

EDIÇÃO 4 FEV/2021 - MAR/2021
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

JUSTIÇA: ENTRE A OBSCENIDADE E A ARTE

Tiago Gagliano Pinto Alberto ¹

O presente artigo trata do estudo das teorias da justiça a partir da análise do caso do performista Maikon Kempinski, que foi autuado e processado por ato obsceno, sendo o procedimento criminal trancado em função de habeas corpus deferido pela 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal do Paraná. O artigo tem como objetivo pesquisar e descrever algumas variantes decisórias para o caso, do ponto de vista de três teorias de justiça e segundo o pensamento de seus expoentes. Dessa forma, serão tratadas algumas possíveis perspectivas do ponto de vista utilitário, liberal e comunitário, expondo seus contornos teóricos, princípios e características, de modo a contribuir para o convencimento do leitor acerca do cabimento, ou não, da abordagem judicial.

Palavras-Chave: Arte. Justiça. Obscenidade.

The present article deals with the study of theories of justice based on the analysis of Maikon Kempinski's case, a performer who was prosecuted for an obscene act, however, released when the judgment of the 4th Special Appeals Court of the Paraná Court decided to uphold Habeas Corpus' request that the criminal action should be closed. We will seek to research and describe some variants for the case from the point of view of three theories of justice according to the thinking of its greatest exponents in order to investigate, based on the judged case, some possible prospects from the chosen point of view, liberal and community, exposing its theoretical outlines, principles and characteristics, in order to contribute to the reader's conviction about the appropriateness, or not, of the judicial approach.

Keywords: Art. Justice. Obscenity.

¹ Pós-doutorado em psicologia cognitiva pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Pós-doutorado em Direito pela Universidade de León / ES. Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Juiz de Direito. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Endereço eletrônico: tiagogagliano@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Maikon Kempinski é um artista que foi protagonista de uma situação inusitada em Londrina, cidade do interior do Estado do Paraná, em função de apresentação artística urbana que consistiu no seguinte: colocar-se dentro de uma imensa bolha de plástico, completamente nu, para apresentar o show denominado "DNA de DAN", no qual permaneceu sem movimento enquanto uma substância se secava sobre seu corpo, sucedida por dança ritualística em que interagiu com o público, que via tudo ocorrer sem acreditar.

Obviamente, o "show" tinha como propósito causar polêmica e indignação, o que facilmente conseguiu. Algumas pessoas se sentiram desconfortáveis, razão pela qual notificaram a polícia. O agente estatal que recebeu o caso decidiu iniciar investigação contra Maikon por violação ao artigo 234, inciso II, do Código Penal Brasileiro, que tipifica como crime a realização de espetáculos teatrais e exposições de filmes de natureza obscena, ou, ainda, qualquer outro espetáculo com o mesmo caráter que aconteça em locais públicos.ⁱ

Com o objetivo de trancar a ação penal deflagrada contra o artista de rua, sua defesa impetrou habeas corpus dirigido à Quarta Turma Recursal, sendo ao final concedida a ordem sob os seguintes argumentos: (i) o show foi autorizado pelas autoridades competentes, razão pela qual não poderia ser considerado criminoso; (ii) o espetáculo fez parte de um Festival de Dança Tradicional da cidade, ao qual compareceram apenas os interessados; (iii) o artista fez sua apresentação em outras cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, sem qualquer embaraço legal; (iv) não é admissível que tantas pessoas se considerem capazes de julgar as eleições alheias, como se fossem censoras umas das outras; (v) o artigo do Código Penal que dispõe sobre o crime de ato obsceno é inconstitucional.ⁱⁱ

Diante do provimento decisório, surgem os seguintes questionamentos: nas circunstâncias do caso caberia dizer que a decisão da Quarta Turma Recursal foi acertada? Foi "justa"? O que entendemos pela palavra Justiça e o que devemos fazer para percebê-la?

Este artigo terá como foco pesquisar e descrever algumas variantes decisórias para o caso, do ponto de vista de três teorias de justiça e segundo o pensamento de seus maiores expoentes. Ao final, se o artigo for bem-sucedido, o leitor poderá decidir se acredita que Maikon Kempinski cometeu ou não o delito que se lhe imputou.

1 O QUE É A JUSTIÇA?

O estudo das teorias da justiça constitui uma das facetas mais fascinantes e estimulantes do direito, em grande parte porque revela um cenário em que todos os casos estarão certos ou errados de acordo com o caminho teórico que cada estudioso decidir adotar. Não existe algo como uma resposta única e definitiva para o que seria justo, como Hans Kelsen nos ensinou em seu livro sobre a Justiça.

Ao perguntar o que é justiça, o filósofo austríaco inicialmente menciona a pergunta que Pilatos teria feito a Jesus Cristo: "O que é a verdade?" Essa pergunta não teria sido respondida por quaisquer dos interlocutores e, segundo Kelsen, esse conceito não tem uma resposta definitiva. Para

este importante autor, a ideia de justiça está intrinsecamente ligada à concepção de felicidade, que também encontra dificuldades de definição, podendo ser caracterizada de forma diversa dependendo da teoria básica que se opte por seguir (KELSEN, 2001). A felicidade, se considerada individualmente, traz uma luta inglória em sua definição quando associada ao conceito de justiça.

Ao assumir a felicidade como sinônimo de Justiça, a teoria utilitarista, por exemplo, apresenta-nos algumas abordagens que associam o que há de mais útil e eficaz, seja do ponto de vista pessoal ou da sociedade. Para a teoria libertária, em outro quadrante, a felicidade (e a justiça, portanto) estaria envolvida na aplicação estrita dos direitos individuais, ao passo que para a teoria comunitária nem a felicidade ou a justiça atuariam de maneira tão importante quanto o bem comum da comunidade.

Como se pode perceber, não há possibilidade de pensar de modo binário; por isso, não é possível reduzir a abordagem para uma resposta certa ou errada, ao menos no campo da Justiça. Dependendo simplesmente do preceito teórico que se decida adotar, haverá um conjunto de definições, pressupostos, características e objetivos que embasarão uma ou outra resposta sobre determinado tema. Com as teorias da justiça, estamos em um ambiente onde efetivamente tudo é relativo.

Mas então qual seria a vantagem de estudar e aplicar as teorias da justiça, considerando o caráter subjetivo no mundo fático?

Embora a compreensão do que seja justo, bom, felicidade, virtude, ideia e adequado tenda a ser relativa, é importante sugerir uma posição teórica e epistemológica para apoiar os argumentos, a fim de que não prevaleçam posturas meramente individualistas e subjetivas dissociadas de quaisquer análises teóricas e, bem por isso, entregues completamente ao voluntarismo e à boa vontade do decisor.

Ademais, o exame das teorias da justiça vai além da esfera do mero deleite e prazer, atingindo, na realidade, a aparência da indispensabilidade, da necessidade efetiva e inevitável, de modo que não haverá forma de tomar decisões sem amparo nas teorias da Justiça. Decidir é escolher o que se acredita ser certo ou bom e essas noções não estão longe da Justiça; em vez disso, estão fortemente envolvidas e imbricadas entre si. Vejamos, portanto, algumas opções teóricas.

2 ALGUMAS ABORDAGENS SOBRE A JUSTIÇA

2.2 A teoria utilitária

Em "Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação", Jeremy Bentham (1984, p. 5) enunciou o princípio que representa, para ele, a marca registrada do pensamento utilitário, sua teoria ética:

A natureza colocou a humanidade sob o controle de dois senhores soberanos: a dor e o prazer... O trono desses dois senhores está vinculado, por um lado, à regra que distingue o que é certo do que é errado e, por outro, à cadeia de causas e efeitos (BENTHAM, 1984, p. 5).

Bentham viveu na Inglaterra entre 1748 e 1832 e é aceito como o pai do utilitarismo - como uma filosofia moralⁱⁱⁱ. Suas ideias giravam em torno de muitos eixos, apresentando interesses pluritemáticos que variavam desde a reforma dos sistemas educacionais e penais até a criação de um sistema completo de pensamento filosófico.

Bentham, também conhecido por seus detratores como um "radical filosófico", embora tímido e modesto na companhia de estranhos, interessou-se pela ética e pela política como forma de combater a falta de racionalidade na aplicação da lei, a distribuição de recursos públicos e o governo. A partir dos princípios teóricos que cunhou, entendeu que a maioria deve governar com base em critérios escolhidos por eles próprios, racionais a ponto de poderem ser vistos e percebidos como corretos, sem apelar para qualquer entidade mística ou racionalidade duvidosa.

Bentham tratou os princípios de "maior felicidade" e "associação" como os fundadores de seu sistema filosófico e, ao mesmo tempo, político e legal. A associação tinha um caráter comportamental determinista e baseava-se na noção de causalidade, revelada pela associação de i) ideias e linguagem; e de ii) ideias em ideias.

Por esta razão, a concepção de associação de Bentham é baseada na teoria do "reflexo condicionado" de Pavlov, que correlaciona estímulo e a reação no ambiente de tomada de decisão e a elaboração de regras de ação, manifestações jurídicas, políticas e sociais^{iv}. Ou seja, sentimos dor e nos afastamos; percebemos prazer e nos aproximamos dele. A maior felicidade, por outro lado, está na ideia da distribuição dos bens e na escolha dos indivíduos de carne e osso sobre o que lhes parece racional.

A felicidade que se busca não seria exatamente a do indivíduo, embora a extensão da ação para qualquer tomada de decisões racionais e utilitárias seja, de fato, a busca do prazer e a fuga da dor; mas, na realidade, uma atividade legislativa capaz de equilibrar interesses individuais e coletivos, a partir de um entendimento racionalmente visualizado. Desse ponto de vista, alguém poderia discordar de uma política pública, ou de uma lei, por exemplo, mas não poderia dizer que o ato tem como fonte o interesse exclusivo de quem exerce o poder, ou mesmo objetivo diverso ao bem-estar da comunidade com base em princípios orientadores escolhidos pela própria comunidade.

Por outro lado, assim como a racionalidade conduz à previsibilidade e se alimenta de aspectos objetivos, também evita as subjetividades na aplicação do direito e das leis vigentes. Um criminoso será punido por seu crime e não pelo que é, já que violou uma ordem previamente estabelecida pela sociedade, assumindo para si o ônus de ser punido por sua decisão. Todos, portanto, devem ser tratados de forma igual, a menos que haja alguma razão em contrário (RUSSEL, 2015, p. 343 - 346). Essa foi a ideia central benthamista^v.

A liberdade e a individualidade sempre cederam à ideia de segurança para ele. Bentham disse: "As guerras e tempestades são os melhores tópicos para ler, mas a paz e a calma são mais adequadas para suportarmos" (RUSSEL, 2015, p. 346).

2.1.1 Princípios da teoria utilitária

Existem quatro princípios centrais para a teoria utilitarista desde a matriz Benthamiana, que se resumem em:

- Maior felicidade para o maior número de membros da sociedade;
- O ponto de vista é sempre o dos indivíduos de carne e osso: os objetivos não dependem de Deus ou de outra entidade;
- Ausência de distinções - é imparcial;
- Evita a discriminação: exige prova de dano com a ação.

Com base nos princípios destacados, a teoria utilitarista parece objetiva e racional; no entanto, não há dúvida de que há problemas a serem discutidos. A composição moral da teoria utilitarista revela o maior problema quando se trata de sua aplicação, principalmente devido à postulação de que os fins justificam os meios quando a sociedade os considera aceitáveis. As consequências que aparecem como um marcador moral do desempenho de qualquer ação ou omissão consistem em um ponto essencial para a crítica, porque, entre outras razões, ameaça a existência de direitos e demonstra ser capaz de relativizar a própria ideia de ser humano.

Voltando ao exemplo de Maikon Kempinski, a infelicidade da maioria dos cidadãos pode, do ponto de vista utilitário, definir a legalidade e até a constitucionalidade de sua atuação artística. Nesses termos, teríamos, ao final, que a lei e o direito seriam definidos pelos gostos populares, como advertiu o juiz que decidiu o caso, Aldemar Sternadt:

Infelizmente, tendemos a subestimar o poder de um déspota ou tolo de causar danos aos outros, mas a ignorância está patologicamente imersa na intolerância para aceitar diferenças (crenças e opiniões de outras pessoas).

É preciso dizer que o ignorante ou o intolerante não é aquele que não sabe alguma coisa, mas aquele que vê sua violência e preconceito como sabedoria. O ignorante é facilmente reconhecido, porque tenta destruir o conhecimento que ameaça lançar luz sobre as trevas que o habitam. Afinal, como o mofo, a ignorância cresce no escuro.^{vi}

Portanto, felicidade é um padrão muito fraco para definir justiça, principalmente porque não há consenso sobre o que seja utilidade^{vii} e como se correlaciona com o conceito de felicidade e justiça.

Talvez pela dificuldade de definir justiça baseada na felicidade (uma vez que está envolvida com a utilidade, que também não é sólida em termos racionais), ou, ainda, porque a teoria utilitarista se situa mais em um ambiente ético do que propriamente jurídico, com alta dose de avaliação moral por parte do tomador de decisão, outras opções possam ser chamadas a interagir. Vejamos.

2.2 A teoria libertária

Robert Nozick (1938 - 2002), um dos defensores da teoria libertária, foi um professor americano de filosofia que lecionou em Harvard, Columbia, Oxford e Princeton.

Seu principal trabalho em filosofia política ^{viii} foi o popular livro "Anarquia, Estado e Utopia", que apareceu em resposta à teoria da justiça de John Rawls, mas também fez fortes críticas ao utilitarismo (NOZICK, 2011, p. 197).

Na seção relacionada ao utilitarismo, vimos a dificuldade de encontrar um conceito de felicidade, mesmo com as variações sobre a utilidade. Além desse problema, Nozick argumenta que mesmo que o conceito de utilidade se consolidasse, ainda existiriam problemas na aplicação da ideia de maximização.

Observando que "ninguém está em uma posição privilegiada; todos são igualmente importantes" (NOZICK, 2011, p. 197-199), a maximização da utilidade foi fortemente criticada por este autor, baseada na ideia de um agente que executa cálculos utilitários e equipara as relações jurídicas com a moral, mesmo em termos de consequências, a fim de decidir o que é correto, para ser feito com base em cálculos de utilidade.

De acordo com a posição de Nozick - e dos libertários em geral - os indivíduos são fins em si mesmos e não simplesmente meios; não podem ser sacrificados ou usados para fins estatais sem o seu consentimento. A corrente libertária considera que as pessoas não devem ser vistas como instrumentos para a satisfação de algum ideal; não podem ser equiparadas a coisas que, de acordo com o Estado, podem ser levadas de um lado para outro de acordo com a ideologia que a sociedade escolha, mesmo que a decisão provenha da maioria e, por isso, seja "legítima" e considerada "racional" (KARSTEN, BECKMAN, 2013; FRIED, 2004).

2.2.1 Princípios da teoria libertária

Alguns dos princípios mais importantes da teoria libertária são os seguintes, a saber:

Ausência de paternalismo do Estado

O Estado não deve tentar proteger os seres humanos de si mesmos, mesmo que seu comportamento possa prejudicar sua própria saúde (PATARROYO, 2009; MOLYNEUX ^{ix}, 2017). O Estado paternalista, para os libertários, é tão ruim quanto um Estado opressor, na medida em que em ambos os casos a liberdade é mitigada; na primeira, por questões que vão da ideologia à economia e, na segunda, por meio da violência e ameaças graves. Em ambas as conformações há diminuição dos direitos, principalmente da liberdade.

Apontar padrões de virtude ou comportamento é, para os libertários, algo que a esfera pública não pode realizar. Pelo contrário, o conteúdo das declarações provenientes dos Poderes não deve estar relacionado a qualquer posição que não seja estrutural, vinculado à formalização de atos de segurança e ao funcionamento orgânico do sistema público.

Os atos dos Poderes não devem apresentar conteúdo moral

De acordo com este princípio, o Estado não deve promover virtudes ou expressar as convicções da maioria por meio de legislação ou outros atos que justifiquem as

manifestações dos Poderes constituídos. Por outro lado, o Estado deve entender que ao não comentar ou decidir determinado tema, também está agindo ativamente: liberando espaço para o exercício das individualidades (FISCHER, KANE, VARGAS, PEREBOOM, 2007; BLOCK, 2010; PAUL, 2013).

Não deve haver redistribuição de renda ou riqueza

Imagine que um determinado trabalhador, que tem cerca de cinco meses de seu salário direcionados para o pagamento de impostos, decida informar ao chefe que não trabalhará durante esse período, porque não lhe pagariam. O que aconteceria? Se você, leitor, respondeu que a atitude deste trabalhador poderia lhe custar o emprego, acertou. Ou seja, o empregado seria punido por não trabalhar, embora seja razoável acreditar que durante esse período ele realmente estivesse trabalhando sem remuneração.

Agora, volte no tempo e observe a época em que a escravidão era admitida. Naquela época, os escravos não percebiam pelo trabalho; e, se eles se recusassem a trabalhar, o que acontecia? Eles eram punidos.

A conclusão libertária para não reconhecer a legitimidade na redistribuição de renda ou riqueza é que se as causas e consequências, antes e depois da escravidão, são as mesmas, geradas pela mesma situação, então o atual empregado, que tem parte de seu salário direcionado aos impostos e, apesar disso, deve trabalhar, deve também ser considerado um escravo, pelo menos do ponto de vista fático. Por essa razão, a teoria libertária não permite a redistribuição de renda ou riqueza, já que seria como obrigar o ser humano a trabalhar para o bem dos outros, sem ser remunerado e até mesmo com a possibilidade de ser punido. Murray Rothbard é muito enfático neste ponto:

O imposto é um roubo, puro e simples, mas é um roubo colossal e em grande escala que nenhum criminoso popular pode sonhar em equiparar. É uma aquisição obrigatória da propriedade dos habitantes ou súditos do Estado. Seria um exercício instrutivo para o leitor cético tentar formular uma definição de imposto que também não incluísse o roubo. Como o ladrão, o Estado exige dinheiro equivalente ao alvo de um revólver; se o contribuinte se recusar a pagar, seus bens serão confiscados à força e, se ele resistir ao saque, será preso ou fuzilado se continuar a resistir (ROTHBARD, 2010).

A não redistribuição de renda e riqueza é central para a teoria libertária, já que a liberdade pode ser diretamente afetada pela natureza obrigatória da arrecadação de impostos (BADER, MEADOWCROFT, 2011; KYMLICKA ^x, 2006). A afirmação de Murray de que a tributação é um "roubo institucionalizado" pelo Estado demonstra o nível de complacência (ou melhor, a falta dela) que os libertários oferecem à atitude de o Estado meter as mãos nos bolsos dos cidadãos e tomar parte da renda para as necessidades públicas.

Vinculado a esta questão, há ainda o sempre lembrado monopólio estatal do uso da violência, ao qual se acrescenta a dicção exclusiva do Direito (MURPHY ^{xi}, 2010). Numa sociedade em que só o Estado tem competência para ditar a lei e aplicá-la, com poder de recorrer à violência legítima e institucionalmente autorizada, não haverá

alternativa ao cidadão senão oferecer à sociedade a sua submissão total e absoluta

2.2.2 A posse de si mesmo como eixo central da teoria libertária

Entre os eixos da teoria libertária^{xii}, a posse de si mesmo ocupa, sem dúvida, espaço especial. O restante se desenvolve a partir dela (OTSUKA, 2003, p. 1 - 40). Apenas considerando que o indivíduo tem o direito de ser visto como um fim e não apenas um meio para se alcançar algo, principalmente por parte do Estado, será possível considerar uma sociedade justa que, resolvendo seus problemas, não se ocupe apenas da Justiça Social, mas em desenvolver direitos e promover a liberdade.

Logo, tendo garantido a posse do próprio corpo, o libertarismo tratará do que se conhece como homesteading ou apropriação original, argumentando que não pode ser considerado legítimo obter a propriedade de alguém, sob qualquer justificativa. Apropriar-se da produção de outros significa escravizar aqueles que a produziram, o que afetaria a raiz original do libertarismo.

É por isso que o estudo da apropriação original é tão importante para os seguidores dessa corrente de pensamento. Alguns autores a justificam com base na lei natural (Rothbard), enquanto outros, como Locke e Nozick, sobre a res nullius, ou seja, algo que é de ninguém e, portanto, pode alguém apropriar-se sem qualquer tipo de desconforto ou lesão a direito. Se o homem trabalha a terra e assim obtém produtos, estes só surgiram devido ao seu trabalho e, bem por isso, legitimam a propriedade inerente. Afetar a propriedade implicaria afetar o próprio corpo daqueles que trabalharam para obtê-la.

No caso de Maikon Kempinski, a posse de si mesmo poderia justificar tanto sua performance artística, como também a iniciativa de quem quisesse assistir ao show, sem que o Estado pudesse se intrometer de qualquer forma ou por qualquer meio. Contudo, ainda haveria uma questão, que, inclusive, foi o motivo central para justificar a conduta do promotor de justiça: o fato de algumas pessoas se sentirem incomodadas com o acontecimento, considerando que a lei as protege de práticas sociais inadmissíveis. O relator do caso, Aldemar Sternadt, considerou, a respeito do ponto, que:

É inaceitável, portanto, imaginar que meia dúzia de pessoas perturbadas ou sensíveis à nudez do artista, em sua opinião, atrapalham uma apresentação artística. A arrogância e a ignorância saltam à vista! São pessoas que querem ser guardiãs de toda uma população, hipócritas que acreditam ter o poder de censurar o que o próximo pode ouvir, ver e consumir!^{xiii}

Essa questão nos leva à seguinte indagação: como definir e separar a vontade geral da sociedade do comportamento de meia dúzia de pessoas perturbadas, como disse o voto? A teoria libertária, embora do ponto de vista da posse de si, é incapaz dessa análise, de modo que nos voltaremos a outra proposta teórica: o comunitarismo.

2.3 A teoria comunitária

O surgimento da escola comunitária é geralmente associado aos escritos de Robert Bellah, Charles Taylor, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre na década de 80 do século XX. Esse recorte temporal poderia levar ao entendimento de que esta corrente é muito recente na história da humanidade, o que, no entanto, não seria correto, apesar do fato de que o atual formato do comunitarismo é atribuído a esses autores – que, principalmente devido ao desacordo com a teoria liberal-igualitária sustentada por John Rawls em "*A Theory of Justice*" (RAWLS, 2016), decidiram desenvolver, pesquisar e apresentar uma outra maneira de aplicar a justiça na vida cotidiana.

De fato, as características da teoria da comunidade podem ser identificadas em Aristóteles, por meio de sua concepção da ética da virtude na teoria social e política, posteriormente recuperada por MacIntyre (FARRELL, 1995, p. 69 - 94); e também em Hegel devido à sua teoria ética, amplamente utilizada por Charles Taylor para construir a ideia de framework (TAYLOR, 2003).

No entanto, a partir da década de 80 do século passado e os escritos de autores proeminentes, a teoria foi organizada e definida em seus contornos atuais. Outros autores foram acrescentados aos iniciais, como Michael Sandel, Bernard Williams, Stuart Hampshire, Susan Wolf e Amitai Etzioni, cada qual reafirmando os princípios fundamentais da comunidade e agregando seus pontos de vista sobre o assunto. Essas novas abordagens levaram à evolução da teoria, que passou a apresentar variações: i) comunitarismo conservador (MACINTYRE, 1998; 1999; 2007); ii) comunitarismo progressivo^{xiv} (TAYLOR, 2015, p. 58 - 59); iii) comunitarismo moderado (WALZER, 2003, p. 3); iv) comunitarismo estrutural (ou orgânico) (RUBIO, 2007); e v) comunitarismo responsivo (ou sociológico) (ETZIONI, 1968).

Embora existam variações atuais da teoria da comunidade, seus princípios são comuns. Vejamos:

2.3.1 Princípios da teoria comunitária

A visão social (ou a tese social)

Desse ponto de vista, a comunidade está no centro do debate – e não o Estado (como na teoria utilitarista) ou os indivíduos (como na teoria libertária). O aspecto atomístico, que caracteriza o liberalismo e capacita as pessoas a considerarem a existência de um direito intocável inserido em seu patrimônio pessoal, é eliminado em favor da existência de instituições e normas que colocam a sociedade como principal criadora e receptora de valores. Todos os direitos, deveres, instituições e regulamentos correspondentes só serão materialmente justificados se, e na medida em que, reflitam a realização dos valores praticados pela sociedade e com vistas à sua defesa.

A comunidade, neste ponto, é a condição ontológica do ser humano.

Em vez do individualismo, propõe-se coletivismo. Mais importância e consideração devem ser dadas aos valores da fraternidade, igualdade e liberdade do que aos desejos pessoais ou mercantis. Além disso, o governo local será, em geral, mais vigoroso e decidido, prevalecendo as ideias de associativismo e de autogestão (NINO, 1989).

O bem comum

Embora a escola comunitária seja classificada como uma das muitas teorias da Justiça, paradoxalmente a Justiça não é o principal objetivo perseguido pelos partidários dessa corrente de pensamento. Pelo contrário, o bem comum terá prioridade como um objetivo a ser buscado pela comunidade; a justiça não deve ser ignorada ou simplesmente abandonada, mas não estará no centro das preocupações de uma sociedade que se orienta por valores sociais. Entre alcançar o bem comum e a justiça, o primeiro será escolhido (GARGARELLA, 2008).

Sob este cenário, é possível refletir sobre relativizar o direito em função do bem comum. Se em Londrina, a cidade em que aconteceu a atuação de Maikon Kempinski, considera-se que tirar a roupa e ficar nu para o público não é algo legítimo de acordo com a visão do bem comum compartilhado pelos membros da sociedade, despidendo a análise da justeza do caso, uma vez que a Justiça não seria o primeiro padrão de análise a ser considerado.

Esse ideário poderia ser combatido sustentando que o direito individual não pode ser rejeitado por considerações genéricas sobre o bem de toda a sociedade. Acontece que, na esfera comunitária, o próprio indivíduo não reconheceria, embora à custa da sua liberdade pessoal, qualquer outro direito senão aquele que a sociedade o concede, porque, como se verá a seguir, não haverá desenvolvimento individual distante do que a sociedade – e, por outro lado, a tradição, (e não necessariamente a lei) – construa como agente produtor do direito.

Desenvolvimento social aliado ao indivíduo

Você já notou como mantemos as tradições familiares mesmo sem perceber? Dê uma olhada em sua ancestralidade e veja se você e sua família mantêm algum hábito de seus avós, bisavós, etc. Provavelmente sim; e isso porque, segundo os comunitaristas, nossas conexões são sociais e acontecem dentro de uma comunidade específica.

Alasdair MacIntyre, por exemplo, refuta o atomismo das teorias liberais, considerando não haver qualquer tipo de identidade anterior à existência da comunidade da qual o sujeito faz parte, insere-se e desenvolve sua vida. Só na sociedade, diz o autor, o ser humano pode cultivar sua virtude, excelência moral e política. Para ele, a tradição e as práticas sociais garantem a identidade do ser humano, que simplesmente não pode existir sem elas (MACINTYRE, 1988; 2007).

A identidade entre a narrativa da vida em sociedade, os bens da comunidade e a vida privada é o que garantirá o traço peculiar do ser humano. O ser humano nasce cheio de histórias, narrativas e bens. MacIntyre denomina as diferentes formas de pensar não localizadas no meio social de "emotivismos" e explica poderem variar de acordo com as preferências morais e emocionais da época, enquanto as características da comunidade são fixas e permeiam o ambiente intergeracional (MITCHELL, 2018, p. 99).

Charles Taylor, por sua vez, traduz essa concepção da ideia de um framework, que representa um marco a partir do qual a vida humana se desenvolve. Vivemos neste tipo de bolha cultural criada por nossa comunidade e estamos tão

absortos à realidade ao nosso redor que nem nos sentimos confortáveis em tentar sair dela (TAYLOR, 2015). Tente, por exemplo, mudar algo drasticamente na sua rotina, adotando o hábito de outra religião ou de outra nacionalidade, e veja se no final foi uma tarefa fácil ou complicada. Se você é católico, tente adotar as práticas do *Shabat* (ou *Sabbat*). Se você é descendente de italianos, experimente mudar sua dieta, adaptando-a às da cultura indiana e veja se parece fácil se acostumar a essa mudança. Provavelmente, mesmo organicamente será difícil se adaptar.

De acordo com Taylor, vivemos em um framework que nos define como pessoas, indivíduos e cidadãos. Nosso panóptico invisível é tão soberano em relação às nossas vontades e intenções que não podemos, sem esforço muitas vezes grande, escapar dos hábitos, tradições e modos de vida já consolidados na nossa genética familiar e na sociedade em que vivemos.

Nessa concepção, o indivíduo e a sociedade não são opostos. Pelo contrário, a proposta da comunidade é que façam parte de um mesmo eixo, a partir do qual podem evoluir juntos, mudando à medida em que um altera o outro. A relação indivíduo-sociedade, para os membros da comunidade, é mais uma simbiose do que uma disputa de espaço (TAYLOR, 2005; 2005).

A participação na sociedade requer, nesta linha de pensamento, alguns sacrifícios individuais. E, considerando que o indivíduo vive em um *framework* capaz de defini-lo e moldá-lo, será muito difícil para ele simplesmente escolher, sem nenhum custo pessoal, abandonar este complexo modelo de significantes culturais, sociais, antropológicos e religiosos, traços normativos e vários outros que se resumem na tradição.

O direito, no ambiente comunitário, representa apenas uma das características a partir das quais se constrói uma realidade muito mais ampla do que apenas a regulamentação. A tradição substitui o direito, na medida em que é conglobada, num movimento centrípeto, de tal forma que traz para o seu interior os mais importantes vestígios da vida em sociedade, revelando-se, portanto, capaz de produzir realidades de aceitação: prática, jurídica e psicológica.

A existência de uma cosmovisão

Para ilustrar essa característica, consulte os seguintes artigos da Constituição Boliviana:

Artigo 2. Dada a existência pré-colonial das nações e povos indígenas camponeses nativos e seu controle ancestral sobre seus territórios, sua autodeterminação é garantida no âmbito da unidade do Estado, que consiste em seu direito à autonomia, ao governo, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de seus entes territoriais, nos termos desta Constituição e da lei. Artigo 8. I. O Estado assume e promove como princípios ético-morais da sociedade plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (não seja preguiçoso, não seja mentiroso nem seja ladrão), suma qamaña (viva bem), ñandereko (vida harmoniosa), teko kavi (vida boa), ivi maraei (terra sem mal) e qhapaj ñan (modo de vida nobre).²⁰

Se você examinou cuidadosamente os artigos citados, deve ter notado a deferência da Carta aos povos camponeses indígenas originais. A importância que lhes é dada é tão forte que até as línguas adotadas pelos povos são reconhecidas como oficiais (além do espanhol), bem como seus princípios ético-morais: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não seja preguiçoso, não seja mentiroso ou ladrão), *suma qamaña* (viva bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho da vida nobre).

A Constituição boliviana é um belo exemplo de cosmovisão consagrada na lei. A teoria da comunidade defende a ideia de que não existe apenas uma maneira de olhar a realidade; e que as formas diversas e plurais de ver o mundo são idênticas em importância. Não há, nem pode haver, para esta corrente, qualquer tipo de hierarquia quanto aos princípios ético-morais escolhidos pelas mais diversas sociedades para o desenvolvimento da vida de seus habitantes. E se uma agenda universalista for positiva em algum estatuto cuja obrigatoriedade decorra da intervenção externa à comunidade, simplesmente não terá legitimidade no meio social interno. Será um não-direito e, como tal, sem necessidade de aplicação.

A visão de mundo parte do caráter horizontal das realidades plurais e é rica em peculiaridades regionais, reivindicando igual proteção a todas as formas de manifestações culturais existentes em qualquer sociedade. Por isso, situa-se em um campo totalmente diferente daquele dos regimes jurídicos ou econômicos que postulam a padronização de comportamentos, práticas e meios de produção.

Em uma sociedade que se baseia nas ideias de *teko kavi* (vida boa) ou *ñandereko* (vida harmoniosa), o dinheiro e a economia podem não ser tão importantes.

Os contratos capazes de gerar cumprimento em função de suas normas internas, índices econômicos ou mesmo de decisão judicial podem não surtir os mesmos efeitos em comunidades com base nessa teoria, em que a representação desses símbolos de consenso, poder econômico e força coercitiva da jurisdição pode ter uma hierarquia tão proeminente quanto uma conversa com o líder ou conselho comunitário.

A cosmovisão não pode ser definida a priori, pois cada comunidade terá seu próprio conjunto de crenças ou formas de visão sobre o que é terreno ou espiritual, com o mesmo nível de importância. Ao contrário, a cosmovisão considerará a natureza o ponto de partida das crenças da comunidade, que são estranhas à estrutura naturalmente vertical de instituições, leis, princípios gerais contratuais ou econômicos impostos aos indivíduos.

2.3.2 O espetáculo artístico do ponto de vista comunitário

O relator do processo "Maikon Kempinski" afirmou, em sua análise, que o artigo 233 do Código Penal Brasileiro é inconstitucional por violação ao princípio da reserva legal, uma vez que não há especificação sobre o que deve ser considerado ato obsceno em local público, aberto ou exposto ao público, que viole a lei. O juiz então se pergunta: "O que é obsceno? A nudez? O sensual? O erótico? As túnicas sumárias nas ruas, praias e piscinas? A ausência de roupas

para os mendigos e os pobres que vagam pelas ruas de nossas cidades?"

Essa ausência de sentido semântico percebida pelo juiz do caso seria, para a teoria da comunidade, uma lacuna a ser preenchida de acordo com a compreensão social do caráter obsceno da atividade desenvolvida. Pode-se entender, como fez o juiz, que "arte e cultura [...] nunca podem ser consideradas obscenidades"^{xvi}, enquanto outros poderiam exibir posicionamento diferente, mas uma vez que a tradição, cujo conteúdo reúne traços culturais, sociais, antropológicos, religiosos e normativos, consolida o que, para aquela comunidade, naquele momento do desenvolvimento da vida social, entendeu como obsceno, isso representará o limite a partir do qual os direitos individuais devem ser concedidos ou não pelo judiciário.

Além do acima exposto, existem outros problemas que podem ser gerados na perspectiva dos direitos humanos, por exemplo: (i) quem tem o direito de dizer o que a sociedade entende como bem ou o bem comum e por quê; (ii) o que é certo equivale ao que é bom para efeitos de justiça; (iii) em que medida será possível diminuir os direitos individuais com base no bem comum; (iv) o comunitarismo permite visões individuais diferentes daquela do bem comum; (v) o que fazer se a tradição não estiver de acordo com as prescrições legais?

Tais questões, no entanto, não serão aqui trabalhadas, mas consistem em exemplos claros de que as questões centrais do comunitarismo, como de resto de todas as teorias da justiça, encontram-se abertas para análise, pesquisa e, sobretudo, aplicação no cotidiano decisório.

CONCLUSÃO

Quando Maikon Kempinski entrou em sua bolha de plástico na cidade de Londrina/PR, nu, talvez não acreditasse que seu caso fosse tão rico para a investigação e aplicação das teorias da Justiça.

A Quarta Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou o caso sob o ponto de vista de sua concepção do que seria justo sobre o evento artístico e sua possível obscenidade. Isso, entretanto, não afasta outras interpretações acerca do mesmo tema, considerando diferentes nuances teóricas, que, nada obstante, poderiam levar a conclusões diametralmente opostas.

No presente artigo tentamos demonstrar, com base no caso julgado, algumas possíveis perspectivas do ponto de vista utilitário, liberal e comunitário, expondo seus contornos teóricos, princípios e características.

No início do artigo, contamos com Hans Kelsen para argumentar que, embora as teorias da Justiça apresentem diferentes formas de solução para os problemas, por outro lado não será possível, de forma alguma, decidir sem considerá-las de alguma maneira. E, para que fique claro, todas as soluções serão adequadas e igualmente corretas, sem que uma teoria prevaleça em detrimento da outra.

A Justiça é polissêmica e de difícil (ou impossível) definição a priori, como disse Kelsen:

Comecei este ensaio com a pergunta: o que é justiça? Agora, no final, estou plenamente ciente de não ter respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de estar, neste sentido, em

grande companhia. Seria mais do que uma presunção fazer meus leitores acreditarem que eu realizaria o que os melhores pensadores falharam. Na verdade, não sei e não posso dizer o que é justiça, justiça absoluta, esse lindo sonho da humanidade. Devo me contentar com uma justiça relativa, e só posso afirmar o que justiça significa para mim: já que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, é essa justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar. E, além disso, verdade e sinceridade. É a justiça da liberdade, paz, democracia, tolerância (KELSEN, 2001, p. 25).

Não há como terminar este artigo com uma mensagem mais bonita. Se a justiça não pode ser definida porque é plural, isso absolutamente não significa que não pode ser sentida ou praticada, e certamente há muitas maneiras de fazê-lo... Maikon Kempinski tem o direito, então? Não sei. Você deve dizer...

REFERÊNCIAS

- BADER R.; MEADOWCROFT J. *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy, State, and Utopia*. Cambridge University Press, 2011.
- BENTHAM J. **Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural. .ed. 1984.
- BLOCK W. **Defendendo o Indefensável**. Tradução de Rosélis Maria Pereira. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 07 jul. 2020
- CONSULTOR JURÍDICO. **TJ-PR transação penal contra performer acusado de espetáculo obscuro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obscuro>. Acesso em: 7 jul. 2020.
- ETZIONI A. *La sociedad activa. Una teoría de los procesos sociales y políticos*, Aguilar, Madrid, 1968.
- FARREL M D. *“¿Hay derechos comunitarios?”*. In: Doxa. n. 17-18 (1995). ISSN 0214-8876, p. 69 – 94
- FRIED B H. *Left-Libertarianism: A Review Essay*. In: Philosophy & Public Affairs, v. 32, n. 01.
- GARGARELLA R. **As teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GUTIÉRREZ G (1999), PAVLOV, I P (1849-1936). In: *Revista Latinoamericana de Psicología*, 31(3), 557-560. Pérez, A. M., & Cruz, J. E. (2003).
- KARSTEN F, BECKMAN K. **Além da democracia. Tradução de Fernando Manaças Ferreira**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.
- KELSEN H. **O que é justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KYMLICKA W. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACINTYRE A. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2007.
- MACINTYRE A. *Social Structures and their Threats to Moral Agency*. In: Philosophy, v. 74, n. 289 (Jul., 1999), p. 311 – 329.
- MACINTYRE A. **Whose Justice? Which Rationality?** Indiana: University of Notre Dame Press, 1988.
- MITCHELL, M T. *The limits of Liberalism. Tradition, Individualism, and the crisis of freedom*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2018.
- MOLYNEAUX S. **Anarquia Cotidiana**. Disponível em: www.free-domainradio.com/books.html. Acesso em: 7 abr. 2020.
- MURPHY R P. **Teoria do Caos. Dois ensaios sobre a Anarquia de Mercado**. Disponível em: <https://rothbardbrasil.com/teoria-do-caos/> . Acesso em: 7 abr. 2020.
- NINO C S. *The Communitarian Challenge to Liberal Rights*. In: Law and Philosophy 8 (1):37 – 52 (1989).
- NOZICK R. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NOZICK R. *Explicaciones filosóficas*. Traducción de Jonathan Marqués. México: Innisfree, 2018.
- NOZICK R. *La naturaleza de la racionalidad*. Princeton University Press, 1993.
- NOZICK R. *Meditaciones sobre la vida*. Barcelona: Gedisa, 1989.
- OTSUKA M. *Libertarianism without inequality*. New York: Oxford University Press, 2003.
- PATARROYO C G. *Libertarismo & error categorial*. In: Ideas y Valores, nº 141, diciembre de 2009, Bogotá, Colombia, p. 141-168.
- PAUL R. **Definindo a liberdade**. Tradução de Tatiana Villas Boas Gabbi e Caio Márcio Rodrigues. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

PÉREZ A M & CRUZ, J E (2003). *Conceptos de condicionamiento clásico en los campos básicos y aplicados*. In: Interdisciplinaria, 20(2), 205-227.

RAWLS J. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins Fontes, 2016.

ROTHBARD M. *A ética da liberdade*. Tradução de Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

RUBIO M G. *Una introducción al Comunitarismo desde la perspectiva del Derecho Político*. In: *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*. n. 34, Julio, Agosto y Septiembre 2007.

RUSSEL B. *História da Filosofia Ocidental*. Livro 3. A filosofia Moderna. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

TAYLOR C. FUENTES DEL YO. *La construcción de la identidad moderna*. Traducción de Ana Lizón. Barcelona: Paidós, 2015.

ⁱ A íntegra do Código Penal Brasileiro pode ser consultada em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 7 jul 2020.

ⁱⁱ A descrição completa do caso e a decisão podem ser consultadas em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul 2020.

ⁱⁱⁱ Embora possa eventualmente estar associado, inclusive em termos de denominação, com Hutcheson e Priestley, já havia traços de utilitarismo mesmo em Locke e, para alguns, também em Epicuro (341 a.C - 270 a.C), que pregava o hedonismo, fortemente marcado pela busca de prazer e felicidade. Na verdade, Bentham foi fortemente influenciado por Locke e Hume (1711-1776) e pelo anarquista William Godwin, da obra "Investigação sobre justiça política", publicada em 1793.

^{iv} Gutiérrez G (1999). Pavlov I P (1849-1936). In: Revista *Latinoamericana de Psicología*, 31 (3), 557-560. Pérez A M e Cruz, J E (2003). Conceitos de condicionamento clássico nos campos básico e aplicado. In: *Interdisciplinaria*, 20 (2), 205-227.

^v Interessante artigo a respeito: Thiry-Cherques H R. **A economia moral da utilidade**. In: *RAP Rio de Janeiro* 36(2): 293-317, mar./abr. 2002

^{vi} A decisão do caso pode ser consultada, na íntegra, em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul 2020.

^{vii} Os principais conceitos de utilidade são: (i) o hedonismo do bem-estar; (ii) a utilidade do estado mental não hedonista; (iii) a satisfação das preferências; e (iv) as preferências relatadas. Cada qual tem suas vantagens e críticas, é claro. Considerando que neste artigo não tratamos somente da teoria utilitarista, apenas nos referimos ao ponto, que pode ser consultado em: Kymlicka W. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

^{viii} A filosofia política não era sua única área de interesse. Ele também se dedicou à teoria da decisão, epistemologia, entre outros ambientes teóricos. Recomendamos particularmente o livro: Nozick R. *Explicações filosóficas*. Tradução de Jonathan Marquês. México: Innisfree, 2018, em que aborda desde as próprias questões metafísicas e filosóficas, até as lógicas, relacionadas com a questão probatória. Mas existem outros títulos igualmente relevantes: Nozick R. *A natureza da racionalidade*. Princeton University Press, 1993. Nozick R. *Meditações sobre a vida*. Barcelona: Gedisa, 1989.

^{ix} A íntegra do livro está disponível em: www.freedomradio.com/books.html. Acesso em 7 abr. 2020.

^x O argumento de "Wilt Chamberlain" ficou conhecido como a refutação de Nozick contra a redistribuição de riqueza e renda.

^{xi} A íntegra do livro está disponível em: <https://rothbardbrasil.com/teoria-do-caos/>. [Acesso em 7 abr. 2020].

^{xii} Como, por exemplo: (i) sociedade livre, organizada por mútuo acordo entre os indivíduos, onde o Estado apenas garantiria a propriedade privada, o cumprimento de contratos e seria responsável pela segurança; (ii) A ordem jurídica é baseada na reciprocidade; ou seja, o interesse que cada um tem em cumprir suas obrigações pelas vantagens obtidas nas obrigações correspondentes; (iii) inexistência de hierarquia entre direitos.

^{xiii} A íntegra da decisão do caso pode ser consultada em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul. 2020.

^{xiv} Sustentado, entre outros autores, por Charles Taylor.

^{xv} O texto da Constituição Boliviana está integralmente disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

^{xvi} A íntegra da decisão do caso, pode ser consultada em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-pr-tranca-acao-penal-performer-acusado-ato-obsceno>. Acesso em: 7 jul 2020.