

**“FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

SARAH CAROLINA GALDINO DA SILVA

JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL À LUZ DA “ÉTICA A NICÔMACO”

MARÍLIA
2017

SARAH CAROLINA GALDINO DA SILVA

JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL À LUZ DA “ÉTICA A NICÔMACO”

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico

Orientador: Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior

MARÍLIA
2017

GALDINO DA SILVA, Sarah Carolina

Justiça Consensual Penal à luz da “Ética a Nicômaco” / Sarah Carolina Galdino da Silva; orientador: Oswaldo Giacoia Junior. Marília-SP, 2017.

115f.

Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Meios Consensuais Penais. 2. Efetividade Jurisdicional. 3. Alternativas processuais. 4. Vitimologia. 5. Meio-termo.

CDD: 341.46

SARAH CAROLINA GALDINO DA SILVA

JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL À LUZ DA “ÉTICA A NICÔMACO”

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Júnior

1º EXAMINADOR: _____
Prof.

2º EXAMINADOR: _____
Prof.

Marília, __ de _____ de 2017.

À minha base meus amados pais Rubens e Carolina, meu futuro esposo Júlio, minha irmã Susana, meu cunhado Travis, meu afilhado Benício, meus familiares, meu orientador Oswaldo, professores e amigos que me incentivaram a concluir esta importante etapa!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que todos os dias de minha vida tem me dado forças para nunca desistir.

Ao Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior, por acreditar em mim e aceitar ser meu orientador.

Aos Profs. Drs. Maurício Saliba e Juliano Napoleão Barros, pelas orientações que fizeram na banca de qualificação.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para realização deste sonho.

Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estes três, mas o maior destes é o amor (I Coríntios 13,13).

GALDINO DA SILVA, Sarah Carolina. Justiça Consensual Penal à Luz da “Ética a Nicômaco”. 2017. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2017.

RESUMO

A presente pesquisa trata da Justiça Consensual Penal à luz da “Ética a Nicômaco”. Analisa o legado da mencionada obra aristotélica com o objetivo de contribuir, de alguma forma, para o aperfeiçoamento da prática dos institutos da Justiça Consensual Penal no Brasil. Examina a relevância de conceitos como justiça, verdade, virtude, meio-termo, justo proporcional, bom senso e correção. Sugere-se a eventual dispensa do recurso preponderante à lei escrita e ao juiz togado para o devido exercício da Justiça nos delitos considerados de baixo potencial ofensivo. Busca-se ainda, por meio da Justiça Consensual Penal, à luz da teoria aristotélica do meio-termo, reunir subsídios para a valorização da vítima, a satisfação dos interesses das partes, num processo penal célere e eficaz, de modo que o Consenso possa transformar-se em instrumento relevante para o exercício da cidadania, posto que as partes tornam-se responsáveis pelo resultado da lide. A natureza essencialmente jusfilosófica da temática exige a aplicação do método hipotético-analítico, com base nos pressupostos de questões de ordem hermenêutica, para a consecução dos resultados deste trabalho, que se situa na linha de pesquisa vinculada à construção do saber jurídico.

Palavras-chave: Justiça Consensual Penal. Efetividade Jurisdicional. Alternativas Processuais. Vitimologia. Meio-Termo.

GALDINO DA SILVA, Sarah Carolina. Justiça Consensual Penal à Luz da “Ética a Nicômaco”. 2017. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2017.

ABSTRACT

This research focuses on the subject of the Consensual Criminal Justice in the light of the "Nicomachean Ethics". It analyzes the legacy of the aforementioned Aristotelian work with the objective of contributing, in some way, to the improvement of the practice of the Institutes of Consensual Criminal Justice in Brazil. Therefore, studies the relevance of concepts such as justice, truth, virtue, middle ground, proportional fair, judgment and correction. Also, suggests the possible exemption of the predominant use of written law and the judge for the proper exercise of justice in crimes of lower offensive potential. In the light of the Aristotelian theory of the middle ground, it is also sought, through the Consensual Criminal Justice, to gather support for the valorization of the victim, the satisfaction of the interests of the parties, in a fast and efficient criminal procedure, so that the Consensus can become a relevant instrument for the exercise of citizenship, since the parties become responsible for the result of the conflict. The essentially jusphilosophical nature of the thematic requires the application of the hypothetical-analytical method, based on the presuppositions of hermeneutic questions, for the achievement of the results of this work, which is in the line of research linked to the construction of legal knowledge.

Keywords: Consensual Criminal Justice; jurisdictional effectiveness. Related searches. Victimology. Half term

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPÍTULO I – RAZÃO PRÁTICA NO PENSAMENTO ARISTOTÉLICO..... | 13 |
| 1.1 Vontade..... | 13 |
| 1.2 Deliberação..... | 19 |
| 1.3 Hábito | 26 |
| CAPÍTULO II - VIRTUDE COMO PENSAMENTO PRÁTICO | 34 |
| 2.1 O excesso e a falta | 34 |
| 2.2 Virtude como meio-termo | 41 |
| 2.3 Justiça como a excelência das virtudes..... | 48 |
| 2.4 Justiça distributiva | 52 |
| CAPÍTULO III – DILEMAS DO DIREITO PENAL | 60 |
| 3.1 A influência do positivismo jurídico e falência do sistema carcerário..... | 60 |
| 3.2 Constitucionalização do sistema penal..... | 82 |
| 3.3 Desmonopolização do ius puniendi do estado frente aos interesses da vítima e ao estado democrático de direito | 85 |
| 3.4 Aplicação da “Ética a Nicômaco” ao consenso penal | 89 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 101 |
| REFERÊNCIAS | 105 |

INTRODUÇÃO

Dizer que a discussão jurídica é devedora do legado aristotélico não é novidade. Raros os temas, problemas e discussões teóricas que são possíveis sem, de alguma forma, se remeter à filosofia de Aristóteles. Alinhado a isto, evidencia-se nos dias atuais uma necessidade de aperfeiçoamento do processo penal, visando atender as exigências de uma sociedade dinâmica, mutável, complexa e com uma infinita diversidade. Há uma necessidade de um processo penal confiável de realização de justiça, mas ao mesmo tempo, célere e ligado aos valores constitucionais e aos direitos e garantias. Fatores como a morosidade penal, a sobrecarga do judiciário leva a sentimentos como o de insatisfação, de injustiça, de insegurança e de ineficácia são uns dos principais problemas da sociedade pós-moderna. No cerne dessas questões abrem-se novos caminhos, fortalecendo o consenso penal, fundado no princípio da oportunidade e na mínima intervenção do órgão julgador, apresentando a vítima como uma voz ativa, resultando numa solução amigável onde a vontade das partes é o fator primordial para que a persecução seja encerrada.

A preocupação com pragmático e, ao mesmo tempo com a reflexão cuidadosa do comportamento humano, aproximou-o de questões sobre Ética e Justiça. Este é o caso, em especial, da obra “Ética a Nicômaco”. Cada palavra, oração e período desta obra encontram-se carregados do senso ético e de justiça. Razão pela qual esta pesquisa foca nesta contribuição jusfilosófica. Com base nela, busca-se discutir a prática da Justiça Consensual Penal, que surge como uma espécie de luz no fundo do túnel no Judiciário Brasileiro. Trata-se de uma expectativa promissora na construção de uma Justiça mais célere e distributiva, que abra espaços para a efetiva participação dos cidadãos na composição das lides. Sendo o consenso fruto da capacidade humana de dialogar consigo mesma e com o outro, nada mais oportuno do que a “Ética a Nicômaco” para iluminar a reflexão sobre o alcance no desempenho do Judiciário.

Pretende-se neste trabalho demonstrar que o atual momento do Estado Democrático do Direito, a teoria do consenso penal é de suma importância para as relações intersubjetivas dos cidadãos. Nesse contexto, a partir do pensamento central de Aristóteles, busca-se examinar a influência daquele ideal sobre o ordenamento jurídico penal. O estudo contém uma breve panorâmica sobre as possibilidades que o consenso penal oferece à efetividade da Justiça Brasileira. A justiça consensual penal como medida despenalizadora tem como principal objetivo ser uma alternativa à prisão, a qual ainda é considerada, na maioria das vezes como a solução dos males da criminalidade. Porém, este cenário tem sido revertido e

duramente criticado pela moderna doutrina penal. Para substituí-la acha-se em prática, atualmente, a possibilidade de uma Justiça Penal consensual, inaugurada no Brasil, pela Lei 9.099/95, aplicada à Justiça Estadual, e reforçada pela Lei 10.259/2001, à Federal. A Lei 9.099/95 trouxe, como novidade, a possibilidade de Composição Civil dos Danos, na ação penal privada e na pública condicionada, como forma de extinção da punibilidade, a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo nas ações penais públicas e privadas. Todos esses institutos como medidas alternativas à pena privativa da liberdade.

A justiça consensual penal é considerada como uma prática que visa assegurar a economia ao processo, diminuindo o trabalho dos órgãos jurisdicionais, com ênfase na celeridade e na efetividade jurisdicional, indo muito além de uma simples perspectiva utilitarista. Este modelo prima pelo processo participativo contribuindo para uma renovação no ordenamento jurídico brasileiro

Desta forma, o presente trabalho está estruturado em três capítulos. Os capítulos foram concebidos a partir da formulação de um eixo temático centrado na ideia de razão prática, de virtudes e justiça consensual. Buscou-se alinhar questões de ordem teórica e prática. Questões teóricas na medida em que a condição humana não se esgota num ativismo cego e indiferente à noção de valores e significado. Requer-se uma abstração, que a história da filosofia denominou “transcendência e metafísica”. Questões práticas na medida em que as ideias e conceitos derivados da abstração exigem concretude (historicidade) por meio da ação humana.

Assim o primeiro refere-se à discussão sobre a “Razão prática no pensamento aristotélico”, a partir de questões relacionadas à “vontade”, à “deliberação” e ao “hábito”. Tenta-se responder a questão: em que momento da História do pensamento e como foi formatada a concepção filosófica sobre a “vontade”, a “deliberação” e o “hábito”. O ponto de partida da reflexão está na percepção da relevância ou não da contribuição do período socrático. Situa-se entre aqueles que preferem desprezá-la e os que a reconhecem como marco fundador das discussões, sobretudo a partir das considerações teóricas da vontade como problema de ordem metafísica, em especial do pensamento de Aristóteles.

O segundo capítulo preocupa-se com a “virtude” em Aristóteles. Explora os limites entre o “excesso e a falta”, a partir do conceito de “virtude como expressão do meio termo”. O meio termo se revela como referência de equilíbrio sobre a qual deve se pautar o agir humano. Nomeando a Justiça como a “virtude por excelência”, na qual as demais virtudes estão contidas, discorre sobre os tipos de Justiça possíveis no interior da sociedade. Destaca-se a

denominada “Justiça Distributiva” como àquela que melhor atende às necessidades humanas numa sociedade, composta de iguais e desiguais, sob o comando do Estado.

Aristóteles parte da distinção entre a natureza humana e a natureza animal. Enquanto esta se move nos limites dos “instintos” fixados na sua condição biológica, a primeira (humana) se define pela sua capacidade de pensar, agir e julgar. O agir e o julgar se referenciam por uma atividade pensante denominada racionalidade, que, no campo prático, se opera na articulação dos conceitos “vícios e virtudes”.

Nesta articulação, a noção de “virtudes” é sinônima de “felicidade”. Para ele, a racionalidade é a base fundadora das virtudes. Estas só poderão ser reconhecidas como tal na medida em que estiverem em consonância com a Razão. Assim a moral aristotélica coloca o bem supremo como expressão última do agir humano. A felicidade humana deriva de esse agir, na medida em que somente é alcançada por meio da vontade, da deliberação, da ação e do hábito. Neste contexto, a felicidade não é um meio, mas um fim em si mesmo. O agir humano, como condição ética, só se realiza se estiver na busca desse fim, que é a felicidade.

Para alcançar o propósito último da experiência, ou seja, a felicidade, esse agir deve estar em consonância com a virtude por excelência, ou seja, a Justiça. Assim a felicidade consiste na ação humana que está em conformidade com a virtude por excelência (Justiça). Assim Aristóteles não fala de uma felicidade idealizada, que se encontra além da experiência humana, refere-se a uma experiência de vida acessível a todos os humanos, na medida em que depende da vontade, da deliberação e do hábito de cada pessoa.

O último dedica-se ao Sistema Penal Brasileiro à luz da Ética a Nicômaco. Discutem-se questões relacionadas à influência do positivismo jurídico no ordenamento brasileiro. Coloca em debate a noção de “falência do sistema carcerário”. Com base nisto, esboça-se uma tentativa de superação. Esta superação passa necessariamente pelo desafio exigido no processo de constitucionalização do “sistema penal”.

Abordam-se questões relacionadas à atual “falência do sistema carcerário”, ao esgotamento do projeto de “monopolização do *ius puniendi* do Estado” e ao consenso penal. Questiona-se esse caráter “monopolização do *ius puniendi* do Estado” e ao mesmo tempo, esboça-se a aplicação de postulados da “Ética a Nicômaco” como alternativa inovadora e promissora na efetiva construção de um Judiciário, menos invasivo e mais sintonizado com os postulados de um Estado Democrático de Direito. Assim se busca um Judiciário capaz de expressar, na prática da Justiça Consensual, o sentido de ser cidadão, seja como vítima ou agressor, na composição da lide.

Enfim, espera-se que a leitura traga prazer e inspiração para se pensar problemas e desafios exigidos pela atual conjuntura sócio-política e econômica, acentuadamente desigual e penalizada por um sistema penal e carcerário, que cada vez mais indica estar mergulhado nas águas turbulentas do crime organizado.

CAPÍTULO I – RAZÃO PRÁTICA NO PENSAMENTO ARISTOTÉLICO

1.1 Vontade

Em que momento da História do pensamento e como foi formatada a concepção filosófica sobre a “vontade”? Esta é questão de fundo deste capítulo. Entre aqueles que veem relevância da contribuição do período socrático e os que preferem desprezá-la, procura-se mapear o território.

Vetö (2005, p. 11) em sua obra “O nascimento da vontade”, ao posicionar-se sobre o assunto, coloca que “A vontade é uma noção que os fundadores da filosofia antiga ignoram”. Ela fará sua verdadeira aparição no estoicismo e só alcançará uma posição central num pensamento inspirado e determinado pela religião. Entretanto, Vetö não nega a importância do legado trazido por Aristóteles, que indiretamente construiu uma metafísica da noção da vontade. Interessante notar que, naquele tempo, não existia para os antigos gregos, uma palavra que correspondia à vontade em sua língua.

Entre os que defendem a ideia de que o conceito de vontade esteve ausente no pensamento dos antigos gregos, destaca-se o posicionamento do filósofo Ross (1957). Para ele uma conceituação mais visível, em seus contornos, e clara, em sua exposição, se deu no judaísmo, tendo sido consolidada no cristianismo. Assim partilha da mesma percepção acima descrita por Vetö, quanto à contribuição dos pensadores socráticos. Porém o filósofo reconhece que algumas particularidades da doutrina aristotélica consistem em considerável avanço em relação ao pensamento anterior rumo à concepção de uma doutrina da vontade.

Ross (1957), ao partilhar do mesmo pensamento, considera a doutrina elaborada por Aristóteles da escolha como um importante instrumento para a formulação de uma concepção clara da vontade. Assim, embora não se encontre em Aristóteles uma filosofia da vontade propriamente dita, vários são os conceitos que a prefiguram. Esses conceitos estão na base da nossa hipótese sobre a relevância do pensamento aristotélico. Dele, se podem exarar importantes subsídios para uma boa reflexão sobre os caminhos do judiciário brasileiro. Isto posto ressalte-se impossível compreender a razão prática de Aristóteles sem antes abordar adequadamente à vontade, a deliberação e o hábito. Como ponto de partida deste capítulo, tem-se a vontade (*βούλησις*). O referido filósofo grego se remete a ela como algo que move o ser humano a determinado objetivo ou propósito.

Inicialmente importante se faz a estruturação da vontade. Sua compreensão é um exercício possível. Defini-la é quase impossível. Trata-se de conceito pulverizado, que, pela

sua estrutura filosófica, sugere uma gama infinita de interpretações. Assim Aristóteles não conceituou, de forma precisa e definitiva, a questão da vontade. Porém Aristóteles oferece possibilidades, que nos permitem, por aproximação, formular algumas ideias básicas sobre o assunto. Nisto reside o desafio deste capítulo, ou seja, extrair do pensamento de Aristóteles subsídios teóricos que nos permitam discutir a questão do consenso penal na prática judicial brasileira.

O filósofo Vernon J. Bourke (1964) distingue, em seu livro, “Will in Western Thought: *na Historico-Critical Survey*”, oito sentidos diversos que caracterizam a palavra “vontade”. Estes sentidos foram teorizados desde os gregos antigos até os dias atuais. Primeiramente, na antiguidade, mais precisamente no período clássico e helenístico da Grécia, a vontade representava uma preferência intelectual. Esta conceituação foi objeto de debates no período socrático e pós-socrático. Para Bourke estes filósofos são chamados de “intelectualistas” e que segundo as suas concepções a vontade é um tipo de função cognitiva de optar pela melhor escolha na ação moral.

De fato, a origem da vontade se tornou, nesse período, o objeto central dos debates sobre o assunto. Compreender se a vontade constitui-se num ato puro da razão, passou a ser a força motriz das reflexões de então. Distanciando dos demais pensadores, Aristóteles prefere relativizar a questão racional da vontade, ou seja, como ato puramente cognitivo. Interessante notar a crítica que Aristóteles realiza no decorrer de sua *Ética a Nicômaco* ao se posicionar quanto à tese intelectualista da virtude, que ele atribui a Sócrates, segundo a qual, virtude é saber. Dessa forma, a *Ética a Nicômaco* é considerada referência, na tradição socrática, ao prefigurar o nascimento do conceito de vontade. Embora não tivesse dado contornos teóricos precisos, apresenta considerável avanço, preparando-o para sua formatação posterior.

No pensamento aristotélico, a vontade se caracteriza por ser uma subdivisão da faculdade desiderativa (*ὀρεκτικόν*). Esta se constitui num subitem da faculdade sensitiva (*αἰσθητικόν*). Juntamente com a faculdade nutritiva (*θρεπτικόν*), a faculdade sensitiva compõe a parte irracional da alma. Assim Aristóteles não reduz a vontade ao mundo sensorial. Porém entende estar à vontade fundada no sensitivo da alma. Trata-se de suas bases materiais, que, por si, seriam irracionais, se não fosse à dimensão racional, que é de ordem intelectual. Esta operação a diferencia do impulso (*θῦμος*) e do desejo (*ἐπιθυμία*). Estes são subdivisões do apetite e também irracionais.

A questão da vontade é tratada tanto no *De anima* como em *Ética a Nicômaco*. O principal objetivo deste trabalho é o de analisar a vontade sobre o prisma da *Ética a Nicômaco*, extraindo-se os conceitos formulados. Entretanto, isto não exclui o recurso aos

outros textos de Aristóteles, sobretudo o *De anima*. Este pontua traços importantes das concepções sobre a vontade. O assunto, no *De anima*, envolve a análise da alma. Indica que a vontade pertence ao quadro psicológico e fisiológico. Assim o filósofo de Estagira examina as concepções psicológicas de seus predecessores, com destaque na ideia de movimento e inteligência. Para descrição da alma, com base nas concepções de seus predecessores, Aristóteles trata dos diferentes poderes da cognição sensível, subdividindo em externos e internos.

No capítulo nove e dez do terceiro livro, o filósofo passa a desenvolver a potência e pluralidade do apetite (*orektikon*) ligado à faculdade da sensação (*aisthêtikon*). Segundo ele, “As três espécies do apetite são funções de uma só faculdade, mesmo que a ação de cada uma seja, estritamente, sensitiva ou, como no caso da vontade (*boulêsis*), racional” (HAMELIN, 2010, p. 28). Posto isto, quais são as três funções da alma? Segundo Aristóteles (2006, p. 122), é “na parte calculativa (*logistikon*) que nasce (*ginetai*) a vontade (*boulêsis*), mas o apetite (*epithumia*) e o ânimo (*thumos*), na parte irracional (*alogôi*); e caso a alma seja tripartite, em cada parte haverá desejo (*orexis*)”.

O filósofo no decorrer de seu pensamento persiste, inclusive ao tratar da vontade, no fato de que o apetite é gênero e que suas espécies não possuem uma faculdade particular e independente. Desta forma, conforme seu pensamento, somente o desejável (*orekton*) constitui o princípio motor. Vejamos sua passagem sobre a questão:

Assim, mostra-se razoável (*eulogôs*) que sejam estes dois os que fazem mover (*kinounta*): desejo (*orexis*) e raciocínio prático (*dianoia*). Pois o objeto desejável (*orekton*) move (*kinei*) e por isso o raciocínio (*dianoia*) também move: porque o desejável (*orekton*) é seu princípio (*arkhê*). E a imaginação (*phantasia*), quando move, não move sem desejo (ou *kineianeurexeôs*). Há algo único, de fato, que faz mover (ti *tokenoun*): o desejável (*orekton*). Pois, se dois movessem quanto ao lugar – o intelecto (*nous*) e o desejo (*orexis*) –, moveriam de acordo com uma forma (*eidos*) comum. (*koinon*). Na verdade, mostra-se que o intelecto (*nous*) não faz mover sem o desejo (*aneurexeôs*) (pois a vontade (*boulêsis*) é desejo (*orexis*), e quando se é movido de acordo com o raciocínio (*logismon*), também se é movido de acordo com a vontade (*kataboulêsin*), mas o desejo (*orexis*) move deixando de lado o raciocínio (para *tonlogismon*), pois o apetite (*epithumia*) é um tipo de desejo (*orexis tis*) (ARISTÓTELES, 2006, p.124-125).

A partir desta descrição, Hamelin (2010, p. 28) comenta: “[...] o apetite (*orexis*) forma uma potência (*dunamis*), a qual depende da vontade, e constitui o único princípio do movimento ao qual se reduzem o pensamento prático, bem como a imaginação”. Assim

Aristóteles defende a ideia de que existe apenas uma faculdade do apetite, que funciona tanto no racional como no sensitivo. A este apetite racional chama de “vontade”. Vontade, portanto, encontra-se na sensibilidade (irracional) e manifesta-se por meio da razão (racional), responsável pela formatação. Noutras palavras, a sensibilidade é a matéria, e a razão, a forma. Desta relação deriva a ideia de vontade como algo que proporciona ao humano sua capacidade de deliberar.

Registramos, aqui, duas posições sugestivas, a de Gauthier e a de Ross, sobre o assunto, em especial a relação entre desejo, vontade e razão. Segundo Gauthier:

“[...] para os escolásticos a *voluntas* é precisamente um desejo racional no sentido de ele ser uma atividade da alma racional, que possui em si mesma uma faculdade desiderativa distinta da faculdade desiderativa irracional, ideia totalmente estranha a Aristóteles” (GAUTHIER; JOLIF, 1970, p. 194 (tomo II)), (tradução nossa).

Ross (1957), em sentido contrário, defende que a noção de escolha (*proairesis*) preconizada por Aristóteles se apresenta como tentativa de conceituar a vontade. Segundo ele, ao introduzir a noção da vontade, Aristóteles recorreu à ideia de que esta se forma pelo elemento racional e pensamento. Daí a capacidade inerente à vontade da escolha racional do desejável, objeto de sua aspiração. Portanto, conclui-se que, para Aristóteles, a escolha necessita de um princípio racional e pensamento visando meios relativos à obtenção de determinado fim. É a partir deste pressuposto teórico da vontade, que Aristóteles formulou a deliberação. Assim, pode-se inferir que, para Aristóteles, a escolha e a deliberação dizem respeito aos meios, enquanto a aspiração, *boulesis*, aos fins.

Sem precisar a natureza da vontade e do livre arbítrio, de maneira clara e precisa, ao menos, Aristóteles concentra esforços iniciais a fim de evidenciar que a escolha é uma operação racional, fundamento ético da ação, ou seja, da deliberação. O desejo consiste num movimento irracional, por si mesmo. Porém é passível de persuasão pela alma racional. A afirmação de que a vontade estaria no julgamento da melhor opção a ser escolhida, Guy Hamelin pondera:

“[...] é a seleção racional do desejável ou de um fim bom e não a escolha do melhor meio para alcançar esse fim, que releva das puras manifestações cognitivas ou judicativas da prudência (*phronêsis*), da deliberação (*bouleusis*) e, talvez, da escolha (*proairesis*)” (HAMELIN, 2010, p.30).

Posto isto, tem-se que desejar é distinto de escolher e formalizar um desejo, já que é possível desejar sem ter que realizar este desejo. Lembre-se, aqui, da teoria clássica do Direito Penal sobre o crime: cogitar, preparar, executar e consumir. Pode-se afirmar que Aristóteles distingue os dois momentos da vontade. Esses dois momentos consistem em desejar e agir. Mas, é importante ressaltar que se pode agir sem necessariamente desejar. Neste caso, a ação não está excluída da dimensão ética e jurídica, na medida em que ela é indissociável da relação fim-desejo.

Desta forma, acredita-se que Aristóteles formulou o conceito de vontade baseado num tipo de desejo de ordem racional, que, por sua vez, se num modo de desejar da razão deliberativa. Tanto que a *boulêsis* foi traduzida posteriormente por *voluntas* no latim. “Esta aproximação entre *boulêsis* e *voluntas* se explica pelo fato de o querer ser o modo de desejar mais afeito à razão” (AGGIO, 2011, p. 130-131).

Na concepção aristotélica presente em “Ética a Nicômaco, a base da ação, como expressão da “vontade” assentada dimensão racional, a razão prática adquire uma estrutura prescritiva”. Assim a razão não se apresenta como simples instrumento da vontade. Antes, ela é o próprio exercício da vontade. A ética aristotélica se constitui no interior dessa dimensão prescritiva, que, por sua vez, se vincula à noção de virtude. Os estados disposicionais como resultado da relação vontade e ação, são frutos do hábito, fundamento da razão prática. Essas relações que envolvem a escolha e a deliberação na voluntariedade e na responsabilidade moral pressupõem o aspecto central da razão prática na ética aristotélica.

Daí se pode depreender que Aristóteles arquitetou seu pensamento, no campo da razão prática, articulando a ideia de que a vontade é o desejo próprio da alma racional. Assim resta claro que o querer concerne ao fim e a escolha aos meios. Nesta relação entre vontade e escolha deliberada, o desejo assume a dimensão do movimento. Esse movimento permite à ação ir em direção a si mesma e à alteridade nesse movimento, o desejo deliberado decorre do desejo-fim. Sem a determinação do desejo deliberado, que tem a função de impulsionar para a realização, a vontade, numa linguagem aristotélica, seria meramente potência e não ato. Nisto consiste a razão prática sobre a qual se constrói a experiência humana. Por outro lado, é importante destacar que a vontade se identifica tanto com o desejo aos meios, como com o desejo ao fim, ou seja, a vontade se assemelha tanto com a escolha deliberada como com o querer.

Isto não significa que a vontade pertença ao querer nem à escolha deliberada. Aristóteles deixa clara a diferença entre esses dois momentos. Daí é possível, para ele, escolher agir, mas não desejar, visto que o querer não é a própria escolha deliberada. O querer

e o agir são distintos, e a deliberação é o movimento que busca unir os dois momentos, como bem expressa o texto abaixo do filósofo de Estagira:

Tampouco é querer, embora lhe seja evidentemente afim, pois não há escolha deliberada de objetos impossíveis e, se alguém declarasse escolher deliberadamente coisas impossíveis, pareceria insano, ao passo que há querer de objetos impossíveis (por exemplo: a imortalidade). E o querer diz respeito também àquelas ações que de modo algum são realizadas por si mesmo (por exemplo: querer que um ator ou atleta vença a competição); ninguém escolhe por deliberação, porém, tais coisas, mas aquelas que crê engendrar por si próprio. Ademais, o querer diz respeito, sobretudo ao fim, mas a escolha deliberada concerne ao que conduz ao fim (por exemplo: querer estar saudável, mas escolher deliberadamente que coisas os tornarão saudáveis; querer ser feliz e o declarar, mas não é apropriado dizer que se escolhe deliberadamente ser feliz). Em suma, a escolha deliberada parece dizer respeito àquelas coisas que estão em seu poder (EN III 2:111b20-30).

Portanto, querer é distinto da escolha deliberada. Aristóteles procura evidenciar que a escolha não é nenhum dos três tipos de desejo, nem mesmo da vontade, já que os objetos se distinguem. Para ele, o querer se manifesta nos objetos possíveis e impossíveis, já a escolha, aos possíveis e aos meios. Sobre a racionalização do desejo, Aristóteles encontrou a melhor maneira de se explicar, de tal modo que as ações do agente podem ser resultado de sua razão prática. Interessante notar o duplo aspecto racional e irracional do desejo, que se leva à vontade. O desejo está ligado ao movimento de seus atos, juntamente com o aspecto racional. Assim Aristóteles deu início à inacabada discussão na história da Filosofia sobre a questão da “vontade”.

Deste modo, pode-se dizer que, em Aristóteles, a ação humana deriva do desejo, porém subordinada aos atos da razão. Assim a vontade é constituída pela dimensão racional (forma) e sensitiva (matéria). Destarte, a vontade relaciona-se à ação dos indivíduos, que almeja alcançar determinado fim. Por ser a vontade subordinada à razão, somos seres racionais, ou seja, dotados de razão, que permite julgar, decidir e agir. A ação resulta da vontade determinada pela deliberação da Razão. O componente irracional atua com privação das faculdades racionais. Em seu tratado de Metafísica, Aristóteles comenta:

Ora, o objeto primeiro do desejo e o objeto primeiro da inteligência coincidem: de fato, o objeto do desejo é o que se nos mostra como belo e o objeto da vontade racional é o que é objetivamente belo: e nós desejamos algo porque acreditamos ser belo e não, ao contrário, acreditamos ser belo porque o desejamos; de fato, o pensamento é o princípio da vontade racional (METAFÍSICA, 1072a 24-29).

A estrutura da ética aristotélica se organiza a partir do princípio formal e material. Da formalidade, extraem-se as regras; da materialidade, o conteúdo da ação. As regras indicam como se deve agir, porém cabe à deliberação, como ato da razão, a sua determinação fática. Esta depende das disposições entre o humano de agir em conformidade com as prescrições ditadas pela razão. A partir desses pressupostos, Aristóteles lança as bases teóricas da vontade no Ocidente, estruturando a noção de vontade por ele preconizada.

A escolástica medieval mantém os pressupostos aristotélicos, principalmente Tomás de Aquino, para quem a vontade é considerada, também, um ato do desejo, e não apenas da razão. Essa concepção de vontade só vai sofrer mudança significativa no pensamento de Kant, que a classifica a partir da ideia de comando interno e comando externo. A primeira está relacionada ao Imperativo Categórico, cuja vontade, por si mesma, é autodeterminada, portanto, não condicionada a nenhum comando, externa a si mesma. Kant classifica adjetivando-a de “vontade autônoma”. A segunda refere-se ao Imperativo Hipotético, portanto, condicionada ao comando externo, que se move em razão de uma subordinação regrada pela vontade externa. Trata-se de uma vontade heterônoma, ou seja, alheia ao sujeito da ação. Assim, a “vontade” tornou-se independente de qualquer instância irracional, não derivando mais do desejo, conforme a concepção aristotélica.

Portanto, a vontade apresenta-se como condição *sine qua non* da ação humana, como expressão de sua autodeterminação. Só se pode falar em consenso quando se reconhece a condição de decidir, de forma deliberada e autônoma nas ações, pertinente a determinado resultado prático. Neste sentido, o resultado da ação não apenas expressa como também materializa a intencionalidade da vontade exercitada. Assim o consenso apresenta como extensão de uma vontade deliberada e legitimamente firmada em relação à composição da lide. Isto é o pressuposto inevitável do reconhecimento da condição cidadã presente na pessoa humana. Sem isto, não há Estado Democrático de Direito, muito menos Justiça. A Justiça também pressupõe a condição ética do polo passivo e ativo na composição da lide, principalmente quando a vítima pode se pronunciar em relação ao ajuizamento na reparação de sua dor ou perda.

1.2 Deliberação

No tópico anterior, verifica-se que, segundo a ética preconizada por Aristóteles, ao tratarmos da vontade, temos que o irracional da alma, ou seja, a dimensão afetiva possui como capacidade seguir o conselho do racional, transformando o desejo na razão. Esta passagem

que se denomina racionalização do desejo possibilita o processo da operabilidade da razão prática. Chegou-se a concluir, anteriormente, que o princípio motor da ação ligada ao agente necessita agir segundo o bem, sendo orientado pelos meios, visando alcançar determinado fim. A estes meios, denominados a deliberação.

A deliberação se manifesta por ser um processo equitativo entre o desejo e a razão e é formado por três etapas: o hábito, a deliberação e a sabedoria prática. O hábito ou a educação é o princípio motor da formação das virtudes, enquanto estados disposicionais, tendo por parâmetro - a mediana. A deliberação é responsável pela formação do desejo racional propriamente dito. E a sabedoria prática tem por função específica e rodear (nortear?) todo o processo. Desta forma, tem-se que a origem das ações dá-se pelo homem e, é por meio da deliberação é que as coisas são feitas, e as ações são por ele executadas, tendo em vista coisas diferentes delas.

A deliberação, no pensamento aristotélico representa a escolha dos meios para se alcançar determinado fim, o cerne da representação é sempre o meio, nunca o fim. Portanto, delibera-se para prover determinada finalidade e só se delibera sobre aquilo que está sob seu poder de fazê-lo Aristóteles foi o primeiro pensador a empregar em sentido técnico a palavra deliberação, que significa conselho de pessoas para deliberar acerca de algo. O estudo da deliberação se inicia no capítulo 5 livro III, (1112a 18) da EN. Entretanto, o estudo sobre a deliberação é formado em várias obras de Aristóteles (como na Metafísica), mas principalmente ao longo de toda a Ética a Nicômaco. No livro VI (1138b 16 -1145a 14), o Estagirita analisa a virtude dianoética que consiste na excelência da deliberação.

Em todo decorrer de seu pensamento, Aristóteles parece afirmar que não existe decisão sem prévia deliberação. Assim, para o processo da razão prática torna-se essencial não apenas o estudo da deliberação, mas a boa deliberação. Faz-se necessário neste processo analisar as capacidades desiderativas do homem, já que somente por meio dessa virtude é que o prudente pode deliberar excelentemente e realizar as coisas que o levem a uma vida feliz. Assim, como resultado da boa deliberação, o homem escolhe e age bem.

A partir do exposto, encontra-se a forma utilizada por Aristóteles para introduzir o elemento racional na determinação de nossos atos, posto que mesmo que o fim seja inserido pelo desejo, o ser humano necessita decidir como alcançá-lo, ou seja, deve por meio da deliberação descobrir os diversos horizontes à sua disposição, escolhendo o meio mais adequado para concretizá-lo. Aristóteles estrutura a natureza e o objeto da deliberação, principalmente no livro III, da EN, começando por dar uma teoria a seu respeito. O processo pelo qual se dá a deliberação é o que responde pelo aspecto cognitivo presente na escolha e na

virtude moral. O princípio racional está justamente no fato de a deliberação anteceder a escolha.

Antes de se adentrar o objeto próprio da deliberação, é mister observar que o filósofo de Estagira fornece um rol sobre quais objetos não se pode deliberar. Percebe-se que não é sobre todo objeto que um agente pode deliberar. Ao examinar seu pensamento, nota-se que ele inicia sua argumentação tecendo que o objeto da deliberação somente recai sobre as quais um ser racional e sensato deliberaria e não um homem tolo ou insano. A deliberação para ser boa exige um raciocínio prático que este não possui. Assim, Aristóteles elenca os objetos sobre os quais não é possível deliberar:

- a) “Ninguém delibera, então sobre os objetos eternos; por exemplo, sobre o universo ou se a diagonal e o lado são incomensuráveis” (ARISTÓTELES, 2008, EN 1112a 21-23). Noutras palavras, as relações, que compõem o nexos causal do raciocínio lógico-matemático são universais e independe da vontade humana ou de qualquer avaliação subjetiva. São demonstrativas e não argumentativas, pois não visam ao convencimento da validade de um raciocínio, mas apenas sua descrição puramente objetiva;
- b) “Também não sobre os que estão em movimento, mas que se engendram sempre do mesmo modo, seja necessário, seja naturalmente, ou por outra causa, como as órbitas e o nascer dos astros” (ARISTÓTELES, 2008, EN 1112a 23-25). Trata-se de questões que não dependem da vontade humana. Acontecem alheias à sua vontade, movidas por determinações externas. Sobre elas, a vontade humana queda-se inerte e passiva;
- c) “Tampouco sobre os que são ora de um jeito, ora de outro, como secas e chuvas” (ARISTÓTELES, 2008, EN 1112a 25-26). Portanto, transcendem a determinação da vontade e estão sujeitas a condições aleatórias à capacidade de intervenção humana;
- d) “Tampouco sobre os que ocorrem por acaso, como o descobrimento de um tesouro” (ARISTÓTELES, 2008, EN 1112a 27-28). O acaso é algo não previsível pela capacidade de pensar e se aloja e se movimenta de forma aleatória, independentemente da vontade humana;
- e) “Também não se delibera, porém, sobre todos os assuntos humanos; por exemplo, nenhum lacedemônio delibera sobre como os citas melhor se governariam” (ARISTÓTELES, 2008, EN 1112a 28-30). Noutras palavras, a situação descrita

neste t3pico diz respeito 3s quest3es cuja capacidade humana de ajuizar e decidir s3o impotentes, posto que, se encontram fora de sua esfera pensante e pr3tica;

- f) “Tamb3m n3o s3o objeto de delibera33o os singulares; por exemplo, se isto 3 p3o ou se est3 cozido como deve, pois s3o do dom3nio da sensa33o. Se sempre se tiver que deliberar, ir-se-3 ao infinito” (ARIST3TELES, 2008, EN 1112b 35 –1113a 2). Para o realismo aristot3lico, a realidade, que se encontra fora da capacidade humana de determinar sua natureza, 3 o em si mesmo e, como tal, independente da vontade humana. Sobre ela, nada pode se deliberar ou decidir. P3o 3 p3o, pois traz consigo a ess3ncia daquilo que o faz p3o, e assim por diante.

Ap3s esta an3lise sobre o que n3o pode ser objeto de delibera33o, temos 3quilo que j3 est3 pronto ou j3 ocorreu n3o 3 objeto de delibera33o, mas o pertencente ao futuro e n3o pode ser de outra maneira, este sim 3 objeto de delibera33o. Desse modo, delibera-se apenas sobre as coisas que est3o em seu poder e que podem ser feitas. “Cada um de n3s homens delibera sobre aquilo que pode ser feito por si pr3prio” (ARIST3TELES, 2008, EN 1112a34-35). Ressalte-se que a delibera33o relaciona-se ao que 3 incerto, eventual, e que se est3 para completar. 3 neste contexto, que o ser humano dotado de duas partes, o racional e o irracional, v3o discernir sobre o objeto almejado, atuando no que est3 por se decidir. Justamente por isto, mesmo a delibera33o agindo somente com o pertencente ao futuro ela conecta ao passado, ao que foi imaginado primeiramente.

Outro fator importante a respeito da delibera33o 3 que ela n3o ultrapassa os limites ating3veis do ser humano capaz de atuar. Portanto, o homem, dotado de sensatez, estrutura a delibera33o quanto ao objeto pelo qual n3o pode ser de outra maneira, sobre o descoberto e o que ser3 completado. A delibera33o n3o se debru3a na ci3ncia nem na per3cia. Ela manifesta no agir humano que lhe permite buscar outra maneira de agir e de ser. Ela rompe fronteiras, na medida em que busca outra possibilidade, outro caminho, visando sempre o bem da comunidade.

Portanto, 3 um processo que se forma na transforma33o do ser humano, enquanto ser racional e sensato, a partir de seu agir, tendo por alicerce sua experi3ncia de vida, no qual, por meio da boa delibera33o, estruturou o seu pensar para melhor caminhar em dire33o ao fim almejado. Sendo assim, para ocorrer 3 delibera33o se faz essencial o papel da vontade; do verdadeiro conhecimento; do conhecimento do querer e da vontade para as maneiras diferentes e de como alcan3ar o objeto almejado. Este processo pode-se denomin3-lo de vai-e-

vem. É neste vai-e-vem que o pensar trilha um caminho incerto, sempre sobre o provável e novo, imaginando o fim.

Ao traçar esse caminho, dá-se um importante passo para o entendimento da vontade e da deliberação preconizadas por Aristóteles, no momento em que se verifica que é neste vai-e-vem que o ser humano distingue as suas escolhas quanto ao querer, deliberando sobre ela. É neste ponto que o homem distingue a necessária vontade de se fazer o que é certo e bom. Importante destacar que é neste vai-e-vem constante que o ser racional estrutura seu pensamento, mas ele não constrói apenas para decidir, mas para buscar a ética e a moral em seu agir, por meio da boa deliberação, alcançando determinado fim. Por isto, cita-se aquele velho ditado que o ser humano encontra-se em constante construção de si mesmo. Porém, não se pode esquecer que isto somente é possível por meio da habitualidade, de fazer e refazer em cada agir e sempre buscando prevalecer o bem sobre o mal, num intenso exercício de se aconselhar com a boa deliberação, alcançando, assim, a justa medida, escolhendo com sabedoria a mediania para alcançar determinado fim. É, portanto, a prática habitual do homem de agir bem e no bem.

Diante do apresentado, verifica-se que a deliberação se constitui por ser um exercício prático constante e conhecido do que é bom ou mal para si e para todos. Sua maior contribuição reside em demonstrar que a virtude pode ser boa ou ruim, já que escolher impõe uma deliberação sobre o seu querer e sobre o seu pensar. Ressalte-se aqui que não se pode deliberar sobre o que já está definido e determinado ou o que já foi decidido e conhecido. Como visto anteriormente, ninguém delibera sobre coisas que não têm finalidade. Delibera-se sobre coisas mutáveis e que pertencem ao futuro. A deliberação pertence à razão prática e se manifesta no momento em que o homem por excelência delibera bem.

A deliberação, portanto, está na ordem do saber aproximativo, não sendo de modo algum, infalível. Mas mesmo a ação tendo em vista a melhor deliberação, esta comportará riscos, devido à imprevisibilidade humana. Ela se manifesta por ser uma via eminentemente humana, na qual o homem sendo um ser humano racional e pensante age de forma sensata, aconselhado com as mediações que o mundo oferece pelas experiências vivenciadas. Percebe-se que a deliberação se apresenta como uma perfeita relação homem-mundo.

Portanto, a deliberação seria como uma espécie de pesquisa que orienta a respeito das coisas humanas e procura o melhor meio para realizar um fim almejado. Sendo assim, o indivíduo delibera para agir e possuir diversos meios para alcançar determinado fim, julgando este fim por meios de parâmetros da mediana. Segundo Aristóteles:

Mas, uma vez que, deliberando, uma pessoa delibera em vista de algum fim e aquele que delibera tem sempre um objetivo em vista do qual ele julga o que é conveniente, ninguém delibera sobre o fim; este é o ponto de partida e a suposição, como as suposições das ciências teóricas (1227a7-9).

Como toda investigação, a deliberação requer um ponto de partida e esta função é exercida pelo fim da ação. Assim a função cumprida pelo fim é o ponto de partida do processo deliberativo, já que é por causa do fim que se pesam razões e se decide, se isto é bom ou não, a ser feito; logo, não se pode deliberar sobre eles, ou seja, torná-los parte da deliberação. Nas passagens: “Nós deliberamos não sobre os fins, mas sobre o que promove os fins” (1112b 11, tradução minha) e “portanto, nós deliberamos sobre as coisas que promovem o fim, não sobre o fim” (1112b 35, tradução minha), Aristóteles apresenta o movimento do processo deliberativo.

Para o filósofo de Estagira, as decisões são sempre sobre os meios e nunca sobre os fins. Desta forma, ao se analisar da razão prática na EN, tem-se que o foco não é sobre o agir, mas sobre a existência ou não da virtude no agente em questão. “O valor moral é mais propriamente apreendido não pelo que é feito, mas pela deliberação sobre como fazer” (ZINGANO, 2008, p. 160) – “mostrando que o pensamento aristotélico centraliza nos meios passíveis de deliberação a manifestação da virtude, e não na ação” (MOLON, 2015. p.57). Tanto que para Aristóteles escolher por deliberação é uma disposição da virtude. E a virtude perfeita:

[...] é um estado específico do caráter humano ocupado com a decisão, com a deliberação pelo uso da razão em busca de uma conclusão, que se manifesta na escolha e esta, por sua vez, se manifesta na ação. Uma pessoa que seja virtuosa irá decidir pelo curso de ação que também seja virtuoso por ele mesmo e se compromete com a decisão deliberada e tomada, não importando o preço a ser pago, pelo fato de que é a coisa certa a se fazer (MOLON, 2015. P. 55).

Portanto, delibera-se sobre como e por meio de que se obtém um dado fim posto pela vontade, ou seja, delibera-se apenas sobre os meios para se atingir um determinado fim, para o qual se volta pela vontade e é justamente por este fator que o agente delibera e escolhe. Deste modo tem-se que Aristóteles pretendeu estabelecer os parâmetros de uma moral da preferência fundada em razões. Assim, “[...] existem duas coisas a serem levadas em conta: a deliberação é posterior escolha dos meios guiada pela razão prática, e o fim a que o desejo se inclina que, no agente virtuoso, é engendrado pela boa disposição” (FERNANDES, 2013, p. 90-91).

A título de síntese, conclui-se que a deliberação só é possível para coisas, que se podem fazer por si mesmas e que se deseja o fim. Entretanto, apenas delibera-se sobre os meios para atingir tais fins (a afirmação de que só é possível a deliberação sobre os meios e não sobre os fins está um pouco repetitiva ao longo do texto). E, é assim que a deliberação é analisada em toda obra do filósofo, verificando a importância do estudo da deliberação em EN. O conceito da razão prática se efetiva no momento em que a deliberação sobre estes fins é usada pelo homem virtuoso. A razão prática estabelece que para que o homem seja virtuoso ele deve deliberar bem, mostrando prudência em seu agir. Interessante notar que Aristóteles ao examinar a virtude intelectual prática não utiliza como exemplo um sábio, mas sim um político, como Péricles.

Ao se analisar sua obra, percebe-se que se deseja por um fim e que se delibera e se decide guiado pela razão e experiência vivida, sobre as coisas que o promovem. E que para que sejam considerados responsáveis, no momento da ação, é que se tem a possibilidade de fazer uso de sua capacidade racional prática. Desta forma, a virtude se ocupa nas coisas que promovem o fim. Não se pode esquecer que para Aristóteles a felicidade é o fim último do agir humano. Como ele próprio afirma em EE: “[...] Não chamamos de temperantes os outros animais exceto o homem, pois não há razão neles através da qual eles testam e escolhem o certo. Pois toda virtude está relacionada com e visa ao que é certo” (1191b18-19).

Portanto, ser capaz de deliberar é o que faz responsável pelas suas ações e não simplesmente o fato de deliberar ou não. Inegável, então, que a razão prática se estabelece quando o homem delibera bem, calcado na sabedoria da vivência e no constante hábito de sempre procurar a melhor deliberação para bem decidir quanto ao almejado fim.

Após essas breves explicações, verifica-se a importância das ideias lançadas por Aristóteles no aprimoramento dos meios alternativos de conflitos, principalmente, se utilizadas na prática da justiça consensual penal. Em sua base estão a vontade e a deliberação. Estes dois atributos são condições necessárias do livre arbítrio. Como tal, apresentam-se como fundamento da ação humana, seja na sua forma passiva ou ativa. Daí, na composição de uma lide, a participação, de ambas as partes, ser a expressão inequívoca da legitimidade do resultado pretendido. A autocomposição apresenta-se inerente à condição cidadã num Estado Democrático de Direito.

1.3 Hábito

A palavra hábito foi traduzida do grego *hexis*, que segundo Aristóteles consistia nas disposições da alma. Talvez, Aristóteles tenha sido o representante mais importante na história da filosofia do conhecimento humano a desenvolver a estrutura e formular o conceito do hábito. Porém, o que se sabe é que Aristóteles foi o filósofo mais antigo a fazer referência acerca do *habitus*, ao pensar em seu papel demonstrativo para o estudo científico. Importa salientar que o conceito do hábito vem sendo utilizado nos processos de socialização e aprendizagem do homem desde Aristóteles.

A título de esclarecimento, as disposições são os comportamentos que os seres humanos, dotados de razão, possuem em concreto. Este comportamento pode ser bom ou mal, relativamente às vontades. O hábito tem a função de que adquirido após a prática reiterada das ações voluntárias, facilita ou dificulta o comportamento em cada caso particular, diante do movimento das vontades. Para Aristóteles, o ser humano possui a potencialidade para o exercício da ciência. Portanto, o ser humano é capaz de ser o que quiser, mas para isto se faz essencial à educação e à prática.

“Assim como o *ethos* (costume) tem sua duração no tempo assegurado pela tradição, assim o *ethos* (*hexis* ou hábito) torna-se, no indivíduo, forma permanente de seu agir pela educação”. (VAZ, 2009, p. 42).

Desta forma, é preciso que as potencialidades transformam-se em disposições passageiras, chamadas de *diathesis*, porém, com a prática elas se tornam disposições duráveis, ou seja, *hexis*. Em síntese, é necessário que o desenvolvimento intelectual de um ser humano passe primeiramente por uma *diathesis*, e com a experiência, frequência e esforço do homem em aprimorar seus conhecimentos em relação a este assunto, acabe formando uma *hexis* segura e duradoura. Interessante notar que os hábitos são também disposições, porém isto não significa que as disposições sejam necessariamente hábitos. Isto se explica pelo fato que ter hábitos é estar relacionado à certa disposição relativamente às coisas, mas nem sempre esta disposição possui o hábito correspondente.

O termo *hexis*, possui várias traduções para o português. Entre as mais utilizadas encontra-se a tradução do *hexis* por hábito, disposição, estado e posse. O termo hábito é utilizado ao que mais se assemelha ao sentido original. É levando uma capacidade específica atingida pelo ensino (educação) e pela prática (experiência). Torna-se uma qualidade do ser humano em relação aos outros. Como afirma Aristóteles, “o hábito (*hexis*) distingue-se da disposição pelo fato de ser mais estável e duradouro” (Aristóteles, 2000, p. 81).

“A posse (*hexis*) diz-se de muitas maneiras; ou como hábito e disposição, ou qualquer outra qualidade – pois dizemos possuir uma ciência ou uma virtude; ou como quantidade, como tamanho que alguém por acaso tem [...]” (Aristóteles, 2000, p. 107).

Aristóteles insere o raciocínio sobre o que seja fundamental no comportamento humano, observa que um dos elementos essenciais para a razão prática é o hábito, pois “Antes, desoculta-se a via própria e adequada da racionalidade prática, em cujo horizonte específico redescobre-se o homem como autor do mundo, como criador da ordem e de si mesmo, no exercício da razão prática” (ARISTÓTELES, 2009, p.26). Nota-se a partir deste conceito que o *habitus* é uma qualidade do ser ligado à prática que o qualifica, mas não o constitui. O hábito supõe um esforço, que passa por uma *diathesis* até chegar a sua perfeição, atingindo a *hexis*.

Portanto, as experiências da vida que levam a atividades racionais, só podem ser apreendidas pelo homem que adquiriu bons hábitos desde sua infância e possui entendimento suficiente para ter praticado esses hábitos a ponto de renunciar às paixões em nome da razão. O hábito, nesse sentido, representa a ação executada e que repetida várias e várias vezes, manifesta o comportamento até a perfeição. É desta maneira que Aristóteles se afasta de seu mestre Platão, formulando que o conhecimento advém da realidade sensível de um processo que se denomina de indução. Aristóteles buscou o funcionamento do homem para então conhecer o mundo.

O que se procura demonstrar é que a formação por meio dos hábitos, no processo da racionalização da vontade ligada à deliberação é o que se leva a atingir certo fim. Em síntese, tem-se que o processo de formação do caráter dá-se pela racionalização da vontade e dos desejos que com o hábito e a deliberação afeta a maneira pela qual se concebe o fim. Assim, a formação do caráter se dá a partir do hábito, de como as ações são repetidas, pela experiência da vida e com a ajuda da deliberação para determinada direção. Nesta direção deve-se agir então com disposições moderadas ligadas à vontade, que são mais adequadas para o exercício da razão.

Como afirma Zingano (2008, p. 146), “a razão prática, para Aristóteles, não pode operar a não ser que existam previamente as disposições morais, isto é, paixões ou emoções moderadas pelo hábito e pelo exercício”. Desta forma, visando encontrar respostas para as questões éticas e epistemológicas, Aristóteles se utilizou do conceito de *hexis*. Desta forma, o hábito serve ao mesmo tempo como um alicerce teórico, mas também como resposta aos seus pares da época. Sobre a dúvida da formação das virtudes no homem, o livro II começa assinalando os diferentes modos pelos quais se adquire as virtudes morais e intelectuais. A

resposta para esta indagação não vem de ideias intelectuais, da reflexão racional, mas do hábito de práticas morais que constituem um padrão de agir.

Sendo a virtude, como vimos, de dois tipos, nomeadamente, intelectual e moral, a intelectual é majoritariamente tanto produzida quanto ampliada pela instrução, exigindo, conseqüentemente, experiência e tempo, ao passo que a virtude moral ou ética é o produto do hábito, sendo seu nome derivado, com uma ligeira variação da forma, dessa palavra. E, portanto, fica evidente que nenhuma das virtudes morais é em nós engendrada pela natureza, uma vez que nenhuma propriedade natural é passível de ser alterada pelo hábito. Por exemplo, é da natureza da pedra mover-se para baixo, sendo impossível treiná-la para que se mova para cima, [...]. As virtudes, portanto, não são geradas em nós nem através da natureza nem contra a natureza. A natureza nos confere a capacidade de recebê-las, e essa capacidade é aprimorada e amadurecida pelo hábito (ARISTÓTELES, *Ética*, liv. II, 1, § 1, grifo nosso).

Para Aristóteles, a virtude se subdivide em moral e intelectual. O filósofo percorre seu livro formulando o conceito de cada uma. Nos livros I e II, Aristóteles anuncia as virtudes morais como a coragem, a temperança, a generosidade e a magnanimidade. Nos livros II, III, IV e V, o filósofo de Estagira dedica-se às virtudes intelectuais, tais como a prudência, a sabedoria, a inteligência, entre outras. Entretanto, conquanto distintas, elas se interligam e são desenvolvidas ao longo da vida. A virtude do caráter, ou também denominada como virtude moral, resulta do hábito e está estritamente ligada aos costumes.

Observa-se que a virtude moral se adquire pelo ensino e pela experiência, mas e como ela se origina? Aristóteles argumenta no decorrer de sua obra que elas não são dadas pela natureza e sim adquiridas pelo hábito e pela capacidade de desenvolvê-las por meio da prática:

Virtude, então, se forma por dois tipos, virtude intelectual e virtude do caráter. A virtude intelectual surge e cresce principalmente por meio do ensino; e é por isso que essa necessita de tempo e experiência. A virtude do caráter é resultado do hábito; de onde origina seu nome, uma ligeira variação de *ethos* (1103a15, tradução minha).

Complementa ainda:

[...] pois nada que existe por natureza pode formar um hábito contrário à sua natureza. Por exemplo, a pedra que naturalmente se move para baixo, não pode ser habituada a se mover para cima, nem mesmo se alguém tentar treiná-la jogando-a para cima dez mil vezes; nem pode o fogo se habituar a se mover para baixo, nem pode qualquer coisa que por natureza se move de uma certa maneira ser treinada a se comportar de outra. Não é por natureza, portanto, nem contrário à natureza, que as virtudes se originam em nós;

antes, somos naturalmente dotados para recebê-las e elas são aperfeiçoadas através do hábito (1103a16-25).

Portanto, determinada propriedade não pode pertencer a um ser, o que é dado pela natureza a um ser pertence a ele necessariamente. As potências alheias à razão serão exercidas de uma única maneira. Por isto, o fogo não se pode habituar a descer, nem a pedra a subir. Entretanto, como se pode perceber, em se tratando dos seres racionais, se recebem a potência para desenvolver as virtudes morais e a capacidade de agir de acordo com elas, que só pode ser adquirida pelo hábito. Porém, essa disposição da ação somente se tornará perfeita pelo hábito. Sendo assim, as virtudes estão presentes no homem pela potência e não pelo ato. Desta forma, a virtude moral não se é dada pela natureza, já que, o que a natureza fornece não pode ser modificável pelo hábito. O filósofo expressa que não se adquire a capacidade que se tem pela simples convivência, mas pela ação. Portanto, as virtudes morais só podem ser desenvolvidas pelo constante exercício.

Sendo assim, o homem sendo um ser racional busca a felicidade e para alcançá-la, se esforça para controlar seus desejos e formar hábitos, adquirindo virtudes. Não basta o conhecimento e ser guiado pela razão, importa também a força da vontade para se exercitar, habitualmente, tendo em vista a ação virtuosa. Porém, esta disposição deve estar ligada a essa ação, pois somente deste jeito, se tornará perfeita pelo hábito. Por isto é essencial adquirir bons hábitos desde a infância.

Aristóteles, então, introduz a noção do hábito, que diversamente das qualidades naturais, necessita ser adquirido com a prática e com a repetição de atos voluntários, até a aquisição da virtude. A virtude, por sua vez, torna o homem bom e pronto para desempenhar bem seus atos, tendo por finalidade o fim almejado, ou seja, a felicidade. Para Aristóteles (EN, II, 1103a 14-b25), “Os estados de caráter se formam com atividades semelhantes”.

Aristóteles sustenta que aprender a fazer o que é virtuoso, torná-lo um hábito ou segunda natureza é, entre outras coisas, aprender a ter prazer – o prazer apropriado – em fazê-lo. É à luz do fato de um homem ter ou não ter prazer em praticar ações virtuosas que sabemos se ele tem a disposição correta formada a respeito (BURNYEAT, 2010, p. 166).

Resumindo esta dinâmica, se pratica bons atos para criar boas disposições para se tornar homens virtuosos. Entretanto, o modo como se faz tais atos voluntários repetidamente, se adquire bons hábitos (virtudes) ou hábitos ruins (vícios) que serão estudados em capítulo posterior. Daí a importância da forma que se vive, pois ela é determinante para a natureza de

seu caráter. Posto isto, verifica-se a importância de que o exercício desta prática se inicie o quanto antes para uma melhor formação no caráter e na personalidade do ser humano. Aristóteles mostra a importância da presença de outras pessoas no caminho de aprendizagem para que possam aconselhar, em todos os momentos, principalmente, nos momentos de desequilíbrio ou incertezas, como ocorre no auxílio na formação do hábito, tendo como fim a formação de bons hábitos via “educação”.

Por isto, a criança necessita de um educador que a ensinará a ser virtuosa, fazendo-a agir em conformidade com a virtude. Não importa o momento inicial deste aprendizado, mas sim o momento posterior, pois neste momento o aprendiz deve adotar a vontade de se tornar virtuoso que seu educador o ensinou. Importa lembrar que isto não poderá ocorrer de forma coercitiva ou violenta, já que o agir segundo a virtude é o que se torna capaz de exercer e preservar sua liberdade. Aristóteles ensina que a virtude preserva a vontade, já o vício a destrói. A par disto, a educação não pode de maneira alguma ser forçada ou impelida de forma bruta. A educação moral deve respeitar a criança, como um todo, para que quando adulta, ela possa refletir sobre a educação que recebeu e adotá-la, transmitindo em seu dia a dia e na educação de seus filhos. “[...] Na tradição se inscreve a historicidade do costume; na *educação*, a historicidade do hábito. Na inter-relação entre ambas revela-se uma das formas originais da dialética do tempo humano” (VAZ, 2009, p. 42).

Da mesma forma que os usos e os costumes têm força e influência dentro das Cidades-Estados, assim também terão força e influência hábitos familiares, talvez até mais ainda dado o laço familiar e os benefícios conferidos, pois há de antemão o amor dos filhos pelos pais e eles são naturalmente obedientes (E.N., X, IX, 1180b1-10).

Desta forma, Aristóteles ensinou que quanto mais o homem conhece o bem que se quer alcançar, mais probabilidades haverá para atingir o bem maior, e, não há como não relacionar o bem agir daquele que foi devidamente educado desde sua infância, porque o seu pré-conhecimento ligado ao processo de hábito educacional ao longo da sua vida irá, indiscutivelmente, contribuir para o alcance do bem do fim pretendido. O filósofo de Estagira afirma que os jovens não são bons políticos porque lhes falta uma vivência educacional a respeito das coisas da vida. Sabe-se que ninguém herda, nasce ou aprende, pois o aprendizado só é alcançado com o hábito na longa experiência da vida. “Aristóteles afirma com clareza que a prática reiterada de ações virtuosas leva à constituição de uma determinada disposição de caráter, ou seja, o hábito acaba por constituir o virtuoso” (HOBUSS, 2013, p. 69).

Portanto, o hábito adquirido vem a ser a segunda natureza, a natureza da virtude e quanto mais aprimorado for o caráter, o homem terá mais facilidade na consecução das virtudes e dos atos executados. Em breve síntese, observa-se que o homem nasce com potências e por meio da educação e da formação de hábitos, bem como pela prática reiterada de boas ações, ele pode vir a adquirir disposições, que são chamadas de virtudes morais que facilitam seu comportamento diante das vontades, em cada caso concreto. Porém, se o homem escolhe a prática reiterada de más ações, ele adquire vícios. Apenas as disposições boas são capazes de conferir a excelência a seus atos. Portanto, é por meio da prática que a virtude ou o vício se origina em si.

A doutrina das virtudes éticas, atinente à excelência da dimensão desejante da alma, a par de ter revelado a inelutável participação desta parte inferior da alma humana no agir, solicita também o esclarecimento do papel da dimensão racional, da alma: a virtude como hábito de desejar adequadamente não é suficiente para agir bem a cada vez, embora seja necessário. Agir bem requer também a participação da reta razão, do pensar que é a atividade da outra parte (superior) da alma. (COELHO, 2012, p. 91).

Em relação à ética aristotélica, o hábito possui papel fundamental, alinhado a educação da vontade, necessária ao desenvolvimento de um caráter virtuoso. O hábito se mostra imprescindível na busca da virtude perfeita e no maior de todos: a felicidade. Tem-se que a formação do hábito está ligada ao cotidiano da vida humana, justamente por isto, as ações se apresentam como papel primordial na prática da virtude perfeita.

[...] Mas, para as ações ligadas às virtudes serem praticadas com temperança ou com justiça não basta que estas tenham as qualidades certas. Ao contrário, o agente também deve estar no estado correto, quando ele as pratica. Em primeiro lugar, ele deve saber; em segundo, deve decidir sobre as ações, e decidir sobre elas por si mesmas; e, em terceiro lugar, ele deve, também, fazê-las a partir de um estado firme e inalterável (1105a 26, tradução minha).

Aristóteles ensina que o fazer é o aprender e este está calcado na educação e na habitualidade humana. Para ele, é por meio deste comportamento, ao longo da vida, habitual e constante que o humano agirá segundo os preceitos éticos. É uma construção diária, é um agir bem todos os dias, é por meio desta aquisição construída habitualmente e diariamente que resulta na felicidade. É nas escolhas que o ser humano faz durante a vida se habituando ao bem, que o torna feliz. O homem virtuoso será aquele que age corretamente por uma disposição de caráter virtuosa, sentido prazer em agir corretamente “o familiar e o habitual

estão entre as coisas prazerosas, pois muitas coisas não são naturalmente prazerosas, mas o hábito as torna prazerosas” (Ret. I 10: 1369b 17-18, apud AGGIO, 2011, p. 157).

A ética, portanto, é alcançada pela habitualidade no bem agir, porque o hábito é o princípio primordial para que a atuação humana atinja pelo agir a excelência. Aristóteles afirma: “[...] somente nos tornamos justos praticando atos justos, temperantes praticando atos temperantes, corajosos praticando atos corajosos” (1103b 1, tradução minha).

Discutir-se-á sobre a falta e o excesso em capítulo posterior, entretanto, tem-se que o equilíbrio na criação do hábito correto é essencial, já que a virtude não admite excessos. Necessita, antes, de equilíbrio e constância, conforme Aristóteles destaca na EN:

A virtude tem a ver com emoções e ações, nas quais o excesso e a falta são um erro e incorrem em culpa, enquanto que a condição intermediária é correta e recebe elogios, sendo que são ambos apropriados à virtude. A virtude, então, é um meio termo, enquanto que visa o equilíbrio (1106b 25, tradução minha).

Sabe-se que a criação do hábito é construída em meios de dificuldades, mas estas dificuldades tornam a busca pela formação ética do indivíduo um dos mais importantes e desejados desafios a ser conquistado pelos seres humanos em busca da virtude perfeita. A *areté*, excelência ou virtude só é adquirida pelo hábito, pelo esforço e pela harmonia para adquirir algo bom e pretendido. Desta forma, a natureza não dá nem tira a virtude, ela é a prática habitual e repetida de disposições consideradas belas, boas, justas e corretas.

É a partir deste conceito que Aristóteles aposta na integridade permanente do caráter do homem virtuoso e prudente como um referencial possível de ser alcançado e permanente. Em resumo, é certo que para o alcance da virtude perfeita se faz necessário o uso intensivo da razão. Encontra-se na obra de Aristóteles uma teoria em que os extremos devem ser evitados. Justamente por isto, mostra-se razoável interpretar a virtude perfeita como uma combinação equilibrada entre razão teórica e razão prática, entre razão e emoções, entre racional e não racional. Aristóteles:

[...] apregoava que o Bem Maior é a felicidade. A felicidade não é um “estado de espírito”, ou algo momentâneo e passageiro, pois ela é uma atividade e se encontra nas atitudes humanas que são virtuosas, que conduzem ao bem-estar pelo hábito voluntário que segue a escolha (ou preferência) que resulta da deliberação. A intenção correta confere valor ao ato e, por isso, ela é a alternativa certa que o cidadão deve seguir, cotidianamente (SCHIO, 2009, p. 77).

Deste modo, pode-se perceber que o tema central sobre o hábito é a ação de valor moral. Com vista à felicidade humana, o hábito assume o papel principal. Ele se conquista por meio de atividades repetitivas da alma do agente, que busca a virtude perfeita. Para Aristóteles, o hábito é produto da educação, que busca formar o caráter para o discernimento daquilo que é lícito ou eticamente razoável. A vontade é educada para sentir prazer nas coisas certas e buscar o fim pretendido, ou seja, a “felicidade humana”. Esta se apresenta como completa e autossuficiente, sendo o fim último de todas as ações possíveis (ARISTÓTELES, 2009, p.26). Neste sentido, a felicidade não é um meio, mas um fim em si mesmo.

CAPÍTULO II - VIRTUDE COMO PENSAMENTO PRÁTICO

2.1 O excesso e a falta

Aristóteles definiu a atividade da alma em consonância com a virtude. Como se pode perceber, o filósofo definiu as noções e conceitos acima tratados com base na questão do agir humano. É necessário destacar o privilégio reconhecido ao conhecimento e a racionalidade, parte nobre do homem que o distingue de outros animais, na formação da ética aristotélica. Entretanto, Aristóteles relaciona o conhecimento e a racionalidade como interlocutores das emoções e da vontade.

Certo é que a moral aristotélica tem como bem supremo e último, a felicidade humana, que somente é alcançada por meio da vontade, da deliberação, da ação e do hábito. Portanto, a felicidade está na realização de um agir humano que tende a um determinado fim. Desta forma, Aristóteles inaugurou e sistematizou a sua filosofia prática, abrangendo temas como a ética e a política, fazendo uma divisão entre ciência teóricas e práticas. Em breve resumo, as ciências teóricas englobam a matemática, a física e a metafísica. Já as ciências práticas abarcam o estudo da ação humana, compreendendo o estudo da arte, da política e da ética, buscando o homem, por meio da deliberação de sua ação, boas e justas ações, ligadas a *práxis*. Interessante notar o aspecto especial que Aristóteles ao longo de seu estudo dá ao caráter racional da natureza humana. O filósofo em suas palavras enfatiza que:

[...] se a felicidade consiste na atividade conforme à virtude, será razoável que ela seja também uma atividade em consonância com a mais alta virtude, e esse será a virtude do que existe de melhor em nós. E isso que existe de melhor em nós – quer seja a razão, quer seja alguma outra coisa, esse elemento que pensamos ser o nosso guia natural e que nos dirige [...] – sua atividade conforme à virtude que lhe é própria então, será a perfeita felicidade. Já dissemos antes que essa atividade é contemplativa (ARISTÓTELES, 1177 b 15).

Desta forma, a *eudaimonia* será alcançada, em sua perfeição, no exercício contemplativo em consonância com a razão. Portanto, ao mesmo tempo em que as ciências práticas se submetem à metafísica, esta somente é complementada pela ação e razão, pois tem como fim a vida feliz. Quanto à constituição ontológica do homem, viu-se no capítulo anterior que o homem é produto da *physis*, já que é fundamental para a atuação das causas materiais e formais, finais e eficientes.

Quanto ao homem, a natureza lhe deu as primeiras três causas através da geração biológica: os pais são nossa causa eficiente, e nos geram de forma racional a qual dá qualidade humana à material corporal. Mas a natureza nos dá a causa final apenas potencialmente; ela deve ser explicitada e conquistada ao longo da vida pelo exercício da liberdade, ou seja, a causa final é, no homem, sua realização como ser ético que busca seu crescimento moral, intelectual, social e político; pela liberdade o homem pode construir a finalidade de sua existência ou pode destruí-la (PEGORARO, 1995, p. 40).

E é a partir da *physis* que o homem mesmo sendo composto da mesma matéria de outros seres que toma a forma racional. Do mesmo modo, pode-se dizer em relação ao ato e a potência, na medida em que o ser humano, dotado de racionalidade, constrói sua própria existência por meio do agir no mundo e sua ação deliberada. Percebe-se que a busca pela *eudaimonia* exige muito mais que um simples estado da alma, é fundamental agir e agir bem. E como isto seria possível? Desta forma é necessária a *práxis* na continuidade da *hexis*. Mas para que isto ocorra, é preciso um treinamento voluntário, uma opção e uma vontade como ato de liberdade.

[...] o *ethos* é a causa formal ou especificativa do operar da Razão prática; a *práxis* e a *hexis* são a causa eficiente em virtude da qual a Razão prática produz o *ethos* na existência; o bem do indivíduo ou sua *eudaimonia* constituem a causa final que polariza o operar da Razão prática. O sentido ético da *práxis* e da *hexis* provém do *ethos*, a permanência do *ethos* é assegurada pela *práxis* e pela *hexis* (VAZ, 2000, p. 145-146).

Portanto, para que isto seja efetivado é preciso uma virtude que auxilia a ação humana. A virtude está ligada à função de encontrar um bom resultado da *práxis*, já que apenas se alcança coisas boas e nobres da vida por meio de um agir retamente. Para Aristóteles (1139a 22-27):

Como a virtude ética é uma disposição de escolher por deliberação (*hexis phroairetikê*) e a escolha deliberada é um desejo deliberado (*orexis bouleutikê*), então tanto a razão deve ser verdadeira como o desejo reto, se a escolha é boa, e o último deve perseguir o que assevera a razão.

Segundo Aristóteles, a virtude humana pertence à alma e é subdividida em três partes: uma constituída de razão e duas privadas de razão. Nessas últimas, uma é comum a todos os seres: conhecimento; outra é a parte irracional que participa da razão, obedecendo-a. Esta parte privativa liga-se à vontade de todos os seres, que os faz agirem de maneira instintiva segundo a sua natureza. O homem não nasce virtuoso, apenas é adaptado por natureza para receber as virtudes. E como já explicado acima, as virtudes estão presentes no

homem pela potência e não pelo ato. Posto isto, verifica-se que esta disposição necessita do concurso da nossa ação, pois apenas se tornará perfeita com a prática do hábito. A virtude humana, nesse sentido, divide-se em virtudes intelectuais e morais. Para este estudo, mostra-se essencial, sobretudo, se compreenda as virtudes morais.

A virtude também se divide em espécies, de acordo com esta subdivisão, pois dizemos que algumas virtudes são intelectuais e outras morais; por exemplo, a sabedoria filosófica, a compreensão e a sabedoria prática são algumas das virtudes intelectuais, e a liberdade e a temperança são algumas das virtudes morais. De fato, ao falar do caráter de um homem não dizemos que ele é sábio ou que possui discernimento, mas que é calmo, amável ou temperante, porém, louvamos um homem sábio referindo-nos à sua disposição de espírito, e às disposições de espírito louváveis chamamos virtudes (ARISTÓTELES, 1985, I, 13, 1103 a).

De acordo com Aristóteles, as virtudes intelectuais situam-se na parte racional da alma e é o resultado do ensino. Por isto, decorrem do ensino e necessitam do tempo e da experiência. Elas necessitam ser exercidas na prática pela observação de um sábio. Para esta parte da alma, é essencial a virtude da prudência e/ou sabedoria prática, sendo protagonista para alcançar a virtude moral. As virtudes morais são adquiridas pelo hábito, como um resultado deste. Elas não surgem em nós por natureza, mas são adquiridas conforme o exercício do hábito. Portanto, não é um produto natural ou imanente. A virtude moral se localiza na parte privativa de razão que obedece à parte racional da alma.

Como vimos, há duas espécies de virtude, a intelectual e a moral. A primeira deve, em grande parte, sua geração e crescimento ao ensino, e por isso requer experiência e tempo; ao passo que a virtude moral é adquirida em virtude do hábito, de onde o seu nome se derivou, por uma pequena modificação dessa palavra. É evidente, pois, que nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza, visto que nada que existe por natureza pode ser alterado pelo hábito (ARISTÓTELES 1985, II, 1, 15).

Para Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, as virtudes morais são as seguintes:

- a) Coragem (*Andrêia*) - é o meio-termo da certeza e do temor. Refere-se à capacidade humana de enfrentamento às situações diversas sem se tornar um franco atirador nem se acovardar. Trata-se de um meio termo entre a ousadia covardia, entre a determinação e a insegurança;

- b) Temperança (*Sofrosine*) - é o meio-termo do gozo e das aflições. Refere-se à capacidade humana de se evitar os extremos com práticas comedidas entre a alegria e a tristeza, entre a volúpia e a castração;
- c) Magnificência (*Megaloprépeia*) - é o meio-termo do altruísmo e do egoísmo. Situa-se entre o pródigo e o avaro. É uma virtude relacionada à riqueza e como saber utilizá-la de forma adequada com vista aos resultados. Em razão disto, uma pessoa não pode ser magnificente, posto que, não possui os meios de sê-lo. O excesso é a vulgaridade, pois esbanja mais do que é justo;
- d) Liberalidade (*Eleuteriotes*) - é o meio-termo no dar e receber dinheiro. O excesso é a prodigalidade e a deficiência é a avareza. A pessoa liberal virtuosa ao dar e ao receber riquezas, especialmente pela sabedoria na doação de suas riquezas. O avaro deseja riqueza além do que merece e o pródigo esbanja riqueza movido pelas paixões na realização naquilo que acredita ser seu gozo;
- e) Justo Orgulho (*Megalopsdikia*) - é o meio-termo entre a honra e a desonra. O excesso é a ' vaidade vazia ' e a deficiência é a humildade desnecessária. O Justo orgulho é uma espécie de magnanimidade ou orgulho próprio. A busca do homem magnânimo é a honra e a respeito dela derivada;
- f) Anônimo - Quem excede no desejo à honra é o ambicioso (*Afilotimia*). Move-se pelo desejo da autopromoção. O que fica aquém é desambicioso (*Filotimia*). O meio termo é o Anônimo;
- g) Calma - é o meio-termo entre o violento e o pacato. Aquela pessoa que excede é o irascível e a que permanece aquém é o pacato. A deficiência é ser pacato e insensível. Essas pessoas não se encolerizam com coisas que deveriam excitar sua ira. Porém o excesso é o homem irascível, que se encoleriza de forma indevida;
- h) Veracidade (*Alétheia*)- é o meio-termo em relação à verdade. O exagero é a arrogância e a subestimação dela é a falsa modéstia;
- i) Pessoa Espirituosa (*Eutrapelia*) - é o meio-termo na serenidade, entre o gracejo e a rusticidade. O excesso é a chocarrice e a deficiência a rusticidade;
- j) Amabilidade (*Filia*) - é o meio-termo na disposição de acolher a todos de forma devida e amável. Trata-se da virtude, que permite à pessoa evitar ser obsequiosa, lisonjeira e mal humorada;
- k) Modéstia (*Aidémóon*) - é o meio-termo entre o acanhado e o despudorado, entre a arrogância e a timidez. Trata-se da capacidade humana de situar seu comportamento na justa medida da expressividade. Aquela pessoa que excede, na

modéstia, apresenta-se acanhada, envergonhando-se de tudo, enquanto aquela que se mostra imodesta vive de forma despuorada;

- l) Justa Indignação (*Némesis*) – Trata-se da virtude que expressa o equilíbrio entre a inveja e o despeito. Diz respeito à dor ou ao prazer da boa ou má fortuna dos outros. O excesso dessa dor ou prazer é a inveja, enquanto a deficiência é o despeito e,
- m) Justiça (*Dicaiosine*) - o meio-termo a faz ser a maior de todas as virtudes, a virtude por excelência. Trata-se da virtude que se situa entre a vantagem do agressor e a perda do agredido. Permite, ao mesmo tempo, diminuir a vantagem do agressor e a perda do agredido. A Justiça busca evidenciar os elementos que permitem um equilíbrio harmônico das partes na composição de uma lide.

Pode-se assim perceber que pela natureza da virtude e por ela estar ligada às ações invariáveis de diversos indivíduos, não há uma regra geral que poderia garantir a virtude em todas as pessoas. Desta forma, todas as atividades humanas devem se pautar pela reta razão que reside em cada indivíduo. A proposta idealizada por Aristóteles para evidenciar a importância da virtude moral como orientação na conduta humana visando a excelência na ação do homem. A excelência moral, então, é uma disposição da alma relacionada com a escolha de ações e emoções, disposição esta que consiste num meio-termo relativo a si, determinado pela razão, graças à qual um homem dotado de discernimento o determinaria. Trata-se de um estado intermediário, porque nas várias formas de deficiência moral há falta ou excesso do que é conveniente tanto nas emoções quanto nas ações, enquanto a excelência moral encontra-se e prefere o meio-termo. Logo, a respeito do que ele é, ou seja, a definição que expressa a sua essência é um meio-termo, mas com referência ao que é melhor e conforme ao bem, ela é um extremo (ARISTÓTELES, EN II 1106 b p. 42).

Para Aristóteles, “[...] a virtude (excelência) num ser humano fará a disposição que o torna um bom ser humano e também o que fará desempenhar sua função bem” (ARISTÓTELES, 2007, p.75). Explica que o ser humano que não ordena seus desejos em excesso dificilmente consegue ser uma pessoa virtuosa. Eis aqui a importância da virtude moral ao ser a ação mediana entre os dois extremos, o excesso e a falta. Assim, a estruturação do caráter humano se daria pela disposição para se agir no justo meio, pois “está na natureza das virtudes o serem destruídas pela deficiência ou pelo excesso” (ARISTÓTELES, 1104 a 10).

Bom, sobre a prática destes atos, o filósofo de Estagira indica o melhor caminho a ser percorrido: o da moderação. Como ensina Aristóteles, o caráter ético configura-se por ser uma disposição ou disposições viciosas ou virtuosas que tendem a se constituírem a partir de maus ou bons hábitos. Portanto, uma conduta ou um sentimento deficiente ou eivado de excessos torna-se um vício. O homem virtuoso não poderia ver o que deve ser feito e não ter vontade. Já o homem virtuoso, ele sabe o que deve ser feito, mas sua vontade está em sentido ao que não deveria ser feito. Justamente por isto, o estudo da vontade se faz essencial para o entendimento do tema proposto.

Há várias passagens que Aristóteles pontua a necessidade do conhecimento de si, pois caso ao contrário, cair-se ia em excesso ou falta. Por exemplo, tem o homem esbanjador. Nesta passagem, Aristóteles diz que se erra por excesso de generosidade e tem a chance de se corrigir, se autoconhecendo e se curar, agindo contrariamente ao seu hábito, mas o avaro, a este é incurável. Isto quer dizer que o intemperante não é curado ao contrário do controlado e do descontrolado que se curam.

[...] paixões e ações são os objetos com os quais a virtude está envolvida, e nas paixões e ações o excesso e a deficiência são erros, enquanto a medida mediana é louvada e constitui o êxito; que se acrescente que ser louvado e lograr o êxito são ambas marcas da virtude (ARISTÓTELES, 2007, p.77).

Outro exemplo é que a falta ou o excesso de exercícios físicos diários podem levar o corpo à debilidade, assim como a falta e o excesso de ingestão de alimentos e água. De acordo com Aristóteles (1985, II, 2, 1104 a), “Tanto a deficiência como o excesso de exercício destroem a força; e da mesma forma, o alimento e a bebida que ultrapassam determinados limites, tanto para mais como para menos, destroem a saúde”.

O mesmo ocorre com as virtudes. No caso da temperança, o vício pela deficiência é a insensibilidade e o vício por excesso é a libertinagem. Extrai-se da *Ética a Nicômaco* o que Aristóteles considerou como virtude, excesso e falta.

Assim, o excesso e a falta são destrutivos. Posto isto, observa-se que a virtude é a moderação entre dois extremos que se encontram situados no mesmo gênero. Justamente por isto, Aristóteles considera a virtude a mais completa das artes. O excesso é uma forma de erro a mais e a falta é uma forma de erro a menos. A virtude é a mediana entre o excesso e a falta. A virtude é digna de ser admirada. Aristóteles (2007, p. 49) explica:

[...] a virtude é, então uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a

nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio termo. Portanto, acerca do que ela é, isto é, qual é a definição de sua essência, a virtude é uma mediania, porém com referência ao sumo bem e ao mais justo, ela é um extremo (ARISTÓTELES, 2007, p. 49).

Importante ressaltar que, há determinadas coisas, que independentemente de seu excesso ou falta, não admitem meio-termo. Conclui Aristóteles ser um absurdo procurar meio-termo em atos injustos, já que são ruins por si mesmos. Como exemplo, há a maldade, a inveja, o despudor. No mais, devemos “[...] resistir à tentação de pensar que uma pessoa virtuosa também possui sabedoria prática” (ARISTÓTELES, 1985, 1105 a). Para o filósofo, a pessoa viciosa não possui a *phronesis*, ou seja, a sabedoria prática. A *phronesis* ensina, a saber, que coisas são importantes e éticas na vida. Por isto que Aristóteles afirma que o que é certo, parece certo, para o agente virtuoso. Neste contexto, a razão prática aparece como força normativa e não mero instrumento para se chegar a determinado fim.

Aristóteles complementa que o excesso e a falta nas virtudes são considerados vícios e como vícios, sendo ruins. Para ele, a virtude possui algo a mais que os demais: o atributo do termo-médio. Por isto, a virtude faz parte de um equilíbrio. A virtude, portanto, será uma espécie de equilíbrio, harmonia. Um termo médio entre os extremos, evitando, por assim dizer, o excesso e a deficiência. Desta forma, o justo residirá na ação humana precisa e praticada sem excesso. Uma vez que a justiça é uma virtude que só pode ser praticada em relação ao outro e de modo consciente. Sendo assim, o objeto da justiça é proporcionar a felicidade na *polis*, o seu oposto é a injustiça, que poderá ocorrer por falta ou por excesso. A pessoa será virtuosa que pratica determinada ação. O homem que possui virtude, justiça praticará. Sintetiza Reale (2007, p. 106- 107):

[...] a virtude ética é, precisamente, mediania entre dois vícios, dos quais um é por falta, o outro por excesso. É óbvio, para quem compreendeu bem essa doutrina de Aristóteles, que a mediania não só não é mediocridade, mas a sua antítese: o “justo meio”, de fato, está nitidamente acima dos extremos, representando, por assim dizer, a sua superação [...].

Observa-se então que a excelência moral se manifesta pelo produto do hábito e é constituída por natureza. No entanto, pode ser destruída pelo excesso ou pela falta, mas é preservada pela justa medida. Neste sentido, Aristóteles afirma que nunca existirá virtude quando há excesso ou falta. A mediana, portanto, insere-se em entre dois vícios, porque as

paixões, os impulsos e os sentimentos tendem ao excesso ou à deficiência. A razão faz parte da justa medida, impondo-a e mostrando o caminho que é digno de louvor.

Para finalizar, uma pergunta se faz. Porque os homens se corrompem tão facilmente pelos prazeres e pelas dores? Aristóteles desenvolve sua teoria ensinando que os prazeres estão enraizados na estrutura de vida, ou seja, a dificuldade está em o prazer situar-se desde o berço. Justamente por isto que pouquíssimas pessoas se abstêm aos prazeres carnavais. Muitas das vezes, o prazer supera a razão, sendo o caminho da virtude muito mais complicado de se conquistar, tendo em vista que o homem ao estar ligado aos prazeres tende a desprezar as lições sábias.

Ressalta o filósofo que o indivíduo deve sempre se orientar pela razão. Por isto, o controle de nossos atos, desejando sempre de maneira correta no momento correto. O homem deve sempre buscar seu autocontrole. Neste caminho, a vontade, a convicção e o hábito se mostram essenciais para atingir a virtude e se vencer. A razão, portanto, é essencial na condução dos pensamentos e do agir humano, principalmente, no sentido de guiar os caminhos e solucionar os problemas, possibilitando o caminho da vida próspera e melhor, onde a sabedoria, o equilíbrio, a harmonia e a justa medida reinam. Pontos importantes para o aperfeiçoamento das técnicas que introduzem os meios consensuais penais no Brasil.

2.2 Virtude como meio-termo

Evoluindo na análise, percebe-se que o excesso e a falta destroem a virtude, mas a mediana a preserva. Posto isto, tem-se que é entre os extremos que reside a virtude. A virtude, nada mais é do que saber encontrar o meio-termo entre dois extremos. Desta forma, Aristóteles abre um novo horizonte para a filosofia, no qual se utiliza até hoje com poucas variações. Interessante notar que, até o momento, demonstrou-se por meio do legado extraído de Aristóteles como suas ideias podem aprimorar o Ordenamento Jurídico Brasileiro principalmente nos meios alternativos de resolução de conflitos penais. A vontade, a deliberação e o hábito objetivam a formação do homem para a escolha do melhor caminho para determinado fim. A partir disto, trabalha-se a virtude como um meio para se alcançar a excelência por meio da Justiça, visando à satisfação, busca-se um meio termo entre o agressor e a vítima na busca de uma solução efetiva de seus conflitos.

No mais, o filósofo de Estagira ao desassociar a filosofia prática da teórica, sem, contudo dividi-las, conceitua o bem supremo a partir de critérios próprios à natureza do ser humano. Ele difere, mas sem se opor necessariamente. Assim, Aristóteles examina as

“virtudes morais”, nos seus livros III, IV e V, da *Ética a Nicômaco*, buscando estruturá-las a partir do controle da alma racional sobre a alma irracional. Portanto, ao caracterizá-las, Aristóteles definiu as virtudes morais como pontos de harmonia entre a falta e o excesso.

A excelência moral, então, é uma disposição da alma relacionada com a escolha de ações e emoções, disposição consistente num meio termo (o meio termo relativo a nós) determinado pela razão (a razão graças à qual um homem dotado de discernimento (*phrónesis*) o determinaria (ARISTÓTELES, 1106b).

Esta passagem demonstra de uma forma genérica o pensamento de Aristóteles sobre as virtudes morais. Aristóteles começa a elaboração da definição da virtude em seu II livro, da *Ética a Nicômaco*. Parte-se da ideia que a vontade, as capacidades e ou as disposições na alma levaria à virtude. Por vontade, entende-se o apetite. Pela capacidade, a possibilidade do ser racional de experimentar a vontade. E, pelas disposições, tem-se ser a ação boa ou má em face da vontade.

Logo de início, descartar-se-iam a vontade e as disposições, já que as virtudes e os vícios não se relacionam com a vontade e nem com a capacidade de experimentar tais vontades. Posto isto, teríamos que a virtude é uma disposição. Mas, o que seria a disposição? Para Aristóteles:

[...] toda virtude, para a coisa da qual é virtude, tem como efeito, ao mesmo tempo, colocar esta coisa em bom estado e lhe permitir bem executar sua obra própria [...] Se, então, se dá o mesmo em todos os casos, a excelência, a virtude do homem, será igualmente uma disposição pela qual um homem torna-se bom e pela qual também sua obra tornar-se-á boa (EN, 1106a 15-23).

Esta disposição é que torna o homem bom, por isto deve o homem agir evitando o excesso e a falta, buscando sempre o meio-termo nas ações e em relação a nós. Configura-se a virtude por ser uma espécie de equilíbrio, em que agir deve sempre ser baseado em uma mediedade diante das vontades. Portanto [...], a virtude é uma disposição de agir de uma maneira deliberada, consistindo em uma mediedade relativa a nós, a qual é racionalmente determinada, e como a determinaria o homem prudente (ARISTÓTELES, 1106b 36-1107 a 2).

Portanto, Aristóteles define a virtude como uma disposição de agir segundo o médio-termo. Mas, qual é a importância deste estudo para a aplicação da filosofia prática aristotélica? Os apontamentos a serem feitos a partir daqui, demonstrará a importância do

meio-termo para se alcançar a ética aristotélica. Assim, ao adotar o meio-termo como expressão da virtude moral, afirma:

[...] a virtude é, então uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio termo. Portanto, acerca do que ela é, isto é, qual é a definição de sua essência, a virtude é uma mediania, porém ao sumo bem e ao mais justo, ela é um extremo (ARISTÓTELES, 2007, p. 49).

A alegação essencial à doutrina do meio-termo consiste em afirmar que a virtude moral é uma mediana entre dois extremos de excesso e falta. Ou seja, o ato virtuoso ocorre sempre em um meio entre o que é demais ou o que é de menos. Observa Marcelo Perine (2006, p. 13):

Também como expressão da confluência, na obra de Aristóteles, de toda tradição anterior de reflexão sobre as “coisas humanas” é a sua doutrina da virtude como um extremo que está no meio. A definição aristotélica da virtude como um estado habitual de decisão, que consiste no justo meio relativo a nós, cuja norma é a regra moral, isto é, aquela mesma que daria o sábio, traduz uma extraordinária simbiose de aspectos objetivos – o justo meio – e subjetivos – relativo a nós – na doutrina da virtude moral. Nessa concepção da virtude estão presentes, de maneira harmônica, tanto a tradição do sábio como singularidade exemplar, na qual se deposita o *ethos* de uma comunidade, como as exigências de universalidade contidas na genial tentativa de constituir uma ciência do *ethos*.

Importante ressaltar, neste ponto do trabalho, que a mediana não consiste numa equação matemática. Isto quer dizer que não há no meio-termo uma imposição de regra geral para todos. Mas, a mediana representa impor uma regra a cada um. Aristóteles explica que no campo da ética, não existe uma regra absoluta, ou seja, válida para todos. Aristóteles dá ao meio-termo (*mesotês*) na medida em que estabelece que a virtude é uma mediedade relativa a todos. Neste percurso, o filósofo apresenta um dos pontos de divergência a respeito de seu significado real, ou seja, da concepção do relativo a nós. Desta forma, Aristóteles parece aflorar a instância particular.

Em todo contínuo e divisível é possível tornar mais (*pleion*), menos (*ellaton*) e igual (*ison*), e isso conforme a própria coisa ou relativo a nós; o igual é um meio (*meson*) entre excesso e falta. Entendo *por meio da coisa* o que dista igualmente de cada um dos extremos, que justamente é um único e mesmo

para todas; por *meio relativo a nós*, o que não excede nem falta, mas isso *não é único nem o mesmo para todos* (ARISTÓTELES, 1106a 26-32).

Por meio-termo Aristóteles entende ser aquele que se encontra entre o excesso (*hiperbolê*) e a falta (*elleipsis*). Mas isto não quer dizer uma medida matemática rígida ou absoluta, pois está sempre vinculada ao “relativo a nós” (*pros hêmas*). Justamente neste sentido que determinada a flexibilização da mediedade. Desta forma, o conhecedor (*epistêmôn*) evitará sempre o excesso e a falta, buscando o meio termo, mas não da coisa e sim o *relativo a nós*:

Se [...] toda ciência leva assim a bom termo a função, olhando o *meio* e a ele conduzindo as obras (de onde se costuma arrematar, dizendo das obras que estão benfeitas, que nada há a retirar ou a acrescentar, o excesso e a falta destruindo o bom estado, a mediedade o preservando), se, portanto, os bons artesões trabalham, como dissemos, olhando-o, se a virtude – como também a natureza -, é mais precisa e melhor do que toda arte, ela terá a mira no *meio* (ARISTÓTELES, 1106b 8-16).

A argumentação tecida por Aristóteles baseia sempre na virtude que seria evitar o excesso e a falta. Interessante ponto está que o meio não deve ser tomado de forma absoluta, como o *meio da coisa*, mas como um *meio relativo a nós*. Sendo assim, retornando à passagem de Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, em seu livro II, levanta duas questões. A primeira seria o meio aritmético e a segunda o relativo a “nós”, que consiste em ser o equilíbrio do nem muito pouco, mas nem do tão muito. Percebe-se que as necessidades serão diversas, mas o comum será que ambos escolherão aquilo que é um meio relativo a cada um deles. Por isto, a diferença na escolha reside nas diferenças dos sujeitos, já que o meio não é o mesmo para todos, variando conforme seu sujeito. Assim, os sujeitos implicarão diferenças para as escolhas do meio.

Após essa breve introdução, há que se examinar o estudo da mediana, preconizado por Aristóteles, o que ele buscava era orientar a partir do meio-termo as pessoas a escolherem trilhar o caminho do bem, da harmonia, do equilíbrio. Assim, apresentava soluções para evitar caminhos indesejados e infelizes.

O melhor caminho seria alcançar a justa medida. Mas como isto seria possível? Aristóteles apresenta um critério de medida de avaliação, o qual, o meio-termo seria a melhor escolha. Ao escolher o meio-termo, alcançando a justa medida o ser humano também estaria alcançando o sumo bem, estritamente ligado à reta razão. Portanto, para Aristóteles a ação boa é aquela mensurada, equilibrada, dentro dos ditames da harmonia. Sendo assim, a essência a

virtude estaria em proporcional, por meio da justa medida, do justo equilíbrio, um estado que o ser racional sente os prazeres e as penas, sem estar relacionado às deficiências morais.

Uma coisa é certa. Decerto Aristóteles não quer aconselhar alguma meia medida na ação e nas posturas de caráter. O discurso sobre meio-termo de modo algum serve de critério para o que é correto na prática; em diversas perspectivas, serve, ao contrário, para explicar a compleição constitutiva da *arete* ética e a ação por ela provocada. Assim, o próprio Aristóteles acentua que a *arete* deve ser definida como uma *hexis* mediana segundo a espécie, mas em relação ao seu valor nada tem de meias medidas, encontrando-se antes no topo (1107 a 6-8) (WOLF, 2010, p. 73).

Nota-se que o estudo do meio-termo não consiste no ser humano ficar “em cima do muro”, mas sim, agir racionalmente, tomando decisões comedidas, equilibradas, visando à ponderação. Neste contexto, a vítima no consenso penal necessita estar preparada para tomar decisões, sem a interferência do Estado, mas acompanhada de um defensor, na busca de tomar decisões comedidas num diálogo com seu agressor, visando uma resolução pacífica e efetiva de um conflito existe. Verifica-se que o indivíduo, necessita, portanto, agir bem, ficando de fora a possibilidade de ser virtuoso vivendo na contemplação. O homem por ser um animal racional deve evitar erro ao esquematizar suas ações, por isto, confiar no acaso ou até mesmo confiar nas escolhas dos outros se mostra como uma das piores escolhas que um homem poderia tomar.

Percebe-se que Aristóteles em todo seu estudo da virtude moral faz a elucidação do conceito de *phronesis*. Sendo assim, o homem virtuoso busca a justa medida que é proporcionada pela razão. A virtude, nestes casos, deve ser estabelecida, tendo por parâmetro o indivíduo em seu particular (personalidades, capacidades e outros elementos). A partir disto, o indivíduo deverá possuir uma disposição do bem tendente a determinado fim. Nestes termos, não existe um parâmetro que determina a justa medida, já que ela é avaliada levando em consideração todas as circunstâncias particulares existentes. Importante ressaltar o papel da prudência para a determinação do justo equilíbrio.

De fato, a justa medida é guiada pelo logos e pela pessoa virtuosa, fazendo-se essencial o controle dos impulsos que são conduzidos pela parte irracional ou pela fraqueza. O homem necessita do desejo irracional, princípio da deliberação, mas a sua ação deve sempre se pautar na intervenção da razão para se alcançar o estabelecido. Desta forma, o indivíduo deve ser responsável pelos seus atos, não havendo a possibilidade de se eximir. Pelo exposto, podemos dizer que a virtude é uma disposição estável, a qual permite escolher, disposição esta consistente num meio (o meio termo relativo a nós), definido pela razão, como o definiria

o homem prudente. Encontram-se na natureza da virtude a atividade humana que atinge seu fim.

A concepção do médio-termo desenvolvido por Aristóteles não pode ser ignorado ou visto como algo que nada acrescenta. A ação virtuosa não significa somente observar a justa medida, mas sim determinar que para se chegar ao lugar determinado é necessário levar as circunstâncias das ações bem como o seu momento oportuno, ou seja, “[...] a virtude é uma disposição de agir de uma maneira deliberada, consistindo em uma mediedade relativa a nós, a qual é racionalmente determinada e como a determinaria o homem prudente” (HOBUSS, 2004. p. 49).

O homem é considerado bom ou mau segundo suas práticas virtuosas ou viciosas. Aristóteles (1979, p. 71) diz que “a virtude do homem também será à disposição de caráter que o torna bom e que o faz desempenhar bem a sua função”. Complementa ainda que o homem seguindo pela disposição do caráter tende “[...] aquilo que é equidistante de ambos os extremos, e que é um só e o mesmo para todos os homens [...]” (Idem, p. 72). Neste aspecto, Aristóteles (1979, p. 73) nos ensina que a virtude é:

[...] uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consiste numa mediania, isto é, a mediana a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. E é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo.

Portanto, há em breve análise, que as virtudes morais levam a crer que as estas visam a um médio-termo nas paixões e nos atos, amenizando possíveis crises, levando o homem à prática de atos éticos e virtuosos. Para Aristóteles (Idem, p. 77) “[...] não é fácil ser bom, pois em todas as coisas é difícil encontrar o meio termo”. “Ademais, o errar dá-se de muitos modos (o mal pertence ao ilimitado, como conjecturavam os pitagóricos; o bem, ao limitado), o acertar dá-se de um único modo. Por isso, um é fácil; o outro, difícil: é fácil o desviar do alvo, é difícil o acertar” (ARISTÓTELES, EN, 1106b 29-32).

As considerações realizadas para encontrar a justa medida pressupõem que caberia ao homem encontrar o melhor modo para colocar em prática seus atos por meio da reta razão, ou seja, encontrar o meio-termo significa fazer uso da reta razão. Desta maneira, o homem ao utilizar a reta razão deve conciliar a sabedoria prática dos particulares e a sabedoria filosófica. Sendo assim, tem-se que para conquistar o meio-termo é necessário, ao máximo, afastar-se do erro. Aristóteles requer com isto, que o homem busque o uso acentuado do seu intelecto para

as tomadas de decisões do dia-a-dia. A essência da virtude estaria ao proporcionar uma medida segura no sentido de nem muito pouco nem demais.

Dos extremos, com efeito, um induz mais em erro e o outro menos. Visto que é difícil atingir com extrema exatidão o meio termo, em segunda navegação – dizem – deve-se tomar o menor dos males, e isto ocorrerá sobretudo segundo o modo que descrevemos. Devemos ficar atentos aos erros aos quais somos mais propensos: alguns tendem para uns; outros, para outros. Isto se torna conhecido pelo prazer e pela dor por que passamos. Devemos puxar a nós mesmos em direção ao ponto oposto, pois chegaremos ao meio termo afastando-nos tanto quanto possível do erro, como fazem os que endireitam a madeira empenada.

Parece que Aristóteles busca com a justa medida, o meio-termo de dois limites antagônicos. Bom, se a virtude é caracterizada como uma disposição que se refere à escolha, e conseqüentemente, essa escolha é auxiliada a encontrar a justa medida entre a virtude e o excesso. Pode-se perceber que tal meio não é rigidamente estabelecido, mas sim um meio relativo a nós. A virtude mostra-se fundamental para a realização da razão prática de uma conduta, sendo a justa medida uma importante relação entre os extremos para a definição de uma ação virtuosa. Assim, a virtude sempre busca um ato de mediedade em relação a uma conduta de determinado ser racional. Desta forma, não é possível generalizar os extremos da justa medida, já que tais extremos variam de significado e extensão, de homem para homem. Neste sentido, a ética se constitui em uma forma habitual da conduta humana. Por fim, ao elucidar acerca do ideal ético aristotélico, extrai-se trecho da pertinente lição de José Renato Nalini (2008 p. 71-72):

Em lugar de procurar o mundo inteligível para além do mundo sensível, como Platão, Aristóteles procura a essência universal das coisas nas próprias coisas. A realidade sensível é também inteligível e o entendimento humano é capaz de descobrir a ideia oculta no objeto sensível, por meio da abstração. A plenitude da essência é o bem. Todo o ser tende para esta plenitude. Não se conforma o ser humano ao sentir-se ainda incompleto. Não descansa enquanto não conseguir se completar. O homem tem consciência do que é o bem, e dispõe-se a alcançá-lo e estabelece uma hierarquia. Essa pauta de valores imprimirá o ritmo de sua existência. Só que ao buscar a realização de seus bens, alcança uma felicidade imperfeita e transitória. A felicidade plena só conseguirá ao atingir o bem supremo. O bem supremo é a finalidade última do ser humano. Consiste na felicidade. Todavia, felicidade não é relativa consecução de algumas finalidades típicas. Não guarda a menor similitude com o alcançar alguns bens da vida, próprios à sociedade consumista, materialista e egoísta em que está imersa grande parte da população terrestre neste início do séc. XXI. Felicidade, para Aristóteles, é a contemplação da verdade e a adesão à verdade.

O ser humano existe para a verdade. Toda espécie de falsidade ou mentira aproxima a espécie dos escalões inferiores. Só o compromisso da verdade tipifica o verdadeiro homem.

Como se alcança a felicidade ou a verdade?

Mediante o caminho das virtudes. Virtudes são hábitos ou disposições do homem graças às quais saberá realizar as obras que lhe são próprias.

Aristóteles construiu a teoria do justo meio, muita vez incompreendida ou, pelo menos, não inteiramente compreendida. “A virtude consiste neste meio que se relaciona conosco e que é regulado pela razão – meio entre dois vícios, que pecam, um por excesso, outro por defeito. O vício consiste em transgredir a medida, quer a respeito das nossas ações, quer a respeito dos nossos sentimentos”. Costuma-se explicar a teoria do justo meio como se a virtude fosse o justo meio, ou o equilíbrio, entre dois pólos antagônicos e oscilantes. Entre a avareza e a prodigalidade, a virtude situa-se a meio caminho (NALINI, 2008 p. 71-72).

Desse modo o homem ético aristotélico é aquele que diferencia as condutas de acordo com os critérios principiológicos e racionais, de forma harmônica, para alcançar determinado fim, sem causar prejuízos dando a cada um, o que é seu. Para Aristóteles, escolher entre dois ou mais opções e decidir pela melhor, é a finalidade central da conduta ética.

2.3 Justiça como a excelência das virtudes

A escolha do tema justiça deu-se pela amplitude de questões afins que a envolvem como a retórica, a política e as ciências sociais. A obra de Aristóteles é vasta e emite grande saber em relação à justiça, principalmente, em sua obra *Ética a Nicômaco*, em que Aristóteles faz com que a justiça ganhe imbricações éticas. O presente tópico procura investigar a justiça aristotélica em seus pontos centrais, com enfoque para o médio-termo, posto que, se vislumbra como importante instrumento a ser utilizado nas práticas resolutivas do consenso penal.

Etimologicamente, a palavra virtude vem do grego (*ἀρετή*) e do latim (*virtus*) e se refere à disposição de praticar o bem, tal como a justiça. Enfatizando o campo semântico, Aristóteles afirma que a relação entre a virtude e a justiça é que: “[...] são elas a mesma coisa [...]. Aquilo que em relação ao nosso próximo, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude” (ARISTÓTELES, 2000, p.103). Nesse sentido, a justiça é o próprio bem. Ser justo é, portanto, ser virtuoso e, ao mesmo tempo, feliz. Justamente por isto, a justiça é a expressão da felicidade. A justiça não se caracteriza por ser um meio para alcançar a felicidade, mas ela é a própria felicidade. A justiça é a virtude e a virtude é o bem.

Para Aristóteles, a questão central do convívio humano reside na *polis* no qual se remete ao espírito de procriação do ser humano e em sua evolutiva trajetória, visando à necessidade de assegurar a sua sobrevivência. Aristóteles considera o homem um animal político que se realiza no seio da *polis*, com o convívio comunitário. Essas relações devem ser orientadas pela razão, em vista das funções da alma e da função intelectual do homem. Assim, todas as ações humanas são guiadas para alcançar a *eudaimonia* (felicidade). Observa-se que a *eudaimonia*, segundo o filósofo, é uma atividade da razão. Assim, a ação humana que deve ser guiada pela virtude para se alcançar uma vida feliz.

A justiça configura-se por meio do homem para o homem, especificamente, nas suas relações, priorizando a igualdade, a harmonia numa perseguição pelo equilíbrio. É a virtude completa pela sua necessária aplicação para com o outro.

Tratando da justiça como uma das virtudes, Aristóteles soube genialmente determinar o que distingue e especifica a sua proporcionalidade a outrem, ou em outras palavras, modernas, a nora de sociabilidade. A justiça é uma virtude que implica sempre algo objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também “justiça” (REALE, 1957, p. 549)

Aristóteles examinou a justiça entendendo-a como uma virtude. Assim, o filósofo de Estagira dedica seu estudo ao comportamento humano e à ciência prática. A justiça é uma virtude (*areté*) e um justo meio. O vocábulo *areté* possuía uma aplicação mais ampla entre os gregos, significando, a excelência alcançada ou alcançável pelo desenvolvimento de alguma capacidade natural. Aristóteles busca estabelecer a justiça como virtude moral e sistematizá-la com a injustiça. Examina de maneira detalhada seu conceito e sua abrangência. Inicia sua análise indagando que ações se relacionam com a justiça e a injustiça e investiga a justa medida para.

[...] todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que toma as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto (ARISTÓTELES, 1979, p. 121).

Assim, Aristóteles afirma que a justiça é a conformidade da conduta humana com a norma posta. Desta forma, o comportamento é estruturado por uma norma estabelecida pela virtude. A obediência à lei é um ato de justiça, já que a lei tem por finalidade o bem comum.

Importante esclarecer que a teoria da justiça preconizada por Aristóteles foi desenvolvida a partir da sabedoria, da razão prática do indivíduo para, posteriormente acrescentar a efetivação da justiça na *polis*. A justiça possui um sentido homônimo, isto quer dizer que o seu termo carrega significados distintos. Pode tanto se relacionar com o sentido normativo como no sentido de igual por estar restrito a ações objetivando a distribuição de bens.

A justiça é estabelecida enquanto virtude ética. Neste sentido, Aristóteles procura definir a justiça como a disposição da alma em que os indivíduos, agentes racionais, se dispõem a agir justamente e a desejar o que é justo. Já a injustiça se manifesta na disposição da alma daqueles que agem injustamente, desejando o que é injusto.

Para Soares (2003, p. 8) “[...] é observando a finalidade humana que se encontra a dimensão ética, e neste aspecto, a Justiça em Aristóteles é identificada dentro de uma concepção teleológica”. Isto significa dizer que é nas ações humanas que se identifica o bem que se deseja ou a finalidade que se pretende alcançar. Justamente por isto que o bem é aquilo que as coisas tendem. Como exemplo, temos que para a felicidade ser alcançada o homem deve agir justamente e buscar a Justiça. Estas ações praticadas com Justiça possibilitam ao homem alcançar a excelência moral. Entretanto, para se alcançar a excelência moral, se faz necessário ao humano desenvolver suas faculdade intelectual e prática, acontecendo por força do hábito.

Na concepção de Aristóteles, a Justiça somente é alcançada pela prática reiterada de bons hábitos. Assim, desenvolve um relacionamento entre a justiça e a injustiça, tanto que categoricamente dita, ambas “parecem” ser ambíguas. O termo injusto é aplicado para as pessoas que transgridam a lei, para as pessoas ambiciosas. As cumpridoras da lei são justas. Desta forma, o filósofo define o homem justo como o respeitador da lei e o injusto como o homem sem lei. Portanto, é neste sentido que a justiça é vista como uma virtude moral, como aquele que conduz o homem à obediência da lei.

“Mas o homem sem lei, assim como o ganancioso e ímprobo, são considerados injustos, de forma que tanto o respeitador da lei como os honestos serão evidentemente justos. O justo é, portanto, o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo” (ARISTÓTELES, 1129 a 32 - 35).

A lei busca atender ao que é justo, sempre visando ao bem comum. Este bem se relaciona em realizar a felicidade do homem. Portanto, obedecer à lei é um ato de justiça, tendo em vista que as leis são criadas com a finalidade de se buscar o bem comum e a harmonia da cidade. E é por meio da virtude que esta relação harmônica é desenvolvida entre o indivíduo e a comunidade política. A virtude da justiça é perfeita.

Essa forma de justiça é, portanto, uma virtude completa, porém não em absoluto e sim em relação ao nosso próximo. Por isso a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e ‘nem Vésper, nem a estrela-d’alva’ são tão admiráveis; e proverbialmente ‘na justiça estão compreendidas todas as virtudes’. E ela é a virtude completa no pleno sentido do termo, por ser o exercício da virtude completa. É completa porque aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre seu próximo [...] (ARISTÓTELES, EN, V, 1129b)

A justa medida é o que a legislação define entre a ação de agir e a ação de não agir. Mas como ela deve ser pautada? Aristóteles explica que a ação justa não pode de maneira alguma ser movida pela ambição, nem pela não equidade, mas sim, deve ser guiada tendo em vista o bem comum. Verificar-se em toda extraída de *Ética a Nicômaco* que Aristóteles procura investigar a justiça como parte da virtude e não como a virtude integral. Assim, que espécie se concentra a virtude?

É importante observar o caráter social que resulta da noção pitagórica de justiça, fato que, embora já mencionado implicitamente na epopéia homérica (Homero nos apresenta os Ciclópes como seres solitários e atocráticos e por isso mesmo sem assembleias deliberativas e preceitos emanados de autoridade superior), recebe aqui uma configuração veemente e fundamental que absorve as demais. A partir disto, pode-se traçar uma linha no desenvolvimento da filosofia que os leva a compreender a justiça como princípio de sentido quase exclusivamente social, ao lado de outra que paralelamente, irá ressaltar preponderantemente o caráter da justiça como “virtude universal” (DEL VECCHIO, 1960, p. 22 apud FERRAZ JUNIOR, 2002, p. 149-151).

Concebida como virtude social, a justiça no pensamento aristotélico está estritamente relacionada com o convívio humano. Neste contexto e como já estudado acima, o agir, tendo em vista o indivíduo ou a coletividade proporciona a experiência virtuosa da prática. Segundo Aristóteles, a questão central do convívio social reside na *Polis*. A justiça, portanto, é vista por meio do homem em face do homem, de suas relações, sempre trilhando o equilíbrio. Miguel Reale (1999, p. 549) ao comentar sobre o assunto, ensina:

[...] tratando da justiça como uma das virtudes, Aristóteles soube genialmente determinar o que distingue e especifica a sua proporcionalidade a outrem, ou em outras palavras, modernas, a nota de sociabilidade. A justiça é uma virtude que implica sempre algo objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também “justiça” (REALE, 1999, p. 549).

A justiça é a virtude por excelência na medida em que visa ao todo. A justiça se dá na relação com o outro, visando à relação entre as pessoas. Essa virtude promove a relação harmônica entre o indivíduo e a *polis*. A justiça é a virtude perfeita. Aristóteles ensina a ser essa face da virtude da justiça, a mais completa e perfeita entre todas as demais virtudes. Para Aristóteles, a justiça manifesta-se no campo material da vida humana e possui dois sentidos: universal, vinculado à obediência à lei e o particular, vinculado à igualdade. A Justiça universal conduz a todos a viver conforme a virtude, ou seja, a virtude por excelência. Esta virtude tem como grande alicerce a obediência à lei. Observa-se que a igualdade vincula-se à lei, mas nem sempre a lei pode respeitar a igualdade e proporcionar a justiça. Justamente por isto, que a virtude particular compõe uma parte da justiça universal que é o todo.

Diante do exposto, Aristóteles sintetiza que a justiça é a excelência moral e perfeita, posto que, atua em relação ao próximo. Assim o trabalho proposto busca identificar a relação existente entre os preceitos deixados por Aristóteles e a justiça consensual penal brasileira. Busca-se demonstrar que é por meio do diálogo que os indivíduos encontrem o verdadeiro sentido da justiça.

2.4 Justiça distributiva

A grande tríade filosófica grega se completa com o pensamento aristotélico. Interessante notar que os parâmetros utilizados pelo filósofo mostram-se essenciais para a compreensão do problema evidenciados atualmente da justiça. Como demonstrado anteriormente, Aristóteles, embora discípulo de Platão rejeitasse o conhecimento sensível e as ideias puras, posto que em sua visão, as ideias emanam das coisas, como essências conformadoras da matéria. Sendo assim, os objetos só existiriam dentro de uma perspectiva realista.

Segundo Aristóteles, a justiça é interligada a *polis*, não havendo justiça sem vida em comunidade. O homem sendo um animal político necessita promover o bem comum. “Particular” seria aquela que mais se aproxima da diversidade de ordenamentos jurídicos no mundo, subdividindo-se em Distributiva e Corretiva. Por aproximação, a Distributiva está para o Direito Público; a Corretiva se subdivide em Comutativa e Judicial. A Comutativa se aplica ao Privado e a Judicial ao Direito Público, por ser essencialmente de ordem Penal.

É bom lembrar que essa noção de Público e Privado não está presente, de forma direta, em “Ética a Nicômaco”. Quando se fala em Público e Privado, estamos na seara da historiografia contemporânea, após revolução francesa. A correspondência aqui adotada se dá

por aproximação. Daí a necessidade do alerta dos riscos teóricos. Não se pode descartar a possibilidade de equívocos nesse tipo de associação. Há uma tendência a uma associação mecânica, que certamente pode levar a distorções homéricas.

O que se sabe é que Aristóteles foi o primeiro a propor uma teoria sistemática da justiça, apresentando-a como uma virtude completa, adquirida pelo hábito e com a prática de reiteradas ações num determinado sentido. O objetivo é a busca pelo meio-termo que é contraposto ao vício da injustiça. A justiça legal manifesta-se por meio do ato justo. Assim, o justo é aquele que exerce em conformidade com a lei. A ação regulada pela justiça geral estabelece por meio da lei quais são as ações necessárias para que a comunidade alcance o seu bem. Aristóteles (V, I, 1129b) diz que “os atos conformes à lei são justos em certo sentido; com efeito, os atos estipulados pela arte de legislar são conformes à lei, e dizemos que cada um deles é justo”. Complementa ainda que:

as leis se ocupam de todas as matérias apontando ao interesse comum (bem comum) de todos ou dos melhores, ou dos que têm autoridade, ou a alguma outra coisa semelhante; de modo que, em um sentido, chamamos justo ao que produz ou preserva a felicidade ou seus elementos para a comunidade política (Idem, V, I, 1129b)

Percebe-se que aquele indivíduo que possui o sentimento de justiça não pratica a relação apenas para si, mas também em relação ao outro, já que o homem ao praticar um ato conforme a lei beneficiará o outro por ter agido de forma justa. Portanto, o dever da justiça legal é obedecer à lei, fazendo os homens mais corajosos. Por isto é essencial que o legislador ao formular a lei escreva leis justas e visando ao bem comum.

Aristóteles aduz que além da justiça no sentido amplo há a justiça no sentido estrito, do qual ela é uma parte, vez que sua definição se encontra no mesmo gênero. Indica, desta forma, outra espécie de justiça no quadro da Justiça Especial (Particular), denominada “corretiva”. Trata-se do tipo que se aplica às relações voluntárias (autônomas) e às involuntárias (heterônomas).

Em relação à justiça distributiva, a corretiva está assentada numa diferença substancial do conceito de igualdade ou de justo. Se à distributiva aplica-se a igualdade (justo) proporcional, na corretiva uma espécie de igualdade que só pode ser vivenciada nas relações entre iguais. Trata-se das relações simétricas. São caracterizadas por um ato voluntário, porque surge como expressão autônoma da vontade das partes. Trocas, aquisição de bens, prestação de serviços, dentre outros, para Aristóteles, são relações entre partes iguais e devem estar sujeitas às regras acordadas. São relações denominadas “comutativas”, não como

resultado de uma possível semelhança ou equivalência dos objetos inseridos no acordo. A comutação está relacionada a um juízo consensual sobre os termos acordados.

Portanto, há bilateralidade da vontade que expressa igualdade em razão de uma capacidade jurídica de estabelecer pactos. A horizontalidade se constitui no elemento legitimador do acordo das partes envolvidas. Configura-se uma igualdade aritmética como elemento balizador da real isonomia. As involuntárias referem-se às ações unilaterais, que lesam direitos alheios. Não estão vinculadas à questão da honra ou de qualquer mérito pessoal. O foco está centrado na natureza da ação, que pode ser dolosa ou culposa. Nessa Justiça a igualdade é aplicada a todos os cidadãos. O que importa é o feito, a ação provocada. Não importa quem é a pessoa, seja indivíduo livre, escravo, mulher, criança ou estrangeiro. O *status* quo não deve ser levado em conta, mas, sim, a ação praticada e o grau de nocividade à vítima. A função do juiz é a de restabelecer o equilíbrio rompido. Para isso, deve subtrair do agressor e compensar a vítima.

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

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

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

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

ganho”. Inicialmente, o filósofo estabelece os dois tipos de justo político: o justo natural e o justo legal. O primeiro manifesta-se pela justiça objetiva imutável, ou seja, aquela que não sofre interferência humana. Já a segunda, tem sua origem na vontade do legislador e expressa a variação espaço-temporal.

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

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

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

Portanto, há bilateralidade da vontade que expressa igualdade em razão de uma capacidade jurídica de estabelecer pactos. A horizontalidade se constitui no elemento legitimador do acordo das partes envolvidas. Configura-se uma igualdade aritmética como elemento balizador da real isonomia. As involuntárias referem-se às ações unilaterais, que lesam direitos alheios. Não estão vinculadas à questão da honra ou de qualquer mérito pessoal. O foco está centrado na natureza da ação, que pode ser dolosa ou culposa. Nessa Justiça a igualdade é aplicada a todos os cidadãos. O que importa é o feito, a ação provocada. Não importa quem é a pessoa, seja indivíduo livre, escravo, mulher, criança ou estrangeiro. O *status quo* não deve ser levado em conta, mas, sim, a ação praticada e o grau de nocividade à vítima. A função do juiz é a de restabelecer o equilíbrio rompido. Para isso, deve subtrair do agressor e compensar à vítima.

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

roubo, sequestro, envenenamento etc. Aristóteles incluiu o Direito Penal na esfera da justiça corretiva:

De sorte o juiz intenta igualar esta classe de injustiça, que é uma desigualdade; assim, quando um recebe e o outro dá o golpe, ou um mata e o outro morre, o sofrimento e a ação repartem desigualmente, mas o juiz procura igualá-los com o castigo, subtraindo do ofensor o excesso do ganho (ARISTÓTELES, EN, C, IV, 1132a).

Para Aristóteles, na Justiça Corretiva, é irrelevante a condição social do agressor e da vítima. Elas devem ser tratadas da mesma forma. Desta forma o bem da justiça corretiva é a restauração do “*status quo ante*” da vítima. Para isto, deve-se levar em conta o ganho do agressor e a perda da vítima. “A lei somente identifica a natureza do dano e trata ambas as partes como iguais, ao que comete a injustiça e ao que a sofrem ao que prejudica e ao prejudicado” (ARISTÓTELES, EN, V, IV, 1132a). No meio-termo, entre eles, encontra-se o justo. Uma pessoa, que esmurrada ou mata alguém, provoca um delito. Nesse caso, não há uma relação necessária entre o delito e a penal estipulada. Cabe ao juiz equilibrar a desigualdade, mediante a redução da vantagem obtida pelo agressor e à perda sofrida pela vítima. A avaliação do mau trato deve considerar o prejuízo sofrido pela vítima e o ganho do agressor. Assim fica a pergunta, o que seria o “justo” (*δίκαιον*)? Aristóteles indica o meio-termo como uma forma de solução. Assim o meio-termo seria a medida entre o ganho obtido pelo agressor e a perda imputada à vítima. Agindo assim, o juiz assume a condição de justiça encarnada.

Desse modo, a missão, num sentido teleológico, do juiz é equilibrar a desigualdade como meio de obter a igualdade no tratamento. Assim o juiz, como mediador, atua para restituir, de alguma forma, o equilíbrio entre o ganho e a perda. Como muito bem observa Aristóteles (2000, p. 111): “Portanto, a justiça corretiva será o meio-termo entre a perda e o ganho”. A justiça corretiva mostra-se importante instrumento ao buscar restabelecer as igualdades nas relações que envolvem os conflitos penais, posto que, é a partir dos meios alternativos de resolução de conflitos que a vítima atua como voz ativa e busca sua reparação com o agressor. Para Aristóteles a “perda” e o “ganho” procedem das operações de troca voluntária. Assim, a partir do consenso penal retira-se de cena a teoria da punição e parte-se para uma teoria da compensação por meio do diálogo e da voz ativa da vítima, visando uma perfeita identidade entre o dano e a indenização.

Referindo-se à Justiça Especial (particular), Aristóteles a qualifica como parte da virtude (ARISTÓTELES, 2000, p.106). Portanto, não a vê como virtude total. Entende-se que

isso se deva ao fato da justiça especial estar vinculada diretamente às questões práticas, por tratar de situações específicas. Claro, isto não significa necessariamente que expressão “parte” implique numa desqualificação da relação entre virtude e justiça. Busca-se, sim, indicar um recorte teórico.

Feitas as considerações acima, registra-se, Aristóteles (2000, p.108) afirma que “[...]” uma das espécies é a que se manifesta nas distribuições de magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa). O destaque vai para o caráter distributivo dessa justiça. Daí o fato dos doutrinadores denominá-la “Justiça Distributiva”. Numa linguagem atual, seria o mesmo que dizer que o Estado tem o papel de distribuir cargos públicos, dinheiro e benefícios entre cidadãos sob a regência de uma Constituição. Para Aristóteles (EN, 1131a):

Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa.

A justiça distributiva tem como objeto distribuir aquilo que pertence à comunidade entre os indivíduos que a compõem. Sob este aspecto, cabe à justiça a função de equilibrar as relações entre indivíduos quanto ao ganho e à perda. A justiça deve harmonizar as relações. “Um dos motivos mais sólidos em favor da divisão tripartite da justiça advém de uma consideração do número de possíveis relações presentes na vida social” (BARZOTTO, 2003, p. 30). O critério da distribuição não deve ser absoluto (matemático), sendo a distribuição de bens segundo os méritos e/ou qualidades de cada um. Aristóteles (EN, V, 1131a) diz que “uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa”. Portanto, se os indivíduos não forem iguais, não terão participação igualitária nas coisas. “Algo é devido a X em virtude de uma qualidade pessoa de X, que o diferencia dos demais, estabelecendo o título para exigir uma prestação proporcionalmente diferenciada” (BARZOTTO, 2003, p. 35).

Ao contrário do que muitos devem pensar, a justiça particular está estritamente ligada ao bem comum, vez que algo só é devido ao particular em razão do bem comum. Deve-se, sim, usar parâmetros com base na igualdade proporcional. A este respeito, a adequação na justiça distributiva é a igualdade proporcional. O justo para o filósofo é uma das espécies de gênero proporcional. Neste contexto, insere-se proporção geométrica que delimita o meio

termo, ou seja, o justo proporcional. Entra em cena a formosa frase: “*virtusmedium est*” (a virtude está no meio). Portanto, a ideia aqui é a cada qual segundo seus próprios méritos. Segundo Perelman (2002, p. 21) isto exige que “[...] os seres sejam tratados proporcionalmente aos seus méritos, ou seja, que os seres que fazem parte da mesma categoria quanto ao seu mérito – cujos graus servirão de critério para o estabelecimento das categorias essenciais - sejam tratados da mesma forma”.

Percebe-se que a justiça distributiva baseia-se na igualdade e esta igualdade é alcançada pelo meio termo e este meio termo é o que fundamenta a justiça. Aristóteles sintetiza que:

[...] todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito; os democratas indicam que a distribuição deve ser de acordo com a condição do homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou a nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência (virtude) (ARISTÓTELES, V, 1131a).

Assim, a injustiça ocorre sempre que alguém pratica algum ato em benefício ou interesse próprio em detrimento do de outrem. Assim a justiça distributiva é explicada, em “Ética a Nicômaco”, como aquela que se aplica na repartição das honras e dos bens da comunidade, com base nos méritos. Partindo disto, podemos observar claramente a presença da justiça distributiva nos dias atuais, como o princípio geral das igualdades das relações jurídicas e da justa repartição de bens. Como exemplo, o acesso a cargos públicos deve acontecer, obrigatoriamente, por concurso público a partir dos princípios elencados no artigo 37, da Constituição Federal de 1988.

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

Aristóteles comenta, também, que a sociedade, na prática, não é feita de iguais apenas. O pressuposto teórico da igualdade (*ισότητα*) seria válido se todos fossem iguais. Na realidade fática (histórica), a sociedade é constituída por iguais e desiguais. Sabe-se que, com base no mérito, o cidadão coloca-se a serviço da esfera pública (Estado). Com isto, se

pretende obter em troca, estabilidade, honras, bens etc. O Estado deve preservar o direito de todos seus cidadãos para que tenham acesso de acordo com a justa medida, levando-se em conta o princípio da igualdade proporcional. Frente às desigualdades, a ideia de mérito parece dar conta tranquilamente das diferenças na aplicação justiça. Porém, não basta. Faz-se necessário contextualizar o mérito a partir de fatores que possam realinhar, por aproximação, aquilo que, numa linguagem aristotélica, chama-se “igualdade proporcional”.

É com base nesse princípio que o ordenamento jurídico brasileiro recepciona as ações afirmativas (políticas de cotas). Isto deriva da ideia de tratar os iguais, igualmente; os desiguais, desigualmente. Aliás, hoje esse é o princípio que se encontra no cerne da estrutura e funcionamento da Constituição (Carta Magna) dos Estados contemporâneos. A tutela do Estado exercida na proteção aos direitos indisponíveis e nas relações de hipossuficiência Estatuto da Criança e Adolescente, Código de Defesa do Consumidor e Consolidação das Leis Trabalhistas se fundamenta na denominada “igualdade proporcional” ou “justo proporcional”, elaborado em “Ética a Nicômaco”.

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

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

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

CAPÍTULO III – DILEMAS DO DIREITO PENAL

3.1 A influência do positivismo jurídico e falência do sistema carcerário

Há consenso de que, na história do Direito, os dois paradigmas que predominaram as bases da Ciência Jurídica foram o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Desta forma, cabe apresentar brevemente as principais características do jusnaturalismo para então, partir para o estudo do juspositivismo, visando alcançar uma nova base teórica, na tentativa de responder os problemas enfrentados no cenário forense.

O jusnaturalismo permaneceu, na cultura jurídica ocidental, por mais de dois mil anos, sendo considerado o modelo mais duradouro. Sua permanência deu-se do período da chamada antiguidade clássica até o posicionamento do positivismo jurídico em meados do século XIX. Ao longo da história, o direito natural ofereceu diversos fundamentos para a compreensão de um direito justo. Dividiu-se em: a) jusnaturalismo cosmológico, que teve sua vigência na antiguidade clássica, caracterizando-se na antiguidade greco-latina, onde refletia as leis eternas e imutáveis; b) o jusnaturalismo teológico, que surgiu na Idade Média e teve, como principal fundamento, a ideia da divindade, principalmente devido à influência do cristianismo; c) o jusnaturalismo racionalista, que adveio das revoluções liberais burguesas do século XVII até XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal; d) o jusnaturalismo contemporâneo, que surgiu no século XX, ligando a justiça, no plano histórico e social, sempre relacionando a justiça ao direito justo, proposta adotada ao longo dos séculos pelo direito natural.

Segundo Bobbio (2010, p. 47) “Poderíamos definir a corrente do direito natural como aquela corrente de pensamento jurídico segundo a qual uma lei, para ser lei, deve ser conforme a justiça”. Este modelo adveio de uma corrente jurisfilosófica, com base no direito justo, que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina. Para o direito natural, há uma superioridade em face do direito positivo, já que o mesmo deveria se adequar aos parâmetros imutáveis e eternos da justiça, vez que o jusnaturalismo é representado por um valor transcendental e corresponde ao imutável. Nesta linha de raciocínio, o Direito natural seria anterior e hierarquicamente mais elevado do que a legislação, já que consiste em afirmar a existência de uma ordem jurídica, que seja universalmente válida e axiologicamente superior à produzida pelo Estado.

Um dos grandes problemas enfrentados por este modelo foi estabelecer quais são os ditos direitos superiores, tendo em vista a imprecisão e ambiguidade, carente de

previsibilidade. Ademais, o processo civilizatório necessita de uma variação de rol de direitos essenciais que contraria o jusnaturalismo, devido ao seu caráter invariável, imutável e universal.

Bobbio (2010, p. 48-49):

Apenas com uma condição poderíamos concordar em reconhecer como direito unicamente aquilo que é justo: com a condição de que a justiça fosse uma verdade evidente ou no mínimo demonstrável como uma verdade matemática e, portanto, nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou injusto. E essa na realidade sempre foi a pretensão do jusnaturalismo nas suas várias fases históricas. [...] Mas, então, se a observação da natureza não oferece um apoio suficiente para determinar o que é justo e o que é injusto de modo universalmente reconhecível, a redução da validade à justiça só pode levar a uma única e grave consequência: à destruição de um dos valores fundamentais em que se apoia o direito positivo (entenda-se o direito válido), o valor da certeza.

E, além dessas deficiências teóricas insuperáveis, a formação do Estado Moderno e a ampliação da codificação escrita levaram à marginalização o modelo do direito natural. Os movimentos de codificação escrita e o monopólio da produção legislativa contribuíram para a prevalência das disposições estatais sobre todas as demais fontes jurídicas.

Complementa ainda Bobbio (2010, p. 28-29):

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas, ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraíndo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas e aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam 'fontes do direito'. [...] com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.

Diante desse cenário, a base teórica do jusnaturalismo não conseguiu mais se sustentar devido à ampliação do Direito posto pela autoridade estatal, vez que a previsibilidade da norma conferiu supostamente maior segurança jurídica. “A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei”

(BOBBIO, 2006, p. 40). Assim, aumentou-se o estudo do direito positivo tendo como principais precursores Thomas Hobbes, John Austin, Jeremy Bentham e Hans Kelsen.

Tais peculiaridades foram essenciais para a construção do modelo juspositivismo, desenvolvido pelo trabalho dos referidos filósofos. “Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação” (BOBBIO, 2006, p. 119).

Como conexão lógica do núcleo temático dessa dissertação, o juspositivismo se mostra de suma importância devido a sua consequência mais imediata da separação conceitual entre direito e moral, direito e valores éticos extrajurídicos. Além disto, houve a formação do Ordenamento Jurídico, essencialmente composto por regras positivadas, criando-se um sistema escalonado pela validade formal e uma discricionariedade judicial.

Acerca das questões, que permeiam o direito e a moral, faz-se indispensável delimitar os conceitos da ética e da justiça. Este processo pode ser compreendido por meio da doutrina positivista de Hans Kelsen, que buscou demonstrar a prevalência do direito sobre a moral e da justificação do direito e da justiça sendo a moral meramente relativa neste meio. Hans Kelsen propôs ao ordenamento jurídico uma “teoria pura do direito”, no qual a norma é o objeto central da ciência do direito. Carlos Cossio, em sua “Teoria Ecológica do Direito” (1964), entendia que Kelsen estruturou uma lógica jurídica formal.

O pensador austríaco afirma que o valor decorre da norma e que ele não provoca nenhuma relação entre a realidade e a norma. O valor, desta forma, manifesta apenas numa relação de igualdade entre o substrato modalmente. Portanto, a norma jurídica atua diretamente como um juízo de valor. Neste caso, determinada conduta, prescrita pela norma, pode ser contrária ou corresponder a ela. Se for contrária, será injusta. Entretanto, se a conduta corresponde à prescrição, ela será justa e valiosa. Segundo Kelsen, seria impossível distinguir direito e moral por meio do critério que define interioridade (moral) e exterioridade (direito) da conduta humana.

[...] a concepção, freqüentemente seguida, de que o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada. As normas das duas ordens determinam ambas as espécies de conduta. A virtude moral da coragem não consiste apenas do estado da alma da ausência de medo, mas também numa conduta exterior relacionada aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado (KELSEN, 1998, p. 67).

Porém, este conceito mostra-se questionável, posto que “prescrever apenas uma conduta que corresponda a todas as inclinações ou interesses egoísticos dos destinatários das normas seria supérfluo, pois que os homens seguem suas inclinações ou procuram realizar os seus interesses egoísticos mesmo sem a tal serem obrigados” (Op. cit. p. 69). A pretensão desta concepção é apresentar o direito como um sistema normativo, consistindo em um sistema de normas válidas e coercitivas. Neste contexto, a conduta humana é juridicamente relevante e se equipara com o conteúdo de uma norma válida. O direito é descrito como ele o é e não como ele deveria *ser*. Assim, o direito é um sistema autônomo e pleno, não existindo espaço para juízos de valores morais ou políticos. Não se trata de ser uma norma justa e sim uma norma válida. Pouco importa se a norma é justa ou não, boa ou má, mas somente se ela é válida ou inválida.

Extrai-se de legado de Cossio que o sentido de ordem social moral se confunde com o de ordem social justa. Se o sentido do Direito, no que tange ao seu conteúdo e a sua justificação, coincide com o sentido da Justiça, então não deve haver direito sem moral, fato que delimita aquele como parte constitutiva desta: o Direito, para ser identificado com seu sentido maior, deve ser parte da Moral e, portanto, corresponder a Justiça. No entanto, Kelsen defende que direito e moral são sistemas distintos de normas. Assim é possível estabelecer relações entre o direito e a moral em dois ângulos diversos: aquela que deve ser e aquela que de fato é. No mais, Kelsen ao analisar a moral diferencia o valor moral absoluto do valor moral relativo, contrariando a existência de uma única moral válida. Argumenta:

E mesmo que se pudesse determinar um elemento comum a todos os sistemas morais até aqui vigentes, ainda assim não haveria razão suficiente para não considerar como “moral” ou “justa” e, portanto, para não considerar como Direito, uma ordem de coação que não contivesse aquele elemento e prescrevesse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade, como boa ou justa, ou proibisse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como má ou injusta (ALTHOFF, 1997. p. 168).

Kelsen, na verdade, não nega que os valores absolutos em geral são afastados.

O que é comum a todos os sistemas morais é a sua forma, o dever-ser, o caráter de norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos (KELSEN, 1998, p. 76).

Pode-se perceber que apesar de existirem valores morais e justiça no juspositivismo, à norma jurídica é apenas determinada pela sua validade, independentemente de sua concordância com um sistema voltado para a moral. Assim, pouco importa que a norma jurídica necessite satisfazer uma exigência moral mínima para que seja considerada válida ou posta. Ainda, importante apontar a distinção que Kelsen faz entre a ética e a moral. A moral se manifesta por regular a conduta humana, preceituando deveres e direitos e estabelecendo coercitivamente as normas. Já a ética somente descreve “a norma moral posta por autoridade moral ou consuetudinariamente produzida” (SCHNEIDER, 1964. p. 16 e 17). Um dos grandes problemas enfrentados pelo positivismo jurídico é o reducionismo gradativo do Direito Estatal ao Direito Positivo, posto que, para esta teoria não há direito fora do direito positivo e não há Estado sem direito e o mesmo vice-versa. Assim, Kelsen procura afastar o dualismo Estado-Direito por meio de sua unificação.

No Brasil, com a Constituição Federal (CF) de 1988, alargou-se a esfera da proteção ao cidadão e de sua participação social. Dentre as questões postas acerca da importância da Constituição, há que se observar que o ordenamento jurídico brasileiro é baseado na tradição romano-germânica, isto é, civilista. Dentre os instrumentos legais que norteiam a Constituição Federal (CF) de 1988 temos: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias, e medidas provisórias, editadas em situações urgentes para atender o projeto de governo da Presidência da República, tendo natureza temporária e força de lei, devendo ser submetidas ao Congresso Nacional para aprovação. Se aprovadas se convertem em lei ordinária, se rejeitadas perdem a eficácia *ex tunc*.

Foi a partir da CF 88, que as matérias relativas ao direito, em geral, e ao direito constitucional, em especial, vêm sendo tratadas de forma valorativa, com outras fontes interpretativas, além da legislativa. A pergunta que se faz é: existe limite quanto à interpretação constitucional e há necessidade de impor limites mínimos à atividade do intérprete? Segundo Kelsen (1998), a interpretação em termos valorativos é um ato de vontade e não de conhecimento. Positivista, defende que não cabe ao estudioso do direito qualificar de certo ou errado, justo ou injusto, cabendo-lhe identificar o que é o direito de determinado ordenamento jurídico. Como tarefa posterior, é que deverá manifestar-se sobre o que deve ser praticado, se é justo ou injusto. Desta forma, deverá procurar e identificar o direito, concordando com ou discordando dele. Traz à tona a discussão de quem seria a melhor da interpretação do texto legal e a quem caberia esta tarefa. A melhor interpretação seria reservada ao filósofo político e não para o cientista do direito.

Desta forma vários doutrinadores debatem o tema, quanto à interpretação do texto constitucional, de qual é a melhor. Na contemporaneidade, o intérprete constrói a norma a partir do texto, que, entretanto, tem de estar de acordo com a norma posta. Kelsen discorda afirmando que se o intérprete violar o texto da norma, ainda assim a interpretação será válida. Assim o conflito entre duas regras é solucionado pelos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia. Para os estudiosos e doutrinadores do direito a função base seria conhecer a distinção entre "texto" e "norma" para, inclusive, buscar a otimização do acesso ao judiciário. Desta forma, podemos inferir que Norma Jurídica não é texto de lei. Conforme Norberto Bobbio (1994, p.28), “para definir a norma jurídica bastará dizer que a norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico, transferindo manifestamente o problema da determinação do significado de ‘jurídico’ da norma para o ordenamento”.

Em resumo, o texto legal é o que advém das diversas fontes normativas vigentes, enquanto as normas jurídicas nem sempre aparecem de forma escrita. Nesta linha, tendo em vista a diferença entre texto legal e norma, Eros Grau (2006, p.32) sustenta que o intérprete do texto legal “não é um criador *exnihilo*”; ele produz a norma, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la.

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento. (STF, Reclamação nº 3.034-2/PB AgR, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Eros Grau).

Desta forma, a discussão entre dar ao intérprete liberdade absoluta, um poder sem limites, seria não o direito, mas sua frontal negação. Neste caso, aplica-se o princípio da segurança jurídica, que comprometida estaria, caso fosse dada aos aplicadores dos direitos a atribuição de qualquer significado à revelia da letra posta, ou seja, do melhor entendimento acerca da hermenêutica jurídica. Porém, há discordâncias quanto a este posicionamento. Segundo Friede (2009, p. 575) embora “a tese segundo a qual o *Direito* se constitui em efetivo *ramo científico* ter sido negligenciada no passado por expressiva parcela de

estudiosos, na atualidade contemporânea é, no mínimo, majoritária a posição doutrinária que entende o *Direito* como autêntica e genuína *Ciência Autônoma*”.

Atualmente uma das principais críticas que se faz ao positivismo jurídico refere-se ao fato de não ter proporcionado, na área judiciária, uma visão mais clara e adequada de como os juízes devem decidir os casos que caem para seu julgamento. Por vezes, um rigor quanto à questão do que é válido e do que não é válido juridicamente, o juspositivismo não se preocupou quanto à teorização sobre o modo e limites da interpretação (*imput*) e da aplicação das normas correspondentes (*output*).

Por outro lado, doutrinadores afirmam que Kelsen, Bobbio, Hart e Raz nunca dedicaram muito esforço para desvendar o modo pelo qual o direito deve ser aplicado. Hans Kelsen trata as normas jurídicas como “molduras” dentro das quais são possíveis várias interpretações, afastando-se do formalismo jurídico das teorias positivistas do século XIX. Ideia apoiada por vários autores positivistas, ao qual a norma jurídica estabelece apenas uma moldura, na qual várias interpretações concorrentes são igualmente válidas. Há de se destacar que todo o direito é baseado em fontes sociais, e qualquer coisa não baseada em fontes sociais não pode ser direito. Tal é a dificuldade quanto à interpretação de uma norma jurídica aceitável que leva o legislador a buscar outras.

O Novo Código de Processo Civil trata, com detalhes, do dever dos magistrados de fundamentar as suas decisões, já previsto no art. 93, IX, da Constituição da República. Aliado a estes dispositivos o art. 370, parágrafo único, que fala sobre o indeferimento de requerimento de diligência que considere ser inútil ou meramente protelatório, deverá o julgador fundamentar sua decisão, sob pena de nulidade. E o art. 489, e incisos de seu parágrafo primeiro, as hipóteses em que a sentença ou a decisão interlocutória não será considerada fundamentada, por inobservância das novas regras.

Todo este cuidado do legislador não tem outro motivo senão garantir às partes o amplo acesso ao raciocínio jurídico do juiz sobre o pedido submetido ao Poder Judiciário, bem como lhe dar elementos para melhor embasar seus recursos. Como já foi mencionado anteriormente, Aristóteles, ao discutir a questão das ciências as dividiu em teórica e prática. Ciências teóricas são aquelas limitadas à reprodução cognitiva da realidade (ciências físicas e naturais), e prática, que tem por objeto o conhecimento para a orientação de ações e comportamentos. Com relação às ciências práticas, estão as ciências morais que objetivam dar normas ao agir, procurando dirigir a atividade interna e pessoal do homem, buscando atingir o bem comum - onde estaria inserido o Direito -, e as ciências factivas e produtivas (que visam dar normas ao fazer, procurando dirigir atividade externa e pessoal do homem,

buscando atingir o belo (ciências artísticas) ou o útil (ciências técnicas). Aristóteles, em seu Livro VI da “Ética a Nicômaco”, explica que ao domínio teórico se opõe o domínio prático e o domínio produtivo. Refere-se ao assunto da seguinte forma:

Na classe das coisas variáveis estão incluídas tanto as coisas produzidas quanto coisas praticadas, pois há uma diferença entre produzir e agir [...] assim, a capacidade raciocinada de agir é diferente da capacidade raciocinada de produzir; e de mesmo modo não se incluem uma na outra, porque nem agir é produzir, nem produzir é agir (ARISTÓTELES, 1984, p. 143).

Nas várias áreas há inúmeros exemplos em que é perceptível que a produção é diferente da ação. Na do ramo do direito, um homicídio, quando se julga o ato de matar, se leva em consideração não apenas o ato em si, mas também o caráter do agente e suas intenções para realizar ilícito penal. Desta forma, entende-se que a ciência produtiva difere da prática na medida em que visa à produção de um bem exterior ao agente. Ao se analisar os limites do positivismo jurídico foram perceptíveis, que a maioria dos doutrinadores adota a regra afirmativa de que tem limites não é soberana. Ademais, para a o poder constituinte não há sociedade sem direito e direito sem sociedade. Logo, este trabalho tem por objetivo demonstrar que as regras morais e as regras jurídicas podem pertencem a um mesmo ordenamento jurídico.

Em paralelo ao processo de interpretação da lei e de subsunção do caso concreto a ela tem-se um sistema penitenciário numa tentativa de transformar o indivíduo, por meio da punição num cidadão que possa conviver em sociedade. A pena, portanto, intenciona reeducar o agressor, o qual demonstra sua inadaptabilidade social. Neste contexto, o direito de punir busca a transformação do agressor em não agressor. Porém, o que se verifica é a existência do descompasso entre a legislação e a realidade. A situação atual do sistema penitenciário é marcada, em grande parte, por maus-tratos, condições precárias, superlotação, violência entre outros, caracterizando num sistema “falido”, distante de efetivar uma transformação na vida do agressor e da vítima, posto que, é a partir do direito de punir que a vítima espera que a justiça se concretize.

O Estado Penal tem se caracterizado pelo aumento nas políticas criminais com o objetivo de assegurar a contenção das desordens geradas por inúmeros fatores, como por exemplo, o desemprego em massa, a exclusão social, o trabalho precário, entre outros.

O crime tem assim o potencial de simbolizar o colapso social de maneira que mobilizem o apoio da população e da elite à intensificação dos controles punitivos formais em uma altura e extensão anteriormente inadmissíveis. Nesse clima de mudanças perturbadoras, o aprisionamento serve como pedra de toque da ordem social segura. As prisões são a garantia de que em última instância a lei e a ordem serão impostas ou restauradas. Os modos de punição são profundamente expressivos, e a potência simbólica do aprisionamento em particular dá aos políticos infinitas possibilidades dramáticas, transmitindo múltiplas mensagens a diferentes públicos. Ele é o indício de que o governo está preparado para fazer tudo o que for necessário para mover a guerra contra o crime (GIDDENS, 2007, p. 302).

Portanto, a política estatal de criminalização opera em dois fatores. A primeira transforma os serviços sociais em meios de vigilância e controle. A segunda relaciona-se com a contenção repressiva de pobres, principalmente os negros, via encarceramento.

Prender os pobres apresenta a imensa vantagem de ser mais “visível” para o eleitorado: os resultados da operação são tangíveis e facilmente mensuráveis (tanto prisioneiros a mais); e seus custos são poucos conhecidos e nunca submetidos a debate público, quando não são simplesmente apresentados como ganhos pelo fato de “reduzirem” o custo do crime (WACQUANT, 2003, p. 87).

Assim, nota-se a ineficácia das produções legislativas no que concerne à transformação da realidade social. Desta forma, o Estado ao invés de assumir uma postura voltada a fomentar instrumentos de ressocialização acaba-se pautando em processo que estimula práticas anacrônicas que apenas pune o indivíduo sem visar à satisfação da vítima e a ressocialização do agressor. Veja-se, o sistema penitenciário falha em seu direito de punir, encontrando dificuldades em estabelecer instrumentos favoráveis a ressocialização, intensificando a criminalidade. A fim de evidenciar esta situação, dados de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014) divulgados pelo Ministério da Justiça, em 2006, demonstraram que atualmente o Brasil ultrapassa 622.202 presos. Este número refere-se aos dados extraídos da evolução populacional prisional no Brasil de dezembro de 2014. Desde o ano de 2002, houve um aumento da população carcerária de 167%, ou seja, o Brasil ganhou 389.477 presos, fazendo com que todas as unidades da Federação possuam mais detentos do que o permitido.

Em relação ao perfil socioeconômico dos detentos, extrai-se do relatório que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% possuem grau de ensino até o fundamental completo. A taxa de aprisionamento no Brasil não para de crescer. Para cada 100 mil habitantes há mais de 300 detentos em contramão a média mundial que é de 144 presos

por 100 mil pessoas. Atualmente o Brasil tem o quarto maior número de detentos do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Entretanto, apesar destes países estarem à frente, com maiores números de presos, o Brasil, em algumas décadas, poderá se tornar o país com maior quantidade de pessoas atrás das grades. No entanto, esta taxa alarmante de aumento da população carcerária não diminuiu a insegurança da população e a desconfiança da efetividade do sistema penal.

Neste contexto, após um longo período de tutela penal de bens, a sociedade atual marca-se pelo surgimento de novos paradigmas. As atuais sociedades passam por profundas mudanças, conduzindo a espaços dinâmicos de construção e aplicação da justiça. Percebe-se, em verdade, uma substituição paradigmática, numa ordem de ruptura com o paradigma anterior. Surge assim, o pluralismo jurídico alinhado ao direito alternativo contrariando a ideia monista e reconhecendo uma existência ampla do direito, considerando válida diversas fontes jurídicas, construídas a partir de um distanciamento com o Estado. E é neste conceito que podemos inserir o consenso penal, com afastamento de regras entanques, de natureza estatal e formal, visando à participação da vítima, mas com uma intermediação de um representante do Estado como forma de garantir as relações dos sujeitos com interesses contrapostos, objetivando a democratização de tais espaços com o desenvolvimento de formas de justiça participativa e com os ideais preconizados pela ética aristotélica.

Atualmente é corrente comum que o Estado não é o centro único, detentor do poder e também não é fonte exclusiva para produção do direito e é por aí que converge o pluralismo jurídico e é o que se procura pluralismo como um modelo válido na busca alternativa para solução de diante das dificuldades que o cidadão comum depara para ter acesso à justiça formal. O termo “pluralismo” tem sido utilizado interdisciplinarmente e fundamentando as mais distintas doutrinas. No âmbito jurídico é compreendido por “tendências com origens diferenciadas e caracterizações singulares, envolvendo o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si” (WOLKMER, 2001, p.XV). Dito isto, verifica-se que no pluralismo jurídico o Estado deixa de ser centro único de produção do Direito, passando a ser o Direito produzido por outras fontes.

Para começar há de se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidos por conflitos ou consenso, podendo ser ou não oficial e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais (WOLKMER, 2001, p.219).

Trata-se, portanto, de um fenômeno de duas ou mais ordens normativas que coexistem no mesmo campo social. Por isto, o pluralismo aglomera estudos na Ciência Política, na Filosofia, na Sociologia, na Antropologia e no Direito, ou seja, uma pluralidade de ciências que se inter-relacionam. A compreensão do pluralismo jurídico se distancia da figura central do Estado como uma manifestação independente da imagem estatal, com caráter autêntico e legítimo. Nesse contexto, é central para a conceituação do pluralismo jurídico a existência de diversas formas de organização social de conteúdo jurídico agindo numa mesma sociedade ou num mesmo grupo. Porém, essa dicotomia entre Estado-sociedade no pluralismo jurídico não pode ser em excesso. Justamente por isto, os limites da sociedade e do Estado fazem parte do estudo do pluralismo, principalmente quando trata dos processos de convivência. Certo é que não se tem um consenso final do que seja o pluralismo jurídico diante das diversidades e indefinições presentes. Numa análise contemporânea pelo pluralismo é importante observar que as relações entre Direito e outras ordens normativas requerem mais atenção à história, as culturas dos indivíduos e aos contextos locais.

O pluralismo jurídico tem por função descrever como o Direito se manifesta e reestrutura outras ordens por meios de seus símbolos e da sua coercitividade direta. As atividades regulatórias e administrativas são formuladas pela consciência das pessoas sobre o poder e a autoridade do Estado em suas vidas (GREENHOUSE; STRIJBOSCH, 1993, p. 3). E neste caminho, o Direito é ao mesmo tempo constituído pelas ordens não estatais. Mas está “claro que muito do debate que cerca o legal pluralismo não é uma discussão sobre palavras, mas é frequentemente um debate sobre a situação do Estado de hoje, que pergunta onde o poder atualmente reside” (MOORE, 2005, p. 357).

Dentro da historicidade do pluralismo no Brasil, desponta o Rio Grande do Sul, na década de 1980, onde grupos de magistrados buscavam forma de democratizar o poder judiciário brasileiro, surgindo aí o chamado Direito Alternativo, que é um condicionante do pluralismo jurídico. Destacou-se também por meio do chamado Direito Alternativo, que surgiu na Itália, no final da década de 60, do século passado. No Brasil, o movimento iniciou-se no final da década de 80 entre juizes do Rio Grande do Sul, cujo objetivo primeiro era resolver as questões relacionadas aos conflitos sociais, mormente os relacionados às ocupações de terra. Seus idealizadores tinham como característica a resistência à visão conservadora do estado enquanto afastada da realidade social, denominando ser um positivismo cego, encurralado na ciência tecnicista do Direito. Entendiam que em nome da justiça a decisão do julgador deveria ser amparada em uma escolha filosófica, política e ética em cada decisão anunciada, repelindo a neutralidade do juiz.

A corrente do Direito Alternativo, principalmente no Rio Grande do Sul, sofreu severas críticas dentro da própria magistratura, inclusive com alarde na imprensa. A título de exemplo, o Jornal da Tarde, de São Paulo, em outubro de 1990, trouxe um artigo cujo título estampava: "Juízes gaúchos colocam direito acima da lei". Tal notícia teve efeito contrário ao esperado, que seria a desmoralização dos magistrados gaúchos, e o direito Alternativo ganhou força e impulsionou o movimento. Numa visão mais simplista, sintetizando o que seria Pluralismo no Judiciário, seria nada mais que uma forma alternativa de buscar soluções práticas e adequadas a uma realidade sentida, não apenas nas determinantes no ordenamento jurídico estatal positivado. Wolkmer, ao discorrer sobre o tema assim o faz:

Trata-se de extrair a constituição da normatividade não apenas mais das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia dos interesses do todo comunitário, num *locus* político, independente dos rituais formais de institucionalização (WOLKMER, 1994, p. 129).

O trabalho de Boaventura de Sousa Santos junto às favelas brasileiras, após estudos de cunho também sociológico e filosófico, traça um perfil do pluralismo jurídico brasileiro. Considera-o ainda não oficializado pelo Estado denominando-o Direito de Pasárgada, em alusão a obra do poeta Manuel Bandeira. Direito ao não direito das comunidades das favelas, que ficam à mercê das benesses do Estado centralizador que se impõe de forma castradora e de coação. E a própria população acuada que grita por socorro ao Estado, que lhe dá direito de invadir sua casa e seu mundo. Aristóteles, ao discutir a razão e a finalidade do Estado, resume que é a Polis e metaforicamente, seria uma indagação sobre a Razão da figura Estado. Em geral, chama-se interesse público tudo o que é regulado pelas leis para a conservação dos Estados. “O mais importante meio para a conservação dos Estados, mas também o mais negligenciado é fazer combinarem a educação dos cidadãos e a Constituição” (ARISTÓTELES, 1991, p. 217-218). Sendo assim, se a justiça se liga à *hexis* e ao hábito, então a Constituição e a educação podem contribuir para a formação de cidadãos virtuosos, no sentido aristotélico do termo.

Aristóteles observou o comportamento dos indivíduos e dos grupos desenvolvendo um modelo no qual o melhor modelo educacional conduziria o homem à felicidade. Este princípio tem como base a ação pedagógica, cujo *telos* é a felicidade. Para o filósofo outro fator importante é que o cidadão depende muito da constituição do Estado. O objetivo da

Ética e da Política é fazer o cidadão e o Estado feliz. Tanto que o “fim da sociedade civil é viver bem” (ARISTÓTELES, 1998, p. 56). O *telos* da sociedade é ser feliz e pode ser vislumbrado nas sociedades onde os indivíduos são educados para uma virtude comum, posto que “embora as funções dos cidadãos sejam dessemelhantes, todos trabalham para a conservação de sua comunidade, ou seja, para a salvação do Estado” (Idem, p. 56).

As leis da polis vêm ao encontro da necessidade de conservar o Estado, harmonizando os interesses de cada indivíduo. Desta forma, o interesse individual se subordina ao interesse em comum. Mas, não basta apenas cumprir as leis, é preciso que os indivíduos sejam preparados para serem virtuosos. “As leis em si mesmas não produzem as virtudes, por isso, são incapazes de tornar os cidadãos bons e honestos” (Ibidem, p. 54). Assim, o meio necessário para se tornar um cidadão virtuoso é a educação. A educação, para Aristóteles, tem como finalidade fazer com que o homem possa se tornar um ser racional, social e um ser que pertença ao Estado. A função da educação é formar o indivíduo para que ele possa viver em comunidade. Somente pela educação é possível preparar o indivíduo para ser feliz. O melhor tempo para um indivíduo receber as melhores impressões é o começo da vida de uma criança, pois “são as primeiras impressões que mais nos afetam” (Cf. Ibidem, p. 77). A educação da criança deve ser um dos primeiros cuidados do legislador e sua negligência causará prejuízos no corpo social. A teleologia da educação revela a sua importância e também o não poder negligenciá-la. Para Aristóteles a importância da educação deve contemplar o que é bom para um determinado Estado. Assim, não há uma ação educativa que deve valer para todos os Estados e sim para determinado Estado.

Em toda parte a educação deve tomar como modelo a forma do governo. Cada Estado tem costumes que lhe são próprios, de que depende sua conservação e até sua instituição. São os costumes democráticos que fazem a democracia e os costumes oligárquicos que fazem a oligarquia. Quanto mais os costumes são bons, mais o governo também o é (ARISTÓTELES, 1998, p. 24).

O indivíduo age e constrói seu caráter, tendo em vista a polis. Mas, a educação não pode se distanciar do *ethos* que está em harmonia com determinado Estado. Cada forma de governo gera um *ethos* e deve proporcionar para a vida social a virtude necessária para sua conservação. Portanto, a educação ensina o homem para uma disposição para agir segundo o melhor fim (*eudaimonia*). O processo educativo visa o exercício das virtudes e a vida feliz. Considerando o exposto, para Aristóteles o *ethos* social se manifesta pela vida social, no qual

é harmonizada pela educação e organizada por meio das leis. Porém para este *ethos* levar à felicidade é necessário ser um *ethos* virtuoso.

Nesse contexto, o *ethos* (nomos) corresponde o bem final, para o qual todas as ações individuais devem tender - a eudaimonia. Para o alcance desse bem a ética apresenta os meios necessários, ou seja, as virtudes. A práxis (ação) humana será mais humana, quando for resultado da unidade entre ética e política. O processo da educação aprimora a natureza do homem, conduzindo o ser racional ao hábito, num ciclo que envolve a natureza o hábito e a instrução. Para Aristóteles cabe à educação formar, por meio de bons hábitos (prática reiterada), o bom cidadão.

Concluimos que as virtudes não nascem em nós nem por natureza, nem contrariamente à natureza, mas que nascemos com a capacidade de receber essas virtudes e aperfeiçoá-las em nós, esforçando-nos para isso, por meio do hábito. De resto, todas as particularidades que nos são fornecidas pela natureza, nós as conservamos primeiramente como potencialidades, e as transformamos mais tarde em atos... As virtudes, entretanto, nós as possuímos após tê-las exercido, como é o caso das outras artes e ofícios. Com efeito, o que precisamos aprender fazer, nós aprendemos fazendo: por exemplo, tornamo-nos construtores, construindo, e citaristas, tocando cítara. Do mesmo modo, nós nos tornamos justos, realizando atos justos, tornamo-nos sábios, realizando atos sábios, e corajosos, realizando atos corajosos (HOURDAKIS, 2001, p. 101)

Outro fator essencial é a experiência como forma de conhecimento, tendo em vista que a vida virtuosa não se faz de uma hora para outra. Como é notório toda formação exige tempo e cuidado. No livro II da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles afirma que a gênese e o desenvolvimento da virtude dianoética devem-se ao ensinamento e exigem experiência e tempo. A experiência, por meio do acúmulo vivenciado e praticado pelo homem, o torna virtuoso. As potencialidades naturais são desenvolvidas na ação, já que, sem ação, sobretudo a educativa, não haverá uma virtude que seja a conjugação do prescrito (o que está na natureza como potência) com o feito (o que está na natureza como potência atualizada), ou seja, não haverá uma potência atualizada em virtude. A virtude não pode ser apenas uma disposição cognitiva, mas também prática, pois “aprendemos o que é justiça sendo justos”.

Dessa forma, precisamos aprender a realizar o que se aprendeu. A experiência que, traz em si a conotação de tempo, o tempo vivido, o tempo apreendido, não é uma voz sem ressonância na ação. Esse tempo permite o homem aprender a razão da ação, o seu fim; o possibilita encontrar, de forma mais segura, os melhores meios para se alcançar o fim mais elevado. A experiência é para Aristóteles uma forma de conhecimento. Portanto, o processo

educativo mostra-se de suma importância, posto que a educação ao formar cidadãos virtuosos, dotados de sabedoria prática, poderiam ser importantes agentes também para uma atuação ponderada, visando à justiça, em áreas sócio-jurídicas como consenso penal. O homem sábio e de experiência, de *phronesis* caminha sua vida à *eudaimonia*, realizando o *télos*, a felicidade social pelos melhores meios.

Após esta pequena contribuição ao trabalho e retomando ao pluralismo jurídico, Santos (1988. p. 14), ao afirmar que “a associação de moradores transformou-se, assim, gradualmente num fórum jurídico, à volta do qual se foi desenvolvendo uma prática e um discurso jurídicos – o direito de Pasárgada”. Completa ainda que:

O Direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados) (SANTOS, 1988, 14).

Santos procura demonstrar a existência de uma grande pluralidade de sistemas jurídicos marginais no Brasil. Com o emudecer estatal, os moradores das favelas, como se verifica no exemplo citado por Santos, acabam através da participação da comunidade, por criar normas próprias. Normas estas a serem aplicadas pelo grupo social, como forma de demonstrar sua autonomia e inclusão social por vezes negada. Trata-se, assim, de uma alternativa ao normativismo oficial e à inércia do Estado de inserir tal realidade social no “direito do asfalto”. Afirma Cairo Júnior (2001) ao contrariar a ideia de que o Estado é o único ditador de normas e regulações, assim se expressa:

Efetivamente, é difícil sustentar uma posição simplista segundo a qual o Estado é o único ditador de normas de conduta. A sociedade e seus grupos também são fonte criadora de normas, principalmente quando o Estado se mostra insuficiente ou ausente para cumprir com as obrigações decorrentes do pacto social.

Assim, o pluralismo jurídico tem como corrente dominante baseada na pluralidade e no respeito às diferenças. O Estado não é o único criador de normas jurídicas, deve estar atento aos anseios da sociedade, a sua realidade social, oportunizando a camada social hipossuficiente, espaços sociais consagrados constitucionalmente como direito à saúde, à moradia, à própria dignidade humana, que é direito de todos dentro dos princípios básicos fundamentais.

Atualmente, o direito deve estar “pari passu” com os anseios sociais, principalmente com o avanço tecnológico e das mídias sociais, que com seus holofotes são caçadores, mas que contribuem no sentido de mostrar a realidade social do país onde os mais humildes são massacrados e desrespeitados em seus mínimos direitos sociais e jurídicos. Conclui que a fragilidade no sistema judiciário brasileiro, mormente nos dias de hoje com as mídias sociais com holofotes, como também em quase todo mundo, contribuem no sentido de se buscar alternativas ao direito mais célere e adequado ao meio. Quanto à conceituação do que seria pluralismo jurídico, segundo Santos (1988, p. 7-9) “[...] surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades”. E para Wolkmer (2001, p. 219), o pluralismo jurídico é visto como “[...] a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais e culturais”.

Norberto Bobbio conceitua pluralismo como:

[...] a concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado como o Estado. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 928).

Desta forma não se concebe discutir pluralismo sem falar em participação da sociedade, sendo esta fundamental, como discutido anteriormente. Tal fato está garantido na Carta Magna de 1988 que consagrou, entre seus princípios fundamentais, a "participação popular" na gestão pública como direito à dignidade da pessoa humana, trazendo em seu artigo primeiro que "todo poder emana do povo". Ele vem como marco de legitimação de uma justiça que participava contrária à concentração de poder e regulação que o Estado impõe. É o oposto da tendência de concentração e unificação do poder. O pluralismo se afirma quando tendências individualistas da sociedade e do estado tendem a sufocar as forças sociais que surgem no espaço intermediário entre Estado e sociedade. Citando Bobbio (1991. p.928):

[...] a luta que o Pluralismo trava tem sempre duas frentes: uma contra a concentração de todo o poder no Estado, outra contra o atomismo. É uma luta travada em nome da concepção de uma sociedade articulada em grupos de poder que se situem, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos, e como tais, constituam uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado, por um lado, e, por outro, uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista.

Assim, o pluralismo tende a servir como elemento amortecedor frente à ingerência de um Estado centralizador e para isso conta com alguns princípios considerados básicos para o fim a que se propõe, a saber: “autonomia”, “descentralização”, “participação”, “localismo”, “diversidade” e “tolerância”. Estes princípios sentidos por Wolkmer tem que ‘*autonomia*’ refere-se ao poder intrínseco que os movimentos coletivos ou associações profissionais, econômicas, religiosas, familiares e culturais possuem independentemente do poder governamental; ressaltando que esta autonomia não se dá somente nessa relação, mas também na própria relação interna destes grupos ou associações. A ‘*descentralização*’, enquanto valor pluralístico significa o processo em que o exercício do poder político-administrativo se desloca de instituições formais unitárias para esferas locais e fragmentadas. Seu mérito está no poder local e de ampliar a participação da sociedade;

O ‘*localismo*’, o poder local é o nível mais descentralizado do poder estatal, organizado e articulado por relações que mais diretamente são atravessadas pela sociedade e pelos interesses advindos das forças sociais. Nesse contexto, a característica participativa vista no pluralismo evidencia-se na constante participação entre as diversas manifestações sociais complexas e autônomas e também nas pequenas associações e organizações setoriais. A característica participativa define-se pela necessidade da transformação de instituições estatais complexas e burocráticas em organizações político-administrativas mais fragmentadas e localistas. Esta centralização ou localismo nada mais é do que a defesa do poder local como nível mais descentralizado do poder estatal, constituindo assim uma das instituições-chave da democracia pluralista.

A diversidade está ligada ao pluralismo na medida em que este não pode ser imaginado sem ser associado à diferença, à peculiaridade, a consequências históricas divergentes formadoras de realidades diferentes. Devido a essa diversidade de realidades, marcada por inúmeros conflitos de interesses o pluralismo também possui como característica valorativa a tolerância, fator primordial com função de apaziguar conflitos.

A tolerância é importantíssima e se caracteriza como virtuosa no momento em que garante o direito de todo indivíduo, classe ou associação de manifestar suas diferenças ideológicas e de interesses e ter seu pensamento respeitado sem ser de qualquer forma coagido. (WOLKMER, 2001, p. 160-161).

Em análise ao descompasso entre direito e realidade, Dias (2013, p. 26) afirma:

Pretende o direito, em tese, abarcar todas as situações fáticas em seu âmbito de regulamentação. Daí a instituição de modelos preestabelecidos de relações jurídicas relevantes a sustentar o mito da completude do ordenamento. Entretanto, a realidade social é dinâmica e multifacetada. Ainda que tente a lei prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. A moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos. A realidade sempre antecede ao Direito, os atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado. A existência de lacunas no direito é decorrência lógica do sistema e surge no momento da aplicação do direito a um caso *sub judice* não previsto pela ordem jurídica.

Desta forma não pode o Estado enquanto detentor do poder institucional não entender a necessidade de estar em harmonia com os anseios da sociedade. Que esta é dinâmica, além a riqueza que ocorrem em seu seio. Wolkmer (2002, p.100) - amparado no pensamento de Lyra Filho “[...] o Direito não mais refletirá com exclusividade a superestrutura normativa do moderno sistema de dominação estatal, mas solidificará processo normativo de base estrutural, produzido pelas cisões classistas e pela resistência dos grupos menos favorecidos”.

Daí a necessidade de se entender a esta realidade e exercitar processos que se adequem às necessidades da sociedade. Para Wolkmer (2001, p. 203):

O primeiro momento será reconhecer a desigualdade dos desiguais, e a partir daí possibilitar o reconhecimento pleno já não do desigual senão do distinto portador da justiça enquanto outro. Ora, o espaço do pluralismo jurídico é onde nasce a juridicidade alternativa. O Estado não é o lugar único do poder político, tampouco a fonte exclusiva da produção do Direito. O pluralismo jurídico expressa um choque de normatividades, cabendo aos pobres, como novos sujeitos históricos, lutar para “fazer prevalecer seu Direito.

Há de se lembrar que Positivismo Jurídico, teve seu ponto alto a partir da publicação da obra de Hans Kelsen, em 1934, a “Teoria Pura do Direito”, em 1934. A teoria tem como objeto a própria norma e busca revelar os caminhos de uma “autêntica ciência do Direito”, separada da política e de qualquer valoração ideológica que sustentasse ideias de justiça. A teoria pura reputa válida, qualquer ordem jurídica positiva e, em decorrência dessa concepção, afirma-se como positivismo, conforme Coelho (2001, 237). E, conforme Hans Kelsen, em sua obra “Teoria pura do direito”:

[...] no fato de, segundo uma teoria jurídica positivista, a validade do Direito positivo se apoiar numa norma fundamental que não é uma norma posta mas uma norma pressuposta e que, portanto, não é uma norma pertencente ao

Direito positivo cuja validade objetiva é por ela fundamentada, e também no fato de, segundo uma teoria jusnaturalista, a validade do Direito positivo se apoiar numa norma que não é uma norma pertencente ao Direito positivo relativamente ao qual ela funciona como critério ou medida de valor, podemos ver um certo limite imposto ao princípio do positivismo jurídico. Pelo mesmo motivo, podemos considerar a distinção entre uma teoria jurídica positivista e uma teoria jusnaturalista como uma distinção simplesmente relativa, não absoluta. A diferença entre estas duas teorias, porém, é suficientemente grande para excluir a concepção que ignora tal diferença e segundo a qual a teoria positivista da norma fundamental apresentada pela Teoria Pura do Direito seria uma teoria jusnaturalista (KELSEN, 1998).

Para o positivismo, diante de cada fato social, a solução jurídica está na aplicação da norma já previamente destinada, não à interpretação, ou contradição. É algo posto como verdade única e não existe outra fonte senão a emanada do poder jurídico estatal. Nela, “o interprete tem a responsabilidade de identificar tal significado seja na compreensão do que está escrito, ou indagando-se a respeito de qual seria a vontade do legislador” (WARAT, 1994, p. 68). Avançando temos em de Rudolf Ihering, que norteou seu trabalho a partir de duas fases, a primeira vinculada a uma concepção positivista científica e a segunda fase, conhecida como Jurisprudência de Interesses, na qual havia uma reflexão sociológica no Direito na qual o autor saía da seara positivista e buscava o agente social, sobre o qual se estabelecia a norma.

Oportuno registrar o artigo de José Eduardo Faria, professor titular da Faculdade de Direito da USP e da FGV LAW. Os fundamentos das decisões do STF”, publicado no Estado de São Paulo, A2, em 15 de abril de 2017, remete a uma reflexão importante quanto ao papel do Supremo Tribunal Federal (STF) como guardião da Constituição Federal, afirmando que “a instituição tem-se comportado como um poder constituinte permanente ao se valer de interpretações extensivas para criar regras específicas não previstas pela ordem jurídica”. Após análise do protagonismo da Corte decorrente de vários motivos, afirma que o STF peca pela falta de foco. Afirma ainda:

O problema não está na criação judicial do Direito por ministros ativistas, mas na forma de agir, julgar e decidir da Corte em seu papel de Tribunal constitucional. Em vez de construir uma decisão acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fundamentado-a com rigor lógico e consistência doutrinária, cada ministro se acostumou a enunciar seu voto independentemente do voto de seu colega. A leitura de votos prepara dos antes dos debates em plenário, sempre extensos e com linguagem de difícil compreensão, alto grau e abstração e desnecessária demonstração de erudição, no âmbito de um órgão que deveria ser colegiado por natureza, faz com que o STF seja integrado por 11 ilhas (FARIA, 2017).

Ao tratar da tradição normativa da Corte, o autor conclui:

[...] cuja corrente entende que as normas devem ser objetivas precisas e interpretadas à maneira do tudo ou nada, a velha-guarda de constitucionalistas não se sentiu atraída por esse problema. Já a nova-guarda descobriu, consciente de que os princípios, por causa da indeterminação de sua linguagem, possuem uma perspectiva que as regras não tem uma medida de importância e ou peso. Quando os princípios eventualmente se chocam, o intérprete tem de levar em conta a força relativa de cada um. E isso exige balanceamento de valores, bem como um diálogo com foco e convergência entre os ministros (FARIA, 2017).

Discute ainda a disputa acirrada, que é travada no cotidiano da Corte de um lado, onde procuradores, magistrados defendem a supremacia judicial e parlamentares e políticos de outro, defendendo a supremacia do Legislativo, geralmente gerando impasses institucionais. Se na mais alta corte do País o conflito é latente, imaginemos nas de primeiro grau, onde a aplicação do Direito é diversificada em decorrência das divergências sociais. Essas divergências geram conflitos jurídicos, por vezes levando os juízes de primeiro grau a praticarem o ativismo ou criarem mecanismo para solução de conflitos a exemplo do Rio Grande do Sul, no caso do Direito Alternativo na solução dos conflitos de terra. Desta forma diante de problemas comuns existentes na sociedade, deve-se buscar a solução a partir da convivência entre as normas jurídicas envolvidas. É aí que se encontra o pluralismo jurídico, cuja visão sociológica e antropológica do Direito, “parte da premissa de que não se deve assumir uma concepção apriorística, ou desde um único centro de produção do Direito, na medida em que a perspectiva pluralista implica a coexistência de concepções jurídicas diferentes”.

Para Wolkmer, alguns critérios para a consideração de ordens normativas, comunitárias e alternativas, devem ser considerados, como “fundamentos de efetividade material”, baseados na satisfação de necessidade materiais; e “fundamentos de efetividade formal”, alicerçados na reorganização de espaços públicos, mediante a efetivação de uma democracia participativa e de uma ética da alteridade. (WOLKMER, 2001 p. 207). Decisões, por sua vez, que reconhecem o pluralismo jurídico poderão trazer uma maior integração dos que estão na condição de marginalizados na sociedade. Dessa forma, os apelos sociais serão ouvidos e a aplicação do direito distanciar-se-á do puro dogmatismo, solapando a falta de legitimidade das decisões e a procura de soluções alternativas, considerando a crise de credibilidade e eficácia do poder Judiciário Brasileiro. A existência do pluralismo jurídico é

uma aposta considerada necessária, uma vez que o direito efetivamente nasce da sociedade, portanto, ela deve ser ouvida.

A título de considerações, verifica-se que na Constituição de 1988, houve um resgate do pluralismo, rompendo com a tradição individualista das anteriores. Foi elaborada com apelo participativo e voltada a construir uma sociedade pluralista como citado em seu preâmbulo, conforme se verifica em seu artigo 29, ao cuidar dos municípios inseriu no inciso X “[...] a cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. Na CF de 1934, o eleitor aparecia isolado e na de 1946, na condição de militante em partido político, mas sem possibilidade de atuar a nível sociopolítico, através dos grupos sociais não partidários. A valorização do cidadão e dos grupos sociais na nova Carta vem para atuar como agentes intermediários entre Estado e indivíduos. Exemplo disso são algumas atividades estatais que passaram a ser compartilhada com os grupos sociais, como a educação considerada como direito de todos e dever do Estado e da família, que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.

A importância da participação do cidadão na vida do Estado é uma constante na lista dos defensores da participação social do individuo dentro de uma sociedade. Hegel (1968) escreveu “a sociedade civil não se dissolve como poeira atômica de indivíduos, mas ordena-se “em associações, comunidades e corporações”(HEGEL,1968, p.258 - 259). Não restam dúvidas que com a Carta magna de 1988, houve avanços quanto ao Pluralismo Jurídico, de modo ainda discreto, pois deixou e deixa de ouvir os grupos sociais, nas questões legislativas em geral e na formulação das políticas em todos os setores. Para se alcançar um verdadeiro pluralismo jurídico para compor uma ordem do Direito, mais legítima, fundamental estar de acordo com as representações jurídicas do povo, como um todo, necessário. Portanto, necessário, que se estimule cada vez mais a democracia participativa.

O consenso penal na esfera criminal necessita atuar como uma resposta alternativa e autônoma ao delito. O que se procura não é o esvaziamento das penas penais, nem a extirpação da regulamentação estatal, mas sim uma minimização destas, possibilitando a existência de outras fontes do Direito além dos limites do Estado. O pluralismo jurídico age como um alicerce precioso para solidificação da existência de outras fontes do Direito, como o consenso penal, com a percepção de um espaço aberto e compartilhado de forma democrática, principalmente com a participação diretas dos envolvidos. Nas palavras de Wolkmer (2001, p. 78):

[...] a propensão segura de se visualizar o Direito como fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas “justas” exigências fundamentais de sujeitos sociais e, finalmente, de encarar a instituição da Sociedade como estrutura descentralizada, pluralista e participativa.

Tais considerações permitem analisar a possibilidade de um afastamento da presença única e exclusiva do Estado, como legislador e aplicador de normas de natureza penal e sua flexibilização para a criação de um espaço público e democrático, com decisões construídas a partir de um conjunto de diálogo direto existente entre os envolvidos do fenômeno social do delito e apresentadas em cada caso. Neste sentido pode-se perceber o distanciamento da hegemonia estatal para um modelo de democracia participativa. Wolkmer (2001) afirma que a proposta do pluralismo tem que se adequar ao que é exigido para a efetivação de um processo político descentralizado e participativo, coexistindo juntamente com o Estado transformado e ordenado pela sociedade democrática.

Importante destacar que não foram apenas questões internas em relação à justiça e ao processo penal que impulsionaram o recurso do consenso. Foi motivado ao lado dos instrumentos consensuais e de negociação na persecução penal, o resgate ao conjunto de meios alternativos de resolução dos conflitos em consonância com a ideia de celeridade, economia processual, simplicidade e principalmente a participação da vítima e do agressor na resolução dos conflitos que os envolvem. Estas iniciativas só foram possíveis, ao se levar, pelo menos em parte, a insuficiência do modelo estatal de enfrentamento das controversas e a busca por alternativas que atendessem os anseios do tão clamado pluralismo da sociedade. O pluralismo jurídico manifesta numa colisão de normatividades, cabendo às comunidades o exercício da produção do Direito, distanciando a exclusividade estatal nesse processo criativo e construindo novos tipos de relações (WOLKMER, 2001, p. 203).

Assim, após essa análise realizada a partir do positivismo jurídico, passando para a realidade do sistema penitenciário brasileiro e lançando a ideia do pluralismo jurídico, tem-se que se o sistema penitenciário pode ser considerado um lugar comum para o cumprimento de pena. Pode-se, como variante, utilizar a justiça consensual penal um mecanismo de pacificação das relações sociais interpessoais e gerais, dos crimes de menor lesividade, onde não há vencedores nem vencidos, afastando a discricionariedade do magistrado, incluindo a vítima como participante ativa no processo, não submetendo as conseqüências drásticas do sistema conflitivo.

É possível encontrar em tais dizeres o fundamento da mediação penal, como projeção de uma justiça construída de forma democrática pela comunidade, com o afastamento da antiga fórmula silogística estatal. A apresentação do consenso penal traz no presente momento histórico, pensamentos para o fortalecimento de um novo modelo sistêmico-penal. A constituição de identidades comunitárias alinhadas à afirmação de um Direito autônomo e anterior, “rompendo com a lógica alienante da juridicidade abstrata da modernidade”, e fazendo nascer, do espaço do pluralismo jurídico, uma juridicidade alternativa, afirmando Wolkmer (2001, p. 203).

3.2 Constitucionalização do sistema penal

Em breve síntese sobre a história da humanidade tem-se que o indivíduo procurou instrumentos de pacificação dos conflitos existentes na sociedade até o momento em que estes instrumentos começaram a serem gerenciados pela guarida do Estado. Nos dias atuais, a resolução de conflito, na maioria das vezes, é efetivada por meio de um processo, cujo interventor é o Estado. O deslindar dessas resoluções, geralmente, são caracterizadas por um processo longo, desgastante, insatisfatório e quase sempre invasivo para uma ou ambas as partes.

O certo é que todos os conflitos acabam por se resolverem – seja mediante a violência, o abandono da relação social ou a submissão autoritária – de maneira que, os fatos, a sociedade já apresenta uma gama de alternativas: o que interessa não é introduzir formas alternativas, mas promover sistemas alternativos adequados aos ideais da moralidade política e social (ÁLVAREZ, 2003, p. 27).

Neste contexto, a compreensão de um Direito Penal arraigado apenas como um sistema independente e autossuficiente se mostra inconcebível no atual Estado Democrático de Direito. Esta forma tradicional de solução de conflito utilizado pelo Estado onde exacerbadamente aplica o Direito Penal, acaba muitas vezes, atentando contra os princípios esculpados e alicerçados na Constituição Federal de 1988. Surge, então, a noção de Constituição Penal, como “conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição [...]” (FELDENS, 2005, p.23). Diante disso a Constituição passa a limitar este subsistema, na qual restará por definido o limite da intervenção penal pelo Estado, bem como os parâmetros legitimadores de sua aplicação. Diante disso, o caráter penal fica limitado à condição de que somente o Estado

poderá intervir em casos em que violados os bens jurídicos assegurados pela própria Constituição.

O termo constitucionalização é de uso relativamente novo e tem origem na recente admissão de uma maior consagração dos interesses constitucionalmente instituídos em todos os ramos de ordenamento jurídico, levando a denominação de constitucionalização do Direito. Busca-se a revalorização do princípio da supremacia da Constituição, ocasionando que o ordenamento jurídico deve ser visto às luzes do constitucionalismo. Ao observar a constitucionalização do direito penal, evidencia-se que determinado valor tem sido destaque nas discussões acadêmicas e jurisprudenciais. Ademais, este fato relaciona-se ao crescente movimento das relações intersubjetivas que tem origem no fato social, mas que buscam apenas em última instância as fontes materiais do direito. Assim, há uma flexibilização da transição de um Estado de Legalidade Estrita para um Estado Constitucional de Bem-Estar Social. Esta mudança somente deu-se com a difusão do movimento Neopositivista, marcando a constitucionalização de direitos penais um novo período, assentando-se na valorização do homem, retornando a moral racionalista, assegurando direito e garantias num nível jurídico elevado.

No Brasil, temos uma história de democracia recente. Apenas nos anos 80 e 90 que o fenômeno da constitucionalização encontrou seu espaço de democracia e liberdade na atmosfera brasileira. Esta estrutura acompanhou os passos da promulgação da Constituição Federal em 1988. A Carta Cidadã consagrou um extenso rol de direitos de “primeira, segunda, terceira e quarta geração”, listando rol das liberdades públicas e dos direitos sociais. Ademais, consagraram direitos e garantias fundamentais. Assim, a constitucionalização do direito nasceu do pressuposto que o ato de constitucionalizar depende de uma construção com bases sociais. Para Canotilho (2002, p. 93):

O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático (grifos do autor).

Desta forma, o Direito penal passou a ser analisado conforme os influxos teóricos e interpretativos da Constituição Federal de 1988. Abriu-se espaço para novos caminhos, novas formas de pensar, nascendo à necessidade de repensar as formas para melhor solucionar as contendas. Percebe-se que esta junção entre o Direito Penal e o Direito Constitucional deu-se devido à busca pelo equilíbrio na atuação estatal, posto que de um lado apresenta-se o direito

de punir repressivo pelo Estado e de outro lado encontra-se os princípios constitucionais basilares do homem.

Sendo a Constituição a norma fundamental de cada comunidade e impondo, assim, os seus princípios, a todo o ordenamento jurídico, reflectindo ela as concepções dominantes de uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual, parece-nos estar apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos factos a criminalizar. Pelo menos, parece-nos fazer sentido perguntar pela existência desta função orientadora por parte da Constituição quanto à tarefa criminalizadora/descriminalizadora, ou seja, quanto à definição dos bens jurídico-penais (CUNHA, 1995, p. 19).

O legislador passou a observar a Constituição a partir de dois aspectos: na limitação do *iuspuniendi* e como critério determinante de protecção jurídico-penal, ou seja, dos interesses de notória relevância constitucional.

[...] importa ressaltar que as conexões entre a Constituição e o Direito Penal não se reduzem ao estabelecimento, por aquela, de limitações ao direito de punir. Para além de estabelecer-se como limite material ao jus puniendi, a Constituição figura como fonte valorativa e mesmo como fundamento normativo do Direito Penal incriminador; é dizer, funciona não apenas para proibir, senão também para legitimar, e eventualmente impor, em situações determinadas ou determináveis, a protecção jurídico-penal de bens jurídicos, notadamente quando conectados à categoria dos bens ou interesses investidos de nota da fundamentalidade (FELDENS, 2007, p. 854).

Complementa ainda:

[...] poderemos assentar que a Constituição e o Direito Penal compartilham, entre si, uma relação axiológico-normativa por meio da qual a Constituição funciona como: (a) limite material do Direito Penal (erigindo barreiras ao processo criminalizador); (b) fonte valorativa do Direito Penal (funcionando como paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de protecção jurídico-penal), e (c) fundamento normativo do Direito Penal (apontando zonas de obrigatoria intervenção do legislador penal) (FELDENS, 2008, p.34).

Nesse sentido, os fundamentos e bens jurídicos a serem tutelados por normas penais incriminadoras devem ser amparados nos direitos fundamentais consagrados pela Carta Cidadã. O legislador ficaria condicionado ao texto constitucional, na medida em que ao criar as normas jurídicas penais extrairiam os valores mais importantes a serem incorporados. Deste modo, evidencia que os efeitos do vínculo existente entre a Constituição e o Direito penal são amplos, diretos e imediatos, vislumbrando o impacto impositivo da Constituição em

relação à validade e a interpretação das normas penais, bem como sobre a legislação das mesmas. Assim, o vínculo não se limita ao estabelecimento de limites materiais ao sistema punitivo, posto que a Constituição se figura como fonte valorativa e fundamento normativo da atividade incriminatória, proibindo, legitimando e até impondo a proteção jurídico-penal de bens jurídicos. Analisados os laços que ligam o Direito Constitucional ao ordenamento jurídico penal, verifica-se a estruturação ordenada dos princípios e regras constitucionais, abrindo o leque para novos meios de solução de conflitos, efetivando assim a garantia aos cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura, traduzindo num meio mais célere de resolução dos litígios, possibilitando, no direito humano, o acesso à justiça, esculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

3.3 Desmonopolização do *ius puniendi* do estado frente aos interesses da vítima e ao estado democrático de direito

Para a maioria dos juristas os interesses reais da vítima seria buscar a justiça. Mas, como visto em tópicos anteriores o conceito da justiça é amplo e abstrato devido a sua plurivocidade semântica.

Aristóteles, em sua obra “Ética a Nicômaco”, especificamente no Livro V, fornece a conceituação do que seria a justiça. Para o filósofo, a justiça, assim como as demais virtudes manifesta por ser uma disposição e não mera capacidade. Assim, o problema da justiça reside na natureza ética.

Em suas palavras a justiça é o meio-termo entre agir e sofrer uma injustiça.

[...] é evidente que a ação justa é intermediária entre o agir injustamente e o ser vítima de injustiça; pois um deles é ter demais e o outro é ter demasiado pouco. A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao próximo, mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas (EN, 1133 b 30 – 1134 a 6).

A justiça manifesta-se no ser justo e o ser justo ao praticar uma ação, tendo por escolha a proporção, sempre permanecendo na igualdade. O justo e o injusto estão relacionados ao agir justamente e em sofrer ou cometer uma injustiça.

Há, por conseguinte, três espécies de dano nas transações entre um homem e outro. [...] Ora, (1) quando o dano ocorre contrariando o que era razoavelmente de esperar, é um infortúnio. (2) Quando não é contrário a uma expectativa razoável, mas tampouco implica vício, é um engano [...]. (3) Quando age com conhecimento do que faz, mas sem deliberação prévia, é um ato de injustiça; [...]. Mas (4) quando um homem age por escolha, é ele um homem injusto e vicioso (EN, 1135 b 12 – 26).

Neste contexto, quando um indivíduo atinge outro indivíduo por ignorância, seu ato pode render três tipos de danos: o infortúnio, o engano e o ato de injustiça. O dano por infortúnio ocorre quando um indivíduo age e o resultado da sua ação é diferente do esperado.

Como exemplo, temos quando numa discussão uma pessoa atira em outra para machucá-la, mas acaba matando-a por engano quando a ação que envolve não caracteriza como vício, mas que foi praticada segundo o esperado. Neste caso podemos citar o caso do indivíduo que rouba para alimentar sua família, mas não é ladrão. Já o ato de injustiça ocorre quando o indivíduo tem conhecimento daquilo que está praticando, mas não escolhe agir desta maneira, mas algo o impulsionou a isto. Por exemplo, o marido que pega sua esposa na escada de sua residência com outro e acaba matando-a com sua pistola, dominado pela cólera. Neste caso sua ação teve conhecimento necessário, mas não foi escolhida e deliberada, pois se não fosse tomado pela surpresa e pela ira, pelo ódio, pela emoção não agiria da mesma forma. Interessante esclarecer que para Aristóteles o homem que é tomado pela cólera não poderá ser condenado por sua ação, pois ele não reside no mal, porém foi impulsionado para isto. Mas, se o indivíduo conhece e escolhe sua ação voluntariamente, este é responsável por ela. Será assim considerado como um homem injusto dominado pelos excessos e pelos vícios.

Percebe-se que a voluntariedade é o centro da questão, o que caracteriza uma ação justa ou injusta é se o indivíduo que a praticou e sofreu a ação tinha a escolha. Por isto que Aristóteles (EN, 1137 a 30) afirma que “a justiça é algo essencialmente humano”. Portanto, a justiça é medida na condição da virtude na prática de uma ação.

A acepção maior da justiça se dá na esfera do social, posto que a virtude da justiça enquanto virtude completa é o reflexo dos conceitos de legalidade e sociabilidade. Há a intersecção entre a sociedade e a lei na medida da existência de necessidade da regulamentação da conduta humana, tendo em vista a comunidade em que se insere o ser racional em convívio social, objetivando a sobrevivência do espaço social. Assim, para Aristóteles a justiça é a virtude que realiza relações harmônicas entre o ser humano e a *polis*,

configurando numa virtude completa. Ela não tem por natureza ser absoluta, longe disto! Ela é uma manifestação de alteridade que está diante de nossos interesses.

Antes, ela é a excelência, a contemplação, porque compreende todas as virtudes. A justiça é perfeita já que é o justo termo e pode ser utilizada por quem a pratica, tanto em relação a si mesmo, como também em relação aos outros. A sua finalidade é a de diminuir diferenças das assimetrias das relações humanas. Para isso, o justo é o proporcional, que estabelece o meio-termo entre as diferenças ou desigualdades. A justa medida figura como intermediária entre o ganho e a perda nestas relações, evidenciando a reciprocidade nas relações de direitos e deveres.

Em consonância, para Molina e Gomes (1997, p 69) “os estudos científicos demonstram abundantemente – se realizam com uma razoável imediação temporal em relação ao delito – que o que a vítima mais espera e deseja é justiça e não uma compensação econômica”. A vítima, na maioria das vezes, não demonstra desejo de vingança, mas tão somente um desejo de querer ser ouvida, oportunidade que tem de falar do seu prejuízo, de seu dano, de sua frustração, visando cessar o sentimento que a incomoda e reencontrando a paz e sua satisfação. Cada vítima enfrenta o conflito de sua maneira e reage ao seu sentimento de mágoa, dor de forma diversa. A justiça, que cada um espera, é diferente e, na maioria das vezes, nem sempre se adequa ao que será aplicado pelo Estado. Seus interesses são os mais diversos. Alguns buscam a condenação do acusado pelo Estado, outros à indenização pecuniária, outros à reparação do dano. Às vezes a vítima não procura nada, apenas busca reencontrar a paz de espírito e viver tranquilamente. Entretanto, o problema maior é que a partir do momento em que o conflito passa a ser assumido pela intervenção do Estado, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram e começa a ser uma questão de ordem pública. Agora, o deslinde deste conflito deixa de pertencer à vítima e ao acusado, passando a pertencer ao Estado. Neste momento, o Estado deixa de considerar os interesses da vítima, aplicando somente o que está especificado em seu sistema normativo.

A evolução histórica do poder punitivo é marcada pelo monopólio da violência e pela titularidade exclusiva do Estado. Mas esta imperatividade somente ocorreu devido à necessidade do Estado de tutelar o convívio social. Desse modo, tem o poder punitivo do Estado, que é estruturado por meio da ordem jurídica objetiva e seu direito de punir apresentase como verdadeira manifestação de seu poder. Tourinho Filho (2003, p. 10) ao discorrer sobre o *ius puniendi*:

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito, quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge assim, com a prática da infração penal, a “pretensão punitiva”. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a infligência a pena.

Porém, este direito penal repressivo não pode ser visto como única fonte de soberania estatal.

O direito de punir é manifestação do poder de império que cabe ao Estado; insere-se na categoria dos direitos de supremacia, que se fundam no status *subjectionis*, ou seja, naquela condição jurídica em razão da qual o indivíduo deve obediência exclusivamente à vontade do Estado. O direito de punir não é único e constante na sua qualidade: há tantos direitos de punir, quantos são os delitos (BATTAGLINI, 1973, p. 623).

Assim, o *ius puniendi* deve ser observado levando-se em conta os regimes políticos estatais, posto que, o direito de punir está estritamente relacionado aos ideais políticos de cada modelo de Estado, refletindo assim em qual política criminal deve ser adotada. Quanto mais totalitário e autoritário o Estado for, mais será a subordinação dos indivíduos ao *ius puniendi*. E, quanto mais democrático for o Estado, maior será a limitação do poder punitivo, principalmente em decorrência dos direitos e garantias fundamentais consagrados aos seus cidadãos.

Nos Estados absolutos ou totalitários, evidencia-se o *ius puniendi* ser irrestrito total. Neste sentido o poder punitivo do Estado não é alvo de limitações, tendo em vista o regime político arbitrário. As normas são outorgadas pelo próprio ditador e geralmente são instituídos métodos cruéis de violência física e psíquica quando os delitos se encontram em contrariedade com a Constituição do Estado. Já nos Estados autoritários, a aplicação do *ius puniendi* é direta, ou seja, sempre há o emprego de força em detrimento aos direitos e garantias fundamentais. Uma das características marcantes deste regime é o uso da repressão e do controle, posto que, o poder político se dá por meio do autoritarismo.

O exercício da soberania – o poder de decidir em última instância -, que, no Estado Absoluto era função única e exclusiva do rei, passa agora a ser regulado por uma nova arquitetura que tem como fundamento a representação popular. Ora, a representação popular só pode ser exercitada quando os cidadãos possuem liberdade de escolha (BITTAR, 2007, p. 470).

No Brasil, o modelo adotado é o Estado Democrático de Direito. Neste regime o poder punitivo do Estado padece de certas limitações, frente ao amplo rol de princípios fundamentais que consagram os direitos do homem. Não há margem para arbitrariedade ou abuso de poder. Logo, o atual cenário brasileiro é marcado por um Estado Constitucional, onde inúmeros princípios materiais vinculam o Estado ao direito. Neste Estado deve imperar o equilíbrio político-institucional, respeitando os princípios consagrados pela Constituição, numa ampla manifestação de prescrições que reflitam aos interesses dos cidadãos. Em outras palavras, no Estado de Direito nada pode ser arbitrário.

Percebe-se que a organização do Estado Democrático de Direito com base nos direitos fundamentais e alinhada à tripartição dos poderes apresentam-se como verdadeiros instrumentos de limitação do poder político. A restrição no Estado democrático de direito ocorre no âmbito legiferante das leis penais. O cenário acima demonstra ser a democracia, em sua forma inclusiva, uma reconstrução do conceito de cidadania, na medida em que afasta o *ius puniendi* do Estado.

É importante delimitar neste ponto do trabalho que os limites advindos *do ius puniendi* estão relacionados diretamente à compreensão dos direitos fundamentais. Portanto, na persecução quanto à aplicação da pena, o Estado somente poderá agir conforme os preceitos constitucionais e de normas infraconstitucionais. Embora a regra geral seja de proteger os direitos fundamentais, há casos de que, em determinadas situações, tenta-se justificar atos discricionários que afeta a proteção aos direitos fundamentais. Enfim, num Estado Democrático de Direito, os atos discricionários acabam sendo “legitimados” em decorrência dos estados emocionais que envolvem práticas delituosas de potencial grave contra a vida. Porém, o direito da razão, ou seja, aquele que se firma a partir dos pressupostos de que o Estado é a própria racionalidade da sociedade, são inadmissíveis as práticas discricionárias sejam para atos de menor potencial ofensivo ou de grave potencial ofensivo.

3.4 Aplicação da “Ética a Nicômaco” ao consenso penal

Para que haja um aprofundamento no estudo do direito se faz necessário relembrar a história, sendo essencial para a criação do novo, conhecer o passado. Nelson Rodrigues (1993,

p. 43) em uma das passagens de seu livro o “Óbvio Ululante” diz que “Deve-se ler pouco e reler muito. Há uns poucos livros totais, três ou quatro, que nos salvam ou que nos perdem. É preciso relê-los, sempre e sempre, com obtusa pertinácia”.

A civilização se universalizou, mas concomitantemente, foi tomada por um vazio ético sem precedentes. Um novo pensar, como dito acima, não exclui o acolhimento de modelos já consagrados pelo longo da história e muito das vezes consagrado inadequadamente. Evidencia-se que todo pensamento, toda ética, todo trabalho é fruto de algo essencialmente tradicional. O “hoje” vai de encontro ao valor e ao conteúdo mesmo nas riquezas que o “ontem” lhe proporcionou, lhe herdou e transmitiu. (VAZ, 1993, p. 16-21). Este é um estudo da obra “Ética a Nicômaco” de Aristóteles. É uma pesquisa da presença do seu legado no pensamento contemporâneo e de que medida os conceitos de justiça, virtude completa, justo proporcional, meio-termo, felicidade, bom senso e da correção podem-se apresentar como uma alternativa viável à falta de paradigmas para o atual Direito Penal vivido.

As questões relativas à Justiça Consensual Penal, a necessidade de se garantir maior dignidade aos indivíduos em conflito, a relação da perda de autonomia pelo indivíduo para resolver o conflito existente, a presença impositiva do *ius puniendi*, a burocratização dos procedimentos formais, a morosidade do Estado, nas relações em conflito e maior espaço de participação. Estas questões repercutem diretamente sobre o fenômeno jurídico do direito, posto que, a sociedade clama cada dia mais, pela concretização da justiça. Há assim, um sentimento de que a Justiça Consensual Penal, que atualmente vem recebendo atenção dos acadêmicos e jurídicos, possa se beneficiar, em muito, da adequada aplicação da Justiça Judicial enunciada por Aristóteles. No mais, a ética aristotélica não renuncia ao ideal de liberdade, mas ao ideal que exclua uma concepção de vida boa e perfeição (SANDEL, 2012).

Sandel traz uma proposta inovadora ao apresentar os filósofos Aristóteles, Immanuel Kant e John Rawls para conduzir o estudo sobre as teorias da justiça. Em releitura de seu livro “Justiça: o que é fazer a coisa certa?”, Sandel proporciona ao leitor uma exposição das teorias filosóficas, dando exemplos do cotidiano norte-americano. Para ele, as teorias da justiça partem da virtude, já as modernas da liberdade. A justiça envolve virtude e escolha, temos aqui já tratados, na maneira que, demonstra que o meditar é melhor maneira de viver (SANDEL, 2012). Segundo Sandel, com base em Aristóteles, a justiça significa proporcionar às pessoas o que cada uma merece. Mas como determinar quem é merecedor? Para isto, devemos estabelecer quais tipos de virtudes são dignas de honra e recompensa. Assim, antes de imaginar uma Constituição justa, devemos, primeiramente, meditar sobre a forma de vida

mais almejável; a lei não pode ser neutra, referente à qualidade de vida. Estas ponderações sobre o correto ou o errado remetem ao mérito (SANDEL, 2012). A metodologia adotada por Sandel tem o objetivo de discutir a subsunção de dilemas morais, sociais, políticos e jurídico na esperança de ponderar as melhores soluções para tais dilemas contemporâneos que assolam a sociedade cívica humana.

Para Sandel a justiça em Aristóteles é simultaneamente teleológica e honorífica. O resgate da história é de extrema importância. Em a Justiça, Sandel discute sobre sua acepção contrária ao ideal de neutralidade do Estado liberal e assume pensamento idêntico ao de Aristóteles, ao concordar que não há como se discutir determinadas questões de justiça sem levar em consideração aspectos morais entre outros.

Ao longo dessa jornada, nós exploramos três abordagens da justiça. Uma delas considera a justiça a partir dos meios aptos para a maximização da utilidade ou bem-estar social: a maior felicidade para o maior número. A segunda diz que a justiça significa respeitar a liberdade de escolha - tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um mercado livre (ponto de vista dos libertários) como as escolhas hipotéticas feitas em uma posição original de igualdade (o ponto de vista do liberal igualitário). A terceira sustenta que a justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum. Como você provavelmente já adivinhou até agora, sou a favor de uma versão da terceira abordagem (SANDEL 2012, p. 321).

Segundo sua concepção, seria inviável ser juridicamente neutro em determinadas questões. Ademais, algumas tradições e obrigações advêm de nossa história por meio da cultura e da comunidade e estão estritamente relacionados ao nosso caráter, assim ao seguirmos em direção contrária, nossos valores sociais perderiam o sentido. O que a ética aristotélica renuncia não é ao ideal de liberdade, mas ao ideal de liberdade que renuncia uma concepção de vida boa e perfeição (SANDEL, 2012). Sandel procura demonstrar que questões relacionadas à justiça não se dissociam das variáveis concepções de honra e virtude, orgulho e reconhecimento. Somente por meio da justiça é possível ter uma sociedade justa, tendo em vista uma concepção de justiça que vai de encontro à colaboração entre cidadãos. Assim, o estudo da ética aristotélica se mostra perfeitamente cabível para debater questões de igualdade e dar conta dos paradoxos existentes da mesma forma que as éticas modernas.

Aristóteles é fonte vivificante embora um tanto quanto esquecida para a filosofia do direito. No atual paradigma que se vivencia, é preciso refrescar a ideia de que Aristóteles não é começo, mas o princípio da justiça que norteia. Observa-se que o ordenamento penal brasileiro passa por transformações. O reforço dos instrumentos coercitivos não tem se

mostrado eficaz. O controle da violência e da reinserção de apenados à sociedade encontra-se distante dos níveis minimamente toleráveis. A realidade prisional evidencia um quadro caótico.

O Estado tem se mostrado impotente sobre a violência e a criminalidade. Ao ceder-se a apelos de setores conservadores da sociedade, tem aumentado os instrumentos punitivos. Adota, quase sempre, normas incriminadoras severas e patrulhamento ostensivo como meio de pacificação social. Aliás, vivencia-se uma excessiva criação de leis penais de alto teor repressivo como tentativa de resposta às demandas midiáticas. Nesse ambiente, o aparato de segurança, de aplicação e de execução do sistema penal tem se mostrado incapaz de gerar um grau razoável de satisfação na população. Com isto, aumenta-se o sentimento de descrédito, principalmente em relação à eficácia do sistema penitenciário e, conseqüentemente do judiciário.

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

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

Sobre a crise, vale destacar o comentário de María Carmen Dóbon (2000, p.57): “[...] as crises do sistema de sanções têm a ver, de um modo direto, com o fracasso da ideologia de ressocialização”. A avaliação dela aponta para expectativa frustrada em razão dos insignificantes índices de ressocialização. Trata-se de uma constatação interessante. Contudo carece de mais estudos. Talvez o fracasso da “ideologia da ressocialização” esteja associado a outros fatores. Dentre eles, a tendência de tornar delito práticas que estão mais vinculadas a costumes do que à esfera penal. Pode também estar ligado à crença de que, no âmbito do Direito material e processual, a justiça só pode ser exercida pelo Estado.

Na sociedade brasileira essencialmente rural, os crimes, em sua maioria, eram de origem passional. Sem reflexo significativo na desigualdade social. As motivações econômicas ligadas ao tráfico de drogas eram insignificantes. Nesse cenário, a tese de um

Estado onipresente fazia sentido. Entretanto a sociedade atual é essencialmente urbana e complexa. Há profundas desigualdades sociais e considerável nível de competitividade econômica. A dinâmica social, impulsionada pela mídia global, impõe um ritmo acelerado de mudanças de costumes e de prática culturais. Trata-se de uma sociedade denominada “aldeia global” por Marshall McLuhana (1969). A característica básica é a da socialização instantânea da informação em nível global. Ante essa realidade, o modelo de justiça (*Civil Law*), inspirado na obra, “Espírito das Leis”, de Montesquieu parece exaurido.

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

Diante desse quadro, urgem-se medidas alternativas. Necessita-se minimizar os efeitos estranguladores do atual sistema penal. Dentre as alternativas, a mediação e a conciliação têm ganhado espaço. Podem-se tornar instrumentos eficazes, por meio da simplicidade e da celeridade e da composição da lide. Entretanto, ainda sua abrangência é mínima no sistema penal, há a necessidade de uma maior amplitude no rol de delitos que podem ser discutidos na esfera da justiça consensual.

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

A Constituição Federal de 1988 restabeleceu o Estado Democrático de Direito. Colocou-se em evidência a política pública do consenso. Abriu espaço para soluções alternativas à prisão. Com isso, relativizou-se a obrigatoriedade do processo penal. Nesse cenário, há reconhecimento tácito dos inconvenientes da pena privativa de liberdade. Essa mesma Constituição, no artigo 98, inciso I, institui as práticas despenalizadoras. A Lei n. 9.099/95 regulamentou a Justiça Consensual no Brasil. Na primeira parte, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e, na segunda, regula os juizados especiais criminais. Também introduz um marco conceitual para as infrações penais de menor lesividade. Disciplina os institutos consensuais penais: composição civil; transação penal e a suspensão condicional do processo.

Ressalte-se que a Lei n. 9.099/95 não aboliu o devido processo legal nem suprimiu garantias constitucionais. Apenas abrandou o uso dogmático do Direito Penal. Diversificou as respostas aos conflitos existentes. Valorizou o princípio da oportunidade penal. Com isso, tenta restabelecer o equilíbrio na vida social da comunidade, mediante o diálogo e as sanções mais brandas. Encontramos elementos do modelo consensual penal na Lei n. 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente); na Lei n. 10.259/01 (juizados especiais federais e redefinição das infrações de menor potencial ofensivo); na Lei n. 10.741/03 (Estatuto do idoso); na Lei n. 11.313/06 (novo conceito de infração de menor potencial ofensivo e alterações no regime de conexão e continência de delitos); na Lei n. 11.304/ 06 (Lei Maria da Penha: violência doméstica); e na Lei n. 11.343/06 (Lei Antitóxicos).

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

Inicialmente as práticas consensuais estão sendo recepcionadas em delitos de menor potencialidade ofensiva. Isso não deixa de ser um avanço significativo, mas mínimo se comparado ao que o consenso poderia proporcionar no sistema penal brasileiro, posto que seu principal objetivo que é valorizar o diálogo, relativizar a postura coercitiva e potencializar o protagonismo da vítima na resolução dos conflitos penais. Além disso, o agressor e a vítima são instados ao diálogo. Ao mesmo tempo, trabalha-se o reconhecimento da responsabilidade mútua sobre o desfecho de uma composição. Prática dessa natureza pode contribuir para o amadurecimento da consciência de cidadania.

O modelo consensual tem foco na reparação do dano. As partes, participando do consenso, determinam “[...] a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão à norma penal”, como observou Gênova (2007, p.132). Trata-se também de postura de caráter pedagógico, semelhante à Paidéia grega. Aristóteles, em “Ética a Nicômaco”, afirma que, no julgamento do mau trato, há um agressor e uma vítima, O primeiro é o que ganha e o segundo, o que perde. Nesse caso, o “justo” (*δίκαιη*) seria o meio-termo para a composição da lide. A solução deve equilibrar a ganância de um e a perda de outro, mediante o meio-termo, ou seja, o “justo proporcional”. Com isso, procura-se diminuir a vantagem do agressor e a perda da vítima. A composição, como resultado desse meio-termo, representa a justiça encarnada. O mediador deve atuar na restituição do equilíbrio entre o ganho e a perda.

Observa-se, neste caso, que não se faz necessária exclusivamente a presença da lei escrita, nem do juiz togado. Para dizer que uma prática é ofensiva ou danosa a outrem basta a presença dos princípios do bom senso, da correção e do justo proporcional. E isto pode ser exercido pelas partes, por meio de uma mediação capaz de explorar o diálogo. Além disso, não há um critério absoluto que possa ser aplicado como medida de reparação. Os critérios são aleatórios, fundados numa avaliação valorativa e não mensurável (aritmética). Aristóteles denomina “justo proporcional” a ideia da igualdade fixada pelo bom senso. Na justiça comutativa, a fixação da igualdade é convencionalizada pelas partes a partir de acordo positivado no objeto da “troca”.

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

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

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

cidadão de 1ª e 2ª classes. O primeiro, quase sempre, impune; o segundo, fadado à condenação.

O presente trabalho objetivou a análise do modelo consensual de justiça criminal como alternativa para o sistema penal retributivo-punitivo. Para isto, tornou-se essencial o estudo da “Ética a Nicômaco”- legado trazido das ideias de Aristóteles. Como já tratado em tópicos anteriores, o principal fundamento da justiça preconizada por Aristóteles é a realização da igualdade.

Desta forma, neste momento do estudo, importante se faz enfatizar o importante papel que a vítima exerce para a construção deste novo sistema de resolução de conflitos no âmbito criminal. Parte-se da vertente vitimológica de inclusão, incentivando a valorização da vítima sem defender a exclusão ou redução dos direitos do acusado. O que se procura alcançar é uma maior flexibilização de escolha da vítima, para uma resolução amigável do conflito que a envolve, considerando é claro a realidade brasileira e a adoção do sistema consensual na situação em que ele coexiste com o sistema criminal tradicional. Importante destacar que não se parte de uma proposta abolicionista, mas sim de um aspecto dinâmico e preventivo, contando com a participação do agressor e da vítima na composição penal, não existe uma relação direta entre o delito e a pena, trabalhando a mínima intervenção do Estado, visando o consenso penal como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Parte-se assim, da ideia de que a vítima é importante instância de controle para uma nova linguagem de um procedimento flexível que incentive o diálogo e a participação efetiva das partes na resolução do conflito penal, refutando estereótipos. Propõe-se algo para reduzir a adoção de momentos processuais isolados, que apenas servem como padrões de mera formalidade ou punição do acusado. Cresce a convicção de que não basta apenas a adoção do consensual como alternativa na composição da lide. Há de se investir muito na especialização de um corpo capaz de explorar as infinitas possibilidades do diálogo. Somente um diálogo criativo e convincente, pautado pelo bom senso e pela seriedade, oferece esperança.

O sucesso do consenso, como uma das alternativas, depende da qualidade do diálogo aplicado. A superação das idiosincrasias tolhidas pela incapacidade de perceber o outro, como alteridade existencial, é essencial à efetividade e à eficácia da Justiça Consensual Penal.

No Brasil, fora realizada no período de 2010 a 2012, a Pesquisa Nacional de Vitimização pelo Datafolha, acompanhada pelo Centro de Estudos da Criminalidade e Segurança Pública (CRISP da Universidade Federal de Minas Gerais e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNDU). A Pesquisa Nacional de Vitimização

realizada no Brasil verificou que os entrevistados afirmaram ter sido vítimas, nos últimos 12 meses, dos seguintes delitos: agressão (14,3%), discriminação (10,7%), furto (11,2%), fraude (9,2%), acidente de trânsito (4,2%), roubo (4,2%), ofensa sexual (0,8%), sequestro relâmpago (0,1%). Quanto ao local da prática do delito, constatou-se que os delitos ocorreram massivamente em ambientes domésticos: dentro da residência do entrevistado (38,3%), em local próximo da rua em que mora (33,3%), andando na rua (21,6%), no local de trabalho (18,7%), em locais públicos internos, como banco e escolas (18,1%), em seu bairro (14,9%), no centro da cidade ou outro bairro (14,2%), na garagem (11%), locais públicos externos, como parques e praças (8,8%), casa de terceiros (7,8%), em estacionamentos de shoppings ou supermercados (7,2%), em meios de transporte (4,3%), em estacionamentos privados, como do trabalho ou do condomínio em que reside (3,6%), em outra cidade (3,3%), na rua do trabalho (2,6%), viajando (0,2%). Sobre o perfil dos agressores, a pesquisa identificou que: desconhecido (36,7%), conhecido de vista (16,3%), colega de trabalho (10,9%), vizinho (10,4%), amigo (9,2%), marido/esposa (4,3%), ex-marido/ex-esposa (3,7%), chefe (3,8%), irmão (2,5%), policial (2%), cunhado (1,8%), pai/mãe (2,2%), filhos (1,5%), ex-namorado (1,2%), professor (0,6%) (CRISP, 2013).

Em relação ao relacionamento da vítima com a polícia, a Pesquisa Nacional de Vitimização forneceu dados importantíssimos para o desfecho deste trabalho. 45,4% das vítimas que sofreram ofensas se dizem insatisfeitas com a atuação da polícia. Dentre elas, 25,4% dizem que não houve atenção por parte dos policiais, 11,7% não recuperaram o bem, 10,8% reclamaram da lentidão e da ineficiência de resolver o caso, 9,7% dizem que a polícia não encontrou o culpado, 8,2% reclamam do atendimento que lhe foram prestados e 5,1% não foram informados no decorrer do procedimento.

Porém, a insuficiência do sistema punitivo-retributivo é um fator que desencoraja a participação da vítima. Os dados da Pesquisa Nacional de Vitimização indicam que apenas 19,9% das vítimas relataram ofensas sofridas pela polícia no período de 12 meses que antecederam à coleta de dados. Entre os motivos, a maioria se justifica pela burocratização dos procedimentos. 29,3% buscavam recuperar o bem, 23,7% por ser um direito, 22,8% apenas para registrar a ocorrência e 9,5% por precisar do boletim para solicitar novos documentos. No mais, verifica-se que 20,01 desejavam ver o culpado punido, 19,5% para impedir que isto pudesse ocorrer novamente e 19,5% por se sentirem ameaçados ou por quererem se proteger.

Assim, constata-se que as “cifras ocultas” interferem diretamente neste procedimento, levando a uma estigmatização. As “cifras ocultas” são caracterizadas pela

defasagem existente entre a criminalidade real e a apresentada, ou seja, a efetivamente praticada. Elas correspondem à porcentagem de crimes não comunicados ou registrados pelas instâncias formais de controle. A realidade é que uma ínfima parcela dos crimes perpetrados apenas chega a ser apenada, o que não chega a um por cento dos reais infratores.

O Estado vê a pena como uma função meramente retributiva, isto quer dizer que o processo apenas tem por finalidade alcançar a repressão do delito perpetrado por meio da punição que o Estado realiza. Os danos são auferidos em abstrato, não considerando a vítima em sua individualidade, o que proporciona, na maioria das vezes, políticas públicas injustas que trata os desiguais de forma iguais. É neste sentido a crítica de Howard Zehr (2008. p. 78):

A justiça é retratada como uma deusa vendada que segura uma balança. Portanto, seu foco está na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais perante a lei. Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade.

Desta forma, essencial é a presença ativa da vítima e seu possível diálogo com o agressor. No contexto histórico o papel da vítima se modificou. Num primeiro momento, o denominado pré-social, a figura da vítima era valorizada e os conflitos se resolviam por meio da vingança privada ilimitada. O segundo momento, o protojurídico, fora marcado também pela vingança privada, porém limitada pela proporcionalidade da vingança em relação à ofensa gerada, permanecendo ainda a vítima como protagonista. No terceiro momento, o da judicialização do conflito, criou-se a figura do juiz que passou a ter como função e responsabilidade determinar o montante indenizatório do dano gerado pelo conflito, ocorrendo desvalorização da vítima. É neste ponto que se busca como contraponto o legado deixado por Aristóteles, no qual entendeu ser impossível quantificar o dano existente.

O principal objetivo aqui é trazer para a discussão o papel da vítima no conflito penal, levando em conta os momentos de valorização, de desvalorização e o atual momento: o do redescobrimento. Ana Sofia Schmidt de Oliveira (1999. p. 20.) discorreu que “As partes diretamente envolvidas perdem o direito de buscar, por si, a solução do litígio; devem, necessariamente, submeter-se a um poder exterior a elas que se reveste como poder judiciário e poder político”. Observa-se que, ainda hoje, não se leva em consideração o outro componente da relação jurídico-penal que é a vítima. Raffaella Pallamolla (2009, p. 46) defende que:

O direito penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da “proteção de bens jurídicos” desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação. Além do direito penal, também o processo penal esqueceu da vítima ao deixá-la à margem do processo e sem proteger seus direitos. Até mesmo a criminologia esqueceu dela, pois tratou apenas do delinquente, num primeiro momento, para depois passar a entender o delito como um fenômeno relacional sem, entretanto, analisar a vítima da relação, restringindo-se, apenas, à análise dos processos de criminalização.

Tem-se que a valorização da vítima como sujeito essencial para o deslinde do feito penal é um importante tributo para a compreensão da dinâmica criminal e efetividade jurisdicional. A vítima deve ser tratada de forma interdisciplinar, garantindo sua participação processual, tendo em vista sua adequada assistência e seu correto ressarcimento. Portanto, o Estado deveria possibilitar a vítima uma maior ampliação do número de delitos que requerem prévia representação da vítima e maior a eficácia do perdão, possibilitando a reclamação de responsabilidade civil no processo penal, a inclusão da reparação como sanção penal e o estabelecimento de procedimentos de cunho conciliatório, que evitem a imposição de uma pena (LARRAURI, 2001, p. 299-300).

Atualmente, ainda impera o fato de que o que importa é a determinação da culpa. As partes, nos conflitos existentes, possuem o mínimo contato possível, garantindo uma postura adversarial, presumindo que os interesses discutidos sejam irreconciliáveis. O Estado, neste contexto, aparece como o fazedor de justiça, perseguindo a punição do infrator, assumindo uma postura que deveria ser assumida pela vítima e não por um terceiro interventor. O Estado passa a ser visto como a vítima do acontecimento, e, a verdadeira vítima some e é sistematicamente excluída. Suas vontades e necessidades são visualmente ignoradas e sua participação é levada a zero. David Garland (2008, p. 316) sintetiza este processo a partir do momento que:

Ao introduzir novas medidas de segregação punitiva, autoridade políticas rotineiramente invocam os sentimentos das “vítimas” como fonte de apoio e legitimidade. A necessidade de reduzir o sofrimento presente ou futuro da vítima funciona, hoje em dia, como uma justificação geral para as medidas de repressão penal; o imperativo político de reagir ante os sentimentos das vítimas agora serve para reforçar os sentimentos retributivos que paulatinamente vêm informando a legislação penal.

Assim, o que se busca na Justiça Consensual Penal é o contraposto do até aqui vivenciado, proporcionando à vítima uma maior interação, possibilitando maior participação na resolução dos conflitos penais, evitando uma vitimização secundária. Luiz Rodríguez

Manzanera (2010, p. 385-391) ao tratar sobre o assunto faz duas importantes observações. A primeira refere-se à constatação oriunda das pesquisas que apontam que a participação ativa da vítima leva a uma compreensão maior sobre a desnecessidade de elevadas penas para os acusados. A segunda aponta que a maior participação da vítima no processo poderá expô-la sobre vitimização, mas, ao mesmo tempo permite a superação da sua marginalização e o exercício de seus direitos.

Verifica-se que a valorização da vítima no tratamento do crime não resultaria num retorno à vingança privada, mas sim uma mudança de paradigma, reorientando o sistema penal, possibilitando uma maior compreensão do fenômeno criminal, auxiliando tanto o tratamento da vítima, sua reparação e uma chance de ela debater com seu ofensor sobre a ofensa sofrida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início desta pesquisa, a questão da atualidade de Aristóteles no pensamento jurídico contemporâneo tem sido recorrente e reiteradamente afirmada. Quem ler a *Ética a Nicômaco* não tem como não evidenciar, em seus enunciados, a exposição dos problemas que afetam a sociedade no atual século, em especial, a ordem jurídica penal que rege a sociedade brasileira. Os vícios denunciados por Aristóteles ainda permanecem corroendo as relações humanas. Inibem, ainda, desta forma, o florescimento de uma cultura voltada à valorização das virtudes, dentre elas, a Justiça, tida como a virtude por excelência, na qual as demais virtudes estão inseridas. Inibem também a capacidade de exercer a cidadania como atividade que surge da prática das virtudes.

Não há como negar que a Justiça, como poder instituído pelo Estado, tem sido solapado em seus propósitos. O Estado Moderno, ao monopolizar a função de reger e, ao mesmo tempo, a de julgar e punir, o tornou refém de interesses, muitas vezes, escusos e distantes dos propósitos para os quais foi erigido. O caso brasileiro tipifica bem esta situação, que se arrasta desde o Brasil-Colônia.

Ao encanar o ideal de um Razão, cuja venda nos olhos tenta expressar a imagem de uma atividade imparcial e indiferente aos interesses das partes, o ordenamento jurídico brasileiro fez dos postulados do positivismo jurídico o seu fundamento teórico e prático. Capturou a vontade das partes e esvaziou a autodeterminação como condição essencial para o exercício da composição dos conflitos. Assim reduziu as partes num jogo de baralho, de cartas marcadas, por meio do monopólio da prestação jurisdicional, conduzida por pautas seletivas e excludentes. Em nome de uma ordem gestada nos escombros do Poder Constituído, sob o manto de uma racionalidade enviesada pelos interesses de classe, o sujeito de Direito tem se transformado no objeto do próprio Direito. Este é o retrato do sistema carcerário brasileiro, cuja função tem sido de enjaular e de animalizar pessoas, arrancando-as do convívio social.

Pessoas, muitas delas, que poderiam estar em pleno exercício de sua potencialidade existencial no meio social, estão condenadas como gado marcado para morte. O que se evidencia é um descompasso entre a legislação e a realidade. A situação atual do sistema penitenciário é marcada, em grande parte, por maus-tratos, condições precárias, superlotação, violência, entre outros, caracterizando um sistema “falido”, distante de efetivar uma transformação na vida do agressor e da vítima, posto que, é a partir do direito de punir, que a vítima espera que a justiça se concretize.

Ainda bem que os funestos resultados de uma ordem penal têm despertado motivações de questionamentos e aumentado o interesse pela busca de alternativas. Neste rastro de motivações, encontramos a espaço aberto para a Justiça Consensual Penal por meio dos Juizados Especiais. Porém, ainda o espaço tem sido restrito. As limitações determinadas pelo atual sistema legal têm reduzido a prática do consenso aos crimes de baixo potencial ofensivo e excluído uma considerável parcela daqueles que poderiam ser contemplados, sem prejuízo à ordem social, pela capacidade de autodeterminação das partes, vítima e agressor, na composição dos conflitos.

Sem afastar a efetiva participação do Estado, por meio das práticas de mediação e conciliação, à luz dos postulados de Aristóteles, esculpido em *Ética a Nicômaco*, é possível pensar na efetivação de uma conduta judiciária que seja capaz de valorizar o enorme potencial humano de exercer a Justiça através da autocomposição dos conflitos. Seria até possível pensar numa legislação que contemplasse a possibilidade do consenso penal em crimes fora da lista dos considerados de baixo potencial ofensivo. Uma vez que a vítima pode se expressar de forma plena, por meio do uso de suas faculdades mentais, não haveria o porquê do Estado, estar intervindo na composição do conflito. Bastaria a sua presença garantindo a legitimidade e a legalidade dos resultados da composição.

É neste ar de insatisfação e mudanças urgentes do atual sistema penal e carcerário que se pode pensar a maximização da prática do consenso penal. Basta, pra isto, começar com a revisão das regras estanques, de natureza estatal e formal, no intuito de ampliar a participação da vítima na composição da lide. Esta ampliação da participação da vítima deve ser feita com a intermediação de um representante do Estado. Com isto se garante, de um lado, a efetivação da justiça participativa e consensual, com base nos ideais preconizados pela ética aristotélica, e, de outro, a intervenção mínima de um Estado fundado nos princípios democráticos.

Trata-se de um modelo penal capaz de colocar as partes do conflito e o Estado num ponto de equilíbrio na composição da lide. Entende-se por equilíbrio a relação que preserva o exercício de um Direito autônomo, que se encontra na própria disposição das pessoas na busca do justo e do bem, e do Estado (heterônomo), como espaço do bem comum. Assim temos aquilo que Aristóteles denominou justa medida, ou seja, o meio-termo de dois polos antagônicos. De um lado, temos a possibilidade da efetivação de uma conduta ética das partes envolvidas no conflito, com a disposição para o justo, o bem e a felicidade, e, de outro, o Estado, aquele que existe para garantir também o espaço social como lugar apropriado para o desenvolvimento das potencialidades humanas por meio das práticas das virtudes.

É importante lembrar que a Constituição Federal em vigor, principalmente no art. 5º, XXXV, está estruturada, e, ordenada em princípios e regras, que abrem leques para novos meios de solução de conflitos à medida que valoriza o conceito de cidadania. Nela, ou seja, na Constituição Federal, a ideia de Estado se limita às funções garantidoras dos Direitos Fundamentais dos cidadãos, por meio de gestões que preservem a dignidade humana, independentemente das circunstâncias. Afinal, trata-se de gestões que devem preservar a distinção ente pessoa humana e atos.

Portanto, não se pode confundir o agressor com seus atos praticados no processo de punição. Referimo-nos ao Direito Penal do fato e não do autor. O que se condena é o crime cometido e não a pessoa humana. Esta deve ser preservada como sujeito de Direitos. Eis aí a base da Justiça Penal Restaurativa, em oposição e negação ao sistema penal retributivo-punitivo. Para isto, acredita-se, o estudo da “Ética a Nicômaco” apresenta-se atual e aplicável à atual realidade social brasileira, na medida em que se busca a consolidação da democracia.

Assim, numa sociedade de Estado Democrático, o *ius puniendi* não deve recepcionar atos discricionários nem se pautar por estados emocionais. Ao contrário, deve-se pautar pelo Direito da razão, ou seja, aquele que se firma a partir dos pressupostos de que o Estado é a própria racionalidade da sociedade e, como tal, são inadmissíveis as práticas discricionárias, seja para atos de menor potencial ofensivo ou até mesmo de grave potencial ofensivo.

Neste contexto, a presença do legado de Aristóteles, no campo da Ética e do Direito é de suma importância no pensamento contemporâneo. Os conceitos de justiça, virtude completa, justo proporcional, meio-termo, felicidade, bom senso e da correção, podem se apresentar como elementos teóricos e práticos na busca de alternativas viáveis ao atual modelo punitivo ineficaz e excludente. Importante destacar, também, que não se parte de uma proposta abolicionista. Ela se funda nos pressupostos do Direito Penal Mínimo, ressaltando-se os aspectos dinâmicos e preventivos. Como foco deste contexto, temos o ideal da ampliação da participação do agressor e da vítima na composição penal. Como não há, conforme Aristóteles, uma relação direta entre o delito e a pena, abre-se espaço para consenso penal como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro, aplicando-se a mínima intervenção do Estado.

Enfim, valoriza-se a ideia de que a vítima é importante instância de controle para uma nova linguagem de um procedimento processual flexível, que incentive o diálogo e a participação efetiva das partes na resolução do conflito penal. Propõe-se algo em substituição aos atos processuais, que se pautam por padrões de formalidade ou de mera punição do

acusado. Busca-se, deste modo, na Justiça Consensual Penal o contraposto do até aqui vivenciado, que é a exclusão da vítima na resolução dos conflitos.

Defende-se sim, revisão à atual legislação processual. Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995); Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998); Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001); Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal (Lei n. 11.313 de 28 de junho de 2006); novo conceito de infração de menor potencial ofensivo e alterações no regime de continência de delitos (Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006) e a proposta de modificação da Lei n. 9.099/95: o Projeto de Lei n. 7.308/2006) com a ampliação do rol consensual brasileiro, dando maior participação da vítima como sujeito de Direitos, na composição da lide e a busca por soluções, que atendam melhor aos interesses da sociedade, da vítima e do autor do fato, por conseguinte, um instrumento importante para conferir ao processo penal maior efetividade e visando que o acordo não seja mecanismo de violação de direitos.

Assim, o consenso é possível e desejável. Acreditamos que essa mudança seja ideal para superar discussões atuais sobre a aplicação de pena sem discussão de culpabilidade e que a expansão de acordos para delitos de média gravidade poderia acontecer por um procedimento abreviado. Por fim, ressalta-se que os acordos não devem ser ampliados apenas com o intuito de diminuir a carga de trabalho do Poder Judiciário. Devem-se haver profundas mudanças estruturais no ordenamento jurídico, vez que para que haja a efetividade da justiça consensual há de haver mudanças em aspectos sociais, econômicos e culturais. Desta forma, a justiça consensual visa construir um sistema penal mais humano, democrático e efetivo.

REFERÊNCIAS

AGGIO, Juliana Ortogosa. **Prazer e desejo em Aristóteles**. 2011.205 f. Tese – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ALTHOFF, Cláudia Regina. Direito e moral uma breve reflexão. **Revista Jurídica**, Blumenau, v.1, n.1/2, p.155- 169, jan./dez, 1997.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Rubinzal-Culzoni, 2003.

ARISTÓTELES. **De anima**. Apresentação, trad. e notas de Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: Editora 34, 2006.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1984

_____. **Política**. Trad. De Antonio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1998.

_____. **Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2002.

_____. **Ética a Nicômaco**. 3ª ed., Trad. Mario da Gama Kury. São Paulo: Ed. UnB, 2002.

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre, n. 17,15-56, 2003.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo, 1973. v.2.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. Ed. São Paulo: Atenas, 1956.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio de Cicco. 5. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília, DF: UNB, 1997.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 101-118.

_____. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOURKE, Vernon J. Will in Western Thought. **An Historic-Critical Survey**. New York: Sheed and Ward, 1964.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Jurisprudência. **Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034-2/PB**. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 21 de setembro de 2006. Publicado no DJ de 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl3034.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

Pesquisa Nacional de Vitimização(Datafolha/Senasp/Crisp, 2013).
Instituição/Orgão:Crisp/UFMGDatafolhaSenasp/Ministério da Justiça. Âmbito: Estadual
Municipal Nacional. Ano: 2013. Disponível em:
<<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/pesquisas/pesquisa-nacional-de-vitimizacao-datafolhasenasp-crisp-2013>>. Acesso em: 06 março 2017.

BURNYEAT, M. Aprender a ser bom segundo Aristóteles. In: ZINGANO, M. (Org.). **Sobre a Ética Nicomaqueia de Aristóteles: textos selecionados**. São Paulo: Odysseus Editora, 2010.

CAIRO JUNIOR, José. A crise do Estado e o pluralismo jurídico. *in* Diké – **Revista Jurídica de Direito da UESC/** Universidade Estadual de Santa Cruz, Departamento de Ciências Jurídicas. Ilhéus: UESC, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAUI, M. Introdução à **História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. Vol. 1. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba: HDV, 2001.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2012

CRISP, Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização: Sumário Executivo SENASP**. 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **‘Constituição e crime’**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Editora UCP, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2010.

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

FARIA, José Eduardo. **Os fundamentos das decisões do STF**: O problema não está no ativismo de alguns ministros, mas no modo de decidir da Corte. Estadão, 15 abr. 2017. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,os-fundamentos-das-decisoes-do-stf,70001738952>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal: realidade e perspectivas. In: **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERNANDES, Elaine Carvalho. **Sobre a importância da deliberação e da escolha na ética a Nicômaco**. 2013. 105 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências de Marília, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

FRIEDE, Reis. Percepção científica do direito. **Revista História**. São Paulo, 28, 2009, p. 1-32. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v28n2/09.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

GARLAND, D.; SPARKS, R. **Criminology and social theory**. Oxford, Oxford University Pres. 2008.

GAUTHIER, R. A; JOLIF, J. Y. **Aristote. L'Éthique a Nicomaque**. (Introdução, tradução e comentário de René A. Gauthier e Jean Y. Jolif). Louvain, Publicatios Universitaires, 1970. (Tome I, Première Partie; Introduction);

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

GIDDENS, Anthony. **O debate global sobre a terceira via**. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

GREENHOUSE, Carol J, STRIJBOSCH, Fons. Legal Pluralism in Industrialized Societies. **Journal of Legal Pluralism**, New York, n. 33, p. 1-9, 1993.

HAMELIN, Guy. Vontade (boulesis) e consentimento (sunkatathesis) em Aristóteles: atos do apetite (orexis) ou da razão (logos)? **Revista Dois Pontos**: Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos. Curitiba, São Carlos, vol. 7, n. 1, p.23-39, abril, 2010. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/20120>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

HEGEL, G. W. F. **Filosofia del Derecho**. 5ª ed. Buenos Aires: Claridad, 1968.

HOBUSS, João. Aristóteles e a Possibilidade da Mudança de Caráter. **Revista Dois Pontos**: Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos. Recebido em: 30 mai. 2013. Aceito em: 15 jul. 2013. Curitiba, São Carlos, vol. 10, n. 2, p.291-313, Out. 2013. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/32236>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____, João. **Sobre a mediedade em Aristóteles**: generalização e circunstância. *Ethic@*, Florianópolis, v.3, n.1, p. 47-60, Jun 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/download/14699/13464>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

HOURDAKIS, A. **Aristóteles e a Educação**. (2ª parte). Textos escolhidos. Tradução Martins Fontes. São Paulo: Loyola, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARRAURI, Elena. Victimología. In: MAIER, Júlio B.J. (Comp.). De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 285-286

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

MCLUHAN, Marshall, O meio é a Mensagem. In: **Os Meios de Comunicação como Extensões do Homem**, São Paulo: Cultrix, 1969.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOLON, Marcel André. **Deliberação, Escolha, Ação e Responsabilidade Moral em Aristóteles**. 88f. 2015. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/1187/Dissertacao%20Marcel%20Andre%20Molon.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

MOORE, Sally F. Introduction. In LIKOSKY, Michael. **The Silicon Empire: Law, Culture and Commerce**. London: Ashgate Publishing, 2005.

NALINI, José Renato. **Por que filosofia?** São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 46.

PEGORARO, Olinto. **Ética dos maiores mestres através da história**. São Paulo: Editora Vozes, 1995.

_____. **Ética dos maiores mestres através da história**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007.

PEREIRA, Rafael Rodrigues. **Kant, Aristóteles e a Razão Prática**. 2010. 213f. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERINE, Marcelo. **Quatro lições sobre a ética de Aristóteles**. Loyola: São Paulo, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 2 Vol. São Paulo: Saraiva, 1957.

_____. **Filosofia do Direito**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Giovanni. **Aristóteles**. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz. São Paulo: Edições Loyola. 2007

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología**: estudio de lavíctima. 12. ed. México: Porrúa, 2010.

ROSS, Sir David. **Aristóteles**. Lisboa. Ed, Dom Quixote, 1987.

ROSS, W. D. **Aristóteles**. Tradução de Diego F. Pró. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1957.

_____, W. D. **Aristotle**. 6 ed. London/New York: Routledge, 1995.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6º edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The Law of the Opressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada. **Source: Law & Society Review**, v.12, n.1, autumn, 1977.

_____. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada**. 1987. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/b3centaurus/livros/s/boavpassar.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. São Paulo: Graal, 2003.

_____. Poderá o direito ser emancipatório?. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 65, maio, 2003.

_____. (org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente**: "um discurso sobre as ciências revisitado". São Paulo, SP: Cortez, 2006.

_____. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2009.

_____, **Renovar a Teoria Crítica.** E Reinventar a Emancipação Social. São Paulo: Boitempo, 2009.

_____. **Um discurso sobre as ciências.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. **Pela Mão de Alice.** O social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. **Para uma Revolução Democrática de Justiça.** São Paulo: Cortez, 2011.

SCHIO, Sônia Maria. **Aristóteles e ação humana.** Conjectura, v. 14, n. 1, jan./maio 2009, p.77-91. Disponível em www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/download/5/5>. Acesso em: 22 set. 2016.

SCHNEIDER, Herbert Wallace. **Moral para a humanidade.** São Paulo, SP: IBRASA, 1964.

SOARES, Josemar Sidinei. **Os Pressupostos Filosóficos da Idéia de Justiça na História da Filosofia:** contribuições para o ensino jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Coleção Escritos de Filosofia,** Vol. 5. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. **Escritos de Filosofia IV:** Introdução à Ética Filosófica 1. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. **Escritos de Filosofia IV:** Introdução à Ética Filosófica. 5ª. ed. São Paulo: Loyola, 2009

VËTO, Miklos. **O nascimento da vontade**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZINGANO, Marco. Prefácio. In: Hobuss João. **Eudaimonia e auto-suficiência em Aristóteles**. Pelotas: Ed. Universitária, UFPel, 2002.

_____. **Aristóteles: Ethica Nicomachea I 13 III 8: Tratado da Virtude Moral**. São Paulo: Odysseus, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. vol.1. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WACQUANT, L. **Punir os pobres**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WOLF, Úrsula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Loyola, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 2ª Ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

_____. **História do direito do Brasil**. Rio e Janeiro: Forense, 2002.