

UM NOVO CONCEITO DE MORAL E A REFORMULAÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

SILVIO DE MACEDO

Que serviu de base para o Direito Penal definir a categoria dos chamados “crimes contra os costumes”?

Procedemos aqui a uma análise científica geral, numa visão estrutural de um contexto mais amplo, destacando de preferência os aspectos psicológico, sociológico e antropológico.

Destaca-se, em particular, a visão antropológica das “culturas” que condicionam os vários tipos de moral, como condicionam também a medicina, a religião, a arte, o direito, a economia, a política. Finalmente, os estilos de pensar e os estilos de agir, finalmente as condutas em geral.

É que, no particular existente, o Direito Penal acolheu o conceito de moral na época em que o Positivismo era a filosofia dominante em oposição ou superação da chamada Escolástica. Com a caracterização sob a trivalência (fato-norma-valor), uma riquíssima abordagem diferencial das ciências então surgiu. Daí que um Filósofo, Bergson e mais três sociólogos, Dewey, Gurvitch e Vázquez re-analisam o problema moral numa nova postura.

John Dewey (*Humane Nature and Conduct*, p. 170) estabelece uma equação entre moral e social, quando afirma que: “O indivíduo chega a ser moral quando participa neste mundo e ocupa seu posto, sendo o grau de moralidade na proporção de sua participação”.

O autor conceitua portanto a moral do mesmo modo que Levy-Bruhl, Durkheim e Gurvitch: a moral vinculada ao fato social.

O conceito de comportamento — biopsicossocial, serve de fundamento ao conceito de moral. A moral ou a moralidade, uma abstrata e outra concreta, funcionam dentro de um contexto social inevitável, sendo difícil admitir-se uma moral pura, exclusiva.

Mas Dewey não incide no simplismo da interpretação positivista, como, p. ex., no radicalismo de Lévy-Brühl.

O fenômeno de participação distingue certa atividade criadora do sujeito em relação à comunidade a que pertence, não se confundindo com a adesão passiva aos padrões exteriores.

Georges Gurvitch (*Morale théorique et sciences des Moeurs*) procura justificar, de início, o problema da disciplina moral e seus “vícios lógicos aparentes das morais teóricas históricas”, concluindo pela “eliminação da moral teórica em proveito da ciência dos costumes ou da sociologia da vida moral”.

Segundo ele, a experiência moral tanto é uma experiência dos ideais quanto do real, superando o empirismo quanto o apriorismo, o que justifica concluir que:

a) “A moral teórica é possível enquanto disciplina filosófica que não constrói nem prescreve nada, abstendo-se de juízo de valor e limitando-se aos juízos de realidade;

b) “A moral teórica só é possível se descobre uma experiência moral específica, com suas próprias certezas;

c) “A moral teórica é possível sem conflito com a sociologia da vida social, podendo haver colaboração entre ambas”.

Gurvitch aceita a autonomia da moral teórica, quanto da sociologia da moral, cabendo a esta última a integração dos fatos morais nos sociais totais, numa coexistência dos dois aspectos: o teórico e o prático, o ideal e o real, o normativo e o factual.

A moral é ideal, normativa e prescritiva. A moralidade é factual. Adotando uma óptica sociológica, Gurvitch procura descobrir “correlações funcionais entre gêneros, formas e sistemas de atitudes morais de um lado, como também as variações das relações com os outros regulamentos sociais e obras de civilização e modos de justificação através das doutrinas morais” (op. cit. p. 139).

Um autor moderno, A. Sanchez Vazquez (*Ética*, 52) procura definir a essência da moral, distinguindo-lhe dois aspectos: o normativo e o factual, confirmando os pontos de vista dos autores anteriormente abordados.

Sendo a moralidade um componente efetivo das relações humanas concretas, passaria ela a integrar a existência tanto individual quanto social.

Diz, concluindo que: “A moral possui um caráter social porque: a) os indivíduos se sujeitam a princípios, normas e valores socialmente estabelecidos; b) regula somente atos e relações que acarretam conseqüências para outros e exigem necessariamente a sanção dos demais; c) cumpre a função social de

induzir os indivíduos a aceitar livre e conscientemente determinados princípios, valores ou interesses.

Henri Bergson, falando sobre o fundamento psicológico da moral (sessão da Academia Francesa de Letras, 14 de maio de 1910) relaciona a moralidade, moral concreta, com a simpatia, distinguindo que “a simpatia não é toda a moralidade, mas que não há moralidade num ser que não é capaz de simpatia, sendo que só há desenvolvimento da moralidade onde existe simpatia” (Mélanges, Paris, PUF, 1972, p. 825).

A moral real bergsoniana é portanto uma realidade condicionada por fatores psicossociais, de que a simpatia seria uma caracterização geral melhor identificável.

A existência psicológica da moral pode ser constatada, p. ex., na “angústia moral”, que “é uma perturbação das relações entre o eu social e o eu individual” (Oeuvres, p. 988).

O filósofo situa o “eu” individual no centro, enquanto o “eu” social, na periferia, havendo vários círculos concêntricos do centro à periferia.

Distinguindo entre a moral fechada e a moral aberta, escreve que esta tem como exemplo a “moral evangélica” — fenômeno psicológico, interiorizado, sendo a primeira tipificada nos hábitos e convenções sociais.

Em “*Lex deux sources de la morale et de la religion*”, o filósofo caracteriza uma moral psicológica, interiorizada, e uma moral exteriorizada, social. Portanto, duas perspectivas da moral: a psicológica e a sociológica.

Nos sistemas socioculturais do tipo cristão surgem os condicionamentos da formação de “moral fechada”, como é o caso dos “negros americanos”, dos “católicos e protestantes irlandeses”, da “moral econômica” do poder capitalista, que justifica uma “moral do êxito” ou da “habilidade” da época da computação, subestimando os valores da caridade e da dignidade pessoal, ou a “moral política” da ortodoxia do partido único (comunismo Soviético), que procura como caso psiquiátrico a discordância em referência ao padrão dominante.

A “moral aberta”, cujo modelo ideal é o Cristianismo dos Evangelhos, e não o das formas estereotipadas, sincréticas, existentes e até denominadas cristãs, civilizadas, liberais, democráticas, preconceptualmente superiores, mostra a dialética de um conflito permanente na ascensão evolutiva, com as habituais “morais fechadas”.

Só um tipo superior é capaz de situar-se em face de um tipo de “moral aberta”.

A análise de Bergson é de uma nitidez incontestável, anatomizando no tecido social as “amostras” dos dois tipos de moral, sendo ambos realizações do indivíduo e do social.

E. Rolland (*La finalité dans le bergssonisme*, p. 26), insistindo na afirmação da “interioridade e espiritualidade” da moral, reconhece seu aspecto social particularmente a “moral bergsoniana”, quando diz que “a obrigação surge como uma pressão da consciência coletiva sobre a consciência individual... impondo-se como um sistema de hábitos imperiosos e até irresistíveis”.

Assim é que o autor destaca, já àquele tempo, como puro filósofo que é, que “a sociedade é interior ao indivíduo”, quando o comum é dizer-se que ela é exterior, “devendo-se evitar no social a pura influência exterior” (p. 103).

A pressão social, exterior, forma a “moral fechada”, condiciona o “eu superficial”, enquanto que o “eu profundo”, sujeito da “moral aberta”, ajuda a formar uma estrutura de comportamento moral que não se limita ao grupo, à clã, à seita, ao partido e até ao país.

As reações, p. ex., dos grupos políticos e religiosos do Irã, da Irlanda, para nos referirmos a experiências no mundo ocidental atual, seriam uma expressão de “moral fechada”. Portanto, vê-se que há o preconceito de superioridade de cultura ocidental de julgar-se superior às outras culturas, orientais e africanas, classificadas como “primitivas”, o que está perfeitamente superado em antropologia.

A “moral fechada” é infra-racional, operando mais como reação grupal, como instintivo de defesa. A “moral aberta” é transracional, baseada no “apelo”, na inspiração, que a leva cada vez mais a dilatar-se, a abranger grupos diferenciados, tolerantes e universalizados nos seus ideais e tentativas de realização.

De qualquer modo, tanto uma quanto outra não são justificadas pela razão, uma vez que são “infra” ou “supra” racionais, o que levou o autor a considerar a “moral bergsoniana” como uma moral baseada no sentimento, o que nos parece insuficiente.

A moral cristã, p. ex., é uma “moral aberta”, universal, em tese, se bem que através do seu rótulo persistam as intransigências e preconceitos da “moral fechada” de muitos grupos religiosos.

O conceito de moral bergsoniano distancia-se do ponto de vista “metafísico”, do formalismo kantiano, quando da chamada “moral sociológica ou ciência dos costumes”.

Finalmente, a moral bergsoniana é uma moral concreta, empírica, e não uma moral teórica, o que implica na aceitação da moralidade.

Leonardo Van Ackerl (*A Filosofia Bergsoniana*), que consideramos um

exegeta insuperável de Bergson, diz que nem a razão (o racionalismo kantiano), nem tão pouco a pressão social (a sociologia durkheimiana) nenhuma delas pode servir de fundamento à moral: Podem explicá-la, mas não lhe servem de fundamento.

Vendo em “*Les deux sources de la morale et de la religion*”, o desenvolvimento coerente de uma tese posta inicialmente in “*L’Evolution Créatrice*” noutros termos, considerando que a sociedade se fundamenta na natureza e esta, por sua vez, é primordialmente biológica, procuraria situar as raízes da natureza e da pressão social nos fenômenos biológicos, a moral seria o resultado de uma evolução.

O autorizado intérprete de Bergson compara a inteligência a “um núcleo sólido e claro, resultado da condensação ou degradação estática de uma nebulosa fluida e movediça, que rodeia e envolve o núcleo da inteligência propriamente dita... situando em cima a intuição ou o instinto visual supra-intelectual, reservando a parte de baixo aos instintos virtuais infra-intelectuais”.

A moral fechada seria a expressão do grupo tribal, seja ele primitivo ou civilizado, ou seja, da parte inferior da nebulosa, enquanto a moral aberta representaria a intuição.

Mas, como é difícil encontrar quaisquer das duas formas puras, pois pode haver mistura ou um pouco de uma noutra, prosseguiria o esforço humano heróico no sentido de tornar universal os ideais e ação correspondente.

Quanto mais a moral é dinâmica, aberta, criadora, liberadora, mais é ela intuição e não instinto ou pressão.

Não se poderia reduzir a moral à sociabilidade porque esta é sempre infra-intelectual. À proporção que a moral deixa de ser “fechada”, instintiva, defesa grupal, de seu interesse, habitual, e se torna “aberta”, mas ela reflete a supra-intelectualidade, a intuição.

A liberdade concreta e a justiça social, segundo nos parece, só seriam possíveis numa vivência de “moral aberta”.

Dos bons costumes

Os valores éticos se “cristalizam” em normas sociais, concretas, denominadas “bons costumes” — que possuem relevo jurídico. Dos costumes em geral, sob a forma e matização de idéias sociais, preconceitos, usos e crenças que formam um estilo cultural, se selecionam pela incidência jurídica os “bons costumes”, nos quais ocorre um processo de filtração do direito natural — a desvelar em forma de exigências, da boa-fé, da equidade, da reta razão, do chamado espírito de justiça e sentimentos morais arraigados.

Os postulados éticos, contidos nos bons costumes, se projetam no plano jurídico, ao lado dos “tòpoi” típicos, jurídicos, que se concretizam na ordem social (aspecto político) e na boa-fé (aspecto moral).

Os bons costumes constituem exigências mínimas de ordem juridicizada. Esta jamais estaria a exigir o máximo — compatível com o estado de santidade só compatível com os espíritos superiores cognominados “sal da terra e luz do mundo”.

Garcia Maynez sustenta com precisão que “A precisão ou eficiência dos ordenamentos jurídicos se encontra em grande parte reforçada por motivos de ordem moral, na incorporação de critérios éticos de estimação da conduta “boa-fé, bons costumes” (Filosofia del Derecho, México, Porrúa, 1974, p. 94). E Larenz fala da “fidelidade” e “deveres da conduta” como a boa doutrina alemã, que serviriam do “dever de prestação” (Direito das Obrigações, I, 18).

Hueck, por sua vez, explica que “Os costumes dão a medida da conduta a observar frente a tudo o que intervém numa relação jurídica concreta, mediante a iniciação de negociações contratuais ou através do exercício de um direito” (Die Treuegedanke in modernen Privatrecht, 11).

Trabucki chega a doutrinar com mestria sobre o assunto: “Os negócios imorais, afetados de nulidade, não são todos aqueles que chocam contra a moral, genericamente considerada, senão os especialmente opostos aos bons costumes”, vendo-se aí sua relatividade (Istituzione di diritto civile, Padova, Casa Editrice Dott. A. Milani, 1960, p. 164).

Legislação: A lei de introdução ao Código Civil, art. 17, contém uma norma suprajurídica: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

É a intuição jurídica que desvela aí os “bons costumes”, uma irrupção do direito natural, a patência de uma consciência jurídica universal no sentido de Leibniz.

O art. 395, III, situa como causa extintiva do pátrio poder “o genitor que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”. E toda algama dos atos ilícitos que têm como matéria mínima os “bons costumes” (arts. 156, 159, 160, 1.532, 1.537 a 1.553).

Em matéria de direito penal — Dos crimes contra os costumes — como a liberdade sexual, a sedução, a corrupção de menores, o rapto, o lenocínio, o tráfico de mulheres, o ultraje ao pudor, o que vemos é a valorização do conceito civil dos “bons costumes”, reduzindo a simples termo “costume”.

A lei das contravenções penais (Dec.-Lei nº 3.688), no seu capítulo VII,

trata das “contravenções relativas à polícia dos costumes”, enumerando, entre elas, a vadiagem, a embriaguez habitual e a crueldade contra os animais.

É que essas contravenções resultam de atos que afligem o senso moral de equilíbrio, atentam contra a ordem social, poluem a sociedade e geram conflitos. Um senso moral embasando os “bons costumes”, que é juridicizado.

--oOo--

De todas as artes, a mais bela, a mais expressiva, a mais difícil é sem dúvida a arte da palavra. De todas as mais se entretete e se compõe. São as outras como ancilas e ministras: ela soberana universal. Da estatuária toma as formas; da arquitetura imita a regrada estrutura de suas fábricas; da pintura copia a cor e o debuxo de seus quadros; da música aprende a variada sucessão de seus compassos e melodias; e sobre todos estes predicados tem, mais do que as outras artes, a vida, que anima os seus painéis, a paixão, que dá novo esplendor às suas tintas, o movimento que intima aos que a escutam e admiram, o entusiasmo e a persuasão.

LATINO COELHO. Introdução ao *Oração da Coroa*, de Demóstenes; pág. XVII, 2^a ed.