

O moralismo legal como fundamento da coação legal à divergência: aspectos filosóficos da questão do paternalismo jurídico no âmbito do pensamento liberal

Sergio Faria Magalhães

*Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Programa de Mestrado em Filosofia – Ética*

“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.)

Introdução

Em seu ensaio “Autonomia y Conducta Desviada: El Problema Del Paternalismo En La Obra De John Stuart Mill”, Ana de Miguel Álvarez aponta o fundamento antipaternalista do pensamento de John Stuart Mill expresso em seu *Sobre a Liberdade*, chamando nossa atenção para o fato de que em diferentes marcos históricos a favor da tolerância e da pluralidade encontramos sucessivamente o apelo à perspectiva antipaternalista que se revela no enunciado de J.S. Mill acerca do princípio da liberdade individual constante do capítulo I, quando define seu objetivo naquela obra:

“O objeto deste Ensaio é defender como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, quer para o da coerção moral da opinião pública. Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificacão suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto”. (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. A. R. Barros (trad.). Petrópolis, Ed.Vozes, 1991, Cap. I, pág. 53.)

Álvarez aponta como um desses exemplos de evocação à argumentação antipaternalista de base Milliana a querela estabelecida entre Herbert L. A. Hart em seu *Direito, liberdade e moralidade*, sobretudo quanto a sua contra-argumentação às posturas de Lord Devlin em seu *The enforcement of morals*. Neste ensaio vamos examinar a assertiva de Ana de Miguel Álvarez acerca da possibilidade de uma fundamentação efetivamente antipaternalista do princípio da liberdade individual de J.S.Mill examinando a argumentação de H.L.A. Hart em seu *Law, liberty and morality*.

Delimitação do tema na obra de H.L.A. Hart

A disputa apontada por Álvarez gira em torno da propositura e da fundamentação da Coercitividade da Moral. Do ponto de vista de Hart (autor que abraça a perspectiva antipaternalista defendida pela autora), para que, justificadamente possamos afirmar que a lei pode punir a imoralidade, devemos primeiro resolver duas outras questões, quais sejam: 1) se o comportamento considerado imoral deve tipificar-se como delito e em função disso, 2) se o comportamen-

to considerado imoral deve ser perseguido coativamente. A estrutura de raciocínio consequencialista que fundamenta o processo criminal (a relação entre a caracterização do crime / delito e a imputação do castigo / pena deve ser justificada) é compatível com a estrutura de raciocínio também consequencialista do Utilitarismo, sobretudo se especificarmos o fato de que, com base em uma generalização necessária para a tipificação de um delito, atingimos diretamente o indivíduo por ocasião da imputação da pena. Neste deslocamento do universal para o particular residem diversas contradições e fragilidades apontadas por Hart em seu *Direito, liberdade e moralidade*, que, por sua vez, refuta a consistência de uma fundamentação Utilitarista do Direito (que se apoiaria no Princípio do Dano em seu sentido restrito) e simultaneamente recupera o sentido de autonomia presente no princípio da liberdade individual de J.S. Mill contido em seu *Sobre a liberdade*. Tomado nestes termos, o debate no contexto do direito criminal deixa de lado a casuística processual e assume estatura de uma filosofia política e moral cujo foco central de atenção passa a ser o problema da justificação do uso do poder coercitivo do Estado contra pessoas livres e autônomas.

Hart fundamenta sua rejeição à coercitividade da moral na doutrina de J. S. Mill exposta em seu *On liberty*, o que o fará exigir rigores de justificação dos enunciados de seus opositores, mas também o fará lidar com algumas dificuldades características da retórica Milliana, sobretudo quanto ao estabelecimento dos limites dos *self-regarding acts* e no tocante às consequências restritivas quanto à escolha do princípio do dano como fundamento da coerção legal, numa visão explicitamente utilitarista. Estes obstáculos, no entanto, propiciarão também uma rearticulação do ponto de vista da filosofia política das teses de J.S. Mill, atualizando-as no contexto do crescente conflito de interesses frente à demanda de legalidade provinda de minorias divergentes ou excluídas.

Contexto histórico do debate entre H.L.A. Hart e Lord Devlin

O contexto dentro do qual H.L.A.Hart profere as conferências reunidas em seu *Law, liberty and morality* (1963) sobre a propriedade da coerção moral na conduta homossexual é marcado por precedentes precisos: no início da década de 50 constata-se muita insatisfação

com as leis referentes à prostituição e à homossexualidade na Inglaterra. Foi solicitado ao órgão conhecido como Wolfenden Committee um estudo da situação legal britânica, que o realizou de 1954 a 1957 para concluir pela propositura da discriminalização: a) da conduta homossexual (entre adultos consencientes e observada a privacidade), b) da prostituição e c) de certos casos de aborto. Desde então cresceu uma calorosa disputa nos meios políticos e jurídicos ingleses com vistas à formulação de uma nova regulamentação mais tolerante com essas condutas desviadas.

Das recomendações, apenas a relativa à descriminalização da prostituição veio a ser aproveitada na lei *The street offences act* de 1959. Posteriormente à publicação do *Direito, liberdade e moralidade*, as leis *The sexual offences act* e *The abortion act*, de 1967, vieram a acolher as demais recomendações do Wolfenden Committee.

Lembramos também que é sob o marco da promulgação da Lei sobre o suicídio (*Suicide act*), de 1961, que é a primeira depois de mais de um século a alterar o conjunto de sanções da lei penal acerca da conduta moral (o suicídio é claramente condenado pela moral convencional cristã e era punido pela lei), que valerá, para Hart, discutir a questão da imoralidade punível da conduta homossexual que se fundamenta numa visão coercitiva da moral mas não apresenta critérios para autojustificar-se como exige a consistência da lei.

A questão dos fundamentos críticos na justificação da coercitividade da moral

O autor inicia por chamar atenção para os termos explicitamente Millianos e antipaternalistas com que o Wolfenden Committee faz suas recomendações, como na Seção 13 do Relatório do Comitê por ele citado: "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...", numa referência à concepção das funções positivas da lei criminal que embasou a recomendação de que a legislação deveria reprimir as manifestações públicas ofensivas de prostituição sem, contudo tornar a prostituição em si uma ilegalidade e sua prática um delito. Da mesma forma, afirma ele, é de inspiração Milliana o

princípio apresentado na Seção 61 do Relatório, e cita-o: “Deve-se preservar uma esfera de moralidade privada e imoralidade que é, em termos breves e rudes, irrelevante para a Lei”. Esta esfera de moralidade privada irrelevante para a lei refere-se ao âmbito dos *self-regarding acts*, que são inteiramente fundamentados no princípio da liberdade individual Milliana e que vão embasar a recomendação de revisão da lei que caracteriza como delituosas as práticas homossexuais entre adultos consencientes.

Para Hart, o mais significativo dentro destes acontecimentos é que os advogados da reforma (como ele) deverão na verdade questionar a própria finalidade da Lei penal, porque é essa discussão de fundamentos que vai constituir o instrumento eficaz para contestar e refutar o entendimento dos opositores às reformas 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.

A questão de fundamentos que jaz latente a este debate é, para Hart, a determinação dos limites coativos da lei. Para o estabelecimento destes limites é preciso definir critérios, pois é justamente no tocante à conduta moral (e, conseqüentemente, nos assim chamados crimes sem vítimas, ou seja, comportamentos divergentes criminalizados por sua divergência moral) que a dificuldade para o estabelecimento desses limites revela com clareza a falta de fundamentos daqueles que advogam o paternalismo jurídico ou o moralismo legal, sobretudo quando se toma como critério de justificativa o princípio de autoproteção da sociedade.

Em outros termos, os advogados do moralismo legal postulam que se a sociedade se vê ameaçada em seus valores fundantes, ela poderia coagir moralmente um indivíduo justificada no princípio da autoproteção. Também uma perspectiva Utilitarista conseqüente “permitiria o sacrifício da liberdade de alguns, a opressão ou perseguição de minorias, até mesmo uma violação dos direitos humanos - contanto que tal seja a condição necessária para a produção de um maior bem-estar para a maioria e para o incremento do saldo líquido de felicidade”, como demonstra Maria Cecília de Carvalho no ensaio em que aponta a fragilidade da defesa da subsunção do princípio de Justiça ao princípio de Utilidade, conforme afirmado por Mill. Consciente da veemência da assertiva de autoproteção de uma sociedade, Hart vai exigir de seus contendores a admissão de que, se é possível pensar na coercitividade da moral é porque admite-se que tanto as instituições quanto a moralidade positiva de uma sociedade estão sujeitas a transformações e portanto, necessariamente, abertas à críti-

ca, termo sem o qual não se justifica questionar a coercitividade da moral (para que coagir uma conduta que não apresenta divergências?). Isto posto, prossegue demonstrando que passamos para o campo de discurso da moralidade crítica (e portanto deixamos o campo de discurso da moralidade positiva), devendo então aceitarmos a exigência racional de apresentação dos princípios críticos com que vamos operar a justificação de nossos posicionamentos pró ou contra a coercitividade da moral. Nas palavras do autor:

“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 sucedâneo, algum princípio crítico geral”.(Hart, 1963: 99)

Anuncia o autor que estamos no campo “do que deveria ser” e não no campo do “como tem sido até agora” e denuncia que a confusão entre os dois planos torna metodologicamente equivocada a argumentação de Lord Devlin que, ao tomar um debate de moralidade crítica e ao fundamentar seus termos na tradição do moralismo legal inglês (positivo) da *common-law* abandona o compromisso crítico aceito anteriormente e fundamenta numa espécie de imperativo da moralidade positiva o fato da subsunção da lei penal. Segundo Hart, as conseqüências trágicas de uma concepção do Direito Penal com este último formato é que precisam ser evitadas (tanto no plano do Estado, recusando a formulação de legislação autoritária de governos despóticos, quanto na contrapartida policial violenta pelo exercício discricionário dos micropoderes, exercício este endêmico nas sociedades de massa), citando como exemplo a Lei nazista de 28 de junho de 1935 segundo a qual qualquer fato era passível de punição, na conformidade “das concepções fundamentais da legislação penal e da sã mentalidade do povo”. (HART, 1963: 40)

Por estar baseado na doutrina apresentada no *On liberty*, Hart propõe-se tanto a refutar seus opositores, demonstrando a insubsistência da posição dos que advogam pela coercitividade da moral, quanto a fundamentar a não-coercitividade da moral no princípio da Liberdade Individual de J.S.Mill, mas, para isso, precisa antes fazer um corte preciso na argumentação Milliana, contornando suas fragilidades, como veremos a seguir.

A questão dos limites dos *self-regarding-acts*

Como primeiro obstáculo a ser superado, Hart vai elaborar o argumento de J.S. Mill que coloca uma exigência de estabelecer os limites entre ações que podem sofrer coação legal (as que prejudicam os outros) e ações que não podem sofrer coação legal (por não prejudicarem ninguém além do próprio agente — os *self-regarding acts*). Há críticos que apontam a fragilidade conceitual desta propositura pela contradição intrínseca e implícita na idéia de uma ação perfeitamente enclausurada no indivíduo: tal evento jamais poderia invocar-se o estatuto de *ação*. Por outro lado, mesmo entre os críticos que admitem a divisão proposta por Mill, há os que a classificam como dogmática porque pretende limitar a coação legal à categoria de ações que prejudiquem os outros.

Hart admite a falha apontada pelos últimos críticos, mas considera plausível limitar o poder coativo da moral especificamente no que diz respeito ao comportamento sexual, na medida em que ocorrem, de fato, ações imorais pela não-aceitação de padrões, sem que, no entanto, sejam tais ações, de fato, prejudiciais a outros; com a ressalva de que, em certos aspectos, talvez se justifiquem mais a coação legal (não a coação moral) do indivíduo do que a prevenção do prejuízo alheio (este tema será tratado em detalhe quando apontarmos a demonstração acerca do fundamento para a rejeição do concurso/consentimento da vítima como argumento de defesa criminal).

Aparentemente, H.L.A. Hart estabelece um distanciamento crítico dos fundamentos do princípio da liberdade individual para poder valer-se de seus argumentos fortemente plausíveis numa perspectiva da conduta sexual privada; no entanto, esse viés da retórica Hartiana tem repercussões mais amplas no todo de sua reflexão, como veremos no argumento descrito a seguir que vai apontar o segundo obstáculo a ser superado, qual seja, o da invocação de algum paternalismo legal como consequência lógica do princípio do dano no plano da moralidade.

O paternalismo legal e o princípio do dano

O autor exemplifica com o caso Shaw. Trata-se do caso de um cidadão inglês, Sr. Shaw, que em 1962 foi processado e punido pela composição e conseqüente publicação de uma revista chamada *La-*

dies Directory, que fornecia nomes e endereços de prostitutas, fotografias de nus, em alguns casos, e a indicação codificada das habilidades de cada uma delas. A punição legal foi baseada no princípio da coercitividade da moral, imputando a pena por 1) indução à corrupção da moral pública, 2) publicação obscena e 3) exploração de prostituição alheia pela cobrança por publicidade. O enunciado dos delitos mostra sua fragilidade por desprezar o princípio da legalidade, que exige uma consistente e detalhada definição e tipificação da conduta dita delituosa para que se possa caracterizar o delinqüente com precisão e determinar o grau de punição efetivo do mesmo.

Na condenação justificada pela imoralidade da conduta há uma ameaça genérica de punição legal que fere as expectativas do bom direito que deveria deixar claro e insuscetível de dúvidas as condutas tipificadas como crimes além de justificar e antes de executar sua persecussão. É sob essa perspectiva que Hart passa a apontar a diferença, que será fundamental em seu argumento, entre moralismo legal e paternalismo legal subjacente a esta questão. e a lei não tem por finalidade precípua proteger um homem contra o outro (princípio do dano), sua finalidade seria impor um princípio moral? (como propõe Lord Devlin, seu principal opositor nesta querela). Senão, como fundamentar a rejeição legal do consentimento da vítima como argumento de defesa para justificar um ato criminoso? Para Devlin existe apenas uma explicação: há certos padrões de comportamento, ou princípios morais, que a sociedade requer sejam observados, tais como o princípio da inviolabilidade da vida humana e o da integridade física do indivíduo, dentre outros, e esses princípios morais fundamentariam o Direito Criminal e justificariam regras como a da rejeição do consentimento da vítima para descaracterizar um ato como delituoso. Para Hart, no entanto, este é um exemplo típico de paternalismo legal estendido ao extremo de proteger os indivíduos de si mesmos.

Ainda que pareça contraditória à primeira vista, a vedação do consentimento da vítima como argumento de defesa não se opõe, segundo Hart, ao princípio Milliano de que só se justifica a coatividade legal quando há dano a outrem, mas amplia-o para o enunciado de que 'causar dano a outrem 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 que em outros termos significaria que, uma vez caracterizado o delito, a responsabilidade expressa no consentimento não elide a culpa. Visto nestes termos, já seria possível admitir que uma postura antipaternalista

exclua o consentimento da vítima como argumento capaz de justificar um delito por extensão do princípio do dano.

É evidente que este argumento de Hart vem reforçar a ressalva aberta pelo autor quanto aos limites das ações individuais atingíveis pela lei, abrindo espaço (mesmo que de forma branda) para uma forma de paternalismo que não corrompe o princípio da liberdade individual como um todo, mas que garante, certamente, o âmbito dos *self-regarding acts* contra as tentativas de coação da moralidade entendida como princípio que fundamenta a coatividade da Lei.

Segue-se a esta, a segunda etapa do argumento Hartiano, qual seja: se à moralidade não se pode advogar o papel de fundamento da coercitividade da lei, então o argumento de Lord Devlin de que uma sociedade tem o direito de tomar qualquer medida necessária a sua auto-preservação fica fortemente esvaziado e contingente de justificação, podendo ser entendida como herdeira da visão pré-moderna do exercício do poder despótico no contexto da Privacidade ou da Tirania. Estamos diante do terceiro obstáculo a ser superado dentre as fragilidades do argumento Milliano: o da subsunção do princípio de justiça ao princípio de utilidade.

A subsunção da justiça à utilidade

Para fundamentar seu ponto de vista, Hart aponta que toda lei subentende uma norma e uma justificativa punitiva para a sua execução. Que espécie de conduta pode justificadamente ser punida? é a pergunta que fundamenta a punibilidade do ilícito. Neste plano, como já foi apresentado, a coercitividade da moral não se justifica. Porém, por vezes costuma-se confundir-la com outra questão, a saber: 'com qual intensidade podemos punir diferentes faltas?' e, no caso de uma mesma falta, pôde-se cogitar a gradação da punição referindo o grau de iniquidade moral atingido por cada agente? No parecer de Hart, um adepto do antipaternalismo legal, pode-se desposar a idéia de uma gradação da pena por motivos de imoralidade sem ter com isso que admitir a imoralidade como critério da justificativa punitiva da lei. O autor nos faz ver, não sem certo fundo de ironia, que justamente os adeptos da coercitividade da moral no âmbito do judiciário são aqueles que abnegam a possibilidade de dar uma gradação moral punitiva diferenciada para réus do mesmo crime e mais, de que se isso fosse admissível, não o seria por fundamentar-se no princípio do dano porque o objeto de tais sanções não consistiria

tão só em prevenir os atos perigosos para a sociedade, mas, principalmente, seria a persecução das formas mais expressivas da imoralidade, numa estrutura retórica de argumento cíclico que toma a justificação moral da gradação da pena pelo critério necessário para a justificação da punitividade da lei sobre certa conduta, no caso específico, a conduta considerada imoral.

Para tratar esta questão, Hart evoca o argumento de James Fitzjames Stephen em seu *Liberty, equality, fraternity*, de 1873, acerca da inadequação do princípio moral à gradação punitiva, a seu ver contraditório. O argumento se apresenta nos seguintes termos: um juiz tem diante dele dois acusados, um dos quais se apresenta, em face das circunstâncias do fato punível, como inculto 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. Afirma Stephen 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. Acerca desta assertiva, Hart nos faz lembrar as mudanças acontecidas na magistratura inglesa desde então, sobretudo no tocante à produção jurisprudencial que vinha, ultimamente, absorvendo princípios opostos aos apontados por Stephen na gradação da pena, sem que isso possa fazer ruir o princípio de isonomia do bom Direito.

Mas é na contraposição entre as categorias de indecência e imoralidade que Hart vai revelar seu ponto de vista a este respeito. O argumento apresentado é o seguinte: se o congresso sexual em público de um casal heterossexual é punível por se tratar de uma afronta à decência pública, assim como seria o caso em se tratando de um casal homossexual, então quer dizer que o que está justificadamente sendo punido é uma afronta à decência, deixando de ser relevante a moralidade ou a imoralidade da ação. A pretensão à justificativa do princípio da prevenção do dano conseqüente da contrariedade que traz a um terceiro o fato de saber que uma conduta imoral é adotada na privacidade, suspende, por seus próprios termos, o princípio da liberdade individual, e se enquadra, para Hart, no que Mill acusou como paternalismo forte, ou seja, de que a coatividade moral da lei se justificaria *porque, na opinião de outros, tal ou qual conduta seria incorreta*. Teria sido por este motivo que, segundo Hart, J.S. Mill procurou escandir as diferenças existentes entre justificativas como *porque seria*

melhor para ele ou porque poderia fazê-lo mais feliz, que são enunciados referenciados no sujeito da ação abolindo sua autonomia, da primeira asserção, mais grave, que impõe ao sujeito da ação uma punição não pela abolição de sua autonomia, porém, pela negação irrevogável dessa autonomia pela simples divergência. Na perspectiva da negação da autonomia, o delito que está sendo punido é o ato de divergir, e não o conteúdo moral ou imoral deste ato.

Nas palavras do autor:

“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”. (Hart, 1963: 69)

Conclusão

Nas marchas e contramarchas de sua argumentação em *Direito, liberdade e moralidade*, H.L.A.Hart revela os três princípios de seu pensamento que circunscrevem e determinam a coerção legal: a) o compromisso democrático com o princípio da pluralidade, a consequente b) exigência de fundamentação crítica para o estabelecimento jurídico do ilícito e a c) irrelevância legal dos comportamentos no âmbito da *Privacy*. Para tal empreendimento o autor vai buscar apoio na doutrina exarada por John Stuart Mill em seu *Sobre a liberdade*, e aponta soluções para as fragilidades intrínsecas ao texto Milliano, pelo menos no que diz respeito ao estabelecimento de uma postura antipaternalista para rejeitar a possibilidade de uma fundamentação consistente da coercitividade da moral.

Referências Bibliográficas

- ÁLVAREZ, Ana de Miguel. "Autonomía y conducta desviada: el problema del paternalismo en la obra de John Stuart Mill". In: Revista *Telos*, Vol. III, nº 2, dez. 1994, pp. 59-70.
- CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. "John Stuart Mill, o útil e o justo". In: *Caderno de Resumos da Anpof*. Águas de Lindóia, 1996. (Comunicação apresentada no VII Encontro Nacional de Filosofia da ANPOF).
- HART, Herbert L.A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Trad. G. P. dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. de A. R. Barros, Petrópolis, Ed. Vozes, 1991. Cap. I, p. 53.