



Recebido em 09 fev. 2015

Aceito em 30 abr. 2015

## OS REFLEXOS DO DEBATE HART-DEVLIN NA TEORIA DO DIREITO DE HART

*Rogério César Marques\**

**RESUMO:** A partir da publicação, em 1957, do relatório final do Comitê Wolfenden, Hart e Devlin travaram um embate acerca de até que ponto o Direito deve agir de sorte a impor a moral compartilhada de determinada sociedade. Não obstante o objeto deste debate não tenha sido a tese da separabilidade entre Direito e moral, traz elementos importantes da teoria de Hart sobre o assunto, bem como ilustra sua linha teórica desenvolvida em suas obras posteriores.

**Palavras-chave:** Direito. Separabilidade. Moral. Debate. Conceitos.

### 1 INTRODUÇÃO

Uma das discussões que sempre se fez presente quando da análise da intrínseca relação entre o Direito e a moral diz respeito à delimitação de um limite até o qual é legítimo a uma sociedade impor sua moral vigente por meio do ordenamento jurídico. Sem se afastar da tese da separabilidade, o presente trabalho se propõe a analisar um debate entre dois importantes autores ingleses do século XX sobre a questão, o Professor Herbert Lionel Adolphus Hart e Lorde Patrick Devlin.

A origem do debate entre Hart e Devlin remete ao ano de 1954, quando foi criado o Comitê de Transgressões Homossexuais e Prostituição, presidido pelo Lorde Wolfenden (Comitê Wolfenden), com o intuito de analisar a conservadora legislação penal da Inglaterra então em vigor. Em 1957, o comitê apresentou seu relatório final, sugerindo reformas na lei criminal

\* Advogado em São Paulo. Graduado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo (USP) em 2009. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (GV-Law) em 2012. Mestrando em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo (USP). Membro da Ordem dos Advogados Brasil, Seção São Paulo (OAB/SP) desde 2010.

inglesa, sendo que, dentre as propostas de alterações apresentadas, destacava-se a descriminalização das práticas homossexuais privadas, realizadas, consensualmente, entre adultos, consideradas inofensivas para a sociedade, não mais justificando a coerção penal.

Na análise do relatório Wolfenden, Devlin apresenta seus argumentos no sentido de que a sociedade tem o direito de impor sua moral compartilhada, bem como deve legislar para proteger seus institutos sociais valiosos, como forma de preservar seu tecido social de desintegração e decadência. Hart, por sua vez, critica a teoria devliniana por entender não caber ao sistema jurídico limitar a liberdade individual, punindo imoralidades as quais não gerem danos efetivos a terceiros.

Não obstante o fato de que o elemento central do presente debate não foi a separabilidade entre Direito e moral, nele Hart apresentou importantes aspectos teóricos de seu pensamento acerca deste assunto, ilustrando sua linha teórica, de cunho mais liberal. Esta linha de raciocínio foi muito importante no desenvolvimento de sua teoria.

A par deste cenário, no presente trabalho serão tecidas considerações dos argumentos de Devlin e Hart acerca da discussão em tela, bem como serão analisados alguns conceitos importantes presentes neste debate, os quais também foram desenvolvidos por Hart em suas obras posteriores, em particular naquelas relacionadas à sua contenda com Lon Fuller.

## 2 A IMPOSIÇÃO DA MORAL PARA LORDE PATRICK DEVLIN

Lord Patrick Devlin desenvolveu seus principais argumentos a favor da imposição de certos preceitos morais pelo Direito em sua notória palestra *Maccabean Lecture*, em 1958, na qual ele analisou os principais argumentos apresentados no relatório Wolfenden.

A principal premissa desenvolvida por Devlin quando da apresentação de sua teoria foi a seguinte:

*“we should ask ourselves in the first instance whether, looking at it calmly and dispassionately, we regard it as a vice so abominable that its mere presence is an offense. If that is the genuine feeling of the society in which we live, I do not see how society can be denied the right to eradicate it.”*<sup>1</sup> (Devlin, 1965, p. 17)

Assim, é importante destacar, inicialmente, que Devlin não discorda do relatório Wolfenden no que diz respeito à descriminalização do homossexualismo consensual privado entre adultos, concordando que a moral compartilhada da Inglaterra, à época, tolerava tal prática. A insatisfação de Devlin refere-se às premissas adotadas pelo referido comitê para se chegar nesta conclusão, qual seja, a existência de ações as quais se encontram fora do alcance da lei, não devendo ser tuteladas pelo direito, em particular pelo Direito Penal.

<sup>1</sup> Em tradução livre: “nós devemos nos perguntar em primeiro lugar se, analisando com calma e desapaixonadamente, consideramos um vício tão abominável que a sua simples presença já é, pura e simplesmente, uma ofensa. Se este for um sentimento genuíno da sociedade em que nós vivemos, não vejo porque a sociedade não possa ter o direito de erradicar este comportamento.”

Para se entender o motivo da discordância de Devlin, bem como seu entendimento acerca do assunto, é importante ter em vista que, para ele, um dos elementos estruturantes da sociedade são os preceitos morais comuns nela existentes. Acerca desta ideia devliniana, chama-se atenção para o trecho a seguir: *“every society has a moral structure as well as politician one: or rather, since that might suggest two independent systems, I should say that the structure of every society is made up both of politics and morals”*<sup>2</sup> (Devlin, 1965, p. 9).

Esta moral compartilhada a qual Devlin se refere configura-se tão importante para a manutenção da ordem social quanto as instituições políticas, sendo função do Estado agir para protegê-la, bem como preservar os seus institutos sociais valiosos. Ela é a estrutura, o cimento da sociedade, devendo ser protegida pelo Direito, sob pena de por em cheque toda a estrutura do corpo social, ameaçando assim a sua existência.

A partir daí, conforme bem apontado por Ronald Dworkin (1966, p. 988), Devlin desenvolve dois argumentos centrais acerca da imposição da moral, entendendo que esta pode ser considerada adequada: i) como forma de autodefesa da sociedade, uma vez que a sociedade não pode sobreviver sem a preservação e preceitos morais que estão, para a maioria, além da tolerância, devendo ser impostos aos que discordam.

No que diz respeito a este primeiro argumento, merece destaque a afirmação de Devlin (1965, p. 15) de que é função do Direito Penal impor preceitos morais e nada mais; ii) como meio de proteção de condutas desaprovadas pelos seus membros, com base na moral comum, defendendo seus institutos sociais valiosos.

Da mesma forma, Devlin entende que não são todos os preceitos morais que devem ser impostos pelo direito, mas apenas aqueles cuja conduta adversa não seja tolerada pela sociedade. No processo de determinação dos elementos da moral compartilhada que devem ser objeto de tutela, é necessária a tolerância da máxima liberdade individual possível, não obstante não deva haver restrição apriorística do direito da sociedade legislar contra atos imorais, quando verificada a indignação pública.

Para se aferir a existência de um preceito moral, o método devliniano para tal aferição não é a realização de uma pesquisa majoritária ou uma consulta popular, mas sim o comportamento do homem apto a compor o júri, ou seja, como um homem padrão, médio e razoável, apto a compor o júri (Devlin, 1965, p. 15), reagiria à conduta oposta ao comportamento apresentado. Um preceito moral, segundo Devlin (1965, p. 90), somente pode ser imposto pelo Direito quando este homem razoável não apenas aprovar, mas levar tão a sério o comportamento proposto que vislumbrar necessária a aplicação de sanção para a conduta adversa.

Interessante notar a influência que a carreira de Devlin nas cortes inglesas em sua teoria, principalmente em relação à construção de um consenso moral acerca de preceitos sem os quais, a sociedade teria sua existência, em tese ameaçada. Esta ideia, presente em toda sua

2 Em tradução livre: “toda a sociedade tem uma estrutura moral ao lado de uma estrutura política: assim, ainda que isso possa sugerir dois sistemas independentes, eu diria que a estrutura de cada sociedade possui uma estrutura política e moral”.

teoria, é reconhecida como positiva por outros autores, tais quais Dworkin.

### 3 A CRÍTICA DE HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART

A primeira crítica importante diz respeito ao fato de que Hart, não obstante aceite a existência de uma moral comum na sociedade, a qual denomina moral positiva, discorda do entendimento de que estes preceitos morais comuns constituam um elemento sem o qual a sociedade não subsistiria.

O cerne desta crítica é a afirmação de Hart (1963, p. 51) de que o ponto central do pensamento de Devlin oscila entre o aceitável entendimento de que existe uma moral comum importante para a sociedade, para a inaceitável proposição de que uma sociedade é idêntica à moral que reflete. Para Hart (1963, p. 52), este entendimento remete a absurda ideia de que mudanças na moral da sociedade equivaleriam à sua extinção e surgimento de outra no seu lugar.

Ademais, este argumento de Devlin, ainda de acordo com a crítica de Hart, não se baseia em quaisquer evidências empíricas e, mais do que isso, parte de um conceito equivocado de sociedade. Neste sentido, Dworkin (1966, p. 980) afirma que, para Hart, a teoria devliniana fracassaria: i) na hipótese de se adotar um conceito parecido com uma noção convencional de sociedade, porque é absurdo sugerir que toda a prática que a sociedade considera profundamente imoral e repulsiva ameaçaria a sua sobrevivência; ii) caso seja adotado um conceito artificial de sociedade, tal como a de que esta consista em um complexo particular de ideias defendidas por seus membros em um dado momento histórico, tornando-se, aqui, intolerável que estes preceitos morais devam ser preservado pela força decorrente de sua imposição jurídica, o que de certa forma imobilizaria a moral vigente.

A segunda crítica importante é a discordância de que o Direito Penal deva ser utilizado como um meio de preservação da moral positiva, não sendo correta a assertiva de que a função do Direito Penal é de somente impor preceitos morais e nada mais. Importante destacar que, de acordo com MacCormick (1981, p. 186), esta é a principal crítica que Hart dirige à teoria de Devlin: *“But his more fundamental case is against any version of the view that it is right for criminal law to be considered as or used as an instrument for upholding the ‘positive morality’ of a society at large, that is, of the dominant section(s) of it, or even of the majority within it”*<sup>3</sup>.

Hart inicia o desenvolvimento desta crítica afirmando que há duas formas possíveis da lei penal tutelar a moral: i) pela coação gerada pelo medo da penalidade, ou seja, pela interferência que a ameaça da punição tem na conduta humana; ii) ou pela própria aplicação da sanção, que aqui estaria relacionada com a teoria retributiva da pena. Neste sentido, Neil MacCormick (1981, p. 187), chama a atenção para a assertiva de Hart de que os indivíduos sobre os quais é aplicada a lei penal sofrem prejuízos que, caso sua ação não vitime terceiros, podem ser despro-

3 Em tradução livre: “mas a sua crítica mais contundente é contra a versão de que é função do Direito Penal ser utilizado como instrumento de manutenção da moral positiva da sociedade, ou seja, de seus setores dominantes ou de sua maioria.”

porcionais aos causados com a prática do ato imoral.

Dessa forma, quando analisada a tutela da moral sob a óptica da coação legal, nos casos em que não está presente a figura da vítima, a imposição termina gerando insatisfação e infelicidade em razão da inibição dos instintos daqueles sob os quais seria destinada a coação normativa, havendo prejuízo para aqueles que não pudessem agir segundo a moral comum. Ademais, para Hart, nestes casos, não há necessariamente valores morais envolvidos, mas sim noções de tabu e autodisciplina.

No que diz respeito à imposição da moral pela sanção, Hart entende não ser este um meio adequado para tal, uma vez que não faz sentido a aplicação de sanção sem que haja risco real de prejuízos ou danos efetivos a terceiros. Esta hipótese seria, de acordo com Hart (1963, p. 59 e 60), apenas justificada pela teoria retributiva da pena, o que levaria a punição a causar um sofrimento desproporcional para aqueles que sofrem a sanção.

Outra questão que se faz presente dentro desta crítica hartiana é o fato de que Hart entende que a coibição da prática de ações consensuais que envolvam danos físicos e mentais às pessoas, não é, necessariamente, resultante de apelo à moral positiva, podendo ser justificada pelo paternalismo. De acordo com este preceito, o direito deve ser utilizado como meio de se impedir que alguém atente ou consinta com práticas que, de alguma forma, sejam prejudiciais à sua integridade física ou psicológica.

#### 4 A RESPOSTA DE LORDE PATRICK DEVLIN

Em sua defesa, Devlin (1965, p. 13), refuta o argumento de falta de evidências empíricas de que mudanças na moral compartilhada representam ameaça à sociedade, afirmando ter havido equívoco interpretativo por parte de Hart, já que ele nunca sustentou que qualquer desvio moral ameaçasse a existência da sociedade, mas sim que são capazes de pô-la em risco, devendo estar ao alcance do direito.

Já para Dworkin (1966, p. 991 e 992), esta resposta demonstra que o entendimento do Comitê Wolfenden, de que existe um domínio da moralidade privada que o direito não deve intervir, trata-se de uma barreira que não deve ser levantada, uma vez que não deve haver limitação apriorística do direito da sociedade de legislar sobre ações imorais.

Por sua vez, a segunda crítica de Hart, qual seja, sua discordância de que o Direito Penal deva ser utilizado como um meio de preservação da moral compartilhada, também é refutada. Devlin (1965, p. 110) entende que a dissuasão e a punição não são as únicas formas de ação da lei, a qual também confere a oportunidade de mudança no comportamento, dando a opção do indivíduo escolher agir conforme os padrões moralmente aceitos.

Ademais, de acordo com Devlin (1965, p. 104), o entendimento de Hart acerca do paternalismo incorre em dois equívocos: i) o primeiro que o confunde com obrigações morais, das quais é distinto uma vez que, enquanto este se relaciona com a imposição de atitudes consideradas benéficas aos indivíduos, aquelas se relacionam com a necessidade da sociedade se prevenir

contra danos que vícios de seus membros podem ocasionar; ii) resume o paternalismo à proteção, pelo Estado, do bem-estar somente físico das pessoas, enquanto, na verdade, este tem por essência a preocupação com o bem-estar integral, abarcando também o seu bem-estar moral.

Por fim, Devlin afirma que Hart, ao escolher os exemplos que servem à sua crítica, o fez de forma conveniente, escolhendo tão somente aqueles aplicáveis à sua tese, sem analisar aqueles os quais poderiam ser desfavoráveis ao seu entendimento.

## 5 CRÍTICA DE DWORKIN À TEORIA DE DEVLIN

Segundo a análise de Dworkin, Devlin, ao apresentar sua teoria com base no Relatório do Comitê Wolfenden conclui que o homossexualismo trata-se de um vício que tende a gerar repulsa social, sendo que a sua mera existência, por si só, representaria não apenas uma ofensa aos membros da sociedade, mas contra a sua própria existência, não podendo ser negado o direito que o corpo social tem de erradicar tal fato. A posição devliniana, contudo, é apresentada como hipotética, porque, não obstante tal posicionamento, ele se colocou a favor da alteração da lei que criminaliza o homossexualismo.

Ainda, Dworkin (1966, p. 989 e 990) entende que Devlin apoia a sua conclusão em dois argumentos essenciais: (i) existe um padrão moral comum sem o qual a sociedade não pode sobreviver, sendo seu direito, assim, zelar pela sua própria manutenção por meio da tutela destes preceitos morais; e, (ii) considerando que existe tal direito por parte da sociedade, a tutela dos atos que afrontam tais preceitos morais comuns deve dar-se por meio do Direito Penal, positivamente-se como criminosas as condutas contrárias a esta moral comum.

Ademais, ainda encontra suporte na tese de que o direito da sociedade de punir as práticas que afrontam a moralidade não deve ser exercida contra todo e qualquer ato imoral, mas tão somente contra aqueles que afrontem os valores fundantes de determinada sociedade, havendo a necessidade de um certo teste empírico para se verificar se a conduta gera na sociedade intolerância, indignação e repulsa.

Em relação ao primeiro argumento, Dworkin (1966, p. 990 e 991) afirma que a conclusão apresentada por Devlin não apresenta evidências empíricas de que o homossexualismo representa um risco para a sociedade, bem como no que tange a outras questões tidas como imorais, este mesmo teste pode falhar. Tal crítica se aproxima da crítica apresentada por Hart quando analisou o alinhamento de Devlin à corrente moderada da tutela da moral, afirmando que a sua interpretação neste sentido configurar-se-ia como um utilitarismo sem embasamento fático.

Por sua vez, no que tange ao segundo argumento que sustenta a corrente devliniana, Dworkin entende que tal argumento pode ser sintetizado como o direito da sociedade seguir as suas próprias diretrizes. Neste aspecto, devem ser consideradas as seguintes ideias: (i) as alterações que a prática reiterada e generalizada de determinados atos podem gerar na sociedade, devendo haver a sua análise no sentido de se entender tais alterações como aceitáveis ou não; (ii) deve ser conferido à sociedade o direito de se decidir se tais práticas devem ou não ser aceitas,

devendo haver o risco de dano pela prática da imoralidade para justificar a sua tutela. Assim, considerados os riscos existentes para a sociedade, coibindo a liberdade individual de sua prática para se manter a estrutura social; (iii) existe uma responsabilidade moral, decorrente da fé moral dos membros da sociedade, desta se preservar, conservando seus preceitos estruturantes de forma a possibilitar a sua existência.

Com relação a esta argumentação de Devlin, Dworkin (1966, p. 990 e 991) afirma que sua conclusão com base nestes argumentos não é válida, uma vez que se funda em uma interpretação incorreta do que pode ser considerado como uma afronta à moral, configurando-se um equívoco insanável em sua teoria, uma vez que a moral convencional é mais complexa do que foi apresentado por Devlin em seu trabalho. Neste sentido, é interessante notar que tal crítica guarda certa semelhança com a que Hart apresenta a Devlin na hipótese de sua teoria estar alinhada com a tese extremada, uma vez que esta pressuporia uma visão utópica da sociedade, não estando os seus requisitos presentes na moral sexual, como se trata a hipótese do homossexualismo.

É interessante destacar de que, ao analisar este ponto do debate, Dworkin (1966, p. 991 e 992) identifica dois problemas na tese de Devlin. O primeiro deles é o de que a partir da resposta devliniana, a afirmação de que a sociedade tem o direito de fazer valer a sua moral por meio da lei seria limitada à proposição negativa de que a sociedade nunca possuiria tal direito, ou seja, em algum momento do argumento, a indignação pública, como um limite ao direito da sociedade de impor a moral, deixa de existir, passando a não haver mais qualquer limitação para a tutela da moral.

Já a segunda questão diz respeito ao fato de que não é correta a determinação do posicionamento moral da sociedade somente com base na expressão da maioria acerca de questões de relevância moral, uma vez que desconsidera o próprio conceito de posicionamento moral compartilhado, deixando de se embasar em um elemento racional necessário para tal, embasando-se apenas em reações emocionais.

Dworkin está correto ao afirmar que a resposta de Devlin para a crítica de Hart de fato termina obscurecendo o limite vislumbrado para a tutela da moral, evidenciando uma confusão conceitual de sua teoria. Também lhe cabe razão no que diz respeito à sua segunda assertiva, uma vez que, de fato, o método devliniano de determinação dos preceitos morais confundiria dois conceitos os quais a teoria dworkiniana entende distintos, a saber, convenção e consenso público, sendo que a moral não é constituída por convenções públicas, mas sim por um consenso, ideia esta que se encontra presente na teoria de Devlin.

## 6 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEBATE HART-DEVLIN

Inicialmente, cumpre destacar que o ponto central do debate entre Hart e Devlin é a definição de um critério para determinar até que ponto é legítima a imposição da moral pelo direito e até que ponto este processo é, mais do que legítimo, democrático. Tal identificação é

importante para um posicionamento adequado frente aos argumentos em análise.

O cerne do argumento devliniano deve ser aceito com parcimônia, isto porque, conforme bem apontado por Hart, não se pode negar a existência de uma moral comum na sociedade, devendo-se questionar, porém, se esta é de fato necessária à manutenção do tecido social. Da mesma forma, esta primeira crítica hartiana deve ser vista com cautela, uma vez que atribui a Devlin um entendimento de que, para este autor, a moral compartilhada se confundiria com a própria sociedade.

Isto porque, Hart, nesta sua crítica, parte do correto entendimento de Devlin de que a moralidade é um elemento estruturante da sociedade, para a equiparação desta teoria à tese do rigor extremo, segundo a qual os preceitos morais são idênticos a esta. Contudo, para Devlin os preceitos morais são elementos importantes para a sociedade, mas não idênticos a esta, como faz crer a crítica hartiana.

Desse modo, essa diferença é importante uma vez que afasta a teoria devliniana da tese do rigor extremo e a aproxima da tese moderada. Prova disso é a aceitação, por Devlin, de alterações na moral comum, sendo que a tutela dos preceitos morais estruturantes deve ser vista como um meio de se dificultar, mas não impossibilitar, alterações. Eventual mudança deve ser acompanhada por modificações na lei, sendo função do legislador verificar se de fato houve a alteração da moralidade comum. A postura de Devlin diante do relatório Wolfeden, tal qual o teste da reação do homem apto a compor o júri, ilustram este seu entendimento.

Contudo, ainda que a crítica de Hart não tivesse ido por este caminho, ainda assim está correta em um aspecto crucial, qual seja, a falta de evidências empíricas de que práticas imorais possam, ainda que potencialmente, ocasionar risco à sociedade. Como bem apontado por MacCormick (198, p. 188), para Hart não há provas de que a tolerância jurídica de atos imorais privados, bem como de um pluralismo moral, seja apto a dissolver o tecido social.

Neste sentido, não apenas não há evidências empíricas do fato de que a alteração da moral positiva ocasione crises sociais, como, pelo contrário, podem ser observadas sociedades nas quais os preceitos morais vigentes foram questionados e alterados e se fortaleceram, adequando-se a novos contextos históricos. O conceito hartiano de moral crítica é importante instrumento de fortalecimento da sociedade, pois a moral positiva é dinâmica, alterando-se conforme o momento histórico, podendo ser fortalecida por meio de uma avaliação crítica.

Outra questão que surge é acerca da função do Direito Penal na sociedade, uma vez que se faz evidente que para Devlin este ramo do direito serve, principalmente, para a imposição de preceitos morais. Hart, contudo, discorda, afirmando que, não obstante não ser a lei penal o meio mais adequado para a imposição da moral, existem outros aspectos que servem para justificar sua aplicação, tal qual o paternalismo, que pode ser utilizado para explicar a tutela do Estado em relação a ações prejudiciais praticadas com consenso mútuo não se relacionando, necessariamente, com a noção de moral.

Da mesma forma, é correto o cerne da crítica de Hart de que a imposição da moral pela lei penal, pela coação ou pela sanção, nos casos em que não pode ser identificada uma vítima,

nem a presença de prejuízos reais a terceiros, não gera resultados positivos para a sociedade. O potencial ou intangível dano à sociedade, vislumbrado por Devlin, não serve como justificativa de sanções penais em situações nas quais não há a figura da vítima. Ademais, uma repressão das minorias, que se fazem inofensivos para a sociedade, gera insatisfação e infelicidade nestes grupos, os quais também são parte da sociedade.

Por fim, entende-se que, com relação ao ataque devliniano de que Hart teria sido seletivo nos exemplos utilizados para ilustrar suas críticas, entende-se correto o ponto de Devlin. Contudo, este aspecto não macula o cerne das críticas hartianas, uma vez que os problemas apontados na tese de Devlin podem ser verificados mesmo sem estes exemplos por referirem-se a equívocos conceituais de sociedade e de posicionamento moral.

Portanto, não obstante algumas críticas à teoria devliniana tenham-lhe atribuído um sentido equívocado, expuseram, em sua essência, alguns problemas os quais Devlin não conseguiu rebater. Deve-se entender como mais correta a teoria de Hart, pois não é apropriada a utilização do sistema jurídico como forma de punir imoralidades as quais não gerem danos efetivos a terceiros, sob o risco de gerar resultados mais graves negativos na sociedade.

## 7 TEORIA DA MORALIDADE DE FULLER

O debate envolvendo Devlin e Hart possui uma interessante relação com a discussão teórica entre Hart e Fuller, sendo a referida relação importante para delimitar alguns preceitos teóricos da noção hartiana da separabilidade entre Direito e Moral. Cumpre analisar algumas questões importantes acerca dos debates envolvendo Hart e Devlin, no que diz respeito à imposição da moral, bem como entre Hart e Fuller, envolvendo a separabilidade entre direito e moral. Inicialmente, antes de analisar a relação entre estes debates, insta destacar alguns comentários sobre a teoria fulleriana da relação entre Direito e moral.

De logo, Fuller (1964, p. 5) demonstra que uma das razões de sua insatisfação com a literatura existente refere-se à falta de clareza ao se definir moralidade, a qual, contrariamente ao conceito de Direito, cujas teorias são diversas, carece de correta e cuidadosa conceituação.

Segundo a teoria fulleriana (1964, p. 6), para se compreender corretamente o conceito de moral deve-se inicialmente ter em mente a existência de duas moralidades distintas, a moralidade do dever (“*of duty*”) e a moralidade da aspiração (“*of aspiration*”): i) a moralidade do dever relaciona-se a moral religiosa, tal qual presente no Antigo Testamento e nos Dez Mandamentos, que condena a conduta humana que desrespeita os preceitos básicos de convivência em sociedade, podendo ser entendidas como as regras básicas para que seja viável o convívio social; ii) a moralidade da aspiração é aquela da vida virtuosa por excelência, estando bem exemplificada na filosofia grega.

Assim, é na moralidade da aspiração em que podem ser localizadas conotações de uma noção, muda, que se aproxima da do dever, mas que com este não se confunde, uma vez que aqui vige a concepção de que o ser humano deve agir de forma a demonstrar o seu melhor, ten-

do, não obstante seus princípios sejam de certa forma vagos e indeterminados, uma intrínseca noção de perfeição e infalibilidade que se almeja alcançar.

O que se verifica é que enquanto a moralidade do dever se relaciona com a vida em sociedade, a moral da aspiração refere-se à relação do homem com ele mesmo, ou até mesmo entre o ser humano e Deus. Analisando a figura da aposta, Fuller (1964, p. 8 e 9) afirma que, enquanto que sob a ótica da moral do dever o jogo pode ser visto como algo danoso à sociedade, inclusive passível de proibição por parte da lei, na ótica da moral da aspiração não haveria motivos para que o Direito se preocupasse com o jogo, olhando os apostadores mais com desdém do que com reprovação propriamente dita, uma vez que a aposta deve ser entendida não como uma violação de algum dever moral, mas como uma subutilização das capacidades humanas.

Ademais, segundo Fuller (1964, p. 15 e 16), a moralidade do dever está mais relacionada ao direito do que a moral da aspiração e, em um paralelo econômico, enquanto aquela se relaciona com “economia de troca” (*“economy of exchange”*), esta se relacionaria com a “utilidade marginal” (*“marginal utility”*). O autor relaciona muito a moral do dever com a “economia de troca” (*“economy of exchange”*), e a moral da aspiração com o conceito de “utilidade marginal” (*“marginal utility”*) inclusive quando traça suas diferenças.

Contudo, ainda de acordo com Fuller (1964, p. 21 e 22) a moralidade do direito, descrita pelo autor como a moralidade interna da lei, não deve olvidar-se da moralidade da aspiração sob pena de não ser reconhecido pela sociedade como tal. Isto porque, a moralidade interna da lei, muito embora deva ser a resultante de uma conjugação da moralidade da aspiração com o dever, está mais relacionada à primeira, a qual deve servir como um balizador do sistema jurídico, possibilitando o seu reconhecimento pela sociedade.

Ao tratar da relação entre a moralidade de aspiração e a moralidade do dever, Fuller (1964, p. 27) sugere a existência de uma escala, tendo seu início mais baixo, na relação social entre os indivíduos, ascendendo até o topo, as aspirações mais elevadas em relação ao que o ser humano entende por excelência.

Por outro lado, deve-se ter bem delimitado estes conceitos de moral, pois, caso a moralidade do dever ultrapasse sua esfera apropriada, pode haver o sufocamento da inspiração e espontaneidade humanas. Da mesma forma, se a moralidade da aspiração invadir a província do dever, os homens podem começar a pesar e qualificar as suas obrigações conforme os seus próprios padrões, o que poderia inviabilizar o convívio em sociedade. Portanto, verifica-se que na moralidade do dever a noção de sanção se faz muito mais presente do que na moralidade da aspiração, porém, não podendo invadir a seara da aspiração.

Não obstante entender que a noção de moral de dever está mais próxima do conceito de direito do que a moral da aspiração, Fuller (1964, p. 33) alerta que, para fins de moralidade interna da lei, faz-se mais presente a ideia de moralidade da aspiração, uma vez que esta deve estar presente como um balizador do sistema jurídico, possibilitando o seu reconhecimento pela sociedade.

Ainda segundo Fuller, a moralidade interna da lei pode ser compreendida como uma

visão procedimental do Direito Natural, que, na concepção fulleriana, deve ser entendida como uma expansão do conceito ordinário de Direito Natural. Aplicando este conceito à noção de lei e do próprio Direito, o autor refuta os defensores da teoria do Direito como forma de regramento coercitivo das condutas sociais, embasadas em comandos de autoridades. Isto porque, para a teoria fulleriana do Direito, este conceito de ordenamento jurídico termina por servir mais à estrutura de poder do Estado do que à sociedade.

Aqui se faz presente o ponto fulcral da teoria fulleriana, qual seja, a moralidade interna do direito, composta por oito princípios que devem ser observados para que as normas possam ser aceitas pela sociedade, quais sejam: i) generalidade; ii) publicidade por meio da regular promulgação para que seja dado conhecimento para a sociedade; iii) prospectividade e não retroatividade, sendo a retroatividade apenas aceita ocasionalmente; iv) clareza, de maneira a serem compreensivas; v) coerência sintética, ou seja, serem livres de contradições; vi) coerência lógica, ou seja, não exigir o que não é possível; vii) estabilidade, não sendo modificadas com muita frequência; e, viii) congruência entre o Direito e a ação oficial.

De acordo com Fuller, não obstante a qualidade inerente da obra de Hart, esta termina a se alinhar à corrente criticada por aquele autor no texto em análise, uma vez que, ao analisar o que este autor entende por conceito de Direito, termina por excluir as questões acerca das noções de moral, tanto de dever quanto de aspiração.

Fuller, de tal sorte, entende que um dos elementos necessários para o reconhecimento do ordenamento jurídico como tal relaciona-se, intrinsecamente, a moralidade interna do direito, bem como da aproximação, o máximo possível, dos oito princípios por ele apresentados. Conforme será visto a seguir, e neste ponto reside talvez o principal ponto de discordância destes autores.

## 8 DEBATE ENTRE FULLER E HART ACERCA DA REGRA DE RECONHECIMENTO

Exposta, sinteticamente, a teoria de Fuller, cumpre agora analisar a “*regra de reconhecimento*” hartiana. Esta é talvez, uma das mais importantes críticas que Fuller faz a Hart, afirmando que a regra de reconhecimento nada mais seria do que os preceitos morais que tornam o Direito possível e aceito pela sociedade.

Hart, em sua obra, entende o Direito como um plexo de normas, primárias e secundárias, sendo as primeiras as responsáveis por impor dever à sociedade, enquanto as segundas relacionam-se às ideias de reconhecimento, modificação e julgamento, sendo responsáveis pela atribuição de competência aos agentes estatais para agirem no sentido de criarem e aplicarem as normas primárias. É neste contexto que surge a norma de reconhecimento.

Fuller (1964, p. 133 e 134) afirma que, em sua análise da regra de reconhecimento, Hart aparentemente cai em uma armadilha contida no campo da jurisprudência, ignorando questões fundamentais que embasam o sistema jurídico e que não tem, necessariamente, relação com a norma de reconhecimento, uma vez que não podem ser simplesmente expressos em termos de

dever, ou de capacidade e competência, ignorando questões de cunho sociológico existentes no Direito.

A questão aqui é que o conceito hartiano deveria ser embasado em uma correlação dos elementos que embasam o reconhecimento do sistema jurídico pela sociedade às noções intrínsecas à ordem social, tal qual a moralidade de aspiração. Esta crítica é similar à realizada por Fuller em outro texto, no qual crítica a teoria de Hart por não se alinhar ao conceito fulleriano de fidelidade ao direito, que representa outro aspecto ao qual deve servir como reconhecimento de validade de um determinado sistema jurídico.

Ao rebater esta crítica de Fuller, Hart (2010, p. 397 e 398) retoma o conceito de regra de reconhecimento, afirmando que esta seria a última no sentido de que fornece uma série de critérios pelos quais, em última instância, avalia-se a validade das regras subordinadas ao sistema, sendo a sua existência manifestada no reconhecimento e uso do mesmo conjunto de critérios de validade jurídica pelos operadores do Direito, bem como da conformidade geral com o Direito assim identificado. Hart não afasta, porém, a possibilidade da regra de reconhecimento ser objeto de crítica moral, explicação histórica ou sociológica e outras formas de exame.

No que diz respeito à afirmação de Fuller de que a teoria de Hart incorreria em um “erro básico” por não se mostrar apta em explicar como é possível manutenção, após a revolução, de grande parte do Direito privado pré-revolucionário, Hart (2010, p. 402 e 403) responde que não se preocupou na análise do fenômeno da revolução, uma vez que, não pretendia tratar da “persistência do Direito”, mas sim, a intenção de sua obra era a de exhibir inadequações da teoria austriana segundo a qual o Direito era o comando soberano “habitualmente obedecido”.

Rebatendo a crítica, Hart afirma que a persistência do Direito poderia ser facilmente explicada se fosse pensada em termos não de hábitos de obediência, mas em termos da regra de reconhecimento, sendo esta a responsável para apontar o cargo de legislador e não, individualmente, para o seu ocupante atual. Assim, a legislação anterior seria aceita como Direito porque identificada como tal pela regra de reconhecimento aceita. Este fato, contudo, não lida com a possibilidade de uma ruptura revolucionária do tipo que Fuller vislumbra, no qual há a recepção de grande parte do Direito privado pré-revolucionário.

Embora Hart não trate desse caso, o autor acredita não haver dificuldades em analisar estas questões apontadas por Fuller com base na regra de reconhecimento, isto porque, após uma ruptura revolucionária, sempre ficará incerto quais os critérios que serão usados para definir o direito, sendo que somente o transcurso do tempo fará com que surja uma uniformidade na prática de tribunais e legisladores.

Tal desenvolvimento é necessário para permitir a redefinição do direito pós-revolucionário por meio de uma nova regra de reconhecimento. Se não tivesse havido a revolução, a regra de reconhecimento teria sido identificada como base na provisão geral que qualificava a sucessão ininterrupta de legisladores. Portanto, após a quebra de regime, a validade da legislação passa a se basear numa regra de reconhecimento distinta da anterior.

## 9 RELAÇÕES ENTRE OS DEBATES HART-DEVLIN E HART-FULLER

Superadas estas questões iniciais, cumpre analisar a relação conceitual existente entre os debates Hart-Devlin e Hart-Fuller. A primeira questão cinge-se à crítica dirigida por Hart (1963, p. 28) à Devlin e Fuller no sentido de que estes autores incorrem no equívoco de argumentar sobre o que direito é, ao invés de fazê-lo sobre o que um sistema jurídico *deveria ser*, misturando estas duas esferas as quais deveriam se manter separadas para dar força argumentativa ao que o direito *deveria ser*. Esta noção de *dever ser* deveria ser somente, para Hart (2010, p. 74 e 75), utilizado nos casos de penumbra, fornecendo um critério, nem sempre moral, para que se atribua um sentido o qual a norma originalmente não possuía.

O segundo ponto de conexão é o conceito dicotômico de moral adotado por Hart, para criticar a teoria de Devlin, pois segundo Carla Piccolo (2011, p. 40), há uma distinção entre moral positiva e crítica, sendo aquela referente às condutas aceitas comumente pela sociedade, e esta um conjunto de padrões de condutas os quais passaram por uma análise crítica racional, servindo como um ideal a que a moral positiva deve aspirar.

Conceituação similar se faz presente em Fuller (1964, p. 5 e 6) quando distingue a moralidade do dever da moralidade da aspiração. A questão aqui é que, tanto Hart, quanto Fuller, se utilizam deste conceito de moral para rebater as teses de Devlin e Hart, respectivamente, nos debates protagonizados. Esta similitude entre Hart e Fuller cinge-se apenas a este conceito dicotômico de moral, pois ambos defendem teses opostas no que diz respeito à separabilidade entre direito e moral.

Além disso, outras duas conexões podem ser ilustradas através da argumentação a qual os autores podem traçar a partir dos seguintes questionamentos: a incorporação da moral pelo Direito facilita a aderência das condutas sociais às normas jurídicas? E, esta incorporação evita, de alguma forma, a criação de sistemas jurídicos injustos ou imorais?

Para Devlin a moral é elemento importante para dar legitimidade ao direito, uma vez que, a proteção da moral compartilhada, bem como a proteção de institutos sociais valiosos, transforma a aderência do comportamento social à legislação algo natural. Por sua vez, no que tange a possibilidade da incorporação da moral pelo direito evitar a criação de sistemas jurídicos injustos ou imorais, Devlin não apresenta uma resposta, sendo possível inferir, contudo, que a imposição da moral não afastaria a criação de sistemas jurídicos injustos ou imorais. Neste sentido, chama-se atenção para o seguinte trecho “*There are, have been, and will be bad laws, bad morals, and bad societies (...) bad societies can live on bad morals just as well as good societies on good ones*”<sup>4</sup> (Devlin, 1965, p. 94).

Fuller afirma que existem preceitos morais, os quais denomina moralidade interna, necessários para se entender o sistema jurídico possível. Verifica-se que a aderência da sociedade às regras jurídicas e, mais do que isso, a própria legitimidade do direito, esbarram, para Fuller,

4 Em tradução livre: “Existem, existiram e existirão um mau direito, má moral e má sociedade (...) más sociedades podem conviver com mau direito assim como boas sociedades convivem com bom direito.”

na observância desta moralidade interna, ou seja, a moral é elemento fundamental para tal. No que diz respeito ao segundo aspecto, Fuller entende que a não observância da moralidade interna talvez não impedisse a criação de leis imorais, mas impediria sua eficácia. Não seria possível, assim, um direito imoral, uma vez que a moralidade seria inerente à sua própria validade.

Tanto Devlin, quanto Fuller entendem a moral como elemento importante, se não necessário à validade do sistema jurídico e, mais do que isso, deve haver a incorporação de determinados preceitos à ordem jurídica como forma de proteção da sociedade. Contudo, Devlin distingue-se de Fuller na medida em que aceita aquilo que chama de mau direito e má moral dando a impressão que entende que a incorporação não necessariamente evita o surgimento de sistemas jurídicos injustos.

Portanto, a tese de Hart responde negativamente ambas as questões, uma vez que, não obstante aceite a existência de uma relação entre direito e moral, entende se tratarem de campos distintos. Conforme apontado por MacCormick (1981, p. 195), Hart defende que as regras jurídicas, como regras sociais que são, têm origens nas práticas sociais dos membros da sociedade, não sendo a moral uma condição necessária para a validade jurídica. O elemento necessário, para Hart, é a denominada regra de reconhecimento.

## 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate entre Hart e Devlin, originado em 1954, quando foi criado o Comitê Wolfenden, foi um dos mais importantes debates acerca de uma das grandes problemáticas de teoria geral do direito, qual seja, até que ponto é legítimo a uma sociedade impor sua moral vigente por meio do ordenamento jurídico.

Desse modo, os argumentos de Devlin são no sentido de que a sociedade tem o direito de impor sua moral compartilhada, bem como deve legislar para proteger seus institutos sociais valiosos, como forma de preservar seu tecido social de desintegração e decadência. Hart, por sua vez, critica a teoria devliniana por entender não caber ao sistema jurídico limitar a liberdade individual, punindo imoralidades as quais não gerem danos efetivos a terceiros.

Ante o exposto, o entendimento mais correto, é o de que o sistema jurídico não deve ser utilizado como forma de limitação à liberdade individual, salvo quando a conduta vitimar terceiros. Esta foi o cerne da linha argumentativa de Hart em seu debate com Devlin, o qual, embora não tenha tido como objeto a tese da separabilidade entre direito e moral, foi importante porque ilustrou alguns conceitos relevantes que Hart desenvolveria posteriormente, principalmente nas obras relacionadas ao seu debate com Fuller.

Não obstante o fato de que o elemento central do presente debate não foi a separabilidade entre direito e moral, nele Hart apresentou importantes aspectos teóricos de seu pensamento acerca deste assunto, merecendo destaque: i) separabilidade entre direito e moral, não obstante exista uma relação entre direito e moral, refletida inclusive no compartilhamento de um vocabulário normativo comum; ii) existência e o teor do direito podem ser determinados sem uma

necessária referência à moral; e, iii) existência de uma moral positiva, que reflete a moral aceita em determinada sociedade, bem como de uma moral crítica, fruto de um processo de análise crítica, que refere-se a um ideal que a moral positiva deve aspirar.

## REFERÊNCIAS

DEVLIN, Patrick. **The enforcement of morals**. London: Oxford University Press, 1965.

DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the enforcement of morals. **The Yale Journal**, v. 75, n. 6, may 1966.

DWORKIN, Ronald. Philosophy, morality, and law – observations prompted by Professor Fuller’s novel claim. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 690, 1965.

FULLER, Lon. **The morality of law**. Revised Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1964.

FULLER, Lon Positivism and fidelity to law – A reply to Professor Hart. **Havard Law Review**, n. 630, 1957.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **Law, liberty, and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HART, Hebert Lionel Adolphus. Lon. L. Fuller: moralidade do direito. *In*: HART, Hebert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Hebert Lionel Adolphus. O Positivismo e a Separação entre o Direito e a moral *in* HART, Hebert. Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **The concept of law**. 2. ed. NY: Oxford University Press, 1994

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. California: Stanford University Press, 1981.

PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H.L.A. Hart**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. FADUSP, São Paulo, Inédita, 2011.

## THE REFLEX OF THE DEBATE HART DEVLIN IN THE THEORY OF LAW OF HART

**ABSTRACT:** After the publication, in 1957, of Wolfenden Committee's final report, Hart and Devlin waged a debate about until which point Law must act to enforce shared moral of a specific society. Notwithstanding the object of this was not the thesis of the separation between Law and moral, it brought elements of the Hart's theory in respect to this issue, as well illustrates his theoretical way of thinking developed in his later works.

**Keywords:** Law. Separation. Moral. Debate. Concepts.