

## **Notas para uma reflexão jus-filosófica sobre a Publicidade Erótica e a sua Problemática Regulação**

---

*Hermenegildo Borges*

Universidade Nova de Lisboa

### *Resumo:*

Remeter para o Código de Publicidade a punição de actos que atentam “contra a dignidade da pessoa humana” para sobre eles fazer recair uma “coima” parece-nos um claro indício de uma funcionalidade estratégica utilitarista que, em vez de visar a prossecução dos fins do direito, promove o seu descrédito fazendo uso do dispositivo da “trivialização”. Manda a prudência que no plano jurídico-político se faça uma clara dissociação entre a “publicidade erótica” e as práticas degradantes e lesivas da dignidade da pessoa humana, em particular as que atentam contra os direitos consagrados na Declaração dos Direitos da Criança. Basta para tanto que, num assumido propósito democrático, se atenda à necessidade de justificar a eventual limitação de algumas liberdades de expressão, à luz do “princípio geral de liberdade” de que nos fala Alexy. Essa poderá ser a melhor via para defender a livre expressão do erotismo e lhe conferir a dignidade que merece.

### *Palavras-chave:*

Publicidade erótica; “Erotismo vs pornografia”; Dignidade da pessoa humana; Liberdades negativas; Princípio geral da liberdade; Regulação.

### **1. Introdução**

Da Antiguidade Clássica à Modernidade, passando pela Idade Média, o “erotismo”, enquanto linguagem de sedução do corpo associada à sexualidade<sup>1</sup>, sempre teve no domínio privado o seu lugar de ancoragem, assomando, a partir dele, por um jogo discreto de visibilidade e ocultação, à esfera pública. Na organização da cidade democrática divisamos o seu lugar privilegiado na esfera “privada/familiar”, reino das necessidades associadas à sobrevivência do indivíduo e da espécie humana<sup>2</sup>. Contudo, o erotismo foi também parte integrante da maiêutica socrática, claramente presente na “retórica erotizada”

de que nos fala Roland Barthes e que consistia na “interlocução pessoal entre mestre e aluno, unidos por um amor inspirado”<sup>3</sup>. Todavia, tanto na primeira como na segunda circunstância, o *eros* tinha o seu lugar no domínio das relações privadas.

Na Idade Média, num tempo em que a “oposição criada pelo direito romano entre *publicus et privatus*”, não teve um carácter constrangedor, na medida em que “não houve entre a esfera pública e o domínio privado uma oposição comparável às que estão presentes no seio dos modelos antigo ou moderno”<sup>4</sup>, somos todavia introduzidos num universo profundamente religioso onde a liberdade de expressão, a todos os níveis, da razão aos afectos, entra numa profunda fase minguante. Num contexto claramente desmobilizador da acção comum (*praxis*), só ela capaz de realizar a empresa terrena de demanda do “bem comum”, pontificava, sobre todas as prioridades do universo medieval, a empresa de salvação individual da alma de cada um. Em conformidade, o corpo, com todas as suas manifestações públicas de natureza erótica, era identificado como sendo um dos maiores obstáculos à prossecução do caminho da salvação.

Não obstante os ventos de secularização alargada que varreram a Modernidade, a “sociedade disciplinar”, com a intencionalidade que presidiu à sua acção normalizadora em todos os domínios, em nada encorajou a expressão livre, nem da razão nem do corpo. Foi o tempo de sistematizar conhecimentos e de, através deles, intervir na docilização de corpos e mentes que pudesse garantir a estabilidade e a segurança e tornar útil o tempo de cada um. O direito penal positivo foi o dispositivo ajustado para a regulação dos comportamentos “ilícitos”, porque contrários à ordem moderna e, entre estes, os que representavam um “atentado ao pudor”. A revolução do coração, encetada por Rousseau e pelos românticos, terá sido o primeiro grito contra a homogeneização de comportamentos iniciada pela sociedade disciplinar. Mas só as lutas travadas nos séculos XIX e XX, em nome do sufrágio universal, da igualdade de direitos civis e políticos e da libertação da mulher, abriram decisivamente caminho para uma progressiva consagração das liberdades negativas, limiar da primeira geração dos direitos humanos<sup>5</sup>, ainda em fase de procura de plena afirmação, como entre nós se viu no recente reconhecimento *de jure* do princípio da “autodeterminação sexual” na última revisão do Código Penal.

Um palavra apenas sobre o título do trabalho: A “publicidade”, aqui qualificada pelo termo “erótica” é para ser entendida, naturalmente, no sentido habermasiano de “uma função publicitária” (*Werbung*). Em todo o caso o nome composto “publicidade erótica” não deixa de conter, face ao que se disse, algo de antinómico. Ela deve ser entendida como uma etapa “evolutiva” da condição humana (que por certo não significará aprofundamento e valorização da condição e dignidade da pessoa humana, enquanto se não dissociar das práticas ilícitas adjacentes) mas que, por enquanto, deve ser interpretada no quadro das condições e

antinomias que envolvem o modo humano de habitar o mundo no tempo presente e que alguns designam como pós-modernidade.

## 2. Publicidade erótica, regulação e auto-regulação

No ordenamento jurídico português o diploma que directamente regula a actividade publicitária é o Decreto-Lei n.º 330/90 – *Código da Publicidade*. Entendeu o legislador consignar neste diploma que as práticas ilícitas verificadas por violação dos normativos deste Código não são crime, uma vez que as mesmas práticas não têm dignidade bastante para serem previstas e punidas pelo Código Penal. Não constituem ilícito penal e, por isso mesmo, não lhe são aplicáveis sanções na forma de prisão e/ou multa. O legislador do Código Penal entende que, no seu âmbito, cabe apenas tutelar bens jurídicos de maior relevância e dignidade, considerando “crime” apenas a prática dolosa que viola os bens jurídicos tutelados naquele Código e que alguma doutrina designa como “a reserva de um mínimo ético comum”.

Cabe, por isso, ao Código da Publicidade regular o conjunto das práticas de publicidade e punir os ilícitos verificados no seu âmbito. O Art.º 7º deste diploma enuncia as práticas de publicidade interdita e que constituem “ilícito por contra-ordenação”. Ao ilícito assim definido corresponde a forma de processo por “contra-ordenação”, cuja instrução compete, nos termos do art. 38º, ao Instituto do Consumidor. A fiscalização do cumprimento do disposto no Código da Publicidade cabe especialmente ao Instituto do Consumidor, “sem prejuízo da competência das autoridades policiais e administrativas”, segundo o art. 37º.

A aplicação das coimas correspondentes a ilícitos desta natureza cabe, nos termos do n.º 1 do art. 39º do Código da Publicidade, à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade que, quando delibera em questões de publicidade, é constituída pelo seu Presidente (um magistrado judicial), pelo Presidente do Instituto do Consumidor, e pelo Presidente do Instituto da Comunicação Social.

Uma vez provada a natureza ilícita da publicidade, a Comissão aplica uma coima. Todavia, sempre que a Comissão entenda que se justifica a aplicação de sanções acessórias juntamente com a coima, “remeterá o respectivo processo, acompanhado de proposta fundamentada, ao membro do Governo que tenha a seu cargo a tutela da protecção do Consumidor”, entidade que decidirá das sanções acessórias propostas.

Nos casos em que ocorre publicidade explícita a encontros sexuais através dos Media, poderemos estar simplesmente perante publicidade erótica, eventualmente pornográfica, ou, o que não é de todo evidente, perante um epifenómeno de uma realidade criminosa escondida e grave, como será o caso de, após inquérito

judiciário e em sede de audiência de julgamento, se provar a prática do crime de “lenocínio”, simples, de menores, ou agravado, sempre que se trate da exploração por terceiros da prática da prostituição, convolvando muitas vezes a prática de outros crimes mais graves que são meio para a realização desse fim. A prostituição, enquanto contratação livre de sexo entre adultos, não é crime.

Há entre os criminologistas a ideia, sustentada na observação empírica do fenómeno e em alguns estudos, de que, para além da sua eventual qualificação como “lenocínio”, a prática da prostituição é potencialmente criminógena no sentido em que em torno dela voltejam práticas ilícitas e seus autores, como acontece com o tráfico e consumo de estupefacientes, rapto e sedução de menores ou imigração clandestina associada à prostituição sob coacção.

A qualificação da publicidade erótica como ilícita poderá eventualmente escorar-se no preceituado nos artigos 7º, n.º 2, alíneas c) e f) do Código da Publicidade onde expressamente se diz que é interdita a publicidade que “atente contra a dignidade da pessoa humana” e a publicidade que “utilize linguagem obscena”. Se, para efeitos de qualificação da linguagem como “obscena” se poderá atender, objectivamente, à natureza das imagens e teor das legendas, mais problemático se nos apresenta qualificar a publicidade erótica como “atentado à dignidade da pessoa humana”, uma vez que aí tendem a confrontar-se duas ponderações axiológicas de índole distinta: uma, marcadamente liberal, que estabelece as balizas mínimas em que se escora o fundamento da validade do direito que regula tais práticas; uma outra, de índole bipolar, umas vezes conservadora, na sua oposição obstinada aos normativos que consagram a “autodeterminação sexual”, outras vezes vanguardista, como a que caracteriza os movimentos feministas radicais, e que se opõe ao direito à autolimitação dos “direitos de personalidade”, mesmo que previstos na lei<sup>6</sup>.

Sobre “pornografia” existem, no nosso ordenamento jurídico, dois diplomas: o Decreto n.º 647/76, que condiciona a exposição e venda de objectos pornográficos ou obscenos no interior de estabelecimentos que se dediquem exclusivamente a esse tipo de comércio, interditando, designadamente, a venda desses artigos *por e a* menores de 18 anos; o Decreto-lei N.º 653/76, que confere à Comissão de Classificação dos Espectáculos a competência para classificar os espectáculos cinematográficos como pornográficos e não pornográficos.

Como bem fundamenta Robert Alexy na sua obra *Theorie der Grundrecht*, sempre que as “liberdades negativas” entram em conflito entre si, como acontece no caso presente, a sua compossibilidade exige que sejam obrigatoriamente justificáveis “quaisquer intervenções” operadas no seu âmbito, no quadro do “princípio geral de liberdade” e perante a comunidade jurídica<sup>7</sup>. A esta luz, a salvaguarda simultânea de uma grande diversidade de liberdades negativas só pode ser pensada na sua inter-relação “para [se] poder chegar a uma situação

total de liberdade justificável que há-de ser chamada ‘situação total de liberdade’<sup>8</sup>. Contudo, esclarece Alexy, justificar uma ‘situação total de liberdade’ pressupõe sempre “justificar os sacrifícios de liberdade e a existência de comandos e proibições”. Viver em liberdade pressupõe, por isso, a titularidade de “liberdades negativas” acrescidas da garantia de que estas só serão objecto de intervenção e limitação se existirem consistentes razões de direito que o justifiquem, como será o caso sempre que a publicidade erótica “lesar interesses de terceiros dignos de tutela jurídica”, como acima se disse.

Pensamos no entanto que, ao não se querer ir mais além do que da mera análise das dimensões locutória e ilocutória da linguagem publicitária, como sempre fazem os burocratas, não podemos esperar outra coisa do que a sua qualificação eufemística como “publicidade erótica” mesmo quando o apelo publicitário deixa entrever a existência organizada da prática do crime do “lenocínio” que configura um ilícito criminal. A dissimulação da visibilidade dos órgãos sexuais mais não visa do que evitar uma reacção penal efectiva, uma vez que também a sua exibição ostensiva no espaço público não é permitida pela lei. Aquele cuidado evita também uma eventual reacção por parte do legislador, através da produção de normativos limitativos daquela específica forma de liberdade de expressão, como provavelmente aconteceria se os normativos em vigor, filiados na intencionalidade de um funcionalismo estratégico utilitarista, revelassem absoluta ineficácia na regulação flexível do domínio – seu único objectivo.

Compete ao Instituto Nacional de Defesa do Consumidor e à Comissão de Classificação dos Espectáculos apreciar se a “publicidade erótica” preenche os requisitos de ilicitude, isto é, se atenta ou não “contra a dignidade da pessoa humana” ou “utiliza linguagem obscena”. Nesta apreciação não se ignorará, certamente, a tendência geral da doutrina jurídica sobre esta matéria. De facto, a evolução legislativa dos últimos anos, como refere o penalista Maia Gonçalves<sup>9</sup> nas suas notas ao art. 163º do Código Penal, reflectiu na contemporaneidade as tendências, já esboçadas nos anos 60, no sentido de quebrar preconceitos e tabus em matéria de sexualidade.

Assim, o legislador do Código Penal fez deslocar, no texto do Código, os crimes sexuais do título relativo aos “Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade” para o título que trata dos “Crimes contra as pessoas”, formando um capítulo autónomo sob a rubrica “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. A acompanhar esta alteração, acentuou-se o movimento de *descriminalização*.

De facto, o presente Código Penal protege a liberdade sexual das pessoas e já não um interesse da comunidade, tendo como pano de fundo a regra de que não é crime qualquer espécie de actividade sexual praticada por pessoas adultas, desde que ocorra em privado e com mútuo consentimento. A orientação doutrinária,

que fez vencimento no Código Penal português vigente, está em perfeita sintonia com a doutrina liberal que emana dos escritos de Jeremy Bentham<sup>10</sup> e de Stuart Mill<sup>11</sup> e é ratificada pelo Tribunal Constitucional que, através do acórdão n.º 144/2004, declara ser a prostituição “num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual”.

Mais ainda, do Código Penal foi retirada a noção de “atentado ao pudor” (que espontaneamente seríamos levados a introduzir na qualificação da dita publicidade), definida no antigo Código como: “comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um acto que viola, em elevado grau os sentimentos gerais da moralidade sexual”. Em vez daquela noção, introduziu a expressão de “acto sexual de relevo”. Estas inflexões são o resultado de uma profunda alteração havida em matéria de moralidade sexual e acolhida entre nós, designadamente por eminentes juristas, cuja doutrina orienta o labor do legislador e a interpretação feita pelas instâncias.

O direito inicia um processo de despojamento de todas as conotações de natureza moral, numa espiral de intencionalidade que se manifesta, entre nós, com Maia Gonçalves, Figueiredo Dias e Costa Andrade, unânimes em esclarecer que as alterações introduzidas no Código Penal cumprem o objectivo de erradicar do direito criminal todo o dogmatismo moral “ficando no âmbito dele somente as condutas sexuais que ofendam bens jurídicos fundamentais das pessoas no que concerne à sua livre expressão do sexo”<sup>12</sup>.

Presume-se que esta tendência permissiva, que marca a evolução do Direito Penal em matéria de sexualidade, se aplique, *a fortiori*, no Código da Publicidade, domínio onde as práticas não têm a mesma relevância e dignidade jurídica, uma vez que a violação das regras da publicidade, erótica ou outra, tipificam ilícitos de mera contra-ordenação a que corresponde basicamente uma coima.

Pensamos que as empresas jornalísticas, não obstante a sua inevitável lógica empresarial, não devem esquecer a sua condição de “serviço de interesse público”<sup>13</sup> e que o uso destes recursos publicitários compromete, em primeira linha, a imagem do jornal e, metonimicamente, a credibilidade do jornalismo informativo que nele se faz. Temos realisticamente presente que o jornalismo só pode sobreviver orientando a sua “finalidade” por uma díade de objectos: informar e captar. Se o cumprimento do primeiro objectivo compromete o jornalista a “dizer o verdadeiro e a tranquilizar-se a si próprio quanto a essa exigência”, cumprindo assim “a finalidade democrática da informação”; é o segundo objectivo que, fidelizando audiências, garante a sobrevivência do órgão de comunicação.<sup>14</sup>

Os senhores jornalistas podem, se a situação o justificar, ter uma palavra a dizer sobre os critérios de admissibilidade da publicidade a inserir no jornal onde trabalham, através dos seus representantes nos Conselhos de Redacção, no âmbito das atribuições previstas para este órgão, designadamente as que

expressamente referem a aplicação do art. 14º da Lei de Imprensa, sobre a publicidade a admitir, na eventualidade de tal publicidade ofender os princípios deontológicos da classe. Isto porque nos parece que, do ponto de vista dos princípios deontológicos da classe, alguma publicidade não ligará muito bem com o esforço feito no sentido de dignificar a função do jornalista.

Contudo, porque a responsabilidade da inserção desta publicidade obedece a uma lógica de empresa, caberá sobretudo aos titulares dos órgãos de comunicação social reflectir sobre esta questão. Bom seria que a deontologia, hoje apenas esforço parcial e autónomo dos jornalistas, no sentido de valorizar a sua actividade profissional, pudesse também, na motivação essencial dos seus princípios, ser assumida pelas próprias empresas jornalísticas, em vista de uma credibilização da empresa que fosse corolário natural dessa prática. Mas se a ética do órgão de comunicação se limita a ser apenas construção em que assenta uma estratégia de credibilização<sup>15</sup>, então, talvez valha mais, na salvaguarda da verdade e da coerência, mostrar o que se é.

### 3. A publicidade erótica, entre a moral e o “moralismo”

Dissemos que o direito penal português dera início a um processo de despojamento de todas as conotações de natureza moral. Assim é. Mas tal não significa que se possa sequer pensar na dispensabilidade do fundamento axiológico constitutivo do próprio direito, fundamento através do qual direito e moral se intersectam. Nenhuma ordem jurídica é merecedora desse nome se de todo elidir, da sua intrínseca natureza, o fundamento da sua validade, como infra se verá. Por via deste fundamento nos valores largamente partilhados pela comunidade se dirá que todo o direito tem um fundamento moral<sup>16</sup>.

Dissemos ainda que o Código da Publicidade interdita a publicidade que “atente contra a dignidade da pessoa humana” bem como a que “utilize linguagem obscena”. Estes enunciados comportam “noções de natureza vaga” (Perelman e Tyteca, 1983) e que, por isso mesmo, concitam interpretações divergentes, onde pontificam as de índole liberal e a conservadora/vanguardista. O legislador português, apoiando-se na doutrina entre nós produzida, acolheu uma clara orientação de índole liberal remetendo a regulação da “publicidade erótica” para o Código da Publicidade, o mesmo é dizer, para um plano de menor dignidade – a dos ilícitos por contra-ordenação.

O “dever de respeito para com a pessoa humana”, em que apesar de tudo se escora o normativo do Código da publicidade, é unanimemente reconhecido como princípio geral do direito e “surge à nossa reflexão como se fora, de facto, a pedra angular de uma arquitectónica realização da justiça, entalhada entre a responsabilidade e o reconhecimento” (Borges; 2005: 258-259). E o reconheci-

mento do outro como sujeito igual em direitos, em responsabilidades e em dignidade, longe de ser uma empresa menor, é tão só o imperativo ético primeiro em que se funda uma Teoria dos Direitos Humanos consistente. Descontextualizando as palavras de Ricoeur, mas na preocupação de não macular o seu sentido, diríamos que um tal reconhecimento, por relevar da necessidade nascida da nossa “experiência ontogénica do injusto” e de algo em falta, antes de ser um imperativo é já “um optativo”, um desejado e voluntário “investimento caritativo no outro”, para usar palavras de Herman Parret.

Contudo, convém não esquecer, que também faz parte da “dignidade da pessoa humana” a fruição das “liberdades negativas” e, de entre estas, a da liberdade que reclama o direito de “autolimitação” de direitos, como é o caso das pessoas que, abdicando de alguns dos seus direitos de personalidade<sup>17</sup>, contratam juridicamente a sua participação em espectáculos eróticos de acesso restrito.

Como bem observa António Araújo, no seu importante estudo “Temos um direito à pornografia?”<sup>18</sup>, colocam-se aqui duas magnas questões: uma, a de saber se a uma tal contratação jurídica subjaz um livre “consentimento dos sujeitos envolvidos” e se o Estado pode, e até que ponto pode, interferir nessa esfera à revelia da vontade expressa das vítimas; outra, a de saber se existe ou não “uma lesão de interesses de terceiros dignos de tutela jurídica” a exigir, por isso, que todas as práticas atentatórias de “interesses de terceiros juridicamente tutelados” tenham lugar em privado ou em lugar de acesso reservado<sup>19</sup>.

Dissemos acima que o legislador, iluminado pela doutrina de consagrados juristas, decidiu, e pensamos que bem, erradicar do direito criminal todo o dogmatismo moral “ficando no âmbito dele somente as condutas sexuais que ofendam bens jurídicos fundamentais das pessoas no que concerne à sua livre expressão do sexo”. Com esta medida, atenuam-se os procedimentos de exclusão, de que fala Michel Foucault na *Ordem do discurso*<sup>20</sup> e, muito particularmente, o “interdito” que opera nos discursos da sexualidade.

Neste sentido a publicidade erótica publicada em jornais revistas ou por qualquer outro meio é, em si mesma, “a expressão livre” da sexualidade e, neste sentido, oferece-se-nos alijada do farisaico “moralismo” de outrora que, sem pudor, justificava, dentro do mesmo quadro legal, duas ordens normativas antinómicas em matéria de sexualidade: uma, informal e tolerante, direccionada para a comissão de “erros privados”<sup>21</sup>; outra, institucional e pública, empenhada da defesa das “públicas virtudes” e na exaltação de valores como o da “castidade” e da “fidelidade” num tempo de guerra colonial e de emigração em massa. Desta cumplicidade se alimentou, por muitas décadas, uma florescente, embora recatada, exploração da prática da prostituição, crime que responde pelo *nomen juris* de “lenocínio”.

Parece-nos de uma sensatez muito óbvia a clarificação introduzida, pelo legislador no Código Penal vigente, promovendo a erradicação de “todo o

dogmatismo moral” (cf. Figueiredo Dias) no pressuposto “de que a sociedade nada tem a ver com práticas sexuais exercidas voluntariamente entre pessoas capazes, devendo o direito penal sexual limitar-se a possibilitar a coexistência das diferentes concepções vigentes acerca da sexualidade e das diferentes formas de manifestação que cada uma dessas formas implica”<sup>22</sup>. Parece-nos igualmente justificado o *distinguo* entre a criminalização da prática de “lenocínio” e a descriminalização da “prostituição”. Sob este ponto de vista o direito revela o fundamento de validade da norma incriminatória na “censura social” para o acto degradante de uma “indústria” lucrativa que se alimenta da degradação da pessoa humana.

O fundamento de validade destas medidas é coerente com a natureza e função esperadas de um normativo que pretenda ser “direito”. De facto, como sustenta Castanheira Neves, o direito enquanto ‘válido dever-ser que é’ carece, para o ser, de uma vinculante dimensão normativa que só o fundamento da sua validade lhe pode conferir. À conjugação da “normatividade”, pressuposta no reconhecimento da natureza vinculativa da norma jurídica, com a “validade”, conferida por um fundamento axiológico, falta ainda o modo de existir específico de direito, a “vigência”, condição que faz do “normativo” direito efectivo, isto é, modo de ser “normativo-histórico”. Deste modo, para que um enunciado possa ser considerado “direito” terá de satisfazer uma tríade de exigências: “normatividade”, “validade” e “vigência”. É em atenção a elas que a inquirição sobre as fontes do direito deve responder “ao modo, forma ou processo” como “o direito se constitui e manifesta como *vinculante normatividade vigente*”<sup>23</sup>.

A esta luz, o Código da Publicidade, como normativo jurídico que pretende regular a matéria da sexualidade tem de cumprir também esta tríplice exigência que dele faz “direito”. Assim sendo, ganha particular relevância reflectir sobre a importância que tem, no domínio da sexualidade, o fundamento da “validade” das normas que a regulam. Vimo-lo já, este fundamento não é nem pretende ser “moralista” mas é, sem nenhuma dúvida, moral, no sentido em que tem compromisso com a *synthesis* axiológica que emana da sociedade. Todavia o direito, enquanto “específica ordem de validade” que é, não deve nunca confundir-se com nenhuma outra ordem de validade, moral ou outra.

Ricoeur, na sua obra *Le Juste*, faz-nos notar que o direito está “à mi-chemin de la morale et de la politique”. E nós pensamos, que enquanto tal, a sua enunciação não pode deixar de ser fortemente atravessada por interditos que marcam os dois pólos entre os quais o direito se situa. Hoje, porém, os interditos que atravessam os discursos da sexualidade e da política, de que nos fala Foucault em *L’Ordre du Discours*, “como forma de esconjurar poderes e perigos”, precisam ser compreendidos à luz das mutações operadas no espaço público contemporâneo e do papel nele desempenhado pelas novas tecnologias da informação.

Se os pressupostos da livre “autodeterminação sexual” e da “livre contratação de sexo entre adultos” não devem ser postos em questão, é certo que a multifacetada diversidade de apelos à partilha sexual, em particular os que são veiculados pela Web, são de acesso livre a crianças que se tornam alvo fácil de propostas de experiência e de partilha sexual por parte de particulares ou de redes organizadas de pedofilia. A força apelativa da “pornografia” veiculada pela Net é tal que nos parece sem significado relevante aquela que as crianças possam ler na imprensa escrita e que a lei autoriza. Relevante sim, e deve fazer-nos pensar, é o elevado número de crianças que, anualmente e um pouco por todo o mundo, são vítimas das redes organizadas de pedofilia.

#### 4. A insuficiência do utilitarismo como resposta

Ao falarmos dos constrangimentos que caracterizam o modo como habitamos o mundo no tempo presente não podemos deixar de reflectir sobre um dos principais factores exógenos que condicionam o nosso agir e o nosso pensar – o utilitarismo e a sua função larvar. Parece-nos evidente que a matriz de moralidade que enforma as orientações doutrinárias em matéria de “publicidade erótica” tem raiz no “princípio da utilidade” que se exprime, privilegiadamente, através do argumento pragmático que diz: é boa uma regra jurídica cujos resultados atestam a sua utilidade e eficácia. Neste sentido, e segundo os fundamentos deste argumento, é moral e ética a norma jurídica cujos resultados da sua aplicação atestam utilidade e eficácia na realização dos seus fins.

Ora, das duas uma, ou os fins do direito se confundem com os de uma norma utilitária avulsa, deixando-se contaminar pelo “princípio de utilidade” ou, na boa hipótese, não poderão nunca ser compagináveis com a finalidade curta daquele princípio mesmo quando surge reformulado de Jeremy Bentham como sendo o que visa a “felicidade do maior número”<sup>24</sup>. Diz Hannah Arendt que, “ao deduzir o seu princípio de felicidade do princípio de utilidade, Bentham transformou, de facto, o utilitarismo “num egoísmo ‘universalizado’”<sup>25</sup>.

Inquestionável é que o utilitarismo, que alguns designam como versão inglesa do positivismo na forma de “positivismo social”, triunfou em toda linha na Modernidade tomando por bandeira e verdade científica a máxima de Bentham: “todo o homem procura o seu prazer pessoal”. E, a partindo desta premissa, Bentham formula o postulado de que à filosofia moral cabe apenas a finalidade de centrar os seus esforços na maximização dos prazeres de cada um e na sua extensão ao maior número possível.

José de Sousa Brito explicita os três argumentos de Bentham contra a “doutrina dos direitos humanos” e contra a teoria do “contrato social” que, no seu conjunto, enunciam a clara pretensão benthamiana de justificar a sua

alternativa de fundação racional da política: 1<sup>a</sup> “il n’y a pas de droits antérieurs et indépendants d’obligations”; 2<sup>a</sup> “il n’y a pas d’obligations sans utilité, en d’autres mots, ce n’est qu’une certaine représentation de l’utilité qui peut expliquer un certain contenu de l’obligation”; 3<sup>a</sup> “aucune obligation ne doit être sans utilité, c’est-à-dire, le principe de l’utilité ou du plus grand bonheur justifie rationnellement toute obligation”<sup>26</sup>.

Através destas teses Bentham manifesta a convicção de que não há direitos naturais anteriores à lei, nem direitos que possam ser dissociados de obrigações (1.<sup>a</sup> tese), uma vez que “direito” e “obrigações” são faces complementares do mesmo acto instaurador que é a lei. Enuncia também claramente o propósito de desconstrução da teoria do “contrato social” (2.<sup>a</sup> tese), sustentando que a eficácia do “contrato” depende de uma lei que o torne vinculativo e que (3.<sup>a</sup> tese) a sua duração será apenas a do tempo durante o qual prevalecer a “utilidade de evitar a sanção” sobre a “utilidade da desobediência à lei”. Nestes pressupostos, toda a resistência à lei se apresenta a Bentham como legítima e o “princípio de utilidade” pode reivindicar, no limite, o estatuto de medida e fundamento não apenas do direito vigente, mas igualmente do direito que deve ser<sup>27</sup>. Stuart Mill, seu discípulo, procura suavizar a doutrina do mestre, antecipando-se, com sagacidade, à crítica que a modernidade haveria de fazer ao utilitarismo, enunciando o *princípio da liberdade individual*, em nome do aumento da massa total da felicidade colectiva.

A crítica moderna, em particular pela voz de John Rawls, centrou o debate público entre “utilitarismo” e a “nova filosofia dos direitos do homem”, bem como o debate sobre a noção de “contrato social”, no “princípio da liberdade”. Na esteira de Rawls, e em diálogo com ele, surgiram recentemente à esquerda e à direita outras tentativas de desconstrução crítica do “utilitarismo”, sendo paradigmáticas dessa polaridade as obras de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* e a de Nozick, *Anarchy, State and Utopia*.

Aludimos já à filiação do utilitarismo no positivismo, enquanto “positivismo social”. Contudo os traços identitários dessa filiação não são evidentes à primeira vista: Parece evidente que o modo de funcionamento tecnocrático do positivismo jurídico o coloca no polo oposto do utilitarismo moderno, sobretudo se atentarmos que o positivismo prescreve a estrita obediência às leis, independentemente de elas serem ou não justas e úteis, uma vez que elas não são expressão de uma vontade autocrática e despótica, mas emanação da vontade geral, da soberania do povo que se impõe de modo igual *erga omnes*. Face a este postulado positivista, nada faria supor uma cumplicidade da razão geral triunfante, erguida como bandeira pelo positivismo jurídico, com o utilitarismo que tem a sua matriz no “princípio da utilidade” subjectivizante e se exprime na máxima de Protágoras: “homem-medida de todas as coisas”.

Não obstante a máxima do positivismo jurídico dizer que a lei é para cumprir, independentemente de ser ou não justa e útil, o “utilitarismo” teve a astúcia de gerar, no próprio seio do positivismo, a corrente doutrinária capaz de o subverter, o “utilitarismo jurídico”. Michel Villey defende a ideia de que o utilitarismo se infiltrou no universo jurídico francês, particularmente no direito penal, fazendo-o sem que disso tivesse ficado uma consciência muito nítida, uma vez que a infiltração teria sido feita sob disfarce de uma fidelidade ao normativismo<sup>28</sup>.

Vencido o “positivismo puro e duro”, por alturas do Julgamento de Nuremberga, o utilitarismo, também ele positivismo, abriu caminho através da ciência e da técnica para meios de “defesa social” mais eficazes, económicos e melhor adaptados à resolução dos problemas sociais do que os que propunha a estrita e formal subsunção positivista. A política penal, por exemplo, não resistiu à tentação de lhe delegar a função ortopédica da sociedade de múltiplas e variadas formas. Como afirmámos em *Vida razão e Justiça*, “o paradigma mais refinado da subversão do positivismo pelo utilitarismo [encontramo-lo na] estratégia do Legislador que ao remeter-se à produção de Leis-quadro, leis de orientação vazias de conteúdo essencial, deixa deliberadamente o caminho aberto ao poder executivo dos “engenheiros sociais”, agentes do utilitarismo, o cuidado de preencher e adequar o campo da sua aplicação, através de portarias, despachos e regulamentos, em suma de actos administrativos. É uma via larvar, segura e intencional, esta que o utilitarismo incorpora no processo aqui denunciado, em vista de subverter o verdadeiro sentido do direito, cuja reconstrução se revela tarefa urgente<sup>29</sup>.

Por esta via, Ocidente moderno ter-se-à rendido à procura de meios de eficiência, relegando para segundo plano, ou pondo-a à distância, a questão dos fins que ao direito compete realizar. Por acção desta estratégia demiúrgica do “princípio da utilidade”, o direito terá perdido do seu ponto de mira o alvo da sua dimensão essencial para o qual sempre deve apontar – a realização dos fins do direito.

Sobrepassando os pressupostos da moral utilitarista, Paul Ricoeur propõe, como *telos* de uma vida, a realização de um projecto de acabamento pessoal no quadro de instituições justas. Na realização imanente destes fins está o que dá um sentido ético pleno à vida de cada um, por mais utópica ou ideal que seja a natureza dos fins que cada um se dê como horizonte de realização pessoal. Neste sentido, só as “instituições justas” se oferecem como capazes de contornar as vicissitudes próprias do humano subsistir e levar a cabo o projecto, aberto a todos, de realização pessoal de cada um.

Em amplos domínios da sociedade pontificam os valores designados como “inferiores”, segundo o critério de Scheler (o da “altura do valor”); falamos de valores ligados à esfera das necessidades, da sobrevivência do indivíduo e da espécie de que fala Hannah Arendt em *A Condição Humana*. Contudo, são estes

valores que mais alto fazem exprimir a sua urgência, assumindo-se como “primeiros” segundo o critério de Hartman (o da “força do valor”). O nosso ordenamento jurídico, porventura mais próximo de Hartman, atende a esse apelo primordial, tutelando com redobrado zelo o valor da vida humana e o direito de propriedade. Já relativamente a “valores mais elevados” que se ligam à “dignidade da pessoa humana”, à protecção dos direitos da criança não coloca aí o mesmo cunho de urgência nem o merecido zelo.

Hartman designada esta dupla perspectiva com que olhamos os valores como “o duplo rosto da Moral”, manifesto na dupla exigência de não lesar os valores inferiores e de dar valor aos valores mais altos. Fundar a validade do direito e atender a esta dupla exigência requer do legislador um saber técnico-jurídico, uma sensibilidade e uma prudência que muitas vezes ele não tem. Pensamos que ao direito compete recolher, da água movente dos valores partilhados pela sociedade, a síntese axiológica de que carece para fundamento da sua validade. Nesta faina laboriosa é possível encontrar, à tona da água e na poalha mais fina dos valores, a flor de sal que equilibradamente tempera a função reguladora do direito e a função auto-reguladora das deontologias – o “dever de respeito para com a pessoa humana”.

Os regimes de democracia política de modelo liberal, como o nosso, assumem como pilares de sustentação a liberdade, a igualdade e a segurança que suportam o exercício dos direitos subjectivos, como o direito à vida, à expressão livre do pensamento e demais “liberdades negativas” constitutivas dos direitos humanos de primeira geração. Contudo o Estado liberal dá-se voluntariamente a si próprio a discreta função de “fiador” de liberdades formais, confiando à sociedade a capacidade de se auto-regular no plano onde as liberdades se materializam e entram em conflito entre si. O Estado tem oscilado entre o tudo e o nada, entre o olímpico alheamento neo-liberal e a presença repressora excessiva dos regimes autoritários e totalitários. Há que repensar não os valores que partilhamos, mas o modo como os hierarquizamos e a coerência que pomos na sua concreta materialização.

Veja-se, a título de ilustração, o caso da liberdade democrática do acesso à informação através da Web. Do nosso ponto de vista, esta liberdade tem de se justificar perante o “princípio geral de Liberdade” de que fala Robert Alexy. A sabedoria está em perceber que justificar uma *situação total de liberdade* pressupõe, como diz o autor, “justificar os sacrifícios de liberdade e a existência de comandos e proibições”.

Neste sentido foi muito meritória a iniciativa tomada em 1998 nos EUA, sob a Administração Clinton, com o “Child Online Protection Act” (COPA) que pretendia regular o acesso de menores a “sites” de pornografia da Net. Esta iniciativa foi vetada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos em nome do princípio da Liberdade de Expressão. O alarmante crescimento

das redes de prostituição infantil estruturadas a partir da Internet não deixam de dar razão aos promotores do COPA e a Robert Alexy, pondo a nu o rotundo equívoco de quem troca o absoluto valor da pessoa humana por qualquer outro absoluto, mesmo que ele se chame Liberdade de Expressão.

Remeter para o Código de Publicidade a punição de actos que atentam “contra a dignidade da pessoa humana” para sobre eles fazer recair uma “coima” parece-nos um claro indício de uma funcionalidade estratégica utilitarista que, em vez de visar a prossecução dos fins do direito, promove o seu descrédito fazendo uso do dispositivo da “trivialização”. Importa dizer, para concluir, que é prudente que no plano jurídico-político se faça uma clara dissociação entre a “publicidade erótica” e as práticas degradantes e lesivas da dignidade da pessoa humana, em particular as que atentam contra os direitos consagrados na Declaração dos Direitos da Criança<sup>30</sup>. Basta para tanto que, democraticamente, se atenda à necessidade de justificar a eventual limitação de algumas liberdades de expressão, à luz do “princípio geral de liberdade” de que nos fala Alexy. Essa poderá ser a melhor via para defender a livre expressão do erotismo e lhe conferir a dignidade que merece.

## Notas

<sup>1</sup> “Sexualidade” que vemos associada, tanto ao termo grego *Pórne*, raiz etimológica de “pornografia”, como a *Eros*, o deus do amor, raiz etimológica de “Erotismo”. A “pornografia”, em particular, é definida pelo Supremo Tribunal do Canadá como “todo o material que degrada as mulheres ou promove a violência”.

<sup>2</sup> Arendt, Hannah, *A Condição Humana*, pp. 73-81.

<sup>3</sup> Roland Barthes, “L’Ancienne Rhétorique, Aide-mémoire”, *Communications* n.º 16, Paris: Seuil.

<sup>4</sup> Habermas, Jürgen, *L’Espace Public – Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, p.17 (tradução nossa).

<sup>5</sup> Cf. Héctor Faúndez Ledesma, “La declaración universal de derechos humanos (40 años después)”, Caracas, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*: 281- 298.

<sup>6</sup> Cf. António Araújo, “Temos direito à pornografia?”, *Revista Atlântico*, Maio 2005. [http://www.revista-atlantico.com.pt/11\\_Polemica/polemica\\_05\\_2005.htm](http://www.revista-atlantico.com.pt/11_Polemica/polemica_05_2005.htm).

<sup>7</sup> Robert Alexy, in *Teoria de los Derechos Fundamentales*, diz, em nota, o seguinte: “Em relação à crítica da ‘ilimitabilidade do direito subjectivo’ que em nenhum outro direito parece tão plausível como no da liberdade, cf. U.K.Preuss, *Die Internalisierung des Subjects*, pg.37”, op. cit., p. 366 (tradução nossa).

<sup>8</sup> Alexy, Robert, *ibidem*.

<sup>9</sup> Maia Gonçalves, “Prefácio e notas”, *Código Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

<sup>10</sup> Jeremy Bentham (1785), *Offences against one’s self*.

<http://www.worldpolicy.org/globalrights/sexorient/1785-Bentham.html>

<sup>11</sup> Mill, John Stuart (1859), *On Liberty*, ed. ut. Sobre la libertad. Capítulos sobre el socialismo y otros ensayos, Barcelona: Orbis, 1985.

<sup>12</sup> Maia Gonçalves, “anotações ao art. 163”, *Código Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

<sup>13</sup>. Interesse que é tutelado pelo art. 4º da Lei n.º 2/99 (Lei de Imprensa).

<sup>14</sup> Charaudeau, Patrick, “L’Événement dans le Contrat Médiatique”, *Dossiers de L’Audiovisuel*, Mai/Juin, La Documentation Française, pp. 50-52.

<sup>15</sup> Libois, Boris, *Ethique de l’information - Essai sur la deontologie journalistique*, Ed. L’Université de Bruxelles.

<sup>16</sup> Sobre a importância do elemento moral no funcionamento do direito tenhamos presente, a título de ilustração: Habermas, Jürgen, *Direito e Moral*, Lisboa: Edições Piaget, 1999; Perelman, Chaïm, *Ethique et Droit*, Éditions de L’Université de Bruxelles, 1990; do mesmo autor, *Droit, Morale et Philosophie*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968; Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, Coimbra Editora, 1993; Ricoeur, Paul; *Le Juste*, Paris: Éditions Esprit, Diffusion-distribution Le Seuil, 1995.

<sup>17</sup> Cf. Ana Prata, *Dicionário Jurídico*: [Trata-se de um] “interesse legítimo, juridicamente protegido, de que dispõe toda a pessoa, de obter o respeito de todos os elementos que compõem a sua personalidade física e moral (corpo, imagem, nome, pensamento, honra.)”.

<sup>18</sup> Sobre este tema, ler o consistente e infra citado artigo de António Araújo: “Temos um direito à pornografia?”.

<sup>19</sup> São estes os dois pressupostos, enunciados no Relatório Wolfenden, que “justificam a não intervenção do direito criminal”, em matéria de homossexualidade ou de prostituição, cf. António Araújo, op. cit., p.5.

<sup>20</sup> Foucault, Michel (1971), *L’Ordre du Discours*, Paris: Gallimard.

<sup>21</sup> Que podemos ilustrar com o conhecido caso dos “Ballet Rose”, ocorrido em Portugal nos tempos do “Estado Novo”.

<sup>22</sup> Maia Gonçalves, “anotações ao art. 163”, *Código Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

<sup>23</sup> Castanheira Neves (1982), “Fontes do Direito – Contributo para a revisão do seu problema”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LVIII, Coimbra, p. 171.

<sup>24</sup> Hannah Arendt, *A Condição Humana*, p.376.

<sup>25</sup> Hannah Arendt, *A Condição Humana*, nota 73, p.404.

<sup>26</sup> Brito, José de Sousa (1981), *Droits et utilités chez Bentham*, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26, p.95.

<sup>27</sup> Brito, José de Sousa, *ibidem*.

<sup>28</sup> Villey, Michel, “Préface Historique”, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26, pp. 4-5.

<sup>29</sup> Borges, Hermenegildo, *Vida, Razão e Justiça*, p. 233.

<sup>30</sup> Declaração aprovada a 20 de Novembro de 1959. Versão portuguesa publicada no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 249 de 1975, p. 385 e sgs.

### Bibliografia

- Arendt, Hannah (1958), *The Human Condition*, ed. ut. *A Condição Humana*, Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001.
- Alexy, Robert (1978), *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, ed. ut. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Alexy, Robert (1986), *Theorie der Grundrechte*, ed. ut. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Araújo, António (2005), "Temos um direito à pornografia?", *Revista Atlântico*, Maio. [http://www.revista-atlantico.com.pt/11\\_Polemica/polemica\\_05\\_2005.htm](http://www.revista-atlantico.com.pt/11_Polemica/polemica_05_2005.htm).
- Barthes, Roland (1964), "L'Ancienne Rhétorique, Aide-mémoire", *Communications*, n.º 16, Paris: Seuil, 1970.
- Borges, Hermenegildo F. (2005), *Vida, Razão e Justiça*, Coimbra: MinervaCoimbra.
- Castanheira Neves, A. (1993), *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Boletim da FDUC, Coimbra: Coimbra Editora.
- Habermas, Jürgen (1962), *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, ed. ut. *L'Espace Public – Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris: Payot, 1978.
- Habermas, Jürgen (1986), *Recht und Moral*, ed. ut. *Direito e Moral*, Lisboa: Instituto Piaget.
- Lakoff, George (2002), *Moral Politics – How Liberals and Conservatives Think*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Maia Gonçalves, M. (1998), *Código Penal Português – Anotado e comentado e legislação complementar*, Coimbra: Livraria Almedina.
- Perelman, Chaïm (1968), *Droit, Morale et Philosophie*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Perelman, Chaïm (1990), *Ethique et Droit*, Bruxelles: Éditions de L'Université de Bruxelles.
- Villey, Michel (1981), "Préface Historique", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 26: 1-10.