

A JUSTIÇA EQUÂNIME (*EPIEIKEIA*) EM ARISTÓTELES E A JUSTIÇA LEGAL (*LÉGIS*) NO DIREITO MODERNO

EQUITABLE JUSTICE (*EPIEIKEIA*) IN ARISTÓTELES AND LEGAL JUSTICE (*LÉGIS*) IN MODERN LAW

Edson Antonio Sperandio¹

Resumo: O objetivo deste estudo é verificar se houve evolução no conceito de justiça, mas sem se prender a um formalismo racionalista. Ainda se propõe verificar se houve avanços na aplicação e efetivação da justiça, levando em consideração as particularidades de cada tempo. Pretendeu-se verificar o que era compreendido como justiça na antiguidade e o que é entendido como justiça na modernidade e, ainda, se o direito moderno é capaz e suficiente para efetivação desta justiça. A equidade está como alternativa para a realização da justiça, muito embora, parece que a justiça não está no direito, mas sim nas ações virtuosas, já que o direito não passa de um arcabouço normativo com a finalidade de organizar e repreender a sociedade moderna e complexa, contingenciando as relações sociais. O método de estudo utilizado foi o revisional bibliográfico.

Palavras-chave: Direito, justiça, equidade.

Abstract: The objective of this study is to verify if there was evolution in the concept of justice, but without being attached to a rationalist formalism. It is still proposed to verify if there have been advances in the application and effectiveness of justice, taking into account the particularities of each time. It was intended to verify what was understood as justice in antiquity and what is understood as justice in modernity, and if modern law is capable and sufficient for the enforcement of this justice. Equity is an alternative for the realization of justice, although it seems that justice is not in law, but in virtuous actions, since law is nothing more than a normative framework for the purpose of organizing and reprimanding modern society complex, contingent on social relations. The study method used was the bibliographic review.

Key words: Law, justice, equity.

1. INTRODUÇÃO

A justiça é um tema que traz muitas discussões dentro do campo jurídico e também não jurídico, já que qualquer pessoa tem uma ideia, ainda que não acadêmica, do que é

¹ Bacharel em Direito pelo CEULJI-ULBRA. Especialista em Direito Processual Civil para o Exercício do Magistério Superior pela UNISUL/SC. Especialista em Direito Público pela UNIDERP/MS. Mestre em Direito Empresarial pela UCES/BUE. Doutorando em Ciências Jurídicas pela UMSA/BUE. Advogado. esperandio@hotmail.com.

justiça. A pretensão deste artigo é fazer um estudo referente à temática da justiça, considerando o pensamento de Aristóteles e o pensamento do direito moderno, destacando-se, na doutrina moderna, autores como John Rawls e Alysson Mascaro.

O objetivo é o de verificar se houve alguma evolução no conceito de justiça, mas sem se prender a um formalismo racionalista. Ainda, se propõe verificar se houve avanços na aplicação e efetivação da justiça, levando em consideração as particularidades de cada tempo.

O método de estudo utilizado foi o revisional bibliográfico.

A hipótese levantada é de que dever-se-ia ter avançado já que se está a falar de um direito moderno, o que sugere sempre algo melhor.

O texto está estruturado em quatro partes com a finalidade de ser didático e pedagógico para a leitura e compreensão.

A abordagem se refere à justiça equânime em Aristóteles, na chamada idade antiga, e a justiça legal do direito moderno, que neste caso, compreende o período da idade contemporânea, sem perder de vista a influência trazida da idade moderna.

Aristóteles, filósofo clássico, escreveu sobre a justiça e a equidade como algo diferente, porém, interligados, afirmando que a virtude é que materializa a justiça, porque o homem virtuoso e probo é um homem bom.

No direito moderno, a justiça praticada é a justiça legal que, por sua vez, está atrelada às normas jurídicas que são elaboradas pelo legislador e aplicadas pelos juízes, mostrando-se, muitas vezes, injustas no caso concreto.

É de se ressaltar, ainda, que o direito moderno está a serviço de uma pequena parte da população em detrimento de uma grande maioria que demanda direitos básicos reconhecidos, mas ainda não concretizados, como, por exemplo, direito à moradia, saúde, educação, segurança, etc., e, em alguns casos mais extremos, sequer tem acesso à alimentação.

Há quem sustente uma maior atuação do aplicador do direito, mas, por outro lado, há também quem defenda um maior controle na atuação destes aplicadores, evitando, destarte, um subjetivismo capaz de prostituir a finalidade da norma que é, como se espera, a realização da justiça.

Afinal, o direito deve estar para as pessoas e não para as coisas.

2. O CONCEITO DE JUSTIÇA E A EQUIDADE EM ARISTÓTELES:

Um conceito geral de justiça pode ser dado como “a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a esta ordem” (Abbagnano, 2018, p. 682). Como se percebe, neste conceito geral, justiça é sinônimo de ordem, de organização, de estruturação social, etc.

O conceito de justiça em Aristóteles, filósofo clássico da antiguidade, é a de que o justo é o meio-termo, ou seja, a ausência da escassez e do excesso. Não é justo, portanto, nem a miséria e nem a luxúria, exatamente, por estarem nos extremos opostos de uma situação.

A justiça tratada por Aristóteles, em sua época, tinha uma mirada na sociedade, na coletividade, na cidade, na polis, como se dizia, já que em sua obra clássica, *Ética a Nicômaco*, falando do instituto do bem, destacou que “pois, se, por um lado, deve-se contentar um indivíduo apenas, por outro é mais belo e mais divino fazê-lo para uma nação e para as cidades” (Aristóteles, 2015, p. 18, 1094b). Não se pode negar que o inexorável caráter universalista da justiça aristotélica está evidenciado nesta passagem, e que será reafirmado em sua outra obra *Política*, onde assenta que “em todas as ciências e artes o fim é um bem, e o bem no mais alto grau deve ser o sumo bem da ciência mais alta dentro todas, e esta é a ciência política; em outras palavras, o bem mais alto é o interesse comum” (Aristóteles, 2017, p. 119).

É tanto que, ainda dentro deste caráter universalista da justiça, aquele que comete suicídio - que a princípio não seria uma injustiça cometida contra uma outra pessoa, senão o próprio suicida que ceifou sua vida - para Aristóteles, praticou uma injustiça contra a sociedade e não contra ele mesmo, pois, aquele que ceifou a vida, podendo ser um extraordinário médico, cometeu a injustiça de privar inúmeras pessoas de ter acesso à saúde.

Se o justo é o meio-termo, não é nem o excesso, nem a escassez, então, a justiça é a equidade como sendo sinônimo de igualdade. Não se trata também de uma igualdade puramente formal e, tampouco, igualdade material sob o prisma do objeto. Trata-se, com efeito, de uma igualdade substancial, entendida sob a ótica da necessidade de quem procura pela justiça. “Ora, esse meio-termo é a equidade, pois em toda espécie de ação que admite o mais e o menos, existe também o igual” (Aristóteles, 2015, p. 128, 1131a).

Esta igualdade é, portanto, poder proporcionar a cada um o que lhe é necessariamente justo, não lhe ofertando nada em excesso, tampouco com escassez.

Frise-se que este meio-termo tratado por Aristóteles não é o meio-termo em relação ao objeto, mas sim, o meio-termo em relação ao sujeito, já que, não basta dividir ao meio um pedaço de pão (objeto) para alimentar duas pessoas (sujeito) porque, talvez, uma destas pessoas seja um bebê que necessite da metade aritmética daquele pão, enquanto o outro, sendo uma pessoa adulta, necessitasse de dois terços daquele mesmo alimento para saciar sua fome.

Não se deve considerar a metade aritmética para se fazer justiça, mas sim a real necessidade de quem demanda por ela, já que “esse meio-termo não é aquele do objeto, mas é aquele que é relativo a nós” (Aristóteles, 2015, p. 50, 1106b), ficando muito claro que este meio-termo apresentado por Aristóteles é a ausência de excesso e de escassez, não do objeto em si, mas sim da necessidade de cada um.

A justiça também pode ser tratada sob o prisma de observância da lei e da probidade, porque a probidade é sinônimo de equidade. Assim, a justiça também se concretiza pela equidade.

Não obstante, hodiernamente, a justiça seja materializada pela lei, por isso o justo legal, Aristóteles já asseverava que o justo e o equitativo estavam atrelados por uma identidade de serem algo bom, mas que o equitativo era superior ao justo, porque o equitativo era capaz de corrigir as imperfeições da lei que sempre eram genéricas e incapazes de preverem todas as hipóteses ocorridas na vida da comunidade.

Com efeito, esta superioridade do equitativo não corresponde há uma superioridade absoluta, mesmo porque, o equitativo não é superior à justiça absoluta, ele é, portanto, superior apenas naqueles casos em que o legislador não foi capaz de prever com exatidão aquilo que deveria ter sido previsto. A equidade busca, então, corrigir uma falha cometida pelo legislador quando da elaboração da lei, muito embora, “o problema não está propriamente na lei, nem no legislador, mas na natureza do objeto [as coisas concernentes à ordem prática] em questão (...), caracterizado por sua irregularidade” (HOBUSS, 2010, p. 164).

Teixeira, tem dito que “deste modo, Aristóteles atribuiu à equidade a tarefa de fazer preponderar o justo absoluto nos casos em que o justo legal se demonstrar iníquo e

incapaz de permitir a realização da justiça política” (Teixeira, 2012, p. 90), ou seja, a justiça absoluta se sobrepõe à equidade (igualdade), que se sobrepõe à justiça relativa.²

Afinal, de acordo com Aristóteles, citado por Matheus Teixeira da Silva, a justiça equânime, quando colocada em detrimento da lei, deve prevalecer sobre esta, considerando mais o que pretendeu o legislador do que o próprio sentido literal da lei, porque, “ser equitativo é mostrar indulgência ante as fraquezas humanas; é também levar em conta menos a lei do que o legislador; considerar não a letra da lei, mas a intenção do legislador” (Silva, 2018, p. 46).

A lei referida por Aristóteles não é puramente a lei escrita pelos homens, mas sim, e acima de tudo, a lei da natureza, onde de fato se realiza a justiça absoluta³, afinal, “as leis fundadas no costume têm mais peso são mais importantes que as leis escritas; um homem poder ser um governante mais seguro que as leis escritas, mas não mais seguro que as leis fundadas no costume” (Aristóteles, 2017. p. 132).

Também é possível considerar que, para o pensamento aristotélico, a justiça e a virtude são conceitos imbricados. “Na justiça se encontra, em suma, toda a virtude” (Aristóteles, 2015, p. 125, 1129b), porque virtuoso é o homem que pode se compadecer com a injustiça praticada contra o outro e, “acrescente-se a isto o fato de que o virtuoso jamais poderá agir injustamente, na medida em que ‘é sempre capaz de agir corretamente’, independente das circunstâncias” (Hobuss, 2010, p. 168).

Sendo a virtude e a justiça conceitos imbricados, é preciso considerar que todo homem virtuoso é justo, não obstante, nem todo homem justo seja virtuoso. Isso porque a justiça pode ser concretizada por meio da lei, a chamada justiça legal, enquanto, a virtude, segundo o pensamento aristotélico, se concretiza pelas ações e, partindo deste prisma, ou a ação é justa ou ela é injusta, porque a ação, neste caso, não depende de um comando exterior, mas sim do caráter do agente, algo que advém da natureza moral do próprio ser, como o Imperativo Categórico apresentado por Kant. Afinal, “a quem cabe

² A justiça absoluta é aqui apresentada como aquela que contempla satisfatoriamente as partes envolvidas e toda a comunidade. A justiça relativa quer dizer aquela que não contempla sequer as partes envolvidas e muito menos a comunidade como um todo.

³ Deve-se levar em conta que a justiça se concretiza com direitos básicos, primários, como, por exemplo, ter direito de viver, de se alimentar, de ter saúde, etc., que são direitos universais e básicos pertencente a qualquer pessoa humana. Se estes direitos são básicos para qualquer pessoa humana, e por ser básico deveria ser garantido pelo Estado, quando colocado em detrimento com outros direitos individuais, como, por exemplo, o direito à propriedade privada, deveria aquele prevalecer sobre este. Não nos parece ser este o propósito do direito moderno.

julgar o homem saudável e, em geral, a quem compete julgar corretamente em cada caso particular” (Aristóteles, 2012, p. 123/124).

Também é possível dizer que a virtude se dá de dois tipos, “uma intelectual e (15) outra moral, a virtude intelectual depende mais do ensino, quer em sua origem, quer em seu crescimento (...); a virtude moral resulta do hábito” (Aristóteles, 2015, p. 41, 1103a).

O homem verdadeiramente virtuoso, portanto, é aquele que possui a virtude moral, ele é justo porque é pelas ações que manifesta sua justiça, e é pelo hábito em praticá-las que se torna virtuoso.

A virtude é, com efeito, mais que a justiça, porque a virtude vem do caráter e a justiça vem da lei. “O pior dos homens é o que faz uso da maldade tanto contra a si próprio quanto contra os amigos, e o melhor não é o que faz uso da virtude para si mesmo, mas para o outro, e esta é uma tarefa difícil” (Aristóteles, 2015, p. 126, 1130a).

Aristóteles disse em sua Política, que “em primeiro lugar devemos adotar como princípio que muitas das formas de governo foram instituídas por homens que concordavam de modo unânime que justiça é a igualdade proporcional” (Aristóteles, 2017, p. 175), ou seja, a justiça como uma igualdade proporcional volta à ideia de justiça como meio-termo, consagrando, assim, sua filosofia.

Mesmo que nesta passagem Aristóteles estivesse se referindo a formas de governo, de todo modo, não perdeu a essência do conceito de justiça que seria o meio-termo, a proporcionalidade, ou seja, a ausência do excesso e da escassez.

Podemos sintetizar esta primeira parte deste trabalho com a seguinte frase: “de fato, (10) é por causa do prazer que praticamos ações más, e é por causa da dor que nos abstermos das ações belas” (Aristóteles, 2015, p. 45, 1104b).

Isso demonstra que a prática de justiça, quando não traz prazer, mas sim dor, seja de que natureza for, foi mais difícil de ser praticada na época de Aristóteles e, talvez, tenha passado por pouco ou nenhum avanço para os dias de hoje.

3. O CONCEITO DE JUSTIÇA NO DIREITO MODERNO:

O direito moderno⁴, sem ser taxativo, mas considerado a partir da Revolução Francesa, quando se baliza uma passagem para o sistema capitalista com a ascensão da burguesia ao poder, ganha novos contornos estruturais e passa a ter e dar um viés de igualdade formal entre as pessoas. Afinal, o próprio lema da revolução foi: liberdade (*liberté*), igualdade (*égalité*) e fraternidade (*fraternité*).

Com a revolução, ao contrário do que acontecia no regime escravagista e feudal - onde existia uma submissão direta do escravo e do vassalo ao seu senhor -, aqui as pessoas passaram a ter liberdade contratual, sobretudo com a garantia da propriedade privada, passaram a ter igualdade formal, onde, a figura do servo e do senhor, que era de subordinação direta, passam a ser substituídas pela do empregado e do empregador, que agora estão em “igualdade de direitos” no momento de contratar a relação de trabalho, por exemplo.

A justiça moderna está diretamente ligada ao Direito que, inexoravelmente, faz parte da estrutura do Estado.

Para John Rawls a justiça pode ser conceituada como “um equilíbrio apropriado entre exigências conflitantes” (Rawls, 2016, p. 12). Quando Rawls fala em um equilíbrio apropriado, que não seria nem o mais e nem o menos, faz crer que seu pensamento reporta ao pensamento de Aristóteles para quem a justiça é o meio-termo, conforme alhures apontado.

Rawls, além de conceituar a justiça, ainda, nos traz uma ideia de uma concepção de justiça que, segundo suas palavras, é “um conjunto de princípios relacionados que objetiva identificar as considerações relevantes que determinam esse equilíbrio” (Rawls, 2016, p. 12). Ou seja, a concepção de justiça busca, acima de tudo, explicar o conceito de justiça.

Para que haja este equilíbrio proposto por Rawls, imprescindível que os bens sociais estejam à disposição de todos os indivíduos que compõem a coletividade. “Os bens sociais, enumerando-os em categorias amplas, são direitos, liberdades e

⁴ O direito moderno, para efeitos deste trabalho, está compreendido a partir da Revolução Francesa até os dias de hoje, abrangendo, portanto, a Idade Contemporânea, mas sem perder de vista a herança da Idade Moderna propriamente dita.

oportunidades, bem como renda e riqueza” (Rawls, 2016, p. 110). O que mais se torna relevante e escasso na sociedade capitalista moderna é justamente a questão da oportunidade, mesmo porque renda e riqueza são consequências daquela.

Os direitos estão, formalmente, garantidos por um emaranhado normativo. Este mesmo emaranhado normativo garante a liberdade (de contratar, de ir e vir, de expressão, culto, etc.), todavia, mostra-se insuficiente e ineficiente para gerar as oportunidades apontadas por Rawls como bem social e, conseqüentemente, priva as pessoas dos demais bens sociais da renda e da riqueza, comprometendo, destarte, a realização da justiça.

Em sendo assim, ao menos conceitualmente, tem-se que a justiça, tanto para Aristóteles, quanto para Rawls, em sendo um equilíbrio (Rawls), um meio-termo (Aristóteles), mostra que a tradição se mantém firme no direito moderno, não obstante na antiguidade com um viés coletivista e hodiernamente sob um prisma individualista, típico do sistema capitalista.

Embora seja possível dizer que conceitualmente há esta sintonia na justiça da idade antiga e de nossos tempos modernos, na prática, parece muito mais complexo promover a materialização desta, porque, “justo é o que faz com que a justiça não seja um rol de verdades preestabelecidas, mas uma constante realização *prudencial*, no caso concreto” (Mascaro, 2018, p. 76), demonstrando que a lei formal estabelecendo hipóteses de incidência, como se tem hoje, não é, nem de longe, algo que se possa chamar de justiça.

Na verdade, os preceitos normativos que estabelecem direitos, em muitas das vezes, não passam de “letra morta”, incapaz de proporcionar o bem da vida, não porque o legislador foi omissivo ou ineficiente na produção da norma, mas porque o sistema político-econômico não está para isso.

3.1. Como materializar a justiça?

As questões que se levantam, são: como materializar esta justiça? Como fazer para que esta justiça idealizada possa chegar, efetivamente, na vida das pessoas? Isto é possível nos tempos modernos? O direito moderno caminha para isso?

Estas são algumas questões que são levantadas e que precisam ser resolvidas.

Desde a época de Aristóteles o direito não era suficiente para resolver todos os problemas da comunidade, que imaginasse fossem menos, embora fornecesse um

arcabouço normativo capaz de dar um norte para as tomadas de decisões. Afirmasse que o direito era incompleto porque Aristóteles tratou do instituto da equidade como forma de corrigir as imperfeições perpetradas pelo próprio direito, pelas leis que, muitas vezes, levava para a injustiça.

A interpretação normativa foi uma solução apontada como forma de resolver, ainda que parcialmente, o problema da aplicação das leis e, portanto, da realização da justiça.

O problema é que a interpretação das leis tem levantado muitos questionamentos sobre como controlar as ações dos juízes que são os aplicadores da lei. Afinal, o exercício interpretativo, inegavelmente, está carregado de subjetivismo. Como controlar isso?

Lenio Streck tem asseverado que “não há dúvida de que as decisões dos juízes devem ser (cada vez mais) controladas” (Streck, 2011, p. 241). Certamente, a preocupação é de manter um mínimo de segurança jurídica, refutando, destarte, uma ideia de estado (juízo) de exceção.

Silva tem afirmado que na modernidade, existe uma forte corrente de combate à tarefa interpretativa que levaria à equidade (*epieikeia*), tudo isso, em defesa da certeza e da segurança jurídica, ou seja, o juiz decide exatamente e conforme o texto da lei, fazendo valer o direito positivado, justo ou injusto, não importa.

No período da Modernidade, cumpre notar, o combate à tarefa interpretativa dos dispositivos legais (visando à certeza e à segurança) conduziu a um forte declínio do uso da noção de *epieikeia* aristotélica, porquanto redutora da previsibilidade, transformando-se a equidade em um elemento totalmente distinto daquele que se fazia presente no contexto do estagirita, mostrando-se importante tal cautela terminológica a fim de não se atribuir à equidade aristotélica o conteúdo da “equidade contemporânea”, ou o contrário.

A materialização da justiça depende de inúmeros fatores. A estruturação do direito material, a elaboração do direito processual, a eleição do aplicador do direito, a forma de interpretação da norma jurídica, a efetivação da decisão, etc. Todos estes momentos precisam ser controlados para que a justiça se concretize.

Porém, “como todos querem proteger seus próprios interesses e sua capacidade de promover a própria concepção de bem, ninguém tem motivo para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim de gerar um saldo líquido maior de satisfação” (Rawls, 2016, p. 17). Isso se dá, seja por parte do aplicador da lei (o Estado, através do judiciário),

seja pelas partes envolvidas. Por isso a tamanha dificuldade de se produzir um acordo numa demanda.

Nesta passagem, fica evidente que o individualismo é marca indelével do projeto do direito moderno, que prioriza o individual em detrimento do social, contrariando, desta maneira, o pensamento de justiça tratado em Aristóteles, que como se viu, tinha um caráter universalista, coletivista, social.

O conceito de justiça se materializaria se todas as pessoas fossem livres (não alienadas) e fundadas em preceitos morais que naturalmente lhes inclinassem para o justo. Daí que, de acordo com a teoria de Rawls, deveria se partir ou se retornar à posição originária para se ter uma justiça equitativa, pois *“según esta posición los principios de justicia son los principios que elegirían personas libres y puramente racionales, que sólo se preocuparían por su propio interés, si estuvieran en una posición de igualdad”* (Nino, 2015, p. 410), afastando-se, assim, os preconceitos que geram os conflitos, retornando à posição original onde todos fossem iguais.

Como o próprio Rawls disse, sua teoria se divide em duas partes, uma ideal e outra não ideal. Aquela, “consiste em princípios para lidar com ajustamentos a limitações naturais e a contingências históricas; e a outra, de princípios para enfrentar a injustiça” (Rawls, 2016, p. 305). Ou seja, num primeiro momento deveria haver a eleição de princípios tidos como justos, bem como, um comprometimento, pode-se dizer, incondicional, por parte das pessoas para viver em uma sociedade bem ordenada, formando a parte ideal e, no segundo momento, se elegeriam os princípios para combater as possíveis injustiças que fossem surgindo dentro da vida desta sociedade, o que parece um pouco distante de ser alcançado em nosso tempo moderno onde impera o individualismo egoístico.

Esta forma de pensar não está arraigada na mente das pessoas. E Rawls tem consciência disso, já que escreveu uma teoria da justiça. Na verdade, nosso direito moderno apresenta e formula uma ideologia com uma finalidade específica de fazer crer que a justiça se materializa com a aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, a subsunção do fato à norma é a materialização da justiça.

Alysson Mascaro, fazendo uma crítica ainda mais profunda, defende que o problema da justiça não está tão somente no direito em si, mas sim, num projeto estruturado por esta mesma burguesia que deu vida ao direito moderno, e que o mantém

com este arcabouço, porque atende a seus interesses, como classe, em detrimento de toda uma coletividade de trabalhadores que almejam, mas não alcançam, seu verdadeiro propósito de vida como ser humano, ou seja, ter uma vida digna conforme preceituam as constituições dos estados democráticos.

Argumenta que para a manutenção do projeto capitalista estruturado de acordo com os interesses da classe burguesa dominante, que não se mostra justa, estruturas são criadas para que “toda vez que a sociabilidade capitalista pode ser superada, mecanismos políticos antidemocráticos se apresentam e interferem nesse processo” (Mascaro, 2013, p. 88), evidenciando, todavia, que existe uma estrutura montada para que o sistema seja mantido como está, uma vez que atende ao interesse de poucos em detrimento das necessidades de muitos. É o que tem sido apontado como “formas”⁵.

Com efeito, o sistema está estruturado por estas formas que criam uma ideologia de que o direito está posto de maneira a distribuir a justiça social, dentro de um arcabouço normativo encampado pelas constituições dos estados, como norma maior, que se materializaria por ela própria e pelas demais normas do ordenamento, mas que “é necessário demonstrar, portanto, que os conceitos jurídicos gerais podem entrar e, de fato entram, como parte de processos ideológicos e de sistema ideológicos” (Pachukanis, 2017, p. 88) que, na verdade, aliena as pessoas, inclusive o legislador, a pensar que, de fato, o direito é justo. Afinal, “o homem, afastado de suas possibilidades plenas, está alienado de si” (Mascaro, 2018, p. 281). Não basta, destarte, pensar estar livre, quando, na verdade, impedido está de agir, ainda que seja um impedimento ideológico, o que parece ser o mais grave.

Como esta forma de pensar (ideologia) trata-se de um projeto estruturado para a manutenção da “ordem democrática”, assim chamada, que tem se mostrado favorável para poucos e pernicioso para muitos, “o neoliberalismo transforma a democracia liberal em uma retórica vazia, sem correspondência com a realidade social” (Valim, 2017, p. 33), defendendo um discurso de que a justiça se materializa pela lei, que dá direitos iguais para todos, sem discriminação de cor, sexo, religião, etc., quando, na verdade, a lei, em

⁵ As “formas” são denominações de estruturas existentes para a manutenção do sistema capitalista. Assim temos as formas políticas, jurídicas, sociais, etc. As formas sociais, segundo Alysson Mascaro, “são modos relacionais constituintes das interações sociais, objetivando-as. Trata-se de um processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias” (Mascaro, 2013, p.21).

muitos casos, é utilizada, na prática, como um instrumento de legitimação de injustiças e que é chancelada pelo Estado como detentor do poder “legítimo” de aplicador deste direito, utilizando-se, se preciso, da violência física e “legítima” em face de quem não está disposto a “obedecer”.

Na sistemática capitalista, o eixo orientador de tudo é a mercadoria. Tudo gira em torno dela. O Estado, o Direito, e por consequência a justiça, a Religião, a Política, etc., tudo orbita em torno do fenômeno mercadoria.

Alysson Mascaro explica, com propriedade, sobre a correlação da forma mercadoria com as demais formas sociais, asseverando que:

No capitalismo, a apreensão do produto da força de trabalho e dos bens não é mais feita a partir de uma posse bruta ou da violência física. Há uma intermediação universal das mercadorias, garantida não por cada burguês, mas por uma instância apartada de todos eles. O Estado, assim, se revela como um aparato necessário à reprodução capitalista, assegurando a troca das mercadorias e a própria exploração da força de trabalho sob a forma assalariada (Mascaro, 2013, p. 18).

Partindo da premissa de que tudo orbita em torno da mercadoria, que é produto do capitalismo, que o Estado é uma parte integrante deste sistema, e que o Direito, e por consequência a justiça, se materializa através do Estado, não dá para esperar pela justiça quando conflita com a mercadoria.

Pachukanis lança a crítica de que:

O pensamento jurídico em voga hoje, que coloca em primeiro lugar a norma como regra de conduta estabelecida autoritariamente, distingue-se pelo mesmo empirismo profundo que, como acontece nas teorias econômicas, vai ao encontro de um formalismo extremo totalmente desconectado da vida (Pachukanis, 2017, p. 101).

O Direito moderno, sendo fruto do capitalismo, não passa de um arcabouço normativo impingido para assegurar a “liberdade” contratual, o direito à propriedade privada, a garantir a livre circulação das mercadorias, a punir quem não trilhar por este caminho, “dado o fato de que a sociedade que gera o direito é estruturalmente cindida, explorada, dominada – portanto é estruturalmente injusta, (...) – o direito, que é um fenômeno decorrente dessa sociedade, é também injusto” (Mascaro, 2019, p. 185).

O Direito moderno, que é fruto do Estado Burguês - já que a burguesia ascendeu ao poder através da Revolução Industrial -, foi elaborado com esta finalidade muito

particular de organizar esta nova estruturação social, agora regida por classes. A classe burguesa, que detém os meios de produção, e a classe trabalhadora que detém a força de trabalho, se tornando mercadoria, como tudo do sistema capitalista.

Afinal, “a denominação de classe na sociedade burguesa não se apresenta de forma direta e imediata – como nas sociedades pré-capitalistas”, onde o escravo e servo se submetiam diretamente ao seu Senhor, aqui, “exigindo, ao contrário, um aparelho que se apresenta como poder impessoal que não funciona a serviço dos interesses privados de uma classe, mas que se põe como autoridade pública, distante e acima das classes, ou melhor ainda, ‘estranha’ a elas” (Naves, 2008, p. 79/80).

Em sendo assim, parece que a justiça, a verdadeira justiça difundida por Aristóteles, e também, por que não a ensinada por Rawls, não passa de uma justiça utópica, esperada por uma enorme massa de pessoas que ainda sonham em ter direito a uma moradia, de ir à escola, realizar tratamento de saúde, ou, talvez, ter o direito de, simplesmente, alimentar-se, já que muitos são privados até disso. “De fato há duas espécies de utopia: as utopias proletárias socialistas que têm a propriedade de nunca se realizarem, e as utopias capitalista que têm a má tendência de se realizarem frequentemente” (Foucault, 2013, p. 109), lamentavelmente.

Não se pode conformar com esta realidade quando se é possível desenvolver uma teoria-prática da justiça.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aristóteles já propugnava que a justiça e a equidade, embora não fossem a mesma coisa, estavam imbricadas uma à outra.

É que a justiça como resposta dada pelo direito ou por outra forma de resolução de conflito, deveria observar as relações entre partes, mas, sobretudo, o interesse maior que era o da comunidade, da polis, como se dizia.

A justiça aristotélica estava fundada no interesse do bem comum. A justiça moderna, embora com este discurso de bem comum, na verdade, está estruturada para manutenção da “ordem democrática” que atende ao interesse de poucos em detrimento das necessidades de muitos, e tudo isso com a garantia do Estado que é o detentor do

poder “violento”, porém legítimo, para fazer valer o direito legislado, ainda que não seja justo.

Aristóteles falava então da justiça absoluta, aquela advinda da natureza e, também, da justiça legal, aquela produzida pelos homens através do corpo legislativo. Aquela, por ser absoluta, estava acima de qualquer outra forma de justiça, já que era absoluta. Já esta, a justiça legal, por ser produzida por homens, um ente falho, que só era capaz de produzir leis que em alguns casos só conseguiria entregar uma justiça relativa, justamente pela deficiência na produção do direito legislado, às vezes dependia da correção equitativa. Neste caso, a equidade entraria como corretora, ou realizadora da justiça, fazendo, justamente, aquilo que o legislador pretendeu mas não foi capaz de fazer.

No direito moderno, embora se tenha um arcabouço jurídico extremamente complexo e de infinitas leis, da mesma forma, o legislador não é capaz de prever minuciosamente os fatos ocorridos no dia-a-dia das pessoas, sendo necessário, às vezes, recorrer ao equitativo legal. Aqui entra o processo interpretativo.

Ocorre, todavia, que hodiernamente, parece existir uma forte tendência à adoção da subsunção absoluta do fato à norma, sob a justificativa, fundamentada, de um combate ao subjetivismo daquele que irá decidir, como se isso fosse possível.

Assim, a justiça equitativa de Aristóteles e justiça legal do direito moderno, não obstante guardarem sintonia conceitual, não parece guardarem a mesma sintonia principiológica, uma vez que o direito moderno tem seu fundamento nos direitos individuais em detrimento dos direitos sociais, da comunidade, da polis, por assim dizer, como era no pensamento de Aristóteles.

Não se pode permitir o anacronismo do direito e, por conseguinte, da justiça, sob o fundamento de uma segurança jurídica institucionalizada, ou melhor, elitizada.

A efetivação da justiça passa não só por uma interpretação, mas por uma superação do próprio direito, que não se mostra justo em muitos casos levados a efeito.

Não se trata de negar o direito, mas sim de superá-lo, fazendo valer aquilo que Aristóteles defendeu como justo, o meio-termo, não referente ao objeto, mas aquele que diz respeito às pessoas, ao sujeito, de acordo com suas necessidades.

A materialização da justiça só se dará quando a virtude, que orienta as ações, se sobrepor ao justo legal, se isso for possível. Ou, talvez, se o imperativo categórico de Kant, seguindo a tríade moral-ética-direito, triunfar.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2017.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012.
FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas** (conferência). Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

HOBUSS, João. *Epieikeia* e particularismo na ética de Aristóteles. In **Revista ethic@**. Florianópolis, v.9, n. 2, p. 163-174, dez. 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2019.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito. um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2015.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paulo Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SILVA, Matheus Teixeira da. **A equidade aristotélica e a correção da lei.** In Revista brasileira de filosofia do direito. v. 4, n. 1, Jan/Jun. 2018. p. 40-57.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A equidade na Filosofia do Direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. In **Revista Espaço Acadêmico**, n. 128, jan/2012, p. 88-92.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo.** São Paulo: Contracorrente, 2017.