

Entre o direito e a moralidade: o debate Hart-Devlin

LUCAS FERREIRA CABREIRA *

Resumo

O presente artigo abordará o tema da relação entre moral e direito a partir do histórico debate entre Herbert Hart e Patrick Devlin. Inicialmente, serão expostos os argumentos de Devlin, que entende que todos os ramos do direito protegem a moralidade, e que a finalidade do direito penal especificamente consiste na imposição de princípios morais. Entende ainda que não é qualquer moral que o direito protege, mas a *moralidade convencional*, representada pela moralidade do “homem no júri”. Na sequência, serão expostas duas críticas de Hart às posições de Devlin: uma falta de critérios racionais para a identificação da moralidade e a inaptidão de Devlin em demonstrar o direito como protetor da moral, que para Hart se encontra na proteção aos valores universais que previnem as condutas que causam danos a outrem. Na sequência, serão apresentadas as réplicas dos dois autores aos argumentos expostos. Por fim, será apresentada uma contribuição pessoal para o debate a partir de Green (2010) e Dworkin (1966).

Palavras-chave: Tese da separabilidade; moral convencional; moralidade crítica; instrumentalidade do direito

Abstract

This article is on the debate between morality and law in the historical debate between Herbert Hart and Patrick Devlin. Initially, Devlin's positions will be exposed, it realizes that all branches of law protects morality, and the purpose of criminal law is specifically imposing moral principles. It realizes although it is not about any kind of moral that law protects, but *conventional morality*, the one represented by "man on the jury's" morality. Afterwards, it will expose two criticisms of Hart to Devlin focusing on identifying the lack of rational criteria to identify morality and Devlin's disability in demonstrating law as protector of morality, which for Hart can be find in the protection of universal values that prevent acts that causes harm to others. As a result, it exposes the replicas of the two authors related to those arguments. Finally, it does a personal contribution to the debate based on Green (2010) and Dworkin (1966).

Key words: separability thesis; conventional morality; critical morality; instrumentalist thesis.

* LUCAS FERREIRA CABREIRA é mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo; graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

Introdução

A separação entre moral e direito tem sido tema para um sem número de artigos e pesquisas acadêmicas. A chamada “tese da separabilidade” inaugurada e difundida pelo positivismo jurídico configurou-se em uma tentativa de adequação do estudo jurídico ao modelo científico de pensamento do início do século XX. Trata-se de um paradigma muito influenciado pelas Ciências Exatas, isto é, que buscava uma neutralidade científica fictícia, uma estanque separação entre sujeito e objeto, um rigor imparcial do cientista, etc. Por conseguinte, como resultado deste movimento, o positivismo jurídico historicamente empenhou-se em expulsar do campo do direito todas as “sujeiras subjetivas” que ameassem o purismo objetivo do conhecimento que almejava produzir.

O positivismo jurídico resultou de um enfrentamento (nos campos político e filosófico) às escolas jusnaturalistas que imperaram no pensamento europeu do direito antes da Revolução Francesa. O estudo do direito passou a ser, a partir de então, uma espécie de estudo das regras ditadas pela figura abstrata do “Legislador”, uma vez que o positivismo se mantinha no campo estritamente apologético do sistema jurídico em vigor. Como afirmou Mialle, a ciência se tornava

positiva no sentido de ser “neutra” no plano político e moral. Por outras palavras, a atitude positivista em direito postula que a descrição e a explicação de regras jurídicas, a qual são limitadas a si mesmas, representam um proceder “objetivo”, o único digno do estatuto científico” (MIALLE, 2005, p. 44).

Muito desta estreita concepção objetivista ainda persiste no mundo jurídico. Entretanto, o direito configura-

se como uma esfera da vida como qualquer outra, não se reduz ao conceito ilusório de “norma pura” que tentaram lhe imprimir as correntes jus positivistas. As normas jurídicas configuram-se como meras abstrações, oriundas de um fenômeno social de maior amplitude. Antes do aparecimento das discussões sobre teoria da linguagem na seara do direito, já observava Evgenii Pachukanis¹, em embate com Kelsen em 1924, que *as normas jurídicas eram criadas a partir de relações sociais consolidadas e não o inverso*: “relação jurídica é a célula central do tecido jurídico e é somente nela que o direito realiza o seu movimento real. Em contrapartida, o direito enquanto conjunto de normas é apenas uma abstração da vida” (PACHUKANIS, 1989, p. 55).

Desta forma, uma análise um pouco mais aprofundada do fenômeno jurídico é capaz de revelar o direito como algo construído com outros elementos que não somente a norma estatal. Nesta perspectiva, o debate entre Partick Devlin e Herbert Hart acerca da positividade da moral (*enforcement of morals*), traz à tona a discussão acerca da medida do componente “moral” na composição do direito. Adentrando em questões sobre descriminalização da homossexualidade e prostituição na Inglaterra, o debate trouxe ricas contribuições acerca da relação entre moral e direito.

A partir da polêmica do Relatório Wolfenden² sobre ofensas sexuais e

¹ Nome transliterado diretamente de sua forma original em alfabeto cirílico, seguindo-se o padrão de transliteração para português estabelecido em CADERNO DE LITERATURA E CULTURA RUSSA, 2004.

² Trata-se de um relatório elaborado em 1957 pelo Comitê Departamental sobre Delitos Homossexuais e Prostituição liderado por John Wolfenden, então Vice-Chancellor da

prostituição, Devlin foi convidado para dar uma palestra na Academia Britânica, a qual falou de suas opiniões acerca da consulta que lhe foi feita pelo Comitê³. Hart, que anteriormente havia se envolvido num profícuo debate com Lon Fuller sobre a separação entre moral e direito, ao retornar de sua estadia em Harvard entrou em contato com as considerações de Devlin sobre o Relatório e se engajou no debate acerca dos limites nos quais o direito penal deveria positivar moralidade. Como resultado deste debate, foi produzida uma segunda edição da obra “*Enforcement of Morals*” de Devlin, publicada em 1965, e o livro “*Law, Liberty and Morality*” de autoria de Hart, publicado em 1963. A revisitação dos argumentos desse debate, contidos especificamente nessas duas obras, será o escopo central do presente artigo.

1. Os principais argumentos de Devlin

Na obra “*The Enforcement of Morals*”, Devlin observa que a moral não influencia o direito igualmente em todas as frentes. A partir da leitura dos primeiros capítulos da obra, é possível separar dois grandes grupos: primeiro,

Universidade de Reading, abordando os temas dos crimes de prostituição e homossexualidade então em vigor na Inglaterra. Propugnava que a função do direito penal seria a preservação da ordem pública e do cidadão daquilo que é considerado ofensivo ou lesivo, e que a área de moralidade/imoralidade privada não deveria ser assunto da lei. O relatório, em síntese, chegou a várias recomendações, das quais se destacam duas, as quais foram objeto das do debate entre os dois juristas: práticas homossexuais privadas realizadas com o consentimento entre adultos não deveriam ser crime; e que questões relacionadas à “consentimento” e “âmbito privado” deveriam ser decididas pelos mesmos critérios aplicados no caso de atos heterossexuais entre adultos.

³ Estas palestras deram origem ao livro “*Enforcement of Morals*”, analisado neste artigo. O livro é composto pelas *lectures* proferidas por Devlin e de textos posteriores, referentes aos debates com o professor Hart.

contendo *law of torts* (responsabilidade civil), *quasi-criminal law* (direito quase-penal) e direito contratual ingleses, estes menos influenciados pela moral; e num segundo, o direito penal e *law of marriage* (direito matrimonial), mais influenciados por ela. A partir das palestras sobre o Relatório emergiu o primeiro elemento estruturante de seu pensamento: a *relação inequívoca, no Reino Unido da época, entre moral e o direito, afirmando duvidar que houvesse qualquer ramo jurídico não influenciado pela moral* (DEVLIN, 1965, p. 43).

Devlin argumenta que uma sociedade significa uma comunidade de ideias e que sem o compartilhamento de ideias políticas, morais e éticas, aquela não sobrevive. Por meio do exemplo do casamento, o autor explicita seu ponto ao afirmar que as pessoas não vêm a monogamia meramente como uma instituição a ser corroborada tão somente porque consiste em uma forma *que a sociedade escolheu* para se organizar. A população apoiaria a monogamia porque comumente se acredita ser uma instituição *boa em si mesma*, e por essa razão a sociedade teria a adotado enquanto forma de organização. O direito penal, dessa forma, encerraria conteúdo moral de forma a impor os princípios morais fundamentais que permitem a manutenção de uma sociedade.

Além disso, Devlin explora o papel do consentimento no direito penal inglês como forma de testar o argumento de que este ramo do direito se volta para a injunção de princípios morais. O direito penal, por sua vez, constitui-se na visão do autor como o defensor da sociedade *em si* (DEVLIN, 1965, p. 6) e sua função fundamental é proteger a moralidade entendida como necessária à ordem pública (DEVLIN, 1965, p. 10). O autor sustenta que em grande parte dos tipos

penais do direito criminal inglês não se admitia, como forma de defesa, o consentimento ou perdão da vítima. Tal característica apontaria para o fato de que o direito penal não teria por finalidade somente a consolidação de um arranjo preventivo de conflitos, garantidor da ordem. Essa característica explicitaria uma preocupação com a proteção de princípios morais socialmente valorizados e que, conseqüentemente, não teria por foco as pessoas individualmente consideradas. Tomando o homicídio como exemplo, um cidadão inglês não teria direito de afastar a incidência do tipo penal na ocasião de seu cometimento, pois a preservação do bem jurídico “vida” deveria ser ponderado como um *valor social*, e a violação da vida de uma pessoa implicaria em prejuízo não somente para essa pessoa, mas em geral para a sociedade.

Alguns ramos do direito civil também refletiram certa carga de moralidade em sua essência. Os contratos na Inglaterra teriam sido feitos, sobretudo, com vistas as necessidades do comércio, e em razão disso, fizeram com que um certo pragmatismo imperasse sobre o moralismo na criação das regras jurídicas (DEVLIN, 1965, p. 45), embora ainda se verifique um conteúdo moral a partir de elementos como a *good faith* (honestidade nos contratos) e *fair dealing* (vícios de vontade em suas formulações). No direito matrimonial, observa que o casamento estava incorporado à moral da sociedade inglesa. Não o sacramento em si, de competência da Igreja, mas a forma monogâmica cristã de matrimônio cuja forma, incorporada à moral, ditou o conteúdo material do direito secular (DEVLIN, 1965, p. 64).

O autor também defende que a *função do direito é a preservação da moral*, e não

qualquer uma, como se verá, mas uma *moralidade convencional*. Devlin entende que o direito deve *proteger a moral pública, garantindo padrões morais* (DEVLIN, 1965, p. 92). Assim que, diante de questões como porque não se mudar o padrão moral vigente (por exemplo, pela aceitação de casamento poligâmico) defende a ideia que não caberia ao legislador⁴, por si mesmo, definir o que é certo ou errado sob ponto de vista moral. A chave para descobrir os princípios morais de uma sociedade, diz o autor, é uma moral *já existente*, expressa pelo *homem ordinário*:

A moral a qual ele [o legislador] positiva são aquelas ideias sobre certo e errado estão aceitas de antemão pela sociedade na qual ele está legislando e na qual é necessário a preservação de sua integridade [...] *o que é aceitável ao homem ordinário, o homem do júri, que poderia também ser chamado homem razoável ou homem de princípios* [rightminded man] (DEVLIN, 1965, p. 90, grifos meus).

O “homem do júri” (*the man in the jury box*) é o modelo de Devlin pois: deve apontar veredito unânime⁵, que só se materializa enquanto resultado de argumentação, instrução e deliberação; em cujas visões sobre a moral são colocadas de maneira efetiva. O homem no júri, para o autor, determina o que corresponde a imoralidade e quando a lei deve ser aplicada (DEVLIN, 1965, p. 91).

⁴ “Law-maker”. Como o termo “law” pode significar tanto lei como direito, não se trata do mesmo termo “legislador” empregado normalmente na âmbito jurídico brasileiro. Portanto, o termo “legislador”, doravante, será empregado em sentido amplo, mais próximo a “operadores do direito”, já que diz respeito a legislação e decisões judiciais.

⁵ No direito penal inglês da época, os vereditos dos júris deveriam ser decididos por unanimidade de votos dos jurados.

O Caso Shaw⁶ é paradigma da tese de Devlin sobre tornar obrigatória pela via legal a moralidade. Quando fala em “moral convencional” não se trata nem de moral “verdadeira” nem apenas de pesquisa de opinião pública, mas identificar uma moralidade *aceita em geral*, ainda que no nível da mera tolerância. Segundo o autor, o que o legislador tem que determinar não é a crença verdadeira, mas a crença comum, pois a tarefa do legislador “não é a insípida contagem de cabeças ou a sistematização de respostas a questões sobre moral dadas em um Gallup poll⁷” (DEVLIN, 1965, p. 94). Por isso a condenação de Shaw por “conspiração” (*conspiracy*), conforme voto do Visconde Simonts, representou “o supremo e fundamental propósito do direito de conservar não somente a segurança e ordem, mas *também o bem estar moral do Estado*” (DEVLIN, 1965, p. 88, grifo meu).

2. Duas das principais críticas de Hart à Devlin.

2.1. Falta de critérios racionais (valores universais) para identificação da moralidade

O Comitê de Wolfenden, além da questão dos homossexuais, recomendou que prostituição também deixasse de ser crime desde que a legislação determinasse que ela ocorresse fora das ruas. Com tais diretrizes, segundo Hart, agiu de forma muito parecida com os

princípios sobre o direito de Jonh Stuart Mill em “*On Liberty*”: “O único propósito em que poder legitimamente pode ser exercido sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra sua vontade é para prevenir dano a outrem” (HART, 1963, p. 4).

Contra Mill levantaram-se dois teóricos: Devlin e James Stephen. Nestes autores, Hart identifica duas teses sobre a tutela da moral. A primeira, denominada “tese moderada”, diferencia condutas criminosas causadoras de danos a terceiros de outras condutas meramente imorais, e propugna que existe uma intrínseca relação entre moral e existência em si da sociedade (atos imorais colocá-la-iam em risco de extinção). A segunda tese foi nominada por Hart como “tese extremada”. Segundo o autor, esta teoria vê na imposição jurídica somente um *valor instrumental*, ou seja, a preservação da moralidade, entendida como instrumento de conservação da sociedade, em razão dessa instrumentalidade teria um fim em si mesmo.

Hart afirma que Devlin pairava sobre as duas, pois ao mesmo tempo que entendia a moralidade como elemento necessário à sociedade (moderado), também via como ameaça a sociedade qualquer forma de imoralidade, pública ou privada (extremado) (HART, 1963, p. 54). As escolhas acerca da moralidade feitas por Devlin sofreriam com a falta de objetividade, pois se viam como valiosas em si.

A tutela da moral, para Hart, se configura como “uma tese de moralidade crítica que requer em seu auxílio um princípio crítico geral” (HART, 1963, p. 82). Como Mill, Hart entende que as moralidades sociais, independentemente de seu conteúdo, preveem a *valores universais* em certo grau (como liberdade individual, segurança à vida,

⁶ Caso “Shaw x Director of Public Prosecutions” (1962). Publicação da revista “Ladies Directory” com nomes de prostitutas, por parte do Sr. Shaw, em razão do Parlamento haver descriminalizado a prostituição. Foi processado pelo fato de sua revista atentar contra a moral pública, já que vivia de rendimentos pagos por prostitutas (rufianismo), o que era crime. Foi condenado por conspirar contra a moral pública.

⁷ Gallup Poll é uma empresa de opinião pública dos Estados Unidos, semelhante ao IBOPE. Devlin se refere aqui a pesquisa de opinião.

entre outros); e estes são elementos que sempre valerão a pena ser preservados. Devlin, ao pensar a moralidade como “trama inteiriça” (*seamless web*), confunde o valor de preservar a moralidade em uma sociedade. Hart entende que uma sociedade que não reconhece e providencia em algum grau mínimo esses princípios morais não seria nem empiricamente possível e nem logicamente inteligível. A tese de que o direito deve impor princípios morais convencionais estaria correta somente no sentido de proteção desses princípios mínimos universais de moralidade. A preservação da sociedade entendida como valiosa se justificaria porque em certa medida preserva esses valores universais, e não como quer Devlin, proteger a moralidade social, que por preservar tais valores preservaria consequentemente a sociedade (HART, 1963, p. 70).

Ainda, Hart distingue valores *formais* (autodisciplina e controle para adaptar sua conduta a um sistema de expectativas recíprocas, logo, uma virtude universal) de *materiais* (o conteúdo de regras jurídicas). Nisto que se distingue “prática moral” de “atitude moral”. A positivação jurídica (*legal enforcement*) somente de valores materiais não geraria, necessariamente, atitudes morais (genuínas), mas poderia ocasionar uma adoção forçada de condutas morais. Assim, entende o autor que a partir da teoria devliniana seria possível que o direito, ao invés de preservar a moralidade, caísse num *moralismo conservador* responsável por congelar na imobilidade determinados preceitos morais.

O uso da punição jurídica para congelar na imobilidade a moralidade dominante de uma época específica em existência da sociedade possivelmente pode ter sucesso, mas mesmo quando obtém êxito, não contribui em nada para a

sobrevivência do espírito que anima e valores formais da moralidade social e pode fazer muito para prejudicá-los (HART, 1963, p. 72).

Por isso que Hart entende que a própria preservação das mudanças é, seja qual for o seu conteúdo, um *valor* que justifica a sua aplicação legal.

1.1. Inépcia devliniana em demonstrar que o direito serve para a preservação da moral.

A segunda crítica de Hart à Devlin diz respeito a tese de que o direito criminal “serve para proteger a moral e nada mais”. Esta tese estaria prejudicada pois Devlin teria utilizado exemplos equivocados para demonstrá-la. Hart admite que muitas condutas criminais “só poderiam ser entendidas como tentativas de preservação da moral” (HART, 1963, p. 25). Entretanto, nem todas as tipificações penais serviriam, necessariamente como coloca Devlin, para impor princípios morais. O primeiro exemplo apresentado na obra diz respeito aos tipos penais que desconsideram o consentimento da vítima como matéria de defesa (como no caso do homicídio). Segundo Hart, neste caso a lei estaria na verdade realizando um ato de paternalismo em relação aos indivíduos, evitando que incorressem em condutas lesivas contra si próprios. Quanto à impossibilidade de escusa de culpabilidade em homicídios pelo consentimento da vítima, o foco do direito residiria na *prevenção de danos aos indivíduos* e não na defesa de moralidade.

Além desta distinção, o segundo exemplo exposto por Hart consiste na punição pela bigamia. O jurista explica que, na Inglaterra, o ato de coabitar com pessoa que não o cônjuge, em si, não é punível. Verifica-se a conduta legalmente intolerável quando alguém casado apresentar-se para contrair novo

matrimônio. Para entender este exemplo discerne “imoralidade” de “ato ofensivo público”. Atos considerados imorais praticados privadamente (como a bigamia, ou sexo entre homossexuais) não são punidos porque desta maneira não causariam dano⁸. Se feitos em público, ofenderiam a moralidade pública. A questão que se coloca é que na bigamia, assim como a desconsideração do consentimento citada, não há defesa da moralidade em si pela lei. Disto decorre que a conduta só é punida criminalmente nas hipóteses em que for causa de dano a outrem.

3. Argumentos de Devlin frente às críticas

3.1. Quanto a falta de racionalidade (valores universais) na busca pela moral

Em relação às críticas sobre a falta de um caminho racional para se encontrar a moral (valores universais), Devlin afirma que apesar de não ser contra as teorias de Mill, entende que “uma doutrina, tal qual a de Mill em *On Liberty*, nunca será adotada ou que a lei nunca será feita em consonância com os princípios previstos” (DEVLIN, 1965, p. 126). O autor propõe uma crítica ao modelo racionalista de Hart, que buscava filosoficamente valores *na sociedade*. A busca da moralidade por meio do “homem no júri” configura-se justamente em um modelo anti-

cartesiano. Neste sentido, diz o autor que:

O que o Professor H.L.A. Hart chama moralidade racional [...] será levada por uma rajada de moralidade popular composta de todos os preconceitos irracionais e emoções do homem na rua [...] Os que tiveram o benefício de uma educação superior e sentem-se mais bem preparados para solucionar os problemas da nação do que a maioria podem achar desgostoso submeter à opinião da multidão (DEVLIN, 1965, p. 91-92).

A própria moralidade não seria algo completamente racional, demandando outro tipo de exame para apreendê-la, pois a “razão não é o único guia do homem simples. ‘A moralidade comum da sociedade em uma época específica’, diz Dean Rostow, ‘é a marca do costume e convicção, de razão e sentimento, de experiência e preconceito’” (DEVLIN, 1965, p. 95), e por isso exige que se busque as respostas não nos intelectuais, mas no homem comum, pois este seria o canal legítimo do qual emana a moralidade de uma sociedade.

3.2 Resposta às críticas quando aos exemplos do direito criminal

Contra argumentando, embasado em Stuart Mill, Devlin propõe com relação à crítica sobre consentimento no direito penal e paternalismo, em primeiro lugar, que a crítica de Hart pressuporia uma distinção entre “paternalismo físico” e “paternalismo moral”. O consentimento que o Estado estaria proibindo, por meio do direito penal, teria por escopo a proteger *fisicamente* os indivíduos (como faz supor o exemplo do homicídio). Entretanto, ao verificar em outros exemplos, Devlin chega a conclusão que não seria essa a ideia de Hart, mas que, todavia, sem adotar tal separação, tornar-se-ia insustentável sua crítica, haja vista que “se a sociedade compele o homem a

⁸ Um outro exemplo ilustrativo é a diferença entre o sexo entre homem e mulher e intercursos sexual homossexual. Hart expõe: no primeiro caso, a moralidade inglesa da época não consideraria imoral se feito privadamente, mas indecente se feito em uma praça. Logo, seria punido apenas neste último caso. Já no segundo exemplo, a mesma moralidade consideraria imoral, mas não afetaria a decência pública se no âmbito privado. As duas, contudo, seriam indecentes se praticadas em público (HART, 1963, p. 45).

agir em prol de seu próprio bem moral, a sociedade está dando fora de lei à moral” (DEVLIN, 1965, p. 136).

Em relação ao exemplo da bigamia, Hart teria afirmado que Mill entenderia não ser uma ação punível criminalmente, a não ser que causasse violação à boas maneiras (ofensa à decência). Devlin afirma ser um crime difícil de lidar por parte dos seguidores de Mill pois, por exemplo, em casos onde não houvesse logro não haveria qualquer dano a outrem, e que também não diz respeito à decência ou boas maneiras. Por fim, afirma que o próprio Hart “estaria preparado a reconhecer que se trata na verdade de ato público ofensivo à sentimentos religiosos” (DEVLIN, 1965, p. 137).

4. Repensando o debate Hart-Devlin: algumas posições

A partir da sucinta recuperação do debate entre Hart e Devlin, é possível se recuperar alguns elementos para compreender a que serve o direito. Em Mill depreende-se um “utilitarismo de consequências”, isto é, intervenção legítima nas liberdades individuais para *prevenção de danos* a outrem (HART, 1963, p. 4). Por sua vez, Hart adota um “utilitarismo de regras”: diferentemente de Mill, não é a liberdade em si um valor basilar, mas o *conjunto de regras eficientes na sociedade* que as assegura. Devlin, por outro lado, o direito serve para proteger a moral pública, devendo ser encontrada no homem razoável (*reasonable man*).

A partir destas interpretações, lança-se uma primeira questão: o direito tem uma função *instrumental*? Leslie Green entende que “não há dúvidas que leis individuais costumam servir como meio de promover e assegurar determinados fins” (GREEN, 2010, p. 168). Entretanto, em relação a esta questão

instrumental, o debate Hart-Devlin traz dúvidas não somente quanto a *qual(is) finalidade(s)* o direito serve, mas também quais os *meios adequados* para atingi-las.

Essa discussão foi aventada, mas de maneira um tanto superficial no debate. Devlin entendia que a função do direito (finalidade) seria impedir a desagregação da sociedade por meio do “enforcement” da moralidade (direito criminal: meio por excelência), tendo o caso Shaw como “decisão paradigma” em direito penal. Por seu turno, Hart argumentou que a coação à moralidade por meio da lei criminal poderia gerar atitudes somente externas, pois por meio do sistema jurídico não se pode impor atitudes morais (essas são fruto somente de convicções internas das pessoas). Assim, o *enforcement of morals* poderia resultar, em muitos casos, em um moralismo legal, um *mal instrumento* que arbitrariamente impor a moralidade à população e congelaria na imobilidade a própria evolução da moralidade na sociedade. Portanto, qual o valor que este instrumento defenderia, se sua finalidade mesmo é indefinida?

Se há um *meio adequado* para a manutenção da moralidade, há imprecisão no debate, em ambos os autores. Ao tratar sobre o tema, Green examina as mais diversas teorias instrumentalistas sobre o direito existentes, e traça alguns paralelos entre elas. Sobretudo, levanta algumas inexatidões e enganos no caminho de aceitação da tese instrumentalista, observados nas diversas tendências desta tese.

Dentre elas, identifica a seguinte falácia: “se as leis são instrumento, então é um mero instrumento e pode não ter valores não-instrumentais” (GREEN, 2010, p. 177). Esta falácia pode ser observada sobretudo em Hart, que segundo Green,

entendia o direito como meio em duas classes diferentes: “aqueles que são ‘meio de controle social’, e aqueles que fornecem aos indivíduos ‘facilidade para a realização de desejos e escolhas’” (GREEN, 2010, p. 170). Assim, o valor das regras jurídicas estaria necessariamente ligado a efetividade em garantir controle social ou liberdades individuais. *Valor instrumental*, portanto. Ocorre que o direito, como Green ressalta, pode ser meio para finalidades com valores instrumentais ou *não-instrumentais*.

Exemplificativamente, considera o *valor orgânico* que certas legislações expressam na sociedade de origem, tornando-se meio para realizar fins cujos valores não estão diretamente previstos em seu corpo, como a manutenção da common law na Inglaterra do século XIX, ou a Constituição dos EUA, que eram vistos como “‘nossa’ lei” (GREEN, 2010, p. 179).

Outra falácia levantada por Green que pode ser aplicada no debate Hart-Devlin é: “se o direito é um instrumento, então existe um fim genérico que a lei necessariamente segue” (GREEN, 2010, p. 180). Embora o foco do autor tenha sido o debate Hart-Fuller, esta falácia pode ser aplicada sobretudo à teoria devliniana. Desde o direito criminal, cuja função para Devlin é impor a moralidade e nada mais; até mesmo o direito contratual (onde observa o autor que a influência das relações pragmáticas de comércio foram mais marcantes do que a moralidade para a formação da legislação, mas que esta gira em torno dos preceitos morais da boa-fé e negociação justa), é a moral convencional o valor instrumental último a ser protegido. Entender que o fim último do direito é sempre proteger uma moral convencional é *não reconhecer as múltiplas funcionalidades que o direito pode desempenhar*. Assim, admite-se

que, como argumenta Green, “Talvez a lei é menos como a serra de Aquinas do que um canivete suíço: uma ferramenta multi-funcional conveniente para uma série de fins, mas não necessariamente uma ferramenta para todos os propósitos [*all-purpose tool*]” (GREEN, 2010, p. 184).

Por fim, há uma confusão entre meios e fins possível de se observar em Devlin, ao elevar o *processo de busca* da moralidade ao patamar de “valor em si”, específico do direito. Conforme Dworkin, “nós não devemos confundir estratégia com justiça, nem fatos da vida política com princípios de moralidade política” (DWORKIN, 1966, p. 1002). Devlin tenderia a confundir eventuais formas de discriminação na sociedade (meras atitudes morais) como moralidade. Certos padrões, como o exemplo da “intolerância, indignação e nojo” à homossexualidade por vezes podem não ser mais que palavras “papagaiadas de seu vizinho [*simply parrot his neighbor*]” (DWORKIN, 1966, p. 1001).

O homem ordinário pode reproduzir essas coisas, mas elas não são necessariamente a moralidade convencional. Dworkin exemplifica: “os *princípios democráticos* que seguimos [estadunidenses] não tornam necessário a positivação do consenso, a crença de que preconceitos, aversões pessoais e racionalizações não justificam a restrição da liberdade alheia ocupa uma posição *crítica e fundamental em nossa moralidade popular*” (DWORKIN, 1966, p. 1001, grifo meu). Portanto, na visão de Dworkin a questão não é se a *moral conta*, mas *o que conta como moral*, ou seja, não há uma moralidade genérica, mas várias são possíveis; ao mesmo tempo, nem toda forma de reação popular a certas questões polêmicas

significará que o legislador estará diante da moralidade convencional buscada.

Embora não se concorde com a existência de valores universais como queria Hart, concorda-se com Dworkin nesses pontos, pois o apelo ao homem razoável (*reasonable man*) pode se mostrar extremamente perigoso à própria moralidade existente, tanto pelo perigo do moralismo legal denunciado por Hart como situações tais quais descritas por Dworkin.

Considerações finais

O presente debate toca em pontos de grande relevância para a compreensão do fenômeno jurídico, sobretudo com relação à tradicional separação entre moral e direito. A partir da leitura de Devlin tem-se uma robusta revisitação deste conceito. O autor assim o faz demonstrando como a religião na Inglaterra havia criado uma cultura de cunho eminentemente secular, algo além da fé cristã, que se tornou algo como uma moral comum. Não se trata do “homem médio” (conceito esse extremamente impreciso e igualmente divulgado em manuais de direito) nem de “pesquisa de opinião”, mas de uma moral *convencional*, uma espécie de linha mestra que guiaria o pensamento hegemônico dos cidadãos britânicos na época. Por isso a ideia devliniana da moral do “homem do júri” (*man in the jury box*).

Além disso, as colocações teóricas acerca da finalidade do direito, bem como a tese da instrumentalidade – também cara ao jus positivismo – abordadas no debate constituem um feixe de reflexões que possibilitam uma compreensão mais aprofundada do direito em aspectos mais complexos do que as simplificações oriundas da tese da

separabilidade. Por fim, cumpre esclarecer-se que o presente artigo não se propôs – nem seria capaz – de esgotar as discussões deste debate, seja pela significativa repercussão que teve no mundo anglo-saxão, seja pela própria complexidade dos argumentos cuja análise em profundidade exigiria um trabalho de maior fôlego. Entretanto, pretendeu-se fomentar o debate entre moral e direito, e sobretudo, sobre a finalidade do direito e quais as suas funcionalidades na sociedade atual a partir deste rico debate.

Referências

CADERNO DE LITERATURA E CULTURA RUSSA. **Tabela de Transliteração do Russo para o Português**. São Paulo, n. 1, março 2004, p. 393-394.

DEVLIN, Patrick. **The Enforcement of Morals**. Oxford: Oxford University Press, 1965.

DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the Enforcement of Morals. **The Yale Law Journal**. v. 75, n. 6, may 1966. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu>>. Acesso em 09 jul. 2014.

FULLER, Lon Luvois. **The Morality of Law**. Revised Edition. New Haven; London: Yale University Press, 1969.

GREEN, Leslie. Law as a Means. In: CANE, Peter (Org.). **The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century**. Portland: Hart Publishing, 2010.

HART, Herbert. **Law, Liberty and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 1963.

MAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

PACHUKANIS, Evgenii Bronislanovich. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

Recebido em 2015-10-11

Publicado em 2016-05-16