

# EM DEFESA DE DUAS TESES DA SEPARABILIDADE ENTRE LEGALIDADE E MORALIDADE

*Andrea Faggion*

Universidade Estadual de Londrina

**Resumo:** Há algumas conexões necessárias entre direito e moral. Mas elas não derivam de conexões necessárias entre legalidade e valor moral, ou legalidade e pretensões morais, pois essas conexões não existem, ou ao menos é o que argumento. A primeira seção deste artigo se divide em duas partes. A primeira argumenta que a justiça formal (procedimental) em si mesma não é moralmente vinculante, de maneira que a legalidade não tem valor moral intrínseco. A segunda argumenta que algumas tarefas morais atribuídas à legalidade não são razão suficiente para considerarmos que a legalidade necessariamente tem valor moral instrumental. A segunda seção lida com a tese de acordo com a qual a legalidade estaria necessariamente conectada com alguma pretensão moral. Ela se divide em três partes. A primeira defende que agentes sem consciência moral têm boas razões para legalizar suas relações mútuas. A segunda vai além e procura mostrar que um sistema legal é útil como um meio de dominação. A última seção discute a estabilidade de um sistema legal sem pretensões morais.

**Palavras-chave:** Direito, legalidade, moral.

**Abstract:** There are some necessary connections between law and morals. But they do not derive from necessary connections between legality and moral worth, or legality and moral claims; for there are no such connections, or so I argue. The first section of this paper is divided into two parts. The first argues that formal (procedural) justice is not itself morally binding thus that legality has no intrinsic moral value. The second argues that some moral tasks attributed to legality are not sufficient ground to consider that legality necessarily has instrumental moral value. The second section deals with the thesis according to which legality would be necessarily connected to some moral claim. It is divided into three parts. The first claims that agents devoid of moral consciousness have good reasons to legalize their relations to each other. The second goes further and tries to show that a legal system is useful as a domination means. The last section discusses the stability of a legal system without moral claims.

**Keywords:** Law, legality, morals.

## Introdução

A tese da separabilidade entre direito e moralidade é uma tese negativa segundo a qual *não* existe conexão necessária entre direito e moralidade<sup>1</sup>. Como

---

<sup>1</sup> Historicamente, a tese da separabilidade é associada a diversos autores da tradição positivista em filosofia do direito. Ela é defendida, por exemplo, por H. L. A. Hart, não apenas em sua obra-prima, *O Conceito de Direito* (1961), mas, sobretudo, no âmbito de seu clássico debate com Lon Fuller, publicado em 1958 na *Harvard Law Review*, para o qual Hart contribuiu com um artigo intitulado justamente "Positivism and the Separation of Law and Morals". No entanto, neste artigo, não pretendo fazer uma investigação histórica sobre a tese da separabilidade.

tal, a tese parece por demais ampla para ser atacada. Notoriamente, autores como Joseph Raz e Leslie Green têm apontado algumas conexões necessárias aparentemente inegáveis entre os dois domínios normativos. Algumas dessas conexões, é verdade, seriam triviais. Por exemplo, dado que somente animais podem fazer sexo, é necessário que a lei não possa cometer estupro (RAZ, 2009, p. 168); ou, mais geralmente, é necessário que sistemas legais não possam ter quaisquer vícios pessoais (GREEN, 2008, p.1044). Outras conexões, porém, seriam relevantes, como, por exemplo, o fato de ser necessário que o conteúdo de toda norma moral possa se tornar conteúdo de uma norma jurídica; ou o simples fato de, necessariamente, o direito e a moralidade conterem normas<sup>2</sup> (GREEN, 2008, p.1044); ou ainda o fato de leis, necessariamente, serem aptas à inspeção moral segundo parâmetros de justiça (GREEN, 2008, p.1050).

Por isso, já de início, eu não me proponho a defender a tese da separabilidade sem qualificações. É preciso especificar melhor os tipos de separabilidade a serem defendidas. No caso, eu tenho em vista duas formas específicas de separabilidade entre direito e moralidade, correlatas a duas supostas conexões necessárias entre ambos os domínios. Segundo a primeira dessas supostas conexões necessárias, o direito, necessariamente, seria dotado de valor moral, ainda que também pudesse conter, de modo igualmente necessário, o risco de ser usado de forma imoral. De acordo com a segunda delas, o direito, necessariamente, levantaria pretensões<sup>3</sup> morais, ou seja, faria alegações morais com respeito aos sujeitos de suas normas, ainda que tais pretensões pudessem ser carentes de quaisquer garantias.

O ataque separado a cada uma dessas teses dá origem às duas seções em que divido este trabalho. Na primeira seção, eu pretendo mostrar que um arranjo legal pode ser desprovido de qualquer valor moral, portanto, mesmo de um valor derrotável por sua imoralidade em outros aspectos, como a tese costuma ser modestamente colocada. Na segunda seção, eu pretendo mostrar que o exercício do poder de acordo com a legalidade é perfeitamente compatível com propósitos completamente indiferentes à moralidade, de tal maneira que as ações dos funcionários de um sistema legal não precisam ser

---

<sup>2</sup> Para este trabalho, a distinção interior às normas entre regras e princípios não é relevante. Por isso, falarei indistintamente ora de normas ora de regras, utilizando o último termo em sentido amplo como sinônimo de normas.

<sup>3</sup> Sobre a possibilidade de atribuirmos pretensões ao próprio direito, que, afinal, é um sistema normativo e não um agente, vide Gardner (2012, p.131). Seu ponto, que me parece correto, é que as pretensões do direito são idênticas a pretensões levantadas por funcionários do sistema legal, mas elas precisam ser atribuídas ao próprio direito, porque esse é o único modo de entendermos a ideia de que um agente seja um aplicador do direito, quer dizer, a capacidade de falar em nome da lei é o que torna um agente um aplicador do direito.

entendidas à luz de pretensões morais.

Neste ponto, deve ser esclarecido que não deixei de falar em direito, passando a falar em legalidade no último parágrafo, gratuitamente. A grande dificuldade em lidarmos com problemas como estes tratados neste artigo é que o direito não é, de forma alguma, algo dado para a análise independentemente do conceito de direito do teórico, portanto, da metodologia escolhida por uma teoria do direito. Embora todos sejamos capazes de identificar juízes, promotores, delegados, dentre outros, como funcionários de um ordenamento jurídico vigente; por mais que todo leigo seja capaz de citar alguma norma como sendo lei em sua sociedade; mesmo que possamos apontar quais cursos formam futuros juristas, etc., divergimos quanto ao conceito que nos permitiria classificar todos esses fenômenos como jurídicos. Qual a natureza comum a todas as manifestações jurídicas? Na verdade, pode até ser que nem sequer exista uma natureza comum ao fenômeno jurídico a ser abstraída em um conceito, havendo apenas semelhanças de família entre diferentes manifestações sociais unidas pela palavra “direito”, vide Vinx (2016) e Schauer (2016, p.147).

O certo é que um conceito moralmente carregado de direito já excluirá de sua esfera manifestações que poderíamos citar como exemplos de sistemas legais sem valor moral ou moralmente desprezíveis, ou, ao menos, o teórico que utiliza uma metodologia moralmente normativa para a formação de seu conceito de direito poderá considerar instâncias moralmente corrompidas desse conceito como instâncias igualmente corrompidas do próprio ponto de vista legal, ou seja, como casos que não são centrais para o conceito de direito, vide Finnis (1980, p.260) e Murphy (2013). Portanto, nossa investigação não pode se pautar pela simples busca de contraexemplos para a tese de que o direito sempre tem algum valor moral, ainda que seja um valor meramente *prima facie*, e não absoluto, ou para a tese de que o direito sempre levanta pretensões morais, ainda que possam ser falsas. Por isso, eu adoto como estratégia o exame de supostas relações necessárias com a moralidade de um componente comum a qualquer conceito relevante de direito, dos moralmente mais neutros aos moralmente mais carregados. Refiro-me à ideia de que, onde há direito, a forma de resolução de conflitos é regulamentada, o que chamo de *legalidade*.

Se pensarmos nas clássicas oito regras que expressam a legalidade para o jusnaturalista Lon Fuller – 1) presença de regras gerais, 2) publicidade das mesmas, 3) não-retroatividade, 4) inteligibilidade, 5) coerência interna ao sistema de regras, 6) viabilidade prática da ação comandada pela regra, 7) estabilidade e 8) congruência entre as regras anunciadas e sua administração real (FULLER, 1964, p.39) – sem dúvida, a mais importante é a oitava,

segundo a qual a administração a terceiros de uma determinação para a ação ou omissão deve estar de acordo com uma regra pré-estabelecida. É esse aspecto que vou considerar como núcleo da *legalidade* neste trabalho.

É verdade que, contra Fuller, alguns teóricos estão dispostos a admitir que a oitava regra possa ser apenas uma norma que confere poder para um indivíduo, um grupo de indivíduos ou uma configuração de indivíduos decidir se e como uma disputa será resolvida, vide Schauer (1991, p.10). Nesse tipo de sociedade, haveria uma autoridade para resolução de disputas estabelecida por uma norma, mas essa autoridade não teria o exercício de seu poder restrito por outras normas. Porém, eu não preciso me posicionar quanto a essa polêmica. Vou adotar a interpretação mais rígida da oitava regra, que não exige meramente normas para constituição de autoridades, mas também normas regulamentando as decisões dessa autoridade, apenas porque essa escolha sustenta justamente o tipo de posição a que pretendo objetar.

Agora, estou em condições de refinar melhor o meu objetivo, que será mostrar que tal componente comum a vários conceitos de direito, a legalidade, não tem qualquer conexão necessária com a atribuição de valor moral ou de pretensões morais ao direito como componentes que muitos querem também incluir no conceito de direito. Creio que isso seja o máximo que possa ser feito no âmbito de uma investigação analítica. Quanto a sabermos se, a despeito de não haver conexão necessária entre legalidade e valor moral/pretensões morais, esses componentes morais ainda deveriam ser incluídos no conceito de direito, penso que essa questão só possa ser resolvida em uma discussão meta-teórica normativa, que, talvez, sequer possa ser restrita à aplicação de valores puramente epistêmicos – como, por exemplo, a capacidade explanatória da teoria resultante de uma escolha ou outra – para a apreciação de teorias rivais.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Está em questão aqui se a escolha entre um conceito moralmente neutro e um conceito moralmente carregado de direito poderia ser justificada pela aplicação de uma metodologia puramente descritiva, ou se esse debate precisaria ser conduzido à luz de considerações não apenas normativas como até propriamente morais. Nesse sentido, fala-se, por exemplo, de um positivismo normativo, que nada mais seria do que a defesa de um conceito moralmente neutro de direito feita com base em considerações de moralidade política. O positivismo normativo seria, portanto, um positivismo na linguagem de primeira ordem, decorrente de escolhas teóricas feitas em uma linguagem de segunda ordem, que não seria positivista por ser moralmente informada. Quero mostrar com essa observação que a adoção de uma metodologia moral para formação do conceito de direito – como seria o caso de uma metodologia que levasse em conta as consequências práticas da adoção de um conceito em vez de outro – não implica necessariamente na adoção de um conceito de direito moralmente carregado. Remeto o leitor interessado no assunto à Introdução do livro *Philosophical Foundations of the Nature of law* (2013) para uma explicação abrangente do debate. Alguns marcos relevantes na história desse debate são os seguintes: MacCormick (1985), Soper (1986), Waluchow (1994, cap. 4) Schauer (1996), Murphy (2001) e Waldron (2001).

## 1. Legalidade e Valor Moral

Divido esta seção em duas partes. Na primeira parte, discuto a possibilidade de que haja um valor moral intrínseco à legalidade, que, de acordo com essa hipótese, estaria conceitualmente ligada com a justiça formal. Na segunda parte, discuto um possível valor moral instrumental que estaria necessariamente atrelado à legalidade, em virtude de certos serviços que a moralidade demandaria de um sistema legal historicamente institucionalizado.

### 1.1. Valor moral e justiça formal

Quando dizemos que, em dada sociedade, o poder de resolver disputas será restrito por normas previamente estabelecidas, estamos dizendo que uma decisão que contrarie os interesses de alguém e lhe seja imposta coercitivamente demanda uma justificação que mostre que ela está de acordo com normas que não foram casuisticamente elaboradas no momento dessa decisão. Parece, então, que já estamos tratando de algo que deveria ser moralmente valorizado, afinal, essas normas funcionariam para limitar o uso da força. Em suma, agindo legalmente, aquele que tem o poder de autorizar ou não o uso da força contra alguém não poderia dar livre curso à sua crueldade<sup>5</sup>.

Ademais, a despeito das possíveis injustiças substantivas presentes no conteúdo da regra que justifica a imposição de uma decisão a alguém, haveria um sentido formal ou procedimental em que o sujeito que sofre a coerção legalmente justificada estaria sendo tratado com justiça, pois a ação legal trataria os iguais de forma igual. Nesse sentido, H. L. A. Hart, para citar um exemplo que fala por muitos, nos diz que a simples noção de aplicar uma regra jurídica geral – ato que, inclusive, acaba requerendo ao menos algum grau de satisfação das outras regras de Fuller que listamos acima – contém ao menos o “germe da justiça”, ainda que o próprio Hart nos advirta que a adesão a tais princípios de legalidade, infelizmente, é compatível com enormes iniquidades quanto ao conteúdo das regras (HART, 1961, p.206-7).

Nesse contexto, Leslie Green – que está longe de ser um entusiasta da legalidade, diga-se de passagem, vide Green (1990, 1996 e 2002) – argumenta que já temos o bastante para a refutação da tese da separabilidade. Green assume que há um risco moral inerente à legalidade, mas sem negar-lhe um valor moral também inerente. No caso, o custo da legalidade, já devidamente

---

<sup>5</sup> É verdade que podemos conceber uma sociedade angelical em que a resolução de disputas não envolve uso da força de maneira alguma, vide Raz (1975, p.159). Nessa sociedade, a lei seria sempre justa e cada anjo estaria sempre disposto a cumpri-la de boa vontade, bastando apenas que se lhe dissesse o que a lei requer dele. Nessa sociedade, a lei não poderia ter o tipo de valor moral sendo examinado agora, porque não haveria uso da força a ser disciplinado. Por isso, deixo essa possibilidade de lado aqui.

ênfatisado por Hart (1961, p.202), seria a disponibilidade de um meio eficiente de dominação, uma vez que as massas poderiam ser alienadas das regras de controle social, cuja produção, alteração e aplicação ficariam concentradas nas mãos de uma elite (GREEN, 2008, p.1054). O argumento de Green, então, é que, ainda que a tese do germe da justiça seja compatível com a atribuição de imoralidades sérias à legalidade: “se todo sistema legal dá origem a  $A$  e  $B$ , então ele necessariamente dá origem a  $A$ , mesmo se  $B$  contar para o lado do demérito” (GREEN, 2008, p.1047, minha tradução). Em outras palavras, o fato da legalidade poder gerar um custo moral que, talvez, sequer possa ser compensado pelo valor moral que é atrelado a ela, não implica que a legalidade não tenha necessariamente valor moral.

Minha estratégia para recusar a conclusão de Green é negar valor moral à justiça formal. O ponto é que, se o conteúdo de uma regra é flagrantemente imoral, desvios benéficos da regra são moralmente desejáveis. O exemplo mais óbvio com que posso ilustrar essa tese, até por nosso conhecimento histórico, é o de uma regra  $R$  que estipula que todos os membros da etnia  $E$ , sem exceção, sejam enviados a campos de concentração para conseqüente extermínio. Suponha que  $J$  seja um recém-empossado aplicador de  $R$  em uma sociedade em que 2 milhões de representantes de  $E$  já foram exterminados em campos de concentração.  $J$  se depara pela primeira vez com um caso em que um membro  $x$  de  $E$  é levado diante dele para que ele,  $J$ , decida se  $x$  deve ser enviado para um campo de concentração. Ademais, essa é uma situação em que  $J$ , agindo sem supervisão, tem a oportunidade de não aplicar  $R$  sem que ele próprio sofra qualquer sanção. Não há dúvidas quanto à classificação de  $x$  na categoria  $E$  e nenhuma outra norma interna ao sistema de normas que dá origem à  $R$  conflita com  $R$ , que, por sua vez, estabelece precisamente a conseqüência que deve se seguir à identificação de membros de  $E$ . Devemos dizer que, nessas circunstâncias,  $J$  tem uma razão moral para aplicar  $R$  ao caso, ainda que ele tenha uma razão moral contrária mais forte para não fazê-lo? Quem seria injustiçado caso  $J$  se desviasse de  $R$ ?  $J$  estaria sendo injusto com os 2 milhões de membros de  $E$  já executados se se recusasse a aplicar  $R$  ao presente caso? Ou os autores e beneficiários de  $R$  é que estariam sendo injustiçados? Os últimos teriam uma demanda moral legítima pela aplicação irrestrita de  $R$  a seus casos claros, ausentes conflitos com outras normas internas ao sistema?

Parece que o exemplo em si deixa claro que não há qualquer vestígio de razão moral por parte de  $J$  para a aplicação de  $R$ . Não há razão moral para ser derrotada por uma razão moral contrária mais forte. Em outras palavras,  $J$  não tem nada a lastimar moralmente, caso decida-se por evitar a aplicação de  $R$  ao caso claro de sua aplicabilidade que tem diante de si. Pelo contrário, o exemplo

nos ajuda a ver os perigos da mentalidade legalista se uma eventual atribuição de valor moral à justiça formal por parte de  $J$ , por menor que seja ele, o fizer hesitar, por um momento que seja, em salvar o único membro de  $E$  que ele tem a chance de salvar.<sup>6</sup>

Mas e quanto à nossa observação inicial sobre o papel da justiça formal na continência da violência? O simples fato de  $J$  ter que adotar um procedimento para a execução de  $x$ , não tendo o poder legal de torturá-lo até a morte pelos meios que ele,  $J$ , poderia julgar mais adequados, exatamente por serem mais cruéis do que os utilizados no campo de concentração, já não confere algum valor moral à legalidade?

Quanto a esse ponto, acompanho Matthew Kramer, que observa que embora exista uma obrigação moral para pessoas na posição de  $J$  determinando que elas não desçam abaixo do mínimo de decência prescrito por uma norma como  $R$ , existe também a obrigação moral que diz que pessoas no lugar de  $J$  não devem tratar esse mínimo como se fosse um máximo. Em outras palavras,  $J$  está moralmente obrigado a um desvio benigno de  $R$ . Mas isso implica que a justiça formal ou procedimental não vincula  $J$  moralmente: “Ora, como a justiça procedimental sem seu papel de impor o máximo não é justiça procedimental em absoluto, precisamos concluir que tal justiça não contém um peso moral independente de conteúdo” (KRAMER, 1999, p.27).

Com isso, pretendo ter mostrado que não há valor moral intrínseco à legalidade. Mas será que a legalidade não teria valor moral necessário em função de um bem distinto dela que ela viabilizasse em uma sociedade? Examinamos essa possibilidade na segunda e última parte desta seção.

## 1.2. Valor moral e vida social

Podemos usar novamente a filosofia de Hart para introdução ao presente problema. É bem sabido que Hart considerou que o caso central da legalidade não é constituído por um simples conjunto de regras estipulando obrigações de fazer e deixar de fazer, sendo necessário o acréscimo de regras de segunda ordem, estipulando como regras podem ser criadas, extintas ou modificadas; como devem ser aplicadas, e, sobretudo; como podem ser identificadas como regras jurídicas. Curiosamente, Hart tratou a inserção de cada tipo de regra de segunda ordem como um *remédio* para um *defeito* de uma sociedade hipotética provida apenas de regras de primeira ordem. Sem regras de alteração, sociedades seriam estáticas; não conseguiriam reagir a mudanças fatuais adequadamente. Sem regras de aplicação, o recurso a sanções na administração das obrigações sociais seria ineficiente e, pior, não haveria

---

<sup>6</sup> Neste ponto, portanto, estou de pleno acordo com David Lyons (1993, p.13-27).

autoridade para por fim definitivo a certas disputas. Sem a regra de reconhecimento, todas as outras regras seriam incertas (HART, 1961, p.92-7, 227).

É verdade que Hart nunca prescreveu o que chamou de “remédio”, pois também nos alertou para seus efeitos colaterais, deixando a cada sociedade a tarefa de sopesá-los com as supostas doenças a serem curadas. Por outro lado, o argumento de Green visto acima poderia ser recolocado no presente contexto. Se a lei necessariamente serve como remédio, ela necessariamente gera um bem; ainda que também possa gerar um mal até maior. Assim, precisamos atacar a premissa segundo a qual a lei serve necessariamente a uma função moral e, por isso, tem valor moral. Mas, antes de fazê-lo, cabe fortalecermos essa hipótese, indo além das constatações de Hart quanto à serventia da legalidade.

Um argumento importante, de *pedigree* tomista, a favor da tese segundo a qual a legalidade, necessariamente, presta um serviço à moralidade apela, sobretudo, à sua positividade, ou seja, ao fato histórico de sistemas legais serem institucionalizados. Suponha que a moralidade<sup>7</sup> seja sub-determinante<sup>8</sup> com respeito ao que devemos fazer em certos contextos. Suponha adicionalmente que não seria possível que cada indivíduo de uma sociedade determinasse por si mesmo o que deve ser feito nesses contextos, cada um tomando uma decisão diferente, ou seja, suponha a necessidade de uma decisão coletiva. Por fim, suponha que seria improvável em certa sociedade que houvesse uma alternativa melhor do que a constituição de uma autoridade legal para a tomada dessa decisão coletiva.<sup>9</sup> Nesse caso, o poder positivado da lei teria um papel fundamental a desempenhar: a escolha pública do que deve ser feito, dentre as alternativas deixadas em aberto pela moralidade<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Aqui, não importa com base em qual teoria moral cada um preencherá o significado do termo ‘moralidade’, desde que seja uma teoria que admita a possibilidade de sentimentos, conceitos ou princípios morais não gerarem respostas unicamente corretas para todo e qualquer problema moral possível.

<sup>8</sup> Particularmente, creio que seria suficiente para o argumento (sem, porém, afetar a refutação que se segue) que a correção de uma única resposta para um problema moral não fosse demonstrável. Quer dizer, em vez de pressupormos a indeterminação de certos juízos morais, poderíamos pressupor apenas sua indemonstrabilidade. Para a diferença entre uma coisa e outra, vide Kramer (2017, p.11-2). Para uma influente investigação do papel da lei perante o fato do inescapável desacordo moral, vide Waldron (1999). No texto, eu mantenho a referência apenas a uma possível indeterminação moral para ser mais fiel aos termos da tradição tomista do argumento.

<sup>9</sup> Sim, são muitas suposições, mas todas elas são feitas em prol de um argumento que queremos refutar.

<sup>10</sup> Não seria arriscado dizermos que Finnis é o principal proponente dessa linha argumentativa tomista na filosofia contemporânea, sendo ele o maior responsável pelo renascimento do jusnaturalismo clássico entre nós, vide Finnis (1980, p.284).

É em contexto similar que Joseph Raz faz a pergunta que nos interessa: “Se a lei tem uma tarefa essencial, segue-se que ela é por sua natureza *uma instituição essencialmente valiosa* [...]?” (RAZ, 2009, p.178). Penso que Raz também tenha o *insight* correto para nos mostrar que não é esse o caso (RAZ, 2009, p.179).

Quando dizemos que a legalidade é um remédio para certos problemas que surgem em determinados arranjos sociais ou que ela é demandada pela própria moralidade para cumprir uma tarefa em seu benefício, estamos falando de um arranjo legal abstratamente, ou seja, do que um sistema legal, em tese, poderia fazer. Porém, quando perguntamos se um arranjo legal institucionalizado é essencialmente valioso, estamos falando dele como instituição real, existente em sociedades históricas. Ora, *é perfeitamente possível que a legalidade seja realizada na história sem desempenhar as desejáveis funções morais vistas acima*. Em vez de determinar uma decisão moral, a escolha legal historicamente tomada pode ser justamente pela imoralidade. Decorre que não possamos afirmar que a legalidade seja moralmente valiosa pelo simples fato – aceito aqui em prol do argumento – dela ter tarefas morais a desempenhar em certos contextos. Ter uma tarefa não é sinônimo de ter sucesso no desempenho da mesma, sendo que apenas o sucesso justificaria a atribuição de valor ao sujeito da tarefa. Eis a lição de Raz.

Neste ponto, porém, alguém poderia objetar que nossa resposta raziana serve apenas à versão tomista do argumento. Mas e quanto à versão hartiana do argumento? Seria possível um arranjo legal existir historicamente sem remediar, por exemplo, a incerteza da identificação de regras jurídicas? Eu concederia que isso não seria possível. Porém, também observaria que esse tipo de bem identificado por Hart, na verdade, é moralmente neutro<sup>11</sup>, como deve ficar mais claro na próxima seção deste artigo. Justamente nisto reside a diferença entre a versão hartiana e a versão tomista do argumento: apenas a última deixa claro que o bem a que a legalidade serve é um bem moral. Portanto, a versão de Hart do argumento também não provaria que um arranjo legal seria necessariamente um meio para um bem moral.

Com isso, julgo poder concluir que não há conexão necessária instrumental entre legalidade e valor moral. Na próxima seção, deixo de ter Raz como aliado e o tomo como adversário, pois o considero o melhor defensor da tese segundo a qual decisões legais, a despeito de não terem necessariamente valor moral, necessariamente levantam alguma pretensão de

---

<sup>11</sup> Até mesmo a capacidade de um arranjo legal de resolução de disputas com autoridade seria um bem neutro, afinal, como vimos na primeira parte desta seção, uma forma da lei resolver terminantemente uma disputa é por meio de uma regra que prescreva o simples extermínio de uma das partes. Portanto, nem sempre é moralmente bom que disputas sejam legalmente encerradas.

legitimidade moral. Seguindo a mesma metodologia, eu procurarei mostrar que o componente do conceito de direito que chamei de “legalidade”, *pace Raz*, não implica pretensões morais.

## 2. Legalidade e Pretensões Morais

É muito bem conhecida a tese de Raz de acordo com a qual o direito necessariamente alega ter autoridade moral (RAZ, 2009, p.97). Neste trabalho, eu não discuto as razões pelas quais Raz defende que a pretensão moral típica do direito tomaria a forma específica de uma pretensão de autoridade, em vez de uma pretensão ordinária de justiça ou de uma mera pretensão de correção moral.<sup>12</sup> Tampouco estarei interessada em debater a concepção particular de autoridade de Raz, que se baseia em sua teoria da razão prática.<sup>13</sup> O que me importam aqui são seus argumentos para o efeito de que o aplicador do direito, uma vez engajado na justificação de uma decisão particular pela imposição de uma obrigação legal, justificação esta que toma a forma da subsunção de sua decisão em uma norma previamente estabelecida, necessariamente pressupõe a existência de razões independentes da coerção para o cumprimento da decisão por parte do sujeito que sofre tal imposição. É nesse sentido que Raz fala de uma pretensão moral inerente ao ato de aplicação do direito. Esse ato não poderia apelar apenas à coercitividade que o acompanha como razão para adequação do comportamento do sujeito da norma jurídica ao que é prescrito na norma jurídica. Em suma, o aplicador do direito não poderia assumidamente coagir alguém a executar ações de acordo com normas que interessam apenas a ele próprio, sem correspondência com razões prudenciais ou morais do próprio coagido, mesmo que, intimamente, ele soubesse estar fazendo exatamente isso. Para muitos, a normatividade jurídica, por sinal, consiste justamente nessa afirmação do caráter da norma jurídica em si mesma como razão prática para o sujeito da norma jurídica, previamente à imposição de qualquer sanção a esse sujeito, vide Postema (1987).

Ora, eu pretendo defender que, nesse sentido forte ou moralmente carregado, a normatividade não acompanha necessariamente a legalidade. A meu ver, o único sentido de normatividade jurídica que se segue necessariamente da legalidade é que a ação ou omissão a que se obriga

---

<sup>12</sup> Para a defesa mais notória da tese segundo a qual o direito levanta uma pretensão de correção moral, vide Alexy (1989, 1998, 2000, 2002, 2007). Para a defesa, elaborada explicitamente contra Raz, de que a pretensão moral levantada pelo direito seria uma pretensão ordinária de justiça, vide Soper (2002). Ainda vale mencionar a hipótese de Ehrenberg (2013), também explicitamente formulada contra Raz, de que a lei alega o direito de ter suas diretivas seguidas, sem se importar com as razões pelas quais as seguimos.

<sup>13</sup> Vide Raz (1975). Para críticas a Raz, vide Moore (1989), Regan (1990), Himma (2001, 2007) e Hershovitz (2011).

juridicamente um sujeito seja subsumível na condição de uma regra previamente identificada ou ao menos identificável como jurídica.<sup>14</sup> Na verdade, será facilmente percebido que esse sentido fraco de normatividade se identifica com a própria explicação que demos acima para a legalidade. Ademais, trata-se do sentido de normatividade que encontramos na posição de Hart em debate sobre o tema com Raz (HART, 1982, p.159-60), vide Kramer (2013, p.43). Eu não procederei a uma reconstrução histórica do debate entre Hart e Raz, e tampouco seguirei os argumentos apresentador por Hart nesse debate, ao defender o sentido fraco de normatividade jurídica.<sup>15</sup> Porém, a passagem de um artigo de Raz que se segue, escrita no âmbito de uma tréplica a Hart, condensa o melhor argumento que conheço contra a tese da normatividade fraca, por isso me permito a longa citação direta:

Eu contrastei a aceitação de uma regra a respeito do comportamento do agente ('Eu não devo comprar doces') e a aceitação de uma regra a respeito do comportamento de outro ('Ele não deve comprar doces'). Eu posso acreditar na validade da primeira por razões de auto-interesse ou conveniência. Mas eu não posso justificar uma crença na validade da segunda por tais razões. Que possa ser vantajoso para mim se eu deixar de comer doces é uma razão para aceitar que eu não deva comprá-los. Mas que seja vantajoso para mim que você deixe de comprar doces não é uma razão para eu ou para qualquer outra pessoa aceitar que você não deva comprá-los (a menos que você deva promover meu interesse) (RAZ, 1984, p.130, minha tradução).<sup>16</sup>

Tenho partido do pressuposto de que a legalidade consiste na exigência de justificações de um certo tipo para a tomada de decisões que envolvam a autorização para o uso da força na resolução de disputas. No caso, essas justificações devem apelar a uma norma previamente estabelecida que serve de premissa maior em um silogismo jurídico, cuja premissa menor recebe os fatos do caso em tela e a conclusão expressa a decisão do aplicador da norma. Ora, o ponto de Raz na passagem acima é que não se justifica suficientemente a decisão do aplicador da norma quando são citadas apenas as normas previamente positivadas bem como os critérios intra-sistêmicos de sua validade jurídica. Toda decisão desse tipo, para ser justificada, pressuporia necessariamente a existência de uma razão para a própria adesão do aplicador da norma ao sistema de normas jurídicas que leva à identificação da obrigação

---

<sup>14</sup> Pensemos aqui a regra jurídica como tendo a forma "se x, então y", sendo x uma condição fatural e y uma consequência jurídica.

<sup>15</sup> Ainda que eu considere minha posição como hartiana.

<sup>16</sup> Este artigo de Raz, intitulado "Hart on Moral Rights and Legal Duties", contém respostas a argumentos apresentados por Hart nos capítulos 6 e 10 dos *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy* (1982). Hart, por sua vez, discutia nesses ensaios uma nota de rodapé em que ele é mencionado por Raz e que pode ser encontrada na p. 155 da edição de 2009 da obra *The Authority of Law* (1979).

ora imposta a um sujeito. Tais razões subjacentes à aceitação do sistema por parte do seu aplicador, por sua vez, teriam que ser do tipo apropriado à justificação de uma proposição segundo a qual um outro sujeito que não o próprio aplicador do sistema, no caso, o sujeito da obrigação imposta, deve fazer ou deixar de fazer algo. Nesse sentido, razões que dizem que um sujeito A tem interesse em  $\Phi$  não seriam razões apropriadas para a justificação de um dever de um sujeito B de  $\Phi$  (a menos que B tenha o dever de satisfazer os interesses de A). Por isso, razões de ordem prudencial, ou seja, razões expressando os interesses egoístas dos aplicadores do sistema normativo, não se qualificariam como razões subjacentes a sistemas legais, isto é, como razões que sistemas legais, por sua própria natureza, teriam que, ao menos, alegar existirem, mesmo que, de fato, não existissem.

A minha réplica a esse argumento consiste em conceder que razões prudenciais de terceiros, realmente, não servem como razões apropriadas para a justificação da validade de proposições que atribuem deveres, a menos que se comprove que o sujeito desses deveres também tem o dever de satisfazer os interesses daqueles terceiros. Porém, o que está em questão é justamente se proposições que expressam obrigações legais precisam ser entendidas como proposições que dizem o que os sujeitos dessas obrigações devem fazer. Esse era o ponto negado por Hart. Esse é o ponto negado por mim neste artigo. Afinal, seria incoerente ou ininteligível que um aplicador do direito considerasse que um sujeito B tem uma obrigação jurídica de  $\Phi$  sem considerar que B deva  $\Phi$ ?

Se um aplicador A do direito pode, consistentemente, considerar que B tem uma obrigação jurídica de  $\Phi$  sem implicar que B deva  $\Phi$ , então A pode usar razões prudenciais pessoais (ou aplicáveis apenas a si mesmo), em vez de razões morais, para justificar sua adesão ao sistema que gera a obrigação jurídica de  $\Phi$  a ser imposta a B. Nesse sentido, a normatividade jurídica, para A e seus colegas de aplicação e administração do sistema, seria uma normatividade prudencial. Para B, por sua vez, a única razão para o cumprimento das obrigações jurídicas previstas pelo sistema para ele seria a coercitividade. Quer dizer, a norma que estabelece a obrigação jurídica de  $\Phi$  para B, por si só, não seria uma razão para B  $\Phi$ . Apenas a sanção anexada à norma proveria essa razão a B.

Essa análise me leva a aderir à distinção de Matthew Kramer entre prescrições e imperativos (KRAMER, 1999, p.84-7, p.222-3) bem como à sua distinção entre duas distinções pertinentes à moralidade: a distinção entre moralidade e prudência, e a distinção entre moralidade e amoralidade (KRAMER, 1999, p.44; 2013, p.42-3). No tocante à distinção entre moralidade e prudência, a adesão ao lado hartiano desse debate implica em considerar que

a legalidade é plenamente compatível com sua aplicação por parte de agentes que sejam meramente prudentes (tendo em vista apenas seus próprios interesses), e não morais (tendo em vista também os interesses alheios). Agora, se fizermos uma distinção entre aquilo que é passível de apreciação moral e aquilo que não o é, então, certamente, a atitude dos aplicadores desse arranjo legal, mesmo quando eles são apenas agentes prudentes, são atitudes que devem ser apreciadas moralmente, no caso, atitudes que, certamente, devem ser condenadas moralmente.

Assim, a hipótese, contra Raz, é que a qualidade de um sistema legal de ser moralmente viciado por nem sequer levantar pretensões morais, vício que ninguém nega, não o desqualificaria em sua legalidade. Assim, precisamos de um argumento que mostre não apenas que 1) o recurso à legalidade faz todo sentido para agentes desprovidos de preocupações morais, ou seja, para agentes meramente prudentes, mas também que 2) a legalidade é um instrumento útil para a dominação de terceiros, e que 3) não é necessário que intenções egoístas se ocultem sob o véu da moralidade para que a legalidade seja um meio eficaz de dominação. Cada um desses três pontos é defendido pela ordem nas três sub-seções que se seguem.

## 2.1. Legalidade e egoísmo

A história da filosofia nos provê com argumentos favoráveis ao ponto 1) desde a antiguidade. No livro II d'*A República*, Platão elabora um argumento que mostra que agentes que considerassem a prática da injustiça como um bem e seu sofrimento como um mal acabariam também considerando que há mais mal em sofrer uma injustiça do que bem em cometê-la, sendo que, ao não conseguirem evitar esse mal ou alcançar esse bem, teriam razões para criarem leis, como uma alternativa ao meio do caminho entre o maior bem, talvez, inatingível – nunca ser punido por injustiças – e o maior mal, talvez, provável – não conseguir se vingar de injustiças (PLATÃO, 2000, p.38-9).

Com isso, podemos imaginar agentes com razões para a adesão à legalidade que não dependem em absoluto da existência de boa vontade, ou de algum resquício de consideração por interesses alheios. Na mesma direção, já na modernidade, para darmos mais um exemplo, temos o “povo de demônios” kantiano, seres que, na terminologia de Kant, não seriam providos de razão prática, portanto, não teriam consciência moral, mas teriam entendimento suficiente para compreenderem a necessidade da positividade de leis para sua auto-preservação, leis estas que cada um deles, é verdade, estaria ocultamente inclinado a violar, mas pelas quais todos zelariam em público, coagindo uns aos outros ao seu cumprimento. Kant ainda acrescenta que o resultado, no tocante à legalidade, seria o mesmo que aquele que poderíamos esperar de

agentes que não tivessem essas disposições malignas (KANT, 1795, p.335).

A síntese dessas posições é que o reconhecimento da importância da legalidade não depende de uma valoração moral da legalidade. Seres incapazes de valoração moral ou de disposições morais valorizariam a legalidade se a) fossem inteligentes e b) estivessem mais interessados em auto-preservação do que em causar dano a outro.

Porém, esses argumentos supõem algo que os tornam insuficientes para nosso propósito. Um demônio entre seus pares teria razões para aceitar uma lei acidentalmente benéfica para o interesse dos seus pares se essa lei fosse benéfica para o seu auto-interesse, quer dizer, ele encontraria nas normas positivadas razões para agir, independentemente das sanções atreladas a essas normas. É verdade que ele agiria motivado pela sanção, e não pela norma, pois ele desejaria uma exceção exclusiva para si, mas, ainda assim, ele teria razões para desejar a manutenção da norma e do próprio arranjo coercitivo que a sustenta. Em suma, o que esse demônio quer – e sabe que todos os seus pares também querem – é uma exceção oculta para si, e não a supressão da norma. Ora, isso é muito diferente da hipótese levantada acima contra Raz, segundo a qual poderia haver legalidade em uma sociedade em que apenas o aplicador das normas teria razões prudenciais para sustentá-las, mas não o próprio sujeito das normas, cujos interesses não seriam em absoluto representados por ela. Portanto, esses argumentos clássicos bastam para provar o ponto 1, mas nós precisamos avançar ao ponto 2, se quisermos provar nossa hipótese quanto à legalidade não implicar mais do que uma normatividade fraca.

Assim, temos que alargar o experimento mental do povo de demônios para uma situação em que esses demônios teriam razões para decidir que a legalidade seria a melhor forma para eles exercerem o seu domínio sobre outro povo. Agora, então, a questão é a seguinte: que razões teria o povo de demônios, em sua estratégia de dominação, para implementar um sistema legal, em vez de simplesmente submeterem os dominados por meio de ordens singulares provenientes de quaisquer deles?

## 2.2. Legalidade como instrumento de dominação

Suponhamos que o povo de demônios não esteja em busca de uma simples diversão sádica momentânea e aleatória, mas tenha fins específicos para os quais pretenda utilizar aqueles dominados por ele. Em um argumento para a negação da tese que defendo aqui,<sup>17</sup> Robert Alexy imaginou um bando cuja atividade econômica consistisse na venda de órgãos do povo dominado

---

<sup>17</sup> Argumento este que penso poder ser ao menos parcialmente respondido pelo que exponho aqui, mas que não reconstruirei neste artigo por falta de espaço.

(ALEXY, 1989, p.176). Mas nem precisaríamos ir tão longe. Bastaria que o povo de demônios estivesse interessado na tributação do povo dominado em bens materiais diferentes de seus corpos, um exemplo mais próximo da realidade. Então, o povo de demônios teria interesse, por exemplo, na existência e até na prosperidade de certas atividades econômicas entre os seus dominados.

Nesse cenário, por exemplo, em vez de dar ordens singulares para o respeito à propriedade privada, os demônios, por considerações de eficiência na orientação da conduta por eles desejada, poderiam promulgar leis determinando a proteção da propriedade privada. Naturalmente, essa proteção não seria absoluta. (E acaso o é em alguma nação real?) Talvez, fosse possível que qualquer demônio particular pudesse confiscar a propriedade de quem bem entendesse, dentre os dominados, alegando interesse do povo de demônios. Mas parece que os reais interesses do povo de demônios estariam mais bem protegidos se houvesse regras evitando que os próprios demônios agissem de forma tão aleatória com respeito aos seus dominados. Suponha que os demônios dividissem por igual os tributos advindos das atividades econômicas dos dominados. Certamente, nesse caso, não seria razoável para eles permitirem que qualquer um deles confiscasse propriedades dos dominados quando bem entendesse para o fim que lhe aprouvesse. Assim, os demônios limitariam na forma da lei até mesmo o que eles próprios poderiam fazer com os dominados.

Com esse exercício de imaginação, podemos entender que a legalidade como instrumento de dominação faça mais sentido quando os dominados são tidos como propriedade de uma coletividade, no caso, do povo de demônios, e não de um único indivíduo, no caso, de um único demônio.<sup>18</sup> Mas, na verdade, o experimento mental também se aplicaria a um improvável governo estritamente autocrático, pois se um tirano solitário administrasse a força de forma completamente aleatória, de tal maneira que aqueles dominados por ele não tivessem como prever o que fazer para ficarem a salvo, eles (os dominados) seriam estimulados à desobediência. Afinal, se um indivíduo pacato e trabalhador tem tantas chances de ser torturado e morto quanto um indivíduo que afronta os planos de exploração do tirano, então que razões um indivíduo teria para ser pacífico e colaborador, como é do interesse do tirano que ele seja? Isso dá ao tirano solitário razões para não atribuir dor de forma

---

<sup>18</sup> Uma consideração que não causaria maiores problemas para o meu ponto, afinal, parece-me até trivial a observação de George Orwell, no clássico *1984*, de que privilégios são defendidos com mais facilidade quando são gozados por uma coletividade (Orwell 1949, p.279), ou seja, o caso típico da dominação é o de um grupo dominando outro, não o de um indivíduo dominando todos os demais por igual, a menos que estejamos falando de comunidades muito pequenas, como uma família.

aleatória, mas de acordo com regras claras, capazes de induzir o comportamento por ele desejado.<sup>19</sup>

Porém, antes de considerarmos provado nosso ponto 2 (que a legalidade é um instrumento útil para a dominação de terceiros), temos que lidar com uma possível objeção. Como visto acima, aprendemos com Hart que o controle social, ao menos em sociedades grandes e complexas, é aperfeiçoado quando também existem regras que estipulam como as regras de primeira ordem que guiam a conduta serão criadas, extintas ou modificadas; quem decidirá se foram ou não violadas e como isso será feito, e, por fim; como serão identificadas as regras realmente válidas. Ora, essa sofisticação representada pela introdução de regras de segunda ordem faz com que o tirano passe a governar não mais exclusivamente pela força, mas em virtude de possuir uma qualificação que é subsumida em uma regra geral que confere o próprio poder de governar, vide Hart (1961, p.58).

Podemos então que a sofisticação legal impede a tirania, pelo fato da própria existência do poder legalizado depender de uma regra. Mas essa impressão é ilusória. Já que não disponho de espaço para discutir aqui o aspecto social das regras, concedamos em prol do argumento que a regra que confere o poder de governar precise ser voluntariamente aceita por outros, e não apenas por quem, segundo essa regra, deve governar. Isso significa apenas que a legalidade levada ao seu ápice nos conduziria a uma transição do governo de um para o governo de muitos (como seria o governo de nosso povo de demônios), *mas não necessariamente para o governo de todos*, eliminando a figura dos dominados. Quantos são aqueles que precisam aceitar a regra que confere o poder de governar para que tenhamos um governo legal? Falaremos mais sobre essa questão na próxima seção, na qual tratamos do ponto 3. Aqui, para provar o ponto 2, basta saber que *não é necessário que sejam todos*.

### 2.3. A estabilidade da legalidade sem a moralidade

Se aceitarmos que a legalidade não é uma prestadora de serviços que atende a moralidade com exclusividade, servindo muito bem a propósitos de dominação, temos o suficiente para separarmos conceitualmente práticas legais de pretensões morais. No entanto, alguém ainda poderia argumentar que regimes legais que não prestam um tributo à moralidade, disfarçando sob seu manto suas motivações egoístas, seriam tão instáveis que isso justificaria a defesa de uma conexão necessária entre legalidade e moralidade, por mais que

---

<sup>19</sup> Como diz Kramer: "Enfatizar a correlação entre a não satisfação de deveres e a sujeição à punição é o meio de promover um padrão de incentivos que assegurará o funcionamento eficaz de um esquema de imperativos" (Kramer 1999, p.91, tradução minha).

essa necessidade não fosse lógica. Essa objeção merece resposta, ainda que questões relativas à estabilidade de sistemas legais não devam ser confundidas com o problema das condições de sua identificação como tal.

Note, em primeiro lugar, que é perfeitamente possível que aqueles sujeitos a um sistema legal sem pretensões morais cooperem voluntariamente com ele. Os que controlam o sistema podem admitir fazer leis em benefício próprio e aqueles que apenas ficam sujeitos a essas leis ainda podem ter razões para aderir a elas voluntariamente, até reconhecendo a regra que confere o poder de governar que mencionamos ao final da última seção, porque também se beneficiam desse sistema, a despeito das intenções dos seus legisladores e aplicadores. Retomemos o nosso exemplo de regras que protegessem a propriedade privada de uma população com o fim exclusivo e explícito de que tributos sobre atividades econômicas dessa mesma população pudessem ser arrecadados para o enriquecimento dos funcionários do sistema. A população submetida a esses tributos poderia considerar que o preço pago compensa pela proteção recebida. Podem julgar, justamente, que há mais estabilidade e, portanto, mais prosperidade em um sistema que regulamenta o quanto de suas posses será levado por terceiros do que haveria em uma situação em que qualquer um poderia tentar tomar-lhes o que quisesse a qualquer momento e eles teriam que se defender por conta própria uns dos outros.<sup>20</sup>

É verdade que a alternativa à vida sob o jugo do povo de demônios pode ser a formação de um governo democrático em nome do bem comum, em vez dessa temida anarquia, vide Kramer (1999, p.295-6). Mas nossos burgueses dominados não acreditariam que haveria uma transição tranquila e rápida da libertação do jugo do povo de demônios para a constituição de um governo democrático, e não estariam dispostos a correr o risco de perdas significativas durante a lacuna jurídica instituída por uma revolução. Nesse caso, a população teria razões de auto-interesse ou prudenciais para cumprir as normas (até mesmo para apoiar o regime do povo de demônios!) e o sistema não teria pretensões morais. Em suma, o sistema se estabilizaria sem pretensões morais.

Todavia, no cenário colocado no parágrafo acima, alguém poderia dizer que a legalidade acaba gerando uma situação que tem valor moral, por mais que os funcionários do sistema legal não tenham quaisquer pretensões morais, o que traria problemas para a posição que sustentamos na primeira seção deste trabalho. No mínimo, teríamos que admitir que a legalidade, necessariamente, ou tem ou pretende ter valor moral. É por isso que temos que pensar em

---

<sup>20</sup> Assumamos aqui, por uma questão de simplicidade, que os dominados, entre si, estivessem em situação de igualdade caso entregues à própria sorte pelo povo de demônios.

normas que, de fato, não tenham seus sujeitos como beneficiários, além de não pretenderem ter.

Felizmente, é fácil chegarmos a isso. Basta pensarmos que os tributos cobrados pelo sistema aumentam tanto que a atividade econômica deixa de compensar ao menos para uma parcela da população. Percebendo o desestímulo da economia, contudo, nossos demônios julgam mais simples fazer leis proibindo o abandono dessas atividades econômicas do que reduzir o valor dos tributos cobrados por elas. Basicamente, temos a formação de um regime de escravidão. Agora, ao menos parte dos dominados têm tão poucos benefícios que prefeririam tentar a sorte na anarquia temporária de uma revolução. Eles não se rebelam apenas por medo das sanções que seriam impostas pelos demônios se alguém fosse pego apenas fazendo essa sugestão aos outros.<sup>21</sup>

É possível que uma maioria se veja na situação descrita no parágrafo acima e o regime ainda seja estável? Qual proporção de uma população dominada pode ser atingida pelo número daqueles que sabem que estariam melhor sem o sistema vigente – e, por isso, não reconhecem a regra que confere o poder de governar legalmente nesse sistema – para que o sistema ainda tenha apoio suficiente? Essa é uma questão empírica. Como Hart diz, a resposta depende dos meios de coerção disponíveis, da solidariedade e da disciplina encontradas entre os dominantes, bem como do grau de inépcia e da falta de capacidade de organização por parte dos dominados (HART, 1961, p.201). Em *1984*, Orwell nos ensinou que, possivelmente, a maior dificuldade dos dominados que acreditam ter razões para se rebelarem seria saberem o que pensam os outros, isto é, se teriam apoio suficiente caso resolvessem correr o risco de se rebelar ou se estariam sozinhos: como saber quantos e quem são os que gostariam de ver o fim do regime e estariam dispostos a lutar por isso, quando o Grande Irmão quer saber o mesmo para puni-los?<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> É possível que agentes que não tenham razões para cooperação voluntária com um sistema continuem cooperando voluntariamente com ele, por nem considerarem a possibilidade de uma mudança. A obediência pode ter muitas causas sociais e psicológicas entre o medo das sanções impostas aos desobedientes e a convicção de que há vantagens em seguir as regras. Mas o meu argumento contra a relação necessária entre legalidade e valor ou pretensão moral fica mais forte ao assumir um cenário em que não apenas o governo não pretende que todos tenham razões para seguir suas regras como parte da população de fato não tem essas razões e sabe disso.

<sup>22</sup> Muitas coisas nos fascinam em uma obra da envergadura de *1984*. A mim, é especialmente marcante o fato dos governantes não terem pretensões morais, como tinham até mesmo os nazistas. Na Oceania de Orwell, a sede de poder não quer mais usar disfarces. Mas é preciso tomar cuidado com as analogias entre Oceania e meu experimento de pensamento, pois a sede de poder dos tiranos de Orwell é tamanha que eles não se contentam em controlar o comportamento externo. Por isso, eles não querem governar por leis e não o fazem (Orwell, 1949, p.285-7). Eles querem controlar os corações e as mentes dos dominados, de tal maneira que os últimos passem a ter reações instintivas quanto a qual seria o

Seja lá como for, uma observação é crucial: nenhum sistema legal precisa de 100% de adesão voluntária por parte daqueles em sua jurisdição para conseguir manter suas operações. É um fato bem conhecido que sistemas legais conseguem lidar com algum grau de recalcitrância. Isso significa que, na pior das hipóteses para o meu ponto, um sistema legal teria que se preocupar em não perder a cooperação voluntária de uma maioria. Mas ele não precisaria 1) oferecer razões para adesão voluntária a todos; ou 2) pretender oferecê-las. Essa é a “verdade sóbria” sobre a legalidade para a qual Hart nos alertou (HART, 1961, p.202).

## Conclusão

Em vez de defender a tese da separabilidade entre direito e moralidade em sua amplitude, procurei atacar duas teses que rivalizam com ela e que me parecem ter especial relevância para as discussões contemporâneas em filosofia analítica do direito: a tese da conexão necessária entre direito e valor moral e a tese da conexão necessária entre direito e pretensões morais. Todavia, considerando a indisponibilidade de um conceito de direito neutro com respeito a esse debate, ative-me ao conceito de legalidade, como um componente central do conceito de direito, procurando mostrar que a legalidade: 1) não tem valor moral necessário; 2) não presta necessariamente um serviço moral onde existe; 3) pode prestar um serviço igualmente bom a um regime de dominação que se assuma como tal. Usei de argumentos especulativos como é de se esperar quando a hipótese defendida é uma modesta possibilidade, por mais indigesta que ela seja.

## Referências

ALEXY, R. “Law and Correctness”. In: *Current Legal Problems*, 51, 1998, p. 205-221.

\_\_\_\_\_. “On Necessary Relations between Law and Morality”. In: *Ratio Juris*, 2, p.167-183, 1989.

\_\_\_\_\_. “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique”. In: *Ratio Juris*, 13, p.138-147, 2000.

\_\_\_\_\_. *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Transl. by Stanley

---

comportamento adequado, sem a necessidade de seguirem regras. Pelo controle da linguagem, querem suprimir a mera possibilidade até de pensamentos contrários ao regime. Note que apenas uma tirania que conseguisse ir tão longe assim poderia prescindir da legalidade como instrumento de controle social.

- L. Paulson and Bonnie Litschewski, Oxford: Clarendon Press, 2002.
- \_\_\_\_\_. "Thirteen Replies". In: G. Pavlakos (ed.), p.333-366, 2007.
- BEZEMEK, C., LADAVAC, N. *The Force of Law Reaffirmed: Frederick Schauer Meets the Critics*. Geneve: Springer, 2016.
- COLEMAN, J. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- COLEMAN, J., SHAPIRO, S. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- EHRENBERG, K. M. "Law's Authority is not a Claim to Preemption". In: W. Waluchow and S. Sciaraffa (eds.), p.51-74, 2013.
- FINNIS, J. *Natural Law & Natural Rights*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FULLER, L. *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969.
- GARDNER, J. *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GAVISON, R. *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- GEORGE, R. P. *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- GREEN, L. "Law and Obligations". In: J. Coleman and S. Shapiro (eds.) (2002), p. 514-547.
- \_\_\_\_\_. "Positivism and the Inseparability of Law and Morals". *New York University Law Review*, 83, 2008, p.1035-1058.
- \_\_\_\_\_. *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. "The Concept of Law Revisited [Book Review of The Concept of Law, Second Edition, by H. L. A. Hart]". In: *Michigan Law Review*, 94, 1996, p.1687-1757.
- HART, H. L. A. *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- \_\_\_\_\_. *The Concept of Law*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- \_\_\_\_\_. "Positivism and the Separation of Law and Morals". In: *Harvard Law*

*Review*, 71, 1958, p.593-629.

HERSHOVITZ, S. "The Role of Authority". In: *Philosophers' Imprint*, 11, 2011, p.1-19.

HIMMA, K. E. "Just 'Cause You're Smarter than Me Doesn't Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis". In: *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, p. 121-150.

\_\_\_\_\_. "Law's Claim of Legitimate Authority". In: J. Coleman (ed.), p. 271-309, 2001.

KANT, I. *Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*. Königsberg: F. Nicolovius, 1795. Transl. by Mary J. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KRAMER, M. H. "In Defense of Hart". In: W. Waluchow and S. Sciaraffa (eds.), p. 22-50, 2013.

\_\_\_\_\_. *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Liberalism with Excellence*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

LYONS, D. *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice, and Political Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

MACCORMICK, N. "A Moralistic Case for A-Moralistic Law". In: *Valparaiso University Law Review*, 20, 1985, p.1-41.

MOORE, M. S. "Authority, Law, and Razian Reasons". In: *Southern California Law Review*, 62, 1989, p.827-896.

MURPHY, L. "The Political Question of the Concept of Law". In: J. Coleman (ed.), p.371-409, 2001.

MURPHY, M. C. "The Explanatory Role of the Weak Natural Law Thesis". In: W. Waluchow and S. Sciaraffa (eds.), p.3-21, 2013.

ORWELL, G. [1984]. Second edition. Daryaganj, New Delhi: Samaira Book Publishers, 2018.

PAVLAKOS, G. *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.

PLATO. *The Republic*. Transl. by Tom Griffith, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

POSTEMA, G. J. "The Normativity of Law". In: R. Gavison (ed.), p.81-104, 1987.

RAZ, J. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. "Hart on Moral Rights and Legal Duties". In: *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 1984, p.123-131.

\_\_\_\_\_. *Practical Reason and Norms*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *The Authority of Law*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REGAN, D. H. "Reasons, Authority, and the Meaning of 'Obey': Further Thoughts on Raz and Obedience to Law". In: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 3, 1990, p.3-28.

SCHAUER, F. "Incomplete Responses". In: C. Bezemek and N. Ladavac (eds.), p.145-166, 2016.

SCHAUER, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. "Positivism as Pariah". In: R. P. George (ed.), p.31-55, 1996.

SOPER, P. "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds". In: *Social Philosophy & Policy*, 4, 1986, p.31-48.

\_\_\_\_\_. *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

VINX, L. "Schauer on the Differentiation of Law". In: C. Bezemek and N. Ladavac (eds.), p.129-143, 2016.

WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

\_\_\_\_\_. "Normative (or Ethical) Positivism". In: J. Coleman (ed.), p.411-433, 2001.

WALUCHOW, W. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WALUCHOW, W., SCIARAFFA, S. *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

E-mail: andrea.faggion@gmail.com

Recebido: 11/2018

Aprovado: 3/2019