

H. L. A. HART

DIREITO,
LIBERDADE,
MORALIDADE

TRADUÇÃO DE
GÉRSÔN PEREIRA DOS SANTOS

Impressão e distribuição: Editora Forense

H. L. A. HART

Professor da Universidade de Oxford

**DIREITO,
LIBERDADE,
MORALIDADE**

Tradução do original inglês,
com notas e introdução, por
GÉRSON PEREIRA DOS SANTOS

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre/1987

Título original:
Law, Liberty and Morality
Oxford University Press – 1968

Tipo de Aquisição <i>compra</i>
Adquirido de <i>FABRIS</i>
Data Aquisição <i>16/12/94</i>
Preço <i>740</i>
Registro <i>0.228-391-3</i>
Data Registro <i>6-3-1995</i>
BU/DPT
0.228.391-3

(Elaborada pela equipe da Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS)

Hart, Herbert L. A.
Direito, liberdade, moralidade. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Fabris, 1987.
102p. 22cm.

1. Direito – Moral. 2. Moral – Direito. 3. Moral social. 4. Moral sexual. I. Santos, Gerson Pereira dos, trad. II. Título.

CDU 34:172
172:34
172
176

Índice para catálogo sistemático

1. Direito : Moral 34:172
2. Moral : Direito 172:34
3. Moral social 172
4. Moral sexual 176

34:172
H

Reservados todos os direitos de publicação, em língua portuguesa,
total ou parcial, a
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Miguel Couto, 745
Caixa Postal 4001 – Telefone (0512)33-2681
90650 Porto Alegre, RS – Brasil

SUMÁRIO

Principais Trabalhos do Autor	7
Introdução	11
Prefácio	29

I

A Coerção Legal da Moralidade	31
Incitamento à Corrupção da Moral Pública	35
Prostituição e Homossexualidade	40
Moral Positiva e Crítica	44

II

O Uso e Abuso de Exemplos	51
Paternalismo e Repressão Moral	55
A Gradação Moral da Punibilidade	59
Imoralidade Pessoal e Indecência Pública	62
As Teses da Moderação e do Rigor Extremo	69

III

Diversidades de Constrangimento	75
Retribuição e Denúnciação	81
Preservação da Moralidade e Conservadorismo Moral	88
Populismo Moral e Democracia	94
Conclusão	99
Bibliografia Seleccionada	101

PRINCIPAIS TRABALHOS DO AUTOR

1. *The adscription of responsibility and rights*. Proceedings of the Aristotelian Society, 1948-49, 49: 171-194. Tradução italiana de Vittorio Frosini (L'Ascrizioni di responsabilità e di diritti), in *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milão, 1964, p. 5-36.
2. *Definition and theory in jurisprudence*. (Aula de posse, a 30 de maio de 1953, na Cátedra de *Jurisprudence*, na Universidade de Oxford.) Clarendon Press, Oxford, 1953, e 70 *Law Quarterly Review*, 1953. Trad. italiana de Vittorio Frosini (Definizione e teoria nella giurisprudenza), vol. cit., p. 37-79. Trad. castelhana de Genaro R. Carrió (Definición y teoría en la ciencia jurídica), in H.L.A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 93-138).
3. *Is there knowledge by acquaintance?* Proceeding of the Aristotelian Society, Suppl., 1949, 23: 69-90.
4. *Law and the modern mind*. Revisão crítica do livro de J. Frank, *Mind*, 60, 1951, p. 268-70.
5. *A logician's fairly tale*. In *Philosophical Review*, 1951, 60: 198-212.
6. *Sign and words*. In J. Holloway, "Language and intelligence", *Philosophical Quarterly*, 1952, 2: 59-62.
7. *Philosophy of law jurisprudence in Britain (1945-52)*. *American Journal of Comparative Law*, 1953, p. 355-64.
8. *Introduction*. Introdução à obra de J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, Weindenfeld & Nicholson, Londres, 1954, VII-XXI.
9. *Are there any natural rights?* In *Philosophical Review*, 1955, 54: 175-91. Tradução castelhana de Genaro R. Carrió, "Hay derechos naturales?", "Derecho y moral" (cit.), p. 93-104. Tradução italiana de Vittorio Frosini, "Esistono diritti naturali?", vol. cit., p. 81-104. Trad. castelhana no México, F.C.E., "Filosofía política",

- trad. de E.L. Suárez, p. 84-105. Reimpresso, em inglês, em *Society, law and morality*, Prentice-Hall, E.U.A., F.A. Olafson (ed.), 1961.
10. *Blackstone's use of the law of nature*. In *Butterworths South African Law Review*, 1956, p. 169-74.
 11. *Should the death penalty be abolished?* In *The listener*, 1956, 55, p. 87 e segs.
 12. *Murder and the principles of punishment: England and the United States*. In *Northwestern University Law Review*, 1957, 4: 433 e segs.
 13. *Analytic jurisprudence in mid-twentieth century: A reply to professor Bodenheimer*. In *University of Pennsylvania Law Review*, 1975, 105: 933-75.
 14. *Legal and moral obligation*. A. I. Melden (ed.), *Essays in moral philosophy*, Univ. of Washington Press, Seattle, 1958, p. 82-107. Trad. italiana de Vittorio Frosini, "Obligazione morale e obbligazione giuridica", vol. cit., p. 167-199. Trad. castelhana de J. Esquivel e L. Alfonso Órtiz, "Obligación jurídica e obligación moral", Cuadernos de Crítica, Inst. de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1977.
 15. *Legal responsibility and excuses*. "Determinism and Freedom". Proceedings of the First Annual New York University Institute of Philosophy, S. Hook (ed.), Nova Iorque, 1958.
 16. *Positivism and the separation of law and morals*. Harvard Law Review, 1958, 71: 593-629. Trad. italiana de Vittorio Frosini, "Il positivismo e la separazione tra diritto e morale", vol. cit., p. 105-66. Trad. castelhana de Genaro R. Carrió, "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", vol. cit., p. 1-64.
 17. *Decision, intention and certainty*. Em colaboração com S. Hampshire, in "Mind", 1958, p. 143 e segs.
 18. *Dias and Hughes on jurisprudence*, Journal of the Society of Public Teachers of Law, 1958, p. 143 e segs.
 19. *Immorality and treason*. The listener, 30 de julho de 1959, p. 162 e segs. Reimpresso in R. Dworkin, *The philosophy of law*, Oxford University Press, 1979, p. 17-37.
 20. *Scandinavian realism*. *Cambridge Law Journal*, 1959, p. 233 e segs.

21. *Prolegomenon to the principles of punishment*. Proceedings of the Aristotelian Society, 1959-1960, 60: 1-26.
22. *The concept of law*. Clarendon Press, Oxford, 1961, 9. ed. em 1978. Trad. alemã de A. von Balyer, "Der Begriff des rechts", Suhkamp, 1973; trad. italiana de Mario A. Cattaneo, "Il concetto di diritto", Turim, 1965; trad. castelhana de Genaro R. Carrió, "El concepto de derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977; 2.ed., Ed. Nacional, México, 1980.
23. *Negligence, mens rea and criminal responsibility*. Oxford Essays in Jurisprudence, A. Guest (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 29 e segs.
24. *The use and abuse of the criminal law*. Oxford Lawyer, 1961, p. 7 e segs.
25. *Bentham (Lecture on a mastermind)*. "Proceedings of the British Academy", 1962, p. 297-320.
26. Crítica ao livro de Oliver Wendel Holmes, *The common law*, The New York Review of Books, 1963-4, 4: 15-6.
27. *Kelsen visited*, UCLA Law Review, 1963, 10: 709-728.
28. *Law, liberty and morality*. The Harry Camp Lectures, Oxford University Press, Londres, 1963. Reedições em 1968-69-71-75-78. Trad. e introdução italiana de G. Gavazzi, *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968; trad., introdução e notas em português, Gérson Pereira dos Santos, *Direito, liberdade, moralidade*, Sergio Antonio Fabris (ed.), Porto Alegre, 1987.
29. *The morality of the criminal law* (Duas conferências: "Changing Conceptions of Responsibility" e "The Enforcement of Morality"). Lionel Cohen Lectures, Magnes Press, Hebrew University, Jerusalém, 1964; Oxford University Press, Londres, 1965.
30. *Social solidarity and the enforcement of morality*. University of Chicago Law Review, 1967-68, 35: 1-13.
31. *Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1968 (reimpressões em 1970, 1973, 1978).
32. *Kelsen's doctrine of the unity of law*. Ethics and social justice, M. K. Munitz (ed.) e H. E. Kiefer, p. 171-99. Vol. 4 do "Contemporary philosophic thought: The international philosophy

- year conferences at Brockport"; State University of New York Press, Albany, 1968-70.
33. *Ihering's heaven of concepts and modern analytic jurisprudence*. Ihering's Erbe: Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Ihering Göttingen, 1970, p. 68 e segs.
 34. *Bentham in the United States of America*. *The Journal of Law and Economics*, 1976, vol. XIX (3): 547 e segs.
 35. *American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream*. *Georgia Law Review*, 1977, vol. II, 5: 969-89.
 36. *Utilitarianism and natural rights*. *Tulane Law Review*, 1979, 3: 663-80. Trad. castellana de Juan Ramón de Páramo, 'Utilitarismo y derechos naturales'. *Anuário de Direitos Humanos* (1981), Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1982, p. 149-68.
 37. *Essays on jurisprudence and philosophy*. Clarendon Press, Oxford, 1983.

INTRODUÇÃO

H. L. A. HART E A "ANALYTICAL JURISPRUDENCE"

I

"Entre as obras que contam na formação do pensamento jurídico contemporâneo, daquelas em que busquei inspiração, estímulo e sugestões para meu trabalho e que ponho, com prazer, em mãos dos estudantes, encontro, exclusivamente, obras de juristas: *Science et techniques en droit privé positif*, de Gény; *Die juristische Logik*, de Ehrlich; *Reine Rechtslehre*, de Kelsen, até chegar às mais recentes: *The definition of law*, de Kantorowicz; *On law and justice*, de Ross; *The concept of law*, de Hart."

NORBERTO BOBBIO - *Nature et fonction de la philosophie du droit*, 1962.

O Editor Sergio Antonio Fabris, responsável pelo aparecimento, entre nós, de grandes mestres internacionais do Direito na atualidade, tais como Marc Ancel, Mauro Cappelletti, Wessels, Lorde Scarman, Lon L. Fuller, Jan Schapp, Fritz Baur e Eduardo Couture, solicitou-me, de modo irrecusável (porque resultante o pedido de uma amizade e de uma confiança recíprocas), a tradução do presente trabalho do Professor Herbert L. A. Hart. A solicitação se me apresentava como um desafio, afinal aceito, malgrado a temeridade da empreitada. Recordei-me, de imediato, que Genaro Carrió, na poliantéia em que reuniu três trabalhos de Hart (*Positivism and the separation of law and morals, Are there*

any natural rights? e Definition and theory in jurisprudence), traduzindo-os, disse que não era “*sin temor*” que o fazia. Por outro lado, também procedendo à tradução desses mesmos estudos e, ainda, de *The ascription of responsibility and rights e Legal and moral obligation*, todos de Hart, Vittorio Frosini assinalou sua dificuldade “*di trasferire il discorso inglese in quello italiano, sostituendo a vocabuli e a modi di dire inglese, quei vocabuli e quei modi di dire, che potessero asolvere alla stessa funzione significante nella trama linguistica italiana*”. Por que não registrar, então, o meu próprio receio, ao traduzir as páginas que se seguem?

O desafio aceito parecia, portanto, temerário, mas importava — quem sabe? — na oportunidade de o anônimo tradutor de agora pôr às mãos dos estudantes brasileiros a obra de um autor vigoroso e original, revelando-lhes, ao mesmo tempo, alguns aspectos do sistema jurídico anglo-americano, conhecido dos doutos, mas, infelizmente, ainda não suficientemente conhecido por muitos estudiosos do Direito desta parte da América. Há, ao que parece, uma inexplicável indiferença para com as elaborações jurídicas do mundo de língua inglesa. Digo “inexplicável” porque a língua e a literatura insulares são devidamente prestigiadas em todo o mundo. Qualquer estudante, em qualquer nação culta, acompanha a evolução da literatura inglesa, sendo, inclusive, capaz de, passo a passo, fazer uma viagem de retorno até aos seus primórdios para reencontrar aquele universo chauceriano povoado de *Monks, and Friars, and Canons, and Ladies Abbesses, and Nuns...* ou, quiçá, rememorar as efabulações de um tempo proustianamente perdido, quando Caedmon, lá na Abadia de Whitby, gerava sonhos, ou quando, mais distante ainda, Bede, “o Venerável”, ouvia, próximo ao Monastério de Jarrow, o murmúrio das águas do Tyne... tal como em outra época, e em outro lugar, o velho Tibre sussurrara a Enéias, e lhe contara coisas do Lácio e do sítio que iria ser erguido em Alba Longa... Quem não recorda essas coisas e tudo mais, e antes do mais, o sentido universal da cultura inglesa? Se a Inglaterra, em determinado momento, incorporou às suas “humanidades” o classicismo das letras românicas (cf., no particular, os livros de Helen Waddel *A book of medieval latin e The wandering scholars*), foi resistindo, tanto quanto pôde, à romanização

de seu direito, ao contrário da Alemanha, que, espontaneamente, se impôs a si mesma essa romanização.

Em discurso proferido perante o *American Law Institute*, em 1925, Benjamin Nathan Cardozo, o grande magistrado que sucedeu, na Suprema Corte Americana, a Oliver Wendel Holmes, ofereceu, sob a forma de uma parábola, a seguinte pérola: "Swift, em seu *Tale of a Tub*, faz um pai legar a cada um dos três filhos um casaco novo. 'Deveis compreender', disse-lhes o pai, 'que estes casacos têm duas virtudes: a primeira é que com bom uso ficarão novos e perfeitos, enquanto viverdes; a segunda é que crescerão na mesma proporção dos vossos corpos, alongando-se e alargando-se, de maneira a estarem sempre ajustados'. Parece-me que o *common law* é um desses casacos, ou, pelo menos, foi tratado assim. O corpo que ele devia proteger cresceu; e nós fomos criados na fé de que o casaco também cresceria. Assim parece, realmente, ter acontecido, pois o seu material é o mais elástico possível. Ainda agora, apesar de todo o uso e desgaste, é sempre um bom casaco, bom demais para ser rejeitado, embora os pontos em que espichou ou encolheu não tenham sido uniformes; as mangas talvez estejam um pouco curtas e as abas, desnecessárias e fora de moda, talvez um pouco longas demais. Façamo-lo novamente, de modo tão reverente quanto os nossos pais o fizeram para nós, e passemos-lo aos nossos descendentes" (Leda Boechat Rodrigues, "Notícia bibliográfica do autor", in Benjamin N. Cardozo *A natureza do Processo e a evolução do direito*, Porto Alegre, 1978).

Os normandos dominaram os anglo-saxões, em 1066, e lhe impuseram a dominação feudal, mas porque não tinham um direito evoluído, sequer leis escritas, apesar do domínio político, não puderam conter a formação de um "direito comum" (*common law*) entre os povos da Inglaterra, um direito apoiado na *influência harmonizadora e formativa* dos costumes e com *uma base de observância popular preexistente* (Carleton Kemp Allen, *Law in the making*, 7.ed., 1963), o que demonstra, de acordo com Allen, a procedência da distinção de Savigny entre os *Rechtsverhältnisse* espontâneos e sociais, que se estabelecem por inescrutáveis processos nas comunidades, e o *Juristenrecht*, a ciência erudita e lógica do jurista. Se o antigo direito anglo-saxão admitira, por vezes,

influências romanísticas (inclusive na Magna Carta de 1215), fundamentalmente, e enquanto sistema, o *common law* foi-se impondo nos pretórios como a revelação do direito existente na solução dos casos concretos. O “precedente” (*case law*) faz-se, de modo essencial, fonte do direito; apenas de maneira eventual ocorre a erupção das leis escritas (*statutes*). O costume não deriva a sua eficácia da autoridade do tribunal, e a sanção, por este imposta, é mais declarativa do que constitutiva. “Os juízes — diria o *Chief Justice Shaw* — devem recorrer às melhores fontes de informação, tais como os registros dos tribunais, as autênticas histórias de julgamentos, livros de relatórios, sumários e ementários de decisões, preparados por pessoas qualificadas e autorizadas, e aos tratados dos sábios da profissão, cujas obras possuem reputação firmada e correção”.

A equidade (*equity*) não esteve ausente do funcionamento normal do sistema judiciário dos ingleses: seu aparecimento estava ligado aos poderes de livre jurisdição do rei ou da rainha; tendo-os perdido para os tribunais do *common law* podia, então, o monarca valer-se dos poderes residuais que lhe restavam. O *imperium in imperio* competia aos tribunais reais de justiça. Para Bracton, os preceitos romanos já haviam definido a equidade como “*rerum convenientia quae in paribus causis paria desiderat iura et omnia bene coaequiparat*”. É igualdade — acrescentaria Kemp Allen (op. cit.) —, “e a virtude de um tribunal de justiça é ser igual, enquanto que a virtude de um homem de justiça é ser justo”. Se uma postulação podia deixar de ser acolhida pelos tribunais ordinários, com fundamento no *common law*, podia, todavia, obter uma reparação equitativa na *Chancery*, por meio de solicitação de *quia timet* ou em autos por Sir Edward Coke chamados de *brevia anticipata* (uma espécie de procedimento preventivo ou cautelar). Nos Estados Unidos, “quer o *common law* quer a *equity* foram, após a independência, recebidos como elementos distintos do sistema jurídico; e, em consequência, a sua aplicação foi confiada a tribunais distintos. Mas gradualmente a fusão dos tribunais foi-se consumando, de modo que hoje nenhum interesse tem já reportar uma solução à *equity* ou ao *common law*” (José de Oliveira Ascensão, *As fontes do direito no sistema jurídico anglo-americano*, Lisboa, 1974). Na Inglaterra, porém, as

solicitações aos *Chancellors* (causadoras da *ad hoc decision-making*) foram tratadas diferentemente. O Rei James I, no início do século XVII, em “conflito” que se estabeleceu entre o Lorde Chanceler Ellesmere e Sir Edward Coke, *Chief Justice* do Tribunal do Rei (*King’s Bench*), pronunciou-se a favor do primeiro. Pouco a pouco, advieram as reformas, e a *Supreme Court of Judicature* ofereceu Emendas oportunas. Mas as revisões mais expressivas viriam a ocorrer em nossos dias, em 1965 e 1981, ainda que sem alterar, porque não poderiam fazê-lo, qualquer matéria sobre a lei substantiva. Todas essas revisões, com as exaustivas anotações, se encontram no volume *The supreme court practice*, mais conhecido como *White Book*. A agilização dos processos e a contenção das custas foram devidamente consideradas pelos Comitês de Reforma (P. F. Smith/S. H. Bailey, *Modern english legal system*, 1984). Os *Theft Acts* de 1968 e 1978 e 15º Relatório sobre Transgressões Sexuais (*15th Report on Sexual Offences*), de 1984, demonstram que o sistema criminal não foi esquecido no âmbito das reformas.

Para George P. Fletcher, o Direito criminal é uma espécie de filosofia política e moral, sendo seu principal problema a justificação do uso do poder coercitivo do Estado contra pessoas livres e autônomas (*Criminal law is a species of political and moral philosophy. Its central question is justifying the use of the state’s coercive power against free and autonomous persons*). Para o autor de *Rethinking criminal law* (Boston/Toronto, 1978), o vínculo com a Filosofia moral deriva de uma resposta ao problema da justificação quanto ao uso do poder de punir do Estado; se uma condição racional ou limitativa da sanção punitiva é, do ponto de vista pessoal, recomendável, uma teoria legal, então, se compagina com os fundamentos filosóficos acerca da infração, culpabilidade, circunstâncias e justificativas. E, após analisar as múltiplas doutrinas a propósito da pena, bem assim as críticas recentemente opostas por Rawls, Nozick, Dworkin e Unger, observa: *More than a decade ago, H. L. A. Hart helped to stimulate this search, first, by limiting the principle of utility to the justification of the criminal law as a whole; and further, by demonstrating that the criminal law lends itself to rigorous philosophical analysis*: “Há mais de uma década, H. L. A. Hart ajudou a estimular esta investigação: primeiramente, limitando o prin-

cípio utilitário à justificação da ciência penal como um todo; por fim, demonstrando que a ciência penal possibilita, por si mesma, a precisa análise filosófica" (ibid., p. XX).

Há no direito anglo-americano três espécies de infrações: *treasons*, *felonies* e *misdeemeanours*. No "direito comum", fixou-se, inicialmente, a *treason* sob duas formas: *high treason* e *petty treason*. O *Treason Act*, de 1351, limitou a primeira modalidade a sete hipóteses (cf. *Osborn's concise law dictionary*; Blackstone, "Commentaries", vol. 4). *Petty treason* consistia na morte do marido pela mulher, na morte de superior praticada por prelado, ou na morte do senhor praticada pelo servo. *Felonies*, na Inglaterra, eram os delitos que acarretavam o confisco da terra ou dos bens e, originalmente, eram sempre punidos com a pena capital. À *misdeemeanour* jamais se aplicou a pena de morte. A *felony* alcançava os casos de assassinio (*murder*), homicídio, incêndio, roubo, furto, *burglary*, sodomia, rapto e lesões corporais graves. Se, nos Estados Unidos da América, não havia um critério uniforme para estabelecer a distinção entre *felony* e *misdeemeanor* (*sic*), na Inglaterra, em face de idêntica dificuldade, o *Criminal Law Act*, de 1967, passou a considerar como integrativas das *misdeemeanours* todas as infrações antes admitidas como *felonies*. A vigente lei penal do Estado de Nova Iorque classifica as *felonies* em cinco classes, A, B, C, D e E, subdividindo a classe A em A-I e A-II; as *misdeemeanours* estão contidas nas alíneas a e b, sendo que uma alínea (c) é destinada às *unclassified misdeemeanours*.

Teoricamente, entre os ingleses, os crimes são de ação penal pública; a atividade persecutória desenvolve-se em nome do Estado, isto é, da rainha (*Regina* ou, simplesmente, *Reg.*). Daí os enunciados: *Reg. versus John Smith*, *Reg. versus Richard Denver*, etc. Admite-se, também, uma *private prosecution*, desde que a parte firme a ata de acusação (*charge sheet*) e, pessoalmente, compareça em juízo para oferecer elementos plausíveis de prova; a acusação, propriamente dita, poderá ser confiada a um *solicitor* ou a um *barrister*.

Lord Leslie Scarman faz o elogio do *common law*. "O sistema não teria sobrevivido até o presente momento — acentua — se não possuísse grandes forças. Em primeiro lugar, sua independência: criado e

cuidado pelos juizes, não devendo nada na sua origem ao Parlamento, alegando ser um Direito consuetudinário (*customary law*), possui uma inerente resistência ao poder alheio, seja este dos magnatas ou dos sindicatos, dos reis ou dos departamentos do governo, ou mesmo do Parlamento" (*O direito inglês. A nova dimensão*, trad. de Inez Tóffoli Baptista, Sergio Antonio Fabris (ed.), Porto Alegre, 1978). Apesar disso, Scarman manifesta preferir que uma Comissão venha a estudar a exequibilidade de um programa capaz de mover o direito inglês de sua base atual a uma *statutory basis*, i.é, um código ou conjunto de códigos inter-relacionados. Em vez de um direito consuetudinário, suplementado e modificado por *statutes*, quer Scarman, na verdade, um direito apenas baseado na lei escrita.

II

"Durante a última metade de nosso século, a barbárie do homem contra o homem tem sido tanta que as liberdades e garantias mais essenciais e elementares foram negadas a um sem número de homens e mulheres culpados, se é que foram culpados de alguma coisa, somente por reclamar essas liberdades e garantias, tanto para eles, como para outros, negando-se-lhes, algumas vezes, estas pretensões, com a argúcia de uma justificativa em função do bem-estar geral da sociedade."

H. L. A. HART - *Utilitarianism and natural rights*, 1979.

Não tenho a pretensão de nesta *pièce de circonstance*, meramente introdutória, exceder as limitações de um exórdio para tentar explicar o pensamento do autor, cuja tradução ora se oferece. Ainda que a tanto me aventurasse, como poderia ignorar a observação de outros analistas, estes de longa cabotagem, quanto à dificuldade de qualquer êxito? Mohamed El Shakankiri, mestre na Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris, adverte que a posição de Hart é sutil e complexa,

impossível de ser resumida em poucas páginas; recorda, no entanto, as tendências da filosofia analítica na Inglaterra contemporânea e distingue, esquematicamente, duas grandes escolas: a de Cambridge, representada por Russel, Wittgenstein (o da *primeira fase*, é de esclarecer-se, quando ele encontrou Russel, em Cambridge, em 1912) e J. Wisdom; e a de Oxford, tendo como personalidade mais expressiva Austin (*Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart*, 1970). Entre nós, o admirado Vamireh Chacon também aludiu, com a conhecida proficiência, à renovação do liberalismo nas suas matrizes anglo-saxônicas e, mesmo, a um *neoliberalismo*, “a partir do setor mais renovador do *establishment* universitário anglo-saxônico, o sistema ‘Oxbridge’ – ‘Yvy League’, composto pelas Universidades de Oxford, Cambridge e da costa nordeste da Nova Inglaterra, principalmente Harvard”. E é ainda o autor de *Uma filosofia liberal do direito e O poço do passado quem coloca Hart no cerne dos debates que, então, emergiram*: “A discussão inicia-se em torno das posições positivistas de Herbert L. A. Hart, em Oxford, na realidade um positivismo mais jurisprudencial na linha empírica de John Austin, que apriorístico no esquema kantiano de Hans Kelsen, ambos discutidos por Hart. A partir deles, Hart propõe o ‘*principle of fairness*’, ‘princípio de respeito às regras do jogo’, algo como um ‘*pacta sunt servanda*’, mais um pacto social que um *a priori* metafísico” (*Introdução à edição brasileira de A theory of justice*, de Rawls, que Chacon traduziu).

Nos idos de maio de 1953, ao assumir, em Oxford, a cátedra até então ocupada por A. L. Goodhart – e que, volvidos quinze anos, passaria a Ronald Dworkin – asseverou H. L. A. Hart que o seu antecessor dera à teoria jurídica inglesa *frescor, vitalidade e penetração agudizada*, tendo estabelecido *a íntima conexão entre o direito e o resto da vida...* Poder-se-ia colmar em Hart a estrênuo preocupação em harmonizar, já à época, o pensamento científico... e *o resto da vida*. Depurando a pouco e pouco os conceitos com que trabalhava, Hart foi clarificando a natureza e estrutura do pensamento jurídico, reelaborando os níveis semânticos da linguagem do direito para além da crítica da ciência, enquanto política retórica. A influência de Austin na *desmistificação do caráter privilegiado que os filósofos e os lógicos haviam atribuído aos*

enunciados declarativos ou descritivos, às asserções ou proposições jurídicas lhe foi proveitosa. Por outro lado, significativos lhe pareceram os ensinamentos de Wittgenstein (o da segunda fase, que rejeitou a teoria essencialista do *Tractatus*), consoante explicitou em *"Thering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence"*, que apresentou ao Simpósio de Göttingen, em 1970.

The concept of law ("O conceito de direito"), de Hart, é, claramente, um bem elaborado e substancioso ensaio sobre a *"Analytical Jurisprudence"*. A partir, sobretudo, desse trabalho, revelaria o autor sua preocupação com a linguagem social, motivado sempre pela crença de que muitas importantes distinções — que não são, de logo, evidentes — entre diversos tipos de relações e situações sociais e jurídicas poderiam ser esclarecidas de modo mais rigoroso ou preciso, mediante a análise de usos típicos das expressões relevantes e do modo em que estas dependem de um contexto social que, amiúde, não se expressa. "A análise da linguagem tem em Hart — adverte Juan R. de Páramo (*H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, 1984) — como função primordial a análise social das instituições". Para Hart, *human legislators can have no such knowledge of all the possible combinations of circumstances which the future may bring. This inability to anticipate brings with it a relative indeterminacy of aim. When we are bold enough to frame some general rule of conduct (e.g. a rule that no vehicle may be taken into the park), the language used in this context fixes necessary conditions which anything must satisfy if it is to be within its scope, and certain clear examples of what is certainly within its scope may be present to our minds. They are the paradigm, clear cases (the motor-car, the bus, the motor-cycle), and our aim in legislating is so far determinate because we have made a certain choice. We have initially settled the question that peace and quiet in the park is to be maintained at the cost, at any rate, of the exclusion of these things. On the other hand, until we have put the general aim of peace in the park into conjunction with those cases which we did not, or perhaps could not, initially envisage our aim is, in this direction, indeterminate:* "os legisladores humanos não podem ter conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro possa deparar. Essa incapacidade para ante-

cipar traz consigo uma relativa indeterminação de propósitos. Quando ousamos formular uma regra geral de conduta (por exemplo, a regra de que não podem entrar veículos em um parque), a linguagem usada, nesse contexto, fixa as condições necessárias que qualquer objeto deve satisfazer para estar compreendido pela regra, e podemos pensar em certos exemplos claros do que, sem dúvida, caiba em seu âmbito. São os casos paradigmáticos, os casos claros (o automóvel, o ônibus, a motocicleta); e nosso propósito, ao legislar, está determinado, nessa medida, porque fizemos uma certa opção. Pensamos, inicialmente, que o problema da paz e da tranqüilidade no parque depende da exclusão daquelas coisas. Por outro lado, enquanto não colocemos o propósito geral de preservar a paz no parque em conjunção com aqueles casos que inicialmente não consideramos, ou que não podíamos considerar, o nosso propósito resulta indeterminado” (*The concept of law*, Oxford, 1978, p. 125-6). A mais interessante distinção analítica de Hart consiste na diferenciação de dois tipos de linguagem: o *aspecto interno* (e sua atitude associada, o “ponto de vista interno”) e o *aspecto externo* (“ponto de vista externo”) do discurso. A disjunção entre formalismo e ceticismo ante às regras foi definida por H. L. A. Hart como o *Scylla* e *Caribdis* da ciência jurídica. Analisa, ainda, a linguagem ordinária e refuta a ficção de uma língua matematicamente ideal ou artificial; defende, com ardor, a tradição humanista clássica de Oxford, o que não o impede de buscar, na interpretação da lei, enunciados formulados em linguagem natural, predicando-lhes valores de verdade e em correspondência com o mundo fático. Nessa direção, que poderia ser entendida como contradogmática, a figura de Hart, como a de J. L. Austin ou a de Wittgenstein, semelha a um marco para outros tantos estudos no âmbito multivariado das diferentes teorias da linguagem, inclusive nos recortes do modelo semiológico de Saussure.

Na apresentação que escreveu para o público brasileiro da principal obra de Walter Benjamin, observou Sérgio Paulo Rouanet que “se o universalismo fraudulento da ciência ou do sistema é impotente para salvar as coisas, é porque as homogeneiza, ignorando as diferenças entre seus elementos. Salvar as coisas – conclui – é preservar essas diferenças que se tornam especialmente visíveis nos extremos” (*Origem do drama*

do barroco alemão, São Paulo, 1984). A mensagem contida nestas páginas de *Direito, liberdade, moralidade* estimula a nossa reflexão na exata medida em que, por fora da homogeneização, verificamos que a ciência do Direito que nós, legatários de sua manifestação romanista, nos impusemos, vive dramaticamente entre a realidade das codificações e a realidade mais abrangente de que a expressão legislada é apenas parte.

No âmbito do Direito criminal (e este trabalho de H. L. A. Hart é, na plasticidade de suas modulações, uma mensagem também desta natureza), há quem, como Novoa Monreal, se preocupe com a exacerbação dogmática e seu conseqüente pequeno rendimento prático. De qualquer forma, o Direito penal pretende pôr as bases da vida social, fixar claramente o desvalor da ação proibida e sujeitar o autor desta ação a uma pena adequada à sua culpabilidade. A *ação proibida* apresenta-se, na síntese de Arthur Kaufmann, como manifestação responsável e sensível da realidade, com conseqüências causais domináveis pela vontade. No que concerne às infrações sexuais, concebe Hart um ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras sociais, e alude à supremacia e autonomia da moralidade crítica, conceito fundado em uma moral racional, que nada tem a ver com a conduta de adultos conscientes, quando a sós. Rawls lembrar-nos-ia que a justiça, enquanto equidade, requer que mostremos que os modos de conduta interferem com as liberdades básicas alheias, ou violam, de certa maneira, alguma obrigação, ou dever natural, antes que possam ser restringidas. E adunera: *When it is said, for example, that certain kinds of sexual relationships are degrading and shameful, and should be prohibited on this basis, if only for the sake of the individuals in question irrespective of their wishes, it is often because a reasonable case cannot be made in terms of the principles of justice* (“Quando se disse, por exemplo, que certos tipos de relações sexuais são degradantes e vergonhosos, e deveriam ser proibidos sob tal pretexto, é freqüentemente porque uma razoável argumentação não pode ser apresentada em termos de princípios de justiça”) (*A theory of justice*, 11.ed., 1981, p. 331).

H. L. A. Hart, dentre os temas pertinentes com a problemática das infrações sexuais, fala do escrito obsceno e como, na Inglaterra, se

tem manifestado a Lei Sobre Publicações Obscenas e, antes, ou além dela, a Câmara dos Lordes. Fala de *O amante de Lady Chatterley*, de D. H. Lawrence, por muito tempo considerado *res obscena*. Thormann e Overbeck afirmam (em *Das schweizerische Strafgesetzbuch*) que “pelo sincero e verdadeiro tratamento artístico de um assunto pode ser excluído o momento da obscenidade”. Seria este o caso da *Elegia XIX*, de John Donne? Poder-se-ia considerar como um momento demasiado forte para o *seiscentismo* aquele dístico final? Recorde-se: “*License my roving hands, and let them go/Before, behind, between, above, below*”...

Ao leitor brasileiro, principal destinatário da presente edição, vallem lembradas as palavras do Ministro Néelson Hungria, em seu *Comentários*, a propósito dos *crimes contra os costumes* (que se poderiam denominar *sexuais* ou *atentatórios do pudor individual ou social*). “Os crimes contra os costumes, escreve Hungria, divide-os o Código em cinco grupos. O primeiro destes obedece à subepígrafe ‘Dos crimes contra a liberdade sexual’, compreendendo o *estupro*, o *atentado violento ao pudor*, a *posse sexual mediante fraude* e o *atentado ao pudor mediante fraude*. O segundo grupo compreende a *sedução* (atentado à virgindade física e honra sexual da mulher adolescente) e a *corrupção de menores* (desintegração intempestiva da inocência ou pudor sexual). O terceiro grupo encerra as modalidades de *rapto* (atentado à regularidade da vida sexual familiar): *rapto violento*, *rapto fraudulento* (ou insidioso) e *rapto consensual*. No quarto grupo apresentam-se as modalidades do *lenocínio* (*mediação para servir à lascívia de outrem, favorecimento de prostituição e rufianismo*) e o *tráfico de mulheres* (atentados à organização social da vida sexual). Finalmente, no quinto grupo figuram as modalidades do *ultraje público ao pudor* (atentado à moralidade social média, sob o ponto de vista sexual): o *ato obsceno*, e o *escrito ou objeto obsceno*”.

No Brasil, a idéia de *descriminalizar* ocupa, em princípio, os espaços da nova lei penal, em sua *Parte Geral*, e tende a alcançar, com a revisão da *Parte Especial*, os delitos sexuais, sobretudo o *adultério* e alguns outros tipos de discutível incriminação. Tem-se pensado na pena, para que represente o máximo de eficácia, como devendo conter um

dano, ainda que mínimo. Mas, em sede dos delitos sexuais, parece que a linguagem imperativa e própria do Direito (e da Moral) perdeu muito de seu conteúdo de reprovação. Hart, em *Punishment and responsibility* (p. 4 e segs. e 97), alinha, numa pentaclassificação, os elementos constitutivos da pena. Deles, entretanto, não pretendo cogitar no momento. Quer no adultério ou na inseminação artificial heteróloga (às vezes chamada de adultério "del seme"), na sedução ou na corrupção de menores, em todos esses tipos há, sem dúvida, a manifesta reflexão de uma moral tradicional. Wilhelm Reich, em um dos prefácios que escreveu para o seu *Die sexuelle Revolution*, lembra que ao fundar a "Sociedade Socialista para o Conselho e Pesquisa Sexual", o que ocorreu em Viena, em 1928, "a simples idéia de que os jovens satisfizessem sua necessidade de amor num abraço natural era horrenda". Desde então, muita coisa parece ter mudado *situ et tempore*...

Agora, diz-nos Marilena Chauí, "os jovens parecem comportar-se invertendo ou negando ponto por ponto a moral sexual tradicional: recusam o casamento religioso e civil para se constituírem como casal; recusam o casamento como relação indissolúvel e permanente; negam a obrigatoriedade da procriação como finalidade da vida em comum, os filhos decisão e livre escolha do casal; negam a obrigatoriedade da fidelidade conjugal e a monogamia; recusam a profissionalização estável como condição para a vida em comum; recusam a dependência com relação às suas famílias de origem; negam a obrigatoriedade de possuir ou alugar uma casa com a disposição arquitetônica convencional, inventando sua própria morada; recusam a divisão sexual de papéis, dividindo tarefas domésticas e tendo vida profissional independente; valorizam a atração sexual ardente e a ternura, a amizade que os faz confidentes, sem que pais e mães tenham a antiga função de ouvir queixas ou dar conselhos" (Marilena Chauí, *Repressão sexual. Essa nossa (des)conhecida*, 1984, p. 139).

III

“O Direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação – enquanto desvenda progressivamente os impedimentos da liberdade não lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos e sua filtragem nas normas costumeiras e legais tanto pode gerar produtos autênticos (isto é, atendendo ao ponto atual mais avançado de conscientização dos melhores padrões de liberdade em convivência), quanto produtos falsificados (isto é, a negação do Direito no próprio veículo de sua efetivação, que assim se torna um organismo canceroso, como as leis que ainda por aí representam a chancela da iniquidade, a pretexto da consagração do Direito).”

ROBERTO LYRA FILHO – *Desordem e processo: um posfácio explicativo*, 1986.

A *descriminalização* dos crimes sexuais, segundo justificavelmente se depreende das colocações de H. L. A. Hart, resulta da inexistência de um *praejudicium alterius* e do fato de a conduta que se pretende incriminar ser de adultos aquiescentes. Poder-se-ia, no entanto, perguntar ainda: como punir o *lenocínio* (o *resorting*, lembrado pelo autor), se em todas as partes é sempre crescente o número de motéis de alta rotatividade? Ademais, como ignorar a observação de Fritz Baur de que a alusão a formas violentas ou fraudulentas de *lenocínio* constitui, sobretudo, produto de fantasia?

Em sua edição de 7 de julho de 1986, a revista alemã *Der Spiegel*, em matéria intitulada *Tendenzwende in der amerikanischen Justiz: Die Berufung konservativer Bundesrichter soll Reagans Gesellschaftspolitik auch über seine Präsidentenzeit hinaus garantieren*, aludiu a uma recente decisão da Suprema Corte que teria ocasionado séria e grave controvérsia na sociedade norte-americana, e em que se teria feito sentir a pressão conservadora do executivo da União, por intermédio do Presidente Reagan e do ex-Presidente Nixon.

O caso — que suscitou a manifestação do mais alto tribunal dos Estados Unidos — teve seus pródromos nos idos de agosto de 1982, quando Michael Hardwich se atrasou no pagamento de multa por haver sido encontrado bêbado nas ruas de Atlanta, Estado da Geórgia. Um policial, munido de mandado, entrou no quarto de Hardwick, e o encontrou praticando sexo oral com outro homem. O policial prendeu os dois, alegando violação de um *statute* que, na Geórgia, proíbe “qualquer ato sexual envolvendo os órgãos genitais de uma pessoa e a boca ou o ônus de outra” (pena: de um a vinte anos de prisão). O Promotor Lewis Slaton, do Condado de Fulton, recusou-se a instaurar processo, mas Hardwick, ainda assim, entrou com uma petição, solicitando um julgamento declaratório, no sentido de afirmar-se a inconstitucionalidade da lei. Em voto que foi apoiado pelo *Chief Justice* (nomeado) William Rehnquist e pelos Juízes Sandra Day O'Connor e Lewis Powell, salientou o então Presidente da Corte, Byron White: “O acusado pretendeu que proclamássemos o direito fundamental da prática da sodomia homossexual. A tanto nos opomos inteiramente”. Para a maioria, pois, a idéia de que “qualquer conduta sexual privada, entre adultos aquiescentes, estaria protegida pela Oitava Emenda, era indefensável”. Ficaram vencidos, na oportunidade, os Juízes Harry Blackmun, William Brennan, Thurgood Marshall e John Paul Stevens. Pela minoria, disse, então, o Juiz Harry Blackmun: “Privar os indivíduos do direito de escolherem, por si mesmos, como se haver em suas relações íntimas apresenta uma ameaça muito mais grave aos valores mais enraizados da história da nossa nação, do que jamais o faria a tolerância com a inconformidade”...

É possível que Marilena Chauí vislumbresse na decisão prevalecente uma *operação ideológica* em que, provavelmente, estariam camufladas contradições, “em nome de uma indivisão e de uma harmonia de direito que devem constituir a sociedade e a política” (Marilena Chauí, *Cultura e democracia. O discurso competente e outras falas*, 1981, p.31). Entretanto, na própria Suprema Corte, parecem ressoar as palavras de Jerome Frank a propósito do *realismo jurídico*, para o qual deve o direito pretender realizar propósitos sociais.

Depois de recordar que, para os ideólogos radicais, o direito se apresenta sob *suspeição*, como *simples cobertura superestrutural de*

relações sociais opressivas, entende José Guilherme Merquior que “a melhor maneira de reabilitar a lei frente às críticas é recordar a verdadeira natureza da autoridade. A justificativa mais válida da autoridade repousa no reconhecimento de que, muitas vezes, o homem se vê confrontado pela necessidade de escolher entre alternativas, nenhuma das quais é demonstravelmente correta ou universalmente preferida. Samuel Finer, de Oxford, definiu a ‘situação política’ como aquela em que um conjunto de pessoas requer uma política *comum* e em que, não obstante, as pessoas advogam, para servir de pauta comum, políticas mutuamente excludentes. Autoridade é, como se vê, o instrumento social de lidar pacificamente com essa ausência de acordo” (José Guilherme Merquior, *O argumento liberal*, 1983, p.132-3).

As páginas deste livro não nos revelam apenas o pensamento do mais proeminente dos *new analytical jurists*. Revelam, sobretudo, a sua atualidade e permanência. Bodenheimer analisou suficientemente as teses do Prof. H.L.A. Hart. Depois de fazê-lo, salientou: “*It is obvious that this view of the law avoids the one-sidedness of the Austinian command theory and seeks to construct a bridge between the imperative and sociological conceptions of law. Hart also attempts to mitigate the sharp confrontation that has often characterized the relation between legal positivists and believers in natural law. He concedes to natural-law theory that ‘there are certain rules of conduct which any social organization must contain if it is to be viable’ and that such rules do in fact constitute a common element in the law of all societies. He has, on the other hand, strongly defended the positivistic axiom that the duty of ‘fidelity to law’ embraces all rules which are valid by the formal tests of a legal system, although some of them may be decisively repugnant to the moral sense of the community*” (“É óbvio que esta compreensão do Direito invalida um dos pontos fulcrais da teoria austiniana, e busca construir uma passarela entre as concepções imperativas e sociológicas do Direito. Hart também procura temperar a agudizada confrontação que tem caracterizado freqüentemente a relação entre juspositivistas e jusnaturalistas. Concorde que na teoria do direito natural ‘existem certas normas de conduta que qualquer dada organização social deve preservar, se possível’, e que tais normas constituem, de fato,

um elemento comum ao direito de todas as sociedades. Mas, por outro lado, defendeu, ardorosamente, o axioma positivista, segundo o qual a dúvida quanto à 'fidelidade ao direito' abrange todas as normas formalmente válidas dentro de um sistema legal, ainda mesmo quando algumas delas possam ser tidas como decisivamente repugnantes ao sentimento moral da comunidade") (Bodenheimer, *Jurisprudence: the philosophy and method of the law*, 1981, p.105).

De um modo geral (inclusive no que tange a certas modalidades do aborto e do rapto), entre nós, a sanção penal tem-se revelado inócua e, até, temerária, por penetrar em área protegida pela liberdade de o (ainda) destinatário da norma dispor de sua própria sexualidade. Em determinadas formas de ilícitos sexuais, tais como o estupro, o atentado violento ao pudor e o rapto violento ou mediante fraude, a ultrapenalização, mesmo nas hipóteses de tentativas desses crimes, parece necessária.

Sirvam-nos de alento as lições deste livro na luta que devemos travar, dentro em breve, contra a adoção, já sugerida no Projeto de Código Penal (Parte Especial), da eutanásia, do impropriamente denominado aborto sentimental e da supressão cirúrgica da função generativa. Essas sugestões são estarrecedoras e não encontram o mínimo respaldo no vozeio da gente anônima... muito menos entre os que, por vocação ou obstinação, fizeram do Direito a razão maior de suas existências.

GÉRSO PEREIRA DOS SANTOS

PREFÁCIO

A Lei Sobre o Suidício (*Suicide Act*), de 1961, ainda que tenha afetado, tão-somente, as vidas de poucas pessoas, é algo como um marco em nossa história jurídica. É o primeiro Ato do Parlamento, por, pelo menos, um século, que tenta alterar o conjunto de sanções da lei penal, e busca alcançar uma conquista, de ordem prática, a um só tempo condenada claramente pela moral convencional cristã e punida pela lei. Muitos esperam que ao *Suicide Act* se sucedam, talvez, mais de espaço, outras medidas de reforma, e que certas modalidades de aborto, de comportamento homossexual entre adultos conscientes, observada a privacidade, e alguns casos de eutanásia deixem de ser considerados como infrações. Há os que pensam que, aqui, como na hipótese de suicídio, a desgraça causada, direta ou indiretamente, pela punição legal pesa bem mais do que os possíveis prejuízos que tais condutas hajam, por acaso, produzido. No entanto, o destino das recomendações do *Wolfenden Committee* não encorajam a convicção quanto a possíveis reformulações, em um futuro próximo, tal como se almeja. Nossa história tem mostrado, de modo muito claro, como é, comparativamente, fácil elaborar a lei criminal e como é excessivamente difícil modificá-la.

Os que advogam a reforma se sentirão, mais cedo ou mais tarde, envolvidos numa discussão geral quanto à própria finalidade da lei penal, e estas três palestras, proferidas, nos últimos anos, na Universidade Stanford, representam uma contribuição menor a essa discussão. Estão voltadas para a crítica de uma orientação expressa, com consistência marcante, durante os últimos cem anos, por influentes magistrados ingleses, em oposição aos argumentos em prol da reforma. Traduz, tal

orientação, o entendimento de que a lei penal pode, com propriedade, ser usada para punir a imoralidade, em si mesma, ainda que esta não ocasione prejuízo aos outros. Desvios da moral sexual convencional, tal como a homossexualidade, fornecem os mais expressivos exemplos e, conseqüentemente, o melhor de todos os pontos para esse debate. É por essa razão, e não porque tenhamos qualquer convicção de que outras modificações à legislação sejam menos urgentes, que estas palestras se preocupam principalmente com eles.

H. L. A. HART

NOTA DO AUTOR: As ponderações feitas no Prefácio, escrito em 1963, relativas às perspectivas de ulterior reforma da lei criminal se mostraram, em face de leis editadas em 1967, demasiado pessimistas. A Lei Sobre Delitos Sexuais (*The Sexual Offences Act*) estabelece que, com certas exceções, o ato homossexual, se praticado na privacidade, não deverá constituir delito, desde que as partes consintam nisso e tenham atingido a idade de vinte e um anos. A Lei Sobre o Aborto (*The Abortion Act*) pennite a um médico profissionalmente registrado realizar um abortamento, se dois outros médicos são de opinião que a continuidade da gravidez envolverá risco para a vida da mãe ou a sua saúde mental (um questionário na determinação do cálculo das condições da mãe deverá ser preenchido) ou, ainda, que há um substancial risco de que, se a criança nascesse, viria a sofrer de anormalidades físicas ou mentais, ou seria, por certo, portadora de incapacidades.

H. L. A. HART

I

A COERÇÃO LEGAL DA MORALIDADE

Estas palestras estão dirigidas a uma questão em torno das relações entre Direito e Moral. Digo, propositadamente, *uma questão*, porque, no calor da controvérsia longamente entretecida, quando Direito e Moral costumam ser tratados em conjunto, é freqüente a advertência quanto ao fato de não existir tão-somente uma questão em tais relações, mas as mais variadas, a necessitar, cada qual delas, uma análise separada. Assim, começarei por tentar distinguir quatro dessas mencionadas questões, identificando aquela com que aqui me preocuparei.

① A primeira questão é histórica e causal: "Teria sido o desenvolvimento do Direito influenciado pela Moral"? A resposta a esta pergunta é, obviamente, *sim*, o que não implica, de modo algum, que uma resposta também afirmativa não possa ser dada à pergunta inversa. "Foi o desenvolvimento da Moral influenciado pelo Direito"? Este último questionamento não tem conseguido, até agora, a adequada investigação, embora muitos e admiráveis estudos americanos e ingleses existam sobre a primeira das colocações, a demonstrar os múltiplos caminhos pelos quais a Moral foi determinando o curso do Direito, algumas vezes, furtiva e lentamente, informando o processo judicial; algumas vezes, ostensiva e abruptamente, influenciando na via legislativa. Nada mais direi, aqui, sobre essa questão histórico-causal, salvo para salientar que uma resposta afirmativa que venha a ser dada — e à questão inversa — não pode pressupor que uma resposta, por igual, positiva deva ser dada às outras diferentes indagações em torno das relações entre Direito e Moral.

(2) A segunda questão pode ser considerada analítica e conceptual: "Deve alguma referência à Moral integrar uma adequada definição do Direito ou do Sistema legal"? Ou "é um fato contingente que Direito e Moral freqüentemente se justapõem (como na proscricção da violência e da desonestidade) e compartilham um vocabulário comum de direitos, obrigações e deveres"? Ao longo da história da Filosofia do Direito há famosas referências, mas não tão importantes, talvez, a ponto de justificarem a tinta e o tempo gastos, tendo em vista as conclusões apresentadas. Duas circunstâncias colaboraram para que a indagação se tornasse interminável ou quase interminável. A primeira defluiu do uso reiterado de termos vagos como *Positivismo* e *Direito Natural*. Estandartes tremularam e partidos se formaram num ruidoso mas inconsistente debate. Em segundo lugar, apesar do alarido, muito pouco foi dito sobre os critérios de valoração e adequação de uma definição de Direito. "Poderia uma definição estabelecer, com clareza, aquilo que o homem comum entende quando se vale das expressões *Direito* ou *Sistema legal*"? Ou, como seria preferível, "pode a provisão legal, afastando certos fenômenos sociais de outros, fornecer uma proveitosa classificação, tendo em vista os seus propósitos teóricos"?

(3) A terceira questão diz respeito à possibilidade e às formas da crítica moral ao Direito. "Está o Direito sujeito à crítica moral"? Ou será que "a admissão de que uma norma é uma regra legal válida impede que essa norma possa ser condenada segundo os padrões e princípios morais"? Possivelmente poucos dos que me ouvem podem entender a eventual existência de uma contradição ou de um paradoxo na afirmativa de que uma regra legal considerada válida venha a colidir com princípios morais, pretendendo um comportamento contrário àquele exigido pela norma legal. Entretanto, em nossos próprios dias, Kelsen (1) argüiu que

1 - HANS KELSEN, *General theory of law and state*, p. 374-6 (NOTA DO TRADUTOR: No mesmo passo, Kelsen busca estabelecer a relação entre *direito positivo* e *moralidade*, entre *normatividade* e *faticidade*. Admite que, freqüentemente, o Direito positivo estabelece uma "delegação" a um certo sistema de moralidade, ao menos para regular determinadas relações humanas particulares, mas isso não importa em aceitar o Direito e a Moral como sistemas simultaneamente válidos, desde um mesmo ponto de vista. "O sociólogo ou o psicólogo estudam apenas o

existe uma contradição lógica em uma afirmativa desse tipo, a menos que se pretender, simplesmente, um informe autobiográfico ou um relatório psicológico, de modo a justificar ambas as inclinações, de obediência à lei, e de sua desobediência, por acatamento ao princípio da Moral.

Nessa terceira questão estão ínsitas muitas outras questões subordinadas. Mesmo que admitamos, tanto quanto possível, a probabilidade de uma crítica moral ao Direito, podemos perguntar se existem quaisquer formas de crítica moral que sejam apenas ou exclusivamente relevantes para o Direito. "Em termos de Justiça, pode a crítica exaurir todas as formas relevantes"? Ou "o bom direito exprime algo diferente e mais abrangente do que o *direito justo*"? "Será a Justiça, como Bentham parece haver pensado, simplesmente um nome para a distribuição eficiente de utilidade ou bem-estar, ou pode, por outro lado, ser reduzida a isso"? A adequação do utilitarismo, como uma crítica moral de instituições sociais, se encontra, decerto, aqui inserida.

(1) A quarta questão constitui o próprio estofó destas palestras e está relacionada com a coerção legal da moralidade; foi formulada de muitas maneiras diferentes: "O fato de que determinada conduta seja considerada imoral, de acordo com os padrões comuns, é suficiente para justificar sua punição pela lei"? "É moralmente tolerável a imposição da moralidade, em si mesma"? "Deve a imoralidade ser tratada como uma ilicitude"?

A essa questão John Stuart Mill deu uma vigorosa resposta negativa em seu ensaio *On liberty*, há cem anos. A famosa oração em que ele concebeu essa resposta expressa a doutrina central do seu ensaio. Disse: "O único motivo pelo qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é para impedir que ele cause mal aos outros" (2). Buscando identificar os diferentes temas que ele pretendia ferir, acrescentou: "Seu próprio bem, físico ou moral, não é uma garantia suficiente. Ele não pode

aspecto fático, não o aspecto normativo da moralidade e do direito; concebem tanto o direito como a moralidade como conjuntos de fatos, não como um sistema de normas válidas").

2 - *On liberty*, cap. I.

ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo porque, na opinião dos outros, isto não seria sábio nem mesmo correto" (3).

Essa doutrina, lembra-nos Mill, é válida para seres humanos somente "na madurez de suas faculdades"; não é para ser exercida com relação a crianças ou sociedades atrasadas. Todavia, tal preleção tem propiciado discussões acadêmicas sob dois diferentes e verdadeiramente inconscientes fundamentos. Alguns críticos contestaram que o limite estabelecido por Mill entre ações que podem sofrer interferência legal e as que não podem é ilusório. "Nenhum homem é uma ilha". Numa sociedade organizada é impossível identificar categorias de ações que não prejudiquem a quem quer que seja, salvo a quem, individualmente, as pratica. Outros críticos admitiram a validade da divisão proposta; entendem, contudo, como simplesmente dogmática a pretensão de Mill em limitar a coerção legal à categoria de ações que prejudiquem aos outros. Há ponderáveis razões — proclamam esses críticos — para se impor conformidade à opinião social, e para punir-lhe os desvios, mesmo quando a outros não prejudiquem.

Considerarei esse debate essencialmente conectado com a moral sexual, na qual, *prima facie*, parece plausível a ocorrência de ações imorais pela aceitação de padrões, sem que, no entanto, sejam tais ações prejudiciais a outros. Mas, para obstar equívoco, desejo fazer uma *advertência*. Não me proponho a defender inteiramente Mill. Creio, mesmo, que, em certos aspectos, talvez se justifiquem mais a coerção legal do indivíduo do que a prevenção do prejuízo alheio. De referência, porém, às conseqüências mais relevantes do controle da moralidade, Mill parece-me estar certo. É, naturalmente, possível admitir-se a coerção legal, pela sociedade, da moral aceita, independentemente de argumentos de justificação, uma vez que se trata de uma moral coativa. Os que criticam a Mill não têm, porém, recorrido a esta colocação contundente. Se, de fato, desenvolveram muitas ponderações diferentes, objetivando explicar a coerção da moralidade, o fizeram, como tentarei demonstrar, partindo de infundadas suposições, cuja plausibilidade se perde, por sem dúvida, na ambigüidade, na incerteza ou na imprecisão

3 — Ibid.

(ainda que não sejam totalmente vãs), quando submetidas à avaliação crítica.

INCITAMENTO À CORRUPÇÃO DA MORAL PÚBLICA

Nos últimos poucos anos, na Inglaterra, o problema de a lei penal poder ser utilizada para punir a imoralidade, "em si mesma", adquiriu uma nova importância prática. Para tanto, penso, contribuiu o florescimento daquilo que poderia ser chamado *moralidade legal*. Os magistrados, quer no exercício da atividade jurisdicional, quer em pronunciamentos extrajudiciais, desprezaram a orientação prevalente, e admitiram a coerção da moralidade sexual como uma parte indispensável da atividade jurídica, tão expressiva que um desses magistrados chegou a entender a supressão dessa atividade coativa como traição (treason).* Não está claro o que teria provocado o ressurgimento desse moralismo legal: muitos fatores teriam influído e, dentre eles, talvez, a floração da idéia de uma intimidação genérica das sanções como meio de reprimir qualquer forma de imoralidade e, assim, conter a espiral do crime com que estamos todos grandemente preocupados. Mas, qualquer que seja a causa, esse movimento de caráter pretoriano foi muito longe. No ano passado, a Câmara dos Lordes, no *Caso Shaw v. Director of Public Prosecutions* (4), levou em conta o que, para muitos, estaria sepultado desde o século dezoito: o entendimento firmado pela *Star Chamber*,** segun-

* - *NOTA DO TRADUTOR*: Cf. a *Introdução*, onde se busca esclarecer que, no direito inglês, há três categorias de crimes: *treasons*, *felonies* e *misdeemeanours*, admitindo o *common law* uma distinção entre *high treason* e *petty treason*.

** - *NOTA DO TRADUTOR*: Verdadeira Corte do Rei (*Aula Regis*), a *Star Chamber* (Câmara Estrelada) funcionou em Westminster; depois da divisão das *Courts of Common Law* e *Chancery*, veio a atuar como um tribunal de equidade, em matéria criminal. Por lei de 1487, teve sua constituição definida, integrando-a um representante do Estado e dois *Chief Justices*. Sua jurisdição jamais chegou a ser devidamente estabelecida, sendo certo que conhecia desde os distúrbios de rua até os atos contra as proclamações reais (*Royal Proclamations*). A *Star Chamber* foi formalmente abolida em 1640.

4 - (1961) 2 A.E.R., 446. (1962) A.C., 223.

do o qual um incitamento à corrupção da moral pública ("*a conspiracy to corrupt public morals*") constitui violação ao *common law*. Como consequência desse decisório, os órgãos incumbidos da persecução penal, na Inglaterra, podem, agora, enfrentar os problemas complexos já munidos do *dictum* de Lorde Mansfield, de 1774, que alguns julgadores do *Caso Shaw* invocaram em seus votos:

"Tudo quanto seja *contra bonos mores et decorum* está proibido pelos princípios de nosso direito, e a Corte Real, como censora e guardiã geral da moralidade pública, está autorizada a conhecer e punir" (5).

Naturalmente, o Código Penal da Califórnia, como os de muitos outros Estados da União, inclui em seu elenco de iliceidades o incitamento à ofensa da moral pública, podendo parecer estranho aos norte-americanos o reconhecimento dessa infração, pela Câmara dos Lordes inglesa, como representativo de um posicionamento inusitado. Entretanto, os norte-americanos se acostumaram, ao contrário dos ingleses, a incluir em seus *statutes* muitas disposições sob a forma de provisões criminais ineficazes, estando eu seguro de que, pelo menos na Califórnia, o incitamento à corrupção da moral pública, como um crime, é, indisfarçadamente, considerado letra morta. Isso não ocorre com os ingleses; tanto na aplicação atualmente feita da lei no *Caso Shaw*, quanto em suas pretendidas invocações para o futuro, na Câmara dos Lordes, em ambas as hipóteses, se pretende afirmar a eficácia e certeza da lei.

As circunstâncias fáticas que envolvem o *Caso Shaw* não provocam simpatia para com o acusado. O que se atribuiu a Shaw foi a composição e conseqüente publicação de uma revista chamada *Ladies Directory*, que fornecia nomes e endereços de prostitutas, fotografias de nus, em alguns casos, e a indicação codificada das habilidades de cada uma delas. Por isso, Shaw viu-se processar e, afinal, condenar pela prá-

5 - *Jones v. Randal* (1774), *Lofft*, p. 385.

tica de três infrações: 1ª) publicar matéria obscena; 2ª) tirar proveito da prostituição alheia, recebendo pagamentos pela publicidade inserida na *Ladies Directory*; 3ª) induzir a corrupção da moral pública por meio da *Ladies Directory*.

Tudo isso pode parecer apenas um tríplice esforço que objetivava, simplesmente, assegurar a condenação e o aprisionamento de Shaw, mas a legislação inglesa sempre se caracterizou pela austeridade. Os juízes da Câmara dos Lordes não apresentaram qualquer objeção aos argumentos quanto à incitação para a corrupção da moral pública; mas com apenas um voto discordante (o de Lorde Reid), confirmaram os pontos de sustentação da acusação, no sentido de que fora praticada uma infração ainda prevista na lei inglesa, e sublinharam que era uma coisa salutar que pudesse ser assim. Desenvolveram, durante o julgamento, amplas considerações sobre a matéria, o que não é comum entre os magistrados ingleses.

Pretendendo justificar a legislação criminal ressuscitada, um dos juízes (Lorde Simonds), antigo *Lord Chancellor*, proferiu a seguinte memorável oração:

“Quando Lorde Mansfield, discursando muito tempo depois de a *Star Chamber* haver sido abolida, observou que o Tribunal do Rei (*Court of King's Bench*) era o *custos morum* do povo, cabendo-lhe conhecer dos delitos *contra bonos mores*, asseverou então — como faço agora — a existência, naquela Corte, de um poder residual que nenhuma lei (*statute*) conseguiu retirar ao *common law*, desde que as ofensas se dirijam ao bem-estar público. Tais ocasiões não serão frequentes porque o Parlamento tem atuado sempre sem delonga, legislando, quando um seu pronunciamento é provocado. As lacunas, no entanto, persistem e persistirão sempre, porquanto a ninguém é dado prever cada vez que a iniquidade humana ocasionará a desestabilização da ordem social. Conceda-se-me tomar apenas um exemplo... Suponha-se que em qualquer momento do futuro, cedo talvez, práticas homossexuais conscientes, entre adultos varões, não remanesçam como ilícitos. Ainda que desprovidas de

obsценidade, poderiam tais práticas deixar de ser consideradas criminosas, se publicamente defendidas e estimuladas por panfletos e anúncios? Ou deveremos esperar que o Parlamento encontre tempo para cuidar dessas condutas? Digo, meus Senhores, que se o *common law* fosse incapaz de abrigar a matéria, não lhe poderíamos render reverência. Eu lhes asseguro, todavia, que a sua mão é por demais poderosa e que ele está, por intermédio dos Juizes de Sua Majestade, autorizado a desempenhar as funções que Lorde Mansfield lhe atribuiu" (6).

Essa é, sem dúvida, uma bela amostra da retórica judicial inglesa, ao estilo barroco. Viriam, mais tarde, os juizes a recusar, parcialmente, essa orientação, como um *obiter dictum*. Mas a interpretação a que chegou a Câmara dos Lordes — quanto à idéia excessivamente vaga e obscura de corrupção da moral pública — inspirou uma atitude no sentido de punir a imoralidade, em si. Colhendo-a, pôde o órgão julgador desenvolver uma concepção que a Câmara dos Lordes aprovou para o caso: não há limites impostos, na prática, quanto à necessidade de estabelecer barreiras ao que possa ser considerado como conspiração (*conspiracy*) ou como corrupção (*corruption*).^{*} Essas palavras vigorosas, como salientou Lorde Reid, eram "atenuadas", e tudo que devia ser perquirido é se o acusado concordou fazer ou dizer alguma coisa, que, segundo o órgão processante, importasse em "desviar, moralmente, a outrem" (7). Ademais, observou-se, não há necessidade de um efetivo contacto "público", nem que a moralidade questionada seja "pública", em qualquer sentido, a não ser naquele usualmente atribuído à moral.

Os juristas ingleses não conseguiram, ainda, precisar a relação entre essa ilicitude vastamente incluída no *common law* e nas leis que definem certos delitos específicos relacionados com a moral sexual. É, por certo, discutível que os órgãos aos quais se comete a persecução pos-

6 — *Shaw v. Director of Public Prosecutions* (1961) 2 *A.E.R.*, p.452-3 (1962) *A.C.*, p.268.

* — Cf. a *Introdução* à presente edição brasileira.

7 — (1961) 2 *A.E.R.*, p.461, 466. (1962) *A.C.*, p.282.

sam, eles próprios, beneficiar-se dessa ofensa ao *common law*, por não, estar prevista em lei ou nos estatutos da defesa. Assim, a lei (8) sob a qual os editores de *O amante de Lady Chatterley* (*Lady Chatterley's lover*), de D. H. Lawrence, foram acusados, sem êxito, na Inglaterra, estabeleceu, a partir do ano passado, que os assuntos pertinentes à ciência, literatura e arte, ou pesquisa, devem ser levados em conta e, provado que, em tais áreas, a publicação atende ao interesse público, inexistente ofensa à lei. No caso, a evidência quanto a tais méritos foi concordantemente admitida. Tivessem os editores por objetivo induzir à corrupção da moral pública, e o valor literário ou artístico do livro seria irrelevante, aceitando-se, porque procedentes, os argumentos da acusação. De igual modo, embora em legislação recente haja o Parlamento recusado a possibilidade de a prostituição, em si mesma, ser considerada crime, isso difere do aliciamento de homens na rua ou em lugar público (9), parecendo, portanto, que, aos tribunais, se faculta, de acordo com a doutrina do *Caso Shaw*, fazer o que o Parlamento não fez. Já foram manifestadas algumas apreensões, no particular (10).

A importância atribuída pelos juízes, no *Caso Shaw*, ao florescimento da idéia de que os tribunais poderiam funcionar como *custos morum*, ou como *censores e guardiães gerais dos costumes*, talvez tenha sido determinada por dois motivos. Primeiro, essa revivescência foi, certamente, um deliberado ato de polícia; para os casos antigos se contava com os precedentes plenamente permitidos, mesmo sob a rigorosa doutrina inglesa de "precedente", uma decisão, em qualquer caso. Segundo, os juízes pareciam dispostos a pagar um alto preço, em termos de sacrifício de outros valores, para a institucionalização — ou reinstitucionalização — dos tribunais como *custos morum*. O valor particular mais sacrificado é o princípio da legalidade que exige sejam as condutas delituosas definidas com a possível exatidão, de modo que se façam razoavelmente conhecidas, por prévia cominação, quais as ações tidas como

8 — *The Obscene Publications Act*, p. 461, 466 (1965) A.C., p. 282.

9 — *The Street Offences Act*, 1959.

10 — *Manchester Guardian*, 31 de janeiro de 1962; comentário sobre *Welsh v. Monahan* (1962) 2 W.L.R., 662. Cf. também, *R. v. Quinn* (1961) 3 W.L.R., 611.

puníveis e quais as consideradas penalmente lícitas ou indiferentes. Como consequência do *Caso Shaw*, virtualmente qualquer participação no delito pode ser tida como punível, se o órgão julgador a considerar, *ex post facto*, como imoral. Talvez o mais próximo correlativo dessa concepção na moderna ciência européia seja o fundamento colhido à lei alemã corporificada no período do nazismo, quando qualquer fato era passível de punição, na conformidade “das concepções fundamentais da legislação penal e da *sã mentalidade do povo*” (11).

Assim, enquanto Mill haveria de estarrecer por haver sido violada a lei no *Caso Shaw*, como se ela estivesse a autorizar demasiadas restrições à liberdade individual, Bentham (12) haveria de manifestar, a seu turno, o seu pavor diante do menosprezo aos valores legais de certeza e às conseqüências do que ele, Bentham, denominou “*lei ex post facto*” (13).

PROSTITUIÇÃO E HOMOSSEXUALIDADE

Há outros pontos de interesses no *Caso Shaw*. Final, que quer significar corromper a moral ou a moralidade? Deixarei, porém, para ulterior tratamento este ponto, a fim de ferir outro tema que, na Inglaterra, provocou, recentemente, discussão a propósito da coerção le-

11 – Lei de 28 de junho de 1935. (NOTA DO TRADUTOR: Recorde-se o que Schaffstein, de sua cátedra em Leipzig, proclamou: “A lei é o que o Führer ordena” (*Gesetz ist was der Führer befiehlt*). A expressão “*sã mentalidade do povo*” (*der gesunde Volksgeist*), usada no texto, integra a terminologia do credo nazista).

12 – *Principles of the Civil Code*, Parte I, Capítulo 17 (I Bowring ed., *Works*, 326).

13 – O *Caso Shaw* foi longamente criticado, nesses aspectos, por Glanville Williams, “Conspiring to Corrupt”, *The Listener*, 24 de agosto de 1961, p. 275; Hall Williams, 24 *Mod. L.R.* 631 (1961): “Judicial folly”, D. Seabome Davies, “The House of Lords and the Criminal Law”, *J. Soc. Public Teachers of Law* (1961), p. 105: “*uma egrégia performance*”. Esse trabalho foi saudado como “uma importante contribuição ao desenvolvimento do direito penal”, por A. L. Goodhart, 77 *Law Q.R.*, 567 (1961).

gal da moralidade, estimulando contributos no sentido de ficarem devidamente esclarecidos os princípios em jogo.

Muita insatisfação foi constatada, entre nós, com a lei referente à prostituição, bem assim com a pertinente à homossexualidade; em 1954, o órgão conhecido como *Wolfenden Committee* foi designado para apresentar um estudo sobre a situação legal. Em setembro de 1957, o Comitê, em relatório (14), sugeriu certas mudanças em ambos os tópicos. Com relação à homossexualidade, foi recomendado, por doze votos a um, que as práticas homossexuais entre adultos consencientes, observada a privacidade, não permanecessem como crimes; por outro lado, decidiu-se, unanimemente, recomendar que, não constituindo, em si, a prostituição uma ilicitude, deveria a legislação incriminá-la, se praticada nas ruas, porquanto o assédio a cidadãos comuns era um incômodo ofensivo. Eventualmente, o governo acolheu as recomendações do Comitê, transformando-as em lei (15), com referência à prostituição; quanto à homossexualidade, as tentativas dos interessados na introdução de modificações à legislação vigente sobre a matéria resultaram, afinal, desatendidas.

O que nos preocupa, aqui, é menos o destino das recomendações do *Wolfenden Committee* do que os princípios que a elas serviram de supedâneos. São incrivelmente similares àqueles expostos por Mill em seu ensaio *On liberty*. Assim, pode-se ler na Secção 13 do Relatório do Comitê:

“(A) função (da lei criminal), como vemos, é preservar a ordem pública e a decência, proteger os cidadãos das ofensas ou injúrias e prover as salvaguardas suficientes contra a exploração ou corrupção de outros, particularmente aqueles que são especialmente vulneráveis porque jovens, debilitados do corpo ou da mente ou inexperientes...”.

14 - Relatório do Comitê sobre Infrações Homossexuais e Prostituição (CMD 247), 1957.

15 - *O Street Offences Act*, 1959.

Essa concepção das funções positivas da lei criminal era a principal preocupação do Comitê, em suas recomendações, nas quais exprimiu o entendimento de que a legislação poderia passar a reprimir as manifestações públicas ofensivas da prostituição, sem tornar, contudo, a prostituição, por si mesma, ilegal. As recomendações no sentido de que a lei contra as práticas homossexuais entre adultos consencientes, em local reservado, deveria ser revista estava baseada no princípio estabelecido na Seção 61, do Relatório, como segue: "Deve-se preservar uma esfera de moralidade privada e imoralidade que é, em termos breves e rudes, irrelevante para a lei".

É de algum interesse observar que esses posicionamento, na Inglaterra, obtiveram réplicas aproximadas na América. O *American Law Institute*, em 1955, publicou, com o seu Projeto de Código Penal Modelo, uma recomendação, segundo a qual todas as relações consensuais entre adultos, praticadas com observância da privacidade, deveriam ser excluídas do campo de ação da lei penal. Os fundamentos, para tanto, eram (*inter alia*) que "nenhuma ofensa aos interesses seculares da comunidade pode ser apontada nas práticas sexuais atípicas, se observada a privacidade entre parceiros adultos consencientes" (16); e "é questão fundamental da proteção a cada indivíduo a oposição à interferência do Estado, em assuntos pessoais, quando terceiros não são prejudicados" (17). Essa recomendação foi aprovada pelo *Advisory Committee* do *American Law Institute* em Washington, em maio de 1955, sendo defendida com um brilhante discurso do antigo *Justice Learned Hand* e aceita, depois de ardoroso debate, pela maioria de 35 votos contra 24 (18).

Talvez esteja claro, no precedente, que os princípios de Mill estão ainda muito vivos na crítica à lei, quaisquer que sejam as suas possíveis deficiências teóricas. Mas, pela segunda vez, em cem anos, tais deficiências foram apontadas por dois mestres do *Common Law*.

① O primeiro deles foi o grande juiz vitoriano e historiógrafo do di-

→ 16 - Projeto de Código Penal Modelo, *American Law Institut*, 4, p.2 277.

17 - *Ibidem*, p. 278.

18 - Síntese do debate é feita pelo *Time*, 30 de maio de 1955, p. 13.

reito penal James Fitzjames Stephen. Sua crítica a Mill está inserida no livro obscuro e impreciso *Liberty, equality, fraternity* (19), escrito como resposta direta ao ensaio de Mill "On liberty". Faz-se evidente, pelo tom do livro, que Stephen acreditou ter encontrado argumentos decisivos contra Mill, e que teria demonstrado o dever de a lei, justificadamente, compelir a moralidade mesma, ou, em suas palavras, a necessidade de ser a lei "uma persecução das formas mais graves de imoralidade" (*a persecution of the grosser forms of vice*) (20). Um século depois, aproximadamente, quando da publicação do relatório do *Wolfenden Committee*, Lorde Devlin, agora um membro da Câmara dos Lordes, além de conhecido penalista, em ensaio intitulado "The enforcement of morals" (21), tomou como alvo as conclusões do Relatório de "que deve existir um campo de moralidade e imoralidade legalmente irrelevante", arguindo, em sentido contrário a tal afirmativa, que "a supressão da imoralidade é uma tarefa legalmente tão importante quanto a supressão das atividades subversivas".

→ Apesar de um século separar os dois juristas, a similaridade nas colocações genéricas e, algumas vezes, no detalhe de argumentação é, entre os dois, muito grande. Dedicarei o restante destas palestras a examiná-las. Farei isto porque, malgrado os argumentos expendidos sejam, em determinados pontos, confusos, certamente ainda merecem os encômios de uma oposição racional. Apresentam-se não somente como excelente manancial de exemplos concretos, como expressam pontos de vista de hábeis e exigentes juristas, conhecedores da administração da justiça criminal. As idéias que desenvolveram são, ainda, absoluta e extraordinariamente defendidas, de modo especial por advogados ingleses e americanos; em ambos os países, elas são mais populares do que a doutrina da liberdade, de Mill.

19 - 2ª edição, Londres, 1974.

20 - Ibidem, p. 162.

21 - Oxford University Press, 1959.

MORALIDADE POSITIVA E CRÍTICA

Antes de considerarmos o detalhe desses argumentos, é necessário, pelo que penso, apreciar três aspectos diferentes, mas interrelacionados, da questão com que ora nos preocupamos.

Em todas três formulações referidas na página 31, fica evidenciado que essa é uma questão *sobre* moralidade, mas não é despidendo observar que se trata, também, de uma questão *de* moralidade. Retoma-se a perquirição quanto à coerção da moralidade como moralmente justificável. A moralidade, assim, se manifesta de dois modos. Contudo, uma conclusão suficientemente clara não foi alcançada e, por isso, deixa de revelar se, de fato, em qualquer sociedade — a nossa ou a de outros — houve a preocupação em se considerar como moralmente certa e adequada a coerção exercida pelo meio legal, visando a subordinação de todos à moralidade aceita.

Ninguém que se proponha a debater, com seriedade, essa questão acatará as refutações opostas a Mill, apenas pela simples demonstração de que algumas sociedades existem, nas quais a moralidade, genericamente compartilhada, apoia sua própria coerção no direito, ainda naqueles casos em que a imoralidade seja concebida como inofensiva aos outros. A existência de sociedades que condenam a união entre brancos e negros como imoral, punindo-a legalmente, não torna írrita a questão que levantamos. É verdade que os críticos de Mill aludiram, com freqüência, ao fato de o direito inglês assim agir em muitas instâncias, com o aparente apoio da moral popular, resultando disso a punição da imoralidade como tal, notadamente em assuntos relacionadas com sexo; admitiu-se, todavia, usualmente, que, aqui, é onde o argumento começa, mas não onde ele termina. Na verdade, tratarei de defender, mais adiante, que a interpretação a que chegaram alguns juristas quanto ao que eles consideram como exemplos de coerção legal da moralidade, *ex se*, se mostra, não raro, ambígua. De qualquer maneira, não tornam evidente um determinado caso que, simplesmente, seja pertinente com os fatos sociais. Em vez disso, procuram fundamentar sua própria conclusão de que é moralmente justificável usar a lei criminal enformada por

princípios que acreditam ser universalmente válidos e que, segundo pensam, são obviamente racionais, ou desse modo serão vistos depois de discutidos.

Assim, Lorde Devlin baseia sua resposta afirmativa à questão no princípio geral de que é admissível a qualquer sociedade tomar as medidas necessárias, a fim de preservar a sua auto-existência como sociedade organizada (22), e entende que a imoralidade – mesmo a imoralidade sexual privada – pode, tal como a traição, ser algo que põe em risco a existência da sociedade. Naturalmente, muitos podem pôr em dúvida esse princípio geral, e não, simplesmente, a sugerida analogia com a traição. Desejamos ponderar que, pelo sim, pelo não, a sociedade está autorizada a tomar a iniciativa que lhe apraz, visando a sua própria preservação, a depender, por certo, da espécie de sociedade e das medidas a serem tomadas. Se estiver voltada notadamente para a cruel perseguição de uma minoria racial, ou religiosa, ou se as medidas a serem adotadas incluem terríveis torturas, pode vir a ocorrer aquilo que Lorde Devlin chama de “desintegração” (*desintegration*) (23), porque pode uma sociedade vir a ser melhor, moralmente, do que como se apresenta em sua contínua existência, e preferir, em consequência, nada fazer a fim de preservar-se. Apesar disso, o princípio que Lorde Devlin defende é o de que uma sociedade, seja qual for, pode tomar as medidas necessárias para resguardar a sua existência organizada: isto não se apresenta, porém, como um pressuposto ou como um item da moral popular inglesa, derivando sua cogência de um *status*,* como parte de nossas instituições. Lorde Devlin colma, na verdade, um princípio, racionalmente aceitável, a ser usado na valoração ou crítica das instituições sociais, de um modo geral. E faz-se seguramente claro que quem quer

22 – *The enforcement of morals*, p. 13-4.

23 – *Ibidem*, p. 14-5.

* – **NOTA DO TRADUTOR:** Em seu trabalho *Definition and Theory of Jurisprudence*, lembra o Prof. H.L.A. Hart que, para Austin, a noção de *status* consiste na escolha entre dizer que *status* é um simples nome coletivo para um conjunto de direitos e deveres especiais, ou que corresponde a uma base “ideal” ou “fictícia” para esses direitos e deveres, ou, ainda, que é uma *qualidade oculta* de quem detém o *status*, qualidade que não se confunde com os direitos e deveres nem com os fatos que lhe dão origem.

que se disponha a enfrentar o problema relativo a saber se uma sociedade tem o "direito" (*right*) de impor sua moral ou, em outras palavras, se é moralmente permitido a qualquer sociedade impor, legalmente, observância aos princípios que adota (e isto pode ser discutido por variados prismas), deve estar preparado — como investigador — para desenvolver alguns princípios gerais de moral crítica (24). Repensando, agora, a questão, somos levados a admitir a legitimidade de um ponto de vista que permita a crítica das instituições de qualquer sociedade, à luz de princípios gerais e de conhecimento dos fatos. Buscando melhor esclarecer, restauraríamos a terminologia preferida pelos utilitaristas do século passado quanto à distinção entre "moral positiva" (*positive morality*), como a moral aceita e compartilhada por um dado grupo social, e princípios morais gerais (*general moral principles*) usados, atualmente, na crítica das instituições sociais. Podemos chamar a esses princípios gerais de "moral crítica" e, afinal, dizer que o nosso propósito é proceder a uma crítica moral* sobre a coerção legal da moral positiva.

Um segundo ponto digno de atenção, que pretendemos colocar, é que se trata, simplesmente, de um problema de *justificação*. Fazendo-o, queremos consignar, pelo menos, que, para o princípio crítico ge-

24 — Lorde Devlin foi criticado por haver questionado quanto à possibilidade de se reconhecer à sociedade o *direito* de impor seu julgamento a respeito da moral, quando, ao que parece, falar de *direito*, em tal contexto, é verdadeiramente sem sentido. Cf. Graham Hughes, "Morais and the Criminal Law", 71 *Yale L. J.* (1962), p. 672. Improcede a crítica, porquanto Lorde Devlin invoca um princípio crítico geral como suporte de sua resposta afirmativa à questão.

* — *NOTA DO TRADUTOR*: Para H.L.A. Hart (*The concept of law*) este tipo de crítica implica na pressuposição de que as estruturas da sociedade, incluída sua moral aceita, têm que satisfazer duas concepções formais, uma de racionalidade e a outra de generalidade. Assim, estão implícitas em tais críticas, em primeiro lugar, que as estruturas sociais não devem repousar em crenças cujo erro é demonstrável, e, em segundo lugar, que as proteções em frente ao dano, que a moral, caracteristicamente, provoca, através das ações e omissões, deve estender-se, pelo menos, a todos os homens que possam e queiram aceitar tais restrições. Por isso, a crítica moral da sociedade, acaso contida em lemas, tais como liberdade, igualdade, fraternidade, e a procura da felicidade, extrai seu caráter moral do fato de que convida à reforma, em nome de algum valor ou combinação de valores já reconhecidos.

ral, o uso da coerção legal, em qualquer sociedade, clama pela justificação como algo, *prima facie*, desagradável de tolerar apenas em razão da expectativa de alguma boa recompensa. Onde não existe, *prima facie*, objeção, transgressão ou maldade, os homens não pedem *justificações*, nem as prestam, quanto às práticas sociais, embora possam pedir *explicações*, e dá-las, tentando demonstrar-lhes o valor.

É salutar investigar, à sociedade, o que é que é, *prima facie*, censurável na coerção legal, no plano da moralidade; porque a idéia de coerção legal é, de fato, menos simples do que possa parecer. Apresenta dois diferentes mas inter-relacionados aspectos. Um, a punição efetiva do delinqüente. Isso, caracteristicamente, envolve privá-lo da liberdade deambulatoria, da propriedade ou da convivência com a família e com amigos; envolve sujeitá-lo ao sofrimento físico ou, eventualmente, à morte. Tudo isso são fatos que são aceitos por se entender errado infligir a outros, sem uma causa especial, qualquer castigo, e assim agem todas as sociedades desenvolvidas, baseadas no Direito e na Moral. Usando as possíveis palavras de um jurista: ou as condutas se revelam irrelevantes ou sobre-restam como passíveis de sanções, por se constituírem delitos ou transgressões.

O segundo aspecto da pressão legal se exerce contra os que jamais agem contrariamente ao Direito, mas, ainda assim, são constrangidos à obediência, em face da ameaça genérica de punição legal. Este aspecto, muito mais que o da restringência física, se apresenta, normalmente, como resultante de maquinações políticas nas restrições à liberdade.* Tais restrições, vale ressaltado, são indicativas de uma tendência à justificação por muitas razões distintas. O exercício, pelos cidadãos, do direito de livre escolha deve ser protegido como um valor em

* — *NOTA DO TRADUTOR*: Em substancioso estudo divulgado, em 1979, pela *Tulane Law Review*, sob o título "Utilitarianism and natural rights", alude o Prof. H.L.A. Hart aos que, sem tocar na concepção central do Utilitarismo como pauta de moralidade pessoal e crítica do poder, sustentaram que tudo que importa, moralmente, é a maximização de um coletivo único, ou agregado, ou valor total, quer seja denominado prazer, felicidade ou satisfação das necessidades. Em outro passo, lembra o Prof. Hart que quando Mill pretendeu discutir acerca da liberdade dos indivíduos, argumentou que esta somente poderia ser restringida pelo Direito

si, contra o qual não pode, *prima facie*, ser oposta interferência; deve ser considerado valioso porque permite às pessoas experimentarem — ainda que com o sacrifício da vida — e descobrirem coisas apreciáveis para elas e para as demais. Pode-se pensar, todavia, que a interferência com a liberdade individual consiste num mal que se justifica por mais simples e utilitárias razões; porque é ela própria a inflição de um modo especial de sofrimento — freqüentemente muito intenso — para aquele cujos desejos se frustraram pelo temor da punição. Isso é particularmente importante na hipótese de coerções legais sobre a moral sexual. Elas podem ser concebidas com infelizes gradações especiais. As dificuldades que envolvem a repressão dos impulsos sexuais e as conseqüências dessa repressão são bastantes diferentes dos fatores que levam à prática do delito “comum”. Ao contrário dos impulsos sexuais, o impulso para roubar ou para lesionar, ou mesmo matar, não é, salvo numa minoria de casos de anormalidade mental, uma constante e insistente parte da vida diária. A resistência à tentação de perpetrar esses crimes não é freqüente; o mesmo não se dá com a supressão dos impulsos sexuais, porquanto se apresentam como algo que afeta o desenvolvimento ou o equilíbrio da vida emocional do indivíduo, sua felicidade, sua personalidade.

Em terceiro lugar, a distinção já feita entre moral positiva e princípios de moral crítica pode ser útil para dissipar uma certa incompreensão, no particular, e aclarar o cerne das dúvidas. Diz-se, por vezes, que o problema não é questionar se é moralmente justificável compeli-la moral, como tal, mas tão-somente admitir *qual* a moral a ser imposta. Deve tratar-se, apenas, de uma moral utilitária, condenando atividades nocivas aos demais? Ou aceitar uma moral que também condena

ou pela pressão social quando a conduta dos indivíduos se apresentasse como prejudicial a outros. A doutrina da liberdade, em Mill, oferece, nesse ponto, um sugestivo desvio ao princípio maximizador do Utilitarismo, assegurando a cada indivíduo uma área de liberdade para o campo total de suas atividades não prejudiciais. Refere Hart, ainda, a John Rawls, que, em *A theory of justice*, observou que “toda filosofia política, moralmente adequada, deve reconhecer a existência, em qualquer forma de vida social, moralmente tolerável, de determinadas proteções à liberdade e aos interesses básicos dos indivíduos que constituem uma estrutura essencial dos direitos individuais”.

certas atividades, sejam prejudiciais ou não? Esse modo de ferir o tema, deturpa, de qualquer forma, o caráter da controvérsia moderna. Um utilitarista que insiste em que o direito deveria somente punir atividades que sejam causadoras de dano, adota tal atitude como um princípio crítico e, destarte, lhe é indiferente a questão quanto a uma moral utilitária ser ou não ser aceita como a moral positiva da sociedade a que ele dirige seus princípios críticos. Se a moral é aceita, em sua concepção ela se apresenta como desprovida de um conteúdo racional. É certo que se ele obtiver êxito na pregação de sua mensagem a uma dada sociedade, os membros dela poderão ser compelidos a portar-se como utilitaristas em certos aspectos, mas esses fatos não significam que a diferença vital entre ele e seus opositores seja apenas em relação ao conteúdo da moral a ser adotada, porque, como deflui das principais críticas levantadas por Mill, o opositor do utilitarista, quando insiste em que é moralmente permitido impor a moral, como tal, acredita que o simples fato de que certas regras ou padrões de comportamento desfrutam a condição de uma moral positiva da sociedade, os aceita como a razão — ou, ao menos, parte da razão — que justifica sua imposição pelo direito. Sem dúvida, nas antigas controvérsias os posicionamentos antagônicos eram diferentes: a questão se continha, estritamente, em saber se o Estado poderia punir, tão-só, as atividades causadoras de dano temporal ou, também, os atos de desobediência ao que era considerado como sendo mandamentos divinos ou prescrições do Direito Natural. Porém, o que é crucial para a discussão, em seu aspecto moderno, é a circunstância significativa atribuída ao fato histórico, segundo a qual certa conduta deva ser considerada proibida por uma moral positiva. O utilitarista, por sem dúvida, contesta que isso tenha alguma expressão suficiente para justificar a imposição; seu opositor declara que tem. São, afinal, princípios críticos divergentes que não diferem meramente sobre o conteúdo da moral a ser imposta, mas sobre uma consequência mais fundamental e, seguramente, mais interessante.

II

O USO E ABUSO DE EXEMPLOS

Tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, a lei criminal continua por oferecer regras que somente podem ser compreendidas como tentativas de preservação da moralidade. Daí a supressão de práticas condenadas como imorais, por meio da moral positiva, embora tais práticas não envolvam, senão, o que, de um modo geral, poderia ser entendido como prejudicial a outras pessoas. Muitos exemplos dimanam da esfera da moral sexual, e, na Inglaterra, incluem as leis contra várias formas de comportamento homossexual entre homens; sodomia entre pessoas de sexos diferentes, se casadas; incesto; rufianismo; lenocínio;* desde a decisão do *Caso Shaw*, também o induzimento à corrupção da moralidade pública, interpretado o induzimento como significando, em substância, e de acordo com a convicção dos julgadores, o incitamento para o “desvio moral”. A esse elenco poderiam ser acrescentados outros casos: as leis contra o aborto, certas formas de bigamia ou poligamia, que envolvam fraude à liberdade sexual, as leis contra o suicídio** e a prática de eutanásia. Entretanto, como depois demonstraremos, algumas dessas últimas tentativas de preservação da moralidade, em si mesma, devem ser vistas como decorrência de um equívoco na fixação de importantes distinções.

* – **NOTA DO TRADUTOR:** Sobre o tipo previsto no art. 229 do Código Penal brasileiro, e a propósito das *condutas delitivas* e dos *processos de criminalização, descriminalização e hipercriminalização*, cf. Géison Pereira dos Santos, *Direito penal econômico*, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 37-50.

** – **NOTA DO TRADUTOR:** Cf. a *Introdução* à presente edição.

Na América, a um relance, as leis penais de vários Estados da União revelam o que, a olhos ingleses, pareceria surpreendente, porquanto, além dessas infrações, incriminadas sob a lei inglesa, parece inexistir prática sexual — salvo as relações “normais” entre esposos e o ato solitário da masturbação — que não seja punida pelas leis de algum Estado. Em um grande número deles, o adultério, que, na Inglaterra, não constitui crime desde a época de Cromwell, é considerado delito, enquanto em certos Estados isso somente se dá se a prática do adultério for pública, notória ou contínua. A conjunção carnal* não é infração penal na Inglaterra ou na maioria de países do mundo civilizado, mas apenas uma pequena quantidade de Estados americanos não dispõe de leis sobre a *fornication*, entendendo-a punível, sob determinadas condições; não faltam Estados que punem o fato, ainda que isolado (*a single act*) (25). Além dessas provisões legais, existe um número desconhecido de sanções locais ou municipais que, não raro, são mais restritivas que as leis estaduais e, ainda, de mais difícil validade ou eficácia. Na Califórnia, o Código Penal não tipifica a prostituição e a conjunção carnal como delitos, mas, por muitos anos, pessoas chegaram a ser condenadas, em Los Angeles, por um decreto local, pelo crime comumente conhecido como *resorting*, tendo a condenação decorrido exclusivamente da prova de que essas pessoas usaram um quarto em lugar destinado a encontros para fim libidinoso (26).

Pode-se pensar que, muito provavelmente, a legislação americana contra a imoralidade sexual constitui, como se costuma dizer, *letra morta*. Os problemas pertinentes ao cumprimento da lei são, ainda no pre-

* — *NOTA DO TRADUTOR*: *Osborn's Concise Law Dictionary* (7.ed., Londres, 1983) registra no verbete '*fornication*': *voluntary sexual intercourse between man and woman outside the bounds of matrimony* ("intercurso sexual voluntário entre homem e mulher fora dos laços do matrimônio"). Osborn acrescenta: "*As such, it is not an offence*", i.é., "como tal, não constitui delito".

25 — Cf., para uma breve notícia, a Tentativa de Projeto de Código Penal Modelo ("*Model Penal Code, Tentative Draft*"), do American Law Institute, 4, p. 204-10.

26 — A Suprema Corte (estadual), em dezembro de 1961, considerou o Decreto conflitante com as Leis do Estado, revogando-o. Cf., sobre o assunto, *Carol Lane*, Crim. 6929, 57 A.C. 103, 18 *Cal. Rptr.* 33. O aresto foi confirmado, depois, em Sessão de 28 de junho de 1962, 22 *Cal. Rptr.* 857.

sente, muitos e difíceis de quantificar. Em vários Estados, entre eles a Califórnia, a estatística criminal anual omite, usualmente, cifras relativas aos crimes sexuais, para além dos elencados nas rubricas “estupro” e “outras infrações sexuais”. Em Boston, nos idos de 1954, as leis sobre sexo admitiam um constrangimento “normal, mas, antes, em 1948, foram efetuadas 248 prisões por adultério, nessa cidade (27). Ninguém, segundo penso, poderia contemplar essa situação com indiferença, desde que, em decorrência das imprecisas estatísticas divulgadas, se tem como indiscutível a existência de leis penais que, por não serem, geralmente, aplicadas, depõem expressivos poderes discriminatórios nas mãos da polícia e das autoridades processantes.

Os que criticam a Mill/mencionam a existência de leis vigentes que punem a simples imoralidade, como se, de algum modo, pusessem em dúvida, com a censura, a possibilidade de a lei criminal ser usada para essa finalidade. Para os defensores de Mill é lamentável que tais críticos se deixassem confundir por um raciocínio mendaz ou impróprio. John Morley, por exemplo, observou, em vívida expressão, que, no livro de Stephen, “muita coisa de importância foi apressadamente tratada” no sentido de estabelecer a existência de leis dessa espécie. Para Morley, o que Stephen simplesmente deixou de ver foi que “a atual existência de leis de qualquer natureza é completamente inadequada à argumentação do sr. Mill, para quem seria melhor que legislações dessa espécie não existissem” (28). De fato, nem Stephen (salvo em um local) (29) nem Lorde Devlin — que também se interessa pelo atual contexto do direito penal inglês — são culpados dessa forma equívoca de argumentar sobre o que é, em vez de fazê-lo sobre o que deveria ser; de igual modo, não devem ser tidos como responsáveis pela impropriedade. Stephen, quando levado por Morley a declarar porque julgava seus exemplos pertinentes com a discussão, explicou que os considerou suficientes para demonstrar que, no particular, Mill preferira as conclusões práticas, para as quais a maioria das nações fora induzida pela experiência. De maneira mais ou menos similar é o que obtemperou Lorde Devlin:

27 — “Tentativa de Projeto de Código Penal Modelo”, já citado, 4, p. 205, nº 16.

28 — Citado em *Liberty, equality, fraternity*, p. 116.

29 — *Ibid.*, p. 171-2.

“É a argumentação consistente ou inconsistente para com os princípios fundamentais do Direito inglês como existe hoje? Esta é a primeira coisa a ser considerada, ainda que, de nenhuma maneira, conclusivamente. No campo da Teoria do Direito, uma coisa é a liberdade de repensar mesmo as concepções fundamentais, se elas se apresentam como teoreticamente infundadas. Entretanto, ver como a argumentação se apresenta sob a lei existente é um bom ponto de partida” (30).

Ambos os autores, penso, nessas talvez não muito penetrantes observações, pretendem, apenas, invocar o inócuo princípio conservador, segundo o qual há uma presunção de que as instituições comuns e longamente estabelecidas têm, provavelmente, méritos, ainda que não evidentes ao filósofo racionalista. Entretanto, quando examinamos algumas das regras ou dos princípios próprios do Direito criminal, fartamente discutidos por esses escritores, fica-nos a impressão de que a conclusão a que ambos chegaram é, a um só tempo, desordenada e confusa. Os exemplos não foram colhidos na área da moral sexual, e, por certo, muitos que com Mill quiseram ombrear-se, protestando contra o uso da lei penal para punir certas condutas, simplesmente por ofenderem à moral positiva, hesitam ou recusam a valer-se de normas específicas do diploma criminal que foram apresentadas, como exemplos, por esses autores. Assim, se as normas se encontram *corretamente* agrupadas como regras que somente podem ser invocadas como destinadas à preservação da moral, sua força persuasiva é, indiscutivelmente, muito grande. Queremos, no entanto, lembrar as palavras de Stephen, e “estar preparado para duvidar” se, por acaso, um princípio que condenasse tais regras específicas pudesse estar certo. Mas sou levado a admitir que existem fundados motivos para divergir desses escritores, ao se valerem dessas normas como exemplos do uso da lei, tão-somente para impor a moral. Nada, absolutamente nada, nos obriga a escolher entre increpá-

30 – *The enforcement of morals*, p. 7.

los ou concordar com o princípio de que a lei penal possa ser usada, para o propósito. Uma análise mais percucente que a tentada pelos precitados autores, em seus exemplos, há-de ser desenvolvida e, agora, a tanto me proponho.

PATERNALISMO E REPRESSÃO MORAL

Começarei com um exemplo realçado por Lorde Devlin. Ele salienta (31) que, salvo certas exceções, como na configuração de crimes contra a liberdade sexual, o Direito penal jamais admitiu o consentimento da vítima* como argumento de defesa. Não se trata de uma defesa para justificar um homicídio ou uma agressão premeditada, razão pela qual a eutanásia, ou morte piedosa, que põe termo à vida de um homem, a seu pedido, é, apesar de tudo, um homicídio.** É esta uma regra do Direito penal, a merecer o repto de quantos, em circunstâncias idênticas, estimariam contrapor-se à proibição legal, em nome da moral positiva, alegando que a ninguém foi causado qualquer dano. Para Lorde Devlin observações desse tipo são insubsistentes, e adverte que, rela-

31 - Ibid., p. 8.

* - *NOTA DO TRADUTOR*: Em torno do consentimento da vítima e de sua participação no delito, consultar, *inter plures*, Califano, *La condotta del soggetto passivo* (Milão, 1969, p. 70); Cornil, "Contribution de la 'Victimologie' aux Sciences Criminologiques" (*Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelas, 1959, 7:593); Costa Andrade, *A vítima e o problema criminal* (Coimbra, 1980); Gerson Pereira dos Santos, *Inovações do código penal* (especialmente as anotações ao art. 59), São Paulo, 1985. Sobre a des-vitimização, Figueiredo Dias/Costa Andrade, *Criminologia* (Coimbra, 1984, p. 431), que também estudam o "modelo triádico" (*delinqüente-vítima-bystander*); B. Latané/J.M. Darley, *The unresponsive bystander: why doesn't he help?* (Nova Iorque, 1970); Gerson Pereira dos Santos, "El problema penal de la participación del extraneus en el adulterio y en la bigamia" (*Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, 1975, 5/8: p. 317 e segs.).

** - *NOTA DO TRADUTOR*: Cf. Glanville Williams, *The sanctity of life and the criminal law* (Londres, 1958, p. 277 e segs.). Para uma notícia no Brasil, veja-se a *Introdução* a esta edição.

tivamente à regra em discussão, “existe apenas uma explicação”, e essa é que “há certos padrões de comportamento, ou princípios morais, que a sociedade requer sejam observados” (32). Entre esses se encontram a inviolabilidade da vida humana* e, presumivelmente (de acordo com a regra relativa a agressões), a integridade física da pessoa. Assim, no caso dessa e de um número de outras regras, Lorde Devlin adverte que a “função” do Direito criminal é “impor um princípio moral, e nada mais” (33).

Todavia, esse argumento não tem, na verdade, força cogente, e a declaração de Lorde Devlin de que “existe apenas uma explicação” é, simplesmente, equívoca. As normas que excluem o consentimento da vítima como argumento de defesa, em homicídio ou lesões corporais, podem ser entendidas como uma amostra de paternalismo, com o objetivo de proteger, reciprocamente, os indivíduos, uns contra os outros. Mill protestou, com veemência, contra uma política paternalista, que se vale da lei para proteger até uma vítima consenciente da lesão corporal, quase tanto quanto protestou contra as leis usadas vagamente, visando proteger a moral positiva; isso não quer significar, todavia, que as duas orientações políticas se equivalem. O próprio Mill estava consciente da diferença entre elas: condenando qualquer interferência com a liberdade individual, salvo para prevenir danos a terceiros, menciona tipos *separados* de espaços, imprecisos, concedidos ao uso da força. Busca escandir, distinguindo “porque seria melhor para ele” e “porque poderia fazê-lo mais feliz” de “porque, na opinião dos outros, seria correto” (34).

Lorde Devlin fala da atitude do Direito criminal para com o consentimento da vítima, e observa que se o direito existe para proteger o indivíduo, não haveria razão para dispor-se a protegê-lo, se assim não desejasse fazê-lo (35). Porém, o paternalismo — a proteção das pessoas contra elas mesmas — é uma política absolutamente coerente. Parece,

32 — *The enforcement of morals*, *ibid.*

* — *NOTA DO TRADUTOR*: Glanville Williams, *The sanctity of life*, *passim*.

33 — *The enforcement of morals*, *ibid.*

34 — *On liberty*, cap. I.

35 — *The enforcement of morals*, p. 8.

de fato, estranho que, na metade do século vinte, se insista neste ponto, porquanto a onda do *laissez faire*, desde os dias de Mill, se constituiu em um dos lugares-comuns da história social, e instâncias de paternalismo sobejam, ainda, quer em nosso Direito criminal ou civil. O fornecimento de drogas ou substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação médica,* é considerado uma infração penal, e pareceria muito dogmático dizer da legislação que criou vários tipos de ilícitos, no particular, que "existe apenas uma explicação", isso é, que a lei não estava preocupada com a proteção dos usuários contra eles mesmos, mas apenas com a punição dos traficantes, em razão da imoralidade destes. Se, como parece óbvio, o paternalismo é uma possível explicação dessas leis, é também possível a admissão da regra que exclui o consentimento da vítima como argumento capaz de justificar uma agressão. Em nenhum caso, estamos obrigados a concordar com Lorde Devlin de que a "função" da lei seja "impor um princípio moral, e nada mais" (36).

No Capítulo 5 de seu ensaio, Mill desenvolve seus protestos contra o paternalismo, de modo tão detalhado, que nos podem parecer, hoje, fantásticos. Cita o exemplo de restrições à venda de drogas, criticando-as como interferentes na liberdade do suposto adquirente, muito mais do que na do vendedor. Por certo, se nos não agrada essa crítica, isto decorre, em parte, de um declínio geral na crença de que os indivíduos sabem o que é melhor para seus próprios interesses, bem assim na crescente conscientização de que uma extensa gama de fatores é a responsável pelo decréscimo da importância atribuída a um consentimento ou a uma opção, aparentemente livres. Opções podem ser feitas, ou permitidas, sem a adequada reflexão ou sem que se lhes meçam as consequências: em face de simples desejos transitórios; porque, em várias situações, o raciocínio parece obnubilado; por haver sido feita a opção

* - **NOTA DO TRADUTOR:** No Brasil, vige a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que "dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica".

36 - Cf., para outras possíveis explicações destas regras, Hughes, *Morals and the criminal law*, p. 670.

sob íntima compulsão psicológica ou sob pressão alheia, insuscetível de comprovação em juízo. O intenso receio do paternalismo subjacente em Mill talvez enforme uma concepção pela qual um ser humano normal é, agora, o que parece não estar em harmonia com os fatos. Imaginou-o Mill, na verdade, bastante semelhante, psicologicamente, a um homem de meia-idade, cujos desejos são relativamente estáveis, não passíveis de estímulos artificiais, por meio de influências externas. Alguém que sabe o que quer e o que lhe dá satisfação ou felicidade; que busca estas coisas, quando pode.

Decerto, faz-se necessária uma modificação aos princípios de Mill, de modo a ajustá-los à regra do Direito criminal que ora se discute ou a outras instâncias do paternalismo. Mas os princípios acaso modificados não refugiriam à objeção quanto ao uso do Direito criminal simplesmente para compelir a moral positiva. Somente teriam de prover que ocasionar danos aos outros é algo que podemos procurar prevenir pelo uso da lei penal, ainda quando as vítimas consentam nos atos que as prejudicam, ou deles hajam participado. O descuido na distinção entre paternalismo e o que chamei de moralismo legal é importante como uma forma de erro mais corrente. Muito frequentemente, supõe-se que se uma lei não se destina a proteger um homem de outro, seu fundamento lógico pode ser, tão-só, pretender punir a iniquidade moral ou, consoante as palavras de Lorde Devlin, “impor um princípio moral”. Por isso, pretende-se, não raro, que as leis que punem a crueldade para com os animais possam somente ser interpretadas desse modo. Mas é compreensível, por certo, quer como uma causa dos motivos originais que inspiraram a legislação, quer como a especificação de um objetivo sabiamente utilizado na busca de um resultado meritório, dizer que, aqui, a lei se preocupa com o sofrimento, malgrado, apenas, de animais, o que é bem melhor do que admitir a imoralidade de serem torturados (37). Nin-

37 - Lorde Devlin, quase injustificadamente, parece ignorar, neste ponto, sua breve referência à crueldade dos animais, em *The enforcement of morals*, p. 17. **NOTA DO TRADUTOR:** Às vezes, são os próprios animais que se mostram cruéis. O professor maranhense Antenor Bogéa, em excelente trabalho publicado em *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*, lembra ha-

guém que sustente esse uso da lei criminal estará, implícita ou explicitamente, admitindo possa a lei punir formas de imoralidade em que incorra o sofrimento para qualquer ser sensível.

A GRADAÇÃO MORAL DA PUNIBILIDADE

Retorno, agora, a um muito diferente e, por certo, o mais visível dos equívocos de Stephen no esforço que ele fez objetivando demonstrar que a lei criminal não-somente deveria ser, mas, na verdade, tem sido “uma persecução às formas mais graves de imoralidade” (38), e não apenas um instrumento utilizado para a prevenção do sofrimento ou causação de dano. Para ele, certos princípios *universalmente aceitos*, que funcionam como reguladores do *quantum* da pena (39), nos mostraram ser assim. Seu argumento é, simplesmente, este. Quando o que deve ser considerado é o maior ou menor rigor com que o delinqüente deve ser punido, pois a justa adequação do grau de iniquidade moral que se revela com o fato punível à sanção conseqüente é da maior importância. Assim acontece porque a intensidade da emoção, na maioria dos casos, pode, restringindo a responsabilidade moral, determinar a mitigação da punibilidade, atendendo a que o objetivo da sanção legal é, precipuamente, prevenir a extensão do dano ou perigo de dano.

ver Ferri atudido à “criminalidade” entre os animais. Também Houseau nos dá notícia dessa *suposta criminalidade*, e registra, inclusive, práticas semelhantes à *bestialidade*: o contubérnio do cisne com a gansa, do veado e do bisonte com a vaca, a violentação de um pintalinho por um frango. Lessona assistiu, no Egito, a realização de atos sodomíticos por um asno. Mas Paolo Riccardi observa que, mesmo nessa escala zoológica inferior, há algo assim como uma reação coletiva nas espécies mais sociáveis, semelhando, por assim dizer, a uma toska, instintiva e irracional forma de... *moralidade!*

38 - *Liberty, equality, fraternity*, p. 162.

39 - *Ibid.*

Um juiz tem diante dele dois acusados, um dos quais se apresenta, em face das circunstâncias do fato punível, como inculco e depravado, tendo sido levado a agir por pressões estimulantes, e sob a influência do outro; este último, um homem educado e de posição social, praticou o delito — pelo qual ambos respondem, em concurso, — por motivo de somenos importância.

Tenho o dever de acentuar que o magistrado, estabelecida a diferença entre os dois acusados, de modo algum, como o faria qualquer outro integrante da magistratura inglesa, se inclinaria a aplicar ao primeiro acusado uma pena mais benéfica do que ao segundo (40).

Naturalmente, é pouco duvidoso haja Stephen deixado de retratar, com acuidade, concepções convencionadas e freqüentemente observadas nas Cortes Judiciais quando da aplicação da lei criminal, conquanto exista, agora, menos uniformidade do que à época em que ele escreveu. Mas os que queiram protestar contra a coercitividade da moral sexual, devem, apesar de tudo, admitir, senão insistir, que a grande maldade deva ser agravada, e a maldade menor mitigada na severidade do julgamento. Dessa circunstância, Stephen, como tantos outros, deduziu demais: sustentou que se dermos a devida atenção ao princípio segundo o qual a diferença moral entre iliceidades pode ocasionar uma gradação nas sanções punitivas, isso demonstra que o *objeto* dessas sanções não consiste tão-só em prevenir os atos “perigosos para a sociedade”, revelando, antes, “ser a persecução das formas mais expressivas da imoralidade” (41). E se o objeto da lei penal prevê (ou inclui) a “promoção da virtude” e a “prevenção da imoralidade” (42), segue-se — pensou Stephen — que “deve ser restringida a depravação, não somente em nome da necessária autoproteção individual, mas, de um modo geral, ao fundamento de que a imoralidade é uma coisa má” (43). As-

40 — *Liberty, equality, fraternity*, p. 163.

41 — *Ibid.*, p. 162.

42 — *Ibid.*, p. 159.

43 — *Ibid.*, p. 147-8.

sim podemos tornar legalmente puníveis condutas pela sociedade tidas como imorais, independentemente da causação de dano.

Essa argumentação é, seguramente, um non sequitur causado pelo fracassado propósito de Stephen em perceber que questionamentos como "Que espécie de conduta pode justificadamente ser punida?" e "Com qual intensidade podemos punir diferentes faltas?" são distintos e independentes. Existem múltiplas razões para que possamos entender a gradação legal, de acordo com a gravidade dos crimes, e observada uma escala de sanções,* sem que isso possa implicar numa divergência com as perquirições comuns relativas à intensidade do mal. Uma razão é que tal colisão é indesejável por simples fundamentos utilitários: quer por confundir critérios morais, quer por tornar a lei desacreditada, ou ambas as coisas. Outra razão é que princípios de justiça ou equidade (*principles of justice or fairness*),** entre diferentes infratores, exigem que delitos moralmente distinguíveis sejam tratados diferentemente, e delitos moralmente similares sejam tratados do mesmo modo. Esses princípios são, ainda, sabiamente acolhidos, se bem que também seja verdade a existência de um crescente entendimento em sentido contrário à sua aplicação, quando possível a divergência deles com o objetivo de aguardar-se a penalidade, levando-se em conta critérios preventivos ou retributivos cogitados pela lei criminal. Todavia, os que admitem que possamos tentar compaginar a severidade da punição à gravidade moral das infrações não estão, desse modo, comprometidos com o ponto de vista de que a simples punição por imoralidade se justifique. Para eles é possível, com perfeita coerência, sustentar, de um lado, que a única justificação para se dispor de um sistema punitivo é prevenir a causação de dano, e, assim, somente a conduta prejudicial deverá ser punida; por outro lado, concordam que, quando a questão do *quantum* de punição por tal conduta é suscitada, nada impede que se possa

* - **NOTA DO TRADUTOR:** Observe-se, no particular, os termos do art. 59 do Código Penal brasileiro, os do art. 387 do Código de Processo Penal, bem assim, em muitos passos, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

** - **NOTA DO TRADUTOR:** Cf., na *Introdução*, os debates que se desenvolveram a partir do '*principle of fairness*', de H. L. A. Hart.

invocar os princípios relativos à iniquidade moral dos diferentes infratores e admitir uma determinante parcial de severidade da punição.

É uma verdade correntia que nós não podemos pressupor dos princípios aplicados em certos casos quais ou que espécies de condutas podem, justificadamente, ser punidas. Alguns desses princípios, e.g., a exclusão de tortura ou punições cruéis, podem representar outros valores com os quais nós desejamos concordar; a nossa concordância com eles, porém, pode restringir a amplitude em que buscamos os mais expressivos valores que justificam a punição. Por isso, se a punição alcança apenas atividades prejudiciais a bens valiosos, nós a entendemos certa (por qualquer das duas razões acima distinguidas), pois destaca as diferenças morais entre diferentes infratores, o que, entretanto, não significa que consideremos correto punir atividades que a ninguém causa dano. Isso serve tão-só para demonstrar que, na teoria da punibilidade, o que se mostra, afinal, como tolerável moralmente pode parecer mais complexo do que as nossas teorias sugeriram, de início. Não nos é dado, na vida social, adotar um só valor ou um só objetivo moral, levados, como somos, pela necessidade de conviver com outros.

IMORALIDADE PESSOAL E INDECÊNCIA PÚBLICA

Tivemos oportunidade de analisar, até agora, dois exemplos de que se valeram os escritores, e cremos haver estabelecido duas importantes distinções: a distinção entre paternalismo e repressão moral, e a existente entre a justificação punitiva e a gradação da pena. Nosso terceiro exemplo é o delito de bigamia. Deste não cuidaram Stephen e Lorde Devlin, mas a incriminação da poligamia é citada como exemplo de repressão legal da imoralidade por Dean Rostow, em ensaio defendendo Lorde Devlin de seus críticos (44). É, por sem dúvida, uma hi-

44 - *The enforcement of morals*, 174, *Cambridge L.J.* (1960), p. 190. Dean Rostow preocupa-se mais com a poligamia, "baseada no sentimento religioso sincero", do que com a "bigamia comprometida com o prazer". E pergunta (retoricamente): "Não poderíamos concluir ser a monogamia um tema tão fundamental

pótese curiosamente complexa; sua análise basta para revelar que a incriminação da bigamia não se ajusta a uma inequívoca classificação por meio da qual se pretenda resguardar a moral social. Procurarei demonstrar, com a possível urgência, que, na hipótese, bem assim nos dois exemplos já referidos, os que procurem preservar a regra inscrita na lei penal, não a podem sustentar, à luz de uma política punitiva da imoralidade, em si mesma, devendo, ao invés, apoiar-se em outros fundamentos razoáveis.

Na maioria de jurisdições do *common law* constitui crime a pessoa casada, vigendo a sociedade conjugal, apresentar-se a uma cerimônia de casamento, a fim de convolar novas núpcias com outra pessoa, ainda que esta outra pessoa saiba do casamento indesejado. A incriminação da bigamia, sem que ocorra fraude, é curiosa pelo motivo que se segue: quer na Inglaterra, quer em muitas outras nações onde é punível, não se considera a coabitação sexual das partes um ilícito. Se um homem casado deseja conviver com outra mulher — ou, quiçá, com várias mulheres — pode fazê-lo impunemente, porquanto o fato é, penalmente, irrelevante. Ele pode montar casa e simular que é casado: pode celebrar a união com champanha, distribuição de bolo de casamento ou, até, com observância do cerimonial existente em um casamento válido. Nada disso é ilegal. Mas se ele se apresenta para uma cerimônia de casamento, pretendendo casar-se, a lei intervém, não só para declarar a nulidade do matrimônio, mas para puni-lo por bigamia.

Por que a lei interfere nesse ponto, deixando a imoralidade substancial da coabitação sexual de lado? Muitas respostas foram dadas a esta pergunta. Algumas sugeriram que o propósito da punição legal da bigamia é proteger os registros públicos quanto à desordem, ou frustrar as tentativas de, fraudulentamente, pretender-se o registro de filhos ilegítimos como legítimos. O *American Law Institute* propôs, no Projeto de Código Penal Modelo (*draft Model Penal Code*), que o adultério por bigamia, mesmo não envolvendo logro, fosse punido porque é um insulto

à moralidade comum existente nos Estados Unidos da América, de tal forma que a condenação da poligamia, como crime, se justifica plenamente, ainda que a lei cogite do *sentimento*, e não da *razão*?

to público e um desrespeito à primeira esposa, ao tempo em que, permitindo a coabitação sob a aparência de matrimônio, provavelmente dela poderá "resultar abandono, falta de amparo e divórcio" (45). Alega-se, enfaticamente, que estes são danos individuais que a lei criminal procura tutelar e prevenir com a punição.

Pelo menos alguns dos fundamentos aventados parecem mais engenhosos do que convincentes. Os prejuízos que apontam podem até ser demasiado reais. Apesar disso, muitos continuam a pensar que a incriminação da bigamia se inscreve entre as modalidades de improváveis danos ou, se estes ocorrerem, pela criação de tipos autônomos que penalizam não a bigamia, *per se*, mas, por exemplo, o fato originário relativo à falsa declaração que passa a constar dos registros públicos. Talvez muitos dos que acham várias justificativas para a lei existente não estejam, de fato, convencidos, mas, apesar disso, querem a manutenção da lei, e sustentam que em uma nação onde o profundo sentimento religioso esteja vinculado com o casamento monogâmico e com o ato de sua celebração, as normas incriminadoras da bigamia devem ser entendidas como uma tentativa no sentido de proteger os sentimentos de religiosidade quanto aos fatos que os possam profanar. Outra vez, como nos dois exemplos anteriores, o problema consiste, sobretudo, em saber se os que admitem o uso da lei penal para tais finalidades, negam, em princípio ao menos, possa ser usada para punir a imoralidade, em si mesma.

Não penso que exista qualquer incompatibilidade na combinação de ambas as atitudes; há, no entanto, necessidade de uma distinção mais fecunda. É expressivo levar em conta que se, na hipótese de bigamia, a lei interfere para proteger os sentimentos religiosos de ultraje por um ato público, o bigamo não é punível em razão de sua irreligiosidade ou imoralidade, mas por sua conduta inconveniente, de acordo com os costumes. Para a lei, então, é inquestionável o caráter ofensivo da conduta do bigamo, o que difere de sua conduta pessoal; por isso, parece, em muitos países não se cogita de responsabilizá-lo penalmente. Na hi-

45 - Veja p. 220.

pótese, como no caso de delitos comuns, que ocasionam lesão corporal, a proteção dos que possam ser feridos constitui, certamente, um desígnio compreensível para a persecução penal, sem que se diga, simplesmente, que “a função da lei criminal é impor um princípio moral, e nada mais”. Note-se que o próprio Lorde Devlin, diferentemente de seu defensor Dean Rostow, concorda com essa distinção, já que não inclui a bigamia no elenco de ilicitudes cujos princípios o *Relatório Wolfenden* (*Wolfenden Report*) recomenda rejeitar. Não se trata de um equívoco, porquanto, de modo específico, diz o Relatório, quanto aos ilícitos elencados, que “todos os atos podem ser praticados reservadamente e sem causar dano aos outros” (46).

É duvidoso se os princípios de Mill, constantes de seu ensaio *On liberty*, teriam justificado a punição da bigamia, quando não envolvesse fraude, ao fundamento de que se trataria de um ato público contrário aos sentimentos religiosos. Conquanto se faça suficientemente claro que Mill levou em consideração o que deveria ser entendido, exatamente, como “sentimentos” e como “interesses”, ele parece concluir que um ato que seja contrário aos sentimentos deve, pelo menos, ser caracterizado como culpa moral, embora o tenha feito em linguagem notoriamente muito difícil de interpretar. Parece que ele pensou que culpabilidade e punição eram conseqüências razoáveis pela prática de crime contra os sentimentos, desde que duas condições fossem satisfeitas: a primeira delas a revelar, entre as partes, uma espécie de vínculo muito estreito ou afinidade muito particular que tornam indiscutível um comum e “determinável” compromisso de ordem individual; a segunda, que a ofensa não tenha sido “simplesmente contingente” ou “virtual” (47).

Se nós desprezarmos a primeira dessas condições como bastante restritiva, e interpretarmos a segunda como significando apenas que o crime contra os sentimentos poderia apresentar-se, a um só tempo, como grave e plausível, o problema de se punir, ou não, a bigamia dependeria de apreciações comparativas (sobre as quais podem os homens

46 - *The enforcement of morals*, 9. Não obstante, Lorde Devlin referenda, calorosamente, a defesa de Dean Rostow. Cf. “Law, democracy and morality”, 110 *University of Pennsylvania L.R.* (1962), p. 640.

47 - *On liberty*, cap. 4.

naturalmente discordar) quanto à seriedade da agressão aos sentimentos, bem assim ao sacrifício da liberdade e ao sofrimento pretendido e imposto legalmente. Os (fatores) da lei poderiam, decerto, argumentar que é muito pouco o sacrifício ou sofrimento pretendido pela lei, no caso. Recusa-se, tão-somente, uma apreciação, posto que, seguramente, a mais persuasiva: quanto ao aspecto da respeitabilidade legal daqueles que, substancial e ostensivamente, contribuíram para simular, perante todos, um casamento válido. O fato é, entretanto, completamente diferente das pretensões de reprimir-se, em nome da moral sexual, os instintos quase indomáveis, com os quais a felicidade pessoal está intimamente ligada. Por outro lado, os que se contrapõem à lei podem, de modo razoável, alegar que, em uma época de tão pouca fé, os sentimentos religiosos acaso ofendidos, em razão da celebração pública de um casamento bigamizado, não estão bastante difundidos ou suficientemente esclarecidos, sendo, por isso, aceitável que os casamentos assim realizados sejam apenas declarados legalmente inválidos.

O exemplo da bigamia mostra a necessidade de se buscar distinguir a imoralidade de uma prática dos aspectos que a revelam como um ato público ofensivo da ordem pública. Isto é de importância geral. Para a lei inglesa, no curso de seu envolver, freqüentemente tem surgido como uma conduta previamente cominada somente porque a bigamia era proibida pela religião ou pela moral. Assim, qualquer recusa às verdades da fé cristã era punida como blasfêmia, na Inglaterra; agora, a punição decorre de um procedimento ofensivo ou insultuoso, provavelmente por causar uma ruptura da paz. Os que defendem esta forma moderna da punição por blasfêmia não aceitam, decerto, possa a crença religiosa ser invocada para, em consequência, reconhecer-se a prática do insulto: muito consistentemente, podem, até, opor-se a qualquer tentativa de imposição de conformidade com essa ou aquela religião.

↳ Em assuntos relacionados ao sexo, uma linha tênue divide a punição da imoralidade da punição da indecência. Os romanos distinguiam a província de *Censor*, referente à moral, da província de *Aedile*, referente à decência pública, mas nos tempos modernos talvez pouca aten-

ção tenha sido dispensada à distinção (48). Lorde Simonds em oração, na Câmara dos Lordes, no *Caso Shaw*, não poupou esforço, a fim de sublinhar a diferença:

“Pouco importa o rótulo dado ao ato ofensivo. A um de vós, Senhores, pode mostrar-se como uma afronta à decência; a outro, considerando que possam haver sido despertados, por óbvios motivos, desejos lascivos, parecerá uma corrupção da moral pública” (49).

Mas a distinção é, realmente, manifesta e importante. O congresso sexual entre esposos não é imoral, mas se ocorre em local público constitui uma afronta à decência pública. O intercurso homossexual entre adultos consencientes, na intimidade, é, do ponto de vista da moral convencional, imoral, mas não se apresenta como um insulto ou afronta à decência pública. No entanto, em ambos os casos, se o fato se dá em público, o insulto à decência pública se consagra. A circunstância de um mesmo fato, se em público, poder ser considerado como imoral e como uma afronta à decência pública não nos deve deixar em confusão quanto à diferença entre os dois aspectos de conduta e os dois princípios sobre os quais a justificativa de punibilidade descansa. Recente lei inglesa, a propósito da prostituição, atende a esta diferença: não incriminou a prostituição, em si, preferindo punir, todavia, sua manifestação pública, de forma a proteger ao cidadão comum, que é uma testemunha involuntária de sua prática, nas abordagens das ruas.

Espero que não sejam opostas muitas contestações ao que busquei enfatizar, nestas considerações, quanto à distinção entre o que é feito em público e o que é feito na privacidade. O ultraje aos sentimentos, pode-se lembrar, ocorre não somente em face de atitudes imorais ou no curso de suas prelibações, ante testemunhas oculares involuntárias, mas, de igual modo, quando os que condenam, com vigor, certas práticas sexuais, como imorais, entendem que outros as toleram, na priva-

48 - "The censor as aedile", *Times Literary Suppl.*, 4 de agosto de 1961.

49 - (1961) 2 *A.E.R.*, 452.

cidade. Porque é assim, torna-se insípido insistir na distinção entre o que se faz intimamente, ou em público; mas se não insistirmos, as políticas punitivas continuarão a exercitar-se, com imprecisão, quer na punição da simples imoralidade, quer da conduta ofensiva aos sentimentos alheios, sem alcançar que as duas orientações são, conceptualmente, distintas, e, por isso, têm de diferir na prática. Só a conduta fortemente considerada imoral deverá, então, ser punida.

→ É importante não confundir esse argumento com a tese, que depois examinarei, de que a preservação de uma moral sexual existente é, por si, um valor justificativo da coerção. O presente argumento invoca como suporte da repressão legal da imoralidade, não os valores morais, mas o próprio princípio de Mill, segundo o qual a coerção pode ser usada, de modo justificável, para prevenir possível dano a outros. Variadas objeções podem ser opostas ao uso desse princípio. Pode-se dizer que a ofensa ocasionada pelo exibicionismo conduz à idéia de que outros que estejam ofendendo, na intimidade, à moralidade, não estão, na verdade, causando qualquer "dano", salvo em pessoas neuróticas ou hipersensitivas que são, literalmente, "predispostas" a essa conclusão. Outros podem admitir tal situação como prejudicial aos costumes, mesmo no caso de pessoas normais, ainda que devam pensar, e possam argumentar, que só um demasiado desrespeito poderia justificar o grande infortúnio de exercitar-se a coerção legal da moral sexual.

Apesar de cabíveis, essas objeções têm importância secundária. A objeção fundamental é, sem dúvida alguma, a de que um direito a ser protegido da situação de infortúnio — que é inseparável do vago conhecimento de que outros possam estar agindo de um modo que você considera errado — não pode ser reconhecido por quem quer que admita a liberdade individual como um valor. Em decorrência da extensão do princípio utilitário, segundo o qual a coerção pode ser usada para proteger os homens contra qualquer ofensa, a fim de incluir sua proteção contra essa forma de desgraça, não pode parar por aí. Se o incidente lamentável, quanto à convicção de que outros estão agindo erradamente, constitui um posicionamento, da mesma forma, esse incidente lamentável pode revelar, apenas, que outros estão fazendo o que você não gostaria que fizessem. Punir-se pela causação dessa forma de infor-

túnio equivaleria a puni-los, simplesmente, porque outros desaprovam o que fazem; e a única liberdade que pode coexistir com essa extensão do princípio utilitário é a liberdade de fazer aquelas coisas que ninguém reprova com seriedade. Tal liberdade é, claramente, nugatória. O reconhecimento da liberdade individual como um valor envolve, como um mínimo, a aceitação do princípio de que o indivíduo pode fazer o que deseja, mesmo que outros fiquem infelizes ao perceber o que ele faz — salvo se, evidentemente, existem outros bons motivos para impedi-lo. Qualquer ordem social que deixe de atribuir um valor à liberdade individual não poderá, de igual modo, concordar com o direito de ser protegida dos sofrimentos que lhe sejam infligidos.

A proteção contra o escarnecimento ou o ultraje dos sentimentos, provocados por atitudes ofensivas, constituem, como reconhecem muitos sistemas jurídicos, uma outra coisa. Por vezes, a distinção pode, até, ser sutil. Assim, em hipóteses como o vilipêndio de objetos do culto ou a perturbação de cerimônias, em que seriam inadmissíveis o escarnecimento e o ultraje, em razão da liberdade religiosa, independentemente da crença professada, a proteção penal que se exerce em relação àqueles que, pelo culto, se tornaram vulneráveis reconhece, ao ofensor, a liberdade de, na intimidade, manifestar os seus próprios sentimentos e fazer as mesmas coisas. Não é equivalente a punir os homens simplesmente porque outros não concordam com o que eles fazem.

AS TESES DA MODERAÇÃO E DO RIGOR EXTREMO

Ao retornarmos desses exemplos, que são, certamente, discutíveis, aos fundamentos positivos, considerados aptos para justificar a coerção legal da moralidade, parece necessário distinguir uma tese moderada e uma extremamente rigorosa, já que os críticos de Mill se deixaram levar de uma à outra, sem balizar a transição. Lorde Devlin, segundo creio, conseguiu manter-se, na maior parte de seu ensaio, dentro da tese moderada, e Stephen dentro da tese do rigor extremo.

De acordo com a tese da moderação, uma moral compartilhada é o cimento da sociedade. Sem ela, poderá existir agregados de indivíduos, mas não sociedade. “Uma moral reconhecida” é, nas palavras de Lorde Devlin, “tão imprescindível à existência da sociedade quanto um governo reconhecido” (50), e, não obstante, um ato especificamente imoral pode não prejudicar, comprometer ou corromper outros, nem, se praticado com discrição, na privacidade,* horrorizar ou ofender a quem quer que seja. Mas isso não basta para dar por concluído o assunto. Porque não podemos levar em conta uma conduta isolada, sem analisar-lhe os efeitos, à luz do código moral: se disso nos lembrarmos, é possível verificar que alguém que não representa, em absoluto, “uma ameaça aos demais” possa, ainda assim, por conduta imoral, “ameaçar um dos grandes princípios morais no qual a sociedade está baseada” (51). Nesse sentido, a ruptura do princípio moral é uma transgressão “contra a sociedade como um todo” (52), e a sociedade pode valer-se da lei para preservar sua moral, tal como dela se serve para salvaguardar qualquer coisa essencial à sua existência. Eis porque “a supressão da imoralidade é um objetivo da lei, tanto quanto a supressão das atividades subversivas” (53).

De modo contrário, a tese do rigor extremo não considera uma moral compartilhada como dotada, simplesmente, de valor instrumental, análoga a um controle ordenado, não se justificando, por isso, a incriminação da imoralidade como uma medida idêntica à da incriminação

50 – *The enforcement of morals*, p. 13.

* – *NOTA DO TRADUTOR*: Segundo o saudoso Serrano Neves, *privacidade* “é vocábulo já incorporado ao idioma da doutrina jurídica. Mas, na verdade, não é vocábulo de boa formação vernácula, senão apenas tradução fiel da *privacy* anglo-saxônica”. E acrescenta, de modo esclarecedor: “O sufixo *dade*, com efeito (do latim *tatem*), com eliminação da letra ‘m’, por força de conhecida regra etimológica, acopla-se, na hipótese, ao adjetivo (*privado*), que corresponde ao latim *privatum*. O ‘t’ latino, ao passar para o vernáculo, transformou-se em ‘d’. Mas, ainda assim, *privatum tatem* (privado *dade*) só poderia dar *privatidade* – vocábulo que não existe em português” (*A tutela penal da solidão*, Rio de Janeiro, 1981, p. 24).

51 – *The enforcement of morals*, p. 8.

52 – *Ibid.*

53 – *Ibid.*, p. 15.

da traição, a fim de se proteger a sociedade da dissolução ou do colapso. No entanto, a coerção da moralidade é acatada como uma coisa de valor, ainda quando as condutas imorais não atinjam ninguém, direta ou indiretamente, em razão da debilitação do cimento moral da sociedade. Não asseguro que seja possível identificar, em uma ou outra destas duas teses, cada argumento usado, mas, penso, caracterizam os principais posicionamentos críticos como fonte da maior parte de argumentos e, conseqüentemente, revelam certa ambigüidade na expressão "compelir a moralidade como tal". Talvez o modo mais claro de distinguir as duas teses seja a constatação de que existem, sempre, duas suposições por meio das quais podemos perguntar se alguma perturbação da moral positiva é nociva. Podemos perguntar primeiramente: "Esta conduta traz prejuízo para alguém, independentemente de sua repercussão sobre a moral compartilhada da sociedade"? Em segundo lugar, podemos perguntar: "Esta conduta afeta a moral compartilhada e, desse modo, debilita a sociedade"? A tese moderada requer, quando justificável a *incriminação da conduta*, uma resposta afirmativa, pelo menos, à segunda suposição. A seu turno, a tese do rigor extremo não requer uma resposta afirmativa, em qualquer das alternativas.

Lord Devlin parece defender a primeira dessas teses. Eu disse "parece" porque, ainda quando ele diz que a sociedade tem o direito de reforçar a moralidade, em si mesma, sob o fundamento de que a moral compartilhada é essencial à existência da sociedade, não esclarece, em absoluto, se, para ele, a observação de que a imoralidade põe em perigo, ou debilita, a sociedade constitui a afirmação de um fato empírico. Parece ser, algumas vezes, uma presunção *a priori* e, outras vezes, uma proposição lógica, aparentemente. O mais importante indício de que é *assim deflui* de uma ambígua referência à "história", buscando demonstrar que "o afrouxamento de vínculos morais é, freqüentemente, o primeiro estágio de desintegração" (54), mas não faz qualquer prova quanto ao desvio da moral sexual aceita, mesmo a de adultos, na intimidade, como algo que, tal qual a traição, ameaça a existência da sociedade.

54— Ibid., p. 14-5.

Nenhum historiador de renome desenvolveu, no entanto, essa tese, sujeita, de fato, a muita controvérsia. Como uma proposição, não está credenciada a merecer mais respeito do que a declaração do Imperador Justiniano, segundo a qual a homossexualidade era a causa dos terremotos (55). A convicção de Lorde Devlin quanto à tese, e sua aparente indiferença quanto ao problema de sua evidência estão, em muitos pontos, marcados por uma presunção inquestionável: a de que toda a moral — não apenas a moral sexual, mas, também, a moral que incrimina condutas ofensivas a outros, tais como o homicídio, o roubo e a fraude — forma um só e inconsútil tecido, de tal modo que aquele que se desviar de qualquer parte, provavelmente estará a desviar-se do todo. Não resta dúvida (por ser um dos mais antigos critérios da teoria política) que a sociedade não poderia existir sem uma moral que a refletisse, suplementando a proscrição legal de condutas lesivas aos demais. Mas não há, de novo, uma maneira inequívoca de comprovar ou de refutar a teoria quanto à circunstância de quem quer que se desvie da moral sexual convencional se revela, em outros pontos, hostil à sociedade.

O ponto fulcral do pensamento de Lorde Devlin parece ser, todavia, mais interessante, se bem que não mais convincente do que a concepção da moral social como um tecido sem costuras. Ele transita da proposição, aceitável, de que *alguma* moral compartilhada é imprescindível à existência de qualquer sociedade para a proposição, esta inaceitável, de que uma sociedade é idêntica (56) à moral que a reflete, como se, em determinado momento de sua história, uma mudança na moral pudesse equivaler à destruição da sociedade. A primeira proposição poderia ser aceita como um critério, em vez de uma proposição empírica sujeita a uma definição plausível da sociedade como um conjunto de homens que defendem certos propósitos comuns. Mas esta última proposição é um absurdo. Considerada literalmente nos poderia levar à conclusão da mudança da moral de uma dada sociedade, compelindo-nos, em consequência, a admitir que uma sociedade desapareceu e uma

55 — *Novels*, 77, cap. 1 e 141.

56 — Cf., para este ponto importante, Richard Wollheim, "Crime, Sin and Mr. Justice Devlin, *Encounter*, novembro de 1959, p. 34.

outra tomou o seu lugar. É, obviamente, absurdo o entendimento pelo qual se pretende manter a continuidade de uma ordem social, ao fundamento, recusável, de que qualquer mudança na moral compartilhada representa, sem mais, uma ameaça à sua própria existência.

Está claro que somente essa tácita identificação de uma sociedade com sua moral compartilhada fundamenta a convicção de Lorde Devlin de que algo como a imoralidade pessoal possa ser concebido como imoralidade sexual (mesmo quando ocorra em lugar "reservado"), levando-o a uma comparação com a traição. Sem dúvida, é procedente a observação de que se os desvios da moral sexual convencional são, por lei, tolerados, porque conhecidos, a moral convencional deve caminhar no sentido de uma permissão, mas isto não parece ter ocorrido no caso da homossexualidade nos países europeus, onde a prática não é legalmente punível. No entanto, ainda que a moral convencional mudasse, na hipótese, a sociedade em questão não seria destruída ou "subvertida". Poderíamos atribuir tal câmbio à marcha dos acontecimentos, não à deposição de um governo, mas a uma mudança constitucional, pacífica em sua ordem, e harmônica, não apenas com a preservação de uma sociedade, mas com o seu evolver.

III

DIVERSIDADES DE CONSTRANGIMENTO

Procurei distinguir, na última palestra, uma forma moderada e uma forma extremada de teses por meio das quais a lei penal pode, justificadamente, ser usada para reforçar a moral social.* Na conformidade da tese moderada, faz-se evidente um contraste entre os ilícitos de que resulta dano a outros (tais como o homicídio e o crime patrimonial) e a simples prática de fato proibido por lei, tendo como agentes pessoas adultas, que assim agem deliberadamente, no recesso da privacidade. Tal contraste deve orientar, ao que parece, o nosso acatamento à proibição legal, bem assim uma possível punição ulterior, em nome da moralidade "como tal". Entretanto, de acordo com essa primeira teoria, a efetiva necessidade de a sociedade preservar sua autoexistência há de alcançar qualquer conduta imoral, sem embargo de haver sido praticada na intimidade, porquanto, com o decurso do tempo, a conduta tornar-se-á nociva, porque "ameaça os princípios mo-

* - **NOTA DO TRADUTOR:** Schmidhäuser busca distinguir a *moral pessoal*, a *moral social* e a *moral jurídica* por caracteres vários, admitindo, embora, que se unifique em uma instância superior (*Strafrecht, allgemeiner Teil*, 1975, p. 371-2). Entre nós, Everardo da Cunha Luna observa: "Na esfera da moral, tem o direito penal, como todo ordenamento jurídico, a sua própria moral. Existe uma só *moral jurídica*, porque o direito, sendo um só para todos, tem, como *forum*, o julgamento do Estado. Não existe, porém, uma só *moral pessoal*, porque a pessoa, sendo "*dualité caractéristique de la conscience, dialogue de soi avec soi*" (Louis Lavelle), figura, a um tempo, como juiz e parte do julgamento. A *moral social*, por sua vez, é, de princípio, unitária, podendo apresentar-se, em certas sociedades ou em certas épocas, como um caráter pluralista. Mas o que importa é que, na *moral social*, ao contrário da *moral pessoal*, os juízes e as partes se distinguem, e, diferentemente da *moral jurídica*, o *forum* não se encontra no julgamento do Estado, mas no julgamento da sociedade" (*Capítulos de direito penal. Parte geral*, São Paulo, 1985, p. 241).

rais nos quais a sociedade está baseada” e, por isso, põe em risco a existência da sociedade. A essa luz, a pressão moral (que deve ser aceita como um fundamento para a preservação) é necessária à própria existência da sociedade e, por tanto, se justifica.

A outra tese — a do rigor extremo — apresenta muitas variantes, e nem sempre é possível identificar qual delas deve, como propriedade, ser invocada. Segundo algumas variantes, a pressão moral apresenta, tão-só, um valor instrumental: é simplesmente, um meio, apesar de indispensável, à preservação da moralidade, e esta, em si mesma, um fim valioso, a justificar a coerção legal. Mas, por outras variantes, há alguma coisa intrinsecamente preciosa no constrangimento legal da moralidade. O comum a todas essas variantes da tese extremada é que, ao contrário do que se dá com a tese moderada, não sustentam a coerção moral, ou sua preservação, por ser utilmente recomendáveis, em face de suas benéficas conseqüências como garantia da ordem social.

Vale observar que Lorde Devlin parece vacilar, equivocadamente, entre as duas espécies de teses. Se interpretarmos sua declaração crítica — de que preservar a moral da sociedade é necessário para a existência desta — como uma declaração de fato (como a analogia da supressão como traição), então, a existência contínua da sociedade se revela, de certo modo, distinta da preservação de sua moral. É, de fato, uma conseqüência almejada da preservação de sua moral e, sob a suposição de que a coerção da moralidade equivale à sua preservação, ou em razão desta é exigida, a conseqüência almejada se justifica. Entendendo dessa forma, Lorde Devlin faz-se defensor da tese moderada, e o seu argumento não esmaece o conteúdo utilitário. O repto que pode ser lançado é o de que a sua declaração crítica não se apresenta como comprovadamente irreprochável; é utilitarista, mas inconseqüente. Se, por outro lado, interpretarmos sua declaração quanto ao fato de que a imoralidade, mesmo quando observada a privacidade, representa uma ameaça à sociedade, não como uma presunção empírica, mas como uma verdade insofismável (como nos poderia sugerir a ausência de comprovações), dir-se-ia que a existência contínua de uma sociedade não é assim tão diferente da preservação de sua moral, mas idêntica a ela. Sob esse ângulo, a pressão moral não se justifica por suas

ponderáveis conseqüências, objetivando proteger a sociedade da destruição ou do colapso. Justifica-se, simplesmente, pela suposição de que o constrangimento moral equivale à sua preservação ou, em razão desta, é exigido. Essa é uma forma da tese extremada, somente disfarçada ante a tácita identificação de uma sociedade com sua moral, o que foi objeto de minha censura durante a última palestra.

Segundo penso, Stephen é um defensor mais consistente de certas formas dessa tese extremada, do que o é Lorde Devlin, de referência à tese moderada. Antes de desenvolvermos quaisquer críticas, vale lembrar as complexidades contidas na aparentemente simples noção de constrangimento legal, quanto a qualquer espécie de conduta. Já distinguimos dois aspectos de constrangimento: o primeiro consiste em permitir-se, pela ameaça de punição legal, que alguém faça ou deixe de fazer o que a lei determina ou proíbe; o segundo está relacionado com a certeza da punição para os que violaram a lei. Além dessas formas de constrangimento, outras existem que não merecem, contudo, ser examinadas, nesta oportunidade, porque decorrentes do uso legal da "força". De qualquer forma, valha lembrado que muitas medidas visando coibir a desobediência à lei se mostram inócuas, ou frustrantes, porque a obediência pretendida é difícil ou impossível. Um exemplo muito conhecido, na Inglaterra, é o relativo à atribuição pela Lei Sobre Publicações Obscenas (*Obscene Publications Act*), de 1857, conferida a funcionários públicos, no sentido de apreenderem e destruírem publicações pornográficas; em algumas jurisdições foi determinado, também, o fechamento de casas de prostituição. Uma preocupação perceptível, usada posteriormente, viria a revelar-se no uso da pressão, a fim de persuadir os que violavam a lei ou a ameaçavam a desistir do intento. A circunstância de os meios de pressão utilizados serem identificados com os da própria ameaça punitiva não nos deve conduzir a um equívoco quanto à diferença entre os dois aspectos. Quer na Inglaterra, quer nos Estados Unidos da América, a forma mais comum desse método de pressão consiste na prisão; os que se recusam a obedecer são submetidos perante um Tribunal, que os obriga a "cessar e desistir do procedimento", sob pena de tantos dias-multa de trabalho quantos sejam os dias em que perdurar a desobediência. Sem dúvida, a primeira forma de pressão

utilizada é entendida como uma punição por contumácia (*contempt of Court*).^{*} Deve ser formalizado um pedido de desculpa ao Tribunal e a este assegurada a obediência, a fim de que possa ser obtido o livramento. Há de se distinguir, pois, entre a forma de pressão (*form of pressure*) usada e uma manifestação coativa apta a assegurar uma conduta em conformidade com a lei (*securing compliance with the law*).

Essas distinções são importantes para os presentes propósitos, porquanto, de acordo com a tese extremada, a coerção legal da moralidade se justifica, independentemente de suas conseqüências, como um valor em si mesmo, a merecer uma particular atenção em face dos diferentes aspectos de constrangimento. Além do mais, uma reflexão sobre esses diferentes aspectos nos poderia levar à formulação de uma suposição — certamente feita por Lorde Devlin e também, possivelmente, por Stephen — quanto à imposição coativa da moralidade, e sua preservação, como coisas idênticas ou necessariamente imbricadas.

O *constrangimento como coerção*. Se considerarmos o primeiro aspecto do constrangimento, isto é, a coerção pela ameaça, uma diferença muito grande se faria manifesta entre persuadir as pessoas, ante o temor da punição, a abster-se de condutas danosas aos outros, e persuadi-las a abster-se de condutas que representem um desvio à moralidade aceita, embora a ninguém prejudiquem. O bem protegido, no primeiro caso, é fácil de identificar: a proteção dos seres humanos contra formas agressivas, tais como o homicídio e a violência, e se apresenta, sempre, como um motivo justificável para a coerção legal, a fim de desestimular outras pessoas na prática dessas infrações. No entanto, quando inexistente prejuízo a ser prevenido, ou vítima potencial** a ser protegida, tal como

* — **NOTA DO TRADUTOR:** O vocábulo *contumácia* é usado na mesma acepção que *revelia*, significando o desatendimento ao dever de comparecer, como parte, aos atos do processo.

** — **NOTA DO TRADUTOR:** Cf., entre outros, Mendelsohn, "The origin of the doctrine of victimology", *Excerpta Criminologica*, 1963; Rodrigo Ramírez González, *La victimología*, Bogotá, 1983; E. A. Fattah, "Towards a criminological classifications of victims", *The International Journal of Criminal Police*, 1967, p. 183; Costa Andrade, *A vítima e o problema criminal*, Coimbra, 1980; Moura Bittencourt, *Vítima*, São Paulo, E.U.D., s/d.; Northrop Frye, *Anatomia da crítica*, São Paulo, Cultrix, s/d., p. 47-8.

se dá na hipótese em que a moral sexual convencional é negligenciada, é muito difícil aceitar a alegação de que, em razão do temor da punição legal, possa vir a ser ofendido um valor altamente expressivo, cuja ofensa importa no sacrifício da liberdade que o gasalha. A atribuição de valor ao simples comportamento conformista, abstraindo-se motivos e conseqüências, pertence não à esfera da moralidade, mas se inscreve como um tabu.* Isso não quer significar que não possamos atribuir, de modo assaz preciso, valor às vidas voltadas aos ideais de castidade ou abnegação. Todavia, a autodisciplina, não apenas em assuntos sexuais, mas em outros espaços de conduta, deve fazer-se integrar, em qualquer teoria moral, como componente de uma vida feliz. O que aqui é valioso é a moderação *voluntária*, não como submissão à coerção, já que esta se apresenta vazia de conteúdo moral.

Pode-se, na verdade, sustentar que, em face das disposições legais existentes, a atitude *conformista* não representa, por si, um valor, apesar de ser considerada como uma maneira de preservar ou manter a moral, que é, pela maioria, voluntariamente praticada. "O fato de que os homens têm propensões para matar é uma boa razão para que o homicídio seja considerado um crime terrível" (57). Não há qualquer autocontradição em tais teorias quanto à circunstância de a sanção legal poder ser admitida para criar ou manter a prática voluntária da moralidade; são, entretanto, teorias que exigem o apoio de fatos empíricos, sendo diminuta a possibilidade de sustentar a idéia de que a moralidade seja o melhor método a ser usado para impor o temor a uma punição legal. A moralidade, para ser cultivada e admitida, prescinde da ameaça punitiva, e onde quer que o seu fundamento seja baseado nesse temor, haverá, sempre, o perigo iminente de que o temor à sanção punitiva possa sobre-restar como o único motivo para o conformismo.

* - *NOTA DO TRADUTOR*: Para o conceito de *tabu*, cf. Ernst Cassirer, *Linguagem e mito*, São Paulo, Perspectiva, 1972, p. 81-99.

57 - Relatório da Comissão Real Sobre a Pena de Morte (*Royal Commission on Capital Punishment*), (CMD 8 932) s. 61. A citação é colhida a um artigo de Stephen sobre a pena de morte, in *Fraser's Magazine*, junho de 1864, p. 761.

O *constrangimento como sanção punitiva*. O segundo aspecto da coerção legal consiste, não na ameaça, mas na inflição de sanções aos infratores. Se perguntarmos qual o seu valor, se a conduta punível não produz qualquer dano, a resposta mais óbvia está calcada na “teoria” retributiva: * não importam as benéficas conseqüências para a sociedade ou para o delinqüente; a pena se justifica, no plano moral, como retribuição apropriada ou “adequada”, ao menos em razão do mal injusto, moralmente produzido. Não posso, aqui, empreender um exame exaustivo dessa teoria punitiva; apesar disso, gostaria de chamar a atenção para um ponto relevante. Uma teoria que não se detém na análise da conduta punível pelos seus resultados, mas procura, tão-somente, a maldade ínsita no delito, seria mais plausível e, talvez, mais racional se levasse em conta o prejuízo ou dano ocasionado a outros, bem assim a existência de um malfeitor e de uma vítima. Até os mais firmes partidários da doutrina utilitarista se sentiram tentados, por vezes, em reconhecer como mero pretexto o entendimento quanto a ser certo ou justo que alguém que haja, conscientemente, infligido sofrimentos a outros deva, também, ser levado a sofrer. Duvido que alguém, conhecendo os relatórios de Auschwitz ou Buchenwald, tenha deixado de sentir o apelo vigoroso desse princípio; acredito mesmo que os mais comedidos entre quantos defenderam, com ardor, a sanção punitiva dos que delinqüiram, aceitaram, implicitamente, esse princípio, sem atentar para o fato de a punição conter, ou não, conseqüências mais benéficas para o futuro. A força da retribuição depende, por sem dúvida, da existência tanto de uma vítima quanto de um ofensor. Onde for esse o caso, é possível conceber a sanção punitiva como um meio destinado a prevenir o aumento das investidas do malfeitor contra suas vítimas, fazendo-as sofrer ou, até, morrer. Os princípios que exigem que assim deva ocorrer são, decerto, análogos àqueles relativos à justiça ou à equidade na distri-

* - *NOTA DO TRADUTOR*: Se, para Maurach, somente a pena retributiva honra, no criminoso, o ser humano (*Nur die Vergeltungsstrafe ehrt im Verbrecher den Menschen*), para Welzel, à intimidação falta a força criadora da moral (*Das deutsche Strafrecht*, 5. ed., 1956, p. 191); se a pena se justifica, moralmente, apenas como justa retribuição, por outro lado, a função do Estado não é defender a manutenção da justiça no mundo, independente do que seja necessário para a sua própria existência como comunidade jurídica” (Ibid., p. 189-90).

buição de felicidade e de sofrimento — princípios que permeiam outras áreas de moralidade. Não posso assegurar que mesmo esta analogia seja suficiente; espero, no entanto, que seja alguma coisa que possibilite se ponham de lado os postulados retributivistas. Porque onde não existe vítima, mas apenas a transgressão de uma regra moral, a idéia de que a punição seja exigível, como a própria compensação pela conduta imoral, não merece guarida. A retribuição, na hipótese, parece descansar sobre a implausível alegação de que, em termos de moralidade, dois pretos fazem um branco: o mal do sofrimento, acrescentado ao mal da imoralidade como sua punição, possibilita uma boa moral.

RETRIBUIÇÃO E DENUNCIÇÃO

Em seu capítulo sobre a doutrina da liberdade em Mill, com referência à moral, Stephen estava principalmente interessado em identificar e expor as inconsistências e falsas conjecturas sobre a natureza humana e a sociedade, por meio das quais, como ele acreditava, as proposições de Mill se mostravam comprometidas. Stephen dedicou, porém, relativamente pouco espaço para desenvolver os fundamentos críticos de suas próprias conclusões quanto ao fato de a lei penal ser usada não apenas como proteção “contra atos perigosos à sociedade”, mas, de igual modo, como “persecução das formas mais graves de imoralidade” (58). Não é fácil desemaranhar de seus argumentos qualquer proveito quanto aos valores que ele pensava constituídos ou assegurados coativamente pela lei. A mais expressiva — e, para muitos, a mais vulnerável — característica de seu pensamento, na matéria, é sua persistência a propósito da legitimidade ou “sanidade” (59) da repulsa ou do ressentimento em relação ao criminoso, a trabalhar o desejo de desforra para com este. É fácil concluir, em face de sua ênfase sobre o problema, que

58 — *Liberty, equality, fraternity*, p. 162.

59 — *Ibid.*, p. 162, 165.

Stephen confia, quanto à solução de caso positivo, em uma simples e, ao mesmo tempo, tosca forma de teoria retributiva: a sanção punitiva se justifica, como constrangimento, porque “o sentimento de ódio e o desejo de vingança são elementos importantes para a natureza humana, que, em tais hipóteses, deve ser atendida com a publicidade regular e o modo legal” (60).

A insistência de Stephen quanto à legitimidade da repulsa e do sentimento de vingança centraliza toda a sua visão em torno da sanção punitiva; mais tarde, juízes ingleses adotariam posicionamento similar. O antigo *Lord Chief Justice* da Inglaterra, Lorde Goddard, no último debate sobre a pena de morte, disse: “Não vejo como possa ser considerada anticristã (a pena capital); ao contrário, é louvável que a nação pretenda desagrar-se do crime” (61). Não seria, contudo, agradável a Stephen apresentar esse sistema retributivista como uma doutrina por inteiro, ainda porque um elemento existe, entremeado em suas argumentações, o qual, por motivos que, ao depois, esclarecerei, creio poder chamar de *elemento denunciatório*. Embora o próprio Stephen não o distinga em seu sistema doutrinário, vale a pena examinar-se detidamente esse elemento, porque fartamente enclaustrado em sua concepção a propósito da função e da justificativa da punibilidade, punibilidade que é, ainda hoje, um marco do judiciário da Inglaterra, merecendo a acolhida de juristas conservadores ingleses e norte-americanos.

Observe-se, dada a sua importância para a compreensão dos pontos de vista de Stephen sobre a coerção legal da moralidade, que ele, da mesma forma que Lorde Devlin, pretende seja a sua doutrina aplicada numa sociedade marcada por um alto grau de solidariedade moral, embora, não raro, perturbada, profundamente, por violações ao seu código ético. Tal como em Lorde Devlin, essa moralidade, que Stephen quer imposta por lei, há-de ser “pública”, no sentido de uma participação geral, e se acha identificada ante um tríplice estigma de “intolerância, indignação e repulsa” (62); também para Stephen, “você não

60 - *Ibid.*, p. 162.

61 - 198 *H. L. Debates* (5th Series) 743 (1956).

62 - *The enforcement of morals*, p. 17: “São as forças de sustentação da guarda da lei moral”.

pode punir qualquer pessoa, a menos que a opinião pública, na rotina da vida associada, assim deseje ativa e inequivocamente... Ser capaz de punir uma maioria moral equivale a uma "catástrofe" (63). É possível que na Inglaterra da época vitoriana tais condições pudessem ser aceitas, tendo em vista o "considerável número de atos" que, segundo Stephen, eram punidos como gritantemente imorais. Talvez uma esmagadora maioria moral abrigasse, de fato, um forte desejo de vingança para com o culpado, e somente se contentasse com a sua punição. Seria, todavia, sociologicamente ingênuo pretender que isso viesse a ocorrer na Inglaterra contemporânea, de modo a alcançar, pelo menos, a moralidade sexual. O fato de, formalmente, louvar-se a moralidade sexual convencional não nos pode conduzir à possibilidade de admitir que, em assuntos referentes a sexo, possa existir certo número de moralidades reciprocamente indulgentes e que, verificada alguma homogeneidade costumeira e de crença religiosa, os delinqüentes venham a ser tratados, não com rancor ou ressentimento, mas com irônico desprezo ou até com piedade.

Então, em um sentido, a doutrina de Stephen — e muito da de Lorde Devlin — parece flutuar no ar, acima da *terra firme* da realidade social hodierna; pensar-se-ia numa construção bem articulada, interessante mesmo, a revelar aspectos característicos do judiciário inglês, mas sem possibilidade de aplicação na sociedade atual. Apesar desse quadro ilusório de uma sociedade apenas imaginada, Stephen escreve como se a função punitiva fosse não somente retributiva, mas denunciatória; não quer apenas gratificar os sentimentos de ódio ou de vindita, estando, antes, na teoria, voltada para expressar, de maneira enfática, a condenação moral do delinqüente e "ratificar" a moralidade por ele violada. Essa idéia se encontra presente em "*Liberty, equality, fraternity*", em uma passagem em que Stephen fala da lei penal, buscando modelar "um contorno inconfundível com o sentimento de rancor", tanto quanto salientar a existência de "uma expressiva satisfação para com o desejo de vingança" (64). A mesma idéia está, entretanto, de modo mais elaborado em sua *History of the criminal law*:

63 — *Liberty, equality, fraternity*, p. 173-4.

64 — p. 165.

“A decisão judicial é para o sentimento moral popular, com relação a qualquer transgressão, o que é um lácre para a cera quente. Converte em um julgamento final permanente o que, de outra forma, seria um juízo transitório... Em breve, a inflação da sanção punitiva dá expressão definitiva e ratificação e justificação solenes ao ódio que é provocado pela comissão do ato ilícito na esfera da moral popular desprovida de consciência nítida, mas que é também alcançada por meio da sanção determinada pela lei criminal... As formas pelas quais o ódio deliberado e a justa desaprovação se expressam, bem assim a execução imposta pela justiça penal, são a mais enfática demonstração de que a punição pode resistir a um jogo de paixões, tal como pode o matrimônio resistir às outras paixões sexuais” (65).

Não restam muitas dúvidas sobre as incertezas contidas nessa teoria; em particular, Stephen fala, misteriosamente, da punição, querendo “justificar” o sentimento que a percorre. Sua construção doutrinária, como intenção geral, encontrou ressonância entre antigos magistrados. Nos dias de hoje, Lorde Denning, em declaração à Comissão Real Sobre a Pena de Morte (*Royal Commission on Capital Punishment*), disse:

“A punição por delitos graves refletiria, adequadamente, a violenta repulsa da maioria de cidadãos pela prática desses crimes. É errôneo considerar como objetivos da sanção punitiva a repressão, a reinserção social, a prevenção e nada mais. A justificação máxima de uma condenação, qualquer que seja, não é a repressão, mas a denunciação enfática, por parte da comunidade, de um crime e, a partir desse ponto de vista, há alguns assassinos para os

65 – *A history of the criminal law of England*, II, 81-2.

quais a opinião pública reclama a mais veemente denunciação de todas, qual seja: a pena de morte” (66).

A despeito da proeminência dos que, legalmente, a advogam, essa justificação da punição, sobretudo quando aplicada a uma conduta que não causa prejuízo aos outros, parece repousar sobre um estranho amálgama de idéias; simboliza um valor que é perseguido à custa do sofrer humano, a nua expressão da condenação moral, e trata a inflição de sofrimento como o modo unicamente apropriado ou “convincente” de expressão. Mas, é de perguntar-se: “Isso realmente é o que ocorre”? “A simples expressão da condenação moral é algo valorável em si, a ponto de ser perseguida, malgrado o alto preço”? A idéia de que punimos os malfeitores com fundamento num código de moralidade, não para prevenir prejuízo ou sofrimento ou, até, a repetitividade da ofensa, mas simplesmente como um meio de dar curso, ou especial ênfase, à condenação moral é desconfortante se levado em conta o sacrifício humano como expressão de uma crença religiosa! E mais: ainda que renunciemos a essa objeção, deveremos enfrentar uma outra: “Qual o verdadeiro significado contido na alegativa de que a punição do delinqüente constitui o meio mais apropriado de exprimir a condenação moral”? Na verdade, o meio normal pelo qual se exprime a condenação moral é por *palavras*; por isso, não nos parece suficientemente claro, ainda que a denunciação esteja revestida das condições preexpostas, porque uma declaração pública e solene de desaprovação não seja o mais “apropriado” ou “enfático” meio de fazê-lo. Por que deveria uma denunciação tomar a forma de uma sanção punitiva?

Entendo como provável que aquilo que os autores dessa teoria rotulam como uma “enfática” denunciação e “apropriada” expressão da condenação moral não passe, a rigor, de um efetivo esforço de verter gota a gota no espírito do delinqüente, e de outros, o sentimento de respeito ao código moral violado. A teoria passa a assumir, então, uma diferente característica. Já não é mais a teoria segundo a qual a

coerção legal da moralidade constitui um valor, independentemente de suas possíveis conseqüências; transforma-se na teoria de que a coerção legal da moralidade é valiosa por preservar uma moralidade existente. Essa é, sem dúvida alguma, a forma mais plausível da tese do rigor extremo. Mas a não ser colocada, tal como fez Stephen, de modo apenas intuitivo, não merece acolhida porque lhe falta fundamentação ou respaldo, segundo qualquer princípio geral da moral crítica, e abrindo-se, por isso mesmo, de par em par às mais variadas críticas.

A primeira dessas críticas é relativa a um problema já mencionado: a declaração de que a coerção legal influi no sentido de manter uma moralidade social existente necessita de fundadas provas, já que, em si, não é evidente; com referência à moralidade sexual, pelo menos, é muito pouco provável sua sustentação. Sem dúvida, nesse campo, as conclusões se tornam mais complexas, porque por mais profunda que seja qualquer investigação, objetivando demonstrar que a regra proibitiva dimana da convicção de que o ato asseado é moralmente errado, não se tem buscado distinguir, como é necessário, os vários tipos de imoralidade. Alguns deles, como, por exemplo, a conjunção carnal, apesar de reprováveis no plano da moralidade, exprimem tentações a que se rende a maioria dos homens. Outros, tais como o incesto ou a homossexualidade, são práticas pelas quais a maior parte dos homens manifesta aversão ou repulsa. Com relação a esta última, seria mesmo muito surpreendente se a regra proibitiva fosse considerada como reveladora de um consenso geral quanto à imoralidade da prática. E isto porque, na matéria, existem aqueles estigmas que Lorde Devlin batiza de "intolerância, indignação e repulsa", e Stephen chama de "esmagadora maioria moral" (e somente onde ocorrem é que se poderá entender justificável o constrangimento como sanção punitiva), a convicção de que tais práticas são moralmente erradas é, iniludivelmente, inseparável do sentimento arraigado de serem os seus agentes pessoas "anormais". A idéia de que a esmagadora maioria moral mudaria ou, mesmo, poderia mudar os preconceitos morais e abandonar os profundos sentimentos instintivos, se o Estado deixasse de refletir, nas normas sancionadas, fundamentos morais em torno da homossexualidade, parece fantástico e totalmente divorciado da experiência daqueles países, nos quais a ho-

mossexualidade entre adultos consencientes, na privacidade, não é punida legalmente. É de esclarecer-se que isso não importa em negar que, onde a lei proíba tais práticas imorais, existam os que delas se absterão apenas pelo temor da sanção punitiva, ou porque, consoante expressão de Stephen, respeitam a "solene ratificação" da lei quanto à moral social existente, apesar de isso representar, para muitos, a frustração de seus próprios instintos. Tal abstenção, pelos motivos invocados, não contribui em nada para o entendimento geral de que as práticas inquiridas sejam moralmente erradas.

O verdadeiro solvente da moralidade social, como se depreende de uma crítica levantada por Lorde Devlin (67), não é a falha da lei em referendar suas restrições com a sanção punitiva, mas a livre discussão crítica. É isto — ou a autocritica que fomenta — que força a separação entre meros instintos de repulsa e condenação moral. Se, em nossos próprios dias, a "esmagadora maioria" se dividiu, ou se tornou hesitante, a propósito de muitos temas concernentes à moralidade sexual, os principais catalisadores deixaram a matéria à livre discussão da moral sexual, à luz das descobertas da Antropologia e da Psicologia. Esses temas são bastante diversificados: incluem desde o caráter anódino de muitos desvios sexuais até a relação entre moralidade sexual restritiva e repressão nociva. Ainda assim, poucos pensam, agora, que seja justificável proibir a livre discussão, por causa de seu impacto sobre a moralidade social prevalente. Stephen estava bem a par disso, e a sua doutrina geral demonstra haver pensado assim. Honestamente, ele declarou não ter objeções quanto a isso, em princípio, embora pensasse, quando escreveu, que isso não fosse senão remotamente possível (68).

67 — Wollheim, *Crime, sin, and Mr. Justice Devlin*, p. 40.

68 — *Liberty, equality, fraternity*, cap. 2, especialmente p. 58, 81, 82-4.

PRESERVAÇÃO DA MORALIDADE E CONSERVADORISMO MORAL

Essa última consideração nos permite aferir qual, realmente, o ponto fulcral da tese extremada. Suponhamos — ao contrário das possíveis evidências — que o quadro apresentado por Stephen, da sociedade e de seus mecanismos morais, seja realista: que, de fato, se trata de um código moral, sobre temas de sexo, apoiado por uma maioria esmagadora; que a sociedade e seus mecanismos ficam profundamente perturbados quando esse código moral seja infringido, ainda que por adultos, na intimidade. Com a punição dos infratores, pretende-se manter o entendimento quanto à imoralidade da conduta, sem o que a moralidade prevalente poderia tender para um direcionamento permissivo. O problema-chave é: “Pode alguma coisa ser dita, ou não, no sentido de que *prevenir* a mudança e *manter o status quo* moral, como pautas da moralidade social, equivalem à aceitação de valores destinados a compensar o custo da miséria humana que a coerção moral requer”? “É esta uma simples e vaga alegação, ou descansa, na verdade, sobre alguns princípios críticos relacionados com o que, aqui, se disse ter valor, entre outras coisas de valor”?

Certas discriminações são, agora, necessárias. Existem três proposições concernentes ao valor da preservação da moralidade social que se apresentam constantemente sob perigo de confusão. A primeira dessas proposições consiste no fato de que toda a moralidade social, por mais que possa conter, estabelece provisão variável para certos valores universais, como a liberdade individual, a segurança pessoal e a proteção contra os danos deliberadamente infligidos, mas restará, sempre, na moralidade social, muito a ser preservado, ainda que ao custo desses mesmos valores que a coerção legal envolve. Talvez seja enganoso dizer, como Lorde Devlin, que a moralidade social, na medida em que protege essas coisas, lhes atribui valor por serem necessárias à preservação da sociedade; ao contrário, a preservação de qualquer sociedade, em particular, se recomenda porque, entre outras coisas, assegura aos se-

res humanos, de alguma forma, a função desses valores universais. Pode-se arguir, todavia, que uma sociedade humana, na qual esses valores não sejam reconhecidos de jeito algum, sua moralidade não é nem uma possibilidade empírica, nem lógica, e, ainda que fosse, tal sociedade não teria qualquer valor prático para os seres humanos. Admitindo o argumento, devemos tomar cuidado em seguir Lorde Devlin, quando, considerando a moralidade social como um tecido inconsútil de todas as suas provisões, julga-a indispensável à existência da sociedade. Com Mill, poderíamos estar cômicos quanto à circunstância de que, embora esses valores universais, porque essenciais, devam ser protegidos, a sociedade não pode subsistir apenas nas divergências individuais, em outras áreas de sua moralidade prevalente, mas beneficiar-se delas.

A segunda proposição consiste no fato, menos familiar e menos fácil de ser fixado em termos precisos, que o espírito ou atitude mental que caracteriza, na prática, uma moralidade social é algo precioso e, assim, vital, que os homens devem promover e preservar em qualquer sociedade. Qualquer moralidade social abrange, necessariamente, o que se pode chamar de *valores formais*, e que se distinguem dos *valores materiais* por regras e conteúdo específicos. Nas relações morais com outros, o indivíduo enfrenta problemas de conduta, de um ponto de vista imparcial, e aplica imparcialmente regras gerais, a si próprio e aos demais; fica ciente dos desejos, das expectativas e reações dos outros; exercita a autodisciplina e busca adaptar sua conduta a um sistema de recíprocas pretensões. Essas são virtudes universais e, no entanto, constituem, essencialmente, atitudes morais de conduta. É certo que essas virtudes são assimiladas de acordo com a moralidade de uma determinada sociedade, mas o valor delas não deriva do fato de que sejam admitidas como virtudes. Temos, tão-somente, de acompanhar a tentativa hobbesiana de imaginar essas virtudes totalmente ausentes, e senti-las vitais a qualquer forma cooperativa da vida humana e a qualquer êxito na vida pessoal. Nenhum dos princípios de moralidade crítica, que desprezaram os mais elementares fatos da natureza humana e as condições sob as quais a vida humana se conduziu, sugerira olvidá-las. Por isso, se pela preservação da moralidade se quer entender a preservação da atitude moral e de seus valores formais, não há como deixar de afirmar-se

que existe um valor. Porém, não obstante verdadeiro, isto é de fato irrelevante para os nossos propósitos; a preservação da moralidade, nesse sentido, não é idêntica — nem exige — a preservação quanto à possível mudança do código moral de uma sociedade, em qualquer dado momento de sua existência; sequer, *a fortiori*, exige a coerção legal das regras estabelecidas. A atitude moral tem sobrevivido, freqüentemente, às críticas, às transgressões e também ao afrouxamento das instituições morais específicas. O uso da punição legal para congelar no imobilismo a moralidade dominante, em um determinado momento na existência de uma sociedade, pode, possivelmente, ocorrer, mas, mesmo aonde se dá, não contribui para a sobrevivência das atividades espirituais e dos valores formais da moralidade social, em absoluto, podendo até prejudicá-los.

Da preservação da moralidade, nesse sentido em que se mostra tão claramente como um valor, devemos, então, distinguir a simples moral conservadora. Esta última equivale à proposição de que a preservação de mudança em qualquer regra existente da moralidade social, independentemente de seu conteúdo, é um valor e justifica sua coerção legal. Esta proposição poderia ser, ao menos, compreensível, se nós pudéssemos atribuir a toda moral social o *status* que os sistemas teológicos ou a doutrina do Direito Natural atribui a alguns princípios fundamentais. Então, por certo, alguns princípios gerais poderiam ser aduzidos para sustentar a pretensão segundo a qual a preservação de qualquer regra de moralidade social era um valor a justificar sua coerção legal. Alguma coisa deverá ser dita para indicar a fonte desse valor asseverado. A aplicação desses princípios gerais ao caso concreto propiciaria, então, algo a ser discutido e argumentado, e o conservadorismo moral tomaria, em conseqüência, uma forma de moral crítica, a ser usada na crítica das instituições sociais. Não seria, assim — como quando dissociado dos princípios gerais — um *dogma* brutal, pelo qual a preservação de qualquer moralidade social necessariamente excede seu custo em miséria humana e privação da liberdade. Nessa modulação dogmática, com efeito, se afasta a moral positiva do objetivo de crítica moral.

Sem dúvida, uma moral crítica, baseada na teoria que toda a moralidade social teve a condição de mandamentos divinos, ou de verdade

eterna, descobertos pela razão, não poderia, por óbvios motivos, parecer plausível, agora. Talvez seja menos plausível em relação à moral sexual, determinada como esta tão obviamente se encontra pelas variáveis do gosto e das preferências ditadas pelas convenções. Não obstante, o esforço de defender a coerção legal da moralidade poderia ser algo mais além da simples declaração, não discutida, de que ela se fez justificável. É digno de registro observar que grandes teóricos sociais como Burke e Hegel, que se encontravam entre os mais ansiosos em defender a moral positiva e os costumes de sociedades particulares contra os críticos utilitaristas e racionalistas, nunca dispensaram atenção à simples afirmativa de que essas eram coisas de conveniente valor. Em vez disso, desenvolveram *teorias* sobre a natureza humana e sobre a história como suporte de suas posições. O principal argumento de Burke, expresso nos termos da "sabedoria das idades" (*wisdom of the ages*) e o "dedo da providência" (*finger of providence*), é, em essência, de um evolucionista: as instituições sociais, que se desenvolveram lentamente no curso da história de qualquer sociedade, representam uma acomodação aos desejos dessa sociedade que é sempre provável estava mais satisfeita com a maioria de seus membros do que com qualquer esquema ideal de vida social que os indivíduos pudessem criar, ou o legislador impor. Para Hegel, o valor das instituições estabelecidas, de qualquer sociedade, descansa sobre uma elaborada doutrina metafísica, não facilmente compreensível e, certamente, inepta para uma afirmação apropriada numa simples locução como a que eu aqui lhe dedico. Em resumo, é a doutrina segundo a qual a história da sociedade humana é um processo por meio do qual o Espírito Absoluto se manifesta, e em que cada estágio de desenvolvimento representa um passo racional ou mesmo lógico, sendo, assim, uma coisa de valor.

Contudo, esse duvidoso *background* teórico, em qualquer caso, se encontra ainda como objeto de análise de uma crítica racional, para aceitação ou rejeição; *satisfaz-se antecipadamente em afirmar* o valor das instituições sociais, mercê de uma proposta meramente dogmática. A afirmativa permanecerá ou não, a depender das teorias gerais invocadas. Deverá ser lembrado, no entanto, que uma defesa evolucionária baseada na tradição ou no costume, como Burke imaginou fazê-lo contra o ra-

cionalismo revolucionário ou crítico, propicia pouca sustentação à coerção legítima da moralidade social. Em Burke, talvez porque ele fosse um *Whig*, apesar de conservador, o mérito das instituições estabelecidas reside no fato de elas se terem desenvolvido como consequência da livre (embora inconsciente) adaptação dos homens às condições de suas vidas. Usar a coerção para manter o *status quo* moral, em algum momento da história de uma sociedade, poderia ser, artificialmente, deter o processo que dá às instituições sociais o seu valor.

A distinção entre o uso da coerção para reforçar a moralidade e outros métodos que, de fato, usamos para a preservar, tais como argumentos, recomendações e exortações, é, a um só tempo, muito importante e muito negligenciado nas discussões do presente tópico. Stephen, em suas sustentações contra Mill (69), parece, na maior parte do tempo, esquecer ou ignorar esses outros métodos e a grande relevância que lhes atribuiu. Porque ele freqüentemente argumenta como se a doutrina de Mill sobre a liberdade significasse que os homens nunca deveriam expressar quaisquer convicções acerca da conduta de seus concidadãos, desde que ela não fosse prejudicial aos demais. Na verdade, Mill acreditava que “o Estado ou o público” não tem o direito de decidir, autoritariamente, sobre “os propósitos de repressão ou punição” (70), concluindo pela bondade ou maldade de tal ou qual conduta. Mas não é certo que ele tivesse pensado que, de referência a tais condutas ou “experiências do viver”, isso significasse que “ninguém mais tenha o que dizer” (71). Nem pensou que a sociedade pudesse “traçar uma linha onde a educação termina e a perfeita indiferença moral começa” (72). Apresentando essas infundadas críticas, Stephen não apenas interpretou mal e, pois, falseou Mill, mas demonstrou quão limitadamente concebeu a moralidade e os processos que a sustentam. A preocupação de Mill, ao longo de seu ensaio, é restringir o uso da coerção, e não promover a indiferença moral. Inclui, por sem dúvida, na coerção, ou

69 - *Liberty, equality, fraternity*, p. 126-42.

70 - *Ibid.*, p. 137; *On liberty*, cap. 5.

71 - *Liberty, equality, fraternity*, p. 141.

72 - *Ibid.*, p. 170.

“constrangimento”, o que desaprova, não apenas na coação legal da moralidade, mas, por igual, em outras formas peremptórias de pressão social, como a responsabilidade moral, e pugna pela condescendência. É, por isso, um desastroso equívoco, quanto à moralidade, pensar que, onde não nos podemos valer da coerção como seu suporte, devemos ficar silenciosos e indiferentes. No capítulo 4 de seu ensaio, Mill serve-se das longas punições para mostrar outros expedientes de que dispomos e que podemos usar:

“Seria uma grave incompreensão desta doutrina supor que defende uma egoísta indiferença e que pretende que os seres humanos não têm nada a ver em sua conduta mútua, e que só devem inquietar-se pelo bem-estar ou as ações de outro quando seu próprio interesse está em jogo... Os seres humanos devem ajudar-se, uns aos outros, a distinguir o melhor do pior, e a prestar apoio mútuo para eleger o primeiro e evitar o segundo”.

Debate, conselho, argumentação — tudo isto permite ao indivíduo “o juízo final”; de acordo com Mill pode ser usado em uma sociedade onde a liberdade é realmente respeitada. Mesmo que nos desejemos “intrrometer” em outras “considerações a fim de auxiliar o julgamento e as exortações de outrem para fortalecer sua vontade” (73). Podemos, em casos extremos, “advertir” (*warn*) quanto ao nosso entendimento em contrário, ou quanto aos nossos sentimentos de repugnância ou aversão. Podemos evitar-lhe a companhia e precatar terceiros. Muitos pensam que Mill chega, perigosamente, muito perto da coerção sancionável, ainda que despreze tais coisas como “estritamente inseparáveis dos julgamentos desfavoráveis dos outros” (74), e nunca para ser infligida por causa da punição. Se ele errou nesse sentido, faz-se, contudo, meridianamente claro haver reconhecido como verdade indiscutível

73 — *On liberty*, cap. 4.

74 — *Ibid.*

que, na moralidade, não somos forçados a escolher entre a coerção deliberada e a indiferença.

POPULISMO MORAL E DEMOCRACIA

O ensaio de Mill *On liberty*, como o livro de Tocqueville *Democracy in America*, foi um forte pretexto para uma avaliação lúcida dos perigos que estão associados à regra democrática. O maior deles, a seu ver, não consistia no fato de a maioria valer-se do poder para oprimir uma minoria,* mas, com a propagação das idéias democráticas, que se chegasse até a pensar, sem objeções, que isso pudesse ocorrer. Para Mill, tais perigos eram parte do preço a ser pago por todos que concordassem com a possibilidade de sua existência em um governo democrático. Ele pensou que o preço, decerto, valia a pena ser pago, embora muito cons-

* – **NOTA DO TRADUTOR:** Na *Introdução* ao capítulo 1 de *On liberty*, escreveu Mill: “Existe um limite para a ação legítima da opinião coletiva sobre a independência individual: encontrar este limite e defendê-lo contra toda usurpação é tão indispensável para a boa marcha das coisas humanas como a proteção contra o despotismo político”. Recentemente, criminólogos *radicais* buscam denunciar a *ideologia e práxis conservadoras*, e pugnam pela “abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder (Taylor *et alii*, 1980, p. 55), afirmando que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe, e sua condição é a revolução socialista (Platt, 1980, p. 125)”, consoante adverte Juarez Cirino dos Santos, *A criminologia radical*, Rio de Janeiro, 1981, p. 25-6. Alessandro Baratta descreve no nível alcançado pela democracia, porque “a sociedade — diz — volta a se apropriar de sua própria conduta desviante e administra diretamente o controle da mesma” (“Criminologia crítica e política penal alternativa”, *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1976, 23, p. 20). Richard Quinney, da Brown University, oferece três *alternativas radicais* contra o vigente sistema penal americano: a primeira alternativa seria a eliminação das leis penais; a segunda seria considerar as leis penais como símbolos de bondade (*symbols of goodness*), retirando-lhes, para tanto, o conteúdo punitivo e o sentido de determinação da convivência social; por fim, a terceira alternativa teria como premissa a descentralização legal, porque uma lei criminal substantiva, de caráter monolítico, não pode atender às solicitações de uma sociedade heterogênea” (“*The ideology of law: notes for a radical alternative to legal oppression*”, *Crime and justice* (1971/1972), Nova Iorque, AMS Press, 464-91, 1974).

ciente quanto à necessidade de defender a democracia do perigo e, por isso, não descurar da sua vigilância. “A limitação do poder do governo sobre os indivíduos não importa na perda de sua importância quando os governantes são responsáveis, de um modo regular, perante a comunidade, isto é, ante a parte mais forte dela” (75). Tão insistente era Mill nesse tema que, como Morley observou, seu ensaio era, em um sentido, “um dos livros mais aristocráticos jamais escrito” (76). A doutrina de Mill contrasta, certamente e de modo muito pronunciado, com a ênfase posta por Stephen sobre a importância, em sede de opinião pública moral, e sobre a função punitiva como uma “expressão do sentimento moral do público”. Morley disse, de fato, como nos conta Stephen em seu Prefácio (77), que onde Mill buscava proteger a minoria da coerção da maioria, segundo os princípios de Stephen, a minoria ficaria esquecida.

Stephen repudiou o ataque de Morley, talvez injusto. Porque, embora o repúdio de Stephen não seja muito fácil de adequar-se à sua insistência sobre a importância da “esmagadora maioria moral”, pode bem significar que o seu posicionamento se reduz a algo tão simples qual a admissão de que uma pretensão popular pela coerção, ou punição legal, se justificasse plenamente porque, sendo popular, era uma proclamação da maioria. Não obstante, Mill receiava que uma doutrina desse tipo pudesse propagar-se com a democracia e se tornasse seguramente justificada. Parece realmente fácil acreditar que a fidelidade aos princípios democráticos impõe a aceitação do que se pode chamar de *populismo moral*: a concepção de que a maioria tem o direito moral de determinar como todos devem viver. Esta é uma má interpretação da democracia, a ameaçar a liberdade individual, e eu dedicarei o resto desta palestra para identificar a perplexidade que ainda causa (78).

75 – *On liberty*, cap. 1.

76 – Citado no Prefácio de *Liberty, equality, fraternity*, p. XV.

77 – *Ibid.*, p. XVII.

78 – Há vestígios de certa confusão na última contribuição de Lorde Devlin ao presente tópico (“*Law, democracy, and morality*”, loc. cit.). Segundo ele afirma (p. 639), “em uma democracia, um legislador deve admitir que a moral de sua sociedade é boa e verdadeira; se ele não admite isso, não pode participar ativamente do governo... Mas ele não precisa testemunhar essa bondade e verdade. Seu mandato é para que preserve os fundamentos da sociedade, não para reconstruí-los de

O equívoco fulcral decorre do fracasso em se distinguir, claramente, um princípio, aceitável, segundo o qual o poder político se exercita por incumbência da maioria, que nele confia, da proclamação, esta inaceitável, de que tudo que a maioria faz, com este poder, se encontra além das críticas e jamais sujeito à resistência. Ninguém pode ser um democrata se não aceitar o princípio, mas nenhum democrata precisa aceitar a proclamação. Mill e muitos outros estavam unidos na crença da democracia como a melhor — ou menos nociva — forma de governo, com convicção apaixonada quanto à existência de muitas coisas que mesmo um governo democrático não pode fazer. Essa comunhão de atitudes faz sentido, porque, apesar de um democrata acreditar que a democracia é melhor que as outras formas de governo, não a pressupõe perfeita, infalível ou irresistível, no sentido de se lhe não poder opor qualquer reação contrária. Para sustentar esta última assertiva, precisamos de uma premissa adicional, indo muito além da mera dição que é melhor confiar um poder político à maioria do que a uma categoria selecionada. A premissa adicional pode apresentar alguma variante, secular ou de outro modo, da identificação de *vox populi* com *vox Dei*. Uma variante, muito referida nestas palestras, é a concepção de que a moral positiva sustentada por uma esmagadora maioria moral está imune à crítica.

Não surpreende, naturalmente, que estas perplexidades tenham sido entretecidas ou ainda sobrevivam em democracias como os Estados Unidos da América, onde os direitos individuais são protegidos extensamente das maiorias por uma Constituição escrita; ou na Inglaterra, onde, por muito tempo, o membro eleito para o Parlamento era con-

acordo com suas próprias idéias”. Em outro lugar (p. 644), Lorde Devlin reconhece que um legislador “há-de ter uma cautela muito grande em expressar qual a sua tendência com relação a como ele pensa que deva ser a lei”. O principal objetivo de Lorde Devlin, nesse ensaio, é estabelecer, contra “o ponto de vista dos filósofos” (*sic*), que não existe objeção quanto à moralidade ser suscetível de votação popular (p. 642), que a moralidade é uma questão de fato (p. 649), e que, em uma democracia, os homens educados não podem constituir uma categoria separada para a decisão das questões morais (p. 643). Porém, no que tange à moral positiva, poucos se oporiam a essas alegações. A pergunta permanece: “Qual a justificativa para a coerção legal”? Apesar disso, Lorde Devlin parece contentar-se com suas argumentações prévias e sua analogia com a traição, acima criticada.

siderado representante, não o delegado de seus eleitores. Há no atual funcionamento da democracia muitas forças dispostas a estimular a crença de que o princípio do governo democrático *significa* que a maioria está sempre certa. Mesmo o mais magnânimo político pode desejar permanecer no cargo, e uma dócil ou passiva atitude para com o que a maioria acha certo torna isto mais fácil do que uma rígida submissão ao que ele pensa ser certo e, conseqüentemente, aceitar sua demissão se não pode persuadir a maioria a mantê-lo. Mas o que é compreensível como uma tentação para eleger legisladores pode ser, no entanto, causa de desapontamento nos que não experimentam idêntica tentação. Quaisquer outros argumentos devem ser para a coerção da moralidade. Ninguém pensaria, ainda quando a moral popular fosse mantida por uma "esmagadora maioria" ou marcada pelo tríplice estigma da "intolerância, indignação e repulsa", que a fidelidade aos princípios democráticos requer sejam admitidos e sua imposição sobre a minoria justificada.

CONCLUSÃO

Espero que estas três palestras sejam suficientemente claras e demasiado breves, de modo a tornar desnecessário um sumário detalhado. Em seu lugar, direi uma palavra, em conclusão, sobre o método de argumentação que procurei seguir. Desde o início, supus que alguém que se fizesse ouvir sobre a problemática relativa à justificação da coercitividade moral, e pretendesse debatê-la, haveria de admitir, como ponto de partida, que as instituições vigentes em qualquer sociedade, inclusive sua moralidade positiva, estejam abertas à crítica. Por isso, a proposição segundo a qual há uma justificação para a coerção moral é, tanto quanto sua negação, uma tese de moral crítica, a exigir, por supedâneo, algum princípio crítico geral. Não pode ser estabelecida, ou refutada, simplesmente por similitudes, acaso sugeridas, com práticas usuais, ou morais, de uma ou de outras diferentes sociedades. Lorde Devlin, cuja tese chamei de *tese moderada*, parece aprovar essa posição; eu, porém, observei que o princípio crítico geral, que ele desenvolve, a saber, que uma sociedade tem o direito (*right*) de tomar qualquer medida necessária à sua autopreservação, é inadequado para o propósito. Não se pode comprovar, com manifesta certeza, que a preservação de uma sociedade exija a coerção de sua moralidade "como tal". O posicionamento de Lorde Devlin parece ser o de furtar-se a uma crítica, valendo-se, apenas, de uma definição ambígua do que seja a sociedade.

Também, desde o início, admiti que qualquer um que se preocupasse com este problema, considerando-o aberto à discussão, necessariamente estaria a acolher o princípio crítico, fundamental à moralidade, para o qual a miséria humana e a restrição à liberdade são inconcebíveis; por isso mesmo é que a coerção legal da moralidade requer uma

justificação. Esforcei-me, então, por diferenciar, e libertar da ambigüidade conceptual, os princípios gerais subjacentes em diversas variedades da *tese extremada*, e segundo os quais a coerção da moralidade, ou sua preservação de possível mudança, são por si valiosos, à parte suas benéficas conseqüências quanto à preservação da sociedade. Esses princípios, de fato, nos convidam a considerar como valores — no interesse de restringir a liberdade humana ou de infligir, miseravelmente, a sanção punitiva a seres humanos — coisas que parecem pertencer à pré-história da moralidade e ser hostil ao seu espírito geral. Incluem meras semelhanças exteriores às regras morais persuasivas, simplesmente pelo temor; o estímulo ao sentimento de ódio pelo infrator, a quem se aplica sanção “retributiva”, ainda quando não tenha havido vítima a clamar por vingança ou por justiça; a inflição de pena como um símbolo ou expressão de condenação moral: o repúdio puro e simples a qualquer mudança social, malgrado a moralidade existente seja repressiva ou bárbara. Não tenho dúvidas de que não pude *provar* tais coisas, cujo preço é o sofrimento humano ou a perda da liberdade. Dar-me-ia por satisfeito se pudesse ter mostrado, com suficiência, quanto se oferece, em troca, por tal preço...

BIBLIOGRAFIA SELECIONADA

I. Geral

- ANON. "The censor as aedile" ("O censor como edil"), *Times Literary Supplement*, ed. de 4 de agosto de 1961.
- DEVLIN, Lord. "The enforcement of morals" ("A coercitividade da moral"). *Maccabaen Lecture in jurisprudence of the British Academy*, 1959, Oxford, Oxford University Press, 1959.
- . "Law, democracy and morality" ("Direito, democracia e moralidade"), 110 *University of Pennsylvania Law Review*, 635 (1962).
- HART, H. L. A. "Immorality and treason" ("Imoralidade e traição"), *The Listener*, 30 de julho de 1959, p. 162.
- . "The use and abuse of the criminal law" ("O uso e abuso do direito penal"), 4 *Oxford Lawyer*, 7 (1961).
- HUGHES, Graham. "Morals and the criminal law" ("A moral e o direito penal"), 71 *Yale Law Journal*, 662 (1962).
- MILL, John Stuart. *On liberty* (Sobre a liberdade), Londres, 1859.
- ROSTOW, Eugene. "The enforcement of morals" ("A coercitividade da moral"), *Cambridge Law Journal*, 174 (1960).
- STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, equality, fraternity* (Liberdade, igualdade, fraternidade). Londres, 1873. O Prefácio à segunda edição de 1874 é uma resposta à defesa de Mill feita por Morley in "Mr. Mill's doctrine of liberty" ("A doutrina da liberdade do Sr. Mill"), *Fortnightly Review*, 1º de agosto de 1873.
- . *A history of the criminal law of England* (Uma história do direito penal da Inglaterra). Londres, 1883. Vol. II, cap. 17.
- WOLLHEIM, Richard. "Crime, sin, and Mr. Justice Devlin" ("Crime, falta e o Sr. magistrado Devlin"), *Encounter*, novembro de 1959, p. 34.

2. Matéria Legal

- "Model penal code, tentative draft" ("Código penal modelo, tentativa de projeto"), *American Law Institute*, 4, 1955.

- DAVIES, D. Seaborne. "The House of Lords and the criminal law" ("A Câmara dos Lordes e a lei penal"), *Journal of the Society of Public Teachers of Law* (1961), p. 104.
- GOODHART, A. L. "The Shaw case: the law and public morals" ("O caso Shaw: o direito e a moral pública"), *77 Law Quarterly Review* 567 (1961).
- JONES v. RANDALL (1774) Lfft. 383.
- "Report of the committee on homosexual offences and prostitution" ("Relatório do comitê sobre transgressões sexuais e prostituição") (CMD 247), 1957 (*The Wolfenden Report*).
- SHAW v. Director of Public Prosecutions (1961), *A.E.R.* 446 (1962), A.C. 220.
- WILLIAMS, Glanville. "Conspiring to corrupt" ("Incitamento à corrupção"), *The Listener*, 24 de agosto de 1961, p. 275.
- WILLIAMS, J. E. Hall. "The Ladies Directory and the criminal conspiracy" ("A Ladies Directory e o incitamento criminoso"), *24 Modern Law Review*, 631 (1961).

Hart, Herbert L. A



impresso nas oficinas da
EDITORA GRÁFICA METRÓPOLE S.A.
com firmas fornecidas pelo cliente.