

© 2002 by Editora Atlas S.A.

1. ed. 2002; 2. ed. 2003; 3. ed. 2009



Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Set-up Time Artes Gráficas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ferraz Junior, Tercio Sampaio.

Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito /
Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5230-9

1. Direito – Filosofia 2. Justiça 3. Liberdade 4. Poder (Ciências sociais) I. Título. II.
Título: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.

02-222

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia	340.12
1. Filosofia do direito	340.12

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0_11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

6



Justiça como retribuição: da razão e da emoção na construção do conceito de justiça

A conexão entre *justiça* e *retribuição* deita fundas raízes na cultura ocidental, revelando até traços etológicos em seus modelos éticos. Embora, usualmente, as discussões sobre a noção de justiça precedam a questão da retribuição, como é o caso do problema referente ao caráter *justo* ou *injusto* de determinada pena ou de conseqüências atribuídas a um comportamento, o que pressupõe um conceito prévio de justiça, o estudo dos modelos retributivos, a contar da famosa regra de Talião, está na base da discussão da própria justiça. A concepção aristotélica da justiça como virtude de distribuição e retificação com base na igualdade proporcional tem a ver, sem dúvida, com a questão da retribuição.

A proporcionalidade do *valer um pelo outro* é, nesse sentido, um fator essencial nas discussões sobre a justiça. Mesmo quando o termo deixa o estrito campo de uma ética da virtude e passa, por exemplo, a uma ética de valores, ou ainda quando é tratado em sentido estrutural ou funcional (justiça como instituição, realização social da sociedade justa), o papel da proporcionalidade nas equiparações e diferenciações não deixa de ser relevante.

Na verdade, a proporcionalidade aponta para uma espécie de racionalização (ou, pelo menos, de certa razoabilidade de relações), cujo limite pode ser explicitado pela presença, às vezes simultânea, de emoções e de razões nos modelos retributivos. Afinal, *retribuição* não deixa de ter, mesmo na busca

da proporcionalidade dos termos em relação, uma conotação com vingança, desforra, o que confere à pena, por exemplo, uma permanente ambigüidade, donde a cautela em usar, como justa, a pena de morte ou, até, a renúncia a ela em termos de justiça.

Um interessante estudo de Walter Burkert sobre retribuição ("*Vergeltung*" *zwischen Ethologie und Ethik*, publicação da Carl Friedrich von Siemens Stiftung por meio da Mayo Miesbach Druckerei und Verlag, 1994) nos fornece pistas importantes para a elaboração de modelos de justiça. O estudo reporta-se a textos e mitologias da antigüidade, mas alcança questionamentos atuais, que merecem relevo.

Num vaso antigo, que está no Museum of Fine Arts, em Boston, vê-se Orestes matando Egisto, o assassino de seu pai; a sua esquerda, Clitemestra aproxima-se de seu filho com uma adaga; à esquerda dela, está Electra. A cena reproduz um ato de retribuição por um crime, retribuição que Clitemestra tenta evitar e que Electra, a irmã, aprova e induz. Na oposição do comportamento das duas mulheres está presente o próprio questionamento do sentido de justiça da retribuição excetuada por Orestes ou, dito de outro modo, a retribuição em questão aponta para uma manifestação da justiça e, de certa forma, pretende ser sua incorporação.

Na apreciação e explicação desse famoso episódio mitológico como ato de vingança e retribuição violenta, certamente surgiram conceitos como *expurgo*, *penitência* e *pecado*, que podem soar como arcaísmos. A aceitação atual da agressão, repressão e violência como base da retribuição parece algo do passado, de sociedades primitivas. Contudo, a agressividade, perceptível na expressão latina *vindex*, que aproxima o vingador do que reclama a justiça (donde o sentido ambíguo de *vindicare* que deu, em português, *vindicar* e *vingar*), e os vigentes princípios islâmicos da pena, vigentes apesar da indignação que provocam no Ocidente, parecem não ter desaparecido totalmente e, nos adeptos da pena de morte, não deixam de encontrar uma sutil presença.

Burkert assinala, assim, mesmo de encontro à moderna etnologia, que a etologia proporciona significativos casos de "retribuição" animal que, na aproximação com o comportamento humano, merecem uma reflexão mais detida. Principia por lembrar observações sobre chimpanzés da Tanzânia, dentre os quais ocorre que algumas fêmeas arrancam o filhote da mãe e o devoram. A mãe demonstra medo e procura evitar o ato. Mas o grupo nada faz para evitá-lo. Não há pena contra as fêmeas. A questão parece resolver-se quando as fêmeas canibais tornam-se mães.

Burkert contrasta esse caso com uma passagem do livro de Blixen (*Out of Africa*, de 1937) em que a autora retrata o comportamento dos Kikuyus, no Quênia. Para Tania Blixen, parece que estes não teriam nenhum sentido para as noções de justiça e pena, ao menos no sentido ocidental que elas assumem. Para os africanos, diz ela, só há um meio de sanear uma insanidade cometida: o dano deve ser indenizado, qualquer que ele seja. Destarte, o assassinio ou a lesão corporal é seguida de longas deliberações dos anciãos que, por meio de negociações, buscam determinar a indenização correspondente. Blixen, para seu espanto, não encontra, entre esses primitivos, nenhum “olho por olho, dente por dente”. Não há pena no sentido criminal. Apenas num sentido civil.

A autora, que apenas escreve um romance, talvez tivesse seu espanto diminuído se soubesse que, até a alta Idade Média, o direito dos povos germânicos retribuísse com penas pecuniárias mesmo os atos criminais mais pesados (cf. Achter: *Geburt der Strafe, Frankfurt a.M.*, 1951, p. 10 e 15, apud Burkert). A pena criminal, nesse sentido, só aparece entre os séculos XI e XII, não obstante o Velho Testamento proibir expressamente a indenização pecuniária em caso de assassinato (*Números* 35, 31-34).

Esse contraste entre a prescrição bíblica e o direito germânico faz Burkert retornar aos chimpanzés. Nestes, o observador não deixa de constatar contra-reações acompanhadas de irritação não só como contrapartida direta e imediata, mas mesmo quando algum tempo decorre: um comportamento “vingativo” pode ocorrer em face de um comportamento inamistoso, cometido na presença do chimpanzé dominante (chamado *Alpha*), horas depois, quando *Alpha* não está mais presente. Trata-se de reações *homeostáticas*, que asseguram a permanência de situações ambientais favoráveis a indivíduos e grupos, por meio de compensações e perturbações. O animal, num primeiro momento, foge, mas a fuga não é a estratégia mais eficaz. Daí vem a agressão, a contra-agressão, a pressão. Na agressão está contida a explosão de fúria, uma espécie de programação biológica que oferece, ainda que curta e não objetiva, uma resistência a forças contrárias.

Mas a agressão, mesmo entre os chimpanzés, parece estar controlada pela presença do chimpanzé *Alpha*. Ela é limitada por uma espécie de “hierarquia” grupal. A quebra da “hierarquia”, por sua vez, é “punida”. O *Alpha* reage à insubordinação, ao que se ligam fortes emoções. Às emoções submetidas a controle, dos subordinados, contrapõe-se a emoção sem limites do “chefe”, o que explica as lutas agressivas em disputa da posição superior.

Em contraste com o comportamento animal, os Kikuyus ou os povos germânicos desenvolvem uma espécie de procedimentalização das reações que, de um lado, permite a sociabilização dos processos (que corresponde ao sentido de *sanção* como estabelecimento cerimonial da retribuição) e, de outro, o contacto com meios de pagamento que possibilita a indenização como troca. Ambas, a sociabilização e a indenização, pressupõem a língua (código significativo) e, com isso, uma homeostase por meio de um mundo objetivamente estabilizado (criado pela linguagem) onde ocorrem as negociações. Assim, os procedimentos retributivos dos africanos não são primitivos nem desenvolvidos. Primitivismo e desenvolvimento são conceitos impróprios ao caso. No ser humano, mesmo a vingança, por meio de *procedimentos com base lingüística*, torna-se orientada e dirigida, não obstante seu fundamento emocional.

Burkert, com base nisso, propõe, então, um importante levantamento filológico do campo significativo de palavras como *retribuição*, *pena*, *vingança*, o que faz com base no vocabulário dos gregos antigos.

A língua grega conhece diferentes expressões, das quais se ressaltam os termos *poine*, *timoria*, *kolasis* e *zemia*. Nenhuma dessas palavras deixa-se entender sem menção à conotação comum no sentido de aproximar *vingança* e *pena*, ao contrário do latim, em que *ulcisci* (vingar-se) não se confunde com *poena* e *multa*.

O grupo vocabular referente a *poine* e os verbos *timein*, *teisasthai* procedem da tradição indogermânica. As palavras latinas *poena* e *punire* são emprestadas da tradição grega, embora agregando conotações de punição criminal que o grego não conhecia. Neste, *poine* só tinha o sentido de indenização negociada como compensação de um dano. Assim, por exemplo, Zeus rapta Ganimedes e, como compensação (*poine*), oferece a seu pai dez lindos cavalos (Homero, *A Ilíada*, 5, 266, apud Burkert). Obviamente, havia a questão sobre se aquele que sofre o dano *aceita* a oferta, donde a negociação. Essa aceitação não tomava a forma de uma pretensão (processual) que não era decisiva nas negociações. O resgate (*apoina*) era, assim, um fortalecimento da *poine*, uma compensação pecuniária que se oferecia ao raptor onipotente, mas também a compensação que Zeus, todo-poderoso, oferece ao pai de Ganimedes, colocado, por força do rapto, numa posição "moralmente" superior.

Já a palavra *zemia* é forma dialetal de *demia* (de *demos*, povo), entendida como a sanção sociabilizada, aquilo que cabe ao povo. Nesse contexto, vingança e pena confluem: *timoros*, o vingador; *timoria*, a vingança ou pena; *timoreo*, eu

puno, eu vingó. Destarte, *tima-oros* é uma construção que exprime a *conservação da honra*. Trata-se de uma *satisfação* que visa a repor um *status* ofendido.

Na mesma direção, está a palavra *kolasis*. Literalmente, *kolasein* significa *podar*, “manter curto”, ato que se pratica com o uso da foice. Tecnicamente, a expressão tem uma conotação menos emocional que *timoreo* (eu puno, eu vingó). *Kolasis* é, por exemplo, cortar, num campo de trigo, uma espiga que se ergue sobre as demais, como, simbolicamente, aparece em Heródoto a propósito do tratamento que Trasíbolo dá a um enviado do tirano Periandros.

Essas observações filológicas permitem a Burkert distinguir entre dois modelos de retribuição. Um visa à equiparação de uma pretensão e de uma contrapretensão. O outro fixa-se numa hierarquia a ser protegida e mantida. O primeiro chama Burkert de *horizontal*; o segundo, de *vertical*. Ambos podem aparecer numa mesma regra: “concilia-te com quem te infligiu um dano, vingate de quem te ofendeu” diz Chilon, um dos sete sábios.

Ora, o modelo vertical, a *timoria* (e a *kolasis*), parece prolongar um modelo pré-humano, que pressupõe hierarquia e retribui agressivamente uma ameaça agressiva. Ao contrário, o modelo horizontal, a *poine*, parece pertencer exclusivamente ao gênero humano, à medida que se liga à língua e a um mundo objetivamente construído. Assim, as grandes emoções vinculam-se ao modelo vertical (*timoria*), não, porém, ao estabelecimento da *poine*, que ocorre por meio de negociações (modelo horizontal). Neste último, uma vinculação da emoção à *poine* até parece rebaixar o homem, significando sua regressão ao animalesco (“beber o sangue” do adversário, “ranger os dentes” como se vê em Homero, *Ilíada* 4, 33 ss. apud Burkert). Por isso, o autor entende que, do ponto de vista humano, o modelo horizontal é obviamente um dos *universalia* antropológicos, base de um largamente discutido fenômeno, o princípio da reciprocidade, que se apresenta como um dar e receber. Lembra, a propósito, o famoso ensaio de Marcel Mauss – *Le Don* – em que aquele princípio constitui uma forma básica da interação social.

Na prática da retribuição, porém, os dois modelos implicam-se. No prólogo do Código de Hamurabi está dito que o rei ali está “para que o forte não esmague o fraco”. Isso indica que, de certo modo, o modelo horizontal precisa do vertical e até se subordina a ele. Com isso, de algum modo, eles se interpenetram: a pena (*poine*) é quitada pela satisfação resultante da compensação. Daí a idéia de que vingar-se de quem faz uma maldade seja algo *justo*. Com isso, ambigualmente, a contra-reação enquanto contra-agressão toma também o caráter de câmbio, pagamento, compensação, indenização e reconciliação.

Explica-se, assim, a necessidade, no direito, de distinguir, civilmente, entre multa punitiva e multa compensatória. E também a dificuldade de esclarecer a diferença, de natureza, entre a pena criminal e a pena civil, bem como a resistência em aceitar-se a indenização pecuniária por danos morais.

A interpenetração entre os dois modelos de retribuição tem a ver, ao que nos parece, com as dificuldades experimentadas na definição da justiça.

Desde as mais antigas tradições, a simbologia da justiça traz a balança como um de seus símbolos mais constantes. O equilíbrio dos pratos (*ison*) parece trazer à justiça seu sentido nuclear. A balança, porém, não apenas *mostra* o equilíbrio, mas é também um instrumento apto, tecnicamente, para *alcançá-lo*. Ou seja, faz parte do sentido nuclear da justiça o procedimento de sopesar os atos e as compensações, portanto, o processo de dar e receber. A balança traz para a justiça o ritual da retribuição conforme o modelo horizontal. Implica, assim, a palavra, a discussão, a negociação. A importância da palavra na negociação das compensações, em vista da obtenção do equilíbrio, é ressaltada na representação romana da *Justitia*, cuja estátua apresenta a deusa sentada, segurando a balança com as duas mãos e de olhos vendados. Este último detalhe, se contrastado com as estátuas gregas, em que *Diké* tem os olhos abertos, mostra a importância do *ouvir* para o romano e, portanto, do exercício da palavra na discussão das retribuições. Por sua vez, o equilíbrio se alcança quando o fiel da balança está reto de cima a baixo (*de recto*, palavra que, no baixo latim, substituía o termo *jus*, dando origem às palavras *direito*, *droit*, *diritto*, *right*, *Recht*, *derecho*).

Na representação grega de *Diké*, há outro detalhe significativo: a deusa segura a balança com a mão esquerda e tem, na direita, uma espada. Em nossa cultura, é corrente tanto a expressão *balança da justiça* como *espada da justiça*. Se a balança traz para a noção de justiça o modelo horizontal da retribuição, a espada parece ter a ver com o modelo vertical. Afinal, “fazer justiça” é o que se pede ao julgador, ao patriarca, ao rei, ao juiz, ao tribunal. A presença da espada, na simbologia da justiça, enfoca a retribuição de um outro ângulo. Talvez se possa distinguir aí justiça de poder, como faz Foucault (*Surveiller et punir – Vigiar e punir*, trad. bras., ed. 1977, p. 45) ao ver na aplicação de penas supliciantes, nas monarquias do século XVIII, um cerimonial de restabelecimento da *soberania* ferida e não de restabelecimento da *justiça*. De certo modo, *Diké* pressupõe *ison* (equilíbrio). Mas, para mantê-lo, ela tem de usar de *Kolasis* (poda, corte, exclusão), em última instância, o banimento e a pena de morte.

A interpenetração dos dois modelos pode ser vista, com propriedade, na noção romana de guerra justa. A exigência de uma indenização (*res repetere*) era um pressuposto do *bellum justum*, conquanto, ao final, servisse ao estabelecimento e à expansão do *Imperium Romanum*. Embora um povo guerreiro, o romano separava a função do *praetor*, que tinha a ver com o exercício de autoridade na distribuição de justiça, da função do *judex*, que fazia cumprir a pena.

Mas a discussão da interpenetração entre o modelo horizontal e o vertical da retribuição no conceito de justiça é ainda mais forte na própria disputa sobre *ison*, sobre o equilíbrio, sobre a igualdade, dita proporcional por Aristóteles e por ele vista como o cerne da justiça.

Aristóteles via a justiça como virtude, portanto como ação que aperfeiçoa a conduta (natural) do homem na busca do Bem que lhe é próprio, em particular daqueles bens que têm a ver com a convivência e em que o excesso (*hybris*) deve ser evitado. A justiça como virtude tem, pois, a ver com a ação de retribuir e seus correlatos: atribuir, distribuir. A busca entre um mais e um menos é submetida ao critério da proporção (analogia) que vai ser buscado na matemática, donde a distinção entre justiça retificadora (a dois termos que se compensam, abstração feita dos sujeitos) e distributiva (a quatro termos, comparando-se os objetos e os respectivos sujeitos). Nessa comparação aparecia o conceito de *valor* (*axion*), substantivo que, por sua vez, decorria do movimento da balança (*agein* como *movimentar o contrapeso*).

Em Aristóteles, prepondera, sem dúvida, o modelo horizontal da retribuição na determinação do equilíbrio. A justiça tem, assim, ostensivamente, algo a ver com a “razão proporcional” (*ratio*, *logos*) e exige deliberação, escolha deliberada. Sente o filósofo, contudo, a dificuldade que surge no modo distributivo da justiça que pressupõe hierarquia e, portanto, o reconhecimento de dignidades diferentes entre os cidadãos. A ordem hierárquica traz para dentro da igualdade proporcional o modelo vertical da retribuição. Mais ligado à emoção, esse modelo perturba o equilíbrio proporcionado pela retribuição horizontal. Proporciona, ao conceito de justiça, um *quid* de irracionalidade.

Por sua vez, a manutenção da *justiça legal* ou universal, que em Aristóteles tem a ver com o exercício conjunto de todas as virtudes, pressupõe uma harmonia política. “A lei – diria ele – é um pacto e, como disse Licofrom, o sofista, é garantia recíproca do justo” (*Política*, V, 11,1280b). Na verdade, ela se confunde com alguma forma de ordem hierárquica. E aí tem lugar a pena de morte, típica retribuição vertical, que Platão vê como a eliminação do mal,

enquanto uma “enfermidade da pólis” (*Protágoras*, 322d). A morte, como pena, tinha a ver com “purificação”, com “saneamento” e ligava-se à prática da medicina enquanto técnica de manutenção da vida. Como tal, ela encobria a agressão, a violência, sob a forma de uma pseudo-retribuição horizontal. Nesse sentido, nota Burkert, a fórmula “sangue por sangue” era atribuída ao sacrifício de animais, com o que se alcançava uma reconciliação com os deuses. Não se tratava de vingança, mas de purificação. Assim, o sangue derramado era visto como uma forma de *lavar* (o espírito, a honra perdida). No mito de Orestes, Ésquilo atribui ao matricídio o modo pelo qual aquele se afasta das deusas da discórdia (Erínias) e, com isto, se reconcilia com a cidade. Reconciliação é troca (em grego: *diallage*, *synallage*, donde relação sinalagmática).

A morte é uma “solução final”, fortemente ligada à emoção. Experiência solitária e única na vida humana, a morte nega a vida. A compensação do crime de morte com a pena de morte instala, no conceito de justiça, a irracionalidade emocional. A experiência da morte é uma vivência do sujeito que morre e que os outros só podem observar, mas não vivenciar. Transformada em pena (objetiva), ela não pode ser medida nem sopesada. A pena de morte encobre a irracionalidade da retribuição vertical. Está ligada ao poder hierárquico e à manutenção da justiça como ordem legal, a *lex*, mas não, necessariamente, a *logos*. Serve à *timoria* como sua fórmula absoluta (manter a honra), não à *poine*.

A observação faz-nos ver, porém, que nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador de seu universo moral, foi destruída, posto que a *carência de sentido torna a vida insuportável*. Daí a idéia de que ou o direito é justo ou não há sentido em respeitá-lo. Watslawick et al. (*Pragmática de comunicação humana*, São Paulo, 1973) lembram, assim, a atitude de prisioneiros condenados à morte pelos nazistas por crimes políticos. Os que sentiam que seus atos tinham servido para derrotar o regime eram capazes de enfrentar a morte com serenidade. Mas os que tinham sido sentenciados por motivos banais (como um comentário irreverente sobre o *Führer*) reagem à morte com comportamentos dramáticos e desesperados. Sua morte parecia violar um princípio (retributivo e vertical) de justiça, o de que a própria morte deve ser significativa e não mesquinha.

Foucault assinala, ao examinar o suplício como pena (penas corporais dolorosas – chicotadas, mutilações, morte por decapitação ou por outros meios de graus variáveis de atrocidade), que a aplicação do suplício não deveria ser equiparada aos extremos de uma *raiva* sem lei. Ao invés de pura expressão de natureza emocional, os suplícios implicavam critérios, medidas de quantidade

de sofrimento. Haveria, nesse sentido, “um código jurídico da dor” (*Vigiar e punir*, p. 34). Assim, no açoite, o número de chibatadas, na mutilação, a parte do corpo a ser amputada, na morte na fogueira, o tempo de exposição etc., tudo relacionado com os correspondentes crimes. Nesse sentido, diz Foucault, a morte deveria ser vista, à época, como forma regulada e medida de suplício: desde a decapitação, em que o sofrimento (corporal) se reduz ao instante, até a fogueira, o esquartejamento, a roda, em que o sofrimento se prolonga, a morte-suplício era também uma arte de reter a vida no sofrimento e não apenas na cessação da vida.

O “código jurídico da dor”, porém, não chega a constituir um modelo horizontal. A liturgia do sofrimento tem antes a ver com a ostentação da ordem e não com uma reconciliação. É modelo vertical, ainda que camuflado por supostas mensurações.

Talvez por isso houvesse um pudor, em Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, V, 8, 1132b23-30), de aceitar o princípio de Talião (“olho por olho, dente por dente”) como uma forma de justiça. A equivocada imparcialidade e razoabilidade desta fórmula o impedia de nela ver uma espécie quer de justiça retificadora, quer de justiça distributiva. No fundo, era um princípio sem limites, incapaz de mover corretamente a balança (*axion*, valor). Não era medida, não cabia no equilíbrio de peso e contrapeso, próprio do modelo horizontal da retribuição que lhe serve de base para a concepção de justiça particular.

Na tradição romano-cristã, em que a justiça é vista também como virtude mas em que a virtude é ato de vontade, *justiça* como *voluntas*, vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu (Justiniano repetindo Gaio), a mútua implicação dos modelos é mais dramática. Tornada um atributo da vontade enquanto querer solitário e íntimo, portanto, do livre arbítrio (quer/não quer), a justiça particular de Aristóteles passa a depender da justiça legal e, em última instância, da lei divina (“*in temporalilege nihil est justum ac legitimum, quod non ex lege aeterna homines sibi derivaverunt*” – Agostinho – *De lib. arb.* cap. IV).

Assim dizia Paulo, na Epístola aos Hebreus (10,30): “Porque nós sabemos quem é o que disse: a mim {pertence} a vingança, e eu o recompensarei: e outra vez: o Senhor julgará o seu povo.” E na Epístola aos Romanos (12,19): “não vos vingueis a vós mesmos, ó caríssimos, mas dai lugar à ira, porque está escrito: a mim me pertence a vingança; eu retribuirei, diz o Senhor”.

A vontade humana, sede da justiça humana, é, na verdade, um poder-querer. Assim dirá Agostinho (*Confissões*, livro VIII, 9): “a alma ordena que queira – porque se não quisesse não mandaria – e não executa o que manda”. Observa,

no entanto, que a alma não manda terminantemente, pois se a vontade fosse plena, não mandaria. “Portanto, não é prodígio nenhum, em parte querer e em parte não querer, mas doença da alma. Com efeito, esta, sobrecarregada pelo hábito, não se levanta totalmente, apesar de socorrida pela verdade. Porque uma delas não é completa, encerra o que falha à outra.” Destarte, “a verdadeira justiça não existe salvo na república cujo fundador e governante é Cristo” (cf. *Cidade de Deus*, livro II, cap. 21).

Entende-se, assim, a justiça como vontade virtuosa, de retribuição equilibrada, mas ao amparo da ordem divina, da justiça divina. Ao contrário do deus aristotélico, a virtude da justiça também cabe a Deus. A vingança do Senhor é a confirmação de seu poder sobre todos e sobre tudo. Se no Antigo Testamento a esperança requer a hierarquia vertical, também o Novo, de certo modo, vive na expectativa do reino celeste, que não desconhece o juízo final. A justiça divina é uma justiça punitiva, em que a retribuição é vertical: não se trata de compensar os maus com o mal e os bons com o bem, mas de manifestar o Bem como ordem divina.

A justiça como *voluntas*, mais vertical que horizontal, conhece, no entanto, um temperamento importante: a *justiça como amor (caritas)*. Afinal, diz Agostinho (*Cidade de Deus*, livro XIV, cap. 28): “Dois Amores fizeram duas cidades: a terrena, fê-la o amor de si até ao desprezo de Deus; a celeste, fê-la o amor de Deus até ao desprezo de si.”

Na justiça como amor, recupera-se a dimensão da retribuição horizontal, conquanto num sentido muito peculiar que afeta a noção de equilíbrio.

O amor-*caritas* tem o sentido de renúncia, mas de uma renúncia que não é privação, mas plenitude. O amor cristão não tem, assim, uma compensação no amor do outro, mas na plenitude do amor divino. E a plenitude do amor divino explica que um Deus onipotente ofereça o sacrifício de seu Filho pela salvação dos homens.

O Deus punitivo dos cristãos (e dos judeus) conhece, então, uma outra dimensão retributiva no Deus misericordioso. Ao contrário dos deuses homéricos, amorais, moralmente neutros, o Deus bíblico possui uma qualidade moral: é justo e misericordioso.

Desta justiça misericordiosa fala Cristo. Na oração “Pai nosso” fala-se de “pecado” e de “devedores” (na versão atual, “ofensas” e “ofensores”). E pede-se perdão a Deus, assim como se perdoa o outro. Na justiça como amor, o perdão é uma forma retributiva peculiar. O “perdoai para serdes perdoados” implica

um “é preferível dar a receber”. A exigência de “dar a outra face”, de “amar os inimigos” implica, mesmo no plano econômico, um comportamento radical: “Dá a todo aquele que te pede; e ao que leva o que é teu, não lho tornes a pedir” (*Lucas*, 6, 30).

A justiça como amor pede, assim, uma retribuição horizontal descompensada. Não se trata nem de justiça retificadora nem de distributiva. Os Papas falam, então, de *justiça social*, em que, por exemplo, o salário não há de ser mera retribuição pelo equivalente trabalho, mas algo que mantenha a dignidade humana, ainda que à custa da mera remuneração do capital. Embora essa *justiça-caritas*, que tem no perdão o cerne da comutatividade, encontre na justiça divina sua retribuição exemplar (perdoai como Deus vos perdoa, amai como Deus vos ama), a justiça retributiva de Deus tem uma dimensão em que o modelo horizontal se reduz a um modelo vertical: o amor de Deus é infinito, sem medida, por isso perdoa tudo. Não obstante, o jogo da salvação entretém um jogo de poder: o homem, por sua vontade livre, pode recusá-la.

A dessacralização da vontade livre, na Era Moderna, traz para o conceito de justiça outros problemas. Assim, conquanto Hobbes veja na justiça uma virtude ligada à ciência dos contratos, seu exercício pressupõe a instituição da sociedade civil. Sem o Leviatã não há lugar para as retribuições horizontais. Sem a lei não há espaço para o justo e o injusto, cuja possibilidade de distinção dela decorre. Conquanto a lei positiva encontre no direito racional regras de equilíbrio, a retribuição vertical é decisiva. No Leviatã (Cap. XV), o fundamento da justiça está na lei da natureza que obriga a cumprir o pactuado (*that men perform their convenants made*). Só quando um pacto é celebrado há lugar para o justo e para o injusto. Assim, a natureza da justiça consiste em manter o pactuado. Mas a validade dos pactos só começa com a constituição de um poder civil suficiente para compelir os homens a respeitá-los. Na verdade, se a justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu, este *seu*, isto é, a propriedade, precede o justo e o injusto. A propriedade (de cada um) nasce com o pacto e onde não se erigiu um poder coercivo não há propriedade. Hobbes percebe, na justiça, o sentido da retribuição, quer na forma comutativa (*equality of value of things contracted for*), quer na distributiva (*equal benefit to men of equal merit*). Propriamente, no entanto, o valor de coisas contratadas (justiça comutativa) é medido antes pelo apetite dos contratantes, donde o valor justo, de fato, depende daquilo que eles estão dispostos a ceder. Do mesmo modo, o mérito não é devido por justiça, mas por graça, donde a justiça retributiva ser ato de *definir* o que é justo (que Hobbes prefere chamar de *equity*). O modelo

horizontal presente na retribuição depende, portanto, do pacto e este só faz sentido na base de um poder coercivo. Em última análise, o modelo horizontal pressupõe a instituição de um modelo vertical, que lhe dá sentido.

Em suma, se Hobbes reconhece que “*Convenants entered into by fear in the condition of mere Nature, are obligatory*” (ibidem), na base da retribuição horizontal está um elemento de violência e de medo. Por isso, sem a hierarquia a justiça não toma sentido. O medo, próprio da retribuição vertical, é condição de validade da retribuição horizontal. O sentido da justiça como retribuição proporcional torna-se racionalmente ambíguo enquanto reduzido a respeito ao pactuado por medo.

Em Rousseau, essa ambigüidade não é menos patente. Se a sociedade civil nasce com a propriedade (quando, pela primeira vez, alguém diz: isto é meu) e com isso sobrevém a desigualdade, a justiça torna-se um reequilíbrio por meio de retribuições horizontais. Sua possibilidade repousa no Contrato Social, que encarna a vontade geral, que está, racionalmente, acima das vontades individuais. A vontade geral tem por objeto o interesse comum enquanto as vontades individuais visam ao interesse privado, o mais e o menos que se cancelam mutuamente. Entres estes, a justiça é retribuição horizontal. Como a soma das diferenças entre os interesses individuais constitui a vontade geral (*O contrato social*, II, cap. 3), a vontade geral coloca as vontades individuais sob sua suprema direção. Entre ambas há um *quid* místico, que anuncia uma hierarquia da *Razão*. Conquanto na vontade geral se observe uma distribuição racional dos interesses comuns, que serve à igualdade civil e, portanto, se vale do modelo horizontal, a relação dela com as retribuições privadas é hierárquica e não admite resistência (Rousseau não aceita o direito de rebelião, pois a vontade geral nunca erra). Assim, o modelo horizontal se deixa contaminar pelo vertical.

O desenvolvimento do capitalismo, sobretudo no período entre 1770 e 1870, representou a crença na competitividade como fator básico de organização social. Do ponto de vista da justiça, as “leis naturais” pareciam, assim, uma espécie de razão sancionadora de uma série de retribuições horizontais. Quem trabalha duro recebe sua recompensa devida; o miserável, mais propriamente, o preguiçoso, tem por retribuição a miséria; a má reputação é a penalidade do bêbado. As objeções contra uma lei inglesa, vigorante entre 1795 e 1834 – *Poor Law* – que mandava conceder aos salários dos pobres um suplemento compatível com o tamanho de sua família, tinham por base aquele sistema “natural” de retribuição (cf. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*,

Oxford, 1979, p. 284). Anos depois, em 1861, Stuart Mill reconhece que a igualdade é a base da justiça. Contudo, faz observar que “*Each person maintains that equality is the dictate of justice, except where he thinks that expediency requires inequality*” (*Utilitarianism*, ch. 5, apud Atiyah, p. 289). Mas se justiça é igualdade, pergunta-se Atiyah, e se o único obstáculo a sua realização é *expediency*, até que ponto tolerar uma tal injustiça? Não sem razão se explicaria que os sujeitos da desigualdade logo passassem da defensiva à ofensiva, *com aumento de seu poder político*.

Talvez se possa, nas disputas em torno da igualdade como fundamento da justiça, ver um dramático apelo à justiça como retribuição justa conforme o modelo horizontal. Os conhecidos princípios materiais de justiça (a todos igualmente, a cada um conforme seus méritos, a cada um conforme seu *status* social, a cada um conforme suas necessidades, a cada um conforme o que lhe atribui a lei etc.) são fórmulas, porém, que ora pendem para o modelo horizontal, ora para o modelo vertical, ora combinam ambigualmente um com o outro, ora reduzem um ao outro. Isso faz da justiça, como valor, um conceito em que o racional e o emocional se misturam, não sendo sempre possível distingui-los. Por isso, há quem tome a justiça apenas como um *topos* (lugar comum) da retórica jurídica e política. No centro das disputas sobre seu conceito está, porém, um princípio de reconciliação com o outro, com todos, com os deuses, consigo mesmo. Por isso a perda do sentido da justiça é também perda do sentido da existência. Porém, se a reconciliação tem por base a restauração de uma ordem ou a retribuição dos pesos e contrapesos, emoção ou razão, eis um dilema que parece submeter o homem inapelavelmente.

Esta presença simultânea de emoção e de racionalidade nas discussões sobre a justiça merece, por último, uma curiosa e pertinente observação. Afinal, por que o sentido primeiro da justiça ou a sensibilidade humana para o justo e o injusto conduzem a pensar logo em equilíbrio, em igualdade, em reciprocidade, em proporcionalidade, conforme o modelo horizontal, e por que, até mesmo no modelo vertical, a busca das harmonias e das proporções, embora encubra a emotividade das hierarquias e das retribuições emocionais para o restabelecimento de um *status*, de uma ordem etc., não obstante revela essa forte conotação entre justiça e igualdade, balança, equilíbrio?

Na verdade, o sentimento de justiça em termos de um senso de igualdade/desigualdade parece alcançar os dois modelos dos quais nos fala Burkert. Se, de um lado, pode-se entender o sentido de longas negociações que precedem o estabelecimento de diferenças salariais em face das dificuldades, dos riscos,

do esforço exigido por diferentes trabalhos, o que confere um sentido ao *justo* salário em termos de um modelo horizontal, por outro lado, é muito curiosa a reação de uma grande cantora de ópera que, ao assinar um contrato, exige altos honorários, equivalentes a seu talento, mas, ao mesmo tempo, impõe uma cláusula contratual pela qual nenhuma outra estrela do *bel canto* receberá idêntica remuneração, caso em que o sentido para o equilíbrio proporcional está obviamente a serviço da hierarquia e da emoção (isto de fato aconteceu com a cantora Risë Stevens, em 1959, na *Ópera de San Francisco*, como nos relata Helmut Schoeck, *Der Neid*, Freiburg/Munique, 1966, p. 259).

O que se pergunta, enfim, é se na base das discussões salariais dos trabalhadores e da cantora, a igualdade proporcional como princípio retributivo horizontal (razão) ou como manifestação de uma ordem hierárquica vertical (emoção) não teria, enquanto senso de justiça, uma “fonte” comum.

Schoeck, em sua obra sobre a inveja, fornece uma interessante pista para essa discussão. A inveja, segundo analisa ele, é um dos temas nucleares da existência, ou melhor, da coexistência humana, posto que tem a ver com a comparação de um com outro. Ademais, a inveja provoca no grupo e no indivíduo o desenvolvimento de bloqueios e proteções que têm a ver com a sociabilização humana. Em princípio, o invejoso é percebido como perigoso e destruidor. Por isso a resistência social contra a inveja está representada em contos infantis, em provérbios, em expressões, em julgamentos preconceituosos de determinadas figuras. Tal é o caso de contos como o da Branca de Neve, vítima da inveja da rainha, ou de expressões como *olho gordo*, *mau olhado*, ou de condenações de bruxas à morte pelo fogo ou a prevenção contra pessoas estranhas etc.

A inveja é um sentimento ambíguo, porém, não há invejoso sem o outro, embora um invejoso queira tudo menos relacionar-se com o outro. Isso significa que o invejoso precisa do outro para que sua inveja tenha sentido, mas ele não quer o outro, pois a inveja que dele sente lhe cria uma sensação insuportável. Segue daí que quanto mais o invejoso se relacione com o outro, maior é a compaixão que tem de si próprio. E, curiosamente, o invejoso não deseja qualquer reciprocidade, isto é, a inveja do outro lhe é repulsiva.

É bom que se sublinhe, porém, que o invejoso não quer para si o que tem o outro. O invejoso não é um ladrão potencial. Ele apenas despreza o outro, quer até vê-lo desprovido do objeto de sua inveja, mas não quer este objeto para si (nesse sentido, inveja e cobiça são sentimentos diferentes). Não obstante, a intensidade da inveja depende da distância social entre o invejoso e o invejado, não, porém, do objeto-estímulo. Nesses termos, a inveja não é um

sentimento psicoindividual, mas psicossocial. Diferentemente da cobiça, ela não se alimenta de coisas, mas de relações.

Embora fundamental para a vida social, a inveja tende a ser submetida a um processo de recalque. Da inveja não se fala ou se fala dissimuladamente (“santa inveja”, “inveja no bom sentido”). Uma espécie de tabu, ninguém proclama sua inveja. A criança não é capaz de dizer aos pais “se vocês derem uma boneca para ela, eu vou ter inveja dela”, mas é capaz de quebrar a boneca da outra. Ou então de proclamá-la edulcoradamente, como um elogio: “que linda boneca você ganhou!”

Sendo um fenômeno da proximidade social, a inveja é um sentimento agressivo, que parte da consciência da própria impotência, mas que contém um fundo ligeiramente masoquista: o invejoso prefere prejudicar-se desde que o invejado sofra um igual prejuízo. O invejoso não aprecia, antes deprecia os valores materiais e espirituais do invejado, mas não se furtará em assumi-los, desde que isso possa denigrir o outro ou demonstrar-lhe sua mediocridade. Assim, portanto, o invejoso é autodestrutivo e passivo, mas pode, facilmente, tornar-se agressivo. Invejar, assim, é pronunciada-mente um ato de percepção. Percebe-se, com pesar, o bem-estar ou as vantagens do outro, sem que se possa concentrar a inveja num único objeto. Na verdade o invejoso inveja o outro e alterna os objetos assim que deixam de ser estímulos. Por isso é utópico tentar eliminar a inveja pela eliminação de um objeto estímulo (como a riqueza, as honrarias, o lucro etc.). Afinal, não são as diferenças objetivas entre os homens que provocam a inveja, mas a percepção subjetiva: *o invejoso vê aquilo que sua inveja lhe confirma!*

A inveja tem certa semelhança com o ciúme. Mas são notavelmente distintos. O ciúme é um sentimento que estruturalmente exige três indivíduos: o amante, o amado e o outro. À inveja bastam dois: o invejoso e o invejado. O ciumento agride o *suporte* de um valor (o outro), não o valor em si que ele até aprecia (ele sabe que o outro tem beleza, ou riqueza, ou simpatia e não despreza esses objetos: por isso sente ciúmes). Já o invejoso despreza e deprecia o próprio valor. Portanto, o ciumento é inseguro, no fundo ele até gostaria de ser tão belo ou tão simpático quanto o outro, mas como não é, a *presença* do outro o torna inquieto e agressivo. Por isso ele tende a esconder o amado do rival ou dos rivais, pois o ciúme é sentimento difuso: a insegurança faz com que o ciumento tenha ciúmes de quem quer que se aproxime (note-se, a propósito, que a expressão, em inglês, que designa o vidro opaco para as janelas do andar térreo das casas que dão diretamente para a rua é *jalous glass* e que, em fran-

cês, persiana se diz *jalousie*). Já o invejoso sente inveja mesmo quando o outro está ausente, sabe perfeitamente de quem tem inveja, mas tende a esconder-se do invejado ou, ao menos, a ocultar sua inveja, ao contrário do ciumento que procura mostrar, sem pejo, ao rival, o seu ciúme.

Na inveja há, pois, um sentimento de inferioridade, de impotência, de desejo de prejudicar que o torna dissimulado. Nas mitologias grega e romana não havia *um* deus da inveja: *todos* eram invejosos! Por isso os homens escondiam dos deuses sua felicidade ou sua alegria, com medo de que algum deus invejoso lhas tomasse. Mas entre os gregos, num mundo sem acaso e dominado pelo destino, os raios de Zeus não deixavam de manifestar a inveja do deus irado porque alguém, tendo cometido uma falta, *dali estivesse a tirar algum proveito indevido*.

Na verdade, embora a inveja seja destrutiva, desequilibrada, emocional, pois não é diretamente proporcional ao valor absoluto do invejado – muitas vezes uma desigualdade mínima provoca enorme inveja – o invejoso manifesta uma expectativa contra a desigualdade. Isso tem uma importante consequência para o equilíbrio social e sua manutenção: quanto mais uma norma, uma regra social incomoda, tanto maior é a vigilância de uns sobre outros para que ninguém dela escape. Perante a inveja, privilégios são sempre odiosos. E injustos!

Com efeito, embora em tudo haja um sentimento negativo, a inveja também tem um sentido positivo para a coexistência. Ela tem a ver com controle social. Veja-se, por exemplo, a função importante exercida pelo denunciante. A justiça criminal ou a justiça pública de modo geral precisa da inveja latente de todos contra todos, que pode explicar a razão pela qual alguém que nada tem a ver com o sucedido (um crime, uma fraude) seja capaz de denunciá-lo sem daí tirar nenhum proveito. Como se houvesse um sentimento do tipo: *se eu não mato e não me aproveito das vantagens do crime* (ainda que essas vantagens estejam só na cabeça do criminoso), o criminoso não pode deixar de ser punido: *ninguém* deve matar! A mesma inveja latente e difusa explica também a busca do equilíbrio proporcional das retribuições civis. A igualdade, como cerne do sentimento do justo e do injusto, tem por base essa inveja positiva, chamada inveja-indignação (Bacon a chamou de inveja pública) que, como sentimento, não é diferente da inveja em geral, mas que acaba exercendo uma função positiva no controle social. Ela conduz a exigir compensações e, por ser dissimulada, leva à negociação e à busca do justo e do correto como equilíbrio e harmonia.

Não sendo, em princípio, racionalizável – as reações por inveja não são proporcionais aos objetos que a estimulam – a justiça, em termos de um modelo vertical, não tem critérios universais que expliquem e justifiquem as diferenças hierárquicas que fundamentam as retribuições punitivas. A dissimulação da inveja esclarece, assim, que os modelos verticais sejam encobertos por explicações ideológicas (soberania, justiça divina, *vox populi*, *vox dei*, dignidade – igual – de todos os seres humanos etc.) que estão na base de diferentes concepções de justiça com forte predominância do emotivo. Mas, de outra parte, o homem é capaz de superar o temor que tem da inveja dos outros e, não obstante, afirmar a sociabilidade como compensação protetora: se a sociabilização significa para cada indivíduo uma perda da individualidade, ainda que parcial, cada qual, em sociedade, participa da desindividualização de todos. Essa função positiva da inveja provoca, afinal, a elaboração de princípios racionais de compensação e retribuição, conforme um modelo horizontal.

A deusa grega Nêmesis era considerada inimiga da felicidade exagerada, mas os gregos viam nela uma capacidade de enxergar a correta medida das coisas. Assim, se dissimulavam suas alegrias por temor da deusa invejosa, nem por isso deixavam de lhe atribuir a virtude de um princípio: de que os seres podem ser mensurados e de que há uma mensuração justa.