

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

A PHRÓNESIS ARISTOTÉLICA, A EQÜIDADE E A ATIVIDADE DO JUIZ NA RACIONALIDADE DO DISCURSO PROCESSUAL

*Elaine Noronha Nassif**

A grande questão do direito hoje é a sua integração com a realização da justiça. Sabemos que uma lei pode ser aplicada de modo justo ou de modo injusto, independentemente do seu grau abstrato de justeza, posto que esta abstração não capta meandros de um caso concreto.

Antes a justiça não era um problema do direito, era um problema moral. O juiz, escravo da lei, limitava-se a aplicá-la sem questionamento sobre seus resultados, se justos ou injustos. O juiz não devia se preocupar em discernir o justo do injusto. A idéia kelseniana de que é justo é o que é legal se torna insuficiente quando abordamos a questão da justiça na interpretação e aplicação da lei.

Assim, não basta saber a lei e aplicá-la literalmente para ser justo. Também com outros ramos do conhecimento humano é assim. Podemos, por exemplo, nos formar em medicina, conhecer as doenças e os remédios, mas isso não basta para curar o doente. A aplicação da medicação adequada, de forma adequada, é o que revela a sabedoria prática do médico, seu discernimento entre o que é bom e o que é ruim para o paciente.

Para o juiz uma outra realidade se apresenta, qual seja, a da judicialização das questões políticas e sociais de uma sociedade, o que torna muito mais comprometedora, ou seja, de um nível de responsabilidade pessoal muito maior, a atividade de aplicação das leis, pois os efeitos de uma decisão podem assumir proporções nunca antes imaginadas, pois o Poder Judiciário estava preparado para resolver questões individuais, e não macroquestões.

Além disso, as leis, apesar de serem muitas e crescerem de modo exorbitante, tanto em quantidade quanto no que tange ao alcance de situações práticas, jamais conseguem prever todos os fatos que acontecem na vida real. O juiz trabalha o tempo todo com colisões ou lacunas, pois o ordenamento jurídico é aberto, o que significa que ele não consegue prever todas as situações fáticas possíveis.

* Elaine Noronha Nassif é Procuradora do Trabalho. Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos (Cejur) da PRT da 3ª Região e Coordenadora de Núcleo Estadual da ESMPU pelo MPT/3ª Região. Mestre e doutoranda em Direito Processual pela PUC/MG. Especialista em Administração Pública.

Mesmo quando prevêm o fato jurídico futuro, as leis são abstratas e genéricas, de tal forma que se o juiz não leva em consideração esse caráter genérico da lei, e não ameniza seu rigor com os elementos oferecidos pelo caso concreto, ele certamente aplicará a lei de maneira injusta.

Se o ordenamento é aberto e genérico, logo a lei é o que o juiz diz que ela é. Mas persiste a questão: o que um juiz deve fazer para ser justo? Esta pergunta torna necessário o estudo e desenvolvimento de uma teoria da justiça.

Para a abordagem deste tema, encontramos na *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, em especial nos livros quinto e sexto, os fundamentos para um entendimento sobre a justiça, ou melhor, uma teoria da justiça.

Aristóteles parte da idéia de que o que se espera de um homem justo é que ele aja de forma justa. O que se espera do juiz é uma sentença justa. O que se espera da justiça é que ela faça justiça. Mas o que é ser justo? O que é possível o juiz fazer para sentenciar com justiça nos casos difíceis? A justiça pode ser abandonada em nome da realização do direito?

Na teoria da justiça de Aristóteles, o justo é o proporcional e o injusto, o que vai contra o proporcional. O justo é um meio termo entre o ser justo e o ser injusto, pois a justiça só é invocada em meio a uma situação injusta.

A justiça é a disposição em virtude da qual os homens praticam o que é justo. Esta disposição para praticar o justo é um estado de ânimo em potencial e quando se realiza a disposição, ou seja, quando um homem transforma essa disposição em ato. Transformar a disposição em ato é realizar o discernimento entre o que é bom e o que não é, e é assim que um homem se mostra justo.

A justiça é invocada quando uma situação de injustiça vem à tona. A justiça é uma idéia ligada à idéia de injustiça.

Se para falar de justiça precisamos falar de injustiça, para ser justos precisamos saber o que é ser injusto. Então, o que é ser injusto? Para Aristóteles, há três modos de ser injusto: quando se viola a lei; quando se toma mais do que devido e quando se falta com a igualdade. Estando ligada à injustiça, vemos nestes três modos de ser injustos, a palavra “justiça”. No primeiro modo, “cumprir a lei”, está a justiça no sentido universal. No segundo e terceiro modos, está a justiça na sua acepção particular.

Com efeito, parece-nos mais facilmente injusto o homem que transgride a lei. Que lei? A lei, como vista por Aristóteles, ou seja, uma regra descritiva, mais que uma regra prescritiva; em outras palavras, a lei é antes recolhida da comunidade do que formulada por ela. Portanto, tanto o conceito de justiça quanto o conceito de lei estão relacionados a um determinado meio, uma determinada comunidade, cultura ou valor cultuado por essa comunidade.

Tanto é assim que Aristóteles destaca que uma pessoa injusta pode cometer, acidentalmente, uma ação justa, e vice-versa. Uma pessoa pode agir injustamente sem ser por isso injusta.

Cada ação injusta corresponde, em regra, a uma classe determinada de vícios, por exemplo, o abandono do companheiro está ligado à covardia; os maus-tratos estão ligados à ira. As ações justas, por outro lado, correspondem a uma classe de virtudes, tais como a prudência, a temperança e a coragem. Estas três virtudes, somadas à justiça, constituem as quatro virtudes

cardeais. Para Comte Sponville (1985):

“Das quatro virtudes cardeais, a justiça é sem dúvida a única que é absolutamente boa. A prudência, a temperança ou a coragem só são virtudes a serviço do bem, ou relativamente a valores – por exemplo, a justiça – que as superam ou as motivam. A serviço do mal ou da injustiça, prudência, temperança e coragem não seriam virtudes, mas simples talentos ou qualidades do espírito ou do temperamento.”

A justiça, portanto, é uma virtude que como toda virtude pode e deve ser adquirida e desenvolvida pelo homem. Esse desenvolvimento da virtude é mais fácil quando a pessoa convive num meio justo, com pessoas justas. Sendo uma virtude reconhecida por todos, e sendo a justiça uma virtude, quando uma pessoa é justa para uma comunidade, ela não é justa aos olhos de um e injusta aos olhos de outra. Ela é justa para todos os que vivem nesta comunidade.

O pior homem seria assim aquele que usa de maldade para com seus amigos e família e possivelmente até consigo mesmo, e o melhor homem seria o que usa da virtude para com os outros, o que é difícil de fazer. Assim, uma pessoa pode ser justa aos olhos da lei mas injusta para com os seus ou para consigo mesma. Existe, pois, um modo particular de ser injusto que é uma parte do modo total de ser injusto. O modo total de ser injusto consistiria em transgredir a lei.

Voltando à justiça no sentido universal, se o transgressor da lei é injusto, aquele que a cumpre é uma pessoa justa. Mas o que a lei ordena que ele cumpra? A lei ordena um quadro vago e abstrato de condutas gerais, de ações que devem ser seguidas. Portanto, se não se atenta para esta característica abstrata, corre-se o risco de errar no cumprimento da lei, ou seja, ao invés de realizar virtudes éticas corre-se o risco de realizar seu desvirtuamento, a entrega ao próprio vício que ela repeliu.

Então cumpre perguntar o que é aplicar uma lei de forma justa? A resposta de Aristóteles a essa questão está em praticar a equidade. A equidade é a justiça não segundo a lei, mas sim como um corretivo da justiça legal. É que sendo a lei uma disposição genérica e abstrata, sua aplicação sem a consideração dos elementos específicos do caso concreto levaria a uma aplicação rígida, porém, injusta.

Uma aplicação flexível da lei consiste em proceder à subsunção do fato à lei, e depois dos fundamentos dessa lei ao fato, de modo a se conseguir a tão desejada proporcionalidade, característica da justiça. Uma forma de se chegar ao meio-termo, à realização da prudência, da sabedoria prática, do discernimento, enfim, da *phrónesis*.

Chegamos portanto ao conceito de *phrónesis*, que conforme ensina Galuppo (2001) “pode ser traduzida por prudência ou por sabedoria prática, mas que talvez melhor se traduza por discernimento.” O mesmo autor, referindo-se ao livro IV da *Ética a Nicômaco*, ressalta que “Toda virtude, inclusive a justiça (virtude ética) e a própria *phrónesis* (virtude dianoética), é também uma disposição. O termo disposição significa uma tendência, que pode ser uma *héxis* ou seja, um hábito ou disposição permanente e estável, que funciona como princípio próximo de uma ação posta sob o senhorio do agente e que exprime sua *autarkéia*, no sentido de uma maneira de ser, uma atitude habitual ou potência para agir, que produzirá no agente uma segunda natureza, e que pode ser identificada como causa imediata da ação e, mais especificamente,

do modo de agir do agente”.

Devemos aqui abrir um parêntese para explicar o que Aristóteles quis dizer com “uma segunda natureza”. É que para Aristóteles, existe um lugar natural em que a coisa é mais coisa. Ele fala que ninguém nasce homem. A humanidade é uma segunda natureza, que é produzida pelo hábito. Os outros seres estão aprisionados à sua primeira natureza.

A *eudaimonia*, assim, é um termo grego que significa a realização plena do ser humano, e em que lugar esse homem é mais homem. Ele é um animal político e por isso tende a se realizar na vida política, na *pólis*, que não significa cidade, mas atividade política. Aristóteles usa outra palavra para significar *pólis*, que é *Autarkéia*, que é a liberdade para decidir sobre seu futuro. Nesse sentido, ninguém que morre jovem foi feliz porque não se realizou, não chegou a ser homem, a realizar sua própria finalidade.

Feito este parêntese, voltemos à *phrónesis*, para dizer que ela tem relação com a equidade na medida em que se relaciona com as coisas singulares, ou seja, ela se volta para uma situação, buscando uma solução adequada para aquela situação, realizando, desta maneira, a equidade, ou seja, o que a lei manda, orienta, para aquela dada situação.

A justiça do juízo é o discernimento entre o justo e o injusto. Todavia, a justiça que buscamos é a justiça política. Por isso importa saber que, além do transgressor da lei, há outros dois tipos de pessoa injusta: a que toma para si mais do que lhe é devido e a que falta com a igualdade. Essas duas acepções acabam se identificando de alguma forma, pois realizar a igualdade é, exatamente, tomar o que lhe é devido. Para entender estas formas devemos considerar que Aristóteles distingue duas categorias de justiça, ambas tendo por referência a relação com o próximo. Uma é a categoria da justiça distributiva e a outra é a categoria da justiça corretiva. A diferença primeva entre elas é o fato de que a relação, na primeira, é proporcional geométrica e na segunda, proporcional aritmética.

A justiça corretiva é a busca de um meio-termo entre a perda e o ganho, de modo a evitar os extremos: uma grande perda ou um grande ganho. A justiça distributiva não se baseia em perdas e ganhos, mas em trocas. Para tanto é necessário medir as coisas a fim de igualá-las e assim permitir as trocas e estabelecer a igualdade de distribuição de bens numa determinada comunidade. Aí entra a função da moeda, que é a de igualar as coisas.

Todas as coisas que são intercambiáveis precisam ser comparadas de alguma maneira a fim de se igualarem as trocas. Isto veio a ser feito pela moeda. O dinheiro, como qualquer mercadoria, não tem sempre o mesmo valor. Assim, a moeda iguala as coisas tornando-as comensuráveis. Nem haveria sociedade se não tivesse troca, nem troca se não tivesse a igualdade, nem igualdade se não houvesse comensurabilidade. Assim, a “justiça como reciprocidade” é uma espécie de justiça distributiva voluntária, pois tem por iniciativa a ação das próprias pessoas da comunidade.

Aristóteles identificou também a “justiça como reciprocidade”, tal como afirmavam os pitagóricos, ou seja, como gratidão: procurar devolver proporcionalmente tudo o que recebeu.

A justiça do chefe de família e do padre não é a mesma do que a dos governantes, ainda que semelhante. A justiça fundada em convenção e na utilidade é semelhante às medidas: as medidas de vinho e do trigo não são iguais em todas as partes, senão maiores onde se compra e menores onde se vende.

Ainda na “Ética a Nicômaco” (1999), lemos que é próprio do homem prudente, discernir sobre o que é bom para ele mesmo viver bem em geral. Ou seja, discernir aquela sorte de coisas que conduzem à vida feliz. Aqueles a quem chamamos prudentes calculam com justeza, e também, prudente, é o homem reflectivo.

Hannah Arendt (1999) distinguiu entre ação, obra e trabalho, o que corresponderia dizer que a ação tem a ver com a ação política. O trabalho, traduzido por labor, seria uma atividade contínua e sem fim. Enquanto a ação tem ligação com a liberdade, o trabalho tem ligação com a necessidade. A autora ensina que:

“As três atividades e suas respectivas condições têm íntima relação com as condições mais gerais da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade. O labor assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. O trabalho e seu produto, o artefato humano, emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história.”

Para o homem ser livre e se dedicar ao ócio, este entendido como atividade filosófica ou política, deve haver quem produza para a sua sobrevivência. Então para o homem existir na *pólis* ele existe antes naquilo que se chamou *oikia*, que é a casa, o local onde se produzem os meios de sobrevivência. Já a obra, ao contrário do trabalho (labor), tem finalidade. Por exemplo, o artesão que produz uma cadeira realiza uma obra, pois violenta, transforma a natureza, altera a função natural das coisas.

E por que estamos falando disso? Porque a prudência se localiza no campo da ação, da práxis. Ela não tem a ver com a teoria, mas com a prática. Não é uma ciência, nem é uma arte. É uma prática.

Verificamos isso porque a porção teórica, abstrata e genérica da aplicação do direito é a lei. Esta pode regular um monte de coisas, mas ela não tem como regular a situação, o meio, as circunstâncias nas quais os fatos previstos poderiam ocorrer. Assim, a adequação desta previsão abstrata ao fato concreto está em levar em conta as circunstâncias específicas.

A flexibilização na aplicação, para o mais ou para o menos, estará ligada à versão sobre tais circunstâncias, jamais previstas. Esta versão é produzida por argumentos que se desenvolvem de forma mutante, posteriormente aos acontecimentos em julgamento, e buscam a compreensão do ocorrido, uma compreensão suficiente persuasiva para o meio social no qual deverá ser exposta.

Barros (1998), que adota a teoria tridimensional do Direito, formulada por Miguel Reale, dissertando sobre a razoabilidade da decisão judicial, conclui, sinteticamente, que a proposição normativa é uma estrutura lógica que corresponde a uma forma lógica de argumento, havendo uma integração entre forma lógica (proposição normativa) e argumentação, pois o pensamento lógico é complementar ao pensamento argumentativo. O resultado dessa complementariedade se traduz na instrumentalidade do pensamento lógico para o pensamento argumentativo, sendo que a interpretação e a criação do Direito se enriquecem com a utilização

integrada entre lógica deôntica (lógica jurídica) e argumentação jurídica. Esse enriquecimento se manifesta através do know-how proporcionado pelo instrumental lógico que viabiliza a verificação da racionalidade dos raciocínios argumentativos, revelando a sua estrutura e gerando regras que possam nortear o discurso jurídico dialógico.

Não se trata, pois, a argumentação, de um procedimento meramente retórico. Significa que vence o que argumenta melhor, e o melhor argumento não existe ontologicamente. Ele se revela um argumento melhor na medida em que resiste melhor, na medida em que responde melhor ao argumento da parte adversa.

Esta questão nos reporta novamente ao que Aristóteles no disse sobre a equidade, ou seja, na justiça não como aquilo que dispõe a lei, mas a justiça segundo a equidade que dela se extrai, a justiça como um corretivo da lei, ou melhor do seu caráter abstrato, genérico, rigoroso e insensível às circunstâncias materiais dos acontecimentos nela previstos.

E tudo o que foi dito nos conduz a repensar o Direito como ciência. Será ele uma ciência? A dúvida que se coloca é bastante oportuna pois se o Direito quiser ser uma ciência terá de realizar muitas injustiças, aplicando a mesma fórmula a situações completamente diferentes, já que terá de aplicar objetivamente a lei sem se importar com sua adequação às situações, ao contexto.

Não se pretende aqui abordar a questão do Direito como ciência, mas esta é a grande pergunta que fica em aberto quando pensamos no brocardo *dura lex, sed lex*, em que a cegueira da justiça não estaria relacionada com uma compensação sensível da audição, mas sim a uma total ausência de um dos sentidos, sem compensações.

Bibliografia

- ARENDETT, Hannah. "A Condição Humana". Trad. Roberto Raposo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ARISTÓTELES. "Ética a Nicômaco". Trad. de Mário da Gama Kury, 3ª ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, c. 1985, 1999.
- BARROS, Cristiane Gouveia de. "Teoria geral do direito e lógica jurídica: (lógica jurídica em convergência com argumentação e sua utilidade para os operadores do direito)". Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- COMTE-SPONVILLE, André. "Pequeno tratado das grandes virtudes". Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- GALUPPO, Marcelo Campos. "A Justiça: algumas considerações aristotélicas sobre a aplicação da lei". 2001 (mimeog.).