

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Sexo grupal: à (meia) luz do direito

Ivaldo Lemos Júnior*

O cinema aonde íamos era um poeira perto de casa, na Praça Onze, esse cinema já acabou, passava três filmes seriados, filme seriado também acabou. Depois tomávamos cerveja preta com tremoços. Meu avô bebia cerveja preta com tremoços, eu comia os tremoços com um refresco de groselha. Tremoço acabou e aquela cerveja preta acabou, o refresco de groselha também não existe mais, puta-que-pariu, acabou tudo, até a profissão do meu avô acabou (Rubem Fonseca, Pequenas criaturas).

Este ensaio tem por objetivo fazer uma análise jurídica da prática de sexo grupal e outras variações acerca do tema da moralidade sexual – tarefa embaraçosa que sempre foi exigida do jurista –, a partir de julgamento da Suprema Corte do Canadá, de 21 de dezembro de 2005, tendo como apelante Sua Majestade a Rainha do Reino Unido e como apelado o indivíduo James Kouri, acusado de manter um bordel (*common bawdy-house*) para a prática de “atos indecentes”, proibida pelo artigo 210(1) do Código Penal, nos seguintes termos:

manter bordel, na qualidade de proprietário, locador, arrendador, possuidor ou gerente, ou nele ingressar sem justa causa, com ou sem assiduidade: Pena – detenção, até dois anos¹.

* Ivaldo Lemos Júnior é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília.

¹ Minha tradução obedeceu ao padrão de redação das leis penais brasileiras. Os termos originais do dispositivo legal são: “(1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years. (2) Every one who (a) is an inmate of a common bawdy-house, (b) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or (c) as owner, landlord, lessor,

Na definição do art. 197, (1), (a) e (b), um bordel é

um lugar mantido ou ocupado por uma ou mais pessoas para fins de prostituição ou prática de atos de indecência².

O ato indecente é aquele praticado (a) em local público, na presença de uma ou mais pessoas, ou (b) em qualquer lugar, com intenção de insultar ou ofender outrem (art. 173). Por fim, “local público” é “qualquer lugar acessível ao público, por direito ou convite, expresso ou tácito” (art. 150).

A íntegra do acórdão está disponível na internet, no sítio <www.lexum.umontreal.ca>, ou facilmente pelo *Yahoo* ou *Google*. O nome do caso é “*R. v. Kouri, 2005 SCC 81*”. Explico a terminologia. No direito comum, os casos têm nomes, e não números, como nós designamos autos de processos e recursos. “*R*” vem do latim *Rex* (Rei) ou *Regina* (Rainha), dependendo se o monarca for homem ou mulher. Como o processo tramitou no reinado de Elizabeth II, o “*R*” poderia também ser utilizado por extenso: “*Regina v. Kouri*”. Na prática, isso significa que é o Poder Público o promotor da demanda. O “*v*” separando os nomes das partes abrevia o “*versus*”, mas em linguagem oral, não se fala “*versus*”, e sim “*against*” (contra), tanto quanto o “*R*” deve ser dito “*The Crown*” (A Coroa): assim, escreve-se “*R. v. Kouri*”, mas pronuncia-se “*The Crown against Kouri*” (A Coroa contra Kouri)³.

O “*2005 SCC 81*” é o que se chama de *neutral citation*, ou seja, uma referência de onde o julgado pode ser localizado em um *Law Report*, que é uma publicação jurisprudencial. Alguns repertórios ingleses têm mais de 700 anos, mas medidas recentes foram tomadas para facilitar a consulta pela internet e CD-Roms. “*2005*” é, claramente, o ano, mas sua indicação pode se referir ao do início do proces-

tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house, is guilty of an offence punishable on summary conviction”.

² No original, “‘common bawdy-house’ means a place that is (a) kept or occupied, or (b) resorted to by one or more persons”.

³ Nesse sentido, confira-se ELLIOTT; QUINN, 2002, xxviii-xxx.

so, quando vem entre colchetes, ou ao da decisão, que é grafado em parêntesis. “SCC” significa *Supreme Court of Canada*. Se se tratasse, por exemplo, da *Federal Court of Canada*, a legenda seria *FCA*; da *British Columbia Court of Appeal*, *BCCA*, e assim por diante. “81” é o número da página do *Law Report*. No Brasil, o equivalente seria algo como *RTJ 34:347* ou *RDP 17/90*.

Alguns trechos serão reproduzidos em vernáculo, com tradução minha, a partir da versão oficial em língua inglesa, colocadas em rodapé ou no corpo principal, para conferir ritmo ao texto e garantir a fidelidade das transcrições. Os originais foram conferidos por um amigo, o advogado Diógenes Coimbra, a quem, mais uma vez, fico devendo um chope. Vamos então aos fatos.

★ ★ ★

O acusado operava uma boate, chamada *Couer à Corps*, no primeiro piso de um prédio⁴ na cidade de Montreal, Quebec, desde o ano de 1985. Fazia-se propaganda em jornal e na internet, anunciando lacônica mas sugestivamente que se tratava de um lugar “somente para casais liberais”, com uma atmosfera “quente e aconchegante”.

Apenas em 1996, após receber uma reclamação, a Polícia encetou investigações. Agentes disfarçados fizeram diligência no local em cinco ocasiões entre setembro e novembro daquele ano, e mais três vezes entre janeiro e março de 1997. Em duas oportunidades, nos dias 16 de novembro de 1996 e 16 de março de 1997, foram efetuadas prisões, em um número total de pessoas de 62 e 95, a cada vez, incluindo clientes e funcionários.

O acesso à boate obedecia a um procedimento. Na entrada, o porteiro indagava se os clientes formavam um “casal liberal” (*a liberated couple*), e àqueles que respondiam afirmativamente era franqueado o ingresso, após o pagamento de seis dólares canadenses. A cada meia hora, uma cortina negra mas translúcida era fechada em volta da pista de dança, ocasião em que se tocava música lenta que durava entre 8 e

⁴ No segundo piso, funcionava um clube de *strip-tease*, o “Cabaret Chez Mado”, também de propriedade do apelado.

12 minutos e, nesse ínterim, as pessoas, em número médio de 70, se engajavam em atividades carnais, o que incluía – traduza o próprio leitor – “sexual caresses, masturbation, fellatio and penetration”. Uma minoria de pessoas não adentrava na pista e preferia apenas observar o que se passava em seu interior.

O acusado foi condenado em primeiro grau e absolvido em apelação. Por fim, o Supremo Tribunal, por maioria de sete votos contra dois, cingiu a absolvição, ao principal fundamento de que a definição de indecência não decorre da opinião pessoal do juiz, mas de um “teste objetivo baseado em um padrão social de tolerância”, o qual “depende do risco acarretado pela atividade em questão”, e que deve ser “significativo”, “incompatível com o adequado funcionamento da sociedade”.

O caso concreto passou no teste, considerados os fatores *local, modo e natureza do auditório*: para a Corte, ninguém testemunhou os fatos contra a vontade nem adentrou no estabelecimento desconhecendo o que iria presenciar; ninguém foi forçado a fazer sexo nem pagou por isso ou foi tratado como mero objeto para o prazer alheio; não houve evidência de indução de dano físico ou psicológico aos participantes, ou de “atitudes anti-sociais” por tratamento aviltante, abusivo ou humilhante de qualquer indivíduo ou grupo. Em suma: “a fim de provar que os atos eram indecentes, a Coroa [a Promotoria] teria que espancar qualquer dúvida de que os mecanismos de controle de ingresso na boate eram insuficientes para se evitar o risco de exposição involuntária”. Tais mecanismos, ao contrário, foram considerados “suficientemente claros, compreensíveis e contextualizados”.

O entendimento minoritário, favorável à condenação, baseou-se no seguinte:

- ❖ o critério do dano não é exclusivo; é um fator de relevo, mas o determinante é que os atos em questão “claramente ofenderam o padrão de tolerância da comunidade canadense”. O teste de indecência deve focar também questões ligadas a “modelos mínimos de moralidade pública”, ainda que o estabeleci-

mento fosse freqüentado por pessoas adultas e bem informadas (o que, aliás, não ocorria suficientemente)⁵;

- ❖ conceitos como “adequado funcionamento da sociedade” e “predisposição de outrem para atitudes anti-sociais” são vagos e sua adoção deve ser descartada;
- ❖ o contexto dos fatos condena sua prática, pois o local era aberto ao público e o grau de privacidade era “virtualmente nulo”; ademais, a natureza do estabelecimento era comercial, a entrada se dava obrigatoriamente após pagamento, e foram feitos numerosos esforços publicitários para se angariar novos clientes.

★ ★ ★

Percebe-se que os argumentos pró e contra não se encontram necessariamente em um mesmo nível de argumentação, e em boa medida não são incompatíveis, sequer em parte. Não afrontaria a lógica o juiz que considerasse, e. g., que o cliente não fora de nenhum modo coagido ou enganado a se divertir na boate, mas que tal espécie de divertimento extrapola os limites do que deve-ser e do que é aceito no contexto de um convívio grupal (sem trocadilho). E mais, tal magistrado poderia votar pela absolvição e um colega seu, desenvolvendo raciocínio idêntico, poderia decidir em sentido exatamente contrário. Isso será explicado melhor ao longo do texto.

Por ora, saliento, no caso em estudo, o detalhe inarredável da participação do poder público na exploração do negócio, pois todos os estabelecimentos prediais devem obedecer a padrões técnicos gerais, para fins de licença de construção, e de normas condizentes com sua operação, a partir de seu escopo, sua natureza propriamente dita, além

⁵ Na verdade, as correntes condenatória e absolutória aplicaram dois “testes de indecência” distintos, o primeiro contendo duas e o segundo, oito perguntas, que foram resumidas como consta acima. Em sua obra mais conhecida, Ronald Dworkin (2000, p. 256) cita trecho da decisão *Roth vs. United States*, 354 U.S. 476 (1957), na qual a Suprema Corte dos EUA tentou definir quando um livro é obsceno, ao exigir as notas de *prurient interest in sex* (“interesse mórbido pelo sexo”), *contemporary community standards relating to the description or representation of sexual matters* (“padrões contemporâneos da comunidade relativos à descrição ou representação de temas sexuais) e *material utterly without redeeming social value* (“material totalmente desprovido de um valor social”).

de questões como segurança e higiene, mormente em caso comercial. Mais concretamente, se não existir uma norma que estabeleça a hipótese de concessão de alvará de funcionamento para que o proprietário da boate patrocine as atividades que desejar, ou se existir, mas não a obtiver, o mesmo pode ser penalizado, tanto quanto se permitir a entrada de um menor de idade ou se deixar de instalar o número adequado de extintores de incêndio. As gradações do desvalor do ilícito se refletem no tipo e na medida da reprimenda – desde uma advertência verbal até a pena de morte –, mas ontologicamente todas essas hipóteses seriam igualmente não-jurídicas, simplesmente porque regras do mesmo ordenamento legal não as admitem.

E aqui reside a razão de um aspecto relevante observado pela corrente pró-condenação: a boate em questão, lugar não-público, mas acessível ao público, tinha fins lucrativos; seu ingresso era pago. Em seus votos, os Ministros Bastarache e Lebel, §§ 29, 43 e 46, julgaram o acesso fácil demais para qualquer casal, que não era entrevistado nem recebia uma advertência formal. A boate não tinha característica de um clube fechado, como no precedente da mesma Corte (*R. v. Labaye, 2005 SCC 80*), que era restrito a membros e convidados, o controle era feito por um porteiro, e o acesso se dava por meio de chaves próprias e códigos. No caso concreto, os votos minoritários consideraram que eram “praticamente inexistentes” as medidas tomadas para limitar o ingresso à boate a pessoas que “dividissem a filosofia da troca de casais”.

Além disso, embora o acórdão não o diga, é óbvio que também tinha fins lucrativos o consumo interno, no fornecimento de bebida, comida, cigarros. O Sr. Kouri era um sujeito ordinário, um empresário, não uma alma abnegada à disposição do povo montrealino para a realização desinteressada de sua concupiscência. Isso tem peso jurídico, porque toda uma carga estatal se faz presente, diretamente, em termos de relações administrativas, trabalhistas, previdenciárias, consumeristas, tributárias e, de modo latente, por interesses mais complexos cíveis e penais (como acabou acontecendo). Em uma análise mais elaborada, a questão goza de *status* constitucional e internacional, porquanto pode buscar esteio no princípio da “dignidade da pessoa humana”, que muitos interpretariam como incompatível com o beneplácito do poder pú-

blico a esse tipo de estabelecimento degradante. Não é necessário ser uma pessoa de índole religiosa de nenhuma ordem para se chegar a uma tal conclusão, conquanto o preâmbulo da Constituição Canadense afirme que aquela nação seja “fundada sobre os princípios que reconhecem a supremacia de Deus”. Os deuses canadenses devem estar loucos.

Tenho que moralidade possa ser percebida de modo muito simples, como a realização de um valor, e este, por sua vez, não como a realização de uma finalidade, mas como a finalidade em si, e nada mais⁶. Sua essência não reside na utilidade – daí por que essências distintas coincidem em suas benfeitorias, por um mero acaso ontológico –, mas encampa e supera o *bonum utile* e o *bonum delectibile* em função do fato do manancial normativo, tanto quanto a “fonte” primeira do direito é a “lei”, consoante se aprende no contato com as primeiras luzes da jurisprudência. A idéia da moralidade está gravada na alma dos homens tanto quanto a potência de respirar está gravada em seus pulmões, e a de urinar, em suas bexigas. A experiência ética não está acessível como um chão metafísico sobre o qual flutuam uns *chosen few*, ou sob o qual se enterram brutos, mas se encontra disponível a todo o instante para seres humanos de bexigas e pulmões. Aquilo que é necessário é *a fortiori* possível, esclarece DelVecchio (1979, p. 364). Ensina-se a lição, em casa, na escola, na rua, na igreja, no presídio, no bordel, mas tal lição é vivenciada por cada um; a experiência, com todos os seus dilemas, sofrimentos e recompensas, é intransferível e inadiável⁷. A liberdade é uma categoria ética, ou melhor, é a categoria ética por excelência.

⁶ Para Olavo de Carvalho (1998, p. 21), “como quer que os interpretemos, *sentido, finalidade e valor são uma só e mesma coisa*” [destaque nosso].

⁷ Explica Ortega y Gasset (2002, p. 78 e 112): “Não há um momento de descanso para nossa atividade de decisão. Inclusive quando, desesperados, nos abandonamos à sorte, decidimos não decidir. Portanto é falso dizer que na vida são ‘as circunstâncias que decidem’. Ao contrário: as circunstâncias são o dilema, sempre novo, ante o qual temos que nos decidir. Mas o que decide é nosso caráter [...]. Tudo, absolutamente tudo, é possível na história – tanto o progresso triunfal e infinito quanto a periódica regressão. Porque a vida, individual ou coletiva, é a única entidade do universo cuja substância é perigo. Compõe-se de peripécias. Rigorosamente falando, é drama”. Concorda seu conterrâneo Julián Marías (2000, p. 119 e 76): “sou *forçosamente livre*, não posso renun-

Sempre houve normas porque sempre houve finalidades a serem protegidas por si; por trás de toda atividade jurídica, de transformação de uma abstração normativa em função de um mundo real (e vice-versa), há de haver uma *theoria* filosófica qualquer. Eis a importante lição de Miguel Reale (1994, p. 594), na coerência de seu pensamento tridimensional:

existe sempre um valor iluminando a regra jurídica, como fonte primordial de sua obrigatoriedade. Todo o ordenamento jurídico de um povo origina-se de valores, e deles recebe seu sentido e significado. Se tirarmos do Direito Civil ou do Direito Penal a força axiológica que os sustém, será impossível compreender satisfatoriamente o problema da “normatividade”. [...] Em suma, *entendemos por fundamento, no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade*, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade. [...] A regra jurídica, portanto, deve ter, em primeiro lugar, este requisito: deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados⁸.

É dado que grupos tenham se perdido em suas finalidades existenciais mais nobres, ou que isso possa acontecer a qualquer momento, mas não que tenham deixado de urdir certos propósitos – entre os quais, as urgências animais de dormir, comer e reproduzir são das mais conspícuas –, e as normas não sejam aplicadas para promovê-los. No

ciar à minha liberdade a não ser por um ato livre. Por isso sou responsável, e a vida humana é *intrinsecamente moral*, isto é, moral ou imoral. [...] Deus poderia ter situado o homem no outro mundo, no céu, evitando todas as dificuldades, misérias e riscos de sua vida terrena. Porém [...], não seria o homem, e sim outra realidade bem diferente. O homem *faz sua* vida – com as coisas; a eleger, não é seu criador, mas é seu autor. A vida terrena neste mundo se apresenta como escolha da perdurável. Consiste em decidir *agora* quem se vai ser *sempre*” [destaques originais]. Por fim, Karl Jaspers (2001, p. 188) confirma que “a eternidade não é futura, mas atual. Antecipações de futuro são enigmas brotados da presença da eternidade”.

⁸ Itálico original. A ordem das frases foi invertida.

plano individual isso não é diferente, a despeito de toda a teia de dificuldades, frustrações, choques entre sujeitos, contradições entre estes e os grupos, os limites naturais que preenchem o conteúdo de cada biografia, a própria morte.

A essência da moral – explica Ortega y Gasset *verbo ad verbum* (2002, p. 223) – é um sentimento de submissão a algo, consciência de serviço e obrigação. O bandidão, como aquele Zé Pequeno, personagem do filme *Cidade de Deus*, jamais se contentará com a solidão como estilo de vida ética (sic), mas buscará convencer seus potenciais pupilos e seguidores – que mais se aproximam de um *quadro administrativo* do que de um grupo de amigos, pois a atração que os une é o terror, ao invés de companheirismo e respeito gratuito: um “comunismo de amor ou camaradagem”, na expressão de Max Weber (1999, p. 160) – de que o matar é que é o bom, quanto mais matar, melhor, e o mais eficaz argumento de que se utilizará é justamente a matança. O seu não-matar será visto como algo criterioso, piedoso talvez, a ser refletido para fins de emulação, ainda que seja impossível que o assassino elimine todas as pessoas que passem na sua frente, caso fosse esse o seu desejo. Nem as guerras conseguem isso; talvez um dia alguma guerra nuclear o consiga. Só convém lembrar que os bandidões bem sucedidos – com exceção do *Poderoso Chefão* e outros expoentes do romantismo do mal, um quase-atavismo marxista em que personalidade parece se diluir na “classe” a que se pertence⁹ – não morrem na velhice tranqüila, com os netos ou bisnetos no regaço, para quem se economizou e se resguardou o futuro. A aceitação de qualquer modelo pede “algumas renúncias e sacrifícios, uma responsabilidade que pode ter graves conseqüências”, admoesta o saudoso Julián Marías (2000, p. 107).

Algum estado de abstinência moral jamais se prolonga indefinidamente, pelo que o insensível não resistirá à tentação de criar um

⁹ Diz Olavo de Carvalho: “Humanizar a imagem do delinqüente, deformar, caricaturar até os limites do grotesco e da animalidade o cidadão de classe média e alta, ou mesmo o homem pobre quando religioso e cumpridor dos seus deveres [...], eis o mandamento que uma parcela significativa dos nossos artistas tem seguido fielmente, e a que um exército de sociólogos, psicólogos e cientistas políticos dá discretamente, na retaguarda, um simulacro de respaldo ‘científico’” (*Bandidos e letrados*. Disponível em: <www.olavodecarvalho.org/livros/bandlet.htm>).

novo sistema normativo, cujos valores nada acrescentarão além de seus gostos particulares. Afirma Rousseau:

tendo matado a todos, o vencedor teria somente a desventura de ficar sozinho no mundo, e não poderia desfrutar de nada, mesmo tendo tudo. A riqueza em si mesma: que benefício ela traz se não pode ser comunicada; e de que adiantaria um homem possuir o universo inteiro se fosse seu único habitante?

Com o que concorda Lady Macbeth, personagem de Shakespeare: *'T is safer to be that which we destroy, than by destruction dwell in doubtful joy* (“Mais vale ser a vítima destruída do que, por a destruir, destruir com ela o gosto de viver”)¹⁰.

Uma chance de fuga da realidade, para um mundo promissor de galardões no mínimo duvidosos, o da *amoralidade*, escandindo-se uma verdade artificial e certamente perversa, não autoriza a hipótese de se eliminar um padrão de conduta, prévio e geral, cujo paradoxo é a solidão absoluta, o solipsismo, a megalomania, o delírio. As improvisações da insensibilidade acabam hipostasiando algumas aspirações individuais como se fossem valores gerais ou universais, o que engendra por fim um certo consentimento, porque outras pessoas perversas se identificarão com o sistema. Não falo apenas dos pupilos de Zé Pequeno, mas de gente que, devidamente esclarecida, forma opinião e chega a militar em favor de cadinhos culturais à guisa de uma opção privada, um “direito de escolha”, em temas como aborto, eutanásia, educação sexual na forma de camisinhas e anticoncepcionais, e por que não a boate do Sr. Kouri: eis o fundamento derradeiro do vai-quem-quer. Quem ousar patrocinar a moralidade da castidade e da vida – nunca o contrário – deverá ser punido por intolerância, nem que seja pela via difusa do opróbrio: “completa-se assim a inversão: as paixões mais baixas e vulgares ergueram-se aos estatutos dos mandamentos divinos, cuja violação sujeita o homem a padecimentos interiores, quando não à execração pública ou a penalidades legais”, diz Olavo de Carvalho¹¹.

¹⁰ A tradução de Macbeth (III, ii) é de Manuel Bandeira. A citação de Rousseau foi extraída de Marshall Sahlins (2003, p. 177).

¹¹ CARVALHO, 2004, p. 66. O autor vai mais longe ao dizer que se esse homem vazio não for um traficante de drogas, mas um *letrado*, “ele não suportará ser o único a sentir

Nas culturas de massa, essa axiologia gira em torno do eixo *sexo-dinheiro-fama*, mas o combustível é o *dinheiro*¹². Não é por acaso que algumas atrizes pornô são celebridades. Participantes de programas chulos do tipo *Big Brother* vão *incontinenti* posar nuas em revistas, por altos cachês, freqüentar festas badaladas e conceder entrevistas onde absolutamente nada é dito. Astros de *rock* e do esporte têm à inteira disposição um leque variado de drogas e mulheres. Não duvido que muita gente esteve na boate do Sr. Kouri e o dizia abertamente, sem nenhuma preocupação de reprimir uma ponta de orgulho.

O direito entra em cena em um momento adiantado da peça – o vetusto brocardo *ubi societas ibi jus* só se aplica em uma acepção demasiado abrangente do vocábulo *jus* –, no papel de uma *técnica*, não para solapar a idéia de que a sociedade precisa de ordem, o que é de um enredo banal até para o Zé Pequeno – a norma é a distância que separa a cultura humana e a mera animalidade (o *poder nomotético* de Miguel Reale); ao permitir certas condutas e proibir outras, o direito ao menos evita o auto-genocídio hedonista de Ivan Karamazov, onde *tudo é permitido*¹³ –, mas para veicular o convencimento às pessoas de que essa é a melhor, a mais evoluída, se não a única ordem possível. Da mesma forma, o respeito à norma feita pelo poder público é bom para os destinatários e não para o instituidor, pois assim se forja a identificação do valor e do bem: uma farsa que hoje atende pelo nome mavioso de

como sente. *Invariavelmente, criará argumentos para demonstrar que aquilo que ele não sente inexiste no mundo objetivo.* Sua incapacidade para discernir o bem e o mal exceto como convenções vazias será usada como ‘prova’ de que toda lei moral é uma convenção vazia, e da deformidade de sua psique será erigida em padrão de medida moral para toda a humanidade. [...] A linguagem abstrata da filosofia moral terá se tornado uma arma a serviço de fins egoístas, de um ego inflado que remoldará o mundo à sua imagem e semelhança” (p. 65; destaques originais).

¹² Nesse sentido: REALE, 1994, p. 231; TODOROV, 2003, p. 206; ELIAS, 1998, p. 19.

¹³ Ortega y Gasset dirá a mesma coisa com as seguintes palavras: “sem opiniões, a vida do homem careceria de arquitetura, de organicidade. Por isso, *sem um poder espiritual*, sem alguém que mande, e na medida em que isso faltar, reinará o caos na humanidade [...]; sem mandamentos que nos obriguem a viver de certo modo, nossa vida transforma-se em pura disponibilidade [...] Uma vida em disponibilidade é a maior negação de si mesma que a morte” (2002, p. 165 e 171; itálico original). Nesse sentido, CLASTRES, 2004, p. 261; JASPERS, 2001, p. 119; e REALE, 1994, p. 595.

“moralidade administrativa”. Qualquer questionamento sobre isso implica um certo mau gosto, e mais, em retrocesso, que vai da suprema realidade metafísica política, no melhor estilo de outra farsa, a hegeliana, até o passado de cavernas, selvas, cipós, machados de mão, carne crua, para o qual não queremos retornar, isso não, de jeito nenhum! Se o convencimento falhar, há sempre a última vontade do rei, consistente no exercício da força bruta, para condenar os rebeldes, multá-los, prendê-los, reprimi-los até onde seja possível fazer; alguns países chegam às últimas conseqüências, e matam os próprios nacionais. Nenhuma revolução até hoje mudou ou tentou mudar isso, como explica Pierre Clastres (2004, p. 164):

O Estado pode perfeitamente desmoronar, multiplicar-se aqui em domínios feudais, dividir-se alhures em chefias locais, mas nunca abole a relação de poder, nunca se reabsorve a divisão essencial da sociedade, nunca se efetua o retorno do movimento pré-estatal. Irresistível, abatida mas não aniquilada, a força do Estado acaba sempre por se reafirmar, seja no Ocidente após a queda do Império romano, seja nos Andes sul-americanos, campo milenar de aparecimentos e desaparecimentos de Estados, dos quais a última figura foi o império dos Incas.

Colocamos em evidência a taxionomia de gênero de poder coercitivo entre os tipos de sociedade, para realçar os diversos graus de representatividade ou legitimidade, em um leque que vai das chefias primitivas – que nada chefiavam, e sim recebiam ordens e tinham a obrigação do trabalho extra, em troca de pouca coisa, como, por exemplo, o privilégio de dormir com muitas mulheres; o Sr. Kouri certamente não se oporia a isso – até os aparelhos totalitários, passando por infinitas composições, detentoras todas da constante da *violência legítima*, que é a centralização do poder político pelo Estado¹⁴.

¹⁴ É no sentido de visão do poder estatal como um axioma não-ideológico que deve ser percebida a seguinte passagem da *Política* de Aristóteles: “mandar e obedecer são condições não somente inevitáveis mas também convenientes. Alguns seres, com efeito, desde a hora de seu nascimento são marcados para ser mandados ou para mandar, e há muitas espécies de mandantes e mandados [...], pois em todas as coisas compostas, onde uma pluralidade de partes, seja contínua ou descontínua, é combinada para cons-

Aqui e ali a relação é de opressão, e esta, portanto, está em algum lugar, mesmo que não seja onde a mentalidade moderna acredita encontrar, pela força de seus hábitos etnocêntricos, brancos e capitalistas (ou, pior, marxistas). Projeta-se no “outro”, qual um instrumento oportunista, na base do *wishful thinking*, os próprios valores, desperdiçando-se o mais que estiver gravado sob a nota da originalidade: *et inhorresco et inardesco; inhorresco, inquantum dissimilis ei sum, inardesco inquantum similis ei sum*, dizia Santo Agostinho, em suas *Confissões*¹⁵. *What we call our data are really our own constructions of other people's constructions of what they and their compatriots are up to*, complementa o antropólogo americano Clifford Geertz (2000, p. 9).

Como existe coerção tanto em pequenas comunidades tradicionais quanto em enormes sociedades de massa, entraria em jogo apenas a questão de se tirar uma e se pôr outra em seu lugar, e nesse dilema muitos prefeririam abandonar de vez o primitivismo, como Sir James Frazer que, em *The golden bough*, sustentou que “existe mais liberdade sob o mais absoluto despotismo, a mais opressiva tirania, do que sob a aparente liberdade da vida selvagem, em que a sorte do indivíduo é vazada, do berço à sepultura, no molde de ferro do costume hereditário”. Pierre Birnbaun também fez crer que, nas sociedades sem Estado, é ao preço de uma “alienação bem mais terrível” que se ignora uma divisão onde não é permitido a ninguém alterar um sistema “esmagador” de normas; aqui, a coerção é “total”¹⁶. Os próprios Reale e

tituir um todo único, sempre se verá alguém que manda e alguém que obedece, e esta peculiaridade dos seres vivos se acha presente neles como uma decorrência da natureza em seu todo, pois mesmo onde não há vida existe um princípio dominante, como no caso da harmonia musical” (1985, p. 18).

¹⁵ XI, ix: “sinto-me horrorizado pela dessemelhança, exultante pela semelhança”, na tradução de Julián Marías, que acrescenta que “a originalidade é uma das coisas mais difíceis de admitir” (2000, p. 53 e 106). Nesse sentido, CLASTRES, 2004, p. 236.

¹⁶ A citação de Birbaun foi emprestada por P. Clastres (2004, p. 201), e a de Sir James, por Dennis Lloyd (2000, p. 291). Este último acrescenta: “isto nos leva à segunda das principais concepções errôneas entre os mais antigos autores que escreveram sobre costume primitivo. Foi a noção de que o homem primitivo estaria tolhido como uma mosca numa teia de costumes herdados e de que tão grande era o medo das forças da religião e da magia que a violação do costume por um infrator individual era coisa virtualmente impensável. Daí se extraiu a conclusão de que não eram necessárias real-

Ortega, tão citados até aqui, haveriam de concordar com essas posições; o último autor chegou ao cúmulo de dizer, em pleno século XX, que *o homem camponês ainda é um vegetal. Sua existência, o que pensa, sente e quer conserva a modorra inconsciente da vida da planta. As grandes civilizações asiáticas e africanas foram, nesse sentido, grandes vegetações antropomorfás* (2002, p. 187).

As imposições semióticas sobre o indivíduo são em última análise as dele sobre si mesmo, o que não significa que ambas as coisas sejam uma só, e sim que um mínimo de violência seja parte inexorável da condição humana. O humilde reconhecimento dessa realidade (como de resto de qualquer realidade) já é o germe da moralidade. Se o sujeito não quiser viver sob a égide do poder nomotético, ou seja, de nenhum tipo de regras, terá de fazê-lo sozinho, em contato total com a natureza, inserido nela, enterrado nela, de uma maneira que com ela se confunde, como acontecerá com todos nós, no dia em que voltarmos ao pó e às cinzas. Nesse caso, o homem não será um homem, mas um bruto (ou, na sua cabeça, um deus), ou um cadáver. Mesmo o esforço de abstração de toda e qualquer influência não-individual que possa ser exercida sobre o sujeito, este não tem como escapar à auto-opressão, porque as construções culturais se assentam em última instância em uma base natural: é isso o que acontece quando se fica doente, ou com o envelhecimento do corpo, que não permite que os músculos, os ossos e os órgãos em geral funcionem devidamente, ou como dantes. O míope, por exemplo, ou se resigna com a sua deficiência visual, ou a corrige com óculos ou pela via da cirurgia, o que, no último caso, não pode ser feito por si. No primeiro caso, pode-se até fabricar um corretivo por conta própria, certamente inferior àquele que adquiriria em uma ótica, após uma consulta médica. Para esse camarada, que deliberadamente abriu mão da experiência acumulada pela humanidade, com todos os seus acertos e erros, o senso comum reservou o predicado de *burro*. Uma revolta contra o universo normativo

mente sanções em tal sociedade, pois o costume impunha-se por si mesmo e qualquer violação ocasional podia ficar aos cuidados dos poderes sobrenaturais, que rapidamente enviariam destruição e morte à pessoa ou grupo que desrespeitasse as normas imperativas da tribo” (p. 292-293).

seria o mesmo que a revolta por não se ter olhos melhores, para enxergar mais longe, ou pernas mais ágeis, que permitissem uma locomoção mais veloz. A natureza não tem conseguido avanços significativos para eliminar esses inconvenientes, mas a conquista do conhecimento, em anos que se contam em meia dúzia de milhões, tem ensinado ao menos a contorná-las. É por isso que construímos microscópios e telescópios, carros e aviões. É por isso que compramos óculos e nos submetemos a cirurgias de correção visual. É em função de nossas deficiências intelectuais que construímos teorias. É em função de nossas dificuldades comportamentais que criamos sistemas normativos¹⁷.

Tenho que toda ordem jurídica possa e deva ser modificada, desde que pela vontade espontânea e efetiva das pessoas que são ao mesmo tempo sua autora e destinatária¹⁸. O poder político não pode alterar ou falsificar postulados existentes – o assim chamado *ótimo ideológico*, na terminologia de Clastres – ou forjar postulados inexistentes, prescrevendo por escrito leis incompatíveis com a prática não-escrita¹⁹, cujos resultados implicarão “um momento de anormalidade” (REALE,

¹⁷ Nesse sentido, POPPER, 2002, p. 26; e OLIVEIRA, 1998, p. 21.

¹⁸ Cf. nota de rodapé 13, e mais a seguinte passagem de Karl Popper (1994, p. 4): “na vida social existem várias divergências de opinião que *têm* que ser resolvidas de qualquer forma. Há perguntas que *têm* de ser esclarecidas pois a negligência em fazê-lo pode levar a novas dificuldades, cujo efeito cumulativo pode causar uma tensão insuportável [...] [itálicos originais]. Para Popper, as duas vias possíveis são o argumento e a violência: “um racionalista é uma pessoa que se esforça por chegar às decisões por meio de argumentos, em alguns casos, graças a um compromisso, mas nunca através do recurso da violência. Um racionalista é uma pessoa que prefere não ser bem sucedida na sua tentativa de convencer alguém, a ser bem sucedida em dominar esse alguém pela violência, pela intimidação ou pela ameaça, ou apenas pela arte de persuasão recorrendo à propaganda”.

¹⁹ Vezes inúmeras, o *homo symbolicus* mostrou que seu comportamento nunca é unívoco, pois permitiu que a nova lei invertesse a tradição social-ancestral em função da construção da identidade pessoal e, no plano político, do sentido hierárquico e democrático. Para que isso ficasse bem claro, todas as mudanças assumiram a forma escrita: no Brasil, não por coincidência, em português, e em quase todo o restante da América do Sul e Central, tampouco por acaso, em espanhol. “A língua sempre foi a companheira do império”, segundo Antonio de Nebrija. O desconhecimento da lei é inescusável, porque a lei é escrita, publicada no Diário Oficial, só não a lê quem não quer. “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, admoesta o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

1994, p. 595). É isso o que faz o Estado, ao prescrever normas que não refletem uma concordância geral, mas uma vontade particular, buscando e conseguindo convencer, por meio de argumentação, força, ou técnicas de manipulação, inclusive de hipnose, que o sujeito deva cumprir as normas que não fez e, mais ainda, que deva querer fazê-lo.

No plano do discurso, as fontes do poder estatal se enraízam no cotidiano de forças políticas institucionais mais estáveis, decantando-se o chavão hobbesiano *bellum omnium contra omnes*, a despeito do aval empírico, e forjando-se uma espécie de dado natural, de axioma intocável pela mão do homem. A superioridade de um sistema positivo de normas completo, congruente e de desconhecimento irrecusável, regulador detalhista da vida de todas as pessoas, inclusive as ainda não nascidas e as já não mais vivas, é algo que exige um esforço de caráter apoteótico, típico de um antropomorfismo demiúrgico perdido de seu sentido original. Ou bem o direito é uma religião, e o Estado-Laico é então outra farsa, pois de laico não tem nada, mas está ao sabor místico de seus detentores e suas inesgotáveis prerrogativas, ou se está construindo um simbolismo de imagens e metáforas e sua subsequente interpretação literal, o que é um revés da maturidade intelectual²⁰, como quando se fala em *vontade do legislador* e *vontade da lei*, no mesmo sentido de “a bola voou pela janela” ou “o livro caiu da prateleira”²¹. Isso não ocorre por acaso. Atribuir *vontade* à lei ou ao legislador é um artifício deliberado pela técnica do poder, o que vem a ser desempe-

²⁰ Steven Mithen (2002, p. 256) lembra a criança aborígine que, por nada saber sobre os sonhos, interpreta-os literalmente, mas “à medida que a criança amadurece e adquire conhecimento sobre o mundo ancestral, a mesma imagem será interpretada de modo mais metafórico, freqüentemente relacionado com as ações dos seres ancestrais. Há vários níveis possíveis, cada qual exigindo um conhecimento adicional sobre o passado ancestral, que pode restringir-se a certas classes de indivíduos”.

²¹ Cf. MITHEN, 2002, p. 308. “Pensamos em frases como ‘o vento sopra’ ou ‘o rio corre’: afinal, seria o vento outra coisa senão a própria ação de soprar, ou o rio outra coisa senão a água correndo? Haverá um vento que não sopra ou um rio que não corra?”, pergunta N. Elias (1998, p. 37). Para Margaret Hodgen, “a função primária da analogia, metáfora, similitude [...] como produtos da comparação, é a de conceder o repouso intelectual; instilar o sentimento de que uma experiência, antes enigmática, se tornou compreendida” (apud WOORTMAN, 2004, p. 127).

nhado pelo direito, em seu papel de hierofania desencantada, com todos os seus cuidados de preservação de estética ritual. O que mostra que as duas hipóteses acima cogitadas podem ser uma só.

Um teste de falsificação de tais afirmações pode se valer de resíduos psicológicos que não se apagam – vale dizer, de absconsos desejos de mando de chefes que nada mandavam, como já dito, para além do gozo vaidoso mas inocente do prestígio pelos próprios méritos, e do exercício do “poder” por concessão alheia –, cujo desprezo deixaria sem explicação a penetração nas brechas de sistemas que acabaram, mais cedo ou mais tarde, por se comunicar aos demais. Pelo menos do ponto de vista histórico, o direito nada mais é que o produto do embotamento coletivo da moral individual. “Um amor perfeito dispensaria a lei moral e a ordem pública, porque a elas daria surgimento em cada situação concreta e implicaria observância de seus preceitos” (JASPERS, 2001, p. 126).

É no plano do investimento, na crença na própria legitimidade, que o domínio legal vai buscar a idéia do jurídico “em si”, resgatando suas origens arqueológicas, como, por exemplo, a irracionalidade do carisma pessoal ou de outras fontes que estão nos albores dessa cronologia. De acordo com Dennis Lloyd (2000, p. 29), “sem essa crença, tão largamente disseminada que, na maioria dos casos, é incontestada ou incontestável, o funcionamento automático e impessoal da autoridade legal deixaria de operar e seria substituído pela anarquia e a desordem”. Com isso concorda Max Weber (1999, p. 139):

conforme ensina a experiência, nenhuma dominação contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais ou afetivos e racionais referentes a valores, como possibilidades de sua persistência. Todos procuram despertar e cultivar a crença em sua “legitimidade”.

Esta palavra deve ser entendida como

apenas uma probabilidade de, em grau relevante, ser reconhecida e praticamente tratada como tal. [...] o decisivo é que a própria *pretensão* de legitimidade, por sua *natureza*, seja “válida” em grau

relevante, consolide sua existência e determine, entre outros fatores, a natureza dos meios de dominação escolhidos²².



Voltando ao tema específico do presente ensaio, a reflexão exigiria esforços mais sofisticados se a boate não fosse o que era, se suas atividades acontecessem em bases domésticas, sem ingressos, sem intermediários e seus honorários, como no paradigma oriundo da Inglaterra do final da década de 1950, onde Lord Patrick Devlin defendeu a tese de que a sociedade tem o direito de punir quaisquer atos que na opinião do *right-minded man* (o homem médio, ou, simplesmente, o júri) fossem tidos como “grosseiramente imorais”, mesmo sem prova de dano sofrido por indivíduos ou grupos²³. A controvérsia a partir daí estabelecida entre Devlin e Hart se tornou um *standard* do tópico jurisprudencial, e sobre ele falarei um pouco, mais adiante.

Isso nos remete à realidade brasileira atual, que é particularmente curiosa, diria até esquizofrênica. Ao mesmo tempo em que o Código Penal proíbe a conduta de se *manter, por conta própria ou de terceiro, lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente* (art. 229), o que é a perfeita definição dos *motéis*, estes são locais de acesso livre e desembaraçado, inclusive com propaganda em catálogos telefônicos, rádio e televisão, aos quais foram concedidos alvarás de construção e funcionamento, pagam IPTU e podem ser localizados no “Setor de Motéis”, conforme placas colocadas nas ruas pela própria administração pública. Não há a mínima chance de donos e gerentes de motéis serem presos por

²² Grifos originais. Por fim, na sempre abalizada filosofia de Ortega y Gasset (2002, p. 163), “a verdade é que não se manda com janízaros. Assim, diz Talleyrand a Napoleão: ‘Com as baionetas, Sir, pode-se fazer tudo menos uma coisa: sentar-se sobre elas’. E mandar não é o gesto de arrebatar o poder, mas o seu exercício tranqüilo. Em resumo, mandar é sentar-se. Trono, cadeira curul, banco azul, poltrona ministerial, sede. Ao contrário do que supõe uma óptica inocente e folhetinesca, o mandar não é tanto uma questão de punho como de nádegas. O Estado é, em definitivo, o Estado da opinião: uma situação de equilíbrio, de estática”.

²³ Como ocorreu no famoso julgamento do escritor irlandês Oscar Wilde, no final do século XIX (cf. FOLDY, *The trials of Oscar Wilde*, sobre o qual escreverei em outra oportunidade).

tais delitos, o que a rigor poderia se dar a qualquer momento, pois são de consumação continuada; ao contrário, não hesitarão em comparecer à delegacia mais próxima para reportar algum prejuízo que tiverem experimentado. Outro exemplo: bancas de revista vendem artigos expostos na rua – visível por quem quer que transite pelo local, o que inclui crianças – com alto teor erótico, e *sex shops* funcionam regularmente, apesar de ser punível com detenção de 6 meses a 2 anos, ou multa, a conduta de *se ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura ou qualquer objeto obsceno*, bem como *vender, distribuir ou expor à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo* (CP, art. 234, *caput* e parágrafo único, I). Essas perplexidades poderiam ser percebidas na interpretação da “honestidade” da mulher – problema resolvido num toque de mágica, a derrogação dos artigos 215, 216 e 219 do Código Penal, pela Lei Federal n. 11.106, de 28.3.2005. Espera-se a mesma solução para o capítulo IV do CP – do ultraje público ao pudor – eliminando-se, senão o pudor público, ao menos os crimes contra ele.

Alguém dirá que há uma contradição entre o que o Estado e a Sociedade pretendem: como o primeiro visa ao reconhecimento dos valores desta, via regulação normativa e seu respectivo *enforcement*, nada mais previsível do que coibir práticas que se desviem de seus fins, o que legitima e mesmo exige a punição de seus responsáveis. Essa punição não passa, dessarte, de uma decorrência dos anseios gerais, apenas em um nível organizado e controlado da força policial. E o Judiciário, ao perceber a dinâmica da contradição, toma o partido da sociedade, afastando o peso morto de regras que caíram em desuso e só não foram revogadas expressamente por descuido do legislador, ou por sua má vontade.

O presente ensaio já argumentou que a verdade reside exatamente no contrário de tudo isso. A tese é a de que, como uma legitimidade do Estado verdadeiramente “legítima” não existe, porquanto o seu poder está destacado por uma minoria da sociedade e é exercido sobre e contra o restante, e não por ela mesma, ou sequer por seu maior número – o que é uma situação inaceitável em definitivo, a não ser no plano capitalizado da renúncia à liberdade individual, salvo por

um incômodo íntimo e inútil –, o Estado forja sua representação, com normas, práticas e discursos de justificação e convencimento²⁴.

Em um aspecto o sucesso dessa empresa é indiscutível. Em numerosas matérias, qualquer atividade normativa é muito necessária para disciplinar assuntos cotidianos, com densidade intuitivamente obrigatória, ainda que não intrinsecamente moral. As pessoas não pensam em eliminá-la somente porque procedem de uma fonte na qual não confiam, e que só por isso deveriam abominar. Vejamos como exemplo as regras de trânsito. Pressuposta (ficticiamente) a múngua de se resguardar os valores da vida, saúde, integridade corporal etc., na mesma relação existente entre os imperativos categórico e hipotético, no jargão kantiano²⁵, é preciso se decidir se a velocidade máxima permitida em uma determinada via pública seja de 50, 60, 70 ou 80 km/h. Essas normas se inserem no âmbito da falta de liberdade dos indivíduos diante da sociedade como se esta fosse “natureza”, e não seriam eliminadas (alteradas, talvez, ao sabor de opiniões nunca unânimes), acaso possível. Não me consta que haja anarquismo a esse ponto. Mesmo o sujeito que nutre um profundo desprezo pelas instituições repressivas do Estado se permitiria o civilizado paradoxo de telefonar para a polícia para prender o ladrão que o assaltou, e ficaria muito

²⁴ Para Julián Marías (2003, p. 16, 30 e 94), “é sobremaneira freqüente quando intervém a paixão política quase sempre associada à mentira. [...] Hoje, em muitos lugares do mundo, fazem-se propostas de falsidade manifesta, propostas que estão levando a situações de violência louca, sangrentas e às vezes incuráveis. [...] *Há grupos, partidos, publicações, que mentem sistematicamente. [...] A mentira deve suscitar o desprestígio, a desqualificação imediata e inapelável. Para isso, é preciso que ‘conste’, que seja posta em evidência; que aquele que mente seja confrontado com sua mentira, atual ou passada. Dela se podem e se devem ‘pedir contas’.* Isso, é claro, *não é feito*, e não se obriga ninguém a justificar o dito ou a aceitar as conseqüências” [destaque nosso].

²⁵ Giorgio del Vecchio (1979, p. 359) denomina tais regras de *técnicas*, visto que “limitam-se a indicar que, para atingir determinado fim, necessário é agir de certo modo. Nada dizem, contudo, quanto ao dever de agir ou deixar de agir assim, ou quanto à licitude ou ilicitude do fim proposto”. James Fishkin (1984, p. 124) fala, *mutatis mutandis*, em *zona de indiferença moral*: “defined by actions that fall under no morally prescriptive classifications of right or wrong, good or bad: it is neither praiseworthy if we perform them nor blameworthy if we fail to perform them. The zone of moral indifference defines an area of permissibly free personal choice where we can, morally speaking, do as we please”.

satisfeito se isso acontecesse. O cidadão que considera a classe dos advogados como um bando de pilantras iria correndo para os braços de um, se algum motorista abalroasse o seu carro, ou se ele próprio abalroasse um carro alheio; com maior razão o faria se lhe fosse imputada uma acusação criminal, pois neste caso é impossível recusar os serviços profissionais de advogado.

A esse propósito, convém mencionar um pitoresco julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Apelação Criminal n. 25220/213, 1ª Câmara Criminal, unânime, Rel. Des. Paulo Teles, *DJ* 14323, de 2 ago. 2004), que apreciou o fato de o cidadão J. R. de O. ter participado, “de forma voluntária e espontânea”, de uma orgia organizada por amigos e, “ao final do contubérnio”, ter alegado ser vítima de atentado violento ao pudor, e buscado a proteção das autoridades. Segundo a Corte Goiana, a prática de sexo grupal é “ato que agride a moral e os costumes minimamente civilizados”, de tal modo que:

[...]

3 – quem procura satisfazer a volúpia sua ou de outrem, aderindo ao desregramento de um bacanal, submete-se conscientemente a desempenhar o papel de sujeito ativo ou passivo, tal é a inexistência de moralidade e recato neste tipo de confraternização;

4 – diante de um ato indubiosamente imoral, mas que não configura o crime noticiado na denúncia, não pode dizer-se vítima de atentado violento ao pudor aquele que ao final da orgia viu-se alvo passivo do ato sexual;

5 – esse tipo de conchavo concupiscente, em razão de sua previsibilidade e consentimento prévio, afasta as figuras do dolo e da coação.

6 – Absolvição mantida.

7 – Apelação ministerial improvida.

No caso do acórdão canadense, negou-se a juridicidade do intrinsecamente moral, recuperando teses utilitárias como o “princípio do prejuízo”, de John Stuart Mill – citado expressamente no acórdão *Labaye* –, segundo o qual “o único propósito para o qual o poder pode legitimamente ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é a prevenção de dano a outrem. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma justificativa suficiente” (*On liberty*, 1859), ou o relatório do Comitê britânico sobre ilícitos homossexuais e prostituição, de 1957, da lavra de Sir John Wolfenden, para quem “um domínio da moralidade privada” deve remanescer inafectado ao alcance jurídico, a fim de que “se equacionem as esferas do crime e do pecado” (§ 61)²⁶. É evidente a identidade da tese com o fundamento absolutório do julgado, que não reconheceu a prova de um “relevante risco de perigo para indivíduos ou para a sociedade”.

A idéia do dano ou risco significativo de dano para a caracterização da indecência é considerado pela SCC como um “avanço” nessa “difícil matéria jurídica”. Nos termos do acórdão *Labaye* (§ 24), esse conceito é “mais fácil de se provar” do que supostos padrões de comunidade, que nada mais são do que idiosincrasias e opiniões disfarçadas de critérios e conhecimento objetivo, seja pelo júri, seja pelo juiz.

Acontece que o argumento de ausência de dano psicológico aos clientes da boate, por mais que sejam pessoas maiores e suficientemente informadas, é notoriamente falso e revela o desconhecimento acerca de pesquisas sobre o tema. Sua base teórica bem poderia ser o livro “Sex”, da cantora Madonna, uma pessoa que gosta de aparentar intimidade com o tema: “*no creo que la pornografia degrade a las mujeres. Las mujeres que la practican quieren hacerlo. Nadie les está apuntando con una pistola a la cabeza. No entiendo cuál es el problema*”.

²⁶ *In verbis*: “Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law’s business”. No original, o princípio do prejuízo de Mill diz que: “the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant” (cf. HARRIS, 1997, p. 133).

É objeto de mais de 500 estudos (cf., por todos, CLOWES, 1993, cap. 133), e até de conhecimento geral, que a pornografia, mesmo a chamada leve, insensibiliza, é altamente viciosa e tende a se intensificar ao longo das experiências, além de ser fator de indução de violência. Existem numerosas pessoas dependentes de algum tipo de pornografia, real ou virtual, e que desejam dela se livrar tanto quanto o fumante do cigarro ou o alcoólico da bebida. Os votos divergentes do acórdão-paradigma afirmaram simplesmente que *the harm resulted, in this case, from the fact that the explicit sexual acts were performed in public in an inappropriate context* (“neste caso, o dano resultou do fato de que atos sexuais explícitos foram praticados em público e em um contexto inapropriado”, § 48).

O argumento contrário é uma *petição de princípio*, pois agita como postulado justamente a tese que se propõe demonstrar, uma vez que os Ministros da SCC não poderiam afirmar com precisão que nunca ninguém sofreu qualquer dano físico (como doença venérea) e mesmo psicológico ao longo de todos os anos em que o Sr. Kouri operou sua boate, a não ser por um argumento da autoridade genuíno, ou seja, através de um número razoável de pesquisas sérias, que comprovassem que toda e qualquer pornografia é real ou potencialmente inofensiva – de preferência tendo-se por referência os próprios frequentadores da boate em análise. Na pior das hipóteses, que é a da dúvida, a prática deveria ser proibida, por uma questão elementar de cautela; se não se sabe ao certo se algo faz mal ou não, deve-se evitar. Isso vale para tudo e está gravado na sabedoria do senso comum. Não é necessário ser especialista em filosofia moral para tanto. No mencionado precedente *R. v. Labaye, 2005 SCC 80*, os juízes que votaram pela absolvição admitiram o fato, mas o recusaram, em razão de sua impertinência com o tipo do crime de indecência.

De fato, nesse precedente, a corrente majoritária exigiu, para a caracterização do dano, o reconhecimento “formal” de “conduta incompatível com o seu adequado funcionamento”, e essa formalidade deve vir expressa em Constituição ou em Lei, o que seria uma garantia de objetividade, uma espécie de reserva legal (§§ 29 e seguintes):

Unlike the community standard of tolerance test, the requirement of formal recognition inspires confidence that the values upheld by judges and jurors are truly those of Canadian society. Autonomy, liberty, equality and human dignity are among these values [§ 33].

The requirement of formal endorsement ensures that people will not be convicted and imprisoned for transgressing the rules of particular individuals or groups. To incur the ultimate criminal sanction, they must have violated values which Canadian society as a whole has formally endorsed [§ 35]²⁷.

De Karl Larenz a Steven Pinker, de Hannah Arendt a Clifford Geertz, de Del Vecchio a Michel Villey, de Jerome Frank a Miguel Reale desconfia-se dessas promessas do legalismo positivista, diante do inevitável *personal background*, como diria Frank, dos responsáveis pela aplicação da norma, onde entram “tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com as múltiplas experiências profissionais e extraprofissionais, mormente as que respeitam a fatos e contextos sociais”, na lição de Larenz (1983, p. 244), que são os mesmos valores, crenças, sistemas e subsistemas morais, religiões, opiniões (e mudanças de) de senso comum, informações e desinformações de jornais, confusões, ignorâncias, tabus, aversões, mistérios e preconceitos no bom e no mau sentido, de todas as demais pessoas que participam da sociedade²⁸. Não

²⁷ Traduzo: “Ao contrário do teste de padrões sociais de tolerância, a exigência de reconhecimento formal passa a confiança de que juízes e jurados abraçaram os verdadeiros valores da sociedade canadense. Autonomia, liberdade, igualdade e dignidade humana estão entre esses valores” (§ 33). “A exigência de endosso formal assegura que as pessoas não serão condenadas e presas por transgredirem regras e crenças de indivíduos ou grupos particulares. Para se incorrer em sanção penal, deve-se violar valores que a sociedade canadense como um todo tenha endossado formalmente” (§ 35).

²⁸ “A vida pública não é apenas política e sim, ao mesmo tempo e até antes, intelectual, moral, econômica, religiosa; compreende todos os hábitos coletivos, inclusive o modo de se vestir e o modo de se divertir [...]; fiéis a uma ideologia, a meu ver duvidosa, só vêem da história a política e a cultura, e não percebem que tudo isso é apenas a superfície da história; que a realidade histórica é, antes disso e mais profundamente que isso, uma pura ânsia de viver, uma potência parecida com as cósmicas; não a mesma, portanto, não *natural*, mas irmã da que inquieta o mar, fecunda a fera, faz florescer as árvores, faz cintilar a estrela”, assevera Ortega y Gasset (2002, p. 41 e 63; destaques originais).

existe uma *Oracula sibillyna* jurisprudencial ou alguma religião cuja fê seja confessada por, e apenas por, magistrados, e nesse caso tanto faz se são católicos que fizeram votos de pobreza e castidade, ou ateus militantes abortistas. “É mesmo uma coisa admirável a docilidade dos juristas perante o legislador [...]. Os juristas são adoradores de normas, sua arte parece consistir em abrigar suas próprias decisões sob os textos legislativos”, acrescenta Michel Villey (2003, p. 395).

Esse autor reputa como *irrealista* a doutrina de eliminação das contradições entre normas, porque é “impossível eliminar do ‘direito positivo’ as antinomias. Estas paralisarão o jurista: este nada encontra no sistema que o ajude a sair desta dificuldade” (p. 387). Quanto à problemática das lacunas, Villey diz que

o número multiplicou-se, a ponto de as “lacunas” terem-se tornado a regra. Não devemos mais falar de “lacunas”. Não existe um “sistema” de “direito positivo” cheio de buracos, como um queijo, mas, ao contrário, um direito incerto, não formulado e imprevisível em seu conjunto, cujas soluções ainda estão por ser descobertas e, neste grande vazio, uma nuvem disseminada de leis. As leis e só as leis não bastam mais para fornecer a solução. É a falência do legalismo [p. 389].

A frenética produção legiferante provoca extrema confusão acerca do que está e do que não está em vigor, e a imensa massa de decisões judiciais não permite se saber com segurança o que é o direito, para e como as pessoas devem se comportar em face dele. Para se engendrar a legitimidade da autoridade estatal, forja-se o sentimento de *dever moral de obedecer à lei*, não como o medo das vítimas de um assalto que obedecem a seus algozes, e sim como um direito de exigir obediência. O discurso acerca do poder do Estado não aceita qualquer espécie de dominação ou influência sobre outras pessoas, mas um “mínimo de *vontade* de obedecer, isto é, de *interesse* (externo ou interno) na obediência, faz parte de toda relação autêntica de dominação”, nas palavras de Max Weber (1999, p. 139). Não será exagerado afirmar que as pessoas afeiçoam-se ao Estado da mesma maneira como os cães de Pavlov afeiçoavam-se ao funcionário do laboratório, numa “dependência mórbida do terapeuta” (CARVALHO, 2004, p. 84), com seu

comportamento bruto e suas normas abundantes e incoerentes, forçando as pessoas, hipnoticamente, a se agarrem a elas, sejam elas quais forem. Para Julián Marías (2000, p. 115),

há muito tempo se vem tentando que os homens percam de vista sua condição única de pessoas, que se vejam como organismos, reduzidos às outras fontes de realidade que existem no mundo; em última análise, redutíveis ao inorgânico, mera realidade sem nenhuma *irrealidade* inseparável e intrínseca em forma de *projeto*, de futuro. É evidente, sem liberdade, submetido às *leis naturais* – físicas, biológicas, sociais, psíquicas, econômicas – suscetíveis a toda manipulação provinda de todas essas instâncias [grifos originais].

Mas vamos supor que Madonna e a corrente “liberal” (com ou sem trocadilho) estejam corretos do ponto de vista moral, ou melhor, “amoral”: *moral views, even if strongly held, do not suffice*, pensam os ministros canadenses (Labaye, § 13). Vamos até abstrair a hipótese eclética – entenda-se política – de desvalorização dos aspectos do mérito criminal de práticas como prostituição doméstica apenas porque sua prova é de difícil consecução, e que a polícia dispõe de poucos agentes e deveria se ocupar de coisas mais graves. A partir daí, a articulação da premissa da moralidade privada deve ser feita com o que se considera como a finalidade de um ordenamento jurídico-penal, que em última análise é a decisão pela licitude ou não de atividades como as exploradas pelo Sr. Kouri. Voltemos ao Relatório Wolfenden, que assim resolve a questão (§ 13), em um discurso padronizado pelo e para o auditório jurídico, e que funciona como uma segunda premissa principal:

The function of the criminal law is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive and injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of physical, official and economic dependence²⁹.

²⁹ Traduzo: “A função do direito penal é preservar a ordem pública e a decência, proteger o cidadão daquilo que é ofensivo ou injurioso, e providenciar suficientes garantias contra a exploração e a corrupção alheia, particularmente os hipossuficientes, por idade, fragilidade física ou mental, inexperiência, ou em uma situação de dependência física, jurídica e econômica”.

Voltemos então um pouco para refletir sobre algumas possibilidades de fundamentação do dever moral de se obedecer à norma jurídica, pressupondo-se, mais uma vez, o sentido de domínio legal, com o Estado e as instituições existentes em seu bojo. Em outras palavras, passemos rapidamente a limpo algumas visões tradicionais do Direito Penal, para decantar uma possível carga ideológica de seu conteúdo real. Percorreremos o mapa traçado por J. W. Harris, da Universidade de Oxford, que analisa quatro temas: gratidão, empenho de promessa, equidade e promoção do bem comum.

1) *Gratidão*. O argumento é o de que “your country and its laws have conferred great benefits on you. The least you can do is to obey all its laws, unless some good ground for not doing so can be shown” (traduzo: “seu país e suas leis lhe conferem grandes benefícios. O mínimo que você pode fazer é obedecer a todas as suas leis, a não ser que se demonstrem boas razões em contrário”³⁰). A nosso ver, essa é a chamada *síndrome de Estocolmo*, que se verifica quando a vítima se afeiçoa por seu verdugo, confia nele suas decisões, entrega em suas mãos seu destino, e é grata por lhe ter trazido comida, por ter lhe permitido tomar um banho, por não lhe ter matado. Por vezes até se apaixona por ele. Aqui, é a mesma coisa: “é o Estado como órgão que sabe e diz o bem comum a todos, que ele se encarrega de impor” (CLASTRES, 2004, p. 149), e o indivíduo se deixa conduzir cegamente por sua mão na *busca da felicidade* que não conhece por conta própria, e que só por seu “tutor moral” (DEVLIN) pode vir a conhecer. Assim, são levadas a sério as admoestações do poder público quanto ao uso de preservativo de borracha no carnaval e ao pagamento de impostos em dia para que grandes obras sejam realizadas. Mal sabe o indivíduo comum que quem

³⁰ Cf. Harris (1997, p. 227), que nem de longe concorda com a idéia: “One may be grateful to one’s parents, and obligations of many kinds may be said to flow from such gratitude – but not the obligation to do everything they tell you to do, nor even to give reasons why you should not do what they say. Even supposing one accepts that there is a *prima facie* duty to obey a benevolent parent – that is, to comply with her directions unless some countervailing reason exists – the relationship to legal authorities is different. Gratitude to them, if such there be, is more like the gratitude we owe to a friend who has conferred a favour in the course of a co-operative relationship. Certainly, we should do as much for him, but there is no question of taking his orders even as a *prima facie* moral guide”.

não conseguiria viver sem o Estado não é ele, e sim as grandes empresas e corporações³¹.

2) *Empenho de promessa*: “men who enter into a political compact with a govern promise obedience in exchange for protection and other benefits – figuratively speaking. Anyone receiving the benefits commits himself to the social contract, and so impliedly promises to obey the law”, diz Harris (1997, p. 228: “os homens que aderem a um pacto político com o governo prometem obediência em troca de proteção e outros benefícios – falando figuradamente. Qualquer um que receba benefícios se compromete a cumprir o pacto social, e implicitamente se compromete a respeitar a ordem jurídica”). A minha tese é contratualista, mas em um sentido bem diferente, até mesmo oposto, “antic contratualista”: a adesão a um pacto político de poder isolado da sociedade é fruto de uma necessidade excepcional que pretendeu inverter o estilo de vida imemorial da sociedade de modo igualmente excepcional e estritamente temporário. É por isso que vivemos em um clima de eterno relativismo, que deveria ser provisório até a implantação hierárquica e definitiva dos valores absolutos, vigente até o advento de novidades hierofânticas (na terminologia de Mircea Eliade), e não de uma ou outra medida provisória do Governo Lula. O contrato em vigor não é o mesmo da época de sua celebração, e sim uma cláusula ilícita que não havia sido acordada, redigida em letras minúsculas. Nunca houve promessa de cumprimento perpétuo do pacto, e os benefícios são muito menos expressivos que seus encargos. O Estado promete proteção? No Brasil, a certeza de uma velhice tranqüila e confortável, e a segurança nas ruas e nos lares dos centros urbanos não têm funcionado. Ao contrário, tem sido motivo de inquietações e neuroses. Acima de tudo, quem protegerá o cidadão contra o Estado? Este responde: eu mesmo. O cidadão sozinho não tem força suficiente para dar uma resposta melhor, e a sociedade é um aglomerado difuso, fragmentada em grupos heterogêneos e muitas vezes hostis entre si. Por fim, a adesão ao pacto pressupõe a adesão à própria sociedade, coisa que o sujeito nunca optou por fazer nem teve a chance de deixar de

³¹ Nesse sentido, CHOMSKY, 1997, p. 13-29; WEBER, 1999, p. 146; e CLASTRES, 2003, p. 271.

fazer (cf. RAWLS). A incorporação à ordem jurídica se dá de modo plenamente voluntário e vinculante somente quando o sujeito opta por participar da estrutura do Estado, ou seja, quando opta por ser *funcionário público*, pela via que for, eleição, concurso, nomeação em confiança, contratação temporária etc. “Perhaps, given the nature of their legally-defined roles, taking up office is for them equivalent to a promise to obey *all* laws – or, at any rate, all the law directed to them in their official capacity”, emenda Harris (1997, p. 229; grifo nosso)³².

3) *Equidade*. O conteúdo moral do respeito à norma jurídica não decorre de uma questão de amizade nem de um vínculo contratual, mas de uma noção de justiça ou equidade. Como o Estado presta serviços e em contrapartida pode exigir ônus, não seria razoável que todas as pessoas se beneficiassem das facilidades proporcionadas por si, mas que só algumas correspondessem à sua manutenção. Assim, o argumento não respeita à cobrança de uma promessa nunca feita, mas à injustiça intrínseca da falta de colaboração mútua. Dito de outro modo, o dever moral de obedecer à lei não recai necessariamente sobre a lei em si, mas sobre os demais cidadãos: “you have the duty to obey the law, not because of anything you owe the government, but because of something you owe your fellow citizens. If they all comply and you benefit, it is unfair if you benefit without complying” (HARRIS, 1997, p. 229). Confesso que a tese é muito mais consistente, por desconsiderar a ficção do contratualismo e por abstrair uma possível gratidão quanto aos benefícios estatais. Mas sua adequação perde de vista que o poder político vai estar nas mãos de alguém, e as normas a exigir coercitivamente a colaboração do indivíduo para com a sociedade não são feitas e aplicadas por esta, mas por aquele alguém. O núcleo da questão informa uma realidade muito dramática, onde os cidadãos intuitivamente

³² Na lição de Giorgio del Vecchio (1979, p. 588), “quanto ao magistrado, especialmente, nenhuma dúvida pode haver de que este, como máxima geral, deve sempre *ex officio* interpretar e aplicar as leis vigentes do seu país [...] ater-se à lei *como ela é*, e não à lei *como ela deveria ser* segundo certos princípios. [...] Onde porém, aliás, todos os meios possíveis, a fim de conseguir realizar uma certa justiça dentro do âmbito e na forma da legalidade, se revelarem insuficientes, nesse caso a crise de consciência do juiz só poderá, nos casos mais graves, achar uma solução: renunciar ao ofício. E isto deve igualmente dizer-se de todos os outros funcionários públicos” [destaques originais].

percebem que o ordenamento é benevolente com uns e draconiano com outros; que somente algumas pessoas vão presas enquanto outras têm pleno acesso à Justiça por poderem pagar bons advogados e serem presos em celas especiais; que as diferenças de remuneração são demasiado discrepantes, e uns moram em excelentes residências e andam de carro, enquanto outros vivem em barracos e se locomovem a pé e em ônibus lotados; que uns se consultam de imediato com excelentes médicos e outros não conseguem sequer ser atendidos na rede hospitalar; que uns fazem viagens caras de férias, e outros nunca gozaram férias. Esse quadro de desigualdade material é tão perceptível que o cidadão comum já não sabe se é causa ou consequência do ordenamento jurídico a que pertence, e “sente” que tem o “direito” de descumprir certas regras, o que não traduz uma injustiça intrínseca de sua conduta, mas uma revolta justificada e até necessária para afirmar sua individualidade, sua dignidade, sua cidadania. Isso é um círculo cada vez mais vicioso, onde a alteridade se esgarça em suas bases cosmológicas a cada volta. Ao invés de o sujeito deixar de “sentir” que as outras pessoas estão obtendo uma vantagem indevida, ele “se sente” excluído por não fazer parte de um *happy few*, e não que estes não deveriam existir. Por fim, o contra-argumento não vale apenas para os excluídos, como também para os privilegiados: o motorista do carrão importado pode muito bem calcular que não está sendo desleal com seus concidadãos se estiver dirigindo em velocidade um pouco acima do permitido, em uma rua deserta, e que assim não está a causar – e não está mesmo – qualquer perigo potencial a quem quer que seja, embora o fato seja, a rigor, ilegal. Outras pessoas é que teriam um desejo íntimo de que esse motorista fosse flagrado por uma câmera de fiscalização ou por um guarda, mas não por se sentirem juridicamente agredidas. E sim por inveja.

4) O último argumento é a *promoção do bem comum*, ou o *consequencialismo*: “if people break the law, the collective welfare of society is diminished: therefore, we are morally obliged to obey”, diz Harris (1997, p. 230: “se as pessoas infringirem a norma, o bem comum será afetado; logo, nós temos a obrigação moral de obedecer”). A idéia engendrou o chamado *princípio da insignificância*, de aceitação corrente, mas nem de longe pacífica, de modo especial no direito pe-

nal, que se aplica *a contrario sensu* quando a conduta do infrator não causa um dano significativo ao ofendido. Por exemplo, o furto de uma pequena quantidade de comida é uma gota d'água para a cadeia de hipermercados, e serviu para aplacar a fome do ladrão. Porém, as dificuldades surgem imediatamente, e o critério se torna casuísta e frágil: e se não fosse comida, e sim uma bicicleta ou um ventilador? E se fosse comida, mas um queijo importado ou um vinho caro? E se fosse comida, e barata, mas o fato acontecesse todos os dias, por meses a fio? A rigor, o princípio deveria ser aplicado em qualquer das hipóteses, que os economistas chamam de *utilidade marginal*, mas o jurista teria que se incomodar com uma abordagem mais maleável, caso a caso, ao invés de aplicar um critério objetivo, o que é fonte de complicações, como se o critério subjetivo não o fosse. Vejamos um complicador a mais: e se fosse fixado um determinado valor máximo, de maneira bem objetiva, como que definitiva – um salário mínimo mensal, v.g. – e o prejuízo experimentado fosse de um salário mínimo mais R\$ 1,00? O juiz deveria ou não abrir a exceção?

Assim, um reforço ao argumento foi o efeito do *mau exemplo*: diz Harris: “even if my lawbreaking directly does more good than harm, indirectly the reverse may be true because, following this example, others may break the law in circumstances where manifest harm is done, or I myself, on other occasions, may follow my own bad example with bad effects on the public good” (1997, p. 231: “mesmo que minha conduta ilícita diretamente traga mais benefício do que malefício, indiretamente a recíproca pode ser verdadeira porque, seguindo meu exemplo, outros podem infringir em circunstâncias manifestamente prejudiciais, ou eu mesmo, em outras ocasiões, posso seguir meu próprio exemplo, prejudicando o bem comum”). Em parte isso é verdade. Em parte. Não se deve desprezar a influência do comportamento imitativo, especialmente em crianças e adolescentes. O motociclista que não usar capacete ou o motorista que deixar de afivelar o cinto de segurança podem estar incentivando outros a fazer o mesmo³³. O ca-

³³ O argumento de irrelevância dessas condutas – no melhor estilo “isso é problema meu” ou, mais elaboradamente, pelo “princípio do prejuízo”, de John Stuart Mill – é de manifesta inconsistência e fácil refutação. Capacetes para motociclistas e cintos para

beleireiro da esquina não emite nota fiscal e nunca pagou ISS, mas todos os seus colegas de salão fazem (ou melhor, não fazem) o mesmo; ele haverá de se sentir um *otário* se começar a cumprir suas obrigações tributárias a cada corte ou escova que faça, porque os demais não seguirão seu exemplo, nem ele próprio perceberá qualquer tipo de retorno. Mas tudo isso é relativo. No caso dos cabeleireiros, quem imita quem? Não dá para dizer, porque o quadro de sonegação já está macerado antes mesmo de eles abrirem seus estabelecimentos. Um motorista que ultrapassa o sinal vermelho pode muito bem ser seguido por outros. Mas se o infrator estiver em um carro rebaixado, daqueles com escapamento e aparelho de som insuportavelmente ruidosos, é muito provável que os demais motoristas, ao invés de imitá-lo, nada façam, a não ser crisar a testa e desejar que a polícia o aborde – ou que ele bata o carro no próximo poste e, de preferência, morra. Outrossim, pode ser que o sujeito resolva pagar os impostos que deve, para dormir tranqüilo, sem os sobressaltos de uma remota fiscalização, mesmo que seus pares não façam o mesmo. Em suma, a proposição do mau exemplo, ao invés de ser aprioristicamente moral, deve ser objeto de investigação e demonstração empírica: não para fins de especular “e se todos fizerem o mesmo?”, mas para demonstrar que “outras pessoas farão o mesmo se você o fizer”³⁴.

motoristas são itens de segurança indiscutivelmente úteis. Se em bom funcionamento e bem colocados, só trazem vantagens. Um acidente envolvendo um condutor de moto ou de carro fora dessas especificações expõe seus condutores a riscos muito maiores de lesões e morte. Ora, se isso acontece, o interesse alheio pode ser afetado difusamente (atendimento em hospital público, pagamento de benefício pela previdência social, danos a postes e calçadas, engarrafamento na via pública) e/ou coletivamente (despesas médicas, prejuízo para outros motoristas e pedestres, sofrimento da família e amigos). Mesmo que o condutor descuidado não tenha prejudicado absolutamente ninguém, ainda assim, um grande número de pessoas estranhas ficaria consternada com a sua dor. É desagradabilíssimo ver uma pessoa morta ou ferida, agonizando no meio da rua. Como dizia John Donne, “no man is an island”. “The environment which we and our children must live is determinated, among other things, by patterns and relationships formed privately by others than ourselves”, finaliza Ronald Dworkin (2000, p. 246).

³⁴ Um exemplo no direito brasileiro é o crime de corrupção de menores, previsto na Lei Federal n. 2.252/54. A exigência da jurisprudência quanto à demonstração de que o menor não era corrompido e se corrompeu a partir da prática de um delito específico, tornou a conduta, na prática, letra morta.

Em suma, reiteramos nosso argumento de que o Estado se comporta como um bom pai e, mais do que isso, como um pai infalível, que não precisa pedir desculpas pelos seus erros: *the king can do no wrong*, ou, em uma paródia, *the father can do no wrong*, mas o jogo de aparências é agitado ideologicamente para a consecução e a manutenção do exercício do poder político coercitivo. É uma questão de definição: o Estado não exerce nenhum poder; o Estado é o exercício de todo o poder. “Que importa que o príncipe tenha uma índole amável ou cruel? De todo modo, não é ao príncipe que o povo obedece?”, indaga Clastres (2004, p. 158). É a aparência o que conta, como já dizia *O Príncipe* de Nicolau Maquiavel, em 1513, com o que finalizamos o presente ensaio:

todos sabem que é louvável que o príncipe mantenha a palavra empenhada, e viva com integridade e não com astúcia. Contudo, a experiência dos nossos tempos mostra que os príncipes que tiveram pouco respeito pela boa fé puderam com astúcia confundir os espíritos a superar os que basearam sua conduta na lealdade. [...] Citarei um só exemplo moderno: o de Alexandre VI, que em sua vida só fez enganar. Nunca pensou em outra coisa, e encontrou sempre oportunidade para isso; ninguém jamais afirmou com tanta convicção – e prometendo com tanto vigor cumpriu tão pouco. Contudo, tinha sempre êxito ao enganar, pois sabia urdir bem suas mentiras. *Não é necessário que um príncipe tenha todas as qualidades acima relacionadas, mas é muito necessário que aparente todas. Ousaria mesmo afirmar que possui-las todas, e sempre as observar, chega a ser perigoso, mas a aparência de possui-las todas é útil* [1982, p. 68; grifos nossos].

Referências

- ARISTÓTELES. *Política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- CARVALHO, Olavo de. *O futuro do pensamento brasileiro: estudo sobre o nosso lugar no mundo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, [1998].
- _____. *O jardim das aflições: de Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o materialismo e a religião civil*. 2. ed. São Paulo: É Realizações, 2004.

- CHOMSKY, Noam. *Segredos, mentiras e democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.
- CLOWES, Brian. *Pro-Life Activist's Encyclopedia*. Stafford, Virginia: American Life League, 1993.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. corr. e actual. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 2000.
- ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. *English legal system*. 4. ed. Harlow: Pearson Education, 2002.
- FISHKIN, James. *Beyond subjective morality: ethical reasoning and political philosophy*. New Haven: Yale University, 1984.
- FOLDY, Michael S. *The trials of Oscar Wilde: deviance, morality, and late-Victorian society*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- GEERTZ, Clifford. *The interpretation of cultures*. New York: Basic Books, [2000].
- HARRIS, J. W. *Legal philosophies*. 2. ed. London: Butterworths, 1997.
- JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARÍAS, Julián. *A perspectiva cristã*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Tratado sobre a convivência: concórdia sem acordo*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Brasília: Universidade de Brasília, ca. 1982.

MITHEN, Steven. *A pré-história da mente: uma busca das origens da arte, da religião e da ciência*. São Paulo: Unesp, 2002.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Unesp, 1998.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Lisboa: Edições 70, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SAHLINS, Marshall. *Cultura e razão prática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 1997.

SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v.1.

WOORTMAN, Klaas. *O selvagem e o novo mundo: ameríndios, humanismo e escatologia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.