve ser obcecado pela legalidade. Aplica a lei proporcionalmente e considera as particularidades presentes, discernindo e separando aquilo que é conveniente à justiça de acordo com o que se vai observando de cada vez. Este tratamento adequado das situações desiguais deriva de seu poder de compreensão e discernimento.

Ora, quando alguém tem capacidade de discernimento acerca daquelas coisas que dizem respeito ao sensato, mostra ter entendimento e ser bastante compreensível ou ter capacidade de

perdoar, porque todas as ações equitativas são comuns a todos os homens de bem nas suas relações com outrem. Assim, a possibilidade de ação diz respeito às situações que de cada vez se constituem em particular e aos seus limites extremos. Na verdade, também o sensato deve poder reconhecer a particularidade e o limite das situações que de cada vez se constituem; ter entendimento e poder de compreensão dizem respeito às situações particulares da ação; tais situações são limite. (ARISTÓTELES, 2009, p.141. EN, Livro VI, 11, 1143a 30-36).

É este poder de compreensão que permite uma aplicação não convencional da lei, de modo não rotineiro, de tal forma que a lei não é tomada presumidamente e antecipadamente como instrumento absoluto de realização da justiça. Tudo isto, desde que se deseje com retidão a justiça (Fim do Direito) e tenha na equidade um instrumento de aplicação proporcional da lei.

Todavia, mesmo que se deseje com retidão a justiça, mesmo que se possua a equidade como virtude ética do caráter tendente a considerar proporcionalmente as questões particulares, mesmo que se tenha entendimento e compreensão dos casos concretos, lançando mão de estratégias plurais de solução dos conflitos apresentados a partir deste tipo de análise, ainda assim não se terá atingido a justiça jurídica.

O juiz deve ainda realizar um último ato no processo de constituição da justiça, que é decidir conforme o que é justo. A sentença, conhecida como “*gnome*²⁹” representa o juízo em geral capaz de solucionar o que foi observado

29 LIDELL SCOTT. Dicionário, 2010. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>>. Acesso em 10 de Agosto de 2010. **gnôm-ê**, **hê**, **A.** means of knowing: hence, mark, token, Thgn.60 (pl.); of the teeth (cf. **gnômôn** 111), Arist.HA576b15. **II.** organ by which one perceives or knows, intelligence. **1.** thought, judgement (tês psukhês **hê** g. **Pl.Lg.672b**), **ekmathein psukhên te kai phronêma kai** g. **S. Ant.176** : acc. abs., **gnômên hikanos** intelligent, **Hdt.3.4**; g. **agathos, kakos, S.OT687, Ph.910; toiade tèn** g. **Id.El.1021** ; **kata** g. **idris Id.OT1087** (lyr.); **gnômai diploan theto boulan Pi.N.10.89** ; **gnômêi mathein ti S.OC403** ; **gnômêi kurêsas Id.OT398** ; **gnômêi phrenôn**, opp. **orgêi**, ib. **524**; **gnômês xunesis Th.1.75** ; **gnômês mallon ephodôî ê iskhuos Id.3.11** ; **tais** g. **kai tois sômasi sphallesthai X. Cyr.1.3.10** , cf. **Th.1.70**; **gnômêi**, opp. **tukhêi, sôphronountes Isoc.3.47** ; **gnômês haptesthai** affect the head, of wine or fever, **Hp.Acut.63, Fract.11**; **gnômên ekhein** understand, **S. El.214** (lyr.), **Ar.Ach.396**; **pantôn** g. **iskhein S.Ph.837** (lyr.); **prosekhein gnômên** give heed, attend, **deuro tèn** g. **prosiskhete** Eup.37 ; **pros heteron gnômên ekhein Aeschin. 3.192** ; to be on one's guard, **Th.1.95**; **dêloun tèn** g. **en tini** to show one's wit in . . . , **Id.3.37**; **en gnômêi ti parastêsai D.4.17** ; **apo gnômês pherein psêphon dikaian** with a good conscience, **A.Eu.674**; but **ouk apo** g. **legeis** not without judgement, with good sense, **S.Tr.389**; **ater gnômês A.Pr.456** ; **aneu** g. **S.OC594** ; **gnômêi kolazein** with good reason, **X.An.2.6.10**; **gnômêi têi aristêi** (sc. **krinein** or **dikazein**) to the best of one's judgement, in the dicasts' oath, **Arist.Rh. 1375a29**; **hê kaloumenê** g. **tou epieikous krisis orthê Id.EN1143a19** ; so **peri hôn an nomoi mê ôsi, gnômêi têi dikaiotatêi krinein D.20.118** ; g. **têi d. dikasein omômokasin Id.23.96** , cf. **39.40**; **têi** d. g. **Arist.Pol.1287a26** ; **hostis gnômêi mê kathareuei** has not a clear conscience, **Ar.Ra. 355**. **2.** will, disposition, inclination, **eusebei gnômai Pi.O.3.41** ; g. **Dios A.Pr.1003** ; **en gnômêi gegonenai tini** to stand high in his favour, **Hdt.6.37**; **pasêi têi** g. with all one's zeal, **Th.6.45**; **tina autous oiesthe** g. **hexein peri sphôn autôn And.1.104** ; g. e. **peri tina Lys.10.21** ; **pros tous**

conforme a justiça. Isto porque a avaliação que se faz no âmbito jurídico é sempre com base numa relação problemática, que ofende a determinados bens considerados relevantes pelo direito. Trata-se de uma síntese unificada de tudo aquilo que se viu e observou no desenvolvimento regular do processo. É o momento final que deve ser amplamente compatível com o que se foi construindo pela utilização constante da equidade e da compreensão numa busca por adequar proporcionalmente a lei ao caso concreto.

Alguns sentidos ofertados à “gnome” nos chamam atenção no Dicionário Lidell Scott. A Gnome no senso comum é traduzida como sentença, julgamento, veredicto ou decisão final, resultado de um longo processo de interpretação e compreensão do caso e do problema. Seu objetivo principal é a resolução pacificadora do problema avaliado, propondo algo como solução. A necessidade de proporção e consideração de todos os fatores envolvidos no caso é crucial para que uma sentença seja justa e conforme a justiça. Não basta uma avaliação convencional ou superficial do caso. É preciso atenção aos elementos envolvidos, mesmo porque toda decisão deve ser motivada e justificada racionalmente. Nesse sentido, a sentença é também um

[Athēnaious tēn](#) g. [ekhein](#) to be inclined towards . . . , [Th.5.44](#); [empimplanai tēn](#) g. [tinōs](#) satisfy his wishes, [X.An.1.7.8](#), cf. [HG6.1.15](#) (pl.); [aph' heautou gnōmēs](#) on his own initiative, [Th.4.68](#); [ek mias](#) g. of one accord, with one consent, [D.10.59](#); [miai gnōmēi](#) [Th.1.122](#) , [6.17](#); [dia mias](#) g. [gignesthai Isoc.4.139](#) ; [kata gnōmēn](#) according to one's mind or wishes, [hotan takei thō kata gnōmēn emēn E.Andr.737](#) ; [an ti mē kata](#) g. [ekbēi D.1.16](#) : in pl., [philiai gnōmai](#) friendly sentiments, [Hdt. 9.4. III. judgement](#), opinion, [brotōn](#) g. [Parm.8.61](#) ; [tautēi](#) . . . [tēi gnōmēi pleistos eimi](#) I in cline mostly to this view, [Hdt.7.220](#) (s. v.l.); also [tautēi pleistos tēn gnōmēn eimi](#) [Id.1.120](#) ; [hē pleistē](#) g. [esti tini](#) [Id.5.126](#) ; tleon [pherei hē](#) g. [tini](#) [Id.8.100](#) ; [to pleiston tēs](#) g. [eikhen](#) . . . [prosmeixai](#) [Th.3.31](#) ; [gnōmēn tithesthai](#) [Hdt.3.80](#) ; [houtōs tēn](#) g. [ekhein](#) to be of this opinion, [Th.7.15](#), cf. [X.Cyr.6.2.8](#), [Ar.Nu.157](#); [ei tini](#) g. [toiautē pareistēkei peri emou](#) [And.1.54](#) ; [tēn autēn](#) g. [ekhein](#) [Th.2.55](#) ; [tēs autēs](#) g. [einai, ekhesthai](#), [Id.1.113](#), [140](#); [ho autos eimi tēi](#) g. [Id.3.38](#) ; [kata](#) g. [tēn emēn](#) in my judgement or opinion, [Hdt.2.26](#), [5.3](#); ellipt., [kata ge tēn emēn](#) [Ar.Ec.153](#) , cf. [Plb.18.1.18](#), [D.H.Isoc.3](#): abs., [gnōmēn emēn](#) [Ar.V.983](#) , [Pax232](#); [para gnōmēn tois Hellēsin egeneto](#) contrary to general opinion, [Th.4.40](#); but [para](#) g. [kinduneutai](#) reckless venturers, [Id.1.70](#), cf. [4.19](#); [eipe mē para](#) g. [emoi](#) either contrary to my wish, or contrary to your true opinion, [A.Ag.931](#), cf. [Supp.454](#): freq. of opinions delivered publicly, [hestanai pros tēn](#) g. [tinōs](#) [Th.4.56](#) ; [Themistokleous gnōmēi](#) by the advice of Th., [Id.1.90,93](#); [gnōmēn apophainein](#) deliver an opinion, [Hdt.1.40](#); [apodeiknusthai](#) [ib.207](#); [ekphainein](#) [Id.5.36](#) ; [tithesthai](#) [S.Ph.1448](#) (anap.), [Ar.Ec.658](#); [apophainesthai](#) [E.Supp.336](#) ; [poieisthai peri tinōn](#) [Th.3.36](#) ; [gnōmas katethentō](#) have made up their minds, [Parm.8.53](#). **b.** verdict, [hē tou dikastou](#) g. [IG4.364](#) ([Corinth](#), iv A. D.), cf. [685.32](#) (pl., [Cret.](#), ii B. C.). **2.** proposition, motion, [gnōmēn eispherein](#) [Hdt.3.80](#) , [81](#); [eipein](#) [Th.8.68](#) , etc.; (but [gnōmas protithenai](#) hold a debate, [Th.3.36](#)); [gnōmai treis proekeato](#) [Hdt.3.83](#) : freq. in [Inscr.](#), resolution, [IG12.118.28](#), etc.; g. [stratēgōn](#) [ib.22.27](#); [Kleisophou kai siumprutaneōn](#) [ib.1](#); [hē ekpheromenē](#) g. [ib.1051c26](#); [gnōmēn nikan](#) carry a motion, [Ar.V.594](#), [Nu.432](#); [kratein tēi](#) g. [Plu.Cor.17](#) . **3.** [gnōmai, hai](#), practical maxims, [Heraclit.](#) 78, [S.Aj.1091](#), [X.Mem.4.2.9](#), [Arist.Rh.1395a11](#) (sg., [1394a22](#)). **4.** in pl., fancies, illusions, [S.Aj.52](#). **5.** intention, purpose, resolve, [apo toiasde gnōmēs](#) with some such purpose as this, [Th.3.92](#); [gnōmēn poiei](#) [sthai](#), c.inf., propose to do, [Id.1.128](#); [kata gnōmēn](#) of set purpose, [D.H.](#) 6.81 (so also [gnōmēs](#) [Lib.Or.33.13](#) , [50.12](#)); [tina ekhousa gnōmēn](#); with what purpose? [Hdt.3.119](#); [oida d' ou gnōmēi tini](#); with what intent? [S.OT527](#), cf. [Aj.448](#); [hē xumpasa](#) g. [tōn lekthentōn](#) the general purport . . . , [Th.1.22](#); [ēn tou teikhous hē gnōmē](#) . . . , [hina](#) . . . the purpose of it was . . . , that . . . , [Id.8.90](#). Bottom of Form 1.

pensamento racional na qual o juiz dará o “dito” final sobre o caso, dizendo qual é o direito ali presente entre partes. Sua justificativa é fruto desta própria racionalidade necessária, visto que a decisão deve encontrar motivos para ser desta ou daquela forma de acordo com a investigação realizada.

Portanto, os elementos serão percebidos ao longo deste processo de avaliação, que para ser justo deve levar em consideração o caso perante a universalidade da lei e assim as virtudes da equidade e da *synesis*. Estas virtudes indicarão o caminho à compreensão autêntica da situação problema, sendo que a *gnome* nada mais é do que o poder de síntese intencional direcionado à propositura de uma ordem justa.

5.5. O Papel do Poder Judiciário na Contemporaneidade

Em consonância com os paradigmas científicos que atualmente marcam a ciência do Direito, a função jurisdicional do Estado desempenhada pelo Poder Judiciário também sofreu modificações e no atual contexto está buscando se adaptar às novas exigências de uma realidade sempre em transformação.

A abertura para os problemas sociais num processo de integração maior entre julgador e julgado, em que o Judiciário desempenha um papel ativo na compreensão das circunstâncias específicas que regulam o caso em concreto e ao mesmo tempo, utiliza a lei como base para construção de decisões justas e seguras podem se apresentar como os melhores instrumentos para que os juízes possam ter acesso às informações substanciais dos litígios. Uma postura que seja segura e aberta diante de uma realidade problemática complexa e em construção é a melhor medida para concretização da Justiça e de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, uma decisão jurídica para que seja justa deve compreender o mais amplamente possível, para posterior síntese (julgamento), toda esta realidade que envolve o litígio. A necessidade de se informar desta realidade problemática complexa e mutante, aliada às influências que uma decisão exerce na determinação dos comportamentos ético sociais, leva a concluir pela

abertura da ordem jurídica como requisito à sua legitimidade e condição para realização do Direito. Abertura esta que muitas vezes significa maior integração e participação dos setores envolvidos na realidade do processo judicial.

A neutralidade necessária ou possível para que o juiz possa alcançar uma interpretação o mais objetiva no caso em concreto, não significa que o juiz deva se desvencilhar de toda e qualquer influência política, social ou cultural, mesmo porque neste sentido nenhum juiz é neutro. Pelo contrário, se ao juiz é importante ter uma compreensão ampla e profunda do conflito social para que seu julgamento seja justo, não há outra medida senão conviver com as inconstâncias e temores que uma aproximação mais atenta da realidade problemática provoca. A ameaça de um Poder Judiciário exageradamente intervencionista que utiliza critérios inseguros deve ser combatida com políticas de controle de constitucionalidade das decisões com boa e razoável fundamentação das sentenças (Justificativas Racionais). Isto porque a decisão judicial como síntese de um longo processo de investigação das circunstâncias problemáticas da lide é resultado de um saber científico, cujo certificado de cientificidade não implica num saber técnico, teórico e formal, distante das influências práticas que inevitavelmente deve sofrer, apesar de também não ser fruto de um subjetivismo relativista e ideológico que coloca o julgador acima dos fatos e valores a serem julgados. A ciência do Direito possui estruturas racionais de uma ciência prática, que permitem sua validade como sistema de regulação e neste sentido a aplicação dos significados de Equidade, Phronesis e Justiça no discurso aristotélico podem auxiliar a realização do Direito.

Deste modo, a exigência de um juiz ativo, sensível às circunstâncias do caso e mais criativo no modo como compreende a lei e os valores é um juiz adequado ao contexto ético contemporâneo e mais próximo à justiça material³⁰. É mister encontrar um método capaz de viabilizar a emissão de juízos que tenham por base uma justiça não meramente formal, mas material, no sentido de vivência do Direito. Nesse contexto, a ampliação dos poderes dos juízes pode apresentar-se como um instrumento de definição e controle de políticas

³⁰ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. São Paulo: Millennium, 2005. P. 93. “A restrição do Direito à norma – de caráter abstrato e geral – não consegue conviver com a nova idéia de justiça, que implica uma grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada para lidar com o sempre mutante contexto social”.

públicas, de coordenação do processo social na definição do espaço público e privado, bem como no auxílio para coordenação de um projeto ético na contemporaneidade. Porém, tudo isto deve se realizar nos estritos limites das responsabilidades legais assumidas pelo Poder Judiciário de modo a consolidar o papel do Direito no contexto ético atual como meio de auxílio na constituição de uma razão prática individual e coletiva baseada no bem estar social e na felicidade humana.

Hoje, já voltamos a atingir uma posição de maior equilíbrio; se não subordinamos rigidamente os juízes aos textos lógico-formais, é porque não o compreendemos alheio ao mundo das realidades humanas, aplicando, como um simples autômato, imperativos de leis resultantes tão só de diretivas abstratas, ou agindo perigosamente, à margem da lei positiva, que lhe cabe aplicar com o sentido integral do direito; mas também não o colocamos acima das leis e das necessidades sociais de sua interpretação. (REALE, 2002, p. 438).

Atente-se que surgiu nos últimos tempos a exigência de maior participação do Poder Judiciário nos fenômenos éticos, políticos e sociais. Trata-se de uma reestruturação dos paradigmas clássicos de decisão e interdependência de poderes, bem como do antigo modelo de imparcialidade com que o Judiciário satisfazia-se em apenas aplicar a legislação mecanicamente. Nesse sentido, o papel político do Judiciário e de certo modo do próprio Direito na avaliação e determinação do que é permanente e do que é variável dentro do contexto ético representa um importante instrumento de acesso à democracia material, possibilitando assim a garantia do que é justo e essencial na realidade problemática das relações sociais³¹.

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 40. “Eis que a reconstitucionalização implicou nítido alargamento das funções dos juízes e uma maior participação do Judiciário nos problemas gerais da vida brasileira. Deste modo, cabe à comunidade dos profissionais do Direito uma reflexão mais profunda acerca destas questões, tendo em vista que a ‘nova retórica’ oferece novas possibilidades de reflexões no mundo do direito e postula uma integração maior entre a produção doutrinário-acadêmica e o cotidiano do juiz e do advogado. Ademais, nos últimos anos tem-se frequentemente sustentado uma fiscalização maior da atividade do judiciário, cogitando-se por vezes o controle externo deste poder. Trata-se de um debate difícil, complexo e delicado. Entretanto, pode-se apontar uma outra forma – diferente daquela do controle externo – de procurar garantir mecanismos de fiscalização da sociedade e da comunidade dos operadores do direito em relação do judiciário. Tal se daria, basicamente, a partir de uma outra perspectiva, situada numa dimensão metodológica, através de um exame mais apurado da fundamentação das decisões, à luz de todas essas cogitações de natureza teórica abertas pela *dérmarche* tópica. Neste quadro atual, onde tradicionalmente

No entanto, é importante que se diga que o movimento de politização do Poder Judiciário não deve significar necessariamente ideologização do mesmo, como se os juízes estivessem deliberadamente e aprioristicamente a favor de uma das partes em função das ideologias ou modos de compreender o mundo que possuem. Assim sendo, embora as idéias variem para cada julgador e elas se manifestem de diferentes formas, sendo um elemento ínsito a qualquer ser humano se orientar pelo modo que concebe os fatos e coisas, a defesa da politização do Poder Judiciário não representa um argumento a favor do psicologismo subjetivo relativista ou mesmo do Realismo Jurídico. Acredita-se na necessidade de maior participação do poder judiciário, sem necessariamente se envolver ideologicamente ao ponto de debilitar inclusive o caráter científico do saber jurídico, baseado na possibilidade de aplicação equitativa da lei, mediante a circunstancialidade prática do caso.

Para que se tenha maior controle de tais papéis a serem desempenhados, toda decisão como síntese de um intenso processo de investigação racional dos problemas que envolveram um determinado caso em concreto, deve ser respaldada por uma fundamentação técnica e racional condizente com o sistema legal vigente. Toda decisão como escolha ou opção livre, mas não arbitrária, por uma tese deve ser justificada racionalmente e os argumentos jurídicos que lhe dão validade apresentados publicamente. Assim sendo, ao julgar, o juiz não elabora uma decisão com base em suas vontades ideológicas ou subjetivas sem racionalmente declarar quais motivos jurídicos³⁴ lhe indicaram aquela determinada decisão normativa como a mais condizente àquela realidade fática, tendo em vista a conquista de uma ação justa.

Desta forma, uma decisão que não seja razoável³⁵ não pode ter validade. Esta razoabilidade, na verdade, representa uma necessária

garantida em nossa história jurídica, impõem-se uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juízes chegam às decisões que dirimem as lides a elas submetidas”.

³⁴ BRASIL. Lei Nº 5.969 de 11 de maio de 1973. In: *Código de Processo Civil*: Série Compacta, São Paulo, Ridel, 2001. Legislação Federal. Artigo 131. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

³⁵ SAINT-EXUPÉRY, Antoine. *O Pequeno Príncipe*, Trad. Dom Marcos Barbosa. 48ª. Edição. Rio de Janeiro: Agir. 2005. p. 40. “Eu desejava ver um pôr do sol[...]. Fazei esse favor. Ordenai ao sol que se ponha...”

- Se eu ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem – ele ou eu – estaria errado?

objetividade jurídica e um senso de proporcionalidade que deve estar embutido à decisão jurídica para que a mesma cumpra suas finalidades.

CONCLUSÕES

-Vós, respondeu com firmeza o príncipezinho.
- Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance no mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis”.

Os resultados obtidos neste trabalho de dissertação indicam que a reabilitação da filosofia prática como racionalidade coincide com a atualidade e importância do discurso aristotélico como alternativa de solução para uma série de problemas vivenciados na contemporaneidade. Neste contexto ético atual, em que predomina a pluralidade e diferentes concepções sobre os bens da vida, aumentam as dificuldades encontradas pelo Direito como sistema normativo de realizar funcionalmente seu papel de coordenar o convívio social por meio da proteção eficiente de determinados bens e valores.

Sendo assim, diversos assuntos debatidos por Aristóteles têm sido recuperados a fim de proporcionar maior legitimidade e realização do Direito como sistema por meio de uma aproximação do direito da ética. Os estudos realizados sobre a relação entre Equidade e *Phronesis* sinalizam a clara possibilidade de apropriação destes conceitos aristotélicos como instrumento de realização da Justiça e conseqüentemente do próprio Direito a partir da superação do direito posto, tornado-o justo. Isto porque, a Equidade, como virtude ética, funciona como instrumento de adaptação da generalidade da lei ao caso concreto, haja vista constituir-se como desejo reto e permanente de justiça. O papel da Equidade ultrapassa o papel de mero meio de correção da justiça legal, pois se instaura como virtude ética do homem bom em tomar para si apenas a quantidade devida de bens.

Entretanto, no processo de realização da ação prática direcionada à justiça, a Equidade como reto desejo de ser justo apresenta-se insuficiente. Neste cenário, surge a *Phronesis*, como virtude dianoética, que significa a capacidade de cálculo da alma humana de prover estratégias logicamente construídas para realização da ação boa. Ou seja, trata-se da capacidade de deliberação correta, de agir bem, de realizar um raciocínio verdadeiro ao ponto de atingir o fim a que se almeja de acordo com o reto desejo. Deste modo, o reto desejo direcionado à justiça somado à capacidade de saber agir na realização do fim (agir com correção) possibilitará a conquista da Justiça.

Vela destacar que, estes ambientes, ético e dianoético, da alma humana, representados pela Equidade e *Phronesis*, formam uma relação de interdependência constante e recíproca, visto que um sem o outro impede a concretização da Justiça. Não basta ser equitativo e possuir o reto desejo

direcionado à Justiça, se não se sabe como agir e realizar a Justiça (bem da ação prática). Do mesmo modo, não basta deter as melhores estratégias de realização do fim, se não se age conforme o reto desejo, ou seja, de acordo com o desejo direcionado à Justiça.

Os termos Equidade e *Phronesis* acima avaliados caracterizam uma clara tentativa de reconstituição do paradigma retórico do Direito a partir da análise do discurso aristotélico e apresentam-se como uma alternativa de realização do sistema jurídico contemporâneo, tendo em vista que viabilizam a superação do modelo positivista de direito baseado na crença absoluta na lei. Sabe-se da superação teórica do paradigma jurídico positivista na teoria do direito, embora este paradigma ainda se encontre arraigado na prática judiciária como predominante, sendo utilizado como critério de realização do direito. Esta reabilitação do paradigma retórico é na verdade a reabilitação da própria racionalidade prática e uma clara possibilidade de aproximação entre direito e ética. Esta aproximação é fundamental para realização da justiça pela lei, haja vista que o paradigma ético atual marcado pelo pluralismo exige soluções cada vez mais particulares e circunstanciais da lei, que somente realizará seus propósitos a partir da observação dos casos concretos. A reestruturação do paradigma jurídico positivista, hoje predominante na prática judiciária, a partir da aproximação do direito do paradigma ético pluralista eticamente predominante, representa uma alternativa clara para realização do direito perante o contexto ético atual que regulamenta.

Deste modo, os termos aristotélicos Equidade e *Phronesis* contribuem para o fortalecimento do processo de realização do Direito à medida que a equidade permite uma adaptação do generalismo da lei ao caso concreto, mediante a consideração de circunstâncias particulares na correção da justiça legal. Este desejo permanente de justiça deverá ainda sofrer a contribuição do *Phronimos* como sujeito descobridor do direito que pertence a cada um, sendo que tal processo realiza-se por meio da superação do direito posto para torná-lo outro. A superação do sistema legal representa, na verdade, a superioridade da justiça como valor fundador da vida em comunidade.

Portanto, a realidade prática simboliza o problema sobre o qual o Direito incide suas normas a fim de coordenar a coexistência social. Como esta realidade, ainda mais na contemporaneidade, é marcada por um intenso

dinamismo e pluralidade, seus contextos são mutáveis, alterando-se constantemente. Então, o Direito como sistema apresenta sempre um déficit de regulação, haja vista que a generalidade da lei não captura a variação dos contextos sociais. A utilização da equidade e da *phronesis* são uma necessidade para que o direito mantenha sua legitimidade perante o contexto regulado à medida que tais termos podem ser apropriados do discurso aristotélico como forma de contribuir para realização do Direito contemporâneo.

No entanto, é importante enfatizar, que no caso específico de realização da justiça jurídica por parte do juiz, esta somente será possível pelo exercício da virtude dianoética da *Synesis*, traduzida também como compreensão ou bom entendimento do caso. Isto porque, a priori, a sensatez abrange relações interpessoais, sendo que o juiz é um terceiro eqüidistante das partes que não vive diretamente o direito. Assim sendo, a *Synesis* também se constitui como virtude de caráter também radicada na alma humana, apresentando-se como uma constante e permanente forma de se atentar para as questões particulares baseadas nas circunstâncias práticas e assim aumenta as chances de realizar a justiça a partir do oferecimento de uma unidade de sentido para aplicação da lei, provendo de estratégias seu aplicador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

ALLAN, D. J. *A filosofia de Aristóteles*. Tradução de Rui Gonçalo Amado, 2. ed., Lisboa: Editorial Presença, [s/d].

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. 328 p.

ANAGNOSTOPOULOS, Georgios. *Aristotle on goals and exactness os ethics*. Los Angeles: University of California Press, 1994.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Volume V, II seção da II parte – questões 1-56, Tradução de Aldo Vannucchi *et al.*, São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *Suma Teológica*. Volume VI, II seção da II parte – questões 57-122. Tradução de Aldo Vannucchi *et al.*, São Paulo: Edições Loyola, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. 280 p.

ARISTÓTELES. *A ética*. Textos selecionados. Tradução de Cássio M. Fonseca, 2. ed. anot., Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Ética a Nicomaco*. Traducción de Maria Araújo, Julian Marias, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970.

_____. *Nikomachische Ethik VI*. Hrsg. übers. von Hans-Georg Gadamer, Frankfurt am Main: Klostermann, 1988.

_____. *Nicomachean Ethics*. Translated by H. Rackham, London, Cambridge: Harvard University Press, William Heinemann, 1934.

_____. *Aristotle's Ethica Nicomachea*. Recognovit brevique adnotatione critica instruxit I. Bywater, Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis, Oxford: Clarendon Press, 1890. Disponível em www.perseus.tufts.edu.

_____. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves, 4. ed., São Paulo: Atena Editora, 1955.

_____. *Arte retórica e arte poética*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho, Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1969.

_____. *Constituição de Atenas*. Tradução de Therezinha M. Deutsch, In: *Aristóteles (Os Pensadores)*, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1990.

_____. *Da alma (De Anima)*. Tradução de Carlos Humberto Gomes, Lisboa: Edições 70.

_____. *Poética*. Tradução de Baby Abrão, In: *Aristóteles (Os Pensadores)*, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1990.

_____. *Eudemian Ethics*. Translated by H. Rackham, London, Cambridge: Harvard University Press, William Heinemann, 1934.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 334 p.

BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral, Maria Stela Gonçalves, São Paulo: Edições Loyola, 2001.

_____. Life and work. In: _____. (org.). *The Cambridge companion to Aristotle*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 1-26.

_____. Rhetoric and poetics. In: _____. (org.). *The Cambridge companion to Aristotle*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 195-231.

BERTI, Enrico. A relação entre as formas de amizade segundo Aristóteles. Tradução de Marisa Lopes. *Analytica*. Revista de Filosofia, Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRJ, v. 6, n. 1, p. 23-44, 2001-2002.

_____. *Aristóteles no século XX*. Tradução de Dion Davi Macedo, São Paulo: Edições Loyola, 1997.

_____. *As razões de Aristóteles*. Tradução de Dion Davi Macedo, São Paulo: Edições Loyola, 1998.

_____. Gadamer and the reception of Aristotle's intellectual virtues. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, n. 56, v. 56, n. 3-4, p. 345-360, jul./dez. 2000.

_____. *La prudenza*. Disponível na Internet via [em http://lgxserver.uniba.it/lei/sfi/bolletino/159_berti.htm](http://lgxserver.uniba.it/lei/sfi/bolletino/159_berti.htm).

BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, 239 p.

BOUTROUX, Émile. *Aristóteles*. Tradução de Carlos Nougué, 3. ed., São Paulo-Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.

BRENTANO, Franz. *Aristóteles*. Traducción por Moisés Sánchez Barrado, 2. ed. rev., Barcelona: Labor, 1943.

_____. *The psychology of Aristotle*. Translated by Rolf George, Berkeley: University of Califórnia Press, 1977.

CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. *História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil*. São Leopoldo: Unisinos, 729 p.

CASSIN, Bárbara. *Aristóteles e o logos*. Contos da fenomenologia comum. Tradução de Luiz Paulo Rouanet, São Paulo: Edições Loyola, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia* (Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação). Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Metodologia Jurídica* (Problemas Fundamentais). Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

_____. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito – ou o Problema Metodológico da Juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

_____. *Teoria do Direito*. Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos). Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d].

COELHO, Nuno M. M. dos Santos. *Direito como arte*. Direito e política a partir do pensamento hermenêutico de Schleiermacher. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

_____. *Fenomenologia do sujeito da interpretação jurídica – hermenêutica do intérprete do direito à luz da ontologia fundamental de Martin Heidegger*. Plano de Trabalho apresentado a Exame de Admissão ao Curso de Pós-Graduação em Direito, em nível de Doutorado, na área de concentração de Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

_____. *A especial consideração do outro na virtude da justiça na ética do Aristóteles maduro*. Texto apresentado ao CONPEDI, 2007.

DARBO-PESCHANSKI, Catherine. Humanidade e justiça na historiografia grega, V-I a.C. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*, São Paulo: Companhia das Letras-Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo, 1992, 35-55.

FREDE, Dorothea. The cognitive role of phantasmata in Aristotle. In: NUSSBAUM, Martha Craven, RORTY, Amelie O. *Essays on Aristotle's De Anima*, Oxford: Clarendon Press, 1992.

GADAMER, H. G. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. São Paulo: Vozes, 2004. 494 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e do Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto alegre: Sérgio Fabris, 2002. 55 p.

JAEGER, Werner. *Aristotle*. Fundamentals of the history of his development. Translated by Richard Robinson, 2nd. ed., Oxford: Oxford University Press, 1955.

_____. *Paidéia*. A formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira, 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. 335 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KRAUT, Richard. *Aristóteles: A Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. *Rawls: Uma teoria da justiça e seus críticos*. Coimbra: Gradiva, 1995.

LACERDA, Bruno Amaro. *Justiça, razão prática e analogia em Aristóteles*: fundamentos para uma compreensão do processo de concretização jurídico. Belo Horizonte: 2003, 152 f. (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais).

LIDELL SCOTT. *Dicionário On-Line*. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>>. Acesso em 10 de Agosto de 2010.

LOPES, Mônica Sette. *A eqüidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

MACINTYRE, Alasdair. *Historia de la ética*. Traducción de Roberto Juan Walton, Barcelona: Ediciones Paidós, 1994.

_____. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques, São Paulo: Edições Loyola, 2001.

_____. *Tras la virtud*. Traducción castellana de Amelia Valcárcel, Barcelona: Crítica, 2001.

MEYER, Susan Sauvé. *Aristotle on moral responsibility*. Character and cause. Cambridge: Blackwell Publishers, 1993.

MILO, Ronald Dmitri. *Aristotle on practical knowledge and weakness of will*. The Hague: Mouton & Co., 1966.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 14 de Agosto de 2005.

PERELMAN, Chaïn. *O império retórico*. Retórica e argumentação. Tradução de Fernando Trindade, Rui Alexandre Gracio, Porto: Edições Asa, 1993.

PETRILLO, Francesco. L'equità nell'ermeneutica giuridica di E. Betti. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè editore, v. LXVIII, p. 348-375, abr./jun. 1991.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da lógica da Decisão Judicial*. Campinas: Millennium, 2005. 185p.

PRIBERAM. *Dicionário On-Line*. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em 10 de Julho de 2010.

REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. Platão e Aristóteles. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine, v. 2., São Paulo: Edições Loyola, 1994.

_____. *Para uma nova interpretação de Platão*. Releitura da metafísica dos grandes diálogos à luz das “doutrinas não escritas”. Tradução de Marcelo Perine, São Paulo: Edições Loyola, 1997.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. Para a fundação de uma teoria geral da experiência. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Filosofia do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Filosofia fenomenológica e existencial. In: _____. *Verdade e conjectura*, 2. Ed., Lisboa: Fundação Lusíada, 1996, p. 123-132.

_____. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1975.

SLAIB FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 786 p.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine. *Pequeno Príncipe*: Tradução Dom Marcos Barbosa. Rio de Janeiro: Agir, 2005. 95 p.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant*. 2. ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SCHOFIELD, Malcolm. Aristotle on the imaginatio. In: BARNES, Jonathan. *Articles on Aristotle*, Vol. 4, London: Duckwoth, 1979.

SILVA, Roger Michael Miller. *Fins e meios*: uma discussão sobre a *phronesis* na *Ética Nicomaquéia*. Rio de Janeiro: 2005, 148 f. (Dissertação de mestrado – Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro).

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de filosofia II – ética e cultura*. São Paulo: edições Loyola, 1993.

_____. *Escritos de filosofia IV – ética filosófica 1*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

_____. *Escritos de filosofia IV – introdução à ética filosófica 1*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

_____. *Escritos de Filosofia V. Introdução à ética filosófica 2*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

_____. Platão revisitado. Ética e metafísica nas origens platônicas. Síntese, Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia da Companhia de Jesus, Centro de Estudos Superiores, v. 20, n. 61, abr./jun. 1993.