

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

HART SOBRE O PRINCÍPIO DE MILL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Patricia Medianeira Mino Ferrari

Santa Maria, RS, Brasil

2011

HART SOBRE O PRINCÍPIO DE MILL

por

Patricia Medianeira Mino Ferrari

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Área de Concentração em Análise da Linguagem e Justificação, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Filosofia.**

Orientador: Prof. Dr. Frank Thomas Sautter

Santa Maria, RS, Brasil

2011

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Programa de Pós-Graduação em Filosofia**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Dissertação de Mestrado

HART SOBRE O PRINCÍPIO DE MILL

elaborada por
Patricia Medianeira Mino Ferrari

como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Filosofia

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Frank Thomas Sautter, Dr.
(Presidente/Orientador)

Prof. Jair Antônio Krassuski, Dr. (UFSM)

Prof. Paulo Rudi Schneider, Dr. (UNIJUI)

Prof. Albertinho Luiz Galina, Dr. (UFSM)
(Suplente)

Santa Maria, 15 de abril de 2011.

Ao meu querido André Luís, que partiu antes de me ver encerrar este projeto.

De onde está, sei que acompanha minha trajetória de autoconhecimento e aprimoramento intelectual. Obrigada por ter feito parte da minha existência.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Frank, pelos anos de dedicação, muita paciência e apoio.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFSM, pelos quais tenho admiração e respeito.

Aos colegas da Universidade Luterana do Brasil, pelo apoio nas horas difíceis

Aos meus queridos alunos, razão de tudo.

Às colegas do Programa de Pós-Graduação: Lauren Nunes, Juliele Sielvers, Débora Fontoura, Patricia Ketzer e Ana Neri, pela acolhida e apoio.

À UFSM, pela oportunidade de crescimento intelectual e profissional.

Existem coisas melhores adiante do que qualquer outra
que deixamos para trás.

C. S. Lewis

RESUMO

Dissertação de Mestrado
Programa de Pós-graduação em Filosofia
Universidade Federal de Santa Maria

HART SOBRE O PRINCÍPIO DE MILL

AUTORA: PATRÍCIA MEDIANEIRA DE MINO FERRARI

ORIENTADOR: FRANK THOMAS SAUTTER

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 15 de abril de 2011.

O presente trabalho tem por objetivo investigar a relação entre legalidade e moralidade na concepção do teórico do Direito Herbert L. A. Hart. Analisamos os argumentos que surgiram como reação ao polêmico Relatório do Comitê Departamental de Crimes Homossexuais e Prostituição, de 1957. Esse relatório versa sobre a descriminalização de condutas homossexuais masculinas e da prostituição, apoiando-se no argumento de que haveria um campo de moralidade e imoralidade privadas que não pertenceria à seara legal. Inicialmente, analisamos as obras de Hart que tratam da relação entre Direito e Moral. Depois, investigamos o Princípio do Dano, ou Princípio da Liberdade Civil, defendido por John Stuart Mill na obra *On Liberty*, e que serviu de suporte argumentativo para as conclusões do Relatório. Finalmente, analisamos os argumentos lançados por Hart em defesa de uma forma mitigada do Princípio de Mill, bem como a repercussão desses argumentos entre teóricos como Patrick Devlin, Peter Cane e Neil Mac Cormick.

Palavras-chave: Hart; Mill; Devlin; moralidade; legalidade

ABSTRACT

Master's Dissertation
Post-Graduation Program in Philosophy
Federal University of Santa Maria

HART ON MILL'S PRINCIPLE

AUTHOR: PATRÍCIA MEDIANEIRA DE MINO FERRARI

ADVISOR: FRANK THOMAS SAUTTER

Date and Place of Defense: Santa Maria, April 15, 2011.

This work aims to investigate the relationship between legality and morality in the view of the Law theorist Herbert L.A Hart. We analyze the claims which arouse as a reaction against the polemical Report of the Wolfenden Committee on Homosexual Offences and Prostitution from 1957. This report addresses the decriminalization of male homosexual conduct and prostitution based on the argument that there should be a field of private morality and immorality which did not belong to the legal scope. First, we analyze the works by Hart which deal with the relationship between law and morals. Then, we investigate the Harm Principle or Principle of Civil Liberties, supported by John Stuart Mill in his work "On Liberty", and which served as a support for the conclusions of the Report. Finally, we analyze the claims made by Hart on behalf of a mitigated form of Mill's Principle, as well as the impact of these claims among theorists such as Patrick Devlin, Peter Cane and Neil Mac Cormick.

Keywords: Hart; Mill; Devlin; morality; legality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO SEGUNDO HERBERT L.A. HART	13
1.1 A relação em “Direito, Liberdade e Moralidade”	13
1.2 A relação em “O Conceito de Direito”	24
1.3 A relação em outras obras do autor	31
1.3.1 O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral	31
1.3.2 Solidariedade Social e Imposição da Moral	37
2 AS FONTES DE HERBERT L.A. HART NA OBRA DE JOHN STUART MILL	41
2.1 As teses fundamentais de Mill	42
2.2 Exemplo de aplicação das teses fundamentais	51
3 CRÍTICA E REPERCUSSÃO DA PROPOSTA DE H.L. A HART	56
3.1 Patrick Devlin	56
3.2 Peter Cane	63
3.3 Neil Mac Cormick	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da relação existente entre legalidade e moralidade sob a ótica de Herbert L. A. Hart. Para alcançarmos tal objetivo, utilizaremos como cenário a Grã-Bretanha da década de cinquenta e o polêmico Relatório do Comitê Departamental de Crimes Homossexuais e Prostituição, também conhecido como Relatório Wolfenden, que surgiu após uma longa discussão sobre a destipificação de condutas homossexuais masculinas, praticadas no âmbito privado, e a prostituição.

Os argumentos do Relatório que retiram do âmbito normativo as condutas supracitadas trazem em seu bojo um princípio muito conhecido dos utilitaristas do século XIX: o denominado “Princípio da Liberdade Civil”, proposto por John Stuart Mill na obra *On Liberty*. O conteúdo desse Princípio, aplaudido por alguns, criticado com severidade por outros, trata de uma intervenção mínima do Estado nas condutas privadas e é expresso do seguinte modo: “O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar danos aos demais” (MILL, 2000, p.17).

Um amplo debate, do qual participaram importantes teóricos do Direito, surgiu em reação a esse Relatório, dentre os quais se destacam Herbert L. A. Hart e Patrick Devlin. O debate extrapolou o tema específico do Relatório para tratar do difícil problema da relação entre esses que são dois dos principais campos normativos: o Direito e a Moral.

Desse modo, o trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo analisa obras de Hart que tratam especificamente do tema da moralidade, da legalidade, e de suas relações mútuas. A primeira obra analisada foi “Direito, Liberdade, Moralidade”, de 1968, na qual Hart faz uma análise dos limites e da legitimidade da atuação do Direito nas condutas descritas no Relatório Wolfenden. Hart descreve a influência que a Moral exerceu sobre o Direito e discute se a relação entre eles é contingente ou necessária. Por ser um juspositivista, Hart sustenta que essa relação é contingente.

Na sequência, analisa-se a obra “O Conceito de Direito”, de 1961, em que Hart partirá da celeuma entre *Juspositivismo* e *Jusnaturalismo*, fazendo uma análise

detalhada da falácia existente na expressão “Direito Natural”, associada à distinção entre leis descritivas e leis prescritivas. O erro, segundo Hart, consistiria em associar o Direito Natural a uma concepção teleológica, caracterizada por leis descritivas, que se regem por relações de causa-efeito, diferentemente das leis prescritivas, inerentes às relações humanas. Aqui, Hart defende a existência de um conteúdo mínimo de Direito Natural, composto por princípios de condutas reconhecidos universalmente que dizem respeito à natureza dos seres humanos, os quais necessitam viver em sociedade por uma questão de sobrevivência. Em razão disso, o positivismo jurídico defendido por Hart diferencia-se do positivismo de autores como Kelsen, pois Hart defenderá um ordenamento jurídico que se fulcra na vulnerabilidade natural do ser humano e de sua necessidade de viver em grupo. Por conseguinte, surge a necessidade de legislação para regulamentar condutas interpessoais, nada impedindo que o Direito aborde qualquer conteúdo necessário para garantir a vida em sociedade.

O primeiro capítulo se encerra tratando de dois textos de Hart. O primeiro deles trata do ensaio “O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral” de 1958, no qual Hart parte da abordagem utilitarista entre “o que o Direito é” e “o que o Direito deveria ser” para se fazer uma reflexão sobre as leis que carregam um conteúdo moralmente questionável, bem como de sua legitimidade. Aqui, Hart demonstra a necessidade de um estudo analítico do Direito para chegarmos à compreensão de sua natureza. O segundo deles é o texto “Solidariedade Social e Imposição da Moral”, de 1967, em que Hart enfrentará os argumentos de Patrick Devlin, na obra *The Enforcement of Morals*. Aqui, Hart utiliza uma abordagem sociológica para afastar a premissa de Devlin segundo a qual a moralidade seria uma forma de coesão da sociedade, sendo que seu enfraquecimento geraria a destruição desta.

No segundo capítulo, trataremos, inicialmente, das teses defendidas por John Stuart Mill na obra *On Liberty*, de 1859. Aqui, o estudo recai sobre o Princípio de Mill que defende a não intervenção do Estado nas condutas privadas, exceto para evitar danos a outrem. A importância de tal Princípio é que ele será utilizado nas conclusões do Relatório Wolfenden como o principal sustentáculo para descriminalizar as condutas ali tratadas.

Finalizando o capítulo, exploramos as teses fundamentais elencadas por Mill para a aplicação do Princípio em estudo a favor das liberdades civis. Assim, o principal argumento de Mill para a necessidade da defesa das liberdades individuais consiste em mostrar a importância de se ter tais liberdades individuais para o próprio progresso das sociedades.

Encerrando a dissertação, trataremos da repercussão da proposta de Hart na visão de três autores. Primeiro, analisaremos o ponto de vista de Patrick Devlin em sua importante obra *The enforcement of Morals*, de 1965, na qual o autor inicia um debate com Hart acerca das conclusões do Relatório Wolfenden. Devlin defende a proteção da moralidade pelo Direito, com fulcro naquilo que Hart chamará de “Tese da Desintegração”. Para Devlin, o que torna uma sociedade coesa é a moral. A partir do momento que a moral enfraquece, a sociedade enfraquece também a ponto de se desintegrar. Por tal motivo, há a obrigação de a lei criminal tutelar a moralidade da sociedade. Hart, por sua vez, rebate a premissa de Devlin com o argumento de que não haveria comprovação histórica desse tipo de desintegração.

Em seguida, analisaremos a colaboração trazida por Peter Cane, professor da Faculdade de Direito da Universidade da Austrália. No ensaio *Taking Law seriously: starting points of the Hart/Devlin debate*¹, de 2006, Cane destaca os pontos mais controversos do debate e apresenta uma perspectiva mais clara e simpática do ponto de vista de Devlin.

Encerramos o capítulo com a releitura da obra de Hart na visão de Neil Mac Cormick. Este alega que Hart admite que as normas jurídicas seriam um aprimoramento das normas sociais e que haveria uma ponderação do legislador entre o prejuízo causado pela sanção legal e o eventual prejuízo por ela evitado (MAC CORMICK, 2010, p. 204).

A investigação proposta neste trabalho possui como método a revisão bibliográfica e se justifica pela falta de clareza existente entre a atuação do Direito e da Moral na implementação das legislações hodiernas, e a questão de legitimidade e necessidade de uma norma respeitar certos preceitos mínimos de moralidade.

¹ Numa tradução livre, “Levando o Direito a sério: pontos de partida do debate entre Hart e Devlin”.

1 A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO SEGUNDO HERBERT L.A. HART

Este capítulo tem por finalidade analisar a eventual relação existente entre Direito e Moral em três textos de Hart.

Primeiramente, a seção 1.1 analisará essa relação na obra “Direito, Liberdade e Moralidade” de 1968, no qual o contexto é a propositura de um debate em torno da moral sexual e da legitimidade da interferência do Estado nas condutas dessa ordem através das legislações.

Na seção 1.2, analisamos esta relação na obra “O conceito de Direito” de 1961, em que a análise passa pela dicotomia entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*. Aqui, Hart demonstrará a necessidade de existência de um núcleo mínimo de direito natural nos sistemas jurídicos, que se justifica pela própria natureza humana e pela própria finalidade da instituição do Direito, isto é, a necessidade natural de uma ética mínima para a própria sobrevivência do homem em sociedade.

Finalizando, a seção 1.3 abordará tal relação em outras obras do autor. Assim, o ensaio “O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral”, de 1958, abordará a insistência utilitarista na separação entre o que o Direito é e o que deveria ser, bem como as eventuais críticas a essa tese. Por último, abordaremos o ensaio “Solidariedade Social e Imposição da Moral”, de 1967.

1.1 A relação em “Direito, Liberdade e Moralidade”

O cenário que resultou na obra “Direito, Liberdade e Moralidade” é de progressiva liberalização do Direito. O período pós-guerra, mais especificamente os anos entre 1955 e 1970, trouxe, para o Reino Unido, significativas mudanças legislativas e econômicas. Se, por um lado, o governo utilizava técnicas de controle da economia para buscar certa estabilidade, por outro, a legislação passava por importantes mudanças. A descriminalização de condutas como o aborto, a permissão do divórcio, dentre outras, acenavam para uma nova etapa.

O norte que se via muito nítido era a influência de filósofos como John Stuart Mill e, por conseguinte, a remoção de muitos óbices até então existentes à plena

fruição das liberdades individuais. Nesse contexto, insere-se o chamado “Relatório do Comitê Departamental de Crimes Homossexuais e Prostituição” ou “Relatório Wolfenden”, como é mais conhecido, é o cerne de discussão desta seção.

O que se debate aqui é a descriminalização de condutas homossexuais e prostituição. Por trás da celeuma, vislumbramos o argumento de Mill sobre a legitimidade de o Estado intervir nas condutas privadas através das leis, a legitimidade das leis tratarem de assuntos que deveriam estar no campo da moralidade e a moralidade em si, como bem jurídico a ser tutelado pelas legislações. A preocupação com a distinção entre Direito e moral mostra-se presente nas obras de Hart, nas quais o autor analisa a influência da moral no desenvolvimento da legalidade e vice-versa. O autor propõe quatro questões para que se faça uma análise sobre esses dois campos do saber e suas relações mútuas.

Em “Direito, Liberdade e Moralidade”, Hart (1987, p.31) inicia sua análise questionando se houve algum tipo de influência da moral no Direito. A moral haveria influenciado, ao longo da história, o processo legislativo? Seguramente, a resposta seria positiva, pois em qualquer legislação observa-se a influência, ainda que muitas vezes discreta, de valores morais. Uma vez que se admita essa interação entre moralidade e legalidade, é pertinente verificar se tal relação é contingente ou necessária. Os campos do Direito e da moral devem ser tratados de forma independente ou o Direito positivado é insuficiente, tendo de se valer de valores que somente podem ser encontrados em um sistema moral? Seria possível conceber um sistema legal fechado sem influências externas e este sistema atender de maneira razoável a um senso comum, ou isso somente seria possível se fossem buscados elementos que estão fora do alcance da norma jurídica?

Na sequência, Hart (1987, p.32-33) questiona se estaria o sistema legal propenso a algum tipo de crítica moral. A questão aqui é se uma norma jurídica, ao passar a fazer parte de um sistema legal de determinado Estado, está sujeita a algum tipo de questionamento quanto ao seu conteúdo. Parece-nos que a resposta para tal indagação passaria pela concepção do que se entende por ordenamento jurídico, pois a partir do momento que se adere a uma concepção kelseniana de ordenamento, qualquer crítica que eventualmente fosse apontada às normas jurídicas, pelo seu não comprometimento com a moralidade, seria injustificada. Em

Kelsen, Direito e moral formam dois sistemas normativos distintos, assim, não há de se falar em conflitos de normas morais e normas jurídicas, pois conflitos existiriam somente no interior de um mesmo sistema normativo.

Por fim, Hart (1987, p.33) sugere o questionamento chave de toda a problemática existente entre legalidade e moralidade, qual seja se uma ação considerada imoral pode justificar sua sanção mediante norma jurídica. Imoralidade deve ser sinônimo de ilicitude? A questão parece mais pertinente quando nos deparamos com o argumento de Mill que não admite influências externas, do Estado ou da sociedade, na vida privada, exceto quando as ações de um indivíduo vierem a causar prejuízos para outrem. Sobre o tema, observa Mill:

Constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar danos aos demais. (MILL, 2000, p.17)

A primeira crítica que se faz a essa definição passa pelo limite traçado pelo autor para definir quando é ou não legítima a coerção da vida privada. Críticos alegam que qualquer ação que o homem expressa gera reflexos ou atinge outros indivíduos. Assim, o argumento defendido por Mill seria correto em um plano idealizado, mas não condizente com a realidade. Mill rebate tal argumento, pois não idealizou um homem em uma redoma. Admite que o homem está em constante interação com outros indivíduos. Entretanto, quando suas ações privadas afetam outros e estes aderem conscientemente a tais práticas, não se legitima qualquer tipo de intervenção estatal. Outra crítica apontada ao argumento de Mill não ataca a tênue divisão adotada pelo autor, contudo, alega que seria uma divisão apenas sentenciosa. Hart (1987, p.34) transcreve tal crítica: “há ponderáveis razões – proclamam esses críticos – para se impor conformidade à opinião social, e para punir-lhe os desvios, mesmo quando a outros não prejudiquem.”

Em “Direito, Liberdade e Moralidade”, Hart decide propor um debate em torno da moral sexual, pois perfazem condutas íntimas do indivíduo que podem destoar dos padrões morais de determinada sociedade. Importante salientar que Hart não concorda com o argumento de Mill em toda sua extensão, pois acredita que algumas condutas praticadas pelo indivíduo, ainda que sejam condutas íntimas, justificam sua repressão. “É naturalmente possível admitir-se a coerção legal, pela sociedade, da

moral aceita, independentemente de argumentos de justificação, uma vez que se trata de uma moral coativa.” (HART, 1987, p.34).

O ponto crucial proposto por Hart gira em torno da legitimidade da moralidade legal sobre a forma de coerção da moralidade sexual. Para tanto, o autor analisa o chamado “incitamento à corrupção da moral pública” como argumento apto a justificar a repressão de condutas individuais por parte da *Common Law*.

O primeiro caso apontado por Hart diz respeito ao chamado Caso *Shaw*, no qual o acusado fora processado pela publicação de uma revista intitulada “*Ladies Directory*”, que trazia um rol de “nomes e endereços de prostitutas, fotografias de nus e em alguns casos, a indicação codificada das habilidades de cada uma delas.” (HART, 1987, p.36). Sob a alegação feita pela corte inglesa de incitamento à moral pública, o acusado sofreu a imputação por três delitos distintos, dentre eles, induzir a corrupção da moral pública. “ Tudo quanto seja contra *bonos mores et decorum* está proibido pelos princípios de nosso Direito e a Corte Real, como censora e guardiã geral da moralidade pública, está autorizada a conhecer e punir”. (HART, 1987, p.36). O problema que se tem aqui brota da própria sistemática da *Common Law*, em que haveria a possibilidade de uma corte invocar preceitos de ordem moral para aplicar a um caso concreto em detrimento do Princípio da Legalidade. A fórmula adotada pela Corte inglesa parece demasiadamente perigosa, pois abre a prerrogativa do magistrado invocar preceitos de ordem moral em um caso concreto em detrimento à segurança e estabilidade legal.

Interessante que na *Civil Law*, sistema adotado pelo Brasil, o ordenamento está fulcrado na positivação das normas jurídicas. O Princípio da Legalidade pode ser visto como sustentáculo e a opção pela segurança jurídica supera a estabilidade social adotada pela *Common Law*. Legalidade assim é uma das principais garantias do indivíduo frente ao Estado por fornecer-lhe ciência antecipada do rol de condutas proibitivas. O ato de se delegar a uma corte a tarefa de guardiã dos bons costumes parece mais prejudicial à sociedade que a própria conduta que se pretende reprimir.

Outro caso apontado por Hart (1987), envolvendo a moral sexual, diz respeito ao que o autor chama de “coerção legal da moralidade”. O caso sob análise diz respeito ao *Wolfenden Committee*, órgão que teve a incumbência de apresentar um estudo sobre a situação legal da homossexualidade e da prostituição na Inglaterra

da década de cinquenta. Ao término dos trabalhos, em 1957, o relatório fez as seguintes recomendações:

Com relação a homossexualidade, foi recomendado, por doze votos a um, que as práticas homossexuais entre adultos consencientes, observada a privacidade, não permanecessem como crimes; por outro lado, decidiu-se, unanimemente, recomendar que, não constituindo, em si, a prostituição uma ilicitude, deveria a legislação incriminá-la, se praticada nas ruas, porquanto o assédio a cidadãos comuns era um incômodo ofensivo. (RELATÓRIO WOLFENDEN, 1957 apud HART, 1987, p.41)

O interessante desse debate é a utilização do argumento pertencente a Mill para validar as recomendações do *Wolfenden Committee*:

(A) função (da lei criminal), como veremos, é a preservação da ordem pública e a decência, proteger os cidadãos das ofensas ou injúrias e prover as salvaguardas suficientes contra a exploração e corrupção dos outros, particularmente aqueles que são especialmente vulneráveis porque jovens, debilitados do corpo ou da mente ou inexperientes. (RELATÓRIO WOLFENDEN, 1957 apud HART, 1987, p.41)

O que se observa é uma preocupação em reprimir condutas que afrontam a moralidade, sem, contudo, tornar o ato, em si, ilegal. Estamos falando de duas situações distintas. O que se extrai dessa passagem do *Wolfenden Committee* é o dever que a legislação tem de reprimir a exteriorização de certas condutas que afrontam a moral da sociedade. Na questão da prostituição, a lei poderia reprimir manifestações públicas da prostituição, sem tornar ilegal a conduta de se prostituir. Uma das conclusões do *Committee* é que haveria um campo da vida de cada indivíduo que não diz respeito a lei. Hart (1987, p. 42), transcrevendo passagem do relatório, assevera que “Deve-se preservar uma esfera da moralidade privada e imoralidade que é, em termos breves e rudes, irrelevante para a lei”. A evidente utilização da doutrina de Mill não passou ilesa pelos olhares conservadores dos juristas *da Common Law*, que lançaram fortes ataques aos seus argumentos de sustentação, como James Fitzjames Stephen² e Lord Patrick Devlin³.

Stephen (1873, apud Hart, 1987, p.42) admite que é dever da lei tutelar moralidade em si mesma, “uma persecução das formas mais graves de imoralidade.”

² A obra *Liberty, equality, fraternity*, de 1873, é a resposta ao ensaio de Mill, *On Liberty*, de 1859.

³ Em *The enforcement of morals*, Lord Devlin rebate as conclusões do Relatório do Comitê Wolfenden e surge um debate entre o autor e Hart acerca dos limites da lei criminal na Inglaterra.

No mesmo sentido, Devlin (1959, apud Hart, 1987, p.42) argumenta que “a supressão da imoralidade é uma tarefa legalmente tão importante quanto a supressão das atividades subversivas.” É importante observarmos que a questão da moralidade pode ser vista sobre dois aspectos, a saber: falar-se sobre moralidade e de moralidade. A questão a ser respondida é a justificação da coerção da moralidade:

A moralidade, assim, se manifesta de dois modos. Contudo, uma conclusão suficientemente clara não foi alcançada e, por isso, deixa de revelar se, de fato, em qualquer sociedade – a nossa ou de outros – houve a preocupação de se considerar como moralmente certa e adequada a coerção exercida pelo meio legal, visando a subordinação de todos à moralidade aceita. (HART, 1987, p.44)

Apesar de muitas sociedades apoiarem sua moralidade na coerção legal, Hart afirma que tal argumento é insuficiente para afrontar a teoria da autoproteção defendida por Mill. Argumentos dessa natureza apoiam-se em princípios ditos universais ou universalmente aceitos por todos.

Devlin, dessa forma, assenta seu argumento no princípio geral de que a qualquer sociedade é dada a prerrogativa de tomar as medidas cabíveis para sua autopreservação. A sociedade, assim, teria a legítima prerrogativa de utilizar-se das legislações vigentes para tutelar preceitos que refletissem seus próprios anseios? Ora, se partíssemos do princípio de que essa assertiva é verdadeira, a teoria de Mill, que se consubstancia na ideia de um sujeito plenamente apto a exteriorizar aquilo que pensa e aquilo que é, perde seu potencial. A resposta de Devlin não parte da mesma ótica de Mill com relação ao papel do homem na sociedade. Ao que parece, Devlin enxerga a sociedade como “ser pensante” capaz de subordinar os indivíduos que a compõem. O que se sobressalta, assim, é a vontade da sociedade como um todo e não a vontade do próprio indivíduo. Há uma subordinação do indivíduo pelo grupo social.

Nesse ponto, Mill alerta, em seu ensaio, que a vontade da sociedade nem sempre reflete a vontade dos indivíduos. A vontade que a sociedade expressa é aquela que reflete a parte que detém o poder de ditar regras, inclusive os ditames comportamentais. Talvez, esse seja um dos problemas de se adotar a doutrina defendida por Devlin.

Hart defende a possibilidade de que qualquer sociedade possa tomar as medidas necessárias para se preservar:

Desejamos ponderar que, pelo sim, pelo não, a sociedade está autorizada a tomar a iniciativa que lhe apraz, visando sua própria preservação, a depender, por certo, da espécie de sociedade e das medidas a serem tomadas. (HART, 1987, p.45)

Outro ponto abordado por Hart refere-se à justificação da coerção legal e o que seria censurável na prática da coerção legal. Dois aspectos se tornam pertinentes à análise dos efeitos da coerção legal na vida dos indivíduos. O primeiro aspecto é a própria punição que se aplica ao delinquente por praticar ato contrário ao Direito. O segundo, refere-se ao aspecto psicológico que a possibilidade de sanção exerce nos indivíduos, inclusive aqueles que agem de acordo com a legislação. Trata-se do caráter inibitório que a possibilidade de se perder a liberdade de locomoção, a propriedade de seus bens, etc., gera no indivíduo.

Esse último aspecto, o caráter inibitório que a coerção provoca, parece conflitar com o exercício do livre arbítrio que nos é peculiar. O problema que segue aqui diz respeito à coerção legal da moral sexual. Ora, a partir do momento que a legislação elege como bem jurídico a ser tutelado pela lei as práticas sexuais praticadas entre indivíduos adultos e capazes, inibindo-as com a justificativa de que afrontam a moral coletiva de determinada sociedade, estar-se-ia afrontando o próprio direito de liberdade de escolha que cada ser humano possui. Hart, assim, levanta a questão:

As dificuldades que envolvem a repressão dos impulsos sexuais e as consequências dessa repressão são bastante diferentes dos fatores que levam à prática do delito "comum". Ao contrário dos impulsos sexuais, os impulsos para roubar ou para lesionar, ou mesmo matar, não é, salvo numa minoria dos casos de anormalidade mental, uma constante e insistente parte da vida diária. (HART, 1987, p. 48)

As práticas sexuais, ou melhor, a identidade sexual dos indivíduos que se exterioriza por tais práticas, relaciona-se com a própria identidade do ser humano, com sua realização pessoal. Certamente que uma legislação, por mais dura que seja sua sanção, não mudará a identidade sexual do indivíduo.

Segundo Peter Singer (2006), o argumento mais forte que justificaria a existência de proibição a homossexualidade é que tal conduta seria imoral. Outro argumento apontado pelo autor é que, para muitos, a homossexualidade é errada

por não ser “natural” ou uma “perversão sexual de nossas capacidades” que possuem por finalidade a reprodução. O autor aponta ainda que se deve ter cuidado em comparar o “natural” com o “bom”. Tal argumento procede, pois se uma pessoa utiliza antibióticos para deter uma determinada moléstia, estaria pervertendo as capacidades do organismo, vez que é natural que se contraia doenças e também é natural que nosso próprio organismo reaja contra elas. Assim, ninguém pode assegurar que a ingestão de antibióticos como terapia contra infecções não seja o meio mais adequado e benéfico para a sua cura.

Ponto passível de questionamento refere-se não à justificação da coerção legal da moralidade, mas ao questionamento sobre qual moral a ser aplicada: “Deve tratar-se, apenas, de uma moral utilitária, condenando atividades nocivas aos demais? Ou aceitar uma moral que também condena certas atividades, sejam prejudiciais ou não?” (HART, 1987, p.48). Outra passagem relevante abordada por Hart refere-se à distinção entre o paternalismo e a repressão moral. É nítida a contrariedade que Mill faz às práticas paternalistas. O autor repele-as, asseverando que cada indivíduo tem pleno poder para decidir o que é melhor para si. Assim, práticas como eutanásia, uso de drogas, dentre outros exemplos apontados por Mill, não deveriam ter a intervenção estatal.

Devlin (1959 apud HART, 1987, p.56) assevera que a lei penal jamais chancela o consentimento da vítima como forma de exclusão de delitos, salvo em alguns delitos contra a liberdade sexual. Isso ocorre, segundo o autor, em virtude da função da lei penal que objetiva “impor princípios morais e nada mais”. Hart discorda com o posicionamento de Devlin, pois sustenta que a lei penal, nesse ponto, demonstra seu aspecto paternalista, exemplificando com o delito de fornecimento de drogas ou substâncias entorpecentes, sem autorização médica:

[...] pareceria muito dogmático dizer que a legislação que criou vários tipos de ilícitos, no particular, que “existe apenas uma explicação”, isso é, que a lei não estava preocupada com a proteção dos usuários, contra eles mesmos, mas apenas com a punição dos traficantes, em razão da imoralidade destes. Se, como parece óbvio, o paternalismo é uma possível explicação dessas leis, é também possível a admissão da regra que exclui o consentimento da vítima como argumento capaz de justificar uma agressão. (HART, 1987, p.57)

Hart admite a importância do paternalismo na justificação de certas legislações, pois acredita que, na doutrina de Mill, o homem esteja apontado como

um indivíduo estável, livre de impulsos momentâneos, características que destoam da realidade prática dos indivíduos e, assim, o autor encerra:

Decerto, faz-se necessária uma modificação aos princípios de Mill, de modo a ajustá-los à regra do Direito Criminal que ora se discute ou a outras instâncias do paternalismo. Mas os princípios acaso modificados não refugiriam à objeção quanto ao uso do Direito criminal simplesmente para compelir a moral positiva. Somente teriam de prover que ocasionar danos aos outros é algo que podemos procurar prevenir pelo uso da lei penal, ainda quando as vítimas consentam nos atos que as prejudicam, ou deles hajam participado. (HART, 1987, p.57)

Hart acredita, dessa forma, que a lei penal pode ser utilizada para prevenir danos aos outros membros da sociedade, afastando o argumento de que sua finalidade possa ser apenas a imposição de um princípio moral. Desse modo, Hart concilia o princípio da autoproteção adotado por Mill com a existência de certas leis penais que proíbem, por exemplo, as práticas cruéis aos animais, pois não se trata de aceitar a imoralidade de tais práticas, mas a preocupação com o sofrimento de um ser. Assim, a lei penal pode ser vista como meio de prevenção de dano e de sofrimentos.

Merece destaque, no texto de Hart, a repulsa ao argumento utilizado por Stephen na obra *Liberty, equality, fraternity*. Stephen faz uma relação direta entre moralidade e punibilidade. O autor assevera que a lei penal tem por dever ser “uma persecução das formas mais graves de imoralidade” (STEPHEN, 1873, p.162 apud HART, 1987, p.59). Na ótica desse autor, a lei penal pode ser vista como encerradora de certos princípios universalmente aceitos e daí uma relação direta com o *quantum* da pena. A ideia adjacente é que quanto maior for a afronta a preceitos morais, maior seria a pena estipulada pelo norma. Por tal motivo, a lei penal, como já foi dito, deve ser a persecução das formas mais expressivas de imoralidade. Desse modo, o objeto da lei passa a ser a “promoção da virtude” e a “prevenção da imoralidade”. Tem-se assim que a imoralidade é uma coisa má e cabe à lei penal extirpar tais comportamentos independentemente da causação de danos.

Hart refuta tal argumento, pois alega que Stephen não distingue dois questionamentos necessários: quais condutas são passíveis de punição e com qual intensidade podem-se punir as diferentes faltas. A pergunta pelas condutas

passíveis de punição é prévia à pergunta pela intensidade da punição. Somente após responder a primeira, pode-se responder a seguinte.

Nos ensaios de Devlin e Stephen, temos duas formas de sustentação que justificam a coerção legal da moralidade. Hart refere-se às teses de moderação e teses do rigor extremo. Devlin, assim, defende que “uma moral compartilhada é cimento da sociedade”, portanto, a violação de princípios morais, ainda que não afetem os outros, viola a sociedade como um todo, podendo tal sociedade valer-se da lei para sua própria preservação (DEVLIN, 1959, p.13 apud HART, 1987, p.70). Por sua vez, Stephen defende a coerção da moralidade como um valor a ser alcançado pela sociedade, sendo irrelevante se a conduta a ser questionada atinge ou não outros indivíduos.

Para distinguir as duas teses, Hart (1987, p.71) propõe dois questionamentos: “Esta conduta traz prejuízo para alguém, independentemente de sua repercussão sobre a moral compartilhada em sociedade? Esta conduta afeta a moral compartilhada e, desse modo, debilita a sociedade?”

A tese moderada deve dar uma resposta afirmativa a alguma dessas indagações. Já a tese do rigor extremo não requer resposta afirmativa para nenhum desses questionamentos. Hart assegura que os pontos nevrálgicos do pensamento de Devlin são de que qualquer sociedade necessita ter alguma moral compartilhada para sua preservação e de que a sociedade é idêntica à moral que reflete. Desse modo, a coerção legal da moralidade é justificada sem considerar suas consequências por mostrar um valor em si mesma. Nesse ponto, é interessante a crítica feita por Hart (1987, p.78) com relação ao chamado “constrangimento como coerção”:

Se considerarmos o primeiro aspecto do constrangimento, isto é, a coerção pela ameaça, uma diferença muito grande se faria manifesta entre persuadir as pessoas, ante o temor da punição, a abster-se de condutas danosas aos outros, e persuadi-las de abster-se de condutas que representam um desvio à moralidade aceita, embora a ninguém prejudiquem. (HART, 1987, p.78)

Em termos jurídicos, podemos dizer que na primeira situação, o bem jurídico tutelado é a integridade do ser humano contra as condutas lesivas que possam vir a sofrer. Na segunda situação, quando inexistente vítima ou prejuízo, não fica claro o valor real a ser tutelado que não a moralidade em si. Hart acredita que o temor e a

ameaça punitiva não podem ser a base da moralidade. O conformismo às condutas morais deve ser espontâneo, voluntário, baseado em valores individuais, não fulcrado no temor de uma sanção.

Outro aspecto da coerção legal está na efetiva aplicação de sanções aos infratores. Mais uma vez, o parâmetro utilizado é se houve ou não danos aos demais indivíduos. Se a resposta a essa questão for afirmativa, torna-se justificável a aplicação de uma pena. Sendo negativa a resposta, haveria justificativa na aplicação de uma sanção? Ora, se a resposta for afirmativa, seu fundamento está naquilo que Hart chama de retribuição, isto é, ainda que não tenha lesado um indivíduo, a mera afronta à moralidade expressa em uma norma jurídica faz jus a uma sanção.

Esse seria o caráter inibidor de uma pena, o qual é legítimo desde que haja um ajuste entre conduta e dano, “a força de retribuição depende, por sem dúvida, da existência tanto de uma vítima quanto de um ofensor” (HART, 1987, p. 80). Nesse mesmo caminho, Stephen acreditava que o constrangimento era salutar para a sociedade e se justifica através da forma retributiva da sanção, baseada no desejo natural que o ser humano possui de vingar:

A sanção punitiva se justifica, como constrangimento, porque “o sentimento de ódio e o sentimento de vingança são elementos importantes para a natureza humana, que em tais hipóteses, deve ser atendida com a publicidade regular e o modo legal.” (STEPHEN, 1873, p. 162 apud HART, 1987, p. 82)

E segue Hart:

Stephen escreve como se a função punitiva fosse não somente retributiva, mas denunciatória; não quer apenas gratificar os sentimentos de ódio ou de vindita, estando, antes, na teoria, voltada para expressar, de maneira enfática, a condenação moral do delinquente e “ratificar” a moralidade por ele violada. (HART, 1987, p.83)

O que se extrai do pensamento de Stephen é que sua concepção de punição se justifica pelo sentimento que ela carrega. Condutas que atentam assim contra a moralidade tutelada pela legislação merecem algum tipo de punição baseada na repulsa natural que o ser humano possui quando sofre alguma afronta. Até porque, como já foi dito, para Stephen, é dever da legislação “a persecução das formas mais graves de imoralidade” (STEPHEN, 1873, p.162 apud HART, 1987, p. 81).

Nesse ponto, cabe alertar que não nos deteremos com maiores detalhes às teses de rejeição à teoria de Mill, pois trataremos do assunto em momento

adequado. Optamos por transcrever alguns pontos referentes a Devlin e Stephen, pela sua utilidade prática na definição de Direito e Moral na obra de Hart.

O que nos parece claro no ensaio de Hart, “Direito, Liberdade e Moralidade”, é a tentativa que o autor faz em justificar a legitimidade de a legislação tratar sobre moralidade. Para tanto, o ponto de partida escolhido pelo autor é a tese de Mill e o conceito de autoproteção para justificar a intervenção do Estado nas condutas privadas. Partindo dessa premissa, o autor analisou os ensaios de Stephen e Devlin de onde extrai os critérios adotados pelos autores para justificar a coerção legal da moralidade e sua conseqüente punição.

Em muitas passagens, Hart parece concordar com o pensamento de Mill relacionado à ideia da necessidade de dano a outrem para que uma conduta seja relevante a ponto de ser tutelada pelo Direito. No entanto, Hart parece concordar com Devlin com a necessidade que a sociedade possui de se proteger e se preservar ainda que precise lançar mãos de legislações que tutelem a moralidade privada. O autor não se opõe a tal pensamento. Com relação ao posicionamento adotado por Stephen, Hart parece discordar tanto dos fundamentos que aquele utiliza para legitimar a coação legal da moralidade quanto para justificar suas possíveis sanções.

1.2 A relação em “O Conceito de Direito”

Para efetivar a relação entre Direito e Moral na obra “O Conceito de Direito”, Hart, primeiramente, explorará a dicotomia existente entre Direito Positivo e Direito Natural. Em princípio, Hart afirma que não há a necessidade de as leis positivadas atenderem a preceitos de ordem moral:

Aqui tomaremos positivismo jurídico com o significado da afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam os satisfaçam certas exigências da moral, embora de fato o tenham frequentemente feito. (HART, 1994, p.202)

Aqueles que rejeitam o direito positivo alegam que existem princípios universais de conduta humana que não poderiam ser ignorados pelo legislador, pois, se isso ocorresse, o ordenamento perderia sua validade. Assim, o argumento contra o positivismo jurídico se sustenta na validade do ordenamento jurídico que somente existiria se fossem atendidos certos preceitos de ordem moral.

Outro argumento que tenta rechaçar o positivismo assenta-se na ideia de que o homem tem por fim sua sobrevivência. Para facilitar sua sobrevivência, ele se agrupa. Assim, nada impede que, para manter-se vivo, opte por seguir princípios de ordem moral e os eleve ao status de direito positivado. Em consequência, a moralidade pode ter seu espaço no Direito em dois momentos distintos: incorporada no conteúdo do código jurídico ou incorporada em seu cumprimento. O fato de vislumbrar-se uma diferença entre Direito e Moral não explora a essência de cada um. Por tal razão, seguimos as lições de Dimoulis, que adota a definição de Direito da perspectiva da validade de suas normas:

[...] A validade constitui problema de pertença de norma a certo ordenamento jurídico que lhe atribui força vinculante, impondo-a a seus destinatários e gerando, pelo menos indiretamente, direitos e obrigações. (DIMOULIS, 2006, p.113)

Hart (1994, p. 203) atenta para a falácia existente na expressão “Direito Natural” e a confusão existente entre leis prescritivas e leis descritivas. Pode-se aqui citar a crítica feita por Mill a Montesquieu, em “O espírito das Leis”, quando este indagava o porquê de “enquanto as coisas inanimadas, tais como as estrelas e também os animais, obedecem a *lei da natureza*, o homem não o faz e cai em pecado”. (MILL, 1856 apud HART, 1994, p.203).

Leis descritivas são aquelas que relatam os fenômenos naturais. Baseiam-se assim em relações de causalidade. Se, por ventura, um fenômeno natural deixar de se comportar de acordo com o descrito por uma “lei natural”, essa lei perderá tal nomenclatura, diferentemente do que ocorre com as leis prescritivas, que regram as relações humanas. Aqui teremos relações de imputabilidade em lugar de relações de causalidade. Leis dessa ordem prescrevem condutas que devem ser seguidas pelo homem, porém, seu descumprimento não lhes retira a qualidade de lei.

Segundo Hart, a problemática do Direito Natural está relacionada à sua caracterização:

A doutrina de Direito Natural é parte integrante de uma concepção mais antiga da natureza em que o mundo observável não é apenas um palco de tais regularidades e conhecimento da natureza não consiste apenas no conhecimento de tais regularidades. Pelo contrário, nesta visão mais antiga, cada espécie concebível de coisa existente, humana, animada ou inanimada, é pensada não só como tendendo a manter-se a si própria em existência, mas como dirigindo-se para um estado definido ótimo que é o bem específico- ou o fim (*finis*) apropriado para tal. (HART, 1994, p.205)

Nessa passagem, Hart associa a concepção de Direito Natural a uma concepção metafísica de caráter teleológico, segundo a qual existiram níveis de perfeição passíveis de formulação através de generalidades. Essa concepção mais tradicional do jusnaturalismo parte de uma visão de que todas as coisas que fazem parte do mundo tendem a se harmonizar e se encaminhar para um fim específico. Partindo-se da premissa que os arranjos sociais pressupõem a sobrevivência como uma finalidade necessária, passa-se a admitir a existência de uma moral mínima decorrente da própria organização social. Tanto a Moral quanto o Direito configuram-se formas distintas de controle social. Nesse ponto, Hart aponta a existência de um conteúdo mínimo de Direito Natural, composto por princípios de conduta reconhecidos universalmente, que têm como base as verdades elementares respeitantes aos seres humanos, ao seu ambiente natural e às suas finalidades.

As teses positivistas primam pela distinção entre o Direito e a moral. Para tais teóricos, o conceito de Direito apoia-se em apenas dois requisitos: a legalidade de acordo com o ordenamento e a eficácia social.

Robert Alexy corrobora, colocando um terceiro elemento nesse binômio, qual seja, a correção material do conteúdo, fazendo uma vinculação conceitual entre o Direito e a Moral. O argumento da correção, proposto por Alexy, consiste em definir um sistema jurídico a partir de uma relação necessária com a moral, e, por conseguinte, com a justiça. Para o autor, as normas jurídicas ou os sistemas jurídicos, caso ultrapassem certos limites da injustiça, perdem seu caráter jurídico.

Em oposição, Eugenio Bulygin assevera que a tese defendida por Alexy pressupõe que todos os sistemas jurídicos compartilham uma mesma ideia de justiça, implicando a existência de uma conexão entre esses dois sistemas:

As teses da relação necessária entre Direito e moral implicam que existe uma ligação conceitual entre qualquer sistema jurídico, por uma parte, e uma mesma moral e não somente qualquer sistema moral, por outra.⁴ (BULYGIN, 2001, p.106)

⁴ "La tesis de la vinculación necesaria entre derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no sólo cualquier sistema moral, por la otra."

Sempre com o foco na necessidade de sobrevivência, Hart (1994, p.210-213) aponta alguns truísmos como necessários para a convivência dos homens em seu grupo social:

Primeiro, a vulnerabilidade humana, que tanto é protegida na Moral quanto no Direito sob a forma de prescrições negativas, obrigações de não-fazer. Justamente pelo homem estar vulnerável ao próprio homem, faz necessário o respeito a certos preceitos, sejam eles de ordem moral, sejam de ordem jurídica.

Segundo, a igualdade aproximada que se verifica por uma relação de custo-benefício que norteia o pensamento do homem na prática da cooperação mútua no seu grupo. Tal prática se expressa pelas abstenções e obrigações mútuas que se tornam vantajosas para o indivíduo.

Terceiro, o altruísmo limitado, no qual Hart alega que os homens possuem características de anjos e de demônios:

Os homens não são demônios dominados por um desejo de se exterminarem uns aos outros e a demonstração de que, por força apenas da finalidade modesta de sobrevivência, as regras básicas do Direito e da Moral são coisas necessárias, não deve ser identificada como o ponto de vista falso de que os homens são predominantemente egoístas e não têm uma preocupação desinteressada na sobrevivência ou no bem estar de seus semelhantes. Mas se os homens não são demônios, tão pouco são anjos; e o fato de que estão a meio do caminho entre esses dois extremos é algo que torna um sistema de abstenções recíprocas simultaneamente necessário e possível. (HART, 1994, p. 212)

Assim, homens não são anjos, de modo que a ordem normativa não seja necessária, tampouco demônios, de modo que a ordem normativa não seja possível.

Terceiro, em decorrência da realidade que surge na convivência em grupos sociais é a constatação de que os recursos necessários à sobrevivência do homem não estão disponíveis em abundância. Ao contrário, são limitados. A par de tal constatação, surgem as regras responsáveis pela instituição da propriedade e regras atinentes ao respeito a esta.

Por fim, o autor aborda a chamada compreensão e força de vontades limitadas. Este último truísmo compreende as sanções, nas palavras do autor:

As sanções são, por isso, exigidas não como o motivo normal para a obediência, mas como uma *garantia* de que os que obedecerem voluntariamente não serão sacrificados aos que não obedeceriam. Obedecer, sem isto, seria arriscar-se a ser posto irremediavelmente contra a parede. Dado este perigo constante, o que a razão pede é a cooperação *voluntária* num sistema *coercitivo*. (HART, 1994, p.214).

A busca de um núcleo mínimo de Direito Natural tem por objetivo a busca de uma conexão entre legalidade e moralidade dentro de uma dada sociedade. Sempre partindo do pressuposto que para a sobrevivência da própria sociedade, faz-se necessária a busca de preceitos mínimos que a possibilitem. Tais preceitos formariam um núcleo comum entre esses dois campos.

Hart (1994, p. 216) aponta, todavia, “que nem o Direito, nem a Moral aceitos pelas sociedades precisam de estender as suas proteções e benefícios mínimos a todos, dentro de seu âmbito, e frequentemente não o tem feito”. O exemplo apontado pelo autor seriam as sociedades escravocratas do século XIX que negavam igualdade de condições a certos grupos. É certo que, até nossos dias, o Direito, muitas vezes, exclui de seu âmbito de abrangência certos grupos ou situações. A legislação normalmente está à frente dos preceitos de ordem moral que possuem uma dinâmica talvez mais lenta de evolução e, certas vezes, o Direito é a mola propulsora de evolução moral da sociedade.

Hart afirma que o sistema jurídico é um fenômeno social que deve ser observado sob dois aspectos:

Envolve as atitudes e comportamentos implicados na aceitação voluntária das regras e também, as atitudes e comportamentos mais simples envolvidos na pura obediência ou aquiescência. Por isso, uma sociedade com direito abrange os que encaram suas regras de um ponto de vista interno, como padrões aceites de comportamento, e não apenas como predileções fidedignas do que as autoridades lhes irão fazer, se desobedecerem. Mas também compreende aqueles sobre quem, ou porque são malfeitores, ou simples vítimas impotentes do sistema, estes padrões jurídicos tem de ser impostos pela força ou pela ameaça de força; estão preocupados com as regras apenas como uma fonte de possíveis castigos. (HART, 1994, p. 217-218)

Essa passagem dá início a uma reflexão quanto a questão da validade das normas jurídicas que compõem um sistema. A estabilidade de um sistema jurídico passaria pelo equilíbrio entre esses dois extremos. Um sistema que assegura os interesses vitais de todos os seus membros terá maior adesão a seus preceitos. Em oposição, um sistema dito “exclusivista”, que reflete os interesses apenas da parcela dominante, perde sua estabilidade.

Para Hart, a validade de um ordenamento jurídico se fundamenta numa Regra de Reconhecimento, que estabelecerá quais comandos seriam juridicamente válidos. Assim, os comandos de direito seriam regras primárias e

estabelecem deveres jurídicos; regras de reconhecimento seriam secundárias, dispondo sobre a identificação dos comandos de direito. Tal regra situa-se fora do Ordenamento e decorre de fatores externos, tais como condutas dos agentes estatais, dos Tribunais e dos particulares. Seu conteúdo é variável no tempo e no espaço, abarcando requisitos materiais e formais.

Regras morais, por sua vez, possuirão seu reconhecimento por um grupo social ou seus destinatários. Suas sanções são informais, vez que a moral pressupõe espontânea adesão dos destinatários aos seus preceitos (critério irrelevante para o Direito).

Se a estabilidade do sistema está atrelada a uma atitude do legislador de editar normas que atentem para os interesses daqueles que lhes devem obediência, observa-se a necessidade de reconhecimento do sistema pelos indivíduos. Para que ocorra tal reconhecimento, muitas normas carregarão preceitos de conteúdo moral.

Hart, aponta seis maneiras de conexão entre Direito e Moral:

1ª *O poder e a autoridade*: nesse ponto, o autor aponta a falsa dicotomia existente entre “direito baseado apenas no poder” e “direito que é aceito como moralmente vinculativo” (HART, 1994, p.218). Assim, o que Hart faz é negar a conexão necessária entre poder e autoridade, pois nem todo aquele que detém o poder tem autoridade para tal e nem toda autoridade detém poder.

2ª *A influência da moral sobre o Direito*: em muitas legislações modernas, a moral tem se mostrado presente nos preceitos legais, algumas vezes. influenciando o conteúdo normativo, outras, o próprio processo judicial. Muitos sistemas adotam explicitamente preceitos de natureza moral em suas legislações. Hart (1994, p.220) afirma que não é obrigatória a existência de leis que reproduzam necessariamente preceitos de ordem moral, embora eventualmente ocorra.

3ª *A Interpretação*: nesse ponto, Hart (1994, p. 220-221) destaca o aspecto relevante que é a questão da interpretação das normas jurídicas. Aqui, ocorre o fenômeno da textura aberta, isto é, os critérios jurídicos não são estanques, ao contrário, modificam-se com o passar do tempo. O que é importante é atentar-se para a confusão existente entre padrões objetivos de interpretação e valores morais. O Direito é norteado por critérios objetivos de resoluções de conflitos entre normas jurídicas. Tanto as antinomias jurídicas quanto as lacunas legais podem ser

resolvidas por técnicas de interpretação e resolução de conflitos. Todavia, tal situação não se confunde com a interpretação feita pelo magistrado quando opta por certos valores morais em detrimento a outros em um caso concreto.

4ª *A crítica do Direito*: Há autores que acreditam ser indispensável ao Direito que haja uma plena identificação deste com a moral e a justiça. Classificam com o adjetivo “bom” o sistema jurídico que atende a tais preceitos. Todavia, Hart (1994, p.221-222) questiona qual a moral que deve nortear tal sistema. Mill já alertava sobre o problema que poderia existir em aceitar-se a moral vigente como padrão, pois é natural que essa moral expresse apenas os interesses de parte dominante de dada sociedade.

Assim, é moralmente aceito que, em uma sociedade escravagista neguem-se direitos políticos às mulheres, por exemplo. Tal fato, se incorporado à legislação, poderia ser interpretado como algo moralmente aceito.

Na verdade, os preceitos que merecem ser incorporados pelo Direito revelam preceitos gerais atinentes a todos os homens.

5ª *Princípios de legalidade de justiça*: o argumento que afirma que um bom sistema jurídico é aquele que se conforma com certos pontos de moralidade e justiça é rebatido por Hart (1994, p. 222): “Isto porque é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial”. Nesse ponto, Hart (1994, p.223) alega que uma das formas de se conceber Justiça na aplicação ao Direito é a que se define como regra geral todo preceito que deva ser aplicado a inúmeras pessoas com total imparcialidade. Consequentemente, qualquer lei, por mais imoral que seja, pode ser aplicada de maneira justa. Isso é chamado, por Hart, de uma forma mínima de justiça.

Assim, podemos apontar aquilo que o Direito chama de justiça procedimental, isto é, justiça na aplicação da lei, que Kelsen chama de justiça formal. Conseguimos, assim, ampliar nossa visão, pensando agora em justiça como conteúdo do Direito e justiça na aplicação do Direito. A relação existente entre Direito e moral é observada aqui pela ótica do controle social, pois tanto em um como em outro tem-se o pré-estabelecimento de regras gerais a serem aplicadas a uma multiplicidade de pessoas.

6ª *Validade jurídica e resistência ao Direito*: quanto à validade de um ordenamento jurídico e sua relação com normas de ordem moral, Hart (1994, p.223-228) aponta que tal relação pode ser vista pela ótica de um positivista ou pela ótica de um defensor do direito natural. Se visto pela ótica de um positivista, o ordenamento jurídico terá validade desde que as normas que o formam obedeçam a critérios pré-estabelecidos. O Direito deve ser visto como o é e não como deveria ser.

Pela ótica de um jusnaturalista, o critério de validade de um ordenamento jurídico deve também conter a exigência de normas que atendem a certos preceitos de ordem moral. Assim, normas iníquas poderiam oferecer resistência à sua aceitação e ao seu cumprimento. Nesse caso, se atrelamos a validade de um sistema à necessidade de aceitação de seus preceitos pelos indivíduos, poderíamos afirmar que a validade de um sistema está diretamente conectada a valores morais de uma sociedade. Se optarmos por esse entendimento, legalidade e moralidade passam a ter uma relação quase indissolúvel, capaz de validar o próprio sistema jurídico.

1.3 A relação em outras obras do autor

1.3.1 O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral

No ensaio “O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral”, Hart inicia fazendo uma abordagem dos ensinamentos de Austin e Bentham, utilitaristas do final do século XVIII que primavam pela distinção “entre o que o Direito é e aquilo que deveria ser”. Esse é o ponto de partida para uma distinção entre Direito e Moral.

Austin afirmava:

A existência do direito (law) é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se ele é ou não é uma questão; se ele se conforma ou não a um suposto padrão é outra, diferente. Uma lei (a law), que realmente existe, é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ainda que ela divirja do texto que nos baseamos para nortear nossa aprovação ou desaprovação. (AUSTIN, 1954 apud HART, 2010, p.56)

Bentham (1776, apud HART, 2010, p.57), por sua vez, insistia na necessidade da distinção entre Direito e moral, utilizando-se da fórmula “obedecer

pontualmente; censurar livremente.” O que ambos pretendiam demonstrar com a distinção era a existência de leis que carregam um conteúdo moralmente questionável, porém, ainda assim, não deixavam de ser um comando que deve ser cumprido, independentemente de eventuais críticas que possam surgir a respeito de seu conteúdo.

Bentham concluía que uma lei poderia possuir um conteúdo tão perverso que poderia gerar resistência quanto ao seu cumprimento e, por isso, a necessidade de se ter plena capacidade de distinção entre o Direito e a moral. Para tanto, Bentham (1776 apud Hart, 2010, p.58) levantava duas hipóteses que poderiam surgir pelo advento dessa falta de distinção: de um lado, um indivíduo “anarquista” poderia alegar que uma lei que possuísse um conteúdo injusto perderia sua cogência, afastando seu cumprimento pelo indivíduo, pois não seria considerada uma lei. De outro modo, o indivíduo “reacionário” poderia argumentar que se tal lei em questão é considerada “Direito”, então ela deveria ser seguida.

A par dessas considerações, Hart alerta para a necessidade que essa distinção tenta evitar:

Há, portanto, dois perigos que a inexistência dessa distinção nos ajudará evitar: o perigo de que o Direito e sua autoridade dissolvam-se nas concepções humanas daquilo que o Direito deveria ser, e o perigo de que o Direito existente possa suplantar a moral como critério último de conduta e que, assim possa escapar de críticas. (HART, 2010, p.58)

A importância de definirmos a visão utilitarista será sua influência na doutrina de Mill de intervenção mínima do Estado na vida privada. Hart alega que os utilitaristas não negavam a relação histórica existente entre legalidade e moralidade. A moral influenciou diversas legislações de modo que “o conteúdo de muitas leis refletisse normas ou princípios morais assim como preceitos jurídicos”. (BENTHAM, 1776 apud HART, 2010, p.59)

Também, os utilitaristas admitiam que preceitos morais pudessem ser inseridos em diferentes pontos do ordenamento jurídico ou a possibilidade legal de os magistrados terem de decidir baseados em suas convicções de justiça. O que os utilitaristas do século XIX deixam claro é a evidente intersecção entre os campos do Direito e da moral. Contudo, isso não quer dizer que o Direito, para existir, necessite de conteúdos de moralidade. Há uma relação de contingência, mas não de necessidade.

Assim define Hart:

O que tanto Bentham quanto Austin estavam ansiosos em afirmar eram duas coisas simples: primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal expresso, o mero fato de uma norma violar padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser uma regra jurídica; e, inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse uma regra jurídica. (HART, 2010, p.59-60)

Uma crítica que fora lançada é o fato de que para a construção dessa doutrina, os utilitaristas tomaram como ponto de partida leis específicas. Resta saber se, havendo conflitos entre leis, como seriam essas analisadas e aplicadas. Por outro lado, resta também saber se um ordenamento jurídico também necessita de um mínimo moral para ser reconhecido como tal. A questão a ser investigada transcende a análise isolada das normas de um sistema jurídico e passa à análise, assim, do próprio sistema jurídico. Outro ponto a ressaltar faz referência a duas outras doutrinas que, juntamente com a divisão entre Direito e moral, faziam parte do utilitarismo. Trata-se do estudo analítico do direito e da teoria imperativa da lei.

Hart (2010, p.62) alega que “o estudo puramente analítico de conceitos jurídicos, um estudo do sentido (*meaning*) do vocabulário do direito, era tão vital para a nossa compreensão da natureza do direito quanto os estudos históricos ou sociológicos, embora, é claro, não os pudesse suplantar”. Assim, aqueles que criticavam a separação entre o Direito e a moral utilizavam como argumento o fato de entenderem que essas teorias eram dependentes entre si de modo que, ao negarmos uma delas, as demais, necessariamente, desapareceriam. Contudo, os críticos não compreendiam que tais doutrinas, na verdade, eram absolutamente independentes entre si, podendo passar por uma análise separada, sem a necessidade de que subsistissem ao mesmo tempo.

Uma das principais críticas à teoria do comando imperativo relaciona-se ao fato de ela não conseguir acomodar normas que possibilitam faculdades para os agentes. Tais normas não dizem, segundo Hart (2010, p.66), “faça isso quer você queira ou não”, mas antes, “se você quiser fazer isso, eis o modo de fazê-lo”. Críticos como Hägerström (1953 apud HART, p.67) também atacam a questão de as normas de direito subjetivo não possuírem seu espaço na teoria do comando, porém, concluem que a moral ou o senso comum, ou seja, noções de justiça, devem estar presentes em qualquer sistema jurídico.

Hart aponta um erro nessa espécie de argumento, pois não há necessidade de que as normas subjetivas obedeçam à moralidade, eis que não há uma relação de obrigatoriedade entre as normas que estabelecem direitos e ditames de justiça:

Os direitos, afinal de contas, existem em normas de cerimônias, jogos e em muitas outras esferas reguladas por regras irrelevantes para a questão da justiça ou do que o Direito deve ser. Nem é necessário que regras que conferem direitos sejam justas ou moralmente boas. (HART, 2010, p. 67)

Outro ponto que merece destaque é a questão relativa ao processo judicial como meio hábil de aplicação do Direito ao caso concreto. A problemática surge quando nos deparamos com normas abertas, que podem ser interpretadas de diversas maneiras. Poderíamos tomar uma norma que veda a entrada de cães em restaurantes. Aqui a regra parece clara e não haveria problema algum para que fosse aplicada. Contudo, imagine-se agora uma regra que tributa a propriedade de veículos automotores. Nesse caso, no momento em que o magistrado tiver de aplicá-la ao caso concreto, terá de utilizar de critérios interpretativos para estabelecer o que são “veículos automotores”. Aqui surge aquilo que Hart (2010, p.70) chama de “zona de penumbra”. Para o deslinde do processo judicial, haverá a necessidade de socorrer-se a algum critério de justiça. O processo judicial, apesar de ser um encadeamento lógico de etapas necessárias para a satisfação do direito material, abre espaço, na presença de normas dessa natureza, para uma relação entre legalidade e moralidade. Segundo Hart, tanto Betham quanto Austin ignoraram esse fato:

Assim, tocamos aqui um ponto de necessária “intersecção entre Direito e moral” que demonstra a incorreção, ou pelo menos, o caráter enganoso da insistência enfática dos Utilitaristas entre o que o Direito é e o que deveria ser. Com certeza, Bentham e Austin só podem ter escrito o que escreveram porque entenderam mal ou desprezaram este aspecto do processo judicial, já que ignoraram os problemas da zona de penumbra. (HART, 2010, p.70)

Todavia, ainda que se admita que os utilitaristas ignoravam essa face do processo judicial, isso não interfere na insistência em distinguir-se o que o Direito é e o que deveria ser. O formalismo jurídico não se confunde com o fato de o Direito ser um sistema lógico fechado. Segundo Hart, Austin acreditava que nas situações da zona de penumbra, o magistrado deveria adotar uma atitude ativa, que poderíamos chamar de criação do Direito. Isso porque, quando se fala em formalismo, tem-se a

acusação do uso excessivo da lógica, como se ela fosse capaz de interpretar fatos e o Direito a eles empregado. Todavia, explica Hart:

Mas a lógica não prescreve interpretação de termos; ela não dita nem uma interpretação tola, nem inteligente de qualquer expressão. A lógica apenas lhe diz hipoteticamente que se você der a cada termo uma determinada interpretação, uma determinada interpretação irá decorrer. (HART, 2010, p.72)

O formalismo jurídico acaba por transformar um juiz em mero aplicador de leis às premissas que lhe forem apresentadas, como se todos os fatos e leis fossem sempre claros. Essa visão de um juiz inerte, incapaz de inovar no campo legislativo, em certas situações, tem sua raiz na Teoria da separação de poderes de Montesquieu e, ainda hoje, está arraigada na maioria dos ordenamentos jurídicos. É o que chamamos de *checks and balances*, em que cada poder possui funções típicas. O que os críticos ao utilitarismo almejam através destas considerações referentes ao formalismo jurídico é mais uma tentativa de ataque à separação entre Direito e moral. Todavia, o que se tem na realidade é que decisões dessa natureza, nascidas de um trabalho mecânico do legislador, podem ser descritas como decisões más, que não deveriam fazer parte do Direito:

Mas isto seria utilizar a distinção, não refutá-la, e é claro que tanto Bentham como Austin a utilizaram, para atacar os juízes por eles deixarem de decidir casos da zona obscura de acordo com as necessidades crescentes da sociedade. (HART, 2010, p.74)

O fato é que tais decisões fazem parte do Direito e, ao classificá-las como decisões más, não se consegue derrubar satisfatoriamente os argumentos lançados pelos utilitaristas:

O ponto deve ser não meramente que uma decisão judicial, para ser racional, deve ser feita à luz de algumas concepções do que o Direito deve ser, mas que os objetivos, as políticas e os propósitos sociais, a que os juízes devem apelar para que suas decisões possam ser racionais, são eles mesmos considerados parte do Direito em algum sentido apropriadamente mais amplo de "Direito" que se acredita ser mais esclarecedor que aquele utilizado pelos utilitaristas. (HART, 2010, p.74-75)

Contudo, não se pode afirmar que uma decisão não formalista seja uma decisão na qual se visualize a atuação simultânea de moralidade e de legalidade. Há sim a distinção entre o que o Direito é e o que deveria ser, contudo, explica Hart (2010, p. 75), "a palavra "deveria" simplesmente reflete a presença de algum parâmetro para crítica; um desses parâmetros é o parâmetro moral, mas nem todos

os parâmetros são morais”. Esse problema é particularmente visível na obra de Ronald Dworkin, para quem não há uma distinção nítida entre moral e política, ou seja, todos os parâmetros são morais. Assim, o que Hart quis dizer é que a moral não é o único parâmetro para decidir os casos que estão na zona de penumbra. Desse modo, decisões que fogem ao formalismo não são decisões que necessariamente se assentam na moral, mas podem encontrar suas bases à luz de propósitos políticos, por exemplo.

A crítica que melhor enfrenta a proposta utilitarista de separação entre o legal e o moral considera como premissa “o problema apresentado pela existência de leis moralmente más”. (Hart, 2010, p.79) O principal defensor da doutrina que rechaça a separação entre legalidade e moralidade é Gustav Radbruch, que, até testemunhar os horrores legitimados pela lei durante a Segunda Guerra Mundial, era um defensor do positivismo assim entendido pelo slogan “lei é lei”:

Antes de sua conversão, Radbruch sustentava que a resistência à lei era um assunto de consciência pessoal, a ser pensado pelo indivíduo como um problema moral e que a validade de uma lei não podia ser contestada mostrando-se que suas determinações eram moralmente más, ou mesmo mostrando-se que o efeito de obediência à lei seria mais perverso do que o efeito de desobediência. (HART, 2010, p. 79)

A história nos conta o que Radbruch vivenciou. Sob a égide do positivismo jurídico, a Alemanha nazista pôde cometer, acobertada pelo que se tinha por legalidade, todas as atrocidades contra os direitos fundamentais. Isso levou Radbruch a mudar seu posicionamento, defendendo que qualquer sistema jurídico somente teria validade se tivesse em consonância com princípios de moralidade. Portanto, leis dessa natureza não eram, assim, somente imorais, mas também não poderiam ser caracterizadas como jurídicas. Hart aponta o perigo de essa análise identificar um sistema jurídico com a necessidade de obediência a princípios morais:

Pois se adotamos o entendimento de Radbruch, e, com ele e com os tribunais alemães, fizemos nosso protesto contra leis más na forma de uma assertiva de que certas normas não podem ser leis devido a sua iniquidade moral, confundimos uma das formas mais poderosas, porque a mais simples, de crítica moral. (HART, 2010, p.84)

Da ótica utilitarista, pode-se dizer que uma lei pode ser tão iníqua que não merece ser obedecida. Todavia, não perde seu caráter de lei. Seguimos aqui a receita de Bentham (1776 apud HART, 2010, p.57): “obedecer pontualmente,

censurar livremente”. Outro ponto necessário para o exame da separação entre Direito e moral, considera o sistema jurídico como um todo versus uma lei que compõe tal sistema e a necessidade de o Direito identificar-se com ditames morais.

Em “O conceito de Direito”, Hart esclarece o fato de o Direito possuir um conteúdo mínimo de direito natural. Isso se dá por uma necessidade natural decorrente de nossa situação de vulnerabilidade no mundo. Nesse texto, Hart retorna a esse argumento:

Tais regras superpõem-se a princípios morais básicos que proíbem o assassinato, a violência e o roubo; e assim podemos acrescentar a declaração factual de que todos os sistemas jurídicos coincidem, de fato, com a moral em pontos tão vitais, a declaração de que, neste ponto, isto é necessariamente assim. E por que não a chamar de necessidade “natural”? (HART, 2010, p.87).

O elemento primordial do conceito de justiça formaliza o Princípio da igualdade, leia-se: situações iguais devem ser tratadas de maneira isonômica. Todavia, tem-se aqui a chamada justiça procedimental ou justiça na aplicação do Direito, que consiste em aplicar princípios de generalidade, abstração, razoabilidade e imparcialidade da lei, com o fito de que as normas sejam aplicadas a todos os casos que foram previamente previstos para elas.

Ao final desse capítulo, o que nos parece claro, após percorrer três momentos na obra de Hart, é a visão do Direito como sistema que se estrutura por critérios de validade independentes da necessidade de valores morais. A relação não é necessária, do ponto de vista lógico, mas se faz presente pela própria necessidade humana de sobrevivência em grupo. A par da problemática existente, trataremos, no Capítulo 2, das tese de Mill com relação à intervenção do Estado na vida privada, mais especificamente com relação à tutela de certos bens jurídicos pelo Estado. A questão é se a moral pode ser objeto de uma lei e, de outro modo, se é legítimo o Estado agir desse modo.

1.3.2 Solidariedade Social e Imposição da Moral

Nesse ensaio, Hart ataca aquilo que ele chama de Tese da Desintegração, defendida por Devlin na obra “The Enforcement of Morals”, de 1958. Hart faz uma análise cujo objetivo é conceber as eventuais provas que corroborariam a afirmação

empírica contida na tese e as descarta. Para a Tese da Desintegração, a moral é vista como um cimento da sociedade, a força de coesão necessária para a existência da sociedade. Segundo Hart:

Esta tese está fortemente associada a uma concepção relativista da moral: de acordo com ela, a moral pode variar de uma sociedade para outra, e, para merecer a imposição pelo direito penal, a moral não precisa possuir um conteúdo racional ou qualquer conteúdo específico. O que importa não é a qualidade da moral, mas sua força de coesão. (HART, 2010, p.281)

Essa tese constitui o argumento central apresentado por Devlin, pois ele defende uma identidade entre sociedade e moral capaz de justificar toda pretensão legal de encampar a moralidade, sob pena de desintegração da própria sociedade: “Ocorre a desintegração, quando não se observa nenhuma moral comum e a história mostra que o afrouxamento das amarras morais é frequentemente o primeiro estágio para a desintegração”. (DEVLIN, 1958, p.13 apud HART, 2010, p. 282). Para Hart, a argumentação apresentada por Devlin não se sustenta por não se conseguir evidenciar concretamente esta relação necessária entre sociedade e moralidade.

Devlin (1958, p. 10, apud DEVLIN, 2010, p.282) adota expressões, tal como “uma sociedade significa uma comunidade de ideais”, para sugerir um tipo de vida social que se define pelo compartilhamento de algum código moral. Assim, se uma sociedade for definida como um tipo de vida social, ela poderá modificar-se sem que haja dispersão de seus membros:

É evidente que, para que a ameaça da desintegração ou de os membros “se dispersarem” tenha um fundamento real, ou para que a afirmação de que uma moral comum é “tão necessária para a sociedade quanto, digamos, um governo reconhecido” seja considerada parte de um argumento a favor da imposição da moral, verdades por definição que dependam da identificação da sociedade com sua moral partilhada são bastante irrelevantes (HART, 2010, p. 284).

Assim, o mais correto seria afirmar que a sociedade não deixa simplesmente de existir com uma mudança relevante em sua moral comum, mas que, se a sociedade é tão desenvolvida a ponto de manter um código moral comum, isso merece ser protegido, preservado e justificar-se-ia, assim, a proteção legal. Nesse ponto, Hart entende pertinente recorrer aos ensinamentos da sociologia e elege os ensinamentos de Durkheim que classifica as sociedades utilizando o Critério da Solidariedade.

Sociedades menos complexas adotariam a solidariedade mecânica, na qual seus membros compartilham padrões comuns de comportamento. Desse modo, padrões morais são internalizados na consciência dos membros que compõem a sociedade. Todavia, sociedades mais complexas utilizariam o que Durkheim chama de solidariedade orgânica, na qual a sobrevivência da sociedade depende justamente das diferenças existentes entre seus membros e, assim, da necessidade mútua de complementação. Assim, Durkheim aponta a divisão do trabalho como o aspecto proeminente nesse tipo de sociedade, não pelo fator econômico, mas pelo vínculo de solidariedade que se cria entre seus membros.

Durkheim acreditava, segundo Hart, que o Direito exemplifica esses dois aspectos. Assim, o Direito Penal com sua estrutura punitiva, exemplifica a solidariedade mecânica. Já o Direito Civil, como traz normas suplementares, exemplifica a solidariedade orgânica. A partir dessas definições, poder-se-ia avaliar o Direito mediando-se o número de normas relativas ao Direito Penal e ao Direito Civil. Fazendo isso, saberíamos qual o tipo de solidariedade dominante, e, por conseguinte, o tipo de sociedade que ela reflete.

Hart entende que essa estruturação do Direito é fantasiosa e problemática, pois gera distorções no âmbito do Direito Penal, por exemplo naquelas adotadas por Devlin. Assim, Durkheim e Devlin entendem que o crime não afeta o indivíduo em si, mas é uma afronta à sociedade ou “à consciência coletiva – a moral comum que mantém os homens unidos nos pontos em que seus sentimentos são fortes e precisos”. (HART, 2010, p. 287). Conseqüentemente, a punição seria “a reação passional de intensidade graduada à ofensa contra a consciência coletiva” (DURKHEIM 1964, p. 90 apud HART, 2010, p. 284).

Todavia, para Devlin, a punição serve como meio de proteção à moral comum, uma vez que reprime ou diminui os atos imorais que configuram ameaças à moral comum. Toda a problemática que se tem aqui diz respeito à comprovação da Tese da Desintegração. Hart sugere que, num primeiro momento, fossem estudadas as sociedades que se desintegraram e se buscasse um vínculo entre a mudança negativa da moral comum compartilhada por seus membros e o conseqüente fim da sociedade. Todavia, mesmo nesses casos, surgiriam vários problemas para igualarmos aquelas sociedades com sociedades atuais.

O fato, que seria necessário que se comprovasse de algum modo, consistiria em que as mudanças na moral comum implementaram comportamentos antissociais de seus membros, que levaram ao aumento ou à proliferação de delitos.

A assertiva não poderia ser aplicada quando se trata de algum tipo de padrão sexual pré-estabelecido. Isso porque deveria ser comprovado um nexo causal entre a mudança dos padrões sexuais vigentes em uma dada sociedade e a modificação de identidade sexual de seus indivíduos. Daí o problema da tipificação de condutas privadas dessa natureza como escopo na proteção da moral comum, pois a orientação sexual do indivíduo relaciona-se com caracteres de sua personalidade e não uma simples opção pela adoção ou não de uma moral comum compartilhada. Assim, a menos que se comprove essa relação necessária entre a mudança de padrões sexuais da sociedade como meio de modificar a própria identidade sexual de seus membros, e, por conseguinte a desintegração dessa sociedade, não se pode optar por tal tese, ao menos por sua aplicação às condutas sexuais.

2 AS FONTES DE HERBERT L.A. HART NA OBRA DE JOHN STUART MILL

Este capítulo tem por objetivo analisar a apropriação que Hart faz às teses de Mill na obra “A Liberdade”. Primeiramente, é necessária uma breve contextualização do autor e de sua obra para entendermos suas teses e suas possíveis aplicações no campo jurídico.

Não pretendemos aqui analisar e criticar o contexto político e a influência que seus ensinamentos trazem para as atuais sociedades, mas pretendemos verificar a importância dos argumentos sustentados por Mill para justificar a intervenção do Estado e da sociedade na vida privada. A importância dessa análise está conjugada às ideias de Hart e suas ponderações quanto às legislações que optam por tutelar condutas privadas.

Inicialmente, trataremos das teses fundamentais de Mill, das quais decorre uma estipulação de limites concretos para a não atuação do Estado, tampouco da sociedade, nas condutas individuais, fazendo um breve retrospecto sobre a evolução do conceito de liberdade nas sociedades até o seu tempo.

A segunda seção tratará da aplicação de suas teses fundamentais. Para tanto, utilizaremos o capítulo de “A Liberdade” referente à liberdade de pensamento e discussão. Aqui, o autor tratará separadamente dois grupos de argumentos: aqueles em que conclui que a humanidade perde em rechaçar opiniões corretas, uma vez que haveria uma privação da troca do erro pela verdade, e aqueles em que discorre sobre as consequências, perdendo-se a oportunidade de consolidar a verdade. Ao final, tem-se que a conjugação desses dois argumentos perfaz um grande argumento em defesa da liberdade de consciência, tão importante para a formação da individualidade de cada ser humano e para a própria evolução das sociedades.

Novamente, ressaltamos que a intenção na escolha do autor e dessas duas passagens é sua aplicação para a divisão entre os campos do Direito e da Moral. Não temos por finalidade a análise política da obra de Mill e sua influência na formação dos Estados modernos no campo da política ou economia. O liberalismo econômico ou político não é nosso objeto de estudo. Nosso objeto é a análise dos

argumentos que Mill utiliza em defesa das liberdades e, por conseguinte, da não intervenção do Estado e da sociedade no âmbito privado.

Para a finalização do capítulo, estabeleceremos um paralelo entre as teses de Hart e as influências da doutrina de Mill nessas teses, uma vez que Hart concorda com os argumentos de Mill, porém, não em toda sua extensão.

2.1 As teses fundamentais de Mill

O limiar do Século XIX deparou-se com uma sociedade modificada. Avanços das ciências passam a negar argumentos que não estão pautados na racionalidade. Racionalidade, todavia, está associada à nossa capacidade de discernir propriedades, estabelecer relações e construir argumentos, e o exercício da racionalidade é expressão da liberdade de consciência. Neste cenário, John Stuart Mill tece os fundamentos de sua doutrina liberal quanto à ação limitadora do Estado nas condutas individuais. Inicialmente, Mill alega que sua obra não trata da Liberdade de Arbítrio, “mas na Liberdade Social ou Civil, isto é, a natureza e os limites do poder que a sociedade pode legitimamente exercer sobre o indivíduo” (MILL, 2000, p.5).

Recorremos aqui aos ensinamentos de Isaiah Berlin que se propõe a examinar apenas dois sentidos básicos de liberdade. Em seu clássico ensaio, intitulado “Dois conceitos de Liberdade”, Berlin (1980, p.109) consagra o primeiro desses sentidos como o capaz de responder à seguinte pergunta: qual é a área na qual uma pessoa ou grupo de pessoas pode ser ou fazer o que queira sem interferência de outras pessoas? O autor trata esse sentido como sentido político ou negativo.

Warburton (1999, p.120) também assegura que uma das definições de liberdade é a ausência de coerção. A esse conceito está ligado o sentido negativo de liberdade, pois ocorre a coerção quando outras pessoas forçam a agir ou deixar de agir de alguma maneira:

Nem você é livre se quiser deixar o país e tiver seu passaporte confiscado; nem se quiser viver abertamente um relacionamento homossexual, mas será processado se o fizer. Liberdade negativa é liberdade de obstáculo ou restrição. Se ninguém o estiver impedindo ativamente de fazer alguma coisa, então nesse sentido você é livre. (WARBURTON, 2008, p.121)

É interessante essa passagem à medida que trata de questão já abordada no capítulo anterior, quando da questão das leis que elegem como bem jurídico a liberdade sexual do indivíduo. Uma das críticas apontadas por Warburton à chamada liberdade negativa relaciona-se com a ideia de prejuízo. Mill (apud WARBURTON, 2008, p.121) afirma que “os indivíduos deveriam ter o direito de conduzir suas próprias experiências de vida, livres da interferência do Estado, contanto que, no processo, ninguém fosse prejudicado”. O problema que surge relaciona-se assim com a definição concreta daquilo que seria prejuízo para as outras pessoas. E esse problema será uma das possíveis críticas apontadas à teoria de Mill, conforme veremos adiante.

O segundo sentido, chamado de positivo, compreende a resposta da seguinte pergunta: O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência capaz de determinar que alguém faça uma coisa em vez de outra? Pode-se afirmar que se é livre até o grau em que nenhuma criatura humana interfira em sua atividade. Nesse sentido, liberdade política é simplesmente a área dentro da qual um homem pode fazer o que quiser. Assim, se outras pessoas impedirem o indivíduo de fazer o que quer, ele não será livre até certo grau, e, se a área onde ele pode fazer o que quer for encurtada por outras pessoas além de certo limite, esse indivíduo pode ser classificado como coagido.

Berlin alerta que a coerção não é um termo que deve ser aplicado a todas as formas de incapacidade. A incapacidade física e mental para atingir um fim não é indicativo de falta de liberdade política. Todavia, “se a pobreza desse homem fosse uma espécie de doença que lhe impede de comprar seu pão, de impedir que seu caso fosse ouvido pelo tribunal, tal incapacidade não seria, naturalmente descrita como falta de liberdade política” (BERLIN, 1980, p.110).

O indivíduo somente carece de liberdade política se for impedido de exercitar seus objetivos por outros seres humanos. O autor acusa a opressão como a parte que se acredita ser desempenhada por outros seres humanos, direta ou indiretamente na frustração de nossos desejos. A felicidade, nesse sentido, representa não sofrer a interferência dos outros. Portanto, quanto maior for a área de não interferência, maior é a minha liberdade.

O problema que segue é saber qual deveria ser a extensão dessa área. Não poderá ela ser ilimitada, pois, se fosse, criar-se-ia uma situação na qual todos os homens poderiam ilimitadamente interferir na vida de outros homens, conduzindo ao caos social, em que as liberdades mínimas dos homens não seriam satisfeitas ou as liberdades dos fracos seriam suprimidas pelos fortes. Aqui, salienta-se o princípio de Mill, que defende a existência de certa área mínima de liberdade pessoal, que não deve, por motivo algum, ser violada.

Berlin afirma que alguns filósofos como Locke, Adam Smith e, de certa forma, o próprio Mill, acreditavam que a harmonia e o progresso social eram compatíveis com a reserva de uma grande área para a vida privada, na qual nem o Estado, tampouco qualquer outra autoridade poderia intervir.

Por outro lado, Hobbes argumentava que os homens deviam ser impedidos de se destruírem uns aos outros, fazendo da sociedade um campo de batalha. Daí a necessidade da criação de mecanismos para mantê-los em seus lugares, diminuindo-se a área individual e aumentando-se a área de atuação do controle externo. O ponto em comum entre esses dois posicionamentos, isto é, tanto Mill quanto Hobbes concordam que há de se ter alguma porção da existência humana que deve ser preservada do controle social.

Há de se preservar uma área mínima da liberdade individual sob pena de negarmos nossa própria natureza. O problema que acaba por surgir é saber qual deve ser esse mínimo. Essa pergunta persiste sem resposta definida. Todavia, Berlin (1980, p.112) deixa claro que independente do princípio que utilizarmos para estabelecermos a área de não interferência, seja a Lei natural, o direito natural, ou de utilidade, ou ainda os pronunciamentos de um imperativo categórico, o contrato social, a liberdade, no sentido negativo, deve ser entendida como ausência de interferência.

Na obra de Mill, é nítida a importância que o autor dá à liberdade individual. Observe que, em sua ótica, a falta de liberdade acarretaria aquilo que ele chama de “esmagamento da sociedade pela mediocridade coletiva. A diversidade seria então esmagada pelo costume.” (MILL, 2000, p. 25 apud BERLIN, 1980, p.112) É certo que toda luta pelas liberdades civis e direitos individuais brota da concepção individualista do homem.

Berlin (1980, p.113) alega que Mill defende que toda a coerção, na medida em que frustra os desejos humanos, é ruim, embora tenha de ser aplicada para prevenir males maiores. De outro modo, a não interferência seria o oposto da coerção, sendo boa como tal, embora não seja o único bem. Haveria a necessidade de que os homens fossem em busca da verdade ou desenvolvessem um certo tipo de caráter original, independente e não-conformista.

Berlin (1980, p.113) afirma que Mill estaria confundindo duas noções distintas, uma vez que esses dois argumentos apresentam visões liberais, porém não idênticas entre si. Isso se dá porque é inegável que a integridade, a verdade, o individualismo também surgem nas comunidades de disciplina severa, como também em sociedades mais liberais, menos severas. Partindo-se da veracidade desse argumento, a premissa defendida por Mill, de que a liberdade é uma condição necessária para o desenvolvimento do gênio humano, cai por terra. Também, pode-se dizer que a doutrina da Liberdade é relativamente moderna. Berlin (1980, p.113) afirma que consciência da liberdade humana como ideal político não aparece no mundo antigo. Tem-se, então, que o domínio desse ideal é exceção e não a regra.

A liberdade, em sentido negativo, não é necessariamente incompatível com algumas formas de autocracia ou com a ausência de autogoverno. Essa concepção diz respeito à área de controle e não à sua fonte. Tanto uma democracia pode privar o cidadão de um grande número de liberdades, como um déspota pode permitir a seus súditos uma grande limite de liberdade pessoal. Dessa maneira, a liberdade não é logicamente ligada à forma de exercício de poder.

Mill delimita assim o âmbito de abrangência de seu ensaio, deixando-nos evidente, desde então, qual o ponto que deseja desenvolver, qual seja na concepção de Berlin, o sentido negativo ou político. Para que se tenha uma melhor compreensão das principais teses desenvolvidas pelo autor, é necessário também entender a evolução da concepção que o termo “liberdade” sofreu ao longo da história das sociedades.

Em tempos antigos, Mill (2000, p.6) salienta que a liberdade poderia ser entendida apenas como a proteção contra a tirania dos dirigentes políticos. Nesse contexto, temos um sentido bem restrito do âmbito de abrangência do vocábulo, vez que era satisfeito através de uma postura de defesa entre os poucos direitos da

população frente a quem detinha o poder. Tal postura era adotada partindo-se da premissa de que existia um natural antagonismo entre soberanos e súditos. Isso se dava pela falta de comprometimento do governo frente aos governados. Ora, tem-se aqui uma época na qual o poder derivava, normalmente, da sucessão hereditária. Pode-se dizer, aqui, que Liberdade é sinônimo de reconhecimento de certas imunidades em prol de quem era submetido ao poder. Caso o dirigente faltasse com o dever de respeitá-las, suscitaria a resistência legítima dos subordinados.

É de grande valia essa concepção, pois é através dela que se elencará, nas Constituições, um rol de garantias fundamentais e irrenunciáveis da população. Tais direitos são conhecidos também como direitos de primeira dimensão ou liberdades negativas, fazendo uma alusão a Berlin. O que se tinha até então era a ideia de governantes que, necessariamente, estavam em uma situação de oposição de interesses entre seus governados. Contudo, as sociedades começaram a evoluir e surgiu a necessidade de governantes que não apenas respeitassem algumas imunidades em prol dos governados, mas que possuíssem também uma afinidade e comprometimento com seus interesses. O progresso, em termos políticos, gera, conseqüentemente, o progresso das liberdades individuais. A liberdade passou a tomar outra forma, mais ampla, que somente poderia ser implementada através de dirigentes eletivos que gozassem de mandatos temporários. Pensava-se que assim não haveria nenhum abuso de poder por parte dos governantes que eram apenas detentores de um poder emanado do povo.

Mill (2000, p.8) afirma que, nesse momento, começou-se a se questionar a necessidade de imposição de limites à atuação dos dirigentes em uma nação em que estes são eleitos pelo povo. Tem-se aqui uma idealização de que o poder, uma vez emanado do povo, só poderia ser utilizado em seu favor. Parecia ilógico que se pensasse em limitá-lo já que se estaria limitando a própria atuação popular. Tal argumento cai por terra “quando se verifica que o povo que exerce o poder nem sempre é o mesmo povo sobre quem o poder é exercido” (MILL, 2000, p.09). É o que o autor chama de tirania da maioria, pois reflete a vontade da parte da sociedade que, naquele momento, detém autoridade e influência para impor seus comandos. Daí a importância que se limite o poder estatal, como meio de garantia de efetividade das liberdades pessoais, tão importante para a formação do indivíduo.

Mill (2000, p.09) aponta que “não basta a proteção contra a tirania dos dirigentes. É necessária também a proteção contra a tirania da opinião dos sentimentos dominantes”. Importante, aqui, entendermos essa afirmação para que possamos, posteriormente, entender suas principais teses. Há assim uma forte tendência de que a sociedade tente impor suas regras de conduta como regras que deveriam ser seguidas por todas as pessoas. Aqueles indivíduos que se acham detentores de regras de condutas suficientemente boas a serem seguidas pelos demais, pensam ter o direito e a missão de impô-las na prática do que acreditam ser a melhor escolha para os demais. Há uma indiferença total com a individualidade dos demais membros. É como se aquelas pessoas em posição privilegiada detivessem o monopólio da formação da consciência coletiva.

Mill (2000, p.12) faz uma severa crítica aos costumes como obstáculo para a ideia de liberdade ao afirmar “que o princípio prático que orienta as pessoas em suas opiniões a respeito da conduta humana, é o sentimento que cada um possui de que todos deveriam agir como ele”. Ora, nenhuma sociedade se desenvolve plenamente sem a implementação da liberdade individual dos membros que a compõem. Há de se ter um limite no qual se possa interferir com razoabilidade na vida de cada indivíduo. Encontrar esse limite e ponderar adequadamente as hipóteses de sua utilização passa a ser tão importante quanto a antiga busca de fixação de imunidades frente ao poder estatal.

Ao exteriorizar suas ações, o indivíduo pode passar pelo crivo de dois mecanismos distintos de juízo: através da intromissão direta do poder estatal, que o faz por legislações específicas ou pela influência dos demais membros da sociedade, censurando ou aprovando suas ações. Observa-se que Mill não afasta a necessidade da existência de leis dentro de um Estado. É necessária a imposição de certas regras de conduta para o convívio social. O problema talvez seja o conteúdo dessas legislações, isto é, o bem jurídico que elas vêm tutelar.

De outro modo, o autor salienta a tendência que o indivíduo tem em pensar que o outro deve agir conforme suas convicções pessoais. É importante ponderar o fato de que as opiniões que as pessoas exteriorizam estão emanadas de sentimentos e experiências individuais. É a exteriorização das repulsas e predileções das classes dominantes detentoras de poder. Ora, como se pode, de

maneira descomprometida, catalogar e julgar atos como corretos ou incorretos, tendo como parâmetro apenas as experiências individuais? Aqui surge o primeiro obstáculo para que se chegue a um denominador comum com relação à legitimidade da interferência nas liberdades individuais.

A par da problemática, Mill defende a tese capaz de reger as relações do indivíduo em sociedade no que tange a interferência da opinião pública ou das legislações no âmbito privado. Tal princípio é denominado de “autoproteção”:

Constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar danos aos demais. (MILL, 2000, p.17).

Mill (2000, p.18) afirma que sua doutrina é aplicável às pessoas com suficiente discernimento e maturidade, pois, em caso contrário, isto é, pessoas que não possuem capacidade suficiente de autodeterminação, estão fora de seu âmbito de abrangência. Também, sociedades ditas bárbaras ou menos evoluídas, teriam por legítimo o despotismo. Talvez aqui reste a indagação de o que seriam sociedades atrasadas, na concepção do autor, pois não nos é apresentado um conceito antropológico de o que seria uma sociedade bárbara.

Contudo, o que aparenta é que o próprio autor traz um ponto de contradição dentro de seu ensaio. Dizemos isso porque ele tece severa crítica à moralidade quando afirma que o homem utiliza seus parâmetros pessoais para emitir juízos de valores sobre o que é certo ou errado. Estaria o autor utilizando como parâmetro para a aplicação de sua teoria a sociedade de seu tempo, leia-se, uma Inglaterra imperialista que em plena expansão colonial poderia ser vista como sociedade madura o suficiente para impor ditames às suas colônias exploradas?

Outro pressuposto fundamental da aplicação da teoria de Mill é o fato que o prejuízo que o indivíduo pode causar atinja efetivamente os demais membros daquela sociedade, pois a autoproteção não é aplicável quando o indivíduo causar dano a si próprio. O que o indivíduo capaz faz com seu corpo e mente não justifica intervenção estatal, tampouco da opinião pública. O que se observa em várias passagens do ensaio é que o autor sempre atrela o progresso de uma sociedade à evolução das liberdades pessoais. O desenvolvimento do indivíduo e, por conseguinte, a sua liberdade de consciência passam também por uma evolução

íntima de cada um. Nesse processo, é natural que se cometam atos, muitas vezes, prejudiciais ao próprio indivíduo.

Todavia, é certo que quando um indivíduo pratica um ato prejudicial aos outros, faz jus a algum tipo de censura: seja emanada do poder estatal, mediante uma legislação repressora, seja mediante a reprovação geral. Aqui a importância da opção da tese de Mill como suporte para o desenvolvimento do tema proposto. Dizemos isso, porque o ponto nevrálgico do trabalho é elaborar uma divisão clara entre dois campos distintos, qual seja, Direito e Moral.

O campo jurídico é o composto de normas estatais que regulamentam condutas humanas, impondo, muitas vezes, sanções para quem as infringe. Normas jurídicas, a princípio, possuem a presunção de legalidade, que se verifica quando a legislação satisfaz os trâmites previamente estipulados para sua entrada em vigor.

Dimoulis (2003, p.97) define a moral como “o conjunto de convicções de uma pessoa, grupo ou da sociedade inteira sobre o bem e o mal”. A moral é, portanto, um conjunto de regras de conduta que teriam por objetivo cumprir funções de nortear os comportamentos individuais e serviriam de critério de avaliação da conduta humana em um dado grupo social. Vejamos que há uma imensa simetria entre o campo da moral e o campo jurídico, pois, nos dois casos, temos a previsão de condutas e algum tipo de consequência para seu descumprimento. Divergem, todavia, quanto ao órgão emissor de tais comandos, pois, na seara jurídica, teremos o poder estatal, e, na seara da moral, a convicção de um grupo social. Daí a importância da fixação dos limites de atuação desses dois campos distintos nas condutas individuais.

Mill (2000) argumenta que a sociedade possui interesses diretos e indiretos sobre as condutas individuais. O interesse direto nas condutas pessoais se relaciona com a exteriorização de condutas causadoras de danos a outrem. O interesse indireto relaciona-se com as condutas pessoais de cada ser humano, condutas que somente dizem respeito a quem as pratica. Tais condutas até podem afetar outras pessoas, contudo, quando isso ocorre, a parte afetada participou de maneira ativa, emitindo vontade livre e consciente em anuir com tal conduta.

A pertinência da tese da autoproteção, a classificação dos interesses do indivíduo em diretos e indiretos, leva-nos a questionar a influência que o sistema

moral pode ter no campo jurídico, leia-se, na elaboração das legislações. Seria assim, salutar para a sociedade que as legislações elencassem como bens jurídicos interesses diretos do indivíduo?

O princípio do dano tem por escopo evitar que as pessoas se prejudiquem umas as outras. Assim, a legitimidade da interferência do Direito na vida privada teria este norte. Por tal motivo, poderíamos explicar a existência de legislações que proíbem o uso de cigarros em locais públicos. O Direito não proíbe que a venda e consumo de cigarros, contudo quer evitar que não fumantes acabem se prejudicando pela opção de consumo de pessoas fumantes. Entretanto, quando pensamos em prejuízo e condutas relacionadas à opção sexual do indivíduo, parece-nos mais delicada a questão de legislações regulando tais condutas. Haveria assim algum prejuízo deduzido para a sociedade, então, a necessidade de legislações tutelando tais condutas privadas?

Como vimos no capítulo anterior, Hart, em “Direito, Liberdade e Moralidade”, entende que opção sexual ultrapassa a ideia de opção do indivíduo, pois ele acredita que tenha a ver com a própria formação de sua personalidade. Ora, se é assim, se tem a ver com o indivíduo como um todo, com aquilo que o ser humano é em sua essência, uma lei que coibisse tais condutas na órbita privada careceria de legitimidade.

Dimoulis (2003), ao discorrer sobre a temática Direito e moral, esclarece-nos que a identificação entre esses dois sistemas caracteriza as chamadas sociedades holísticas, nas quais assuntos da vida privada são dirigidos pelo ente estatal, havendo, conseqüentemente, uma restrição das liberdades individuais, prevalecendo a vontade daquele grupo social no qual ele se insere. Em oposição, estariam as sociedades orgânicas, nas quais há uma liberdade individual, permitindo-se que cada membro siga suas próprias convicções sobre moralidade. É interessante esse questionamento, pois Mill não trata diretamente, em seu ensaio, sobre o tema moral e Direito, mas, a partir do momento que começa a defesa de sua tese, fica evidente a problemática de legislações que resolvem tutelar bens jurídicos pertinentes às condutas íntimas dos indivíduos. Isso se dá pelo motivo já apontado pelo autor, qual seja o fato de que normas de condutas refletem a vontade da

maioria dominante, que possui poder de comando. Não expressa, necessariamente, a vontade de quem se submete a elas.

2.2 Exemplo de aplicação das teses fundamentais

O argumento da autoproteção defendido por Mill corrobora de maneira incisiva para a defesa de uma das principais liberdades inerentes ao ser humano, qual seja, a liberdade de consciência. Sua tese pode ser aplicada em diferentes campos da vida humana, mas pode-se dizer que tudo tem seu início com a liberdade de consciência, até pela sua importância na formação dos indivíduos. Com a evolução do conceito de liberdade, ou melhor, da ampliação de seu significado, já não fazia mais sentido admitir um governo não identificado com os anseios dos governados.

Aqui surge uma convergência entre o problema enfrentado por Hart no capítulo anterior, pois as leis que tratam do homossexualismo carregam em seu bojo toda uma carga de intolerância às condutas pertencentes da vida privada do indivíduo. Ora, se a tese de Mill fosse adotada por Hart em toda sua extensão, seria absolutamente inadmissível esse tipo de legislação. Haveria uma flagrante afronta à liberdade de consciência que é aquela fundadora de todas as demais. Para a defesa de sua tese de intromissão mínima na vida individual e maximalização das liberdades, o autor divide sua defesa em dois grandes grupos de argumentos e suas possíveis objeções.

O primeiro deles, parte do pressuposto de que “a opinião que a autoridade tenta suprimir talvez possa ser verdadeira” (MILL, 2000, p.30). O problema, nesse caso, insere-se no campo da legitimidade de quem tenta sufocar a opinião dos demais, pois parte da premissa da infalibilidade do agente opressor. O que se pode inquirir é se existiriam verdades supremas ou infalíveis. Sim, pois só se poderia pensar em legitimar a conduta do agente opressor se existisse uma verdade inquestionável ou absoluta.

Mais uma vez, Mill assegura que o juízo de valor da maioria dos homens é formado de acordo com a parte do mundo que este tem contato. A opinião que se

pretende sufocar até pode não ser verdadeira, contudo, o agente opressor também não é o detentor da melhor verdade até que tal verdade seja devidamente debatida.

Ora, pode-se objetar, afirmando que cada época tem seus próprios valores a nortear a conduta do indivíduo. Sim, cada época traz consigo toda uma carga de opiniões, várias situações que ocorrem em uma sociedade. Todavia, é justamente por isso, ou seja, pela mutabilidade dessas opiniões que não se pode assegurar sua infalibilidade. Épocas e indivíduos são falíveis. Aquele que tenta sufocar a opinião do outro, sustentando como argumento os valores trazidos por sua época, incide em falácia. Mill assegura que podemos supor que nossas opiniões sejam verdadeiras para utilizá-las como parâmetros de nossos atos. Contudo, não há legitimidade em presumir uma opinião verdadeira para afastar outra sem a sua análise. Se um indivíduo tem tanta convicção em sua opinião, não haveria motivo de não deixá-la confrontar-se com a opinião de outros indivíduos.

Porém, o que não é admissível é tomar uma opinião como verdadeira justamente para evitar que outras opiniões venham a confrontá-la. Segundo Mill (2000, p.32), “há diferença entre presumir uma opinião como verdadeira porque, apesar de todas as opiniões de contestá-la, ela não foi refutada e pressupor sua verdade com o propósito de não permitir sua refutação”. A objeção a esse argumento pode ser aquela segundo o qual se diz que se o indivíduo tem, de fato, total certeza de que sua opinião seja correta, porque deve acovardar-se em admitir uma opinião que tem por convicção ser errada? Fazem-se pertinentes, aqui, os ensinamentos de Kant, em “Antropologia de um ponto de vista pragmático”:

A partir do dia que começa a falar por meio do eu, o ser humano, onde pode, faz esse seu querido eu aparecer, e o egoísmo progride irresistivelmente, se não de maneira manifesta (pois lhe repugna o egoísmo de outros), ao menos de maneira encoberta, a fim de se dar tanto mais seguramente, pela aparente abnegação e pretensa modéstia, um valor superior no juízo de outros.

O egoísmo pode conter três espécies de presunção: a do entendimento, a do gosto e a do interesse prático, isto é, pode ser lógico estético ou prático. O *egoísta lógico* tem por desnecessário examinar seu juízo também pelo entendimento de outros, como se não necessitasse de forma alguma dessa pedra de toque (*crieterium veritatis externum*). É, porém, tão seguro que não podemos prescindir desse meio de nos assegurar da verdade de nosso juízo, que talvez seja essa a razão mais importante por que a classe erudita clame com tanta insistência pela *liberdade de expressão*, porque se esta é recusada, nos é simultaneamente subtraído um grande meio de examinar a retidão de nossos juízos, e seremos abandonados ao erro. (KANT, 2006, p.28)

Aqueles que têm o poder de afastar as opiniões contrárias com o argumento de que possuem a convicção de que suas opiniões são infalíveis não se dão por conta que o único meio de torná-las, de fato, infalíveis é confrontá-las com outras opiniões. A partir do momento que alguém tenta sufocar a liberdade de pensamento alheio, baseado em suas próprias convicções, demonstra sua própria fragilidade, pois é justamente com o confronto de opiniões discordantes que se consegue fortalecer aquela mais correta. A melhor maneira de dar credibilidade a uma opinião é deixá-la exposta às críticas de outros indivíduos.

Em todas as épocas, de pensadores a profetas, muitas pessoas sofreram perseguições por possuírem opiniões divergentes. É muito mais fácil às autoridades sufocar opiniões divergentes do que expor suas ideias a qualquer crítica. Contudo, a médio ou longo prazo, essa ação gerará a consequência de descrédito e ruína, seja do regime político, social ou da crença religiosa. Um exemplo interessante de Mill (2000, p.35) é a situação de pessoas que foram impedidas de pleitear seus direitos em juízo ou ainda testemunhar, pelo fato de não professarem crença a Deus, sob a alegação de que todos os ateus são mentirosos. Além do absurdo da situação de se admitir nitidamente um estado comprometido com a religião, o autor critica a fragilidade do argumento utilizado, na medida em que abre a brecha para todo ateu que estiver disposto a omitir sua crença, ser, antagonicamente, aceito dentro de um tribunal.

A intolerância às opiniões alheias não as afasta de pronto, tampouco as modifica. Para aqueles homens que não temem ou não necessitam de nenhum tipo de amparo dos órgãos repressores, estes continuarão a defesa de suas ideias sem receio. Já aqueles mais frágeis, com menor poder aquisitivo, que dependem, de algum modo, das autoridades, também não mudarão suas convicções íntimas, apenas omitirão seus pensamentos em prol de usufruir do que necessitam. A intolerância não modifica pensamentos, tampouco fortalece dogmas. O autor pondera sobre legislações que tratam de repressão da opinião. São poucas as passagens em que Mill questiona a legitimidade em se legislar sobre condutas dessa natureza. Na verdade, quando o autor trata tal passagem, faz uma crítica baseada em todo seu argumento em prol da liberdade de opinião, e não um questionamento sobre a moralidade da conduta do legislador.

Confrontando-se o pensamento de Hart à tese da autoproteção defendida por Mill, tem-se que aquele talvez admitisse legislações como a supracitada, desde que refletissem, de algum modo, os ditames da sociedade. O que se observa em Hart é o questionamento sobre a moralidade de se legislar sobre certas condutas e não, exatamente, seu conteúdo. Já em Mill, é nítida a crítica ao conteúdo da legislação.

A história também demonstra que os céticos não se intimidam com a repressão, seja legal, seja social. O que se teme, ou melhor, quem o autor diz ser o maior prejudicado, são os demais membros daquela sociedade que não terão contato com outro juízo de valor que não o permitido. Impede-se a formação da opinião. Qualquer pessoa é possuidora de livre arbítrio suficiente para aderir ou não a determinado posicionamento desde que tenha opção de escolha. Sufocar opiniões contrárias é extirpar do homem a possibilidade de uma faculdade que é inerente ao ser humano. Mill admite que a liberdade de pensamento não é essencial para a formação dos grandes pensadores, pois serão os tempos de maior opressão individual que fomentarão as grandes correntes de pensamento.

Outro ponto fundamental que temos de observar é a análise do argumento que sustenta uma opinião, seja ela verdadeira ou falsa, pois será o modo de conseguirmos medir a fragilidade ou não de seu conteúdo. Aqui, surge o segundo argumento a ser considerado, ao se admitir que uma opinião falsa possa ser tratada como verdadeira com o intuito de confrontar seus argumentos de sustentação.

Mesmo a opinião falsa pode ter uma parcela de verdade que somente será descoberta quando confrontada com outra opinião. Quando se considera uma opinião falsa como verdadeira, consegue-se extrair dois benefícios interessantes. O primeiro deles, é descobrir seus argumentos de sustentação para refutá-los. O segundo, é o fortalecimento de suas convicções, pois se conhecerão as objeções que podem enfraquecer o seu próprio argumento.

Mill (2000, p 62.) afirma, de maneira categórica, que se o indivíduo não tiver conhecimento do argumento contrário ao seu, não poderá refutá-lo de maneira adequada, tampouco refutar possíveis objeções a sua própria tese. Nesse caso, racionalmente, não terá como sustentar sua opinião, restando-lhe apenas a suspensão de juízo. Caso contrário, estará defendendo um argumento vazio, na verdade, uma superstição.

Um exemplo trazido por Mill (2000, p.64) é o que ocorre com a Igreja católica e seus seguidores. O católico estaria norteado, de um lado, por uma aparato de máximas morais que lhe são passadas como infalíveis e, de outro, por um conjunto de juízos e práticas cotidianas que não estão em total concordância com as práticas estipuladas pelo rigor da moral cristã. No entanto, também pode acontecer que, ao confrontarmos duas opiniões, nenhuma delas seja inteiramente verdadeira e nem falsa. Apenas com a possibilidade de confronto que teremos a chance de extrair uma verdade que utiliza os argumentos válidos de cada uma das opiniões conflitantes.

A tese da intromissão mínima nas condutas individuais passa, sem dúvida, pela defesa da principal liberdade formadora do intelecto humano, qual seja a liberdade de consciência, pois é a partir dessa garantia primordial que o homem terá a capacidade limitar a atuação do governo e da sociedade na vida privada. É interessante que, quando Mill trata da autoproteção, assegurando que a única forma legítima de afronta aos interesses diretos de uma pessoa é para evitar dano ao outro, ele não aborda a hipótese de a liberdade de opinião ser limitada por causar danos aos outros.

Em nenhum momento de sua sustentação pela liberdade de consciência, é levantada a possibilidade de uma opinião ser nociva a ponto de merecer ser sufocada ou regradada mediante uma legislação. Ao contrário, toda sua argumentação parte da premissa de que toda a opinião, seja correta ou incorreta, merece ser debatida livremente para assegurar sua infalibilidade. Ao que parece, o argumento pela liberdade de opinião vem justamente assegurar ou justificar o princípio da autoproteção, pois, uma vez que se admite uma intromissão mínima nas condutas individuais, não se pode anuir com nenhum tipo de limitação à própria liberdade de pensamento. Liberdade de expressão é, assim, uma das consequências da liberdade de consciência do indivíduo.

O Direito Penal tem por finalidade tutelar condutas que ferem direta ou indiretamente a sociedade. A partir dessa finalidade, é estruturada toda a legislação penal. A título de exemplo, a Teoria do delito que estruturou a legislação brasileira tem por um de seus pressupostos a conduta livre, consciente e volitiva dirigida a um fim. Se adotarmos o posicionamento defendido por Hart em “Direito, Liberdade e

Moralidade”, a sexualidade do indivíduo carece de elemento volitivo. Não é uma simples opção pela preferência por parceiros do mesmo sexo, mas uma característica que está associada à sua personalidade e, segundo Hart, à sua realização. A liberdade sexual do ser humano também é uma expressão da liberdade de consciência defendida por Mill. Assim, a importância do Princípio do Dano defendido pelo autor e da verificação se condutas dessa natureza causam algum prejuízo social a ponto de merecer a tutela do legislador.

Como o Princípio do Dano é o argumento primordial encontrado no Relatório Wolfenden, o próximo capítulo tratará do debate que seguiu de suas conclusões e, por conseguinte, a repercussão do posicionamento de Hart e de outros teóricos do Direito.

3 CRÍTICA E REPERCUSSÃO DA PROPOSTA DE H.L. A HART

Neste capítulo, trataremos da análise da repercussão da proposta de Hart em três autores: Patrick Devlin, Peter Cane e Neil Mac Cormick.

Primeiramente, trataremos do Debate entre Hart e Devlin, que se seguiu ao Relatório Wolfenden. Na obra *The Enforcement of Morals*, de 1958, utilizaremos o capítulo I, *Morals and the Criminal Law*⁵, e o capítulo VI, *Mill on Liberty in Morals*⁶. Nesses dois capítulos, Devlin objeta os resultados nascidos do Comitê Wolfenden e, por conseguinte, afronta as teses apresentadas por Hart e Mill.

Em seguida, passamos à análise do artigo *Taking Law seriously: starting points of the Hart/Devlin debate*⁷, de Peter Cane e, por fim, à contribuição trazida por Neil Mac Cormick na obra “H.L.A Hart”.

A importância desse debate é a contribuição que os autores trarão para a Teoria do Direito e para a Filosofia, assim com a relação necessária ou não entre moralidade e legalidade.

3.1 Patrick Devlin

⁵ “A Moral e o Direito Penal”

⁶ “O pensamento de Mill sobre a Liberdade no escopo da Moral”

⁷ ““Levando o Direito a sério: o pontos de partida do debate entre Hart e Devlin” - ”*The Enforcement of Morals*

Da leitura do Relatório Wolfenden extrai-se que uma de suas bases de sustentação é o Princípio do Dano trazido por John Stuart Mill. Como já fora explanado anteriormente, tal princípio defende que o Estado somente tem legitimidade de intervir nas condutas privadas do indivíduo para evitar dano a outrem. Em sua obra, Devlin enfrenta o tema, fazendo algumas objeções a tal princípio. Devlin (1965, p. 102) sustenta que, em uma sociedade livre, “a autoridade deva ser uma concessão e a liberdade não deva ser um privilégio”⁸.

A primeira objeção que Devlin faz ao Princípio de Mill é quanto ao limite que ele sugere, isto é, causar dano a outrem. Para Devlin, um homem que vive em sociedade deve pensar na coletividade em que está inserido e não somente em si próprio: “No entanto, se um homem vive em sociedade, não cabe somente a ele preocupar-se em manter-se bem física, mental e moralmente. Ele tem, quanto a isso, uma obrigação com relação aos outros e a si mesmo”⁹ (DEVLIN, 1965, p. 104).

Devlin parte da premissa que Mill, ao elaborar seu princípio, acreditava na importância das liberdades civis quando o indivíduo tivesse a convicção de que seu pensamento, ainda que único, fosse o correto. Todavia, isso não se aplicaria quando o próprio indivíduo estivesse ciente de que sua conduta não tem nenhum tipo de escopo se não na vontade de satisfazer algum vício ou luxúria.

Evidentemente que Mill concebe várias pessoas fazendo coisas que ele desaprovava, mas se fosse feito de modo sincero, dever-se-ia pensar e discutir sobre tais atos e, então, encontrar o estilo de vida mais adequado a essas pessoas enquanto indivíduos.¹⁰ (DEVLIN, 1965, p. 107)

O fato é que o Princípio da Liberdade, como adotado por Mill, não gera nenhuma colisão com o que Devlin entende por liberdade. A questão seria da interpretação que se dá ao Princípio. Daí alguns apontarem como um princípio que teoricamente é perfeito, mas quanto a sua aplicação haveria algumas restrições práticas.

Um homem não comete a bigamia porque quer ter experiência com duas mulheres em vez de uma só; ele não mantém relação com sua filha ou irmã

⁸ “[...] that authority should be a grant and liberty not a privilege [...]”

⁹ “Now if a man lives in society it is not simply his own concern whether or not he keeps himself physically, mentally, and morally fit. He owes in these respects a duty to others as well as to himself”

¹⁰ “Evidently that Mill visualizes is a number of people doing things he himself would disapprove of, but doing them earnestly and openly and after thought and discussion in an endeavour to find the way of life best suited to them as individuals”

porque pensa que o incesto pode ser uma boa relação, mas porque encontra um modo de satisfazer sua luxúria em sua própria casa; ele não mantém um prostíbulo a fim de provar o valor da promiscuidade, mas para ganhar dinheiro¹¹. (DEVLIN, 1965, p. 107)

Segundo Devlin, os vícios privados podem gerar danos tangíveis para o indivíduo. Em consequência, o debilitamento do indivíduo e, por conseguinte, sua inutilidade para a sociedade. Assim, se isso se tornar corriqueiro geraria o esfacelamento da própria sociedade. Devlin (1965, p.110) objeta o argumento lançado por Hart de que a punição não ensina a moralidade, pois em sua concepção, a lei não serve apenas para punir ou para prevenir, mas também para dar oportunidade de transformação do indivíduo. A ideia é que a ameaça de punição possa inibir certas condutas dos indivíduos.

Hart, por sua vez, entende que isso até poderia ser possível para alguns tipos de condutas. Contudo, quando se tratasse, por exemplo, de opção sexual a questão é a de identidade do indivíduo e não apenas da inibição de uma conduta criminosa. A par do Relatório Wolfenden e de todas as consequências para a legislação da Inglaterra, iniciou-se um célebre debate entre Patrick Devlin, proeminente Juiz britânico, e H.L. Hart. Na obra *The Enforcement of Morals*, de 1965, Devlin lança suas críticas ao relatório e objeta os posicionamentos de Hart.

Devlin indaga, primeiramente, se há uma relação entre crime e pecado e se seria dever da legislação inglesa tratar de criminalizar o pecado e a moralidade como tais. O Relatório Wolfenden limita sua abrangência, demonstrando de maneira explícita o que ele entende ser função da legislação penal:

A função do Direito Penal, não é, a nosso ver, intervir na vida privada dos cidadãos ou buscar coagir qualquer tipo de comportamento específico além do necessário para realizar os propósitos que delineamos.¹² (RELATÓRIO WOLFENDEN, 1957 apud DEVLIN, 1965, p.2)

Nesse ponto, torna-se evidente a questão da limitação da abrangência da legislação penal e os critérios que teria o legislador no momento de averiguar se uma conduta deveria ou não ser tutelada pelo Direito. O Direito Penal inglês sempre

¹¹ “A man does not as a rule commit bigamy because he wants to experiment with two wives instead of one. He does not as a rule lie with his daughter or sister because he thinks that an incestuous relationship can be a good one but because he finds in it a way of satisfying his lust in the home. He does not keep brothel so as to prove the value of promiscuity but so as to make money.”

¹² “It is not, in our view, the function of the Law to intervene in the private lives of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behaviour further than is necessary to carry out the purposes we have outlined”

utilizou a moral como uma de suas formas de sustentação. E mais, haveria uma identidade entre as morais adotadas pelas religiões e as práticas legislativas. Todavia, se a religião é um assunto pertencente à vida privada, a moralidade pertencente a cada religião também não o seria?

Por outro lado, poder-se-ia utilizar o argumento de que o Direito Penal transcende a moral, uma vez que tem, por escopo, a preservação da ordem e da decência, preservação da vida e da propriedade dos cidadãos. No entanto, se tal fato fosse verdadeiro, como se explicaria o fato de o consentimento da vítima não ser excludente hábil de ilicitude? O raciocínio de Devlin parece ser lógico nesse ponto. Se aceitarmos que o Direito Penal não tem relação alguma com a moral, que seu escopo é a proteção do indivíduo e de seus pertences, a sua anuência em qualquer conduta ilícita deveria possuir o condão de eliminá-la. Por que isso não ocorre? Isso ocorreria porque o Direito Penal Inglês sempre se preocupou com princípios morais. O crime não agride somente a vítima, mas sim a sociedade:

Há apenas uma explicação para o que foi aceito até aqui com base no Direito Penal, que é a de que existem certos padrões de comportamento ou princípios morais que a sociedade exige que sejam observados, e sua violação é um crime não somente contra a pessoa, mas contra a sociedade como um todo.¹³ (DEVLIN, 1965, P.6)

Esse é o principal argumento apresentado por Devlin contra Hart. O argumento consiste na ideia de que a moralidade é uma espécie de cimento que une, fortalece a sociedade, e isso justificaria que leis penais tutelassem certos assuntos que possam ser tidos como assuntos referentes à vida privada do indivíduo. O ponto fundamental do argumento trazido por Devlin é que, caso a moralidade deixe de existir, geraria, em consequência, o esfacelamento da sociedade. Aí a importância e a legitimidade dada ao Direito Penal para regulamentar condutas, como, a exemplo, a moral sexual. Pode-se argumentar que nem toda imoralidade é punida pelo Direito, todavia, isso se refere aos bens jurídicos que são tutelados pelo ordenamento jurídico.

Com referência ao Relatório Wolfenden, Devlin (1965, p.7) propõe três questionamentos para discussão:

¹³ "There is only one explanation of what has hitherto been accepted as the basis of the criminal law and that is that there are certain standards of behavior or moral principles which society requires to be observed; and the breach of them an offence not merely against the person who is injured but against society as a whole."

- a) Primeiro, se existe uma moralidade pública em contraponto à moralidade privada a qual se refere o Relatório Wolfenden;
- b) Segundo, se existe, é aplicável?
- c) Terceiro, como seria essa aplicação?

O Relatório Wolfenden trata da chamada moralidade privada que se contrapõe à alguma espécie de moralidade pública. A ideia é de que haja uma moralidade pública que condena o homossexualismo e a prostituição. Entretanto, se existe essa moralidade capaz de condenar tais atos, Devlin acredita que seja a comprovação de algo mais profundo, isto é, de que haja um conjunto de ideais que são compartilhados pelos membros de uma sociedade em determinado tempo:

Toda sociedade tem uma estrutura moral , bem como uma política moral, ou ainda, já que isso possa sugerir dois sistemas independentes, afirmo que a estrutura de cada sociedade é constituída tanto de política quanto de moral¹⁴. (DEVLIN, 1965, p.9)

Assim, na visão de Devlin, abandonar a moralidade seria romper com essa estrutura, tendo como consequência a ruína da sociedade e a desintegração de seus membros: “uma moralidade comum é parte de uma dependência e a dependência é parte do preço da sociedade, e a humanidade, que precisa da sociedade, deve pagar esse preço”.¹⁵ (DEVLIN, 1965, p.10)

A objeção lançada por Hart, afirma que Devlin não teria como comprovar essa alegação, pois não há comprovação de que uma sociedade tenha se desintegrado pela falta de uma moralidade coletiva.

Devlin alega que o próprio relatório admite a existência de que o Direito deva se importar com a moralidade em circunstâncias especiais. Assim, na visão do autor, esse fato gera um contrassenso, pois vem comprovar que o Direito está sim interessado na imoralidade privada:

O Relatório Wolfenden, apesar de parecer admitir o direito de a sociedade condenar o homossexualismo e a prostituição como práticas imorais, exige circunstâncias especiais para justificar a intervenção do Direito. Penso que isso está errado, em princípio, e que qualquer tentativa de abordar meu segundo questionamento nesses termos está fadada ao fracasso. Acredito que essa tentativa do Comitê é infrutífera e isso é mostrado pelo fato de que

¹⁴ “Every society has a moral structure as well as a political 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.”

¹⁵ “A common morality is part of the bondage. The bondage is part of the price o society; and mankind, which needs society, must pay its price.”

ele tem que definir ou descrever suas circunstâncias especiais de modo tão amplo que elas só podem ser sustentadas se for aceito que o Direito está interessado na imoralidade como tal.¹⁶ (DEVLIN, 1965, p. 13)

As circunstâncias às quais se refere o Relatório são aquelas relacionadas a pessoas “vulneráveis”, necessitando, assim, de algum tipo de proteção legal. Contudo, Devlin acreditava que não era possível estabelecer algum tipo de limite para a intervenção do Estado naquilo que se possa chamar de imoralidade, porque toda sociedade compartilha certos pensamentos a respeito de certos assuntos, não se podendo retirar-lhe a legitimidade em expressar-se, inclusive mediante à legislação, sobre determinados assuntos. Nesse ponto, Devlin expõe a crítica apresentada por Hart em “Lei, Liberdade e Moralidade”:

Em algum momento por aqui, o professor Hart em “Direito, Liberdade e Moralidade” distingue uma tese que é central ao meu pensamento. Ele afirma a tese e suas objeções como segue (p.51): “Ele parece sair da tese aceitável de que *alguma* moralidade compartilhada seja essencial à existência de qualquer sociedade [isso eu considero como tese na página 13] e penetrar na tese inaceitável de que uma sociedade é a própria moralidade, já que isso ocorre em qualquer momento da história, de modo que uma mudança na sua moralidade equivale à destruição dessa sociedade. A primeira tese pode ser até mesmo aceita como uma necessidade e não como uma verdade empírica, dependendo de uma definição consideravelmente plausível de sociedade como um corpo de homens que possuem certas concepções morais em comum. No entanto, a segunda tese é absurda. Tomada de modo estrito, ela nos impede de afirmar que a moralidade de uma dada sociedade muda, e, pelo contrário, convence-nos a declarar que uma sociedade desaparece e outra toma seu lugar. Contudo, é somente nesse caso absurdo que se pode afirmar que qualquer desvio da moralidade compartilhada ameaça a existência da sociedade.” Em suma (p.82), o professor Hart condena toda a tese na palestra baseada “numa definição confusa de sociedade.”¹⁷ (HART, 1968 apud DEVLIN, 1965, p.13)

¹⁶ “The Wolfenden Report, notwithstanding that it seems to admit the right of society to condemn homosexuality and prostitution as immoral, requires special circumstances to be shown to justify the intervention of the Law. I think that this is wrong in principle and that any attempt to approach my second interrogatory on these lines is bound to break down and that this is shown by the fact that it has to define or describe its special circumstances so widely that they can be supported only if it is accepted that the law is concerned with immorality as such.”

¹⁷ “It is somewhere about this point in the argument that Professor Hart in Law, Liberty and Morality discerns a proposition which he describes as central to my thought. He states proposition and his objection to it follows (p.51). ‘He appears to move from the acceptable proposition that some shared morality is essential to the existence of any society (this I take to be proposition on p.12) to the unacceptable proposition that a society is identical with its morality as that is at any given moment of its history, so that a change in its morality is tantamount to the destruction of a society. The former proposition might be even accepted as a necessary rather than an empirical truth depending on a quite plausible definition of society as a body of men who hold certain moral views in common. But the latter proposition is absurd. Taken strictly, it would prevent us saying that the morality of a given society had changed, and would compel us instead to say that one society had disappeared and another on take its place. But it is only on this absurd criterion of what it is for the same society to continue to exist that it could be asserted without evidence that any deviation from society’s shared

O que Devlin propõe é a impossibilidade de existir uma sociedade sem moralidade, uma vez que é de seu âmago que possuem opiniões comuns sobre determinados assuntos, portanto, nada impediria que o Direito fosse utilizado para resguardar a moralidade dentro daquela sociedade.

O terceiro ponto da discussão seria: em quais as circunstâncias o Estado deveria exercer seu poder? Devlin acredita que a moralidade é uma esfera na qual se chocam interesses públicos e privados. Sendo assim, há a necessidade de se conciliar esses dois interesses. A proposta do autor é que haja uma elasticidade entre a liberdade máxima do indivíduo e o interesse social.

Um ponto fundamental é o questionamento de como que os julgamentos da sociedade devem ser exercidos. Como o legislador determina os julgamentos morais de uma sociedade? O fato é que, se estamos tratando de classificar condutas como pertencentes à órbita privada ou não, faz-se necessário também adotar algum tipo de padrão de julgamento. Como se referiu Devlin (1965, p.4), a moralidade do Antigo Testamento não é exatamente a mesma adotada pelo Novo. Por isso, Devlin defende a existência de padrões exteriorizados pelo homem sensato. Isso sugere que esses padrões não surjam de um exercício de racionalidade, mas de exteriorização de sentimentos.

Certamente, alcançar a opinião da maioria não é o bastante. Seria muito exigir o consentimento individual de cada cidadão. O Direito inglês se desenvolveu e regularmente usa um padrão que não depende de números populacionais. Esse é o pensamento do homem sensato e não deve ser confundido com o do homem racional. Não se espera que ele raciocine sobre nada; seu julgamento pode ser, basicamente, uma questão de sentimento.¹⁸ (DEVLIN, 1965, p.15)

E com base nisso, mais uma vez, Devlin justifica a legitimidade de o Direito poder intervir naquilo em que o homem sensato julga ser prejudicial à sociedade em que ele se encontra. Há de se ter bom senso, em lugar da razão, para que se julgue se uma conduta é ou não lesiva à sociedade.

morality threatens its existence. In conclusion (p.82) Professor Hart condemns the whole thesis in the lecture as based on "a confused definition of what a society is".

¹⁸ "It is surely not enough that they should be reached by the opinion of the majority; it would be too much to require the individual assent of every citizen, English law has evolved and regularly uses standard which does not depend on the counting of heads. It is of the reasonable man. He is not to be confused with the rational man. He is not expected to reason about anything and his judgment may be largely a matter of feeling."

Assim, as críticas que Devlin lança ao Relatório Wolfenden é a ideia de separar certas condutas individuais isoladamente, esquecendo-se que o Direito não protege apenas o indivíduo, mas o indivíduo que está inserido dentro de uma sociedade. Devlin acredita ser da essência da vida em sociedade a existência de padrões de moral mutuamente compartilhados por seus membros. Desse modo, existiria uma identidade entre sociedade e moralidade compartilhada, e é esse fato que possibilita que alguma conduta, ainda que vista como uma conduta pertencente à moralidade privada, possa ser tutelada pelo Direito.

3.2 Peter Cane

Em artigo intitulado “Taking law seriously: starting points of the Hart/Devlin debate”¹⁹, Peter Cane faz uma análise do debate suscitado entre Hart e Devlin resultante do Relatório Wolfenden. O principal foco do artigo é a abordagem da relação entre direito e moral na elaboração da lei criminal. Como já se abordou anteriormente, o Relatório Wolfenden recomendou que a atividade sexual consensual entre indivíduos em ambientes privados deveria ser legalizada.

Em consequência, Patrick Devlin, em *The enforcement of Morals*,²⁰ de 1965, rebate tais conclusões sob o argumento de que a lei criminal não tem por escopo apenas a preservação do indivíduo, mas também da sociedade: “as instituições e o conjunto partilhado de ideias políticas e morais sem as quais as pessoas não podem conviver” (DEVLIN, 1965 apud CANE, 2004, p.22)²¹.

Hart, em “Direito, Liberdade e Moralidade”²², de 1968, utilizará como uma das teses para rechaçar os argumentos trazidos por Devlin, o “Princípio do dano”, exposto por John Stuart Mill em *On Liberty*: “O único propósito para o qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para evitar danos a terceiros”. (MILL, 1856 apud CANE, 2004, p.23)

¹⁹ “Levando o Direito a sério: pontos de partida do debate entre Hart e Devlin”

²⁰ *The Enforcement of Morals*

²¹ “The institutions and the community of ideas, political and moral, without which people cannot live together”

²² *Law, Liberty and Morality*

Todavia, uma das críticas lançadas ao Princípio do Dano relaciona-se com seu conteúdo vago e abstrato. Nesse ponto, Cane aponta Joel Feinberg como um colaborador no debate. Na obra *The Moral Limits of the Criminal Law*²³, Feinberg teria conseguido dar sentido prático ao Princípio.

Segundo Cane, a mais importante contribuição trazida por Feinberg ao debate seria concluir que todos possuem interesse na liberdade de ação, e, por conseguinte, há o direito de que seja protegida. Assim, quando se limita a liberdade de alguém, gera-lhe um dano. Com isso, a criação da lei criminal deveria ser pautada, por um lado, pelo dano gerado pelo agressor a outrem, e por outro, pela restrição de liberdade que aquele sofrera: “Um legislador que deve decidir se criminaliza ou não uma conduta particular deve decidir se o interesse em ser livre para se engajar em tal conduta vale mais do que o interesse em não ser adversamente afetado por ela.”²⁴ (CANE, 2004, p. 24-25)

O debate que se seguiu ao Relatório tem cinco pontos primordiais:

Primeiro, o debate versa sobre comportamento sexual e normas sociais. Assim, parece que toda a reflexão que surgirá com relação aos limites das leis criminais teve por base padrões a relação existente entre o indivíduo e sua sexualidade.

Segundo, o que o relatório deixa claro é que seus argumentos encontram sustentação no Princípio do Dano de John Stuart Mill. Daí talvez as críticas daqueles que consideram o Princípio idealizado, mas de difícil averiguação de seu conteúdo.

Terceiro, o debate centra-se não no ordenamento jurídico, visto em seu inteiro teor, mas nas leis criminais. O problema talvez seja o fato de não se conseguir adequar ou compreender as normas dispositivas.

Quarto, vê-se nitidamente a admissão de que Direito e Moralidade são esferas normativas distintas. Todavia, apesar de distintas, há uma inegável inter-relação entre seus conteúdos. O problema passa a ser quando é necessário e legítimo que uma legislação carregue ditames de ordem moral.

²³ “Os limites morais do Direito Penal”

²⁴ “A lawmaker faced with a decision whether or not to criminalize particular conduct must decide whether or not the interest in being free to engage in the conduct outweighs the interest in not being adversely affected by it.”

Quinto, Direito e Moral são vistos como esferas rivais e não passíveis de interação. Se é assim, não se poderia, validar muitas normas que compõem a própria legislação criminal.

O Relatório resultante do Comitê Wolfenden trata, como já foi dito, da legalização de condutas sexuais. Assim, o debate que dele se seguiu utiliza o comportamento sexual como palco para discutir os limites existentes entre moralidade e legalidade. Cane afirma que esse foi um ponto infeliz, pois acena para o fato de uma não compreensão da sexualidade, mais especificamente, da homossexualidade masculina na Grã-Bretanha da década de cinquenta. “Se o aspecto errôneo do comportamento considerado tivesse sido menos contestado, ao menos o tom do Debate teria sido mais equilibrado e menos emocionalmente carregado”.²⁵ (CANE, 2004, p. 27)

Segundo Cane, a visão de Devlin relativa ao debate, ou seja, na ligação entre sexo e moralidade, tinha por referência a relação existente entre tradições sexuais e religião. Por tal fato, Devlin questionava qual seria a autoridade das leis já existentes se fossem desprezadas suas raízes religiosas e, por conseguinte, a autoridade divina. Portanto, a questão é mais profunda, pois se fosse retirado o alicerce dessas normas, perder-se-ia sua fonte autorizadora.

Devlin afirmou que “a imposição legal de normas morais particulares é justificada numa sociedade se os membros dessa sociedade entenderem que ela se justifica”²⁶. (DEVLIN, 1965 apud CANE, 2004, p. 28). Uma interpretação mais apurada dessa afirmação, segundo Cane, levar-nos-ia a um entendimento equivocado do posicionamento de Devlin:

[...] ele claramente não acreditava que uma opinião social comum, de que a conduta é imoral e deveria ser ilegal, por si, justifica sua legalização. Segundo ele, o que conta são as visões das pessoas “racionais” e “corretas”. Identificar a moralidade pública não é uma questão de quantificar pessoas ou de conduzir uma pesquisa de opinião.²⁷ (DEVLIN, 1965 apud CANE, 2004, p. 28).

²⁵ “If the wrongness of the behaviour under consideration had been less contested, at last the tone of the Debate might have been more evenly balanced and less emotionally charged.”

²⁶ “that legal enforcement of particular moral norms is justified in a society if members of the society generally think it is justified.”

²⁷ “[...] he clearly did not believe that a common social opinion, that conduct is immoral and should be illegal, by itself justifies criminalization. What counts, he said, are the views of “reasonable” or “right-minded” people. Identifying community morality is not a matter of counting heads or conducting opinion polls.”

Assim, não se poderia afirmar que Devlin fundamentava a criminalização de condutas homossexuais, ou melhor, a questão dos limites da lei criminal, utilizando, como parâmetro, a Inglaterra da década de cinquenta.

A objeção lançada contra Devlin tem por base o argumento lançado por Hart no debate quando este faz a distinção entre moral crítica e moral positiva:

Eu gostaria de recuperar a terminologia preferida pelos utilitaristas do século passado, que distinguiam “moral positiva”, a moral de fato aceita e compartilhada por um dado grupo social, dos princípios morais gerais usados na crítica das instituições sociais reais que incluem a moral social. Podemos chamar tais princípios gerais de “moral crítica”. (HART, 1987, p.44)

Contudo, não parece, segundo Cane, ter sido a opção seguida por Devlin. Assim, ele não poderia ser acusado de confundir moralidade positiva de moral crítica, eis que “[...] a visão de que a lei deveria trilhar a moralidade positiva é em si uma posição moral crítica. De fato, a distinção entre moralidade crítica e positiva desviou o Debate”²⁸. (CANE, 2004, p. 29)

As recomendações do Comitê Wolfenden sustentam-se no Princípio do Dano trazido por Mill. Tal princípio serve de corolário para uma série de subprincípios protetores da liberdade individual. Essa premissa parece ser fundamental para a compreensão do debate que se segue entre Hart e Devlin. Essa será uma das bases dos argumentos de Hart que se sobressaem na discussão.

A principal objeção feita por Devlin com relação as recomendações do Comitê baseiam-se no argumento de que é função vital da lei impor valores morais de uma sociedade, criando uma relação entre imoralidade e dano social. Segundo Cane, tal argumento tornou-se insuficiente frente ao argumento de Hart que se assentava no Princípio do Dano.

Hart, assim, inicia o debate com certa vantagem, pois enquanto os defensores das liberdades individuais chancelam o princípio de Mill socorrendo-se de elementos trazidos do direito natural, o argumento de Devlin não consegue encontrar alicerces passíveis de sustentação. Entretanto, se Devlin não consegue sustentar seu posicionamento de forma convincente, Cane afirma que Hart também não consegue comprovar o contrário:

²⁸ “[...] the view that the Law should track positive morality is itself a critical moral position. In fact, the distinction between positive and critical morality was a red herring in the Debate.”

Certamente, Devlin não ofereceu evidência para apoiar sua asserção de que a sociedade seria pior sem o moralismo legal, mas nem Hart ofereceu evidência real de que a sociedade seria um lugar melhor (ou, pelo menos, não pior) sem o moralismo legal.²⁹ (DEVLIN, 1965 apud CANE, 2004, p.30)

De fato, no ensaio “Solidariedade Social e Imposição da Moral”, Hart rebate o argumento de Devlin quanto ao chamado moralismo legal, pois consegue demonstrar que falta, ao argumento, sustentação histórica que comprove seu conteúdo, o que Hart chama de “tese da desintegração”: “Ocorre desintegração quando não se observa nenhuma moral comum e a história mostra que o afrouxamento das amarras morais é frequentemente o primeiro estágio de desintegração” (DEVLIN, 1965 apud HART, 2010, p. 202).

Segue Hart:

A não ser pela única afirmação genérica de que “a história mostra que o afrouxamento das amarras morais é frequentemente o primeiro estágio de desintegração”, não se oferece nenhuma prova que corrobore o argumento, nem se dá nenhuma indicação do tipo de prova que poderia corroborá-lo, além de não transparecer nenhuma sensibilidade quanto a necessidade de provas. (HART, 2010 p. 282)

Todavia, Cane se equivoca ao afirmar que Hart não teria conseguido comprovar que a sociedade seria um lugar melhor sem o moralismo legal:

Uma sociedade, no sentido de uma forma ou tipo de vida social, pode mudar, desaparecer, ou ser sucedida por diferentes formas de sociedade sem nenhum fenômeno que possa ser descrito como “desintegração” ou “dispersão de membros”. (HART, 2010, p.283)

Por outro lado, Devlin argumentou que o consentimento do ofendido é irrelevante para a caracterização do dano, demonstrando, assim, que o Princípio do Dano não é a autoridade que alicerça a lei. Hart, por sua vez, rebate, dizendo ser necessária uma distinção entre moralismo e paternalismo.

Cane aponta outra distinção utilizada por Hart em defesa do Princípio do Dano. Seria a diferença entre princípios de responsabilidade criminal e princípios da punição:

Em sua opinião, o fato de a gravidade moral da conduta de um transgressor – seu erro em oposição a seu dano - pode (parece que corretamente em

²⁹ “Certainly, Devlin provided no hard evidence to support his assertion that society would be worse of without legal moralism; but neither did Hart provide any factual evidence that society would be a better (or, at least, no worse a) place without legal moralism.”

sua visão) ser levada à punição não nos diz nada sobre a relação entre direito e moralidade.³⁰ (CANE, 2004, p.32)

Segundo Cane, a questão aqui tem a ver com a estrutura da responsabilidade criminal versus as funções da lei criminal. Assim, as teorias que cercam a responsabilidade criminal preocupam-se com fatores como capacidade do agente, motivos da ação, e desprezam o resultado da ação, leia-se, o dano. Por tal motivo, o autor não vê relevância em o Princípio do Dano nortear o estudo da responsabilidade criminal. Assim, Cane aponta três situações relativas à adequação do Princípio do Dano às leis criminais:

Primeira, ele pode ser rejeitado sob a alegação de que, quando a lei conflita com instituições já estabelecidas, ela deve ser afastada.

Segunda, seria “tentar racionalizar em termos de princípio do dano qualquer e todo aspecto de lei criminal que parece, à primeira vista, ser inconsistente com ele”³¹. (CANE, 2004, p. 33)

Terceira, seria a posição adotada por Hart, na qual nega-se que o Princípio do Dano tenha relação com os limites morais da criminalização.

Devlin, por sua vez, argumenta que o dano é um dos fatores relevantes na criminalização de condutas, contudo, não é o único. Observamos que Devlin não sugeria que toda a conduta imoral deveria ser obrigatoriamente ilegal. Ele sugeriu alguns padrões que deveriam ser seguidos pelo legislador para a criação da lei criminal:

[...] tolerância máxima da liberdade individual consistente com a integridade da sociedade; conservantismo em face das mudanças das tradições sociais; respeito pela privacidade; e observância de uma distinção entre obrigações morais e ideais morais. (DEVLIN, apud CANE, 2004, p.29)

Não cabe aqui explorar cada princípio trazido por Devlin, demonstrar que a leitura feita pelos críticos tenha sido equivocada no sentido de que o autor propusera parâmetros a serem seguidos ao legislador, que fogem a uma simples identificação de moralidade e legalidade com padrões comuns de uma sociedade. Devlin vai além e sugere que a elaboração das leis criminais deve seguir certos critérios plausíveis.

³⁰ “In his opinion, the fact that the moral gravity of an offender’s conduct - its wrongfulness as opposed to its harmfulness - can (rightly in his view, it seems) be taken into account in sentencing tells us nothing about the relationship between law and morality.”

³¹ “Another possible reaction is to rationalize in terms of the harm principle any and every aspect of the criminal law that appears at first sight to be inconsistent with it.”

Nesse ponto, Cane faz duas considerações importantes. Primeiro, a autonomia de uma pessoa não poderia ser restrita apenas a sua liberdade em alcançar objetivos, mas também pelas suas razões ao praticar uma conduta. Assim, os fatores que impulsionam o dano deveriam ser verificados não apenas na aplicação (ou não) da pena, mas também na criminalização (ou não) de uma conduta.

O segundo ponto a ser abordado seria sobre os próprios limites daquilo que se considera dano. Assim, questionam-se se as consequências particulares da conduta poderiam ser relevadas na criminalização ou não de tal conduta: “Penso que o conceito de dano é um obstáculo desnecessário e analiticamente supérfluo para nortear o pensamento sobre os limites do Direito (penal)”³² (CANE, 2004, p.36).

Também, Cane afirma que a liberdade individual, cerne do Princípio do dano, sugere uma interpretação um tanto equivocada. Isso ocorre porque não se releva que o indivíduo vive em sociedade. Assim, a liberdade individual não é apenas relevante para o indivíduo, mas também para a comunidade na qual ele está inserido.

A colaboração trazida por Cane ao debate é estabelecer um equilíbrio entre os argumentos trazidos por Devlin e Hart. O argumento de Hart parece ter tido maior aceitação, justamente por cancelar os argumentos trazidos no bojo do próprio debate. O Relatório Wolfenden assenta suas razões nos ideais de John Stuart Mill quanto às liberdades civis. É evidente a simpatia que os colaboradores do debate depositarão aos argumentos de Hart. No entanto, Cane demonstra que as objeções de Devlin podem até basearem-se em premissas não comprovadas, mas identificam uma relação entre o ordenamento moral e o jurídico.

A própria situação da sociedade inglesa da época pode ter corroborado para certa vantagem de Hart. Contudo, se o relatório define de modo claro uma separação entre a lei e moral e uma posição de rivalidade entre essas esferas, Devlin aponta uma relação necessária.

³² “My suggestion is that the concept of harm is an unnecessary and analytically superfluous hindrance to clear thinking about the limits of (criminal) law.”

O problema parece ter sido a estruturação do debate: o questionamento é estruturado utilizando-se a lei criminal como parâmetro versus o Princípio do Dano. A lei criminal não representa todo o ordenamento, mas uma parcela dele. Por outro lado, o Princípio defendido por Mill não traz conteúdo claro o suficiente para definir o exato limite da atuação do legislador no surgimento das legislações.

3.3 Neil Mac Cormick

Em trabalho dedicado à análise da obra de Hart, intitulado “H.L.A Hart”, de 2010, Neil Mac Cormick tenta expor, de modo crítico, o pensamento do autor, passando por seus principais ensaios. Nosso estudo, porém, limitar-se-á à leitura que Mac Cormick faz dos ensinamentos de Hart quanto à moralidade e à legalidade.

Iniciemos pelo capítulo cinco, no qual Mac Cormick analisa o pensamento de Hart quanto à Moral positiva e crítica. Primeiramente, Mac Cormick cita um ensaio de Hart sobre “Obrigações Morais e Legais”, no qual Hart faria uma crítica à ética de Hare ou sobre “as teorias que baseiam toda a moral na escolha autolegislativa do agente moral. Para tais teorias, a obrigação moral depende que esse agente determine suas próprias ordens universais de conduta para si mesmo [...]” (MAC CORMICK, 2010, p.67). Assim, Hart veria a moral e a obrigação moral como conceitos sociais.

De fato, como podemos observar nos capítulos anteriores, tanto a moral como o Direito podem ser considerados formas de controle social, na visão de Hart, contudo, Mac Cormick (2010, p.68) afirma que: “A observância a regras e *standards* de conduta compartilhados ou comuns é o que permite aos seres humanos viverem juntos – e sobreviverem juntos – em sociedades toleravelmente pacíficas e prósperas”. Aqui, Mac Cormick remete-nos à leitura de “O Conceito de Direito”, quando Hart trata do “núcleo mínimo de direito natural”, que consideramos a principal conexão entre Direito e moral, pois há a necessidade de preceitos mínimos que possibilitem a sobrevivência da própria sociedade, e, como já se disse, tais preceitos constituem um núcleo comum entre esses dois campos. Ainda que consideremos que o Direito germine e se desenvolva de maneira independente de *standards*, ainda assim Mac Cormick afirma a necessidade de colaboração social ou

de aderência dos destinatários das normas legais a seus ditames. Assim, em certo grau, essa sociedade deverá compartilhar um certo grau de preceitos morais comuns.

Mac Cormick (2010, p.69) afirma que quaisquer regras ou *standards* que sejam compartilhados ou comuns a um grupo devam ser considerados *standards* morais de determinado grupo. Aí porque Hart crítica aqueles que teorizam sobre a moral como uma escolha autolegislativa de seus agentes, pois, nesse sentido, mais restrito, considerando regras compartilhadas por determinados grupos, a moral não poderia se apoiar, diz Mac Cormick (2010, p.69), “apenas e exclusivamente na prescrição universal autônoma de cada agente moral atuando por si só”.

Essa moralidade compartilhada por um grupo social transcende o indivíduo, que a adota pela opção de seguir e pertencer a um grupo, e seria chamada, por Hart, de moral positiva.

Eu gostaria de recuperar a terminologia preferida pelos utilitaristas do século passado, que distinguiam “moral positiva”, a moral de fato aceita e compartilhada por um dado grupo social, dos princípios morais gerais usados na crítica das instituições sociais reais que incluem a moral social. Podemos chamar tais princípios gerais de “moral crítica” [...] (HART 1968, apud MAC CORMICK, 2010, p.69).

Nesse ponto, Mac Cormick ressalta a distinção que Hart faz entre moral crítica e moral positiva. Moral positiva é aquela compartilhada por um determinado grupo social, enquanto a moral crítica seria a crítica a determinadas posturas morais. Oportuna passagem de Hart em “O Conceito de Direito”:

As outras ramificações da moral nos levam por diferentes caminhos além dos limites das obrigações e dos ideais reconhecidos em grupos sociais concretos até os princípios e ideais usados na crítica moral da própria sociedade; no entanto, mesmo aqui importantes conexões permanecem com a forma social primordial da moral. É sempre possível, quando examinamos a moral aceita por nossa própria sociedade ou por outra, que encontramos muito a criticar, à luz dos conhecimentos disponíveis atualmente, ela pode parecer desnecessariamente repressiva, cruel, supersticiosa ou não esclarecida. Ela pode restringir a liberdade humana, principalmente na discussão e prática da religião, ou na experimentação de formas diferentes de vida humana, mesmo quando assim se assegura apenas benefícios insignificantes para os outros. Acima de tudo, a moral de uma sociedade pode estender a sua proteção contra danos apenas de seus próprios membros, ou mesmo apenas a certas classes, deixando uma classe de escravos ou servos a mercê dos caprichos de seus senhores. Implícita neste tipo de crítica, que (mesmo que pudesse ser rejeitada) seria certamente reconhecida como crítica “moral”, está a pressuposição de que o ordenamento da sociedade, inclusive a sua moral aceita, deve satisfazer duas condições formais, uma de racionalidade e outra de generalidade. (HART, 1961 apud MAC CORMICK, 2010, p. 70)

Na visão de Mac Cormick (2010, p. 73), “a moral crítica é um refinamento, um desenvolvimento da moral positiva”. Assim, racionalidade e generalidades são os parâmetros a seguir no julgamento dos modelos ou padrões *standards*. O quesito racionalidade não restaria muito explorado por Hart, mas o autor afirma que deveria ser entendido como referência de valores aceitáveis. Por outro lado, a moral positiva deveria inserir-se na análise de valores contidos na moral positiva.

Há, todavia, a possibilidade de interação entre a moral crítica e a moral positiva. A crítica racional e geral feita aos comportamentos comuns adotados em determinada sociedade pode resultar de mudanças de parâmetros. Tal mudança será a mudança da própria moral positiva:

Se ocorrer mudança e as posturas morais normalmente cultivadas pelos grupos e comunidades se ajustarem à crítica moral, então teremos base para atribuir à moral positiva reajustada os princípios (talvez por sua vez reajustados) que o moralista crítico propôs. Essa atribuição será justificada quer se pense que os princípios da moral crítica e a adesão das pessoas a eles são causas de mudança na organização social, quer se acredite que são apenas respostas ideológicas a alteração de algum tipo mais fundamental. (MAC CORMICK, 2010, p.78)

Mac Cormick refere-se a Hart como moralista crítico. Isso ganha relevo quando o autor passa a analisar os argumentos lançados por Hart na obra “Direito, Liberdade e Moralidade”. O cenário que culminou nessa obra já fora elucidado em momento anterior, contudo, cabe lembrar que tal obra debate a descriminalização das condutas relativas à homossexualidade e à prostituição.

O autor também ressalta o fato de Hart ser um defensor da liberdade humana e civil e daí a discussão da relevância social do Direito. Aqui também surgirá o debate entre Devlin e Hart, como já for explicitado em momento anterior. Voltemos, mais uma vez, ao Princípio de Mill, tão importante para iniciarmos a exploração do problema.

Mill, como já vimos, defende que todos os indivíduos devem fazer aquilo que consideram bom para si. Aquilo que a sociedade julga como inadequado não deve ser fator determinante ou justificante para a intervenção estatal. Aquilo que o indivíduo pensa e faz consigo está em uma esfera neutra. Uma esfera de moralidade ou de imoralidade que só diz respeito ao próprio indivíduo. Destarte, o único modo

de o Estado intervir legitimamente na vida privada, limitando condutas individuais, seria a possibilidade de essas condutas causarem prejuízos a terceiros.

Apesar de Hart não desfrutar do argumento de Mill em toda sua extensão, o que o afastará de um libertário clássico, ainda assim, essa será a base de sua defesa em favor das liberdades individuais e da liberalização de certas legislações.

Mc Cormick (2010, p.199) afirma que em “Direito, Liberdade e Moralidade” Hart assevera que uma punição apenas se justifica como algo “*prima facie* condenável”. O cenário é o debate ocorrido no já citado “Relatório Wolfenden”, que limitava a órbita de abrangência da incidência da lei penal como meio de impedir perturbação e incidência públicas e proteger as pessoas de comportamentos prejudiciais e ofensivos.

Em oposição, Patrick Devlin critica os termos do relatório, aduzindo que cabe sim ao Direito Penal inglês defender padrões morais existentes na sociedade inglesa, sendo legítimo a sociedade impor tais *standards* através da lei penal. Para Devlin, para a manutenção e coesão de uma sociedade, há a necessidade de que exista um código moral comum. Assim, independente de uma conduta ser praticada no âmbito privado ou não, ela pode ser condenável se afrontar a moralidade comum.

Eis o momento em que Hart compartilhará do argumento de Mill para refutar a doutrina de Devlin. Mac Cormick também concorda que Hart não adota o argumento de Mill em toda sua extensão:

A condição refere-se às atividades autoprejudiciais, como uso de drogas que criam forte dependência, ou casos de consentimento a as ou agressões graves ou letais. Aqui, diz Hart, o Direito nega permissão as atividades envolvendo danos físicos mesmo em uma vítima que consinta com a atividade. Mas isso é justificável, é justificável não por um apelo a moral positiva que sustenta que tais práticas são pecaminosas. É justificável, (se o é) em referência ao princípio do paternalismo, princípio segundo o qual as pessoas tem direito de serem impedidas de optar pelo que pode parecer desejável imediatamente ao custo irreparável a longo prazo de sua integridade física ou anatomia mental. (MAC CORMICK, 2010, p.201)

É justamente o paternalismo o ponto de atrito entre Mill e Hart, pois este último entende que seria legítima a intervenção na vida privada quando o indivíduo pratica ato lesivo a si próprio.

A sanção penal aplicada à desobediência dos bens jurídicos tutelados pela norma penal deve basear-se em um critério de equivalência, pois apenas seria legítima a perda de liberdade privada, por exemplo, se o ofensor lesasse bens

jurídicos considerados de suma importância à ordem jurídica. O que se deve ter por norte é o fato de o Direito Penal, assim como é concebido, ser constituído por um sistema de correspondência entre delito e pena. Uma vez a conduta codificada, a prática do suporte fático legal trará como resultado a sanção. Nesse momento, não mais se questiona a legitimidade da aplicação da sanção à conduta criminal. Na verdade, o que se deveria considerar é o preceito primário, o tipo penal que enseja a punição. Daí o motivo da pertinência no debate e críticas a tutela pela ordem penal da moral positiva.

A visão de Devlin parece ser restrita apenas à parte da sociedade que seria responsável por eleger bens jurídicos a serem tutelados pela legislação penal. Hart, todavia, consegue ver a situação de maneira mais ampla, pois também trata das consequências sofridas pelo ofensor da legislação. Fora a sanção concreta por ele sofrida, a possibilidade de sanção também gera uma coação abstrata. A possibilidade de uma punição também objetiva inibir, no indivíduo, o impulso à prática de condutas. Entretanto, quando a legislação resolve tutelar condutas, como criminalizar a prática homossexual, por exemplo, isso não pode ser comparado à legislação que condena o furto ou a lesão corporal. A homossexualidade parece não ser uma simples opção do indivíduo, mas um traço de sua personalidade, e sua exteriorização expressa a liberdade de consciência do ser humano.

Mac Cormick aponta um problema existente no argumento de Hart:

Todo o argumento de Hart cai, pode-se dizer, por terra devido a uma única confusão central. Esta se localiza na sua suposição de que o “prejuízo” é um conceito moralmente neutro. Mas a suposição é falsa. Ao decidir o que é “prejudicial” a uma pessoa, fazemos necessariamente uma avaliação, e essa avaliação é moral. Ou Hart aceita o conceito de “prejuízo” implícito a alguma moral positiva, ou então introduz clandestinamente algum conceito puramente utilitarista de “prejuízo” e, nesse caso, tudo o que ele está fazendo é argumentar em favor da adoção e da imposição jurídica de uma moral utilitarista em vez de alguma outra. (MAC CORMICK, 2010, p. 203)

Para afastar essa objeção, o autor pondera o binômio existente entre prejuízo causado e prejuízo evitado:

Uma maneira de enfrentar essa objeção é enfatizar – como tenho feito, até certo ponto, sem que os textos de Hart me autorizem para tanto, que haveria alguma equivalência entre o prejuízo causado pela punição legal e o prejuízo por ela evitado. Isso parece uma linha sólida de argumentação, embora torne nebulosa, de maneira interessante, a linha entre o utilitarismo e o retributivismo. Introduce-se uma condição de equivalência justa acima do simples critério utilitarista de que o prejuízo causado deva ser sobrepujado pelo prejuízo evitado. (MAC CORMICK, 2010, p.204)

A conclusão seguida por Mac Cormick (2010) é que Hart não trata o “prejuízo” como conceito neutro do ponto de vista moral, tampouco atribui subliminarmente preceitos utilitaristas a ele. Ao contrário, ele recorreria a certos valores intrínsecos a todas as morais sociais. Isso teria uma relação direta com o conteúdo mínimo do Direito natural, que assegura uma interação entre moral e legal necessária para a sobrevivência da sociedade. Segundo o autor, Hart não enfrenta, de modo explícito, o fato de que em qualquer legislação penal há a denúncia de que a conduta tutelada é repudiada moralmente pela sociedade. Assim, conclui Mac Cormick que as regras jurídicas seriam uma aprimoramento de regras sociais.

Parece-nos que Hart não nega tal possibilidade, contudo, restringe as hipóteses que justifiquem a legitimidade de o direito tutelar a moral positiva. Assim, parece equivocada a afirmação de Mac Cormick (2010, p. 205) de que: “a ideia que Hart às vezes parece objetar com mais intensidade é qualquer sugestão de que o Direito Penal contenha qualquer moral”. Ao tratar do conteúdo mínimo do direito natural, Hart admite que uma norma jurídica deve conter um conteúdo mínimo de requisitos concernentes à moral.

Toda a discussão não é saber se há ou não uma relação entre Direito e moral na obra de Hart. Parece evidente que Hart admite e endossa a existência de preceitos morais elevados ao *status* de legislação. Outro argumento a esse favor é a não adoção do argumento de Mill em sua íntegra, pois, como apontamos anteriormente, Hart defende que cabe ao Estado a adoção de técnicas legais de proteção do indivíduo contra si próprio, ainda que não seja em função de preceitos de moral positiva. A questão pertinente é saber quando a moral positiva mereça ser tutelada pelo Direito. Talvez o grande mérito de Hart como positivista jurídico e como crítico da moral positiva seja admitir a necessidade de que o Direito tutela condutas morais, porém questionar quais sejam essas condutas. A questão orbita entre saber qual é o campo de moralidade e de imoralidade que somente diz respeito ao indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo apresentar a relação existente entre Direito e Moral sob a perspectiva de Herbert L. A. Hart. Para tanto, utilizamos para a análise o cenário do Reino Unido da década de cinquenta e o Relatório do Comitê Departamental de Crimes Homossexuais e Prostituição.

A autonomia dos indivíduos concretiza-se na possibilidade de escolha pessoal dos conteúdos de suas ações, dos seus objetivos de vida, sem a intromissão, ainda que paternalista, do Estado. Nessa concepção, o Estado passa a ser garantidor de direitos individuais e repudiar outros valores que acabem por afetar a autonomia dos indivíduos.

Em sua obra, Mill trabalha a concepção negativa de liberdade, quando disserta sobre a interferência do Estado e da sociedade na esfera privada de cada indivíduo. Segundo Mill, ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude dessa ação ou sua omissão ser a causa de danos a outrem. Quanto aos atos que, na opinião dos outros, seriam prejudiciais a quem os pratica, e apenas a ele, não caberia nenhum tipo de repressão.

Como se observou, Hart não concorda com o Princípio de Mill em toda sua extensão. Para Mill, o Estado somente deve interferir no comportamento individual de alguém, quando sua conduta causar danos físicos ou morais aos demais membros de dada sociedade. Condutas que causem danos a quem as produz não dão ensejo a qualquer tipo de intromissão por parte do Estado. Porém, para Hart, existem duas possibilidades de o Estado interferir nas condutas individuais de seus membros. A primeira delas seria, como também assegura Mill, para evitar danos físicos e morais a outrem. A segunda seria, contra Mill, a permissão de interferência do Estado quando o indivíduo causa dano a si mesmo.

O paternalismo é a tese que Hart entende ser plausível para defender certas normas criminais, em contraposição à tese de que tais leis teriam por função única e exclusiva impor princípios morais e nada mais. Assim, leis que consideram infração penal o fornecimento de substâncias entorpecentes, preocupar-se-iam com o bem estar dos usuários e não somente com a punição dos fornecedores, pelo fato de tal ato ser imoral.

Aqui surge a problemática da coerção legal versus moralidade. Um primeiro aspecto que se abordou trata da repressão concreta daquele que transgride a lei. Assim, condutas (ações ou omissões) podem ser relevantes ou não. Se relevantes para o Direito, serão reprimidas.

Contudo, Hart abordou um segundo aspecto definido por ele como “pressão legal”, no qual aqueles que não agem contrariamente ao Direito são forçados a obedecê-lo, em face da previsão genérica de uma norma cogente. Quando isso ocorre, está sendo suprimido algum tipo de liberdade individual, e passa o Estado a adentrar na seara privada, subjetiva, privando o indivíduo de experiências.

Em contrapartida, temos o posicionamento adotado por Patrick Devlin, que sustenta a Tese da Desintegração da Sociedade, na qual a tutela da moralidade é um dever da legislação, pois a moral compartilhada pelos indivíduos é o cerne da própria sociedade, sob pena dessa sociedade sofrer consequências devastadoras, como a sua própria desintegração. Hart objeta tal tese sob o argumento que Devlin não traz premissas suficientes para comprovar o que alega, tampouco demonstra métodos que comprovem o alegado.

A par desse cenário, os ordenamentos jurídicos modernos criam suas legislações e se desenvolvem. A questão de se tutelar ou não a moralidade através de legislações e os argumentos pró ou contra ainda norteiam nossos legisladores.

Os desfechos do debate que se seguiram às conclusões apontadas no Relatório Wolfenden demonstraram que tanto Hart como Devlin possuíam fortes argumentos em defesa de suas ideias. Todavia, Hart parece ter levado vantagem no debate, pois conseguiu demonstrar de forma razoável e ponderada que a utilização de uma forma mitigada do Princípio da Liberdade de Mill era uma das peças-chave para a aceitação ou não da legitimidade da tutela da moralidade.

As controvérsias que seguiram do Relatório Wolfenden parecem cada vez mais atuais, pois os ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, tendem a adotar posições paternalistas para justificar legislações que versam sobre condutas privadas. O que deve ser considerado é a necessidade de razoabilidade que deve ser adotada no momento de criação e aplicação das normas jurídicas.

A problemática de se achar o limite de intervenção estatal nas condutas privadas é tema dos mais atuais na legislação pátria, pois é comum nos depararmos

com legislações que parecem estar em sintonia com o princípio do dano em toda a sua extensão. O maior desafio da atualidade é encontrar a justa medida de intromissão do Estado nas condutas privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFIA PRIMÁRIA

HART, H.L. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Tradução de Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____ **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____ **O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral**. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____ **Solidariedade Social e Imposição da Moral**. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MILL, John Stuart. **A liberdade: utilitarismo**. Tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BIBLIOGRAFIA SECUNDÁRIA

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio, **La pretención de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Universidad Externado de Colômbia: Bogotá, 2001.

BERLIN, Isaiah. **Questionários sobre liberdade**. Brasília: UnB, 1980 [1958].

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

CANE, Peter. Taking Law Seriously: starting points of the Hart/Devlin Debate. **The Journal of Ethics**, 2006, v. 10, p.21-51.

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

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____ Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo, Editora Método, 2006.

KANT, Immanuel. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. Tradução de Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral da normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

MAC CORMICK, Neil. **H.L.A Hart**. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RACHELS, James. **Os elementos da Filosofia Moral**. Tradução de Roberto Cavalieri Filho. São Paulo: Manolé, 2006.

SEGER, Peter. **Homosexuality is not immoral**. Disponível em:
<<http://www.utilitarian.net/singer/by/200610--.htm>. Acesso em 25/06/2008>.

WARBURTON, Nigel. **O básico da filosofia**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.