

DA UNIVERSALIDADE MORAL À IGUALDADE PENAL: UMA DUPLA FALÁCIA.

DE LA UNIVERSIDAD MORAL HASTA LA IGUALDAD PENAL: UNA DOBLE FALACIA.

Daniel Nascimento Duarte

RESUMO

O presente artigo visa questionar a permanência de concepções morais no âmbito de incidência do Direito Penal, concepções estas, que no contexto atual, acabam por ser tomadas como mandamentos gerais (universais) de comportamentos, ações, posições e características, ambos direcionados aos cidadãos que são (ou ao menos deveriam ser) democraticamente individuais; tudo sob o caro preço da coerção estatal. Para tanto, inicialmente utiliza-se das concepções gerais acerca da crítica à universalidade moral, crítica esta defendida pelo sociólogo polonês Zigmunt Bauman, e, posteriormente, analisa-se à realidade penal de adjacências morais em nosso Ordenamento, que se quer garantista. Dessa forma, a universalidade moral, no contexto prático da lei como instrumento padronizador, vê-se refletida no direito penal atual, ambos como um discurso dominante e político, onde a liberdade termina por obstaculizada e as desigualdades, de um direito penal que insiste denominar-se igualitário, ficam cada vez mais evidentes e escancaradas às críticas criminológicas.

PALAVRAS-CHAVE: Moralidade; universalidade; Bauman; Direito Penal; liberdade individual; igualdade penal; Garantismo.

RESUMEN

Este artículo tiene el objetivo de poner en discusión la permanencia de puntos de vista morales en la incidencia de la ley penal, estas concepciones, que en el presente contexto, acaban siendo consideradas como comandos generales (universais), de comportamientos, acciones, posiciones y características, ambos dirigidos a los ciudadanos que son (o al menos deberían ser) democráticamente individuales, todo esto por el alto precio de la coerción estatal. Por lo tanto, inicialmente utiliza los puntos de reflexión generales sobre la crítica de la universalidad moral, esta crítica defendida por el sociólogo polaco Zigmunt Bauman, y luego se analiza la realidad del entorno morales en nuestro ámbito jurídico, que queremos garantista. Luego, la universalidad moral, en el contexto práctico de la ley como una herramienta de padrón, se convierte en la legislación penal actual, tanto como un discurso dominante y político, donde la libertad termina obstaculizada y las desigualdades, de una ley penal que insiste en decir que somos iguales, se hacen más evidentes y más abiertas a la críticas de la criminología.

PALAVRAS-CLAVE: Moralidad; universalidad; Bauman; Derecho Penal; libertad individual; igualdad penal; garantismo.

INTRODUÇÃO

Não é segredo para ninguém que a sociedade é desigual. No entanto, um fato é notório: não há nada que desemboca em mais desigualdade do que a imposição social de algo que se diz igualitário e de aplicação universal. As experiências totalitárias só fazem confirmar esta assertiva.

A situação se agrava ainda mais quando a referida imposição tende a atacar o âmbito individual. Esse é justamente o caso da moralidade. A imposição de questões morais acaba por encontrar a

universalidade moral como seu principal ponto de fixação de resultados e interpretações mediante o emergir da opinião dos poucos intérpretes que tendem a fixar um único modo de ver o âmbito moral.

Prosseguindo neste caminho impositivo, tem-se que para a delimitação de uma moralidade, que se quer universal, os intérpretes dominantes valem-se de um instrumento capaz de fixar as interpretações julgadas relevantes e vincular os demais indivíduos; esse instrumento é a lei. Porém, diante de tal fixação legal, a autonomia da vontade (colocada em xeque) tende a impulsionar o descontentamento daqueles que fazem parte da minoria “não-intérprete”, o que, por óbvio, provocará instantânea reação dos “intérpretes”, dando início a um considerável receio de convívio entre os dois grupos.

Tal receio, enquanto atitude reacionária dos “intérpretes”, acaba por ser impulsionado pela “periculosidade” na convivência com aqueles indivíduos que não se encaixariam nos padrões morais externados socialmente em caráter normativo. Dessa forma, com a clara intenção de reprimir os perigosos morais, os intérpretes detentores do discurso dominante tendem a procurar algo mais forte para efetivar tal pressuposto do que o mero dever social de cumprir preceitos de convivência.

Enfim, o instrumento repressivo e impositivo que de forma impecável foi encontrado para tal intento foi exatamente o direito penal. No entanto, os “intérpretes dominantes”, cientes do seu grau de destruição (não por sofrerem com ele, mas por verem os “desviantes” sofrerem) optam por transviá-lo com uma espécie de “maquiagem” no claro intuito de manter a imposição moral repressiva outrora desempenhada ao passo que iludiriam aqueles que tenderiam a contestá-la: Tal “maquiagem” foi justamente a igualdade penal.

Esta última, por sua vez, une-se com a universalidade moral (em intentos impositivos) e passa não só a desmantelar a liberdade, mas também passa a apontar, selecionar e punir indivíduos imorais, sinônimo de desviantes, perigosos, inimigos... Todos estes (detalhe) oriundos do mesmo grupo que antes fora apresentado no início da narrativa: o grupo dos “não-intérpretes”. Os resultados? Serão estes que aqui serão apontados.

Esse tortuoso caminho, que foi descrito nesta introdução de forma breve e de maneira metafórica, é o que aqui se buscará analisar e criticar. Mais do que necessário se faz entender quais são as consequências e comprovações nocivas de todo esse percurso.

Para tanto, o artigo divide-se em três momentos.

Parte-se inicialmente de constatações gerais (críticas) acerca da universalidade moral pelas premissas do sociólogo polonês Zigmunt Bauman, motivo pelo qual serão deste os ensinamentos, diretrizes e bases consideradas para os objetivos críticos iniciais.

Entretanto, o que é de suma importância se ter esclarecido nestas notas introdutórias, é o fato de ser a crítica à universalidade (moral) feita por Bauman apenas uma dentre tantas reflexões importantes em que o sociólogo pauta o seu discurso entorno da ética (e da moralidade) na modernidade e na pós-modernidade. Sabe-se que diversos outros temas (e com vários pontos a serem questionados ante a nossa nova realidade social globalizada) são trabalhados na conjuntura da obra de Bauman, dentre eles, a ambivalência, o consumo, o amor, a globalização, a cultura, dentre tantos outros pontos inquietantes; que tornam o referido autor um dos mais importantes e produtivos da atualidade e enaltecem a riqueza de sua obra.

Porém, nestas breves linhas, os esforços iniciais se concentrarão somente na abordagem (crítica) do sociólogo polonês acerca do discurso universalizante que tomou conta das considerações acerca da moralidade a partir do advento da modernidade. Para tanto, trabalhar-se-ão aqui os motivos pelos quais Bauman critica tal discurso, bem como as constatações nocivas de sua manutenção e as consequências para uma realidade social pós-moderna (um de seus principais objetos de estudo).

Todas estas assertivas iniciais, por óbvio, acabam por surtirem efeito no direito penal, tangenciando a grande maioria dos delitos (que tendem a carregar parcela moral, mesmo que negativa e de forma tangencial, consigo) mais especificamente, nos delitos que possuem teor moral expresso no âmbito de proteção, como, por exemplo, aqueles que ainda possuem a moralidade sexual e os bons costumes da sociedade como bem jurídico tutelado.

Dessa forma, num segundo momento, a discussão moral passa a ser enquadrada no contexto do direito penal. Pontuam-se as incongruências e discussões da temática moral sob o ângulo punitivo, que teve seu ponto de partida ainda no iluminismo, passando-se pelos preceitos democráticos essenciais da tolerância e da liberdade (esta tão enaltecida na presente abordagem).

Continuamente, busca-se localizar (de forma crítica) tais constatações no Ordenamento brasileiro, sob o enfoque garantista, essencial numa abordagem que busca o teor democrático como bandeira.

No terceiro, e último, momento, as considerações voltam-se para as consequências advindas desta realidade penal apresentada, momento em que o viés criminológico sobressai e o clamor por um Estado que de fato seja pluralista e tolerante tende a revelar-se.

As falácias nos acompanham em todos os locais: na política, na publicidade e até no casamento. No entanto, a situação muda quando estas (como é o caso da universalidade moral intentada por um discurso dominante) são legitimadas, por discursos sociais (intolerantes) refletidos em lei penal, o que é pior ainda.

Neste caso, quem sofre é a liberdade e quem desaparece é a individualidade.

1 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DE ZIGMUNT BAUMAN ACERCA DE UMA UNIVERSALIDADE MORAL

1.1 A CHEGADA DO DISCURSO MORAL À MODERNIDADE

Segundo Bauman, sempre incomodou (obviamente, os detentores dos discursos dominantes de tempos em tempos) o fato de o âmbito da moralidade ser mais um agregado de incertezas do que uma reta de previsibilidade. O aclamado sociólogo foi feliz em caracterizar que “A vida moral é um percurso de incerteza contínua. Ela é construída de tijolos de dúvida e cimentada com surtos de autodepreciação” (2011, p.11).

Foi justamente deste mencionado incômodo que, ao longo da história, maneiras e discursos impositivos surgiram para sanar o fardo da incerteza que brotava da moralidade.

Na pré-modernidade, tais tentativas giraram em torno de dizeres advindos da religião, que delimitava por meio de ideias como redenção, arrependimento, pecado e penitência a busca da difusão do discurso do *bem e sagrado* na certeza de que qualquer escolha fora de tal padrão era *má e profana*.

Contudo, a questão central deste momento histórico-evolutivo trazido acima, e que foi pontuada por Bauman, era que a Igreja não negava a possibilidade de se escolher o mal (sabia que isso era previsível e, de certa forma, inevitável). No entanto, trazia alternativas (de cunho sagrado, por óbvio) para se “retomar” o bem, alternativas essas de extrema violência e até mesmo dotadas de irracionalidade, que eram dadas e impostas em momento *posterior* à escolha já desempenhada (BAUMAN, 2011). Destarte, de certa forma, era cabível um posicionamento e uma escolha, ambos morais, por parte do indivíduo, e ainda – caso a escolha fosse considerada reprovável pelo ideário clerical – o “retorno ao bem” poderia acontecer mediante a demonstração de arrependimento e até mesmo de penitência, sempre com o objetivo de se buscar a redenção. Sendo assim, uma característica era essencial: o “mal” **não era prevenido**, o que se tinha era a “cura” para essa escolha “mundana” que **já havia** ocorrido. E esta cura, digamos, estava no céu.

Dessa forma, na pré-modernidade pautada pelo discurso religioso, a escolha, mesmo que de maneira ínfima, ainda permanecia nos ombros do indivíduo mesmo que desaguasse num pecado e no peso da culpa por tê-lo cometido e na consciência negativa das punições “sagradas” inerentes daquela e que viriam posteriormente. O interessante era que a Igreja oferecia (ou ao menos pregava que o fazia) a **cura** (posterior, conforme já destacado) mediante uma libertação e uma compreensão Superior da falha cometida e, conseqüentemente, a restauração do bem.

Quando, com o passar do tempo, os abusos e incongruências das práticas moralizantes da igreja começam a ser questionados socialmente e a racionalidade humana bem como o individualismo próprio da

transição para a modernidade começam a tomar primazia, tanto nas reflexões filosóficas e científicas quanto na praticidade do “gerenciamento” da sociedade por parte do Estado, há uma transição de paradigma no que toca à abordagem da moralidade por quem detinha o Poder.

Dessa maneira, diferente das estratégias *posteriores* da igreja – tais como o arrependimento e o perdão – passa-se a trabalhar em esforços para a implementação de determinações morais que atingissem de forma *anterior* o âmbito de escolha do indivíduo.

Esse novo modo de pensar e agir estatal no que se refere à fixação dos padrões ético-morais (aos quais o Estado acreditava) correlacionado com a fraqueza que tomou conta do discurso religioso, foi sintetizado por Bauman (1997: p.11) em sua aclamada obra “*Ética pós-moderna*”:

[...] o vazio, deixado pela agora extinta ou ineficaz supervisão moral da Igreja, podia e devia preencher-se com um conjunto, cuidadosa e habilmente harmônico, de regras racionais; que a razão podia fazer o que a *crença* não estava mais fazendo; que com seus olhos, tomados largamente abertos, e com suas paixões, postas em repouso, os homens poderiam regular seus relacionamentos mútuos não menos, e talvez mais e melhor (de maneira mais "civilizada", pacífica e racional) que na época em que se viam "cegados" pela fé e em que seus sentimentos, não dominados e não domesticados, corriam selvagens.

Portanto, para os questionadores do discurso religioso frente à moralidade, havia uma lacuna, algo a ser corrigido e que a igreja não garantia e que naquele momento fazia-se extremamente necessário. O que se buscava era a previsibilidade dos atos morais dos indivíduos. Para se alcançar tal intento, obviamente, seria necessário transviar tal previsibilidade atribuindo-lhe a alcunha de “prevenção do mal” para que a essencial característica da ambivalência¹ da escolha moral não perdurasse.

Desse modo, o terreno fértil para a efetivação destes intentos foi o da legislação, onde a criação de códigos éticos de condutas seria capaz de garantir o que naquele momento buscava-se: o afastamento entre as escolhas humanas e a sua dimensão moral.

Com a modernidade, os indivíduos (**em tese** livres) deviam ser privados de utilizarem sua liberdade para fazer o “mal”. Esta liberdade, para quem representava o discurso dominante (moral-legislador), era nociva por ser desempenhada sem limites morais, logo, era sinônima de imprevisibilidade, o que não era interessante.

¹ A **ambivalência**, tema trabalhado de maneira sólida por Bauman, caracteriza-se como um dos conceitos-base de sua reflexão acerca da ética e da moralidade tanto na modernidade como na pós-modernidade. Em apertada síntese, tal conceito é a “possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria, é uma desordem específica” (1999, p.9), é a característica (inerente à moral) da escolha, da separação, da classificação autônoma e que em tempos modernos tentou ser segregada em busca de uma certeza (racional) e de um discurso moral estatal homegeneizador. Pelo prisma da ambivalência, não há que se falar em ser humano essencialmente bom ou essencialmente mal, essa afirmação é incompatível com a realidade ambivalente em que vive o ser moral. O sociólogo polonês é expresso em ressaltar que “nenhum código ético logicamente coerente pode harmonizar-se com a condição essencialmente ambivalente da moralidade” (1997, p.16).

Ao contextualizar o pano de fundo determinante de todos os ensaios constantes no seu livro “*Vida em fragmentos: Sobre a ética pós-moderna*”, Bauman (2011: p.12) deixa bastante clara essa transição paradigmática acima referida:

A legislação deveria ser a principal ferramenta de reconstrução (vista como um “novo começo”, no sentido mais amplo do termo, um começo desacoplado de tudo que tenha se passado antes, um virtual “começar do zero”). No caso da condição moral, a legislação dizia respeito a projetar um código de ética: um código que (ao contrário das estratégias religiosas de arrependimento e perdão) pudesse *prevenir* o mal, dando ao ator uma certeza *a priori* em relação ao que deve ser feito, ao que deve ser deixado de lado e ao que não deve ser praticado. (A viabilidade do projeto era garantida por antecipação, tautologicamente; seguir as regras éticas só poderia produzir o que fosse bom, já que “bom” foi definido de forma clara como a obediência às regras).
O projeto moderno postulou a possibilidade de um mundo humano livre não apenas de pecadores, mas do próprio pecado; não apenas das pessoas que fazem escolhas erradas, mas da própria possibilidade de erro na escolha [...]. (Grifei).

Essa transição, no que se refere ao modo de encarar a moralidade, foi denominada pelo sociólogo polonês como a “*substituição da escolha moral pela lei ética*” (BAUMAN, 2011, p.13) e foi diretriz essencial inerente ao advento da modernidade.

Nesse contexto, a realidade moral era pautada em expurgação do “mal” mediante o crédito nas delimitações normativas (também de teor moral) baseando-se fundamentalmente nas reflexões da filosofia moral (apenas aquelas convergentes com o discurso dominante) e legitimando-se no teor normativo. Deste modo, a lógica do discurso moral moderno funcionava, conforme expõe o pensador polonês, tal qual uma linha de produção social (demonstração de sua influência Marxista) onde “A moralidade é produto da ética; princípios éticos eram meios de produção, filosofia moral foi a tecnologia, e a pregação ética foi a pragmática da indústria moral. O bem era seu rendimento planejado e o mal, seu resíduo ou um produto fora do padrão”. (2011, p. 54).

Dessa forma, ante o medo e a desconfiança provenientes da carta branca da liberdade moral, a lei, e em nosso contexto de análise a lei ética, torna-se o instrumento mediador entre a ordem e o caos delimitando moralidades e diretrizes entre o que tinha sentido e o que não tinha sentido nenhum, entre o que um indivíduo poderia suscitar ou fazer ao outro. As pessoas tinham o *dever* de fazer o bem (que era delimitado normativamente a priori) e cumprir esse dever era a bondade em si; não bondade divina, mas sim “bondade ética” transviada de compromisso legal.

1.2 A UNIVERSALIDADE MORAL SOB O PONTO DE VISTA DE BAUMAN

Conforme explicitado acima, o discurso moral advindo da modernidade desenvolveu-se no sentido de negar a ambivalência que, para Bauman, ao contrário, não haveria qualquer possibilidade de ser negada pois é inerente à moralidade.

No entanto, não só a negação da ambivalência foi característica marcante da tentativa de um discurso moral (racional) da modernidade. Em prol de uma delimitação ética *a priori* (padronizada em regras) do que deveria ou não ser escolhido pelo indivíduo, outras características marcantes do discurso moralizante da modernidade se faziam evidentes, tais como: a) a expressa negação também do caráter *aporético* da moralidade², b) a ligação entre moral e racionalidade (ao ponto daquela poder exaurir-se em códigos de regras éticas), c) a incessante busca pela sedimentação de um discurso que tome a moral como fenômeno universal.

Todavia, críticas a tais diretrizes do discurso moralizante da modernidade foram identificadas, enumeradas e suscitadas por Bauman em sua análise (e apresentação) da dita moralidade pós-moderna. Segundo o sociólogo, em apertada síntese: a) A ambivalência moral, diferente do que ocorre no discurso moderno, conforme já dito, não pode ser negada pois o ser humano é moralmente ambivalente por essência³; b) Fenômenos morais são intrinsecamente *não-rationais*, em suma, “Não são regulares, repetitivos, monótonos ou previsíveis de forma que lhes permitisse ser representados como guiados por regras” (1997, p. 16); c) A moralidade é incuravelmente aporética, ou seja, acometida pela incerteza que, tal qual a ambivalência, também lhe é inerente⁴; d) e, por fim, tem-se que a moralidade não é universalizável. (BAUMAN, 1997).

Assim sendo, chega-se aqui a um ponto importante deste início de abordagem: é justamente em torno desta última constatação crítica da moralidade (o caráter não universalizável) que as reflexões a seguir (e primordiais para a abordagem do presente estudo) se pautarão.

Pois bem.

²A **Aporia**, também inerente à escolha moral, segundo Bauman, pode ser definida como “uma contradição que não se pode superar, uma contradição que resulta em conflito que não se pode resolver” (1997, p.13). Dessa forma, por óbvio, não era interessante ao discurso racional e homogeneizado da modernidade a existência de uma escolha moral contraditória ou até mesmo irracional em si; por isso a negação também da aporia. Ao relacionar a temática da aporia moral com os interesses morais impositivos da modernidade, Bauman destaca: “[...] fô a marca comercial da modernidade não admitir que a sorte fosse irreparável. Foi o traço característico da modernidade, talvez o traço que a define, que a aporia tenha sido tida como conflito ainda não resolvido, mas em princípio resolvível, como transtorno temporário, como imperfeição residual no caminho da perfeição, como resto de não-razão no caminho do domínio da razão. [...]A modernidade refere-se essencialmente à solução de conflito, à admissão de nenhuma contradição exceto de conflitos acessíveis à solução e à sua espera”. (1997, p. 13-14).

³ Vide nota nº. 1.

⁴ Vide nota nº.2.

Falar em universalidade (ou discurso moral universalizante) é muito mais do que suscitar a possibilidade de existência de padrões de condutas humanas. A densidade da questão tem gênese no campo filosófico-moral⁵, onde o embate entre universalistas e particularistas é ferrenho.

Neste mencionado campo da filosofia moral, a universalidade era o “traço das prescrições éticas que compelia toda criatura humana, só pelo fato de ser criatura humana, a reconhecê-lo como direito e aceitá-lo em consequência como obrigatório” (BAUMAN, 1997, p. 13).

Zygmunt Bauman, juntamente com Taylor, Rorty, dentre outros pensadores, é representante da corrente de pensamento que trabalha, sob variados aspectos, a individualidade do sujeito social (particularmente considerado) e no âmbito do debate ético critica o universalismo filosófico moral. Em sua obra *Ética pós-moderna*, o sociólogo polonês desempenha críticas diretas às concepções universalistas em capítulo especialmente voltado para o tema ao qual denominou de “*A universalidade ilusória*” e atesta o seu posicionamento crítico durante o desenrolar de toda a obra.

Ao referir-se conceitualmente ao paradigma universal (no plano filosófico-moral em junção com o plano legislativo), Bauman o caracteriza como premissa que acompanha de perto a tão questionada⁶ “natureza humana” ou “essência humana” onde se reflete a intenção de substituir o cidadão autônomo por uma pessoa caracterizada com atributos fixados por leis de incontestável autoridade do Estado unificado e soberano (1999, p. 49). Segundo o autor, falar em universalidade moral (numa realidade social tão heterogênea como a atual) é desde já assumir a “declaração maldisfarçada da intenção de embarcar na Gleichschaltung⁷, numa árdua campanha para amaciar as diferenças e sobretudo para eliminar todas as fontes “selvagens” — autônomas, desregradas e incontroladas — de juízo moral” (BAUMAN, 1999, p. 18).

Durante o momento ideológico em que imperava o discurso religioso, e a consequente divisão moral de proveniência **divina** entre “caminho do bem” e “caminho do mal”, o “agir em consenso” com as

⁵ No plano da filosofia moral, influenciado por uma busca imparcial em relação à justiça e ao bem-estar de todos os indivíduos capazes de agir, o discurso universalizador pode ser resumido como a formação de princípios morais universais e à persuasão dos sujeitos. Tal projeto, na modernidade, em suma, seria o esforço teórico (visto o caráter questionador e pensante da filosofia) em validar os princípios morais e em estabelecer regras de jogo obrigatórias no discurso normativo (SCHWEPPEHÄUSER, G. 2003, p. 393). No entanto, os inúmeros desdobramentos e discursos filosóficos que tocam a filosofia moral não serão aqui objeto de estudo, porém, deve-se salientar que o debate moral na filosofia é questão densa e que divide escolas e opiniões, com diversos fundamentos e argumentações. Logo, não se pode afirmar que o pensamento crítico que aqui será exposto é unanimidade no debate moral/filosófico.

⁶ Um dos árdios combatentes da concepção de natureza humana foi Sartre. O filósofo defende com firmeza o fato do homem apresentar-se como uma escolha a fazer. Num dos pontos centrais da sua crítica, o autor ressalta que a existência humana está fora de qualquer determinismo natural. Em suma, “Não há uma natureza que se anteponha, mas é-lhe dada uma existência específica num dado momento” (1987, p. 25).

⁷ *Gleichschaltung* foi um termo usado pelo Partido Nazista para estabelecer com sucesso o sistema totalitarista sobre as pessoas, assim como um estreito controle pela igualdade de todos na sociedade e no comércio. O objetivo desta política foi fundir um tipo específico de pensamento e doutrina para todos, eliminando o individualismo. (Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Gleichschaltung>. Acesso: 22 de Janeiro de 2012).

delimitações religiosas ligava-se intrinsecamente com a ideia de escolha moral correta (ideia de “bem”) e, em contrapartida, o subjetivismo, o particularismo e uma escolha moral individual (sem qualquer influência coercitiva logo, livre ou até diferente dos padrões) ligava-se com a ideia de mal.

Ademais, na modernidade, já com a legislação como instrumento, a relação não foi diferente. Advém, portanto, deste período, o ato soberano (opinitivo por parte dos estes⁸ modernos do poder) de **qualificação da ação humana** onde o homem, sob os atentos e classificativos olhos externos, escolhe se procura construir seu mundo segundo formas de universalidade ou se precipita no abismo da particularidade (GÓES, 2003, p.86). De fato uma escolha delicada (num mundo de pressões) e que coloca em debate exatamente a questão da liberdade (moral) individual.

No entanto, pelas concepções Baumanianas, agir moralmente não relaciona-se com fazer o bem ou fazer o mal (o dito “abismo”), agir moralmente é unicamente ter uma escolha, é desenvolver as particularidades é valer-se de sua *responsabilidade moral*. Agir pelas diretrizes da responsabilidade moral é o que o sociólogo polonês toma como essencial para se vencer a ilusão universal da modernidade, é a inerência individual mais cara e valiosa ao cidadão.

A responsabilidade moral é a mais pessoal e inalienável das posses humanas, e o mais precioso dos direitos humanos. Não pode ser eliminada, partilhada, cedida, penhorada ou depositada em custódia segura. A responsabilidade moral é incondicional e infinita, e manifesta-se na constante tortura de não se manifestar a si mesma suficientemente. A responsabilidade moral não busca resseguro para o seu direito de ser ou para escusas do seu direito de não ser. Está aí antes de qualquer resseguro ou prova e depois de qualquer escusa ou absolvição. (BAUMAN, 1997, p. 285).

Sendo assim, atualmente, em nosso contexto social pós-moderno (onde a globalização⁹ impera como viga mestra da quebra de vários paradigmas de cunho sócio-econômicos e políticos) a universalidade moral, segundo Bauman, é uma proposta inviável. A tentativa de ligar moralidade com normas universais de conduta, não passa da tentativa de legitimação do *ato estatal* de fazer julgamentos morais com autoridade. Diante de tal constatação, que o sociólogo polonês questiona: porque o homem (eu moral) deve admitir o “direito” da Lei do Estado definir sua essência? O sociólogo também nos faz refletir criticamente

⁸ Falou-se em “entes modernos” justamente porque neste contexto acima mencionado não mais se enquadrava os ditames da Igreja. Portanto, o discurso religioso era (ou deveria ser) pano de fundo da era que denominou –se era da lei.

⁹ Em que pese a globalização não ser o tema central do presente estudo, convém pontuar que Bauman traz em sua reflexão sobre a ética pós-moderna a interessante argumentação crítica de que o discurso universalizante tem patamares locais (perante o Estado que o impõem) e global (de um estado-nação para com o outro, na busca por uma convivência global aceitável). Ou seja, “da mesma forma como se modela a imagem de normas morais universais para uso doméstico segundo o padrão da lei universal promulgada pelas autoridades do estado, visualiza-se a universalidade moral supra-estatal à semelhança de relações internacionais: como o precipitado de diplomacia, barganhas, busca de pontos de consenso, genuínos ou fictícios, o que se combina como verdadeiramente universal no fim”.(BAUMAN, 1997).

ao suscitar porque deveríamos “aceitar o convite a se confinar no molde da cidadania modelado pelo estado?”. (1997, p. 50).

De fato, não há como responder a tais questionamentos sem se ter em mente a complexidade inerente a nossa atual sociedade, que tem em seus habitantes (seres de moralidades¹⁰ heterogêneas) o principal reflexo comprobatório do projeto ilusório e impositivo de um discurso moralizante e elitista que é a universalidade.

Portanto, busca-se com a universalidade um intento que por si só já é paradoxal, ou seja, busca-se levar a moral para ao âmbito coletivo, justamente ela que jamais poderá ser tomada como tal por ser intrinsecamente individual. Assim, segundo a base teórica da presente exposição, a moralidade não pode ser calculável e sequer ser exaurida em regras impessoais (tal qual se quer com o discurso universalizante), justamente por ser esta moralidade intrinsecamente pessoal (subjetivamente particular), não-racional, aporética e ambivalente, consoante já trazido para o âmbito da reflexão.

1.3 ERVAS DANINHAS DE UM ESTADO JARDINEIRO

A fixação da lei como principal meio de padronização moral foi um marco no modo de ver as ações dos sujeitos morais. Com tal transição, o respeito à legislação impositiva era o que mais importava (tal realidade se deu com a clara influência do paradigma da racionalidade positiva). A relação entre escolha moral boa (dentro dos padrões) ou ruim (fora dos padrões), e as suas respectivas consequências, divide cadeira com a ordem social e a disciplina, onde o simples de fato respeitar a lei imposta já era suficiente para delimitar os atos corretos ou não.

Logo, a inicial desconfiança (e medo) acerca da plena liberdade moral (desconfiança esta refletida em julgamento moral-universalizante estatal) é adicionada à própria negação da liberdade moral. Conforme expõem Bauman (1997, p. 83): “a pessoa moral foi tirada do cabide das emoções autônomas só para colocar a couraça das regras heterônomas [heteronomia aqui justamente no sentido Kantiano de sujeição, submissão à vontade criada em normas por terceiros, externos ao sujeito (KANT. 1999)] A busca que começa com a descrença na capacidade moral do eu termina na negação do direito do eu fazer juízo moral”.

Diante disso, o Estado acaba por desempenhar, conforme salienta o sociólogo polonês, o seu papel de *jardineiro*, ou seja, cultivando as flores – bonitas aos seus olhos – e que lhe interessam, e, em

¹⁰ O plural é proposital, justamente porque, em tal contexto, referir-se à moralidade (no singular) liga-se com universalidade moral, o que não é o intento do estudo, já que estamos aqui a criticá-la.

contrapartida, eliminando as ervas daninhas que incomodam os intentos de “ordem” e previsibilidade social que tanto almeja.

O mencionado autor, em seu aclamado “*Modernidade e ambivalência*”, faz a relação da exigência por uma dita “ordem” proveniente do pensamento moderno com o estereótipo de jardineiro desempenhado pelo Estado (1999). Tal estereótipo advém desde o paradigma científico e biológico que influenciou torpes movimentações estatais a favor da eugenia social, tais como o nazismo e, junto deste, a mobilização científica nociva que provocou, na medida em que tomava como *ervas daninhas* sociais não só judeus, mas também deficientes, débeis, dentre outros. Tal pensamento, com a “evolução” da busca pela ordem social moderna transfere-se não somente para questões genéticas ou corpóreas mas invade os aspectos (e atores) socialmente consideráveis dando vazão à políticas de extermínio de ervas daninhas que envolviam agora também atores protagonistas de mazelas sociais, tais como os criminosos, bêbados, viciados em drogas, pervertidos morais, dentre outros¹¹ (BAUMAN, 1999, p. 44). Era a pura e cristalina engenharia social.

E este é justamente o ponto de encontro entre as críticas até aqui traçadas ao universalismo moral e a análise criminológica que aqui será proposta. A individualidade que deveria ser inerente ao indivíduo encontra-se presa na camisa de força da imposição moral normativa (e o pior: em casos que utilizam o extremo direito penal para tal intento) e, por sua vez, a “liberdade do sujeito livre” torna-se cada vez mais um paradoxal utopismo (frente à realidade universalista e impositiva de poder) do que uma redundante (porém positiva) constatação.

Neste alvitre, é com a liberdade individual em xeque e os discursos impositivos “morais-penais” à tona que a realidade do sistema penal não pode ser outra: o caos das diretrizes que dificilmente serão cumpridas e o terreno das falácias ilusórias. É sobre este ponto que se passa a discorrer neste momento.

2 DIREITO PENAL E MORALIDADE: AS DISCUSSÕES ADVINDAS DO ILUMINISMO CRIMINAL FINDARAM? A REALIDADE DO ORDENAMENTO BRASILEIRO SOB O ENFOQUE GARANTISTA

¹¹ Bauman toma como exemplo os Estados Unidos para atestar os reflexos de políticas de “jardinagem” e eugenia no âmbito legislativo penal (quando os reflexos da escola positiva da criminologia, ainda surtiam efeitos). Reflete o sociólogo que “a deficiência genética, manifestada no crime e na idiotia, tornou-se – seguindo os grupos de pressão ou aconselhamento científicos – razão legítima para a esterilização compulsória nos estados de Indiana, Nova Jersey e Iowa (onde as leis estatais visavam criminosos, estupradores, idiotas, débeis mentais, imbecis, lunáticos, bêbados, viciados em drogas, epiléticos, sífilíticos, pervertidos morais e sexuais e pessoas doentias e degeneradas). Ao todo, vinte e um estados adotaram entre 1907 e 1928 leis eugênicas de esterilização. (BAUMAN *apud* RICKS, 1999, p. 45).

Traçada toda a essência crítica acerca da imposição moral universalista, a pergunta que não cala: E o que o direito penal tem a ver com tais asserções críticas? Conforme já adiantado, senão tudo, o bastante para que as atenções sobre tal relação aqui se recaiam.

Ora, os pontos que acima foram traçados não só tangenciam a questão penal como a ela se referem expressamente. Isto porque o direito penal é delimitado em lei, assim como a universalidade passou a ser, sendo exatamente a lei o principal instrumento de legitimação das diretrizes morais universais. Mais do que isso, outro ponto intrínseco de ligação entre a proposta universalizante e o direito penal, é o caráter de coerção inerente às propostas de ambos e que faz com que, não raras vezes, o último seja instrumento capaz de enfiar “goela a baixo” as delimitações homogêneas da primeira.

No que se refere à questão moral, a discussão não é diferente. O direito penal ainda é usado para legitimar um discurso moral dominante (por mais que esforços teóricos condizentes com a democracia e os princípios penais lutem a anos em combater tal relação). Logicamente, não deveria ser assim. Tracemos as constatações de cunho penal que se relacionam com os apontamentos críticos acerca da universalidade moral e que acima foram destacados.

2.1 DO ILUMINISMO CRIMINAL AOS REFLEXOS DA DISCUSSÃO MORAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DA LIBERDADE E DA TOLERÂNCIA

Tal qual explicitado acima, desde os primórdios punitivos, a religião influenciou determinantemente as concepções acerca da moral e, por via de consequência, os ditames do que era considerado ato ilícito penal. Portanto, é cediço, que por muito, direito penal e religião e, da mesma forma, direito penal e moral, caminharam intrinsecamente unidos. Tal ligação (dotada de uma violência punitiva extrema) passa a ser questionada no Iluminismo, mais especificamente pelo o que se denominou *iluminismo criminal*.

Período onde a primazia da razão e do sujeito, enquanto ente subjetivo detentor de direitos, foi enaltecida; o iluminismo criminal destacou-se como momento evolutivo em que a arbitrariedade da justiça criminal (seja pela crueldade das penas ou pela falta de delimitação clara, expressa e prévia dos crimes) foi questionada e os limites ao *ius puniendi* foram pretendidos, bem como o nascedouro do conceito material de crime foi revestido. (CUNHA, 1995, p. 28).

No que aqui nos interessa, a questão moral, e em que pese as diferenças das concepções do iluminismo criminal com a atual evolução do tratamento do que vem a ser considerado crime¹², é deste

¹² No que tange às características do iluminismo criminal, em que pese a sua importância embrionária no modo de se pensar os excessos no *ius puniendi* e apesar de inaugurar importantíssimos e até hoje atuais desdobramentos teóricos no que concerne as

iluminismo criminal que advém a máxima da separação entre o direito penal e as questões que não externavam real dano condizente com a condição extremista de coerção em que alocava-se o âmbito criminal eis que “*identificou-se o crime com a necessária lesão de um direito subjetivo do indivíduo (...) pretendendo-se expurgar do Direito Criminal a punição de condutas que fossem apenas moralmente reprováveis ou contrárias à religião e que não causassem um dano direto a pessoa em concreto*”. (CUNHA, 1995, p. 29. Grifos nossos). Embrionariamente, advém daí, portanto, as distinções entre crime e pecado, crime e imoralidade, enaltecendo-se a influências do poder político e da razão humana em face da lei divina e das regras predominantemente pré-estabelecidas de conduta.

Com a evolução da concepção de bem jurídico penal, a questão da moralidade e sua separação do âmbito criminal volta ao debate, agora – conforme contextualizado – como premissa básica de um Estado Democrático, já que liga-se com conceitos (vigas principiológicas mestras) de um Estado Constitucional que deve respeito ao pluralismo inerente à sociedade. São eles: a liberdade e a tolerância.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha (1995, p. 136-137), em dissertação publicada pela Universidade de Coimbra (*Constituição e Crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*) trabalha de maneira ímpar essa interligação entre a expurgação de discussões morais do âmbito penal e as diretrizes de um Estado Democrático (e pluralista). Dentre estas premissas, a autora trabalha o respeito às liberdades exercido pela tolerância e a prejudicialidade da existência de imposições morais dominantes sob a bandeira coercitiva penal:

Do princípio da liberdade e da tolerância – da máxima liberdade individual compatível com a liberdade alheia e, assim, da máxima tolerância compatível com uma vida em comum – decorre a exclusão da legitimidade do Direito Penal para tutelar valores puramente morais, religiosos ou ideológicos (em si por si mesmo considerados) cujo desrespeito não cause verdadeiros danos sociais; para tutelar meras intenções não exteriorizadas em fatos, cuja punição redundaria numa intromissão da liberdade de consciência individual, [...] numa sociedade democrática, pluralista e compromissória, estas condições não se podem identificar com aqueles valores puramente morais ou ideológicos.

Portanto, atualmente, num contexto democrático e pluralista, os esforços devem recair sob a legitimação de um direito penal **tolerante**, no sentido puro de um instrumento respeitador das liberdades individuais. Tal premissa – após as evoluções paradigmáticas penais e após o enfrentamento do cinzento período do domínio da lei, onde era crime o que a lei determinava – encontra-se hoje chamada a assumir um caráter ainda mais compromissório já que tem por de trás a Constituição (e a concretude com que esta defende a liberdade) bem como a opção, também constitucional, por um Estado democrático.

reflexões do que punir, convém pontuar que muitas destas características não perduraram, tendo em vista a evolução teórica das concepções acerca do bem jurídico, temática esta bastante polêmica e que ainda rende drásticas e sérias discussões no âmbito científico penal.

Assim sendo, numa democracia, falar em tolerância, inevitavelmente, é trabalhar com o absoluto respeito às liberdades, o que naturalmente vincula o âmbito criminal. Se diz respeito absoluto, pois enquanto a conduta do indivíduo não atinge de forma direta e concreta direito (essencial) alheio “sua liberdade é e deve ser sempre absoluta” (KARAM, 2009, p.6).

Do mesmo modo, fala-se em modelo estatal pois é dessa escolha que decorre o modo em que os meios coercitivos estatais (dentre eles o mais grave: o direito penal) são trabalhados e limitados. Evidente que o Direito Penal de um Estado Totalitário não poderá ser o mesmo que o de um Estado Democrático; no primeiro, se tenderão a impor padrões de comportamento mesmo que sejam de nível ideológico e moral; já no segundo, a palavra de ordem será o respeito ao pluralismo e a tolerância, ambos compatíveis com a preservação das condições essenciais de sobrevivência social e de dignidade humana. E é deste contexto democrático que advém a expurgação de crimes com viés religioso, moral e, em alguns casos, até políticos.

Logo, conforme enfatiza Maria Lúcia Karam (2009, p. 6), uma conclusão adequada ao modelo democrático enaltecido por opção constitucional não pode ser outra: “no Estado de direito democrático, a liberdade é um valor insubstituível. O reconhecimento da liberdade do indivíduo como valor fundamental é inseparável do reconhecimento de sua dignidade”. Tem-se, portanto, que enaltecer a liberdade individual, dentre tantos desdobramentos, é abominar o sistema penal norteando questões de cunho moral.

Da mesma maneira, e também trabalhando tais concepções, Cunha (1995: p. 139) é categórica ao concluir em sentido convergente que “esta distinção entre Direito e moral, com importantes consequências em sede de despenalização, imposta pelo mandato de tolerância, é co-essencial a um Estado democrático e seus princípios fundamentais”.

Ademais, algo que deve ser devidamente esclarecido, é que não se nega que lesões a bens jurídicos essenciais tais como a vida, a integridade física, a propriedade, por ex., tangenciam-se por um torpor social-interpretativo que nos guia a pensar (cada qual com sua consciência) que tal conduta, além de criminosa, também foi imoral. No entanto, tal pensamento deve ser exercitado com cautela pois de fato tais esferas tocam-se mas não podem ser passíveis de confusão.

Tanto é, que Ferrajoli (2006, p. 204) corrobora o mesmo alerta quando esclarece que

“as vicissitudes do direito penal e da cultura penalística são, seguramente, as mais reveladoras, seja porque neste campo o conflito entre o poder estatal e direitos fundamentais é mais direto do que em outros setores do ordenamento, seja porque **nele é mais estreito o relacionamento entre direito e moral e maior a tentação de confundir as duas esferas**” (Grifei).

Dessa forma, tem-se que a imoralidade (hegemonicamente considerada) até pode ser interpretada como uma condição necessária à prática de um delito, no entanto, nunca pode ser considerada isoladamente para fins de coerção penal.

Sobre este ponto, convém novamente valer-nos das lições de Ferrajoli já que este ressalta que a imoralidade “jamais [pode ser tomada] por si só suficiente para justificar politicamente a intervenção coercitiva do Estado na vida dos cidadãos”. (2006, p. 207). Precisamente porque, e continua o mestre italiano, “o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros”. (2006: p. 208).

A propósito, o que aqui se combate, e que em contrapartida não condiz com o Estado Democrático (ciente do pluralismo social e de sua função tolerante em respeito às liberdades individuais), é a tutela penal (impositiva) da moralidade, exclusiva ou predominantemente considerada.

Portanto, diante das considerações expostas neste tópico, a “equação” a que se pode chegar não passa nem perto de ser complexa. Vamos a ela: Se o direito penal (desde a gênese teórica do iluminismo criminal) não caminha perto das disposições morais, se o Estado em que vivemos, por escolha e determinação constitucional legítima, é o Estado Democrático, se este modelo de Estado prima pela autonomia individual enquanto efetivação da liberdade e o respeito ao pluralismo, e se estes valores, por sua vez – considerando, no âmbito penal, a escala de prioridades de um Estado Democrático – prevalecem quando contrapostos com o discurso moral dominante; logo (como resultado) é incabível (em prol de uma universalidade tão questionável – tal qual se expos acima) a tutela penal de delitos que dizem respeito exclusivamente à moral e aos “bons”¹³ costumes.

Simples? Ledo engano.

A referida “equação” cai por terra quando a confrontamos com a atual realidade do ordenamento brasileiro no que tange à permanência de tutela penal em tipos que não protegem nada mais do que a exclusiva moralidade (transviada em “bons costumes”, “ordem pública” ou até “moralidade sexual”) na mera ilusão de se achar que o intérprete – e nesta classificação enquadram-se não só os profissionais do direito, mas sim todo cidadão – pode vir a ser alienado o suficiente para não perceber a maquiagem.

Deste modo, no que tange à moralidade e, em nosso contexto, o discurso **universalizante** da moral, as garantias acima referidas inerentes ao Estado Democrático ainda buscam efetivação. Abaixo passa-se a explicar empiricamente o porquê, tomando como exemplo o caso da “moralidade sexual”.

¹³ É muito questionável atribuir juízos de valor quando se está a trabalhar a questão moral, justamente porque o que se toma hoje majoritariamente como bom pode não passar de um discurso hegemônico social que não pode (ante à atual complexidade da sociedade) e nem deve ser tomado como indiscutível, ou verdade posta, já que o bom ou mal para qualificar-se como tal dependem essencialmente dos olhos de quem os vê.

2.2 A TUTELA PENAL MORAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. A REALIDADE ATUAL EM CONTRAPONTO COM AS PREMISSAS GARANTISTAS: **O caso da moralidade sexual.**

Quando nos deparamos com o Supremo Tribunal Federal, em pleno ano de 2011 e em plena democracia, pluralismo e heterogeneidade social, afirmando (por unanimidade) que “*No crime de manter casa de prostituição, [...] os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade*” (HC nº. 104.467, Relatora: Min. Carmén Lúcia. Sem grifos no original)¹⁴; definitivamente somos levados a crer, sem sombra de dúvidas, que as discussões advindas embrionariamente desde o longínquo iluminismo criminal realmente não findaram.

As constatações que podem ser retiradas da referida (e surpreendentemente recente) manifestação do Pretório Excelso, são muitas e, sem sombras de dúvida, não são condizentes com as diretrizes principiológicas garantistas (de efetivação e resguardo dos direitos fundamentais), tão pouco com as diretrizes de um direito penal (lei) inserido numa realidade pós-moderna – no sentido de negação da universalidade, tal qual esclarecido no início da exposição, mediante as reflexões de Zigmunt Bauman.

Apenas para fins de elucidação, o delito a que se refere o julgado em comento, art. 229 do Código Penal, denominado “*Casa de Prostituição*”, criminaliza a seguinte conduta: “*Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente*”.¹⁵ Pensemos em tal dispositivo inserido em nossa realidade social. É inevitável não culminar de forma conclusiva na incoerência deste preceito penal com as diretrizes criminais, e garantistas, de um Estado Democrático, mantenedor de uma sociedade pluralista.

Conforme-nos. Por mais que ela incomode aos barões da moral dominante que se autointitulam pertencentes às famílias (futilmente) tradicionalistas da sociedade, a prostituição sempre existiu e sempre existirá e seu exercício é, por si só, manifestação da liberdade corporal, da autonomia individual e do livre

¹⁴ Toma-se o inteiro teor da ementa do acórdão do julgado citado: “EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. 1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a **moralidade sexual** e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. 3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. Habeas corpus denegado.

¹⁵ Convém pontuar que esta é nova redação do dispositivo que antes (até 2009) figurava com a seguinte redação “*Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente*”. Portanto, nota-se que “casa de prostituição” foi trocado por “estabelecimento” e “encontros para fins libidinosos” foi trocado por “exploração sexual”. Mais uma maquiagem legislativa que no final das contas não retira o estrito caráter moral da norma.

arbítrio, ambos inerentes à moralidade individual e que em nada convergem com a intragável moralidade pública e universal.

Guilherme de Souza Nucci, ao analisar o tipo em comento foi elucidativo em sua conclusão pois a prostituição “não constituindo delito, de nada importa existir uma infração penal, pretendendo punir o dono de um lugar onde ocorra ato não criminoso”. E continua o autor, ao manifestar sua indignação, fazendo coerente relação da prostituição com a corrupção: “Se a prostituição é prática imoral, lembremos que a corrupção também é, aliás, além de imoral é crime. E não consta existir tipo penal punindo quem mantenha estabelecimento onde ocorra corrupção” (NUCCI, 2009, p.80). O tipo penal, não coerente com a atual conjuntura evolutiva do direito penal, nada mais faz do que tutelar, errônea e exclusivamente, a moralidade.

A propósito, convém ainda ressaltar, conforme menciona Renato Marcão (2011), que “Há que se buscar um sistema de regulamentação criminal menos hipócrita possível, onde não exista espaço para a proteção de valores puramente morais”. Isto porque, anuir com um sistema penal que ainda se vê a tutelar exclusivamente, tal qual se referiu o STF, a moralidade sexual e os bons costumes é “sugerir uma sociedade completamente intolerante (o que poderia legitimar a proibição penal da troca de casais, por exemplo), ou seja, é não avaliar que resulta muito duvidoso que seja plausível o recurso a um consenso social sobre a moral e os bons costumes em uma sociedade pluralista e complexa como a atual”. (DE BEM. 2011, p. 8).

Atualmente, inúmeros são os locais e estabelecimentos **onde ocorrem** a prostituição e que nem de longe podem ser tomados como casa de prostituição¹⁶. Exemplos claros são os hotéis, motéis, pensões, boates, cinemas temáticos (sim moralistas, os fetiches existem), estes nada mais são do que locais onde uma atividade lícita pode ocorrer. Há nisso algum problema que reclame a intervenção penal? Não se enxerga nada mais do que uma tentativa moralizante de universalizar o que não se universaliza.

Padronizar moralmente (mediante um discurso que hoje prevalece mas que num futuro não tão distante poderemos rir dele) homens e mulheres livres sexualmente (para atos, ações e manifestações) é não admitir que cada um tem a sua liberdade e autonomia individual.

Para os ainda adeptos [retrógrados] da moral religiosa¹⁷, o máximo de depreciativo que se pode ter em mente diante de um caso como este é que “a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para

¹⁶ Sobre esta constatação, valem as reflexões de Hélvio Simões Vidal ao analisar o referido tipo penal: “Veja-se que na estrita concepção normativa, está vedada a manutenção de **qualquer lugar** destinado a encontros libidinosos. Esse, irrefutavelmente, deveria ser o caso dos motéis. Porém, os tribunais brasileiros, ao serem confrontados com o problema penal, de forma mais ou menos uniforme, deixam de aplicar o comando legal [...]”. (2007, p. 463).

¹⁷ Sabe-se que o direito penal tutela em nosso ordenamento o respeito às religiões e seus cultos, bem como as cerimônias que lhe são adjacentes como o velório, enterro, etc. No entanto, não é a intenção do presente estudo fazer uma ponderação de valores nesse sentido. Já que não é o tema central do debate. Remete-se o leitor para as concepções de CUNHA “*Constituição e Crime*” (1995) ao debater a questão em contraponto com os postulados de Roxin. (p. 138/144).

o inferno à sua própria maneira” (DIAS; ANDRADE *apud* MORRIS; HAWKINS. 1997, p. 405). E ponto final.

A tentativa de educar, mediante coerção penal, os homens “mundanos” que subvertem (tal qual numa ditadura) a moralidade sexual é intenção estacionada num passado muito distante, *pretérito* este (não outro que não o *imperfeito*, diga-se de passagem) que é *presente* somente para aqueles que produzem a legislação penal, para quem, inclusive, a realidade parece estar distante.

Tomar como pública ou de interesse geral algo que por si só é intrinsecamente individual é uma afronta ao Estado de Direito que se diz democrático, tolerante e pluralista.

Tomou-se como exemplo de tutela da moralidade sexual o delito de *Casa de prostituição* por ser este mais elucidativo, no entanto, a maioria dos tipos penais constantes nos capítulos V e VI (capítulos que tratam mais expressamente desse tipo de moralidade) pertencentes ao Título que trata dos *Crimes contra a Dignidade Sexual* no Código Penal são passíveis de críticas.¹⁸ E tais críticas podem ocorrer das mais variadas formas possíveis. Isto porque, os tipos advindos dos capítulos citados ainda trazem consigo conceitos como “*induzir*” (à lascívia ou a prostituição), “*facilitar*” “*ato obsceno*”, “*escrito obsceno*”. E o pior: tais conceitos são elementares típicas de alguns dos crimes dos referidos capítulos.

Numa discussão moral, tal qual travada aqui, o que vem a ser *escrito* ou *ato obsceno* não passa de uma discussão antiga na doutrina penal (pobre e meramente manualística) onde dificilmente se afasta a conceituação de tais elementares da influência das diretrizes da moral impositiva e dominante. O mínimo esforço que deveria ser feito, para uma aproximação ao menos teórica para com o Estado Penal minimalista seria reconhecer a dificuldade (para mim, impossibilidade) de se definir tais conceitos diante de uma sociedade tão mudada e pluralista como a atual, em plena era das redes sociais, onde a liberdade multiplica-se¹⁹.

Sem qualquer insinuação de cunho moralista ou de juízo de valor acerca de um discurso que tende a predominar, o que está longe de ser a intenção do presente trabalho, a crítica à elementar típica “*induzir*” de forma ainda mais elucidativa ganha relevo quando percebemos que por mais que haja qualquer indução

¹⁸ Os capítulos mencionados nomeiam-se, respectivamente, “Do Lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual” (capítulo V) e “Ultraje ao pudor público” (capítulo VI). No que toca à nomeação de todo o título (Crimes contra a dignidade sexual) convém mencionar que antes de 2009 tal título denominava-se “Crimes contra os costumes”. Um aparte: Costumes de quem? Tal concepção nada mais é do que mais uma noção universalizante que por tempos habitou e habita nossa realidade penal. Nega-se veementemente no presente trabalho qualquer inclinação que tenda a aceitar que “bons costumes” possam ser chamados de “bem jurídico” penal.

¹⁹ Com um simples “passar” pelo facebook durante apenas 1 hora de um único dia é possível avistar no mínimo uma dúzia de manifestações de cunho sexual (algumas com fotos e outras não) mas que só fazem reafirmar que a sociedade evolui mas o código penal (estacionado na década de 40) e o direito penal (estacionado em “tício e mélvio”) não.

esta será sempre subsidiária quando comparada com a escolha moral **feita por um adulto**²⁰ (entre prostituir-se ou não) que por si só já é individual, e ressalte-se, além de individual é **lícita**. Tal “indução”, por terceiro, é posta em xeque quando deparamo-nos com o conteúdo televisivo, virtual, dramaturgicamente e cinematográfico que há muito não tem pudor em mostrar a realidade dos “prazeres das lascívia” ou do “submundo” da prostituição (às vezes com ênfase para suas vantagens e retornos) e nem por isso tornam-se condição essencial para induzir qualquer pessoa a prostituir-se. A indução é uma lenda assim como também o é a inocência do “induzido” que se deixaria influenciar por algo que predominasse mais do que a sua própria escolha individual de utilizar-se de seu corpo como bem lhe apetece.

Nucci (2009, p.74) inclusive, coerentemente, vai mais além e critica todo o delito de favorecimento à prostituição (*art. 228 - Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone.*), abrangendo em sua crítica todas as elementares verbais (ações) e não só a elementar “induzir” além de atentar para a agressão à princípios basilares penais. Nas observações do penalista:

[...] perdeu-se a oportunidade de extirpar da legislação penal brasileira esse vetusto e desacreditado crime. O favorecimento da prostituição é basicamente inaplicável, **pois envolve adultos e, conseqüentemente, a liberdade sexual plena**. A prostituição não é delito e a atividade de induzimento, atração, facilitação, impedimento (por argumento) [não violência] ou dificultação (por argumento) também não têm o menor sentido constituir-se infração penal. **O mais (prostituição) não é crime; (dar ideia ou atrair à prostituição) formalmente é. A lesão ao princípio da intervenção mínima e, por via de consequência, à ofensividade, torna-se nítida.** (Grifei).

A existência (no mundo penal) da dita moral sexual nada mais é do que mais uma imposição (dentre tantas que pairam o universo penal); nada mais é do que uma tentativa de buscar-se dar ao direito penal um viés pedagógico que ele não tem e nunca terá. Logo, é mais do que certo que “não será legítimo corrigir moralmente por meio da autoridade [penal-coercitiva] pessoas adultas, mesmo que se entenda serem incultas e moralmente imaturas [ou reprováveis]” (CUNHA *apud* ROXIN, 1995, p.144).

2.3 ESTACIONADOS NO PASSADO

Convenhamos, as discussões amadurecem, a sociedade e as relações sociais passam a caminhar ao lado da complexidade, e somente o código penal brasileiro permanece estacionado na primeira metade do século passado (entre delitos ditatoriais, impositivos, absurdos e até cômicos). Numa análise séria, centrada

²⁰ Refere-se direta e exclusivamente para a condição da maioria pois é justamente essa a situação do delito de favorecimento à prostituição (art. 228 do CP). Quando o favorecimento envolve crianças a situação é completamente diferente, pois a liberdade sexual individual ainda não pode ser considerada em sua completude. Além do mais, há um tipo específico (art. 218-B) que trata da inclusão de vulneráveis no mundo da prostituição que não está aqui sendo objeto de análise.

à uma realidade penal condizente com os direitos e garantias fundamentais e aos preceitos do direito penal pós-moderno (pertencente a uma sociedade de mesma característica) democrático e garantista, muitos seriam os delitos que seriam expurgados do Ordenamento.

Há uma premissa basilar que no contexto brasileiro ainda não foi considerada: Reforma constitucional (ainda mais tão bruta como ocorreu em nosso contexto) requer reforma penal! Maria da Conceição Ferreira da Cunha, citando o penalista Vives Antón, demonstra como no contexto por ela analisado, tal máxima deve ser respeitada:

O poder punitivo do Estado exerce-se para lograr certos objetivos (que dependem da estrutura e fins que a comunidade política se atribua), e com sujeição a certas limitações de forma e conteúdo. A Constituição, direta ou indiretamente, fixa esses objetivos e essas limitações. De modo que **uma mudança Constitucional profunda não pode deixar de repercutir no Direito Penal, inclusivamente se ainda não se concretizou numa reforme de Código.** (DA CUNHA *apud* ANTÓN; 1995, p. 133. Sem grifos no original).

Não é preciso ir longe para encontrar em nosso contexto criminal crimes (e contravenções) que sequer consonância constitucional possuem. No **aspecto moral**, que aqui nos interessa, apenas à título de exemplo, a vadiagem (claro direito penal do autor) permanece em pleno vigor (art. 59 da Lei de Contravenções Penais)²¹, o ato “imoral” de “focar” um segredo ainda é punido com detenção (art. 153 do Código Penal), a receptação qualificada culposa é muito criticável enquanto delito já que, ao nosso ver, o viés moral é predominante para mantê-la em vigor (art. 180, §3º do Código penal), a moral sexual e os bons costumes como bem jurídico (conforme trazido no julgado acima) é algo intragável, a bigamia (art.235 do CP) ainda é assunto penal e há bem pouco tempo atrás (2005) o adultério ainda o era, o charlatão ainda existe (art. 283), etc. dentre tantos outros exemplos²².

Assim, a ressalva é válida: as tentativas de coerção penal sob o manto subjetivista nada mais são do que um dos substratos de uma tentativa que também é falha; qual seja, buscar com o direito penal a transformação social e a emancipação dos indivíduos. Fantasia. Aos hoje “imorais”, alguém perguntou se estes não querem permanecer como estão?

²¹ Citando como exemplo a vadiagem, o criminalista capixaba e talentoso escritor, Felipe Knaak Sodré, cita em sua primorosa obra “*Direito Penal e a vingança do leopardo*” o caso do repórter da Rede Bandeirantes que, fantasiado de mendigo, foi preso por ser vadio e estar “perturbando o sossego” em uma cidade do interior de São Paulo. (2011, p. 58). A matéria pode ser acessada no seguinte endereço virtual: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u646155.shtml>.

²² Sabe-se que em nosso Ordenamento os delitos inúteis (e contrários a uma série de princípios penais) formam uma lista densa. No entanto, na pequena exposição exemplificativa acima tomou-se apenas alguns que denotam, em nossa visão, caráter primordialmente moral para que permaneçam sob a tutela penal. O que não quer dizer que não se reconheça aqui o quanto criticáveis são a grande maioria dos nossos delitos ambientais, consumeristas, empresariais, tributários, econômicos, autorais (direitos autorais), etc. Porém, optou-se aqui em dar ênfase ao aspecto moral em interligação com os delitos mencionados. Mas a constatação de que uma série de atos, pelos mais variados motivos principiológicos, não deveriam ser tomados como crimes, nas mais diversas searas, é um fato notório para quem, minimamente, considera as diretrizes garantistas.

Atento á máxima garantista de que “um fato não deve ser proibido se não é, em algum sentido, reprovável; mas não basta que seja considerado reprovável para que tenha de ser proibido”, Ferrajoli, analisando o contexto italiano, chega à mesma conclusão quanto a distância necessária (porém não respeitada na realidade) entre esfera a jurídico-penal e o campo da personalidade (moralidade), quando expõe (2006: p. 422-423):

Uma vez reconhecida a autonomia entre as duas esferas valorativas, pode-se, por exemplo, considerar que são imorais as normas que, no nosso ordenamento, castigam a mendicância ou o exercício abusivo de trabalhos ambulantes; e pode-se admitir, sem grande dificuldade, que muitos dos fatos previstos como delitos nos Códigos Penais – é o caso dos delitos políticos ou sindicais – são impostos ou “justificados” por razões políticas ou morais.

Ademais, retornando ao contexto brasileiro, um exemplo que não poderia deixar de ser mencionado é o **uso** de drogas – que pode ser tomado como um dos principais e mais polêmicos – já que o repúdio moral (dominante) a esta prática ainda é figura essencial para a manutenção de sua criminalização²³.

Vale salientar, especificamente no que diz respeito ao uso de drogas, que as críticas moralistas dominantes que envolvem a discussão, se não protagonistas, foram o pano de fundo que travestiu a livre manifestação da “marcha da maconha” em falso crime de apologia e assim precisou-se fazer a discussão (a nosso ver, além de técnica, moral) chegar ao Supremo Tribunal Federal (ADPF nº. 187). A intenção coercitiva dos detentores do discurso dominante (de reprimir o discurso minoritário dos manifestantes) foi posta à prova no referido julgamento.

De qualquer modo, por mais que a discussão central do julgado seja a livre manifestação de pensamento, convém pontuar que a questão moral não se separa deste debate. Isto porque, é justamente na interpretação de um discurso minoritário que os agentes da moral tida como dominante (personificada nos mais variados escalões do poder público) acabam por julgar tal discurso como imoral e tomam tal circunstância essencial para reprimi-lo. Por isso, dois pontos que foram abordados no voto do Ministro Celso de Mello (relator da ação) quando do referido julgamento merecem relevo.

O primeiro ponto é o caráter contramajoritário²⁴ dos direitos fundamentais, característica essencial de um Estado Democrático que pretende igualar o tratamento aos cidadãos mesmo tendo consciência que a

²³ Fala-se que a predominância para ainda existir a criminalização das drogas é moral pois todas as substâncias psicoativas, **inclusive as lícitas**, podem causar danos – dependendo da forma de como forem usadas. Dessa forma, é mais do que óbvio que não é aí que estaciona-se o argumento para a manutenção de tal criminalização no Ordenamento brasileiro (é mais uma falácia, dentre tantas que aqui se apresentam).

²⁴ Contextualizando tal temática, merece destaque o parecer da Procuradoria da República que em mesmo julgamento, atentando-se para as lições de Ronald Dworking, explicita a busca pelo ideal igualitário de tal mandamento. Trecho que também foi destacado pelo Min. Celso de Mello em sua exposição:

hegemonia grupal governamental, econômica, cultural e política existem. Sobre este ponto, expressou o decano do Egrégio STF:

[...] **ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República, **cujo texto** confere, *aos direitos fundamentais*, **um nítido caráter contramajoritário**.

É evidente que o *princípio majoritário* **desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício do direito de reunião e da liberdade de expressão **(e, também, o do direito de petição)**, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

Desse modo, e para que o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente conceitual ou simplesmente formal*, **torna-se necessário assegurar**, *às minorias*, **notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção**, são assegurados.²⁵ (Grifos no original).

O segundo ponto que merece destaque é o fato de que a repressão estatal acerca das manifestações (e aqui acrescentamos: também morais) da liberdade de expressão, não pode se incomodar sequer com o caráter criticável do posicionamento:

A liberdade de expressão representa, *dentro desse contexto*, uma projeção significativa do direito, **que a todos assiste**, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal *“a priori”*, as suas convicções, **expondo** as suas idéias **e fazendo** veicular as suas mensagens doutrinárias, *ainda que impopulares, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários*. (Grifos do original).

Estes dois pontos destacados são exatamente a linha de encontro com o que foi referido acima: não importa o quanto a moralidade minoritária incomode, por mais que o repúdio a esta moralidade seja forte para alguns, criticável para outros ou mau para tantos outros, esta a moralidade (ligada à personalidade) “dos poucos” (minoritários morais) possui, assim como os direitos “dos muitos” (detentores do discurso moral majoritário), a legitimidade (contramajoritária) de subsistirem **sem repressão penal**, o que já é o suficiente para esta moralidade minoritária ser respeitada ou, como alguns muitos insistirão em dizer, tolerada. À contragosto, mas tolerada.

“Uma idéia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir, pelos indivíduos, o que cada um pode ou não pode ouvir. Como ressaltou Ronald Dworkin, ‘o Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas’. Daí por que o fato de uma idéia ser considerada errada ou mesmo perniciososa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também – e sobretudo – aquelas tidas como absurdas e até perigosas. Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas”. (ADPF n.º 187. Inteiro teor do voto do ministro relator).

²⁵ STF, ADPF n.º 187, Relator: Min. Celso de Mello. Voto. Inteiro teor. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf> Acesso em: 23 de Janeiro de 2012.

3 UMA DUPLA ILUSÃO: A FALÁCIA DA IGUALDADE DO DIREITO PENAL COMO CONFIRMAÇÃO DA FALÁCIA DA UNIVERSALIDADE MORAL. CONSTATAÇÕES CRIMINOLÓGICAS RELEVANTES

No presente estudo, a todo momento, combateu-se a falácia da universalidade moral como intento de um Estado que busca, paradoxalmente, a tutela social mediante a lei. A lei que aqui foi dado enfoque foi a lei de cunho penal e, mais especificamente, as “leis penais-morais”, trazidas como aquelas que tutelam diretamente (como é o caso do delito *casa de prostituição*) ou predominantemente (como é o caso do *uso de drogas*, em nossa opinião) a moralidade dominante.

Mais do que uma temática que ainda é presente no âmbito penal de nosso Ordenamento, a tutela (universal) da moral mostra-se como uma das formas²⁶ de manifestação de uma segunda falácia: *a igualdade penal*.

Prisma conclusivo que recebe severas e coerentes críticas, sobretudo no âmbito da criminologia crítica, a igualdade penal, em síntese, é a fantasia de que o direito penal protege de forma igualitária todos os cidadãos e de que a lei penal, em sua aplicação, é igual para todos. (BARATTA, 2002, p. 162). Dessa forma, a igualdade penal, enquanto intento estatal, caracteriza-se como tão questionável quanto a universalidade moral. A junção de ambas as pretensões redundando na inaceitável “tutela penal-igualitária” da moralidade, onde o direito penal não passará de instrumento moralizante, no entanto, para piorar a situação, com singularidades próprias de um sistema desigual.

Justamente por isso que as constatações Criminológicas são de grande valia no processo de desconstrução da igualdade penal e apenas reforçam a ideia de que um direito penal igualitário por excelência nada mais é do que um mito; isto porque, segundo Baratta “não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é direito desigual por excelência” (2002, p. 162) já que o *status* de criminoso é distribuído de forma desigual entre a sociedade.

Nilo Batista corrobora o cerne da crítica aqui apresentada quando afirma que “o sistema penal é apresentado como **igualitário**, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é **seletivo**, atingindo apenas determinadas pessoas integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas” (2007, p. 25). Além disso, continua o respeitável penalista, tem-se que junto com a seletividade, a repressividade (no lugar de uma aplicação justa) e a estigmatização

²⁶ Refere-se a uma das formas de manifestação pois trabalhou-se aqui com a busca igualitário no tratamento **moral**, o que não elimina, obviamente, a lógica de que o raciocínio aqui estampado adéqua-se também ao direito penal como um todo e a todos os “bens” a que ele volta a sua “proteção”.

(no lugar do comprometimento com a dignidade humana) são características centrais de sistemas como o brasileiro²⁷. (BATISTA, 2007).

A falácia da igualdade do direito penal e a constatação de que este instrumento de coerção apenas aponta para pessoas certas e selecionadas é reafirmada por Vera Andrade (1996, p. 283):

Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. E não, como pretende o discurso penal oficial, uma incriminação (**igualitária**) de condutas qualificadas como tais. O sistema se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime.

Correlacionando as constatações críticas atinentes à falácia da igualdade do direito penal com a primeira falácia aqui apresentada, qual seja, a falácia da universalidade moral (trazida em forma de crítica Baumaniana – no primeiro momento da exposição – e contextualizada – num segundo momento – ao Direito brasileiro) tem-se que ambas se “complementam” em equívocos, ou melhor, ambas são falsas tentativas igualitárias que caminham juntas para o buraco do irrealismo. Os *imorais* sempre serão as mesmas pessoas. Isso é fato notório.

Do que aqui apresentou-se no que se refere ao questionamento decisivo da igualdade penal, tem-se que as tentativas de manifestação dessa falaciosa igualdade não passam também de claras exteriorizações do que se quer com um discurso universalizante ligado à lei penal: a) a imposição do interesse de poucos, b) a cominação de um discurso que concentra-se nas mãos de uma elite que tem apoio político e legislativo, c) a falta de olhar atento à heterogeneidade social cumulada com a impropriedade de lidar com problemas sociais (tomando o direito penal como *prima facie* na escolha política por repressão), d) além da infeliz constatação de que muito dificilmente, ou jamais, os entes detentores do poder, estacionados nas camadas sociais mais elevadas, serão selecionados pela peneira estigmatizante penal.

Bauman (1997) ressaltou em sua crítica à moralidade universal moderna (imposta coercitivamente pela lei ética-moral) que tal proposta moral-universal só teria o mínimo resquício de vir a vingar se tal lei pudesse ser igual para todos (seja para quem a faz, seja para quem a “engole”). Expõem o sociólogo:

[...] a coerção pela lei só oferece ensejo de ser aceita com um mínimo de reclamação se se pudesse mostrar que a lei, em cujo nome a coerção tivesse sido ameaçada, é mais que mero arbítrio dos legisladores. Ela deve representar algo mais forte que o capricho, mesmo o capricho dos fortes;

²⁷ Em sua obra o autor conclui de tal maneira valendo-se de importante pesquisa realizada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos e que contou com as constatações finais redigidas por Zaffaroni e teve como objeto a análise dos sistemas penais e de direitos humanos na América Latina.

algo que não simplesmente deva ser aceito, mas que uma pessoa não possa *não* aceitar; algo que vincule com os mesmos poderes irresistíveis da necessidade os que são chamados a obedecer e os que os chamam a obedecer.

Não há dúvidas que tal pretensão, reconhecidamente inaplicável pelo sociólogo, também repete-se no direito penal. E isto ocorre porque são eles (os legisladores, que em sua grande maioria também habitam os horizontes do discurso dominante) que defendem a permanência dessa igualdade transviada e dessa universalidade moral irresponsável. O que, por sua vez, acaba sendo assimilado por uma extremamente considerável parcela da população que concorda com demasiadas e variadas imposições penais, justamente porque “A imposição da pena a um apontado responsável pela prática de um crime funciona como a ‘absolvição’ de todos os não selecionados pelo sistema penal, que, assim, podem concomitantemente se autointitular ‘cidadãos de bem’ [...]” (KARAM, 2009, p. 10).

Por isso a pergunta indagada por SODRÉ (2011) “*Quem são nossos inimigos?*” tem, logicamente, sua resposta nas figuras previsíveis do traficante ou do terrorista, mas, também, tal qual ressalta KARAM (2009, p. 11), encontra-se relacionada com o “[...] ‘*criminoso*’ em geral ou quem quer que tenha comportamentos vistos como diferentes, ‘*anormais*’ ou *estranhos a uma determinada moral dominante*” (grifei).

Destaca-se a moralidade, pois foi ela (imposta universalmente e tutelada penalmente) que foi o objeto aqui estudado. E nesse âmbito, **as consequências serão as mesmas que já ocorrem em todo o sistema penal**; apenas se personificam. Exemplificando: os membros dos altos escalões sociais (dentre eles, muitos políticos) continuarão a frequentar suítes de hotéis de luxo ao lado de sua “acompanhante” e o indivíduo oriundo da camada baixa (o selecionado em potencial) continuará a frequentar a “casa de prostituição” e será acompanhado por uma prostituta.

A diferença entre ambos? O primeiro, apesar de corrupto, sonegador fiscal e dono de milhões de reais ilícitos (em que destes alguma parte, senão o todo, facilmente poderá ser dinheiro público) permanece tranquilamente sob a estirpe de “*bon vivant*”; o segundo, é o imoral, aquele que atenta contra a moralidade das “famílias de bem” e desonra a sociedade por suas escolhas individuais. E os crimes? Esses norteiam a sua vida: se for usuário de drogas, automaticamente será tomado como traficante, se estiver usando algum adereço de valor (anel, tênis, cordão, roupa, etc.) é porque o furtou ou o conseguiu com dinheiro ilícito, já os “bicos” que faz como flanelinha, artista plástico de rua, pedreiro (ou qualquer outra atividade **honest**a que é alternativa à realidade de desemprego presente no Brasil) são mentiras para justificar o dinheiro sujo que carrega, pois, a vadiagem o acompanha assim como o estigma que ele já carrega. E por fim, se for preso, o que não será difícil de acontecer, deixará, momentaneamente, de cometer crimes, para ser tornar, ele mesmo, crime. (SODRÉ *apud* GIORGIO, 2011, p. 30). Tornar-se-á “o refugio humano, o lixo

produzido pela civilização e que é preciso remover, ocultar, conter, se quisermos manter a ideia de que está tudo bem com mundo”. (SODRÉ, 2011, p. 30).

Sendo assim, no âmbito da estrita tutela penal da moralidade ou na tutela dos tipos que dela estão contaminados (pois a tangenciam), a realidade é a mesma. Quem será considerado imoral para fins penais? Não serão outros que não os mesmo que são considerados falsários para fins penais, ladrões para fins penais, traficantes para fins penais, usuários para fins penais, receptadores para fins penais, esturpadores para fins penais, homicidas para fins penais, torturadores para fins penais, agressores para fins penais...

E porque se fez questão de manter em todos os adjetivos mencionados o acompanhamento “para fins penais”? Justamente porque o simples fato de suscitar o direito penal (e o seu papel de “fim”) na reflexão sobre nosso atual contexto social, nada mais é do que inevitavelmente já admitir a **desigualdade** e a **ausência de universalidade**, que lhe são intrínsecos. É dizer: Existe um ladrão²⁸ dentre tantos outros que roubam sem reclamarmos, existe um falsário dentre tantos outros que falsificam contratos licitatórios, existe um torturador dentre tanta tortura policial existente e, enfim, existe um imoral (e que deve ser punido penalmente) dentre tantos que (com hipocrisia) se incomodam com a individualidade alheia mesmo fazendo as mesmas coisas, só que com um porém: ninguém os vê, ninguém os percebe penalmente, ninguém os seleciona.

Já dizia a música da banda brasileira capital inicial: “*O que você faz quando ninguém te vê fazendo? Ou o que você queria fazer se ninguém pudesse te ver?*”²⁹, pois é, é isso que ocorre com os que se julgam moralizantes ao ponto de criticarem a individualidade (selecionada) alheia. Como ninguém os vê, eles **podem** fazer sem serem perseguidos por isso, é quase uma invisibilidade que se inverte, pois nesse caso os invisíveis são os poderosos, uma invisibilidade também “para fins penais”.

Pasmem. Da mesma forma que o Estado cria os crimes que ele próprio irá combater, este mesmo Estado é imoral (pela concepção dominante que ele tanto fomenta) **ao ponto dele próprio fomentar e desempenhar práticas imorais tais como a delação premiada**. O dito agente que “induz” a prostituição pode ser punido por um delito que tutela a moralidade sexual por ex., já o Estado que difunde (o que não deixa de ser indução) em seu discurso de “falso apaziguador” a traição (delação) entre as pessoas, acaba por passar como agente (legítimo e positivo) de combate dos indivíduos imorais (ilegítimos e negativos).

Trair alguém, desmerecer a confiança de um companheiro, são condutas, decerto, reprováveis no plano moral, sendo repudiadas em qualquer sociedade que veja a amizade e a solidariedade como atitudes positivas e desejáveis para um convívio harmônico entre as pessoas. Com a premiação da delação, invertem-se essas premissas. Agora, é a traição que aparece como positiva, merecendo até mesmo um prêmio. Com o elogio e a recompensa à conduta traidora [...] (KARAM, 2009, p. 40).

²⁸ Optou-se por utilizar “ladrão” em sentido popular, não técnico. Não como aquele agente ativo do crime de roubo.

²⁹ Música: Quatro vezes você. (artista: Capital Inicial)

Este foi apenas um exemplo do paradoxo punitivo em que vivemos e que confirma o quanto o discurso penal é envolto de interesses declarados e de dedos poderosos (de mãos dominantes) que apontam, sem remorso algum, quem será imoral ou não para fins penais e quem tem o dever de adentrar na universalidade ilusória de uma coerção falasiosa que pune aquele que convém.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da reflexão apresentada, constata-se que o “Estado jardineiro” trazido por Bauman (tal qual referido no início da explanação), aquele que elimina as “ervas daninhas” sociais que não lhe interessam, é uma realidade; e mais, contextualizando com o sistema punitivo, este jardineiro carrega consigo o direito penal como arado.

Falar hoje em tutela penal da moralidade – seja tutela tangencial, como nos delitos de porte de drogas para uso pessoal, ou seja a tutela específica, como nos delitos que tutelam especificamente a moral sexual, tal qual a *casa de prostituição, favorecimento à prostituição* e porque não dizer o *ato obsceno* – é assumir por si só o paradoxo inerente a esta realidade.

O sistema penal, o que não é diferente nas suas asserções morais, ao contrário do que ainda infelizmente se pretende, não é universal (enquanto lei aplicável a todos) e não é igualitário (enquanto aplicado de igual intensidade a todos) é “mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de dominação [...] para obter uma disciplina ou controle social” (KARAM, 2009, p. 23).

Num discurso constitucionalmente centrado deveríamos concluir que a igualdade que se busca não é a igualdade penal, pois a realidade já nos mostra que ela sequer existe (e ousar dizer que nunca existirá). A igualdade que se busca é a igualdade de direitos e garantias fundamentais, onde a tolerância reflete-se em convivência harmoniosa e a democracia reflete-se em paz. Somente o amadurecimento social (sem pressões coercitivas dominantes, sobretudo penais) nos fará assimilar, tal qual expõe Maria Lúcia Karam (2009, p. 47) que “[...] é preciso aprender a conviver com o mal estar, os desconfortos e os desajustes gerados na vida em comum, para superá-los com a integração e não com a exclusão, a intolerância ou a marginalização dos eventuais autores de condutas indesejáveis”.

Iniciada em 3 de abril de 2011, em Toronto no Canadá, a *Marcha das Vadias* tornou-se manifestação feminina que tomou proporções internacionais, já ocorrendo, inclusive, no Brasil (em São Paulo e em Brasília).³⁰ A proposta da marcha é protestar contra a alegação (machista na visão das manifestantes) de que as vítimas de estupro contribuem para o crime em virtude da vestimenta que usam.

³⁰ Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Marcha_das_Vadias. Acesso: 22 de Janeiro de 2012.

Dessa forma, no ato de manifestação, as mulheres saem às ruas com roupas provocantes das mais variadas possíveis; *lingeries*, roupas curtas, minissaias, salto alto, sutiã, tudo na luta pela causa. Algum ente do poder ou fomentador da dita “moral dominante” ousará dizer que tal manifestação é ilegítima? Ainda paio-me em dúvidas.

De acordo com a antropóloga Julia Zambini, uma das organizadoras da marcha que ocorreu em Brasília no dia 18 de Junho de 2011: “Ser chamada de vadia é uma condição machista. ‘Os homens dizem que a gente é vadia quando dizemos ‘sim’ para eles e também quando dizemos ‘não’”. E finaliza a antropóloga com a emblemática frase que soa quase como um manifesto ligado intrinsecamente a tudo que aqui se expos: “*A gente é vadia porque a gente é livre*”³¹.

Ouso respondê-la: É justamente este importante fato de ser livre que a faz cidadã, que a legitima a receber o respeito de todos e a aceitação dos seus atos individuais. É o fato de ser livre que a ilumina com uma das mais importantes luzes que a democracia reflete: **a escolha**.

Tem-se portanto, pelo que foi trabalhado na presente exposição, que as mazelas da primeira falácia (a moralidade universal) acabam por refletir e confirmarem-se no “pó da maquiagem” da segunda falácia (a igualdade penal) ao ponto de caminharem lado a lado (na grande maioria das considerações morais punitivas-subjetivistas de nosso ordenamento) e às vezes caminhando até abraçadas, como no caso das imposições delituosas estritamente morais.

Se, de forma ilusória, uma igualdade penal (tão ou mais ilusória) permanecer reafirmada pelo Estado, continuaremos estacionados no passado e discutindo, sem praticidade alguma, polêmicas penais que, só tendem a obstaculizar a efetivação da democracia, pois neste *status* permanecerão. Isto porque não se fala em democracia com “inimigos imorais” declarados.

Por isso, como ressalta Bauman (2011, p.15), o pensador que inaugurou a nossa discussão também a encerra: “*celebremos então o mundo livre de obrigações imaginárias e falsos deveres*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social:** mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. in: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 4. N.14. Abril/junho – 1996.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

³¹ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-06-18/mais-de-800-pessoas-participam-de-marcha-para-reivindicar-igualdade-de-genero>. Acesso: 22 de Janeiro de 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. **Ética pós moderna**. Trad. João Resende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Modernidade e ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna**. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1996.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF nº. 187, Relator: Min. Celso de Mello. Voto. Inteiro teor. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf> Acesso em: 23 de Janeiro de 2012.

BURKE, Maria Lúcia Garcia Palhares. **Entrevista com Zigmunt Bauman**. Tempo soc. vol.16 n.1 São Paulo Junho 2004.

CARRARA, Mariana Salomão. **Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Nº. 84. Ano: 2010.

CARVALHO. Salo de. **Pena e Garantias: Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**.

_____. **Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 17. n. 81. Nov-dez - 2009.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**.

DE BEM. Leonardo Schmitt. **O perigo da moralidade como bem jurídico penal**. In: Boletim IBCCRIM nº. 229. p. 8, 2011.

DIAS, José Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**, 2ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora,

DIMOULIS. Dimitri. **Da política criminal à política da igualdade**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 8. n.29. Jan-Mar. 2000.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

GIORGIO, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Revan, 2006.

GÓES, Paulo de. **O julgamento moral e a origem do mal**. In: Revista de Estudos Universitários. n.º. 24. 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo de liberdade e conter o poder punitivo**. Escritos sobre a liberdade. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARCÃO, Renato. **Casa de prostituição. O crime do art. 229 do Código Penal**, in Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal, n. 65, Porto Alegre, IOB, 2011.

NUCCI, GUILHERME DE SOUSA. **Crimes contra a dignidade sexual**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

SARTRE, Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução Rita Correia Guedes. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Coleção Os Pensadores)

SODRÉ, Filipe Knaak. **O direito penal e a vingança do leopardo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

SCHWEPPENHAUSER, Gerard. **A filosofia moral negativa de Theodor W. Adorno**. In: Educ. soc. Vol. 24 n. 83 Campinas, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. **Moral e Justiça no Direito Penal**. RT n.º. 864, Ano 96. Outubro de 2007.