

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS)
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

GIOVANNA THAÍS DIAS DA SILVA

LON L. FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO:
Os oito desiderata como limites ao exercício da autoridade

São Leopoldo
2025

GIOVANNA THAÍS DIAS DA SILVA

LON L. FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO:

Os oito desiderata como limites ao exercício da autoridade

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Orientador(a): Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2025

S586l

Silva, Giovanna Thaís Dias da.

Lonl L. Fuller e a moralidade interna do direito : os oito desiderata como limites ao exercício da autoridade / Giovanna Thaís Dias da Silva. – 2025.

282 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, 2025.
“Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck”.

1. Jusunaturalismo. 2. Moralidade interno do direito. 3. Positivismo jurídico. 4. Teoria do direito. I. Fuller, Lonl L. II. Título.

CDU 342

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Silvana Dornelles Studzinski – CRB 10/2524)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**LON L. FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO: OS OITO DESIDERATA COMO LIMITES AO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE**”, elaborada pela mestrandia **Giovanna Thaís Dias da Silva**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 22 de setembro de 2025.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Arthur Ferreira Neto _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto _____ *Participação por Webconferência*

Para a minha mãe Rosane e para o meu pai Paulo.

AGRADECIMENTOS

Se é verdade que os agradecimentos devem ser dirigidos a quem realmente contribuiu de maneira relevante à elaboração desse trabalho acadêmico, não posso deixar de agradecer ao meu orientador, Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, cujo esforço empreendido ao longo de toda a vida em favor do Direito brasileiro contribuiu não apenas para as reflexões que aqui foram por mim desenvolvidas, mas também para toda a minha formação crítica e jurídica desde o início da minha graduação. Obrigada ao Professor por me permitir crescer com os seus ensinamentos e por me fazer amar duplamente mais a profissão que escolhi.

Agradeço, ainda, aos Professores Doutores Gerson Neves Pinto e Wilson Engelmann, que compuseram a banca de qualificação do meu projeto e, brilhantemente, apontaram melhorias, contribuições e reflexões, sem as quais o resultado do trabalho não seria o mesmo.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, especialmente aos integrantes do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, que, para além da grande amizade, contribuíram com reflexões e discussões de extrema relevância para o desenvolvimento da pesquisa. Em especial, agradeço ao Frederico Pessoa da Silva por ter estado comigo ao longo de toda a graduação e pós-graduação, por legitimar as minhas ideias e, também, as minhas angústias. Um verdadeiro *amigo*, na verdadeira acepção da palavra. Agradeço também aos colegas e amigos Gilberto Morbach, Vinícius Quarelli, Luã Jung e Helena Trespach, que leram atentamente às páginas dessa pesquisa e apontaram melhorias. Obrigada, queridos, por reservarem o tempo de vocês a essa tarefa, sem isso o trabalho não teria sido o mesmo. Igualmente, agradeço ao Pietro Cardia Lorenzoni e à Alice Ravazzoli de Los Angeles, pela paciência e parceria de sempre.

Agradeço, igualmente, aos profissionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos de São Leopoldo/RS, que foram muito solícitos comigo desde os tempos de graduação e sempre estiveram prontos para a resolução das demandas que se apresentaram.

Agradeço, ainda, a minha mãe e ao meu namorado, que tiveram muita – muita – paciência comigo ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

Por fim, o presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, de modo que deixo também um agradecimento especial.

Obrigada!

“To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessary a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults”.

(Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, 1965, p. 162)

RESUMO

A presente Dissertação de Mestrado tem como principal objetivo a compreensão da tese da moralidade interna do Direito proposta por Lon L. Fuller, em razão de possuir uma hipótese de investigação: a de que ela se trata de uma compreensão de *Rule of Law* (Estado de Direito) que responde à arbitrariedade das decisões públicas, tanto à nível de produção normativa, quanto à nível de aplicação (legislativo, executivo e judiciário). Fuller, contudo, teve como foco principal a integridade da legislação (e não tanto as implicações das decisões judiciais), mas a hipótese da presente pesquisa é que sua tese serve como uma resposta à arbitrariedade nos demais níveis do exercício do poder. Para tanto, efetuou-se pesquisa bibliográfica nos textos do autor, nos textos de seus críticos e nos textos dos seus comentadores, a partir da postura metodológica da fenomenologia-hermenêutica, com tradição na Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck. A pesquisa foi estruturada em três capítulos, em que se abordou, resumidamente, os seguintes tópicos: i) quem foi Lon Fuller e quais os problemas que ele pretendia enfrentar; ii) quais foram as bases filosóficas que inspiraram as suas concepções; iii) o que é a moralidade interna do Direito e quais os seus princípios constitutivos, compreendendo, também, qual é o conceito de Direito em Fuller e como ele se relaciona com a obediência das normas pelo cidadão; iv) a confirmação da hipótese dessa Dissertação de Mestrado, ou seja, o fato de que a sua tese é uma potencial resposta ao desafio da discricionariedade no exercício do poder decisório das instâncias públicas, bem como uma compreensão de *Rule of Law*. Concluiu-se, com isso, que sim, a moralidade interna do Direito deve ser compreendida como uma concepção de *Rule of Law*, por estabelecer critérios objetivos e racionais que limitam a arbitrariedade no exercício do poder público. A pesquisa demonstrou que a concepção de Fuller não é apenas um conjunto técnico de requisitos formais, mas uma exigência ética de reciprocidade e respeito à autonomia dos cidadãos. Assim, a teoria fulleriana oferece fundamentos normativos importantes para o enfrentamento da discricionariedade, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e da legitimidade das instâncias decisórias.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Moralidade Interna do Direito. Lon Fuller. Positivismo Jurídico. Jursnaturalismo.

ABSTRACT

The present research aims to understand Lon L. Fuller's theory of the internal morality of law, based on the hypothesis that it constitutes a conception of the Rule of Law, one that responds to the problem of arbitrariness in public decision-making, both at the level of norm production and application (legislative, executive, and judicial). Although Fuller primarily focused on the integrity of legislation, this research hypothesizes that his theory also addresses arbitrariness across other domains of public power. To investigate this, a bibliographical study was conducted, analyzing Fuller's own writings, the works of his critics, and those of his commentators, adopting a phenomenological-hermeneutic methodological approach, in line with Lenio Streck's Hermeneutic Critique of Law. The research was structured in three chapters, covering, in summary: (i) who Lon Fuller was and the problems he sought to address; (ii) the philosophical foundations that inspired his conceptions; (iii) what the internal morality of law entails and its constitutive principles, including Fuller's concept of law and its relationship with citizens' obedience to norms; and (iv) the confirmation of the research hypothesis — that Fuller's theory offers a potential response to the challenge of discretion in public decision-making and constitutes a valid understanding of the Rule of Law. The research concluded that Fuller's internal morality of law should indeed be understood as a conception of the Rule of Law, as it establishes objective and rational criteria that limit the arbitrary exercise of public power. It further demonstrated that Fuller's conception is not merely a technical set of formal requirements, but an ethical demand grounded in reciprocity and respect for individual autonomy. Thus, Fuller's theory provides significant normative foundations for confronting discretion and contributes to the strengthening of the Rule of Law and the legitimacy of decision-making institutions.

Keywords: Jurisprudence. Morality of Law. Loon Fuller. Legal Positivism. Jusnaturalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 POR QUE LON FULLER?	16
1.1 O problema enfrentado por Lon Fuller.....	36
1.1.1 Da ascensão à “queda” do jusnaturalismo	36
1.1.2 Compreendendo brevemente o empirismo de David Hume.....	53
1.1.3 Compreendendo brevemente o pragmatismo e o realismo jurídico norte-americano	61
1.1.4 Compreendendo brevemente o positivismo jurídico	82
1.2 As bases filosóficas que inspiraram as concepções fullerianas.....	98
1.2.1 O fundamento teleológico de Aristóteles e a <i>eunomics</i> fulleriana	109
1.2.2 A beatitude e o conceito de lei para Tomás de Aquino	134
2 A MORALIDADE QUE TORNA O DIREITO POSSÍVEL.....	141
2.1 A moralidade de dever e a moralidade de aspiração	142
2.2 O Conceito de Direito em Lon Fuller.....	154
2.3 Os oito requisitos procedimentais que tornam o Direito possível.....	170
2.4 Das críticas à tese da moralidade interna do Direito	192
3 IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DO RECONHECIMENTO DA MORALIDADE INTERNA DO DIREITO	217
3.1 O debate Hart-Fuller: uma discussão sobre veículos no parque e sobre o necessário limite às decisões judiciais.....	217
3.2 A moralidade interna como uma potencial resposta ao desafio da discricionariedade no exercício do poder decisório das instâncias públicas	233
3.3 A moralidade interna do Direito como uma compreensão de <i>Rule of Law</i>.....	253
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	270
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	276

INTRODUÇÃO

O filme *Obediência* (*Compliance*, no original), dirigido por Craig Zobel, é um *thriller* psicológico perturbador, baseado em fatos, que explora os limites da autoridade e da submissão humana. A trama se desenrola em um pequeno restaurante de *fast-food*, onde a gerente Sandra (Ann Dowd) recebe uma ligação de alguém dizendo ser policial e acusando uma de suas funcionárias, Becky (Drea Walker), de ter cometido o crime de furto contra uma de suas clientes, enquanto coletava o seu pedido. O que começa como um interrogatório informal rapidamente se transforma em uma série de abusos psicológicos e físicos, à medida que Sandra e outros funcionários seguem cegamente as ordens do misterioso oficial ao telefone.

Inicialmente, o suposto policial começa a dar algumas ordens à Sandra, dizendo serem medidas procedimentais nos casos de furto, para que ela as cumpra enquanto ele e sua equipe não chegam ao local. Contudo, conforme a história vai se desenrolando, as ordens começam a ficar cada vez mais estranhas, e Sandra vai cumprindo sem questioná-las, afinal, tratam-se de ordens de uma autoridade. Sandra deixa seu noivo aos cuidados de Becky, e o suposto policial induz o homem a cometer abuso psicológico e sexual contra a funcionária. Ao final, todos descobrem que, na verdade, não se trata de um policial, mas sim de um criminoso que estava se passando por uma autoridade, simulando a acusação de furto para cometer o ato de abuso contra a jovem.

Baseado em um caso real ocorrido em uma lanchonete nos Estados Unidos, o filme ilustra a relação entre obediência e autoridade, demonstrando a facilidade com que pessoas comuns podem ser manipuladas quando confrontadas com figuras de autoridade. O filme remete também ao famoso experimento de Milgram¹, demonstrando como indivíduos podem cometer atos impensáveis sob coerção de uma autoridade. O filme mostra como Sandra, apesar

¹ O Experimento de Milgram foi um estudo de psicologia social conduzido pelo psicólogo Stanley Milgram na década de 1960, na Universidade de Yale. O objetivo era investigar até que ponto as pessoas estariam dispostas a obedecer a figuras de autoridade, mesmo quando isso significava causar sofrimento a outra pessoa. Os participantes achavam que estavam participando de um experimento sobre aprendizado e memória. Eles eram instruídos a aplicar choques elétricos em um "aluno" (na verdade, um ator) toda vez que ele errasse uma resposta. Os choques aumentavam de intensidade conforme o experimento avançava, indo de 15 volts (leve) até 450 volts (potencialmente fatal). O "aluno" na verdade não recebia choques, mas fingia sentir dor, gemendo, gritando e implorando para parar. Um pesquisador, vestindo um jaleco branco, dizia frases como "*O experimento exige que você continue.*" ou "*Você não tem escolha, deve continuar.*" sempre que o participante hesitava. 65% dos participantes foram até o nível máximo de choque de 450V, mesmo acreditando que estavam machucando o "aluno". Todos os participantes aplicaram pelo menos 300V antes de hesitar. Muitos mostraram sinais de estresse e desconforto, mas continuaram por causa da pressão da autoridade. CHERRY, Kendra. Understanding the Milgram Experiment in Psychology. **Verywell Mind**, 13 ago 2024. Disponível em <<https://www.verywellmind.com/the-milgram-obedience-experiment-2795243>>. Acesso em 19 fev 2025.

de estranhar e, por vezes, questionar as ordens da suposta autoridade, as cumpre cegamente, desrespeitando sua própria consciência e intuição.

O filme desafia o espectador a refletir sobre até que ponto as pessoas são capazes de obedecer a ordens sem questioná-las, mesmo quando essas ordens envolvem ações imorais e degradantes. Denuncia, assim, a facilidade com que a obediência acrítica pode levar ao abuso e à violação de direitos humanos. O fato de os personagens aceitarem ordens absurdas sem resistência explicita o perigo de uma sociedade que não questiona o poder instituído. Ao longo da narrativa, apesar de haver um questionamento à moralidade do que está acontecendo, Sandra acredita estar ajudando a polícia e assume que está apenas "seguindo ordens", e Becky, em posição vulnerável, sente-se incapaz de se rebelar. Essa dinâmica ressoa como o conceito da *banalidade do mal*², proposto por Hannah Arendt, ao analisar como pessoas comuns participaram de atrocidades históricas sem refletir criticamente sobre seus atos.

O leitor, nesse momento, deve estar se perguntando o que isso tem a ver com a presente Dissertação. Bom, a crítica social feita pelo filme não é uma novidade para a filosofia política e moral. A relação entre *autoridade* e *obediência civil* de há muito intriga autores do pensamento ocidental. O que é a *autoridade*? O que faz com que as pessoas cumpram com as ordens emanadas de uma autoridade? Qual a relação entre o Direito e as ordens de um soberano? O que é o Direito? Mais: existe alguma limitação à autoridade? Se sim, qual é a natureza dessa limitação? Todas essas questões são debatidas ao longo da história da filosofia política e é um pouco de cada uma delas que Lon L. Fuller, autor objeto da presente pesquisa, se ocupou enquanto viveu.

Lon L. Fuller (1902-1978) foi um importante jusfilósofo estadunidense do século XX que desenvolveu a chamada teoria da moralidade interna do Direito, que estabelece a existência de oito requisitos procedimentais – ou princípios procedimentais - necessários para a existência e manutenção do que se pode compreender como “sistema jurídico”. Foi autor de obras sobre Direito Civil, Filosofia do Direito, Teoria do Direito e, até mesmo, sobre Literatura. No Brasil, é conhecido por ser autor da obra *O Caso dos Exploradores de Caverna*³ e por ter escrito *O*

² O conceito de *banalidade do mal*, desenvolvido por Hannah Arendt, refere-se à ideia de que pessoas comuns podem cometer atos extremamente cruéis sem serem motivadas necessariamente por maldade ou ideologia, mas sim por falta de pensamento crítico e submissão cega às ordens. Arendt elaborou essa noção ao cobrir o julgamento de Adolf Eichmann, um dos responsáveis pela logística do Holocausto, percebendo que ele não era um monstro sádico, mas um burocrata medíocre que agia de forma irrefletida e conformista, e que o mal constante fazia parte da rotina dos oficiais nazistas como instrumento de trabalho. Para um aprofundamento, ler ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

³ FULLER, Lon L. **O Caso dos Exploradores de Caverna**. Tradução e notas por Ivo de Paula, LL. M. São Paulo: Editoria Leud, 2008.

Caso dos Denunciantes Invejosos, que posteriormente foi utilizado pelo professor Dimitri Dimoulis na obra *O caso dos denunciadores invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*⁴.

No entanto, foi na obra *The Morality of Law*, publicada em 1964, que Fuller consolidou de forma mais consistente e aprofundada a sua compreensão acerca do conceito de Direito, estabelecendo condições mínimas de possibilidade para a existência de um sistema jurídico, aquilo que torna o Direito possível enquanto fenômeno sustentável do tecido social.

Talvez se Fuller estivesse vivo para assistir ao filme de Craig Zobel traria três conclusões sobre ele: primeiro, o que faz com que cidadãos comuns cumpram ordens (ou normas) não é somente o fato de serem emanadas por uma autoridade. Existe algo além disso, que diz respeito à própria condição de Ser no mundo, oriundo de um aspecto relacional e intersubjetivo: Existe um elemento de *reciprocidade* que vincula os cidadãos ao cumprimento das normas, mais ligado à sua própria dignidade e autogerenciamento que uma mera questão de obediência acrítica. É preciso que o cidadão se vincule com as razões de existir da norma. Apesar de o filme retratar uma obediência acrítica da personagem principal às ordens do falso oficial, em todo o momento Sandra sente estranheza em relação a elas, e diversos outros personagens, em diversos momentos, questionam sobre as razões e os limites desses comandos. Há, no fundo, um alerta que o tempo todo acende na consciência de Sandra e apontado pelos demais personagens, em que pese tenha sido ignorado por ela. Fuller diria que, apesar de ser possível esse cumprimento acrítico de ordens por parte do cidadão (e isso de fato ter ocorrido na história recente do mundo), quando essa relação *ordem x obediência* se transborda para o âmbito social é preciso que exista algo a mais para que ela seja sustentável e perdure no tempo. Sem esse *elemento a mais* o tecido social da ordem jurídica não se sustenta. Dura pouco, tal como retratado no filme, em que ao menos três dos personagens se recusaram a cumprir com as ordens do falso policial.

Uma segunda conclusão que Fuller chegaria seria a de que existem limites às ordens emanadas pelas autoridades, especialmente estabelecidos no âmbito dos *procedimentos* utilizados. Veja-se que, no filme referido, a todo o momento o policial justifica as ordens perversas dizendo que elas fazem parte do procedimento de investigação, que se tratam de procedimentos corriqueiros e comuns nos casos de furto. Contudo, ao longo do filme, as personagens vão percebendo que tais procedimentos são exagerados, injustos, perversos e

⁴ DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciadores invejosos**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. Com a tradução de texto de Lon L. Fuller, parte da obra *The Morality of Law*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

desnecessários. Apesar de servirem ao fim a que se destinam, qual seja, encontrar o dinheiro supostamente furtado pela funcionária Becky, tratam-se de procedimentos que evidenciam a perversidade das ordens do policial. Isso tem tudo a ver com a compreensão de Fuller sobre os princípios formais da tese da moralidade interna e sobre o seu *status* moral. Fuller diria que o policial possui um propósito perverso, qual seja, praticar abuso contra a funcionária, e que esse propósito se evidencia ainda mais a partir dos procedimentos que ele seleciona e utiliza, ainda que fosse possível utilizar desses mesmos procedimentos visando a fins bons e adequados.

A última conclusão que, supõe-se, chegaria Fuller, é a de que a obediência acrítica de normas por parte de agentes hierárquicos (como no caso da personagem Sandra) pode levar ao cometimento de atrocidades e violações de direitos humanos básicos. Ao analisar o todo de suas formulações, é possível dizer que essa seria uma de suas conclusões caso assistisse ao filme, especialmente em razão do que desenvolveu sobre o *status* moral dos princípios procedimentais e de sua ideia de que o Direito não serve a qualquer fim.

Dito isso, o objeto da presente pesquisa, como visto, é a tese da moralidade interna do Direito desenvolvida por Lon Fuller. Mais do que somente fazer uma recapitulação das suas formulações e dos debates que travou com seus rivais (o que, por si só, já seria louvável o suficiente para os limites de uma Dissertação), pretende-se demonstrar como essas formulações colocam o Direito em sua melhor luz, no sentido de que Fuller reconhece que o Direito, como fenômeno social, por possuir ele mesmo uma moralidade interna (superando a *tese da separabilidade* do positivismo jurídico), estabelece limites às decisões públicas - não somente às decisões dos órgãos que produzem as normas jurídicas, mas também às decisões judiciais. Limites que são externos ao mero desejo ou subjetividade das autoridades.

Ou seja, ainda que Lon Fuller não tenha desenvolvido propriamente uma teoria da decisão, é possível extrair de suas formulações as bases de algo que, mais tarde, no contexto brasileiro, Lenio Streck irá desenvolver no âmbito da crítica à discricionariedade judicial, a partir de outros aportes filosóficos, mas com viés metodológico parecido. Diferentemente de Streck, no entanto, Fuller não coloca tanta ênfase na questão judicial, mas fornece bases para dizer que a própria produção legislativa possui critérios externos de justificação, ainda que de cunho procedimental.

Nesse ponto (da decisão judicial), contudo, é preciso deixar claro que se trata de uma formulação trazida por esta pesquisadora a partir das considerações de Fuller. Isso, porque, em que pese o autor tenha feito críticas à escola do positivismo jurídico, à escola do realismo jurídico e, inclusive, escrito sobre o processo de adjudicação (que inclui o processo de tomada de decisão judicial), ele não desenvolveu propriamente uma teoria da decisão contrária à

discrecionariedade judicial, ao menos não da forma como fez Ronald Dworkin depois dele ou Lenio Streck no Brasil. São formulações feitas por esta pesquisadora não apenas com base nas teses do autor, mas também com base no trabalho de alguns de seus estudiosos e comentaristas pós-Fuller.

Também aqui não se pretende desenvolver qualquer *tese* sólida com aportes em seu pensamento, limitando-se esse trabalho às exigências de uma Dissertação e considerando os limites de pesquisa feita até aqui. Contudo, talvez – e somente talvez – o presente trabalho possa ser o início do que, futuramente, se desenrolará para uma tese. Mas isso ainda exige mais pesquisa, maturidade e reflexão.

Porém, todas essas questões trazidas até aqui serão suficientemente desenvolvidas no decorrer da presente Dissertação de Mestrado. O que importa referir nesse momento é que, para alcançar os fins pretendidos nessa pesquisa (o que se estabeleceu como sendo os seus objetivos específicos), no primeiro capítulo procura-se trazer o que se acredita serem os aportes filosóficos de Fuller, as bases de suas formulações. Isso, porque a sua teoria da moralidade interna não foi uma tese desenvolvida somente em sua grande obra, *The Morality of Law*, e isolada dos trabalhos anteriores desenvolvidos pelo autor. Pelo contrário, todas as suas questões básicas e os debates travados com o positivismo jurídico foram, aos poucos, desenvolvendo a sua tese final. É possível perceber resquícios da teoria da moralidade interna já em seus primeiros escritos, ainda que não totalmente estruturada. Isso, porque – acredita-se - Fuller foi construindo a sua tese a partir de diversos problemas teóricos enfrentados por ele gradativamente, de forma isolada, conforme iam se apresentando ao contexto jurídico da época. Assim, o primeiro capítulo é dedicado a compreender qual é o problema enfrentado por Fuller, o que ele pretendia combater com as suas formulações. Por isso, abordam-se suas críticas ao positivismo jurídico da época, passando-se brevemente pelo empirismo, tido como filosofia de base para as concepções positivistas, e falando-se brevemente também sobre o realismo jurídico. Considera-se que esses dois movimentos da época (sustentados em uma filosofia empirista) são os dois grandes “inimigos” de Fuller. No primeiro capítulo também se traz breves explicações sobre o fundamento teleológico em Aristóteles, sobre a beatitude e o conceito de lei em São Tomás de Aquino, tendo em vista que, pode-se afirmar, são as bases filosóficas de Fuller.

Após estabelecer todo o contexto em que Fuller estava inserido, quais os principais problemas que ele pretendia enfrentar e quais as suas bases filosóficas, no segundo capítulo aborda-se especificamente a teoria da moralidade interna do Direito, trazendo a diferença entre as duas moralidades (moralidade de dever e moralidade de aspiração), o conceito de Direito em

Lon Fuller e os oito requisitos procedimentais que constituem a moralidade interna. Nesse ponto aborda-se também a importância do *propósito* na teoria de Fuller e qual a sua relação com o aspecto valorativo do fenômeno jurídico. Além disso, aborda-se a questão relacionada ao *status* moral dos oito desiderata (princípios), trazendo a resposta do autor às críticas de seus opositores.

Ao final, no terceiro e último capítulo, conclui-se o que se entende serem as implicações práticas do raciocínio de Fuller, a partir do reconhecimento da sua tese da moralidade interna. Defende-se, portanto, que em um contexto de frequente observação dos oito princípios da moralidade interna do Direito, reforçar-se-ia, cada vez mais, a ideia de critérios para decidir, subjacentes ao próprio sistema e advindos de uma moralidade que lhe é intrínseca; critérios vinculantes em todos os setores em que se tomam decisões com efeitos públicos; critérios, sempre, respeitosos e em coerência com uma democracia, ou que, na tese central de Fuller: submetem a conduta humana à governança de regras. Dentre esses aspectos práticos, ressalta-se o debate Hart-Fuller, para adentrar na compreensão fulleriana sobre os limites das decisões judiciais, bem como a moralidade interna como uma potencial resposta ao desafio da discricionariedade no exercício do poder decisório das instâncias públicas, e finaliza-se explicitando o motivo pelo qual o conceito de Direito fulleriano se trata de uma concepção de *Rule of Law* (Estado de Direito).

É assim, portanto, que a pesquisa está estruturada. E, a partir disso, percebe-se que ela gira em torno de uma questão que se traz, aqui, como sendo o problema de pesquisa: Como as formulações de Lon L. Fuller, especialmente a tese da moralidade interna do Direito, contribuem para o enfrentamento da arbitrariedade do poder público? Tal questionamento é originário de uma particular especulação, a qual se coloca como hipótese do presente projeto, qual seja: de que o jusnaturalismo procedimental de Lon Fuller não se trata somente de uma formulação acerca das condições necessárias para a existência daquilo que se pode chamar de Direito. Trata-se, sobretudo, de um autêntico elogio à critérios de *Rule of Law*; de reconhecer que o próprio Direito exige respeito à critérios próprios e intrínsecos, não encontrados na mera subjetividade das autoridades (judicial, legislativa e administrativa).

Assim, o objetivo geral da presente Dissertação é entender o que é a moralidade interna do Direito de Lon Fuller e a partir de qual contexto ela é elaborada, identificando-se quais os problemas colocados pelo autor e como ele responde a esses problemas, com a finalidade de identificar como a sua abordagem acerca do fenômeno jurídico pode contribuir com o enfrentamento das questões levantadas.

Em relação à motivação e importância da presente pesquisa, pretende-se demonstrá-la em uma introdução contida no primeiro capítulo do trabalho, intitulada “Por que Lon Fuller?”. Nela, desenvolveu-se as razões que a pesquisadora acredita serem relevantes para aprofundar as pesquisas acadêmicas no autor abordado, demonstrando, também, grande apreço pela sua figura. Nessa parte procura-se responder ao motivo pelo qual se considera que a teoria de Fuller responde adequadamente aos problemas enfrentados, bem como a importância do autor para o Direito na sua época. Contudo, se aquelas razões não forem convincentes o suficiente, entende-se que a pesquisa acadêmica possui um fim em si mesma e, pessoalmente, acredita-se que o autor merecia mais reconhecimento no Brasil, de modo que a presente pesquisa serve a essa crença.

A partir dessa compreensão, e especialmente em razão dessa pesquisa ser de orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, é incontestável que a postura metodológica fenomenológica-hermenêutica é adotada como seu fio condutor. Capitaneada pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger (1889-1976) e pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (1900-2002), trata-se de postura metodológica que pressupõe a análise do objeto estudado a partir de sua própria contextualização semântica, para, a partir dela, buscar novas possibilidades de sentido na atualidade. Trata-se, portanto, de percorrer as obras clássicas que são objetos do presente estudo, revolver o “chão” linguístico e retirar as más compreensões as quais elas podem estar submetidas e, com isso, verificar as possibilidades de reinterpretações do fenômeno estudado.

Segundo Lenio Streck, no “método” fenomenológico-hermenêutico formulado por Heidegger a linguagem não é analisada em um sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Assim, diferencia-se de ideias vinculadas aos métodos que compõem a doutrina clássica da hermenêutica, especialmente no que diz respeito à estrutura metodológica como meio formal para a garantia de certeza e objetividade do processo interpretativo. Assim, nas palavras de Streck,

[...] o necessário ideal de transparência que se encontrava por detrás das posturas hermenêuticas tradicionais, e que possibilitava a crença de que seria possível encontrar um método rígido e definitivo para evitar erros e malentendidos, desaparece na hermenêutica de Heidegger⁵.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 236.

Trata-se, portanto, de uma postura metodológica em que o fenômeno é “descascado aos poucos”, exurgindo o “sentido da coisa”, a partir de um revolvimento do chão linguístico, em que o fenômeno exsurge “tal como ele é”.

Mais especificamente, o que a Crítica Hermenêutica de Lenio Streck propõe, a partir de uma postura metodológica hermenêutica, é algo como uma desleitura, ou seja,

[...] um processo que pretende interpretar ou superar, por meio de outro texto, uma determinada tradição do pensamento que se torna possível graças à condição de “tardividade” (Bloom) que se possui com relação à produção anterior⁶.

O método a ser utilizado é, nesse contexto, a análise de um problema já existente nas bibliografias especificadas, de forma a revisitar os conteúdos e, ao mesmo tempo, manter o distanciamento necessário para uma adequada compreensão do conhecimento e do sentido produzido acerca deles até o momento. A partir disso, buscar-se-á interpretá-los e integrá-los à atualidade, de forma a realizar novas possibilidades de compreensões.

Mais especificamente, buscar-se-á compreender o objeto de estudo a partir, especialmente, de sua obra prima, qual seja, o texto *The Morality of Law*, de Lon Fuller, além de diversos outros textos anteriores publicados pelo autor, para fins de ter uma visão holística de suas reflexões. E, também, a partir de diversos comentadores, tendo como centrais a introdução feita por Robert S. Summers sobre o autor, denominada *Lon L. Fuller*, publicada na University Press em 1984; a obra de Kenneth Winston, denominada *The Principles of Social Order*, edição revisada publicada na Hart Publishing em 2002, o artigo de Nicola Lacey, intitulado *Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the HartFuller Debate*, editado por Peter Cane e publicado na Hart Publishing em 2011; a obra de Andrea Porciello, intitulada *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*, publicada pela Palestra Editores em 2019, mas não se limitando a eles.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

1 POR QUE LON FULLER?

“Fuller, em parte pelos motivos indicados e em parte por motivos que continuam a ser pouco claros, será um outsider, algo que não deixa de ser um paradoxo já que para um pequeno grupo é isso que o tornará ainda mais fascinante.”⁷

(Andrea Porciello)

Por que Lon Fuller é utilizado como o grande referencial teórico da presente Dissertação? Entende-se que essa é uma pergunta necessária a todos os trabalhos que pretendam aprofundar na teoria de algum autor. Afinal, é preciso responder ao motivo pelo qual se considera que a teoria do autor escolhido responde ao problema de pesquisa enfrentado, e, para além disso, é preciso elucidar o porquê ela é considerada importante em seu contexto.

Todo o primeiro capítulo dessa Dissertação está disposto de modo a enfrentar essa questão. Nessa etapa, entende-se pela necessidade de compreender qual o problema enfrentado por Fuller quando formulou a sua teoria da moralidade interna e quando buscou, a partir de aportes jusnaturalistas, uma resposta de matriz procedimental. Busca-se, com isso, entender *ao que e a quem* Fuller estava falando, *ao que e a quem* ele estava enfrentando, e *a quais* questões pretendia responder. Isso é essencial para compreender o ponto de partida de suas formulações, o contexto circunstancial e histórico em que ele as desenvolveu. Antes disso, faz parte também da resposta à pergunta formulada no primeiro parágrafo a compreensão de quem foi Lon Fuller e qual a sua importância para o Direito na sua época.

Não existe, contudo, uma biografia detalhada sobre a vida inteira do autor. Em razão disso, foi necessário buscar por pesquisadores que estudaram sobre ele e que trouxeram breves esboços de como era a sua vida. No Brasil, no entanto, é muito difícil encontrar referenciais disponíveis, o que foi a maior dificuldade para o desenvolvimento desse tópico.

É possível traçar um esboço de quem foi Lon Fuller a partir, principalmente, dos materiais disponíveis nos arquivos da Faculdade de Harvard, nos Estados Unidos, onde Fuller lecionou por mais de trinta anos e fez diversas publicações de artigos (a universidade guarda os originais de seus escritos na biblioteca); em cartas trocadas entre ele e seus familiares, que são de difícil acesso ao público brasileiro e também estão no reservatório da universidade; na

⁷ Tradução livre da seguinte passagem: “Fuller, en parte por los motivos indicados, y en parte por motivos indicados que continúan a ser poco claros, será un *outsider*, algo que no deja de ser una paradoja ya que para un pequeño círculo esto lo hará todavía más fascinante.” PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 25.

introdução feita por Robert S. Summers sobre o autor⁸; na obra de Kenneth Winston⁹, em que o autor condensou ensaios originais escritos por Fuller, à pedido de sua viúva, quando Fuller faleceu; e no artigo de Nicola Lacey¹⁰, que oferece uma breve introdução, baseada nas demais obras referidas, mas que tem como foco principal uma revisitação e compreensão abrangente do debate Hart-Fuller.

Lon Fuller nasceu no ano de 1902, em Hereford, no Texas, mas em 1906, quando ainda era uma criança, seus pais se mudaram para a Califórnia. Vinha de uma família de classe média, com recursos modestos¹¹. O texto de Lacey conta que durante sua primeira infância seu pai se dedicou à pecuária e ao trabalho de escritório, e que teve uma carreira de sucesso no setor bancário, chegando a ser presidente do *El Centro National Bank*.

Em 1965 Fuller publicou um artigo denominado *Irrigation and Tyranny*, que faz parte do catálogo de um livro onde ele argumenta que, historicamente, os problemas de irrigação têm sido associados à tirania¹². Na primeira página desse texto, Fuller diz que passou a maior parte da sua infância e da sua juventude em áreas desérticas recuperadas, que eram totalmente dependentes da água que vinha do Rio Colorado. Essa área era denominada *Imperial Valley*, localizada no sudeste da Califórnia e, segundo Fuller, sofria com inundações, de forma que muitas das memórias mais vívidas de sua infância estão ligadas ao problema de inundação e irrigação. Segundo o autor, esses eventos faziam com que a comunidade residente vivesse pensando que o Rio Colorado poderia “decidir voltar para o Vale”, no sentido de que a qualquer momento ele poderia inundar¹³.

Fuller relata que, onde residia, em razão da vulnerabilidade em relação ao problema da irrigação, havia um forte senso de comunidade, tal como ele nunca experimentou em outras circunstâncias. As questões políticas da comunidade giravam sempre em torno desse problema, de modo que todos possuíam um sentimento de participação nos debates e assuntos do Distrito:

In all this there was nothing remotely suggesting tyranny or autocratic government. Instead there was a strong sense of community such as I have never experienced since. The political issues under most earnest discussion were those affecting the Irrigation District, and everyone had a sense of participating in the affairs of the District. We were all parts, one of another, and we knew it. One who has had this sort of experience

⁸ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984.

⁹ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002.

¹⁰ LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011.

¹¹ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 3.

¹² É o que Nicola Lacey diz na nota de rodapé 28 do seu artigo.

¹³ FULLER, Lon L. Irrigation and Tyranny. In: **Stanford Law Review**, vol. 17, n. 6, jul. 1965, p. 1.022.

will be left, as I have been, with a lasting skepticism toward the notion that the frontier was a place of "individualism" where every man faced nature by himself. One does not conquer a desert-nor, I suspect, a forest-alone¹⁴.

Em tudo isso não havia nada que sugerisse remotamente tirania ou autogoverno crítico. Em vez disso, havia um forte sentido de comunidade, tal como nunca experimentei desde então. As questões políticas sobre as discussões mais sérias foram aquelas que diziam respeito ao Distrito de Irrigação, e todos tiveram um sentimento de participação nos assuntos do Distrito. Éramos todos partes, um do outro, e nós sabíamos disso. Alguém que teve esse tipo de experiência ficará, como fiquei, com um ceticismo duradouro em relação à noção que a fronteira era um lugar de "individualismo" onde cada homem enfrentava a natureza por si mesmo. Não se conquista um deserto – nem, suspeito, uma floresta – sozinho. (tradução nossa).

Assim, perceba-se que Fuller trouxe consigo uma noção de comunidade muito especial, próxima da realidade que foi enfrentada recentemente no Estado do Rio Grande do Sul, no Brasil, que sofreu com o problema das cheias em mais da metade do Estado, quando um senso de comunidade indescritível e sem precedentes nasceu entre as pessoas. Fuller, no entanto, não experimentou essa realidade como uma exceção. Parece que essa era, de fato, o normal para ele, o que explica muito sobre a noção que cultivava acerca do papel das instituições públicas na vida em comunidade e acerca de como o ser humano se organiza em prol de um empreendimento coletivo, especialmente no que diz respeito à ordenação dos processos, algo com que Fuller tinha especial preocupação.

Sua mãe faleceu quando ainda era criança, de modo que foi criado pelo pai e pela madrasta. Em 1926 casou-se com Florence Gail Thompson, com quem teve dois filhos e permaneceu casado até o fim da vida de Gail, em 1960. No final de 1960, Fuller casou-se com Marjorie D. Chappell¹⁵, ou, simplesmente Marnie, conforme chamou carinhosamente Kenneth Winston na dedicatória de sua obra.

Formou-se em economia, em Berkeley e depois em Stanford, graduando-se em 1924. Em 1926 formou-se no doutorado, quando ingressou na área do Direito e seguiu a vida acadêmica. Inicialmente lecionou na Universidade de Oregon, passou para Illinois em 1928, para Duke em 1931 até, finalmente, chegar na Universidade de Harvard em 1939, onde lecionou pelo resto de sua vida e ocupou a cátedra a partir de 1948. Aposentou-se em 1972 e, por fim, faleceu em 1978¹⁶.

¹⁴ FULLER, Lon L. Irrigation and Tyranny. In: **Stanford Law Review**, vol. 17, n. 6, jul. 1965, p. 1.022.

¹⁵ LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: Lacey, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 10.

¹⁶ LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: Lacey, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 11.

Além da carreira acadêmica, Fuller trabalhava na prática por meio da advocacia, o que influenciou também as suas formulações acadêmicas, muito centradas em questões da *práxis* jurídica da época. Descrito por Lacey como um “homem de tremenda energia e imaginação”, Fuller ajudou na construção de instituições dentro e fora de Harvard e era lembrado por seus colegas com muito respeito e afeto, como sendo um homem modesto e amigável, que havia contribuído fundamentalmente para a educação jurídica:

A man of tremendous energy and imagination, Fuller was actively engaged in institution-building both at and beyond Harvard. His Harvard colleagues remembered him with respect and affection as a modest, friendly man who had made a key contribution to legal education. Deeply involved in debates about curriculum development at Harvard, he chaired from 1944-47 the Law School's Committee on Legal Education, crafting reforms which, during the next decade, reshaped both the substance of the curriculum and teaching methods, and advocating in 1946 the establishment of an Institute in International Legal Studies focused on comparative law and on educating American lawyers in the law of other jurisdictions, and overseas scholars in American law¹⁷.

Um homem de tremenda energia e imaginação, Fuller esteve ativamente engajado na construção de instituições dentro e fora de Harvard. Seus colegas de Harvard lembravam dele com respeito e afeto como um homem modesto, amigável, que constituiu consideravelmente para a educação jurídica. Profundamente envolvido em debates sobre o desenvolvimento curricular em Harvard, ele presidiu de 1944 a 1947 o Comitê de Educação Jurídica da Faculdade de Direito, elaborando reformas que, durante a década seguinte remodelou a substância do currículo e dos métodos de ensino, e defendeu, em 1946, o estabelecimento de um Instituto de Estudos Jurídicos Internacionais focado no direito comparado e na educação de advogados americanos no direito de outras jurisdições, e acadêmicos estrangeiros em direito americano. (tradução nossa).

Veja-se, a partir da citação acima, a importância de Fuller não apenas como pesquisador engajado em contribuições filosóficas para o Direito, mas também como um agente político do ensino jurídico em uma das maiores universidades do mundo. Fuller tinha uma preocupação com o ensino do Direito que era muito admirável. Ao mesmo tempo em que percorria as águas do pensamento mais profundo e crítico sobre o fenômeno jurídico e sobre a sociedade, também tinha a capacidade de subir até o raso para, didaticamente, ensinar àqueles que estavam no início de seus aprendizados. Não atoa escreveu uma das obras literárias mais clássicas do Direito, estudada até os dias atuais, inclusive no Brasil: *O Caso dos Exploradores de Caverna*, um dos únicos livros de Fuller traduzidos para o português, em que o autor criou um caso hipotético extremo e simulou as diferentes decisões dos juízes que decidiram esse caso hipotético. Isso para apresentar aos seus alunos como os juízes decidem, quais as diversas correntes jurídicas

¹⁷ LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 11.

adotadas por eles e as nuances de um julgamento. A partir dessa pequena obra é possível travar discussões importantíssimas em sala de aula.

Mais do que apenas ser uma forma literária de representação das complexidades do Direito ou da variedade de interpretações que um mesmo caso pode ocasionar — pois esse é um dos maiores motivos por ela ser recordada —, a obra, através das decisões de vários ministros fictícios acerca de um caso concreto, considerado um *hard case*, resgata escolas do pensamento jurídico, diferentes conceitos sobre o que é o Direito e, principalmente, é uma grande denúncia àquilo que o Direito não deve ser.

Revela-se, portanto, não apenas um filósofo do Direito, mas também um autêntico *professor*, apaixonado por literatura e preocupado em democratizar o conhecimento. Segundo Lacey, Fuller estava ativamente preocupado em garantir que materiais adequados para o estudo da *jurisprudence* e dos contratos estivessem disponíveis de forma acessível aos estudantes, e era conhecido como um professor popular, por falar a língua dos seus alunos. Lacey, ainda, traz o relato importante de um aluno, em que ele diz que o terror nunca foi um elemento presente nos métodos de ensino de Fuller¹⁸. Veja-se, portanto, que apesar de ter vivido em um contexto que havia acabado de atravessar as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, quando a violência e a truculência eram uma realidade na vida social, e apesar de ter vivido em uma época em que a educação não era conduzida com humanidade, Fuller ia na contramão do seu tempo e adotava uma postura humana e aberta, pautada no tratamento digno do aluno. Essa perspectiva, portanto, possui muita relação com o modo com o autor compreende o Direito e com o modo como ele desenvolveu a sua teoria (isso ficará mais bem demonstrado ao longo dos próximos capítulos). Fuller tinha uma preocupação com a *interpessoalidade*, com uma construção coletiva da sociedade em detrimento do autoritarismo arbitrário.

Lacey, ainda, traz a informação de que Fuller auxiliou a encontrar um cargo adequado para Hans Kelsen quando ele fugiu para os Estados Unidos como refugiado político. Essa informação Lacey retirou de uma carta escrita por Fuller para Dean Paul William, um dos possíveis empregadores universitários, guardada nos arquivos da Universidade de Harvard. Na carta, Fuller defende os méritos de Kelsen e pede um salário adequado para o amigo¹⁹.

¹⁸ LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 12.

¹⁹ Ver a nota 40 do artigo de LACEY: Lacey, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 13.

Lacey também comenta sobre o fato de Fuller ter sido um democrata de longa data, defendendo por muitos anos a candidatura de Richard Nixon à presidência dos Estados Unidos em 1960 e engajando politicamente em campanhas e instituições²⁰.

A importância de Fuller como jurista é descrita por Summers no sentido de que ele abordou as facetas morais do Direito e o papel do valor e da razão. O autor acredita que Fuller, mais do que qualquer pensador antes dele, enfatizou a finalidade essencial do Direito e a qualidade orientadora dos propósitos, bem como da necessidade deles. Ele mostrou, nas palavras de Summers, que as noções de valor, ou seja, daquilo que o Direito *deve ser*, figuram na própria existência do Direito (de regras e de outros preceitos jurídicos)²¹. Para Summers, Fuller mostra que é impossível traçar linhas nítidas entre o Direito e a moral, ou seja, em desconjuntar as duas esferas da experiência humana. Em contraposição forte ao positivismo jurídico, Fuller traz uma visão importantíssima e muito original (para a época), qual seja, a de que a validade de uma norma depende, também, da qualidade do seu conteúdo, e não apenas da autoridade da sua fonte. Os critérios de conteúdo não podem ser capturados em um teste-mestre²². Resume, portanto, a importância de Fuller no seguinte sentido:

In his time Fuller was the leading standard-bearer of secular "natural law" theory in the English-speaking world. His stress on reason in law, on its purposes, on its content rather than just its sources, and on the internal morality of certain legal processes qualified him as a robust yet distinctive participant in the secular natural law tradition²³.

Em sua época, Fuller foi o principal porta-estandarte da teoria secular da “lei natural” no mundo da língua inglesa. A sua ênfase na razão do direito, nos seus propósitos, no seu conteúdo e não apenas nas suas fontes, e na moralidade interna de certos processos jurídicos qualificaram-no como um participante robusto, mas distinto, na tradição secular do direito natural. (tradução nossa).

Summers também enfatiza a originalidade do conceito de Direito elaborado por Fuller, que abrange processos jurídicos de ordenação contratual, mediação, adjudicação, legislação etc. Trata-se, portanto, de uma visão ampla do que é, afinal, o Direito, e que será melhor desenvolvida no segundo capítulo da presente Dissertação. O que importa referir, nesse momento, é a importância do autor para o Direito. Summers enfatiza o fato de Fuller ser o primeiro teórico a trazer a noção de um “processo jurídico” como uma unidade fundamental

²⁰ LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 13.

²¹ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 1.

²² SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 1.

²³ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 1.

para a compreensão do que é o Direito, para além da noção do que é uma “regra jurídica”. Ele explora, portanto, as exigências internas desses vários processos jurídicos. Assim, Summers o qualifica como um dos principais teóricos dos “meios-fins” no pensamento social moderno²⁴, que contribuiu para o debate sobre a relação entre os fins substanciais eleitos pelos seres humanos e os meios elegidos para alcançá-los.

Para Andrea Porciello, Fuller foi um dos mais importantes e originais filósofos do Direito do século passado, cuja importância, sobretudo no que se refere à sua capacidade de remodelar o cenário da teoria jurídica da sua época, equivale a de autores como Cardozo, Holmes, Llewellyn, Radbruch, Hart e Dworkin²⁵.

Para David Luban, Lon Fuller é o maior filósofo americano a dedicar atenção séria à ética dos advogados, comparando-o, inclusive, à Platão. Em suas palavras, “não é absurdo mencionar Platão e Fuller no mesmo fôlego”, e “é o autor mais satisfatório e sugestivo do século XX em teoria do Direito, o único que une com sucesso o abstrato e o concreto, no sentido de que sua filosofia emerge perfeitamente da prática do Direito”²⁶.

Porém, Luban identificou o que todos os outros que comentam sobre Fuller também identificaram: nas últimas décadas, seus escritos caíram no esquecimento, de modo que a comunidade jurídica, especialmente os estudiosos da filosofia do Direito, não aprofundam em suas formulações com suficiência:

In the past three decades, Fuller's writings have fallen into partial eclipse. Philosophy of law students will probably read nothing of Fuller's work beyond - at most - the Problem of the Grudge Informer, the King Rex parable, and perhaps the discussion of legal interpretation excerpted from his debate with Hart. The Law In Quest of itself and Anatomy of the Law are out of print; Fuller's name does not appear even in the index of George Fletcher's recent and admirable introductory textbook on jurisprudence. Yet, in many ways, Fuller is the most satisfying and suggestive twentieth century writer on jurisprudence the only one, in my view, who successfully knits together the abstract and the concrete, in the sense that his philosophy emerges seamlessly from the practice of law. What accounts for his neglect among legal scholars and students?

Nas últimas três décadas, os escritos de Fuller caíram em um eclipse parcial. Estudantes de filosofia do direito provavelmente não lerão nada do trabalho de Fuller além de – no máximo – Problem of The Grudge Informer, a parábola do Rei Rex, e talvez a discussão sobre interpretação jurídica extraída do debate com Hart. The Law In Quest of Itself e Anatomy of the Law estão fora de catálogo; o nome de Fuller não aparece nem no indexador da recente e admirável introdução de George Fletcher sobre jurisprudence. No entanto, de muitas maneiras, Fuller é o escritor mais satisfatório e sugestivo do século XX sobre jurisprudence, o único, na minha opinião, que une com

²⁴ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 2.

²⁵ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 11.

²⁶ LUBAN, David. Rediscovering Fuller's Legal Ethics. In: **Georgetown Journal of Legal Ethics**, Amsterdam University Press, 1998, p. 801-802.

sucesso o abstrato e o concreto, no sentido de que sua filosofia emerge perfeitamente da prática do direito. O que explica sua negligência entre acadêmicos e estudantes de direito? (tradução nossa).

Muito recentemente, contudo, Fuller retorna aos palcos da filosofia do Direito, o que somente foi possível a partir de um interesse de estudiosos que perceberem que muitas das críticas e formulações feitas ao positivismo jurídico e suas problemáticas foram inicialmente apontadas por Lon Fuller, antes mesmo de diversos autores importantíssimos como Ronald Dworkin, Robert Alexy etc. Fato curioso é que, segundo Frederick Schauer, na época dos primeiros autores positivistas, como Austin e Bentham, eles não eram assim denominados. Ambos falavam em termos de “direito positivo”, e foi assim por muito tempo. O uso da palavra “positivismo” para descrever uma teoria jurídica, regime ou movimento surgiu pela primeira vez no início do século XX, tornando-se substancialmente mais visível pelo próprio Lon Fuller, em 1940, com a obra *The Law in Quest of Itself*²⁷.

Isso, por si só, demonstra a importância que Lon Fuller teve na construção filosófica de muitas das críticas que, posteriormente, foram sendo desenvolvidas por autores anti-positivistas. É possível dizer que Fuller foi um dos primeiros grandes juristas anti-positivistas, que forneceu importantes *insights* aos autores que vieram depois, ainda que ele não tenha sido suficientemente referido e citado por esses autores.

Há, contudo, um motivo pelo qual Fuller ficou tanto tempo escondido no limbo da filosofia jurídica, sem o reconhecimento que merecia, e esse motivo deve-se, resumidamente, ao fato de que todas as suas formulações e críticas eram contrárias à teoria jurídica dominante da época: o positivismo jurídico, desde sua vertente analítica e tradicional até as formulações de Hart, do positivismo inclusivo, e Kelsen, do positivismo normativo. Sua crítica era direcionada às próprias bases filosóficas do positivismo jurídico, o que representava um combate geral a essa escola.

Nesse sentido, Fuller desafiava o *status quo*, rejeitava completamente os movimentos jurídicos predominantes de seu tempo. Resultado disso é que a comunidade jurídica da época tinha grande resistência em aderir às suas formulações, de modo que Fuller era muito rechaçado pelo contexto. Assim, grande parte do seu esquecimento deve-se ao inimigo que ele pretendia combater: o contexto positivista da época.

Nas palavras de Porciello, a filosofia do Direito, tanto a europeia quanto a estadunidense, com algumas exceções ocasionais, explorou de forma escassa a produção

²⁷ SCHAUER, Frederick. Positivism Before Hart. In: Freeman, Michael; Mindus, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013, p. 271.

intelectual de Fuller, tratando-o de forma incompleta e descontextualizada, assumindo uma postura de banalidade e renegando Fuller por muito tempo a um autêntico limbo, fazendo perder, também, o seu significado²⁸.

Porciello dedica longas páginas para explicitar o argumento de alguns autores sobre os motivos pelos quais Fuller foi renegado, por décadas, pela filosofia jurídica. Explica que, por exemplo, Matthew Kramer diz que a formulação de Fuller sobre os oito princípios da moralidade interna são confusas e inadequadas, apesar de ser uma contribuição válida. Diz que David Dyzenhaus afirma justamente o contrário, ou seja, que as causas desse desinteresse em Fuller se dá porque ele teria colocado a principal questão da teoria do Direito (a relação entre Direito e moral) de uma forma tão inédita que a filosofia da sua época não conseguiu apreciá-la adequadamente. David Luban, no entanto, atribui esse desinteresse a diversos fatores, dentre eles o fato de que Fuller, em seu primeiro grande texto, *The Law in Quest Of Itself*, concentra-se em um grupo de autores que nenhum filósofo dos anos 60 teria lido seriamente. Outros autores, como Brian Bix e Paul Cliteur, sustentam que a explicação mais lógica deve ser buscada em um aspecto teórico particularmente problemático e raramente esclarecido: o fato de que em sua teoria Fuller apresenta um forte elemento “fideístico” e um “excessivo otimismo”, o que teria levado Fuller a superestimar o potencial do seu sistema teórico.

Porciello rechaça, ao menos parcialmente, todos esses argumentos. Segundo ele, é verdade que Fuller pode não ter facilitado a compreensão e, com isso, a difusão de sua obra, mas quando se lê com a perspectiva correta, o pensamento de Fuller adquire uma coerência e clareza pouco esperadas. Da mesma forma, entende não ser conclusiva a explicação de Dyzenhaus, porque, em sua concepção, apesar de a moralidade interna do Direito representar uma conexão entre Direito e moralidade um tanto nova e inusual para a época, é estranho supor que seus críticos mais conhecidos (Hart, Cohen, Dworkin, Raz e Kraemer) não a tenham compreendido. Afirma que os críticos falam com conhecimento sobre a teoria de Fuller, mas simplesmente não compartilham dela. Em relação ao argumento de Luban, Porciello acredita até que a hipótese parece verossímil, mas afirma que o único autor não muito conhecido no país naquela época citado por Fuller era Somló. Os demais autores analisados criticamente por Fuller eram conhecidos da época, como Austin, Holmes e Kelsen, que pertenciam ao *mainstream* da teoria do Direito. Por essa razão, o argumento de Luban para explicar o desinteresse em Fuller ao longo das últimas décadas não se sustenta. E sobre o argumento de Brian Bix e Paul Cliteur, Porciello responde dizendo que, para compreender esse otimismo e aspecto de fidelidade

²⁸ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 13.

trazido por Fuller, é necessário pôr o seu pensamento em sua justa ótica e a partir dos pressupostos corretos, sobretudo metodológicos, para compreender o seu ponto. Em outras palavras, tentar compreender Fuller a partir dos aportes metodológicos do positivismo jurídico, de fato, colocará o autor em uma posição de ingenuidade, mas quando situado em seus pressupostos corretos, a sua teoria se torna coerente e complexa:

Como se demostrará, la idea es que si Hart y los demás positivistas han considerado a Fuller un filósofo ‘naif’, ingenuo o particularmente optimista, es porque han leído sus propuestas a partir de presupuestos erróneos; a los ojos de un teórico que da prevalencia al derecho explícito respecto al implícito o que, a pesar de tantos correctivos operados a la teoría imperativista, insiste en concebir el derecho como el conjunto de relaciones ‘verticales’ entre gobernadores y gobernados, efectivamente muchas de las tesis de Fuller solo pueden parecer ingenuas²⁹.

Como se demonstrará, a ideia é que, se Hart e os demais positivistas consideraram Fuller um filósofo “ingênuo”, simplista ou particularmente otimista, isso se deve ao fato de que leram suas propostas a partir de pressupostos equivocados; aos olhos de um teórico que dá prevalência ao direito explícito em relação ao implícito ou que, apesar de tantas correções feitas à teoria imperativista, insiste em conceber o direito como um conjunto de relações “verticais” entre governantes e governados, de fato muitas das teses de Fuller só podem parecer ingênuas. (tradução nossa).

Ao final, Porciello conclui que o motivo pelo qual Fuller foi esquecido, nas últimas décadas, pela filosofia do Direito predominante, está no fato de que o autor não pertencia a nenhuma escola do pensamento jurídico reconhecida na época, e a sua orientação intelectual não pode ser facilmente rastreada, tratando-se de um filósofo do Direito a quem não se pode dar um rótulo:

En mi opinión, aun compartiendo en parte las razones hasta aquí expuestas, la explicación más probable y razonable de tal obscurity (tal vez descuidada a causa de su evidente banalidad) está en el hecho de que Fuller, a diferencia de Austin, Holmes, Kelsen, Hart y los demás grandes intérpretes de la filosofía del derecho de los últimos dos siglos, no pertenece a ninguna escuela, no es reconducible fácilmente a una sola orientación intelectual: Fuller aparece como un filósofo del derecho al que no se le puede poner una etiqueta conceptual³⁰.

Na minha opinião, ainda que compartilhe em parte as razões expostas até aqui, a explicação mais provável e razoável de tal obscuridade (talvez negligenciada por sua aparente banalidade) está no fato de que Fuller, ao contrário de Austin, Holmes, Kelsen, Hart e dos demais grandes intérpretes da filosofia do direito dos últimos dois séculos, não pertence a nenhuma escola, não é facilmente reconduzível a uma única orientação intelectual: Fuller aparece como um filósofo do direito ao qual não se pode atribuir uma etiqueta conceitual. (tradução nossa).

²⁹ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 20.

³⁰ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 20.

Porém, independentemente dos inúmeros motivos, um deles é unânime entre os estudiosos de Fuller: o de que ele foi renegado pela comunidade jurídica da época (repercutindo os efeitos dessa renegação inclusive décadas depois) porque travou uma árdua batalha contra o *establishment* e a filosofia jurídica dominante da época. Esse, pois, o principal motivo que deixou Fuller na prateleira por tantos anos.

Summers traz parte da resposta que se pretende chegar nesse primeiro momento, qual seja: *contra quem* Fuller estava falando quando estruturou a sua teoria da moralidade interna do Direito? Segundo o autor, os três principais alvos de Fuller eram: **1)** o positivismo jurídico britânico e europeu, teoria jurídica que era dominante na Inglaterra durante a maior parte do século; **2)** o método jurídico formalista, principalmente no que diz respeito à interpretação e aplicação do Direito; e **3)** o instrumentalismo pragmático, considerado por Summers como uma síntese do pragmatismo, da jurisprudência sociológica e de certos princípios do realismo jurídico que se tornaram a teoria jurídica dominante nos Estados Unidos³¹.

Quando Fuller começou a ganhar certa relevância, antes mesmo de desenvolver a sua obra principal, em razão de ter publicado alguns artigos sobre ficções jurídicas na *Illinois Law Review*, uma nova teoria do Direito ganhou relevância e começou a revolucionar o pensamento jurídico americano: o instrumentalismo pragmático, descrito por Summers como “resolutamente anti-formalista”³². A partir dessa concepção, aduz Summers, acreditava-se que o Direito era essencialmente um instrumento feito pelo ser humano para servir a fins práticos, de modo que conceitos jurídicos pré-existent não necessariamente influenciam as decisões judiciais. Entendia-se, portanto, que os juízes possuem liberdade para legislar. Trata-se da visão pragmatista do Direito, no sentido de que não há como fazer controle judicial nem controle legislativo sem apostar na subjetividade dos juízes.

Segundo Summers, Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound, John Dewey e John Chipman Gray foram os principais autores dessa abordagem pragmatista na época, sendo que na década de 1930 essa visão foi mais impulsionada por autores da escola do realismo jurídico³³.

Angela Vidal também afirma o mesmo que Summers, no seguinte sentido:

Sua teoria se opõe, principalmente, às seguintes escolas:

a) Escola realista americana, incluindo Holmes, Cardozo e Lewellyn, por reduzir o Direito a uma ciência prática, desprezando seu embasamento filosófico. O simplista “olhe e veja precisamente o que é; reconheça e só”, no sentido de apenas constatar a realidade social para regulá-la, sem aprofundar nela, pode levar a consequências atroz, se não a curto, pelo menos a médio e longo prazo. O Direito para Fuller não

³¹ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 2.

³² SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 4.

³³ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 4.

só representa a regra da razão mas a do bom-senso. É a profissão daqueles que querem pensar além, sem encerrarem-se em moldes artificiais.

b) Opõe-se ao positivismo de diversas formas: critica Austin por entender o Direito como um comando político superior, que não daria conta do particular com justiça, combatendo a verticalidade imperativa através da horizontalidade própria da reciprocidade. Critica também outras teorias, como a de Hoebel, que vincula o Direito à coerção e à força de quem pode exercê-la. Explica que seria como definir ciência pelos aparelhos que utiliza. Kelsen, por sua vez, em seu entender, reduz essência do Direito à pirâmide do poder do Estado, abstraindo seu propósito. Lamenta as consequências dessa proposta para a filosofia do Direito. Comenta que o Direito, reduzido ao simples exercício do poder - ainda que hierarquicamente organizado - poderia até garantir o "não contraditório", mas acaba por negar todo o resto. Questiona ainda as teorias que definem o Direito como ordem pública. Mas de que tipo? E como definir a essência pelo resultado.

c) Critica o cientificismo, explicando que as ciências naturais cultivam a habilidade de prever e controlar os fenômenos naturais ou pelo uso dos instrumentos, ou para chegar à generalidade. Conta com os erros e acertos dos anteriores, em busca da verdade. Daí, a possibilidade da fidelidade científica que trata de realidades, em geral, necessárias. Mas o mesmo critério não pode ser adequadamente aplicado onde a liberdade impera. Como reitera Finnis, citando Fuller, os juristas tendem a considerar a legalidade em termos de "ou isto-ou-aquilo", ou "branco ou negro". A ciência, no Direito, está vinculada ao elemento humano que comporta algo mais do que o movimento material. Critica também o empirismo pela rejeição do propósito, pois para Fuller há uma conexão entre o descritivo e o normativo, ou seja, o que é e o que deveria ser³⁴.

Na introdução da obra em que Winston reuniu diversos textos originais de Fuller, o comentador também afirmou que ele foi um dos primeiros críticos dos excessos do realismo jurídico, e teceu, logo depois, diversas questões que Fuller travou contra o positivismo jurídico³⁵. Andrea Porciello também afirma que Fuller foi crítico do realismo jurídico estadunidense, sobretudo na versão oferecida por Holmes, Gray y Llewellyn³⁶.

Veja-se, com isso, que os principais comentadores de Fuller são unânimes quanto ao problema que Fuller pretendia atacar. Essencialmente, ele pretendia contradizer as teses fundamentais do positivismo jurídico da época e isso ficou muito explícito em toda a sua obra, desde os textos iniciais de sua carreira até os textos finais. Ao fazer isso, Fuller contradisse justamente os pressupostos filosóficos do positivismo jurídico que, conforme será argumentado adiante, estão enraizados em perspectivas empiristas. Nesse contexto, contestou também algumas questões defendidas pelo movimento do realismo jurídico.

Em 1934 Fuller publicou, na *Harvard Law Review*, artigo intitulado *American Legal Realism*, em que desenvolveu uma avaliação crítica ao realismo jurídico em geral e, especialmente, o de Karl Llewellyn, que foi, no entendimento de Fuller, um dos autores que

³⁴ A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013, p. 48-49.

³⁵ WINSTON, Kenneth. Introdução. In: **The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller**. rev. Hart Publishing, 2002, p. 11.

³⁶ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo: el antipositivismo de Lon L. Fuller**. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 22.

mais conseguiu, na época, consolidar a abordagem do realismo jurídico. Anos depois, em 1978, Robert Summers publicou artigo na *Cornell Law Faculty Publications*, defendendo que as teses de Fuller também serviriam para contradizer os próprios fundamentos do realismo jurídico, que, segundo ele, fundia os princípios do pragmatismo filosófico e da jurisprudência sociológica, e era a filosofia dominante naquele momento. Afirma, ainda, que os escritos de Fuller, mais do que de qualquer outro teórico de sua época, forneceram os corretivos necessários ao instrumentalismo pragmático³⁷.

Veja que, com exceção do positivismo jurídico, Fuller não foi tão enfático com o movimento realista. Isso, porque, em um certo sentido, tinha mais afinidade com ele do que com o positivismo jurídico. Não por uma questão de aderência às suas teses, mas sim por uma questão de enxergar no movimento do realismo jurídico menos “hipocrisia” e mais certeza jurídica que no positivismo jurídico.

Há um motivo responsável por Fuller considerar que o movimento realista trazia mais certeza jurídica às decisões judiciais, mas todas essas questões serão melhores tratadas nos subtítulos desse capítulo (assim, será necessário continuar lendo o presente trabalho para descobrir). O que importa referir, nesse momento, é que Summers traz o realismo jurídico como um dos movimentos aos quais Fuller criticava, apesar de não travar uma batalha rígida contra seus autores do modo como fez com os autores positivistas:

There is no question where Fuller stood: he was on the side of the instrumentalists. However, though he was as much an anti-formalist as most realists, he did not belong to the realist wing of American pragmatic instrumentalism. Fuller himself saw his on legal method as closer to that of the French theorist Robert Pothier than to that of Llewellyn or Cook. He repudiated the realist views that the law is to be found in the behavioral patterns of judges, and that legal theory may be reduced to an empirical science. His struggle against scientism in law became a lifelong affair. Fuller also rejected such extreme positions of certain realists as their disregard of the reasons judges actually give, their conceptual nihilism, and their moral skepticism³⁸.

Não há dúvida de qual era a posição de Fuller: ele estava do lado dos instrumentistas. No entanto, embora fosse tão anti-formalista como a maioria dos realistas, não pertencia à ala realista do instrumentalismo pragmático americano. O próprio Fuller via seu próprio método jurídico mais próximo do teórico francês Robert Pothier do que daquele de Llewellyn ou Cook. Sua luta contra o cientificismo no direito tornou-se um assunto para toda a vida. Fuller também rejeitou posições extremas de certos realistas, como o desrespeito pelas razões que os juízes apresentam, o niilismo conceitual e o ceticismo moral. (tradução nossa).

³⁷ SUMMERS, Robert S. Professor Fuller 's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law. In: **Cornell Law Library**, Paper 1351, 1978, p. 433.

³⁸ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 4.

Summers conta que Fuller, quando passou a lecionar em Harvard, escreveu para Karl Llewellyn que seu papel na universidade era de servir como uma espécie de “contrapeso à abordagem excessivamente legalista e conceitualista” de alguns de seus colegas³⁹. Veja-se, portanto, que ele não apenas, de fato, *remava contra a maré*, mas também se entendia dessa forma. Era assim que ele se identificava: um contraponto profundo ao positivismo jurídico e às abordagens extremamente práticas do realismo jurídico. Para Kristen Rundle, Fuller era considerado uma espécie de *outsider* entre os intelectuais da filosofia jurídica do século XX:

Lon L Fuller was something of an outsider within the intellectual climate of midtwentieth century legal philosophy, which during his time came to be increasingly dominated by the legal positivist jurisprudence of HLA Hart. Today, among contemporary legal philosophers, Fuller still remains mostly known as the natural lawyer who apparently lost the debate about the connection between law and morality to his analytically superior opponent, with the consequence that his contribution to legal philosophy has often been cast in terms that suggest he offers little to enlighten the enduring debates of the discipline⁴⁰.

Lon L Fuller era uma espécie de “fora da caixa” da filosofia jurídica de meados do século XX, que durante sua época passou a ser cada vez mais dominada pelo positivismo jurídico de HLA Hart. Atualmente, entre os filósofos jurídicos contemporâneos, Fuller permanece sendo conhecido como o advogado natural que aparentemente perdeu o debate sobre a conexão entre direito e moral para o seu oponente analiticamente superior, tendo como consequência o fato de que a sua contribuição para a filosofia jurídica muitas vezes foi sugerida como se ele oferecesse pouco para os debates da disciplina. (tradução nossa).

Veja-se que Rundle, na citação acima, faz referência ao debate ocorrido entre Lon Fuller e H. L. A. Hart, em 1957, na *Harvard Law School*. O debate Hart-Fuller foi considerado um dos mais ricos e importantes da Teoria do Direito, e Fuller, na contramão de sua época, tecia considerações importantíssimas contra o positivismo jurídico antes mesmo de Ronald Dworkin e Robert Alexy liderarem essa oposição.

Porém, sua época era marcada pelo positivismo, de modo que suas reflexões, além de não serem devidamente consideradas pela comunidade jurídica da forma como deveriam ter sido, também não foram devidamente compreendidas. Fuller de fato era um “peixe fora da água”, a quem não foi dado o devido interesse.

Nas palavras de Andrea Porciello, se Fuller tivesse nascido trinta anos mais tarde, muito provavelmente ele seria considerado tão importante quanto Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Nino, como sendo um expoente do neoconstitucionalismo. Isso, porque nos anos trinta,

³⁹ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 6.

⁴⁰ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 01.

quarenta e cinquenta, sobretudo em território de *common law*, ou se era positivista da vertente analítica ou realista, ou não se era nada:

[...] hace legítimo preguntarse qué tipo de filósofo del derecho fue Lon Fuller. [...] Si Fuller hubiera nacido treinta años más tarde, y si hubiera propuesto sus ideas a partir de los años sesenta, con toda probabilidad hoy estaría considerado (al menos en Italia y en el ámbito latino en general) junto a Dworkin, Alexy y Nino, como un exponente del movimiento neoconstitucionalista. [...] En los años treinta, cuarenta y cincuenta del siglo pasado, sobre todo en territorio common law, o se era positivista, en la vertiente analítica o realista, o si no, no se era nada, y es en esta nada donde está Fuller, y también en algunos aspectos Gustav Radbruch cuando, después de la segunda guerra mundial, contaminó el iuspositivismo con elementos de derecho natural, perdiendo así la certeza de su propia identidad científica⁴¹.

[...] torna-se legítimo perguntar que tipo de filósofo do direito foi Lon Fuller. [...] Se Fuller tivesse nascido trinta anos depois, e se tivesse proposto suas ideias a partir dos anos sessenta, com toda probabilidade hoje seria considerado (ao menos na Itália e no âmbito latino em geral) junto a Dworkin, Alexy e Nino, como um expoente do movimento neoconstitucionalista. [...] Nas décadas de trinta, quarenta e cinquenta do século passado, especialmente em territórios do common law, ou se era positivista, na vertente analítica ou realista, ou então não se era nada, e é nesse nada que está Fuller, e também, em alguns aspectos, Gustav Radbruch quando, depois da Segunda Guerra Mundial, contaminou o iuspositivismo com elementos de direito natural, perdendo assim a certeza de sua própria identidade científica. (tradução nossa).

Para Porciello, somente a partir dos anos oitenta o silêncio ao redor da figura de Fuller foi rompido, graças a um interesse de estudiosos que iniciaram um autêntico redescobrimento da sua *jurisprudence*⁴².

Veja-se, ainda, que em que pese tenha sido menos reconhecido que Dworkin no Brasil, antes dele Fuller já trazia para o debate o núcleo duro das críticas que, mais tarde, Dworkin vai desenvolver contra o positivismo jurídico, e apesar de não ser possível afirmar com certeza, é muito provável que Dworkin tenha lido e se inspirado nas suas formulações, como disse Summers. Ao contrário de Dworkin, contudo, Fuller saiu mal compreendido. Isso, porque Dworkin nunca assumiu essa influência de forma expressa, deixando, muitas vezes, inclusive, de citá-lo em diversos momentos. A presente Dissertação não abordará sobre as influências de Fuller em Dworkin, mas alguns comentadores de Fuller já falaram sobre isso⁴³.

⁴¹ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 22-23.

⁴² PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 23.

⁴³ Ver, por exemplo, a obra PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019; SUMMERS, Robert S. Lon L. Fuller. Stanford: Stanford University Press, 1984; e COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992.

Além disso, a experiência do nazismo europeu influenciou em grande medida toda a formulação de Fuller acerca do Direito e, especialmente, do seu papel na sociedade. O debate travado com Hart foi um exemplo disso. Summers conta que Fuller foi ativo em defender a intervenção dos Estados Unidos na guerra na Europa, e que escreveu longa carta a Charles A. Lindbergh pedindo para que deixasse de defender a causa alemã. Descreveu Fuller como altamente solidário com a situação dos intelectuais europeus que fugiam do regime nazista, comprometendo-se a ajudar vários deles, incluindo Hans Kelsen⁴⁴. Veja-se, com isso, que toda essa experiência influenciou os escritos de Fuller e, especialmente, a sua compreensão sobre os propósitos e fins do empreendimento jurídico na experiência humana coletiva, bem como a seleção dos procedimentos. A experiência com o nazismo também refletiu nas abordagens de Fuller no pós-guerra, pouco antes da publicação da sua grande obra.

Em que pese ser um dos principais críticos de H.L.A. Hart, é possível dizer que Fuller tinha um grande apreço por ele e que ambos se consideravam amigos. O embate filosófico entre os dois autores de forma alguma fragilizou o respeito que ambos cultivavam entre si. Isso é demonstrável por meio de relatos e cartas deixadas entre os dois. Lacey cita uma carta encaminhada por Hart à Fuller, reservada nos documentos originais guardados na Universidade de Harvard. Hart havia encaminhado seu artigo para os revisores da *Harvard Law Review*, que foram extremamente duros e modificaram a maior parte do texto. Na carta, Hart demonstra seu descontentamento com a postura dos revisores⁴⁵:

Dear Lon,

I was delighted to receive your reply to my poor thing and I am about to get down to it.

Meanwhile a spot of trouble! The L. Rev. boys had mutilated my article by making major excisions of what they think is irrelevant or fanciful. They have made a ghastly mess of it and of the references to Bentham and I have written to say that they must not publish it under my name with these cuts which often destroy the precise nuance. I took great care and much time over what they have coolly cut out.

Could you induce them to be sensible? Such an interference with an author's draft is unthinkable here and I am astonished that that so gross and insensitive a thing should be possible at Harvard.

I have told them if they will undertake to restore the listed cuts I will get down to the unwelcome task of patching it up all over again. But meanwhile I will not return the proof.

⁴⁴ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 7.

⁴⁵ Ver nota 24 do artigo de Lacey: LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 8.

So sorry but it is important to me to get precisely what I said printed. Best of wishes.
I will write anyhow on your reply,

Yours ever

Herbert Hart

Querido Lon,

Fiquei feliz em receber sua resposta ao meu pobre coitado⁴⁶ e estou prestes a começar a trabalhar.

Enquanto isso, houve um problema! Os meninos da revisão mutilaram meu artigo fazendo grandes excisões daquilo que eles consideram irrelevante ou fantasioso. Eles fizeram uma bagunça horrível com as referências a Bentham e eu escrevi para dizer que não deveriam publicá-lo em meu nome com esses cortes que muitas vezes destroem a nuance precisa. Tive muito cuidado e levei muito tempo com o que eles friamente cortaram.

Você poderia induzi-los a serem sensíveis? Tal interferência no rascunho de um autor é impensável aqui e estou surpreso que algo tão grosseiro e insensível seja possível em Harvard.

Eu lhes disse que se eles se comprometessem a restaurar os cortes listados, eu me dedicaria à tarefa indesejável de consertar tudo novamente. Mas enquanto isso não devolverei.

Sinto muito, mas é importante para mim imprimir exatamente o que eu disse. Saudações. De qualquer forma, escreverei na sua resposta,

Com carinho,

Herbert Hart (tradução nossa).

A carta contendo a resposta de Fuller também parece muito cautelosa, demonstrando que, apesar das divergências, ambos tinham carinho, respeito e admiração:

Dear Herbert,

After receiving your letter I went over to the Review and found the President busily engaged in restoring your article to its original form. I am sorry for what they did, though I have to confess that this sort of thing comes close to being standard practice with articles written by American authors. Being near at hand I could save my baby from mayhem. Had I dreamed they would take such liberties with your text, I would have stood over them.

... Give my best to your wife and accept my wishes for a very merry Christmas for both of you

Sincerely

⁴⁶ Referindo-se ao seu artigo encaminhado.

Lon L. Fuller.⁴⁷

Querido Herbert,

Depois de receber sua carta, fui até a Review e encontrei o Presidente engajado em restaurar seu artigo à sua forma original. Lamento o que fizeram, embora deva confessar que esse tipo de coisa chega perto de ser uma prática padrão com artigos escritos por autores americanos. Estando por perto, eu poderia salvar meu bebê do caos. Se eu tivesse sonhado que eles tomariam tais liberdades com o seu texto, eu os teria ignorado.

... Dê os meus cumprimentos à sua esposa e aceite os meus votos de um Feliz Natal para vocês dois

Atenciosamente,

Lon L. Fuller. (tradução nossa).

Ainda, segundo Summers, Fuller passou algumas semanas visitando a Universidade de Oxford em 1967 (anos após o debate com Hart), e foi muito bem recebido por Hart durante sua visita⁴⁸.

Em 1957, Fuller convidou Hart para palestrar na *Harvard Law School*, sendo que ele já era um dos mais renomados juristas da época. À época, Fuller era Catedrático de Jurisprudência da casa e esteve presente ao longo de toda a exposição de Hart. Conta-se a história de que, durante a fala de Hart, Fuller, já conhecido por afirmar um posicionamento anti-positivista, “ia de lá para cá no fundo da sala como um leão faminto”⁴⁹, angustiado com as conclusões que ali estavam sendo concebidas, pedindo, ao final, o direito a sua réplica. O direito foi concedido, oportunizando, naquele momento, um dos debates mais importantes e mais ricos para a teoria do Direito, rendendo, no ano seguinte, a publicação de dois artigos na *Harvard Law Review*: um de Hart, sustentando seus argumentos⁵⁰ (aquele ao qual ele se referia na carta), e um de Fuller, contrapondo-os, agora de forma escrita⁵¹. Posteriormente, os argumentos sustentados nesses dois artigos foram ampliados e desenvolvidos novamente em suas duas grandes obras: *The Concept of Law*, de Hart, e *The Morality of Law*, de Fuller.

Foi a partir da palestra de Hart e, posteriormente, da publicação desses dois artigos que ocorreu o debate Hart-Fuller.

^{47 47} Ver nota 25 do artigo de LACEY: Lacey, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 8.

⁴⁸ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 12.

⁴⁹ LACEY, Nicola. **A Life of H.L.A. Hart**. Oxford University Press, 2004, p. 197.

⁵⁰ H. L. A. Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958.

⁵¹ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958.

Com isso, é possível dizer que a jusfilosofia de Fuller não teve o devido reconhecimento quando o autor ainda estava em vida, em que pese tenha sido bem recepcionado na Universidade de Harvard, onde consta a maior parte dos seus escritos finalizados e não finalizados. Na busca do motivo pelo qual isso ocorreu - uma vez que se trata de um empreendimento filosófico bem estruturado e legítimo para a teoria do Direito -, há aquele já mencionado anteriormente: o contexto no qual Fuller defendeu o seu pensamento. Para Kristen Rundle:

Today, among contemporary legal philosophers, Fuller still remains mostly known as the natural lawyer who apparently lost the debate about the connection between law and morality to his analytically superior opponent, with the consequence that his contribution to legal philosophy has often been cast in terms that suggest he offers little to enlighten the enduring debates of the discipline⁵².

Atualmente, entre os filósofos jurídicos contemporâneos, Fuller permanece sendo conhecido como o advogado natural que aparentemente perdeu o debate sobre a conexão entre direito e moral para o seu oponente analiticamente superior, tendo como consequência o fato de que a sua contribuição para a filosofia jurídica muitas vezes foi sugerida como se ele oferecesse pouco para os debates da disciplina. (tradução nossa).

Como dito anteriormente, alguns juristas estão resgatando o debate Hart-Fuller e considerando que as formulações do jusnaturalista talvez não sejam tão ingênuas quanto pareceram na época. É possível perceber que a moralidade interna e os pressupostos teóricos nos quais ela está sustentada vêm ganhando mais destaque por autores contemporâneos (muito possivelmente esse movimento se dá em decorrência de um avanço histórico e de uma ressignificação das jovens democracias). Jeremy Waldron, por exemplo, considera que Hart nunca ofereceu uma resposta clara à Fuller⁵³. Nicola Lacey analisa e reflete os motivos pelos quais as considerações de Fuller no debate foram pouco reconhecidas na filosofia jurídica inglesa dominante na segunda metade do século XX. Para a autora, Fuller estava em uma inevitável desvantagem no debate, em decorrência da posição que o positivismo jurídico ocupava na época⁵⁴.

A partir de tudo isso, demonstra-se o que foi dito anteriormente, ou seja, que um dos fenômenos jurídicos combatidos por Fuller era, sem sombras de dúvidas, o positivismo jurídico. Não somente o de Hart, em que pese tenha sido contra ele que Fuller tenha debatido e

⁵² RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 01.

⁵³ WALDRON, Jeremy. Positivism and Legality: Hart's equivocal response to Fuller. In: **New York University Review**. Vol. 83:1135, 2008, pp:1135-1169.

⁵⁴ LACEY, Nicola. Out of the witches cauldron? Reinterpreting the context and reassessing the significance of the Hart-Fuller debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**, edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, p. 4.

desenvolvido críticas mais duras e pontuais, mas toda a teoria da moralidade interna é, no fundo, uma grande alternativa à própria escola do positivismo como um todo. Juntamente com isso, Fuller fala também contra o realismo jurídico.

No âmbito da filosofia (e isso tem tudo a ver com o positivismo, como será demonstrado mais à frente), Fuller engajava contra o empirismo. Segundo Summers, os empiristas eram uma grande preocupação para ele, na medida em que eles rejeitavam o “propósito” (*purpose*) como sendo um “princípio de interpretação”. Relatou uma longa carta escrita por Fuller à W. V. Quine, em 1953, em que Quine responde concordando com Fuller e dizendo que, de fato, os cientistas negligenciavam indevidamente o *propósito* como sendo uma categoria para “sistematizar a experiência”, ainda que Quine discordasse da conjunção entre Direito e moral⁵⁵.

H. L. A. Hart não foi o único positivista contra quem Fuller travou um debate direto. Ele também debateu com Ernest Nagel, considerado um positivista lógico, tendo focado suas discussões na questão relativa à dicotomia fato/valor, e sustentando o propósito – *purpose* – e intenção das condutas humanas como importante aspecto valorativo, defendendo, com isso, a impossibilidade de compreender os fenômenos a partir de uma visão separatista entre o fato e o seu valor substancial. De certa forma, ambos os debates discutiram a separação entre o Direito e a moral, entre o *ser* e o *dever ser*.

Os dois positivistas defenderam, no debate com Fuller, que o conceito de Direito não depende de uma vinculação essencial com a moral. É possível uma mera descrição daquilo que o Direito *é* sem, com isso, precisar ingressar na seara daquilo que ele *deve ser*. Fuller, em contrapartida, entendia a problemática dessa afirmação e, mais que isso, defendia a impossibilidade de conceituar o fenômeno jurídico sem, com isso, implicar em um âmbito de moralidade. Ou seja, dizer aquilo que o Direito *é* implica, necessariamente, em dizer aquilo que ele *deve ser*. Fuller insistiu, portanto, no argumento de que:

[...] forms of the law cannot be understood without reference to the purposes of those who brought them into being – notions of what “ought to be” – and that all forms of law are in consequence necessarily value-laden⁵⁶.

[..] as formas do Direito não podem ser compreendidas sem referência aos propósitos daqueles que as trouxeram à existência – noções do que deveria ser – e que todas as formas do direito estão em consequência necessariamente carregadas de valor. (tradução nossa).

⁵⁵ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 9.

⁵⁶ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 9.

Kenneth Winston também traz essa perspectiva quando diz, na introdução de sua obra, que Fuller foi um dos primeiros críticos dos excessos do realismo jurídico e, muito em razão disso, devido a sua “defesa apaixonada” de uma “modesta teoria do ‘direito natural secular’”, ele recebeu uma “audiência bastante antipática da comunidade acadêmica”⁵⁷. Lacey também traz essa afirmação quando diz que Fuller foi, em toda a sua vida, um crítico da ideia de que a argumentação jurídica poderia ser reduzida, ou equiparada, ao raciocínio científico, tal como pretendiam os positivistas⁵⁸.

Então, resumidamente, considerando todas essas questões levantadas, percebe-se que Fuller buscava falar especialmente contra a escola do positivismo jurídico, sua “maior inimiga”. Mas, ao fazê-lo, buscava falar também contra as suas ideias fundamentais, como a tese das fontes sociais, do Direito como um fato social e da aceitação da discricionariedade irrestrita do poder público. Ainda, ao fazê-lo, buscava falar também contra o empirismo e o realismo jurídico, criticando, de maneira geral, todas as filosofias juristas pragmatistas.

Esse, portanto, é o contexto de suas formulações, e a resposta à pergunta formulada no primeiro parágrafo desse item.

1.1 O problema enfrentado por Lon Fuller

1.1.1 Da ascensão à “queda” do jusnaturalismo

Leo Strauss, no terceiro capítulo da obra *Direito Natural e História*, ao explicar a origem da ideia de direito natural, diz que o seu surgimento pressupõe a dúvida em relação à autoridade⁵⁹.

Segundo o autor, para se entender o problema do direito natural, é necessário iniciar não pela compreensão “científica” das coisas políticas, mas pela sua compreensão “natural”, ou seja, pelo modo como as coisas se apresentam na vida política. O que não significa, contudo, que a vida política necessariamente tenha conhecimento do direito natural. Ela já existia bem antes dele, de modo que foi preciso que o direito natural fosse descoberto. Assim, em suas

⁵⁷ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: selected essays of Lon L. Fuller. Durham: Duke University Press, 1981, p. 11.

⁵⁸ LACEY, Nicola. Out of the witches cauldron? Reinterpreting the context and reassessing the significance of the Hart-Fuller debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**, edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, p. 16.

⁵⁹ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 101.

palavras, “a descoberta da natureza necessariamente antecede a descoberta do direito natural. A filosofia é, pois, mais antiga que a filosofia política”⁶⁰.

Strauss define o termo “filosofia” como sendo a busca dos “princípios” de todas as coisas, das “origens” ou das “coisas primeiras”, e, segundo o autor, ela surgiu quando se descobriu a natureza – “o primeiro filósofo foi o primeiro homem que descobriu a natureza”⁶¹. E o sentido da descoberta da natureza não pode ser apreendido se se entende por natureza a “totalidade dos fenômenos”. Isso, porque a descoberta da natureza consiste justamente na divisão entre “fenômenos naturais” e “fenômenos não naturais”, ou seja, possui um sentido essencialmente de diferenciação⁶².

Assim, para Strauss, a descoberta da natureza pela vida política remonta às origens da filosofia, em que se diferenciou pela primeira vez os fenômenos naturais dos fenômenos não naturais, havendo, também, o que ele denomina de “equivalente pré-filosófico”, aquilo que vem antes da filosofia, ou seja, antes da descoberta da natureza pela vida política. E isso, nos termos de Strauss, tem a ver com *autoridade*:

Antes dessa descoberta, o comportamento característico de uma coisa ou de uma classe de coisas era concebido a partir do seu costume ou do seu modo de ser. Quer dizer, não se fazia nenhuma diferenciação fundamental entre os costumes ou modos de ser que são sempre e em toda parte os mesmos e os que diferem de tribo para tribo. O modo de ser do cão é latir e correr atrás do rabo, a menstruação é o modo de ser das mulheres, as loucuras feitas pelo louco são o modo de ser do louco, assim como não comer carne de porco é o modo de ser dos judeus e não beber vinho é o modo de ser dos muçulmanos. O “costume” ou o “modo de ser” é o equivalente pré-filosófico de “natureza”⁶³.

Veja-se, com isso, que antes da descoberta da natureza como sendo a primeira fagulha da filosofia – fagulha que é, essencialmente, um termo de diferenciação entre fenômenos -, a vida política somente conhecia o costume ou o “modo de ser”, sendo este o elemento pré-filosófico. E o costume tem raízes na ancestralidade:

O “nosso” modo de ser é o correto porque é, a um só tempo, antigo e “nosso”; porque é, a um só tempo, “criado em casa e prescritivo”. Assim como aquilo que é “antigo e nosso” se identifica originalmente com o correto ou bom, o que “novo e estranho” era originalmente assimilado ao mal. A noção que relaciona o “antigo” com o “nosso” é

⁶⁰ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 97-98.

⁶¹ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 98.

⁶² Strauss explica que alguns autores da doutrina do direito natural rejeitam essa ideia de que o termo natureza carregue essa diferenciação, porém, ele mesmo adota essa compreensão para explicar o seu surgimento.

⁶³ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 99.

o “ancestral”. A vida pré-filosófica caracteriza-se pela identificação primeva do bom com o ancestral⁶⁴.

Antes da filosofia – e da descoberta da natureza – as comunidades tendiam a ver seus próprios costumes e tradições como naturalmente corretos, porque foram herdados dos ancestrais, sendo a única referência que se tinha vinculada com o que se entendia como sendo o “bom” ou o “correto”. Havia uma confiança na continuidade histórica como critério de validade das condutas sociais. O desconhecido ou inovador era percebido com desconfiança, pois desafiava o que havia sido estabelecido pelo “modo de ser”. A ruptura com o passado pode ser vista como uma ameaça à ordem moral e social, não porque se preferia o costume, mas porque ele era a única referência daquilo que havia “dado certo” – ou funcionado – até o momento para aquela comunidade.

Assim, no pensamento pré-filosófico, não há uma distinção clara entre costume e moralidade. O que os antepassados estabeleceram é considerado bom porque foi transmitido ao longo do tempo e faz parte da identidade do grupo, tendo dado certo “até aqui”. E a identificação do *bom* com o *ancestral* diz respeito a uma questão de autoridade, afinal:

[...] não se pode razoavelmente identificar o bom com o ancestral se não se admite que os ancestrais eram absolutamente superiores a “nós”, a todos os comuns dos mortais; somos levados a crer que os ancestrais, ou aqueles que estabeleceram o modo ancestral, eram deuses ou filhos de deuses, ou pelo menos que eles “habitavam perto dos deuses”. A identificação do bom com o ancestral leva à concepção de que o modo de ser correto foi estabelecido pelos deuses, ou pelos filhos ou discípulos dos deuses: o modo correto de ser deve ser uma lei divina⁶⁵.

Veja-se, nesse sentido, que nesse contexto pré-filosófico a identificação do costume (da ancestralidade) com o *bom* leva a uma vinculação com a ideia de que os ancestrais eram superiores e, por sua vez, ligados aos deuses. Há, nesse aspecto, um elemento de identificação entre costume-ancestralidade-bom/correto-autoridade-deuses, que, tomando como base a referência do tempo e do costume, encadeiam-se em uma compreensão de mundo pré-filosófica.

É nesse aspecto que a filosofia nasce com a descoberta da natureza, rompendo com essa identificação fundamental entre o *bom* e o *ancestral*, exigindo justificações de ordem natural e diferenciando dos fenômenos produzidos pelo ser humano. Assim, retomando a citação que abre esse subtítulo, tem-se que “o surgimento do direito natural pressupõe a dúvida em relação à autoridade”, justamente porque a filosofia (originada com a descoberta da natureza), questiona

⁶⁴ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 100.

⁶⁵ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 100.

a autoridade do costume, a autoridade da ancestralidade como sendo fundamentalmente identificada com o *bom*, com o *natural*.

Originalmente, as questões concernentes às coisas primeiras e ao modo correto de ser eram respondidas antes de serem formuladas. Elas eram respondidas pela autoridade. Pois a autoridade, como o direito de ser obedecido, deriva essencialmente da lei, que é originalmente o modo de vida da comunidade. As coisas primeiras e o modo correto de ser não são passíveis de questionamento nem constituem objetos de investigação; **a filosofia não pode surgir e a natureza não pode ser descoberta enquanto não se contestar a autoridade** ou pelo menos enquanto uma afirmação geral de um ser qualquer for aceita como confiável. **O surgimento da ideia de direito natural pressupõe, portanto, a dúvida em relação à autoridade**⁶⁶. (grifo nosso).

Ressalta-se, no entanto, que Strauss não defende uma desvinculação do surgimento do direito natural na filosofia com questões divinas e metafísicas. O que ele quer dizer é que a predominância da crença na lei divina na época pré-filosófica impede o aparecimento da ideia de direito natural, fazendo da sua busca um propósito desimportante, já que se o ser humano conhece qual é o caminho correto – o bom – a partir da revelação divina, então não precisa descobrir esse caminho por si mesmo.

Nesse sentido, Strauss afirma que, uma vez descoberta a ideia de direito natural, ela pode adaptar-se com facilidade à crença na existência da lei divinamente revelada. O que ocorre, no entanto, é que a origem da filosofia remonta ao *questionamento da autoridade* dessas leis, especialmente diante da descoberta de que há diversos códigos divinos e que eles se contradizem entre si. Enquanto um código divino de uma comunidade prescreve determinado costume, outro código divino de outra comunidade prescreve outro costume em relação ao mesmo problema, algo que as leis divinas de outra comunidade poderiam abominar. Nesse sentido, surge a questão de saber qual é o código certo, qual é a verdadeira explicação das coisas primeiras⁶⁷.

Nesse contexto, o “modo correto”, o costume – que, por sua vez, relacionava-se com leis divinas -, não poderia mais ser simplesmente garantido pela autoridade, passando a ser uma questão de busca daquilo que é *bom por natureza*, que se distinguirá do que é *bom por convenção*:

A identidade primitiva entre o bem e o ancestral é, então, substituída por uma distinção fundamental entre as duas coisas; a busca do modo correto de ser ou das coisas primeiras é apenas a busca do bem, independentemente do ancestral. Trata-se da busca

⁶⁶ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 101.

⁶⁷ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 103.

do que é bom por natureza, que se distinguirá do que é simplesmente bom por convenção⁶⁸.

É por isso que Lenio Streck afirma que “O surgimento do jusnaturalismo se dá na Grécia antiga, na linha da distinção filosófica fundamental entre aquilo que é por natureza e aquilo que é por convenção”⁶⁹.

Assim, segundo Strauss, o surgimento da filosofia afetou radicalmente a atitude do ser humano diante das coisas políticas em geral e das leis em particular, porque atingiu profundamente a compreensão a respeito dessas coisas. Isso, porque, originalmente, a autoridade por excelência, ou a raiz de toda a autoridade, era o ancestral, e a descoberta da natureza desarraigou essa pretensão do ancestral. Contudo, ao fazer isso, *a filosofia preserva ao mesmo tempo um elemento essencial de ancestralidade*, porque a natureza é entendida pelos primeiros filósofos como as coisas primeiras, ou seja, as coisas mais antigas. Assim, “a filosofia abandona o ancestral em nome do mais antigo”, e, ao fazer isso, “a filosofia reconhece que a natureza é a autoridade” e é também o padrão⁷⁰.

Veja-se, ainda, que Strauss atribui a descoberta da natureza à *razão* e ao *entendimento das faculdades humanas*, de modo que, ao compreendê-la como a mais elevada autoridade, apaga-se a distinção que funda toda a filosofia: a distinção entre razão e autoridade. Nesse sentido, insere-se à relação com a autoridade o elemento da razão, do raciocínio, e não somente da obediência acrítica:

[...] na condição de faculdade humana, é a razão ou o entendimento que, com a ajuda da percepção sensível, descobre a natureza; e a relação da razão ou entendimento com os seus objetos é fundamentalmente diferente da obediência desprovida de raciocínio, que corresponde à autoridade propriamente dita. Ao chamar a natureza de a mais elevada autoridade, apaga-se a distinção que funda toda a filosofia, a distinção entre razão e autoridade⁷¹.

Resumidamente, Leo Strauss traz que a ideia de direito natural surge a partir da dúvida em relação à autoridade (costumes estabelecidos pela ancestralidade), sendo precedida pela descoberta da natureza, que, por sua vez, marca o nascimento da filosofia. Antes da filosofia, as sociedades viam seus costumes e tradições como inerentemente corretos, pois estavam

⁶⁸ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 103.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 165.

⁷⁰ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 110.

⁷¹ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 110.

vinculados à ancestralidade e à crença na autoridade divina. Esse pensamento pré-filosófico não diferenciava entre o que era natural e o que era apenas costumeiro, pois o critério de validade das condutas estava na continuidade histórica e na autoridade dos antepassados. A filosofia, ao descobrir a natureza, rompe com essa identificação entre o *bom* e o *ancestral*, introduzindo uma nova forma de questionamento sobre a origem e a validade das normas sociais. Dessa forma, Strauss destaca que a filosofia, em seus primórdios, não nega necessariamente a importância das crenças religiosas, mas questiona a autoridade absoluta dos costumes e das leis divinas ao notar a existência de múltiplos códigos morais e religiosos em diferentes comunidades. Esse questionamento leva à distinção entre o que *é bom por natureza* e o que *é bom apenas por convenção*, deslocando a busca pelo modo correto de ser da mera obediência à autoridade para um exame racional daquilo que pode ser universalmente válido. Assim, ao reconhecer a natureza como a mais elevada autoridade, a filosofia transforma a relação entre *razão* e *autoridade*, introduzindo um novo paradigma para a compreensão das leis e da vida política.

O que ele diz, portanto, é que a descoberta da natureza ou da diferença fundamental entre natureza e convenção é condição necessária para o aparecimento da ideia de Direito natural, mas não é a sua condição suficiente, na medida em que todo o direito poderia ser convencional. E disso surge, precisamente, o tema da controvérsia básica da filosofia política: Existe um direito natural?⁷²

A partir desse momento, Strauss inicia uma longa explicação acerca da doutrina clássica do direito natural (criada por Sócrates e desenvolvida por Platão, por Aristóteles, pelos estoicos, e por autores cristãos, como Tomás de Aquino) e ressalta que ela deve ser diferenciada da doutrina moderna do direito natural surgida no século XVII. No âmbito da presente pesquisa, não se adentrará nas especificações dessa tradição clássica (limitando-se somente aos apontamentos necessários nos respectivos subtítulos), tendo em vista que não é essa a sua finalidade. Nos limites dessas páginas, basta referir que se trata de toda uma tradição filosófica que girou em torno de responder à questão fundamental sobre a existência ou não de um direito natural (mas não somente dela). No medievo, contudo, especialmente com Tomás de Aquino, essa relação entre direito natural e teologia se torna extremamente densa.

Victor Salles e Elden Borges dizem que, historicamente, podem-se delinear três correntes jusnaturalistas fundamentais: a cosmológica, a teológica e a racionalista, que determinam de formas diferentes o significado de “natureza” e “natural”. Sobre a origem do

⁷² STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 111.

direito natural, aduzem que o pensamento grego clássico era centrado na *physis*, ou seja, na ordem da natureza diferente da ordenação humana (*nomos*), no sentido de que a ordem do mundo (cosmos) independe do arbítrio humano. Nesse aspecto, para a tradição platônico-aristotélica, a ordem humana apenas será justa quando adequada à estrutura e à harmonia do *cosmos*. “Para que a constituição humana (*politeia*) seja justa, ela deve espelhar-se na harmonia e na proporção da natureza, em que cada ente encontra sua razão de ser, sua finalidade, seu bem (*telos*)”⁷³. Assim, a tradição clássica do direito natural é *teleológica*, porque compreende que o Direito possui uma função que lhe é inerente, qual seja, a Justiça, que direciona a comunidade à consecução do bem comum. Apresenta-se, portanto, uma compreensão funcional sobre o Direito, determinado pela compreensão filosófica de bem comum.

No entanto, Sales e Souza explicam que, com a transição do pensamento clássico para a filosofia medieval cristã (especialmente a partir de Tomás de Aquino), a ordem cosmológica passa a ser considerada criação de Deus. “Nessa tradição, a lei natural é pensada como teologia, como razão divina que ordena o mundo e que se evidencia ao homem, tanto por sua razão natural, quanto por sua fé na Revelação”⁷⁴.

Na perspectiva de Strauss, a doutrina tomista de direito natural (ou, da lei natural) encontra-se livre das ambiguidades características das doutrinas de Platão, Aristóteles e Cícero, chegando a ultrapassar inclusive a doutrina estoica da lei natural. Aquino traz à tona o caráter imutável das proposições fundamentais da lei natural, os princípios da lei moral, e por isso mesmo traz também a ideia de que a lei natural pode ser sempre promulgada a todos os homens e, nesse sentido, obrigatória para eles. Há, ainda, uma vinculação entre a lei natural e a lei eterna de Deus⁷⁵.

Para Charles Covell, a realização duradoura de Aquino foi, justamente, reconciliar o ponto de vista metafísico do aristotelismo clássico com os artigos fundamentais da fé cristã, levando a sério a visão teleológica de Aristóteles do Estado como uma comunidade completa, que exercia uma autoridade moral direta sobre seus súditos, e sustentando que a validade moral da lei positiva era subscrita por certos princípios universais da lei natural, considerados como sendo uma manifestação particular da lei eterna que expressava a concepção de Deus do

⁷³ PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Victor Sales Pinheiro (org.), Vol 3, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 80.

⁷⁴ PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Victor Sales Pinheiro (org.), Vol 3, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 81.

⁷⁵ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 197.

propósito final do universo criado. Assim, os princípios da lei natural, em Aquino, representam uma parte da lei eterna que é cognoscível à razão humana.

E, nas palavras de Covell, a filosofia do direito natural de Aquino foi evidente em grande parte do pensamento político do início do período moderno na história europeia, sendo adaptada por Richard Hooker, na Inglaterra, e tendo um importante renascimento na Itália, França e Espanha durante o movimento da Contrarreforma, atrelada ao trabalho do teólogo jesuíta espanhol Francisco Suarez⁷⁶⁷⁷.

Nesse aspecto, Strauss diz que o surgimento do direito natural moderno foi uma reação a essa assimilação da lei natural pela teologia, de modo que os modernos se basearam, em parte, nas premissas adotadas pelos filósofos clássicos da lei natural, qual seja, de que os princípios morais são de maior evidência que os ensinamentos da teologia natural. Assim, a concepção moderna de direito natural retoma algumas premissas básicas da sua tradição clássica, em uma tentativa de reafirmar a lei natural – ou o direito natural – como independentes das controvérsias da teologia:

[...] O direito natural moderno foi, em parte, uma reação a essa assimilação da lei natural pela teologia. Os esforços modernos foram, em parte, baseados nessa premissa, que teria sido aceita pelos clássicos: os princípios morais são de uma evidência maior do que os ensinamentos da teologia natural; portanto, a lei natural ou o direito natural devem ser mantidos independentes da teologia e de suas controvérsias. O segundo aspecto importante em que o pensamento político moderno retornou aos clássicos, opondo-se à concepção tomista, é exemplificado por temas tais como a indissolubilidade do casamento e o controle da natalidade⁷⁸.

Da mesma forma, Sales e Souza afirmam que a modernidade é caracterizada pela ruptura e diferenciação na compreensão do direito natural. Nesse sentido,

Há um hiato que separa o direito natural tradicional, de Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, do direito natural moderno revolucionário, de Hobbes, Locke e Rousseau. O jusnaturalismo torna-se jusracionalista, não sendo mais a natureza uma ordem cósmica da qual emana normatividade, senão o que decorre da razão humana. A razão humana, da qual depende a natureza, torna-se fonte suprema do Direito⁷⁹.

⁷⁶ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 7.

⁷⁷ Sobre Tomás de Aquino abordar-se-á com mais profundidade no subtítulo oportuno, referenciando-se o próprio filósofo tomista. Agora, menciona-se brevemente apenas para referir a sua influência na doutrina do direito natural clássica e início da moderna.

⁷⁸ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 197.

⁷⁹ PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Victor Sales Pinheiro (org.), Vol 3, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 81.

Veja-se, com isso, que Sales e Souza explicam a tradição racionalista de direito natural, que se desvincula da questão teológica e, ao mesmo tempo, da cosmológica, no sentido de que a natureza deixa de ser uma ordem cósmica da qual emana a normatividade e passa a ser encontrada pela razão humana.

Nas palavras de Strauss, o mais famoso e mais influente de todos os mestres do direito natural moderno foi John Locke, apesar de ser difícil definir até que ponto ele se aproxima ou se afasta da concepção moderna dessa tradição. O autor a quem Locke atribuiu mais autoridade foi, de fato, Richard Hooker que, conforme se viu, possuía uma abordagem tomista. Porém, ao confrontar as suas posições, percebe-se que a concepção de direito natural de Locke é fundamentalmente diferente. Assim, Locke causa uma ruptura na concepção de direito natural, uma mudança fundamental, que o afasta da tradição teológica cristã:

De Hooker a Locke, a noção de direito natural sofreu uma mudança fundamental. Uma ruptura na tradição do direito natural ocorreu durante esse trajeto. Isso não nos causa surpresa. O período entre Hooker e Locke testemunhou o surgimento da ciência natural moderna, a ciência natural não teleológica, o que acarretou a destruição das bases do direito natural tradicional. O primeiro homem a extrair as consequências dessas decisivas mudanças para o direito natural foi Thomas Hobbes⁸⁰.

Nesse mesmo sentido afirmam Sales e Souza, também, para quem Locke é, provavelmente, o autor mais representativo dessa concepção moderna racionalista⁸¹.

Veja-se, da citação acima, que Summers menciona Thomas Hobbes como sendo o primeiro filósofo a extrair as consequências dessas mudanças na tradição do direito natural. Isso, porque com o início da modernidade, a partir de diversos contextos históricos, houve uma mudança paradigmática da filosofia política que fez com que ocorresse a “queda” do jusnaturalismo. O termo “queda” aqui utilizado de forma alguma significa que o jusnaturalismo deixou de ser presente na produção filosófica, encontrando-se autores que continuaram defendendo essa perspectiva mesmo após essa mudança paradigmática (exemplos deles são os próprios jusnaturalistas modernos citados anteriormente). No entanto, o direito natural deixa de estar no centro do pensamento social como paradigma filosófico de mundo. E Thomas Hobbes foi um dos percursores dessa mudança paradigmática filosófica.

Arthur Ferreira Neto explica que a perspectiva central adotada no empreendimento filosófico da tradição clássica do direito natural é a que atribui ênfase à objetividade daquilo

⁸⁰ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 200.

⁸¹ PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Victor Sales Pinheiro (org.), Vol 3, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 81.

que está sendo conhecido e raciocinado, estabelecendo-se uma prioridade evidente do objeto sobre o sujeito. Isso, porque a filosofia clássica concentra-se em desvendar a questão do *ser* e da *essência*, os quais transcendem e se afirmam de modo independente da dimensão subjetiva daquele que busca conhecer e agir⁸²:

Tal pretensão clássica de objetividade na apreensão da “essência das coisas” somente se torna viável e plausível dentro dessa tradição em razão da noção pré-concebida (de caráter cosmológico ou teológico) de que o espaço físico e social no qual habita o Clássico contém uma prévia ordenação natural e racional, a que se atribui a concepção geral de “Cosmos”⁸³.

O projeto filosófico da modernidade, contudo, é apresentado a partir de uma reformulação radical das condições metafísicas básicas, que antes fundavam a tradição clássica. Nas palavras de Ferreira Neto,

A Modernidade é, pois, responsável pela chamada *virada epistemológica*, de acordo com a qual não há mais espaço para se assumir a objetividade do mundo como algo dado e epistemicamente anterior ao sujeito pensante, razão pela qual todo ato de conhecimento, para se afirmar como preciso, exato e, nesses termos, legítimo, deverá passar por um processo de internalização subjetiva do raciocínio, o qual irá encontrar refúgio na mente de um indivíduo pensante. [...] Com isso, a razão humana passará a ser alvo de um rigoroso processo de depuração metódica, de modo a permitir que cada indivíduo esteja habilitado a separar aquilo que é certo, evidente e objetivo, daquilo que é falso ou meramente aparente e contingente. O objeto, portanto, não mais assume prioridade epistêmica diante do sujeito, mas é o conhecimento racional intrinsecamente contido no sujeito que passa a se apresentar com antecedência e a exigir para si uma conformação do objeto a ser conhecido⁸⁴.

Ferreira Neto demonstra como a modernidade impactou o paradigma filosófico da humanidade ocidental, que resultou em uma virada epistemológica, rompendo com visão clássica do conhecimento e estabelecendo a ideia de que ele não é um reflexo direto de uma ordem objetiva preexistente. Em vez disso, ele depende da internalização subjetiva do raciocínio, ou seja, da forma como o sujeito organiza e interpreta o mundo. O sujeito passa a ser o centro do processo do conhecimento, e não mais o objeto externo. A razão humana, por meio de métodos rigorosos, torna-se a principal ferramenta para distinguir o verdadeiro do falso. O objeto (aquilo que é conhecido) não tem mais primazia epistêmica sobre o sujeito (quem conhece); ao contrário, é o sujeito quem determina como o objeto é compreendido. Esse

⁸² NETO, Arthur Ferreira. **Justiça como realização de capacidades humanas básicas**: É viável uma teoria de justiça aristotélica-rawlsiana? Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 18.

⁸³ NETO, Arthur Ferreira. **Justiça como realização de capacidades humanas básicas**: É viável uma teoria de justiça aristotélica-rawlsiana? Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 18.

⁸⁴ NETO, Arthur Ferreira. **Justiça como realização de capacidades humanas básicas**: É viável uma teoria de justiça aristotélica-rawlsiana? Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 21-22.

argumento está alinhado com a tradição filosófica iniciada por René Descartes e desenvolvida no racionalismo e no idealismo, que enfatizam o papel ativo da consciência na construção do conhecimento.

Segundo Ferreira Neto, “tal obsessão moderna por um método racional indispensável ao acesso individual do mundo atribui, não mais à Metafísica (no sentido clássico), mas à Epistemologia (teoria do conhecimento), o *status* de disciplina filosófica de maior prestígio”⁸⁵. Ainda, em sua concepção, tal virada epistemológica do paradigma moderno criou terreno para o surgimento de tendências filosóficas niilistas e céticas, que ainda podem ser experimentadas atualmente e que são identificadas nos esforços iniciais de David Hume, filósofo que consolidou a filosofia empirista (a qual será tratada no subitem seguinte)⁸⁶.

Lenio Streck atribui essa mudança ao Iluminismo, mencionando, da mesma forma que os autores citados anteriormente, Thomas Hobbes como sendo o filósofo responsável por inaugurar essa ruptura:

É possível dizer que, para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência). Essa é a dicotomia objetivismo-subjetivismo, presente e influente nas teorias que buscam explicar o modo como conhecemos e compreendemos o mundo. [...] A superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na Modernidade (ou com a Modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (*Aufklärung*). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio* divina. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra “sujeito” muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto (S-O), em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que – embora tal questão não seja objeto destas reflexões – proporcionaram o surgimento do Estado Moderno (aliás, não é por acaso que a obra de ruptura que fundamenta o Estado Moderno tenha sido escrita por Thomas Hobbes, um nominalista, o que faz dele o primeiro positivista da modernidade)⁸⁷.

Veja-se que, na perspectiva de Streck, o Iluminismo enfatiza a *razão* como o novo fundamento do conhecimento, rompendo com a visão essencialista e com a influência da *illuminatio* divina (a ideia de que o conhecimento vinha de uma iluminação divina). O sujeito deixa de ser passivo diante das estruturas do mundo e passa a ser ativo: ele “assujeita” as coisas, ou seja, impõe uma estrutura racional sobre elas. Esse modelo de pensamento é conhecido como

⁸⁵ NETO, Arthur Ferreira. **Justiça como realização de capacidades humanas básicas**: É viável uma teoria de justiça aristotélica-rawlsiana? Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 23.

⁸⁶ NETO, Arthur Ferreira. **Justiça como realização de capacidades humanas básicas**: É viável uma teoria de justiça aristotélica-rawlsiana? Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 24.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 124.

esquema sujeito-objeto (S-O), em que o conhecimento não é algo dado, mas algo construído pela consciência humana.

Wilson Engelmann também fala sobre isso quando diz que, na modernidade, com a proposta causal (mecanicista) de Thomas Hobbes e os contornos característicos do Iluminismo, a perspectiva de valorização do aspecto teleológico, legado de Aristóteles, foi substituída pela forma e objetividade na abordagem, tornando o objeto mais importante que o sujeito cognoscente. Em suas palavras:

Em último caso, a questão relativa ao ser é completamente esquecida (velada), relegada ao segundo plano. Não obstante, tanto o conhecimento como as normas jurídicas ou as sociais perdiam, com isso, o fio condutor principal de sua finalidade, que é a vida humana. Ocorre, com a postura da modernidade, na busca da certeza e da segurança - características que acabam invadindo o Direito - a separação entre a teoria e a prática, como se uma pudesse viver e sobreviver sem a outra⁸⁸.

Alguns eventos históricos podem ser destacados como importantes influenciadores dessa ruptura paradigmática, responsável pelo que se denominou, nessa pesquisa, de “queda” do jusnaturalismo e o que Arthur Ferreira Neto denominou de virada epistemológica. Dentre eles, destaca-se a Revolução Científica (séc. XVI e XVII), com descobertas de cientistas como Copérnico, Galileu, Kepler e Newton, que desafiaram concepções tradicionais sobre o universo e demonstraram que a razão e a observação empírica poderiam produzir conhecimento confiável e demonstrável; a Reforma Protestante (séc. XVI), que questionou a autoridade da Igreja Católica e incentivou uma visão mais individualista da fé e do conhecimento; a ascensão da burguesia em oposição ao poder absolutista, que demandava maior liberdade política e econômica. Todos esses fatores influenciaram no que, atualmente, se conhece como Iluminismo, um momento crucial na história do pensamento ocidental, em que se promoveu a ênfase na racionalidade, na ciência e na liberdade intelectual. Sua influência se estendeu para a política, para as ciências naturais e sociais e para a filosofia, levando à separação entre razão e fé, ciência e religião, filosofia e metafísica. Esse legado continua a moldar o mundo moderno e influenciou na ascensão do positivismo jurídico como teoria jurídica dominante no ocidente. Assim, o positivismo jurídico é um produto da revolução moderna. Também é precisamente por essas questões históricas e filosóficas que o jusnaturalismo moderno passa a enfatizar a razão como fundamento central, nos termos elencados por Sales e Souza.

⁸⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 47.

Em relação à Thomas Hobbes (1588-1679), filósofo inglês considerado um dos fundadores do pensamento político moderno, sua obra mais famosa, *Leviatã* (1651), é um tratado sobre a natureza humana, o poder e a origem do Estado. Ele desenvolveu uma teoria política baseada no contrato social, na qual defendeu a necessidade de um governo forte para garantir a ordem e evitar o caos. Hobbes começa sua análise imaginando como seria a vida humana sem um governo ou leis, o que ele chama de estado de natureza. Nesse estado, todos são iguais em capacidades físicas e mentais, mas também movidos pelo desejo de autopreservação e pela busca incessante por poder. O problema, segundo Hobbes, é que essa igualdade leva à competição e à insegurança, pois os indivíduos disputam recursos escassos; a ausência de uma autoridade comum leva a desconfiança mútua; como não há leis, cada um age conforme sua própria vontade. Isso gera uma condição de guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), em que a vida é “solitária, pobre, sórdida, brutal e curta” (*solitary, poor, nasty, brutish, and short*⁸⁹). Diante desse cenário caótico, os indivíduos, por medo da morte e do sofrimento, concordam em criar um governo forte, cedendo parte de sua liberdade em troca de segurança e ordem. Esse pacto é chamado de *contrato social*. O poder governamental deve ser concentrado em um soberano absoluto, que Hobbes chama de *Leviatã*, uma figura quase mitológica que representa o Estado forte e centralizado. O Leviatã tem autoridade para impor leis e manter a paz, pois o soberano não está sujeito ao contrato social, o Estado tem poder ilimitado para garantir a ordem e a obediência ao soberano é essencial para evitar o retorno ao estado de caos.

Em *Leviatã* Hobbes definiu explicitamente o Direito como sendo o comando de um soberano, sendo que essa definição, segundo Charles Covel, retrata a sua tentativa de explicar o caráter da sociedade política - isto é, uma comunidade - em termos da ideia do contrato ou aliança social. Nesse sentido, a ideia do pacto social que gera uma comunidade carregava consigo a implicação de que a sociedade governada pela lei era uma forma artificial de associação humana:

According to Hobbes, organized political society was to be understood as the outcome of some voluntary contractual agreement or covenant among its members. This covenant Hobbes took to create the rights and powers of the sovereign authority within a commonwealth, and to describe the rights and obligations of the civil subject. The idea of an original covenant was essentially a philosophical construct, which served to identify certain abstract conditions of human association necessary for the generation of a commonwealth. Central to the idea, as Hobbes formulated it, was the contrast between the state of nature, which he characterized as a state of universal war, and the condition of political society, which he characterized as a state of peace secured and maintained by the power of an acknowledged civil sovereign. The idea

⁸⁹ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*. London: Andrew Crooke, 1651, p. 78.

of the covenant generating a commonwealth thus carried with it the implication that law-governed society was an artificial form of human association, which, although brought into being through the voluntary agreement of its members, nonetheless remained in permanent conflict with many of their natural wants and inclinations⁹⁰.

De acordo com Hobbes, a sociedade política organizada era para ser entendida como o resultado de algum acordo contratual voluntário ou aliança entre seus membros. Essa aliança Hobbes utilizou para criar os direitos e poderes de uma autoridade soberana dentro de uma comunidade, e para descrever os direitos e obrigações das questões civis. A ideia de uma aliança original era essencialmente um constructo filosófico, que serviu para identificar certas condições abstratas da associação humana necessárias para a geração de uma comunidade. Algo central à ideia, tal como Hobbes a formulou, era o contraste entre o estado de natureza, o qual ele caracterizou como um estado de guerra universal, e a condição da sociedade política, a qual ele caracterizou como um estado de paz garantido e mantido pelo poder de um soberano civilmente reconhecido. A ideia de uma aliança gerando uma comunidade levava consigo a implicação de que a sociedade governada por leis era uma forma artificial de associação humana, que, embora tenha surgido através do acordo voluntário de seus membros, no entanto permaneceu em conflito permanente com muitas de suas vontades e inclinações naturais. (tradução nossa).

E Covell continua enfatizando como o modelo contratualista hobbesiano rompeu com a grande tradição da lei natural na filosofia ocidental:

The contractualist model of political society set out in *Leviathan* underlined the crucial respects in which Hobbes broke with the great natural law tradition in Western philosophy. The origins of this tradition lay in the classical world, and many of the ideas central to the tradition were present in the thought of the two greatest classical philosophers: Plato (c. 428-348/7 BC) and Aristotle (384-322 BC). Unlike Hobbes and his successors, Plato and Aristotle recognized no fundamental conflict between the condition of political society and the condition of human nature⁹¹.

O modelo contratualista de sociedade política estabelecido em *Leviatã* sublinhou os aspectos cruciais em que Hobbes rompeu com a grande tradição da lei natural na filosofia ocidental. As origens desta tradição estão no mundo clássico, e muitas das ideias centrais para a tradição estavam presentes no pensamento dos dois maiores filósofos clássicos: Platão (c. 428-348/7 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.). Ao contrário de Hobbes e seus sucessores, Platão e Aristóteles não reconheceram nenhum conflito fundamental entre a condição da sociedade política e a condição da natureza humana. (tradução nossa).

Veja-se, com tudo isso que foi dito até aqui, que o próprio surgimento da ideia de direito natural, no âmbito da filosofia, já nasce a partir da dúvida em relação à autoridade, no sentido de afirmar que as coisas não são ou devem ser porque a ancestralidade ou o divino assim disseram que eram ou deveriam ser. Mas assim o são porque a própria natureza estabelece dessa

⁹⁰ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 4.

⁹¹ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 5.

forma. O direito natural à vida, por exemplo, existe não porque o divino assim o concedeu, mas porque a espécie precisa ser preservada. Por esse mesmo motivo as sociedades precisam ser ordenadas. Disso se extrai, portanto, o princípio de que “a vida deve ser preservada”.

Portanto, em seu princípio, o direito natural exsurge não necessariamente fundado em uma revelação Divina, apesar de os autores clássicos não negarem uma vinculação metafísica. A lei natural era, em última instância, uma expressão da ordem cósmica do universo, que poderia ser atribuída a uma origem divina. No entanto, essa vinculação divina não necessariamente significava que a lei natural dependia exclusivamente da revelação religiosa.

Ela – a dependência - ocorre mais tarde, no medievo, com São Tomás de Aquino e os demais filósofos do jusnaturalismo cristão. Antes disso, contudo, Aristóteles vinculava o direito natural com a própria natureza das coisas e da ordem racional do universo. Entendia que há normas e princípios que existem independentemente das convenções humanas, fundamentados na natureza humana e na finalidade das coisas (*telos*). Esses princípios são acessíveis pela razão e servem como um critério para distinguir leis justas de injustas. Aristóteles tinha uma visão mais empírica e teleológica, diferentemente de Platão. Ele via a justiça como algo que se realiza no contexto da *polis*, e o direito natural era aquele que se baseava na racionalidade e na busca do bem comum⁹².

É em razão desse contexto que Strauss defende que o surgimento da ideia de direito natural possui relação com o questionamento da autoridade. Sales e Souza afirmam que “a tese do direito natural é a da existência, racionalmente cognoscível, de uma lei cuja normatividade independe da autoridade política ou da lei positiva”⁹³. Veja-se, com isso, que o âmago da ideia de direito natural nasce, desde seu início, com a compreensão de que a autoridade não é a única fonte de ordem normativa. Aliás, em palavras mais bem colocadas: a autoridade não é ilimitada. Existem alguns critérios, de caráter moral (porque dizem respeito a substância valorativa), que são anteriores à própria autoridade. O jusnaturalismo, em todas as suas fases, compartilha desse racional. A ideia de haver um direito natural é, portanto, um balizador para a conduta do soberano (da autoridade). A controvérsia entre os jusnaturalistas é saber e definir com suficiência quais são esses balizadores, ou seja, quais são esses bens básicos (para ficar nos termos de John Finnis).

⁹² AMARAL, Roberto Antonio Penedo do; SILVA, Deyse Amorim; GOMES, Luciene Izabel. A eudaimonía aristotélica: a felicidade como fim ético. In: **Revista Vozes dos Vales**: Publicações Acadêmicas, nº 1, ano 1, 2012, pp. 14-19.

⁹³ PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Victor Sales Pinheiro (org.), Vol 3, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 79.

É por isso que Lenio Streck diz que algo comum a todas as vertentes do jusnaturalismo – cosmológico, teológico ou racionalista – está na “pressuposição de critérios normativos que antecedem a escolha humana”⁹⁴. Há um *justo por natureza*, que se difere do *justo por convenção*.

Os acontecimentos históricos e filosóficos que culminaram na modernidade, conforme se viu, levaram ao que se denominou, nesse trabalho, de “queda” do jusnaturalismo. Não porque ele deixou de existir (isso sequer seria possível), mas porque ocorreu, no pensamento filosófico ocidental, uma ruptura paradigmática - virada epistemológica - em que o surgimento do *sujeito* influenciou em todo pensamento ocidental, influenciando todas as áreas do conhecimento. Essa virada de paradigma influenciou, inclusive, a repaginação do próprio jusnaturalismo, que entrou em sua fase moderna.

Percebe-se que durante muitos anos a doutrina jusnaturalista foi rejeitada, e que o estudo da responsabilidade do poder público, ou seja, da autoridade moderna, sob o ponto de vista da filosofia política, foi deixado em segundo plano. É isso que afirma Jerome Kerwin na apresentação da obra de Strauss, para quem uma característica marcante desse período é a completa rejeição da lei natural.

Em suas palavras, “[...] A lei e os direitos emanavam dos Estados. Sob regimes democráticos, sustentava-se que a vontade da maioria criava a lei e garantia os direitos. Para além desses limites, nenhuma restrição da lei poderia obrigar o Estado soberano”, e continua: “[...] Em tempos recentes, um fenômeno peculiar ao século XX – os regimes totalitários – fez reviver entre os filósofos políticos o estudo da doutrina tradicionalista da lei natural, enfatizando-se a autoridade limitada do Estado”⁹⁵.

A partir disso, compreende-se que o direito natural nasceu como um importante limitador do agir da autoridade, estando ou não vinculado com a ideia de uma Divindade. Tanto é assim que, também no medievo, a ideia da existência de uma lei natural permeava as discussões cruciais durante o Iluminismo, principalmente as que diziam respeito às relações entre o governo eclesiástico e secular e os limites do governo, contidos na lei natural:

[...] O crescente conflito entre Igreja e Estado durante a Reforma e a ênfase cada vez maior na lei natural como definidora de limites para o poder soberano foram poderosos fatores para o abandono da ideia medieval de que a legitimidade flui de

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 165.

⁹⁵ KERWIN, Jerome. Apresentação. In: Strauss, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

cima para baixo, do soberano para o súdito, e sua substituição pela visão liberal, de que flui de baixo para cima, do povo para o poder soberano⁹⁶.

Segundo Lenio Streck, o jusnaturalismo representa “um discurso de legitimação, que apresenta o direito enquanto uma instância crítica para a avaliação da lei humana/positiva”⁹⁷. Sendo assim, o jusnaturalismo de Lon Fuller transborda essa compreensão, porque sua teoria da moralidade interna oferece limites ao poder arbitrário do Estado.

O que importa frisar, nesse momento, é que a modernidade criou, portanto, um terreno fértil para o estabelecimento filosófico dos pressupostos básicos das correntes positivistas, em todas as áreas do conhecimento. É nesse contexto que exsurge, por exemplo, o *empirismo* de David Hume (1711-1776), perspectiva filosófica que irradiou para outras áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Ética, o Direito etc., e trouxe as bases filosóficas para o positivismo. Antes de Hume, a filosofia empirista se iniciou no século XVII, sendo introduzida por Francis Bacon (1561-1626), passando por Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704)⁹⁸.

Antes de ingressar no próximo tópico, em que se explicará sobre o empirismo de Hume para, posteriormente, explicar brevemente sobre o realismo jurídico estadunidense e o positivismo jurídico (doutrinas dominantes no contexto e Lon Fuller, contra as quais ele engajou), é importante frisar que, de acordo com Kenneth Winston, o próprio Lon Fuller sugere que alguns problemas que ele costuma denominar de *design institucional* na modernidade ocorrem, justamente, em razão do descrédito em que a teoria do direito natural caiu, e que esse descrédito foi acentuado pelo jurista inglês John Austin, um dos primeiros defensores da doutrina positivista⁹⁹, quem iniciou com a versão analítica dessa escola de pensamento.

Assim, falar em ascensão e queda das doutrinas do direito natural é importante para compreender adequadamente Lon Fuller, porque a sua jusfilosofia se insere exatamente nesse contexto de descrédito do jusnaturalismo e de recém transição para o mundo moderno, que criou terreno fértil para o desenvolvimento do que, mais tarde, Fuller irá criticar. Assim, a teoria fullariana é, no fundo, um resgate aos fundamentos teleológicos da doutrina clássica do direito natural, justamente a partir da identificação de que há a necessidade de o estabelecimento de

⁹⁶ SCRUTON, Roger. **Conservadorismo**. 6ª ed. Trad. Alessandra Bonrruquer. Editora Record, São Paulo, 2020, p. 16.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 170.

⁹⁸ DIETRICH, William Galle. **Positivismo Jurídico**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de PósGraduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 25.

⁹⁹ WINSTON, Kenneth. Introdução. In: **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 13.

limites ao poder estatal. Ainda que com uma nova roupagem, os pressupostos jusnaturalistas retornam, em Fuller, novamente como uma forma de estabelecer *limites* à autoridade, por meio de seu questionamento, algo que havia sido renegado pelas concepções filosóficas modernas.

Porém, Fuller faz esse movimento sem, com isso, filiar-se a qualquer corrente tradicional da doutrina do direito natural. Sobre isso explicar-se-á com mais afinco no segundo capítulo da presente pesquisa, quando se abordará sobre os pressupostos filosóficos fullarianos. Ele tinha um certo receio com essa rotulação e, como se perceberá, lutou um pouco contra ela, mas acabou aceitando no final. Em que pese isso, é possível dizer que sua luta contra o positivismo jurídico e as perspectivas pragmatistas, instrumentalistas e empiristas no Direito, foi, ao fim e ao cabo, uma reivindicação de trazer de volta aquilo que essas posturas renunciaram. E, como visto anteriormente, a falta de aderência à Fuller, na época, se deu em razão desse contexto de “queda” das doutrinas de direito natural.

É possível afirmar, com base em tudo isso que foi dito até aqui, que o fortalecimento do positivismo jurídico se relaciona casualmente com o processo histórico de derrota das doutrinas do direito natural e com a substituição das normas de origem religiosa e costumeiras pelas leis estatais nas sociedades europeias da Idade Moderna, fenômeno que, posteriormente, se denominou de “surgimento da positividade do Direito”¹⁰⁰.

1.1.2 Compreendendo brevemente o empirismo de David Hume

O presente subitem não tem o objetivo de esgotar o tema do positivismo jurídico, do empirismo e do pragmatismo/realismo jurídico, tendo em vista que esse não é o objetivo desta Dissertação e, mesmo que fosse, isso não seria possível nos limites dessas páginas. Aqui, pretende-se tão somente traçar uma linha relacional entre os três fenômenos, explicar brevemente em qual categoria de estudo eles se inserem e, a partir disso, compreender, *resumidamente*, quais as críticas mais veementes formuladas por Fuller a essas concepções. Assim, um leigo no assunto que, por algum motivo desconhecido, pretenda ler a presente Dissertação, poderá compreender o texto com mais facilidade.

Toda a teoria do Direito de Fuller é voltada como uma alternativa a essas escolas de pensamento. Ele angustiava-se com premissas filosóficas basilares assumidas por essas compreensões, que impactavam não somente o Direito, mas também a filosofia, a sociologia,

¹⁰⁰ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. **Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito**, ed. 1, abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>>. Acesso em 10 jun 2024.

as ciências etc. Assim, resumir-se-ão somente alguns aspectos das críticas de Fuller para, no próximo capítulo, adentrar somente na sua teoria da moralidade interna. Esse subitem é importante porque é a partir dele que se responderá à pergunta formulada no título desse capítulo, qual seja: Por que Lon Fuller? Ou, se quiser: o que motivou Lon Fuller?

Ao fazer uma genealogia do positivismo jurídico, percebe-se que ele possui raízes filosóficas que foram formuladas antes mesmo dele existir como uma escola concreta do pensamento jurídico. Para compreender o motivo pelo qual Fuller se angustiou com essa escola de pensamento jurídico e, sobretudo, com as suas premissas filosóficas, é necessário compreender brevemente alguns conceitos gerais. Para isso, também é necessário entender qual é o projeto filosófico por trás das raízes do positivismo jurídico e quem foram os maiores responsáveis por esse projeto.

Muitos estudiosos, ao falar sobre as raízes do positivismo, começam a partir de Augusto Comte (1798-1857), o que não está errado, tendo em vista que, de fato, Comte foi um dos precursores do positivismo, sobretudo em uma perspectiva sociológica. Contudo, no âmbito da filosofia, há um outro autor anterior à Comte, responsável por consolidar os preceitos do *empirismo*, perspectiva filosófica que irradiou para outras áreas do conhecimento, como a sociologia, a ética, o Direito etc., e trouxe as bases filosóficas para o positivismo: David Hume (1711- 1776).

Antes de Hume, a filosofia empirista havia sido iniciada no século XVII, sendo introduzida por Francis Bacon (1561-1626), passando por Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704) até chegar em Hume, quem popularizou ainda mais o empirismo na forma como ele influenciou, posteriormente, o positivismo jurídico.

Quando Hume escreveu a sua magna obra, *O Tratado da Natureza Humana*, em 1739, seu objetivo principal era entender o problema da ciência, nessa época compreendida como o *conhecimento universal e necessário*. Ou seja, parte-se das seguintes perguntas: como é possível a produção da ciência? Como é possível produzir conhecimento universal e necessário, que se aplica em todos os lugares, em todos os tempos e com todas as pessoas? Hume propõe uma alternativa empirista à metafísica tradicional *a priori*. Seu empirismo é naturalista, na medida em que recusa qualquer apelo ao sobrenatural para explicar a natureza humana, e, como naturalista, ele busca explicar o funcionamento da mente de forma compatível com uma visão newtoniana do mundo¹⁰¹.

¹⁰¹ MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2023. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/hume/>>. Acesso em 15 fev 2025.

De uma maneira muito geral, diz William Galle Dietrich, o empirismo pode ser caracterizado como uma teoria refratária à metafísica dominante até o momento, considerando como epistemologicamente válido somente o conhecimento que pode ser empiricamente verificado. Ou seja, o escopo, os limites e a justificação do conhecimento são dados pela observação/experiência humana¹⁰².

Assim, para Hume, o problema da filosofia era que ela fazia uma aposta excessiva em questões especulativas, metafísicas, colocando a experiência e a observação em segundo plano. Em sua perspectiva, a experiência e a observação são os únicos fundamentos sólidos para a ciência¹⁰³. A pretensão, assim, é de introduzir o método experimental de raciocínio próprio das ciências naturais às questões morais. Sendo que, em sua época, “moral” significava tudo o que dizia respeito à natureza humana, e não apenas à ética. O objetivo de Hume é aplicar o método científico ao estudo da natureza humana¹⁰⁴.

Nesse aspecto, Hume introduz a crítica à compreensão de *conexão necessária* entre dois objetos (eventos) analisados. Ou seja, em que consiste a ideia de que dois objetos estão necessariamente conectados um com o outro? Hume compreendia que a ideia de que dois objetos estão conectados entre si se dá a partir de uma impressão da mente humana, ou seja, quando se constata que há uma conexão, passa-se a esperar que um ocorra quando o outro acontece. Ou seja, após o ser humano ter experienciado essa conjunção constante, o hábito leva a esperar o efeito quando ocorre a causa. Hume conclui que é justamente essa determinação sentida da mente — a consciência dessa transição costumeira de um objeto associado ao outro — que é a fonte da ideia de conexão necessária¹⁰⁵. Ou seja, quando se diz que um objeto está necessariamente conectado a outro, diz-se que esses objetos adquiriram uma conexão associativa no pensamento, a qual dá origem a essa inferência.

Supondo-se que observemos diversos exemplos em que os mesmos objetos estão sempre em conjunção uns com os outros, imediatamente conceberemos uma conexão entre eles e começaremos a fazer uma inferência de um ao outro. Essa multiplicidade de casos semelhantes constitui, portanto, a essência mesma do poder ou conexão, sendo a fonte de que nasce sua ideia. [...] A repetição de casos perfeitamente similares não pode nunca, por si só, gerar uma ideia original que seja diferente da que se

¹⁰² DIETRICH, William Galle. **Positivismo Jurídico**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 25.

¹⁰³ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 22.

¹⁰⁴ MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2023. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/hume/>>. Acesso em 15 fev 2025.

¹⁰⁵ MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2023. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/hume/>>. Acesso em 15 fev 2025.

encontra em um caso particular - como já observei, e como se segue de modo evidente de nosso princípio fundamental, que *todas as ideias são copiadas de impressões*¹⁰⁶.

Uma causa é um objeto anterior e contíguo a outro, e unido a ele de tal forma que a ideia de um determina a mente a formar a ideia do outro, e a impressão de um a formar uma ideia mais vívida do outro¹⁰⁷.

A conexão necessária em Hume seria a ideia de que dois objetos estão inseridos nessa relação quando **i)** um deles é a causa de qualquer ação ou movimento do outro; **ii)** a existência do segundo depende do acontecimento do primeiro ou, **iii)** um tem o poder de produzir o outro. Contudo, essa inferência é tida a partir da mente humana, que experiencia o evento¹⁰⁸.

Assim, com base nessa ideia, Hume contrapõe o argumento de que a partir da observação de um evento concreto seja possível concluir uma causa necessária. Pode-se observar o sol nascer todas as manhãs, em todos os lugares do mundo, há milhões de anos. Disso, não há como ter uma certeza plena e absoluta de que ele nascerá amanhã, ou que ele *necessariamente* nascerá amanhã simplesmente porque ele já nasce todos os dias há milhões de anos. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem do texto de Hume:

Supondo-se que observemos diversos exemplos em que os mesmos objetos estão sempre em conjunção uns com os outros, imediatamente conceberemos uma conexão entre eles e começaremos a fazer uma inferência de um ao outro. Essa multiplicidade de casos semelhantes constitui, portanto, a essência mesma do poder ou conexão, sendo a fonte de que nasce sua idéia. Portanto, para compreendermos tal idéia, temos de considerar essa multiplicidade. Isso é tudo que peço para encontrar a solução dessa dificuldade, que há tanto nos vem aturdingo. Eis meu raciocínio. A repetição de casos perfeitamente similares não pode nunca, por si só, gerar uma idéia original que seja diferente da que se encontra em um caso particular - como já observei, e como se segue de modo evidente de nosso princípio fundamental, que todas as idéias são copiadas de impressões¹⁰⁹.

Hume dá o exemplo da bola de bilhar, no seguinte sentido:

Quando vejo uma bola de bilhar se mover em direção a outra, minha mente é imediatamente levada pelo hábito a seu efeito usual, e antecipa minha visão, concebendo a segunda bola em movimento. Não há nada nesses objetos, considerados

¹⁰⁶ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 197.

¹⁰⁷ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 203.

¹⁰⁸ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 203.

¹⁰⁹ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 196.

de modo abstrato e independentemente da experiência, que me leve a formar uma tal conclusão; e mesmo após eu ter tido experiência repetida de vários efeitos dessa espécie, não há nenhum argumento que me determine a supor que o efeito será conforme à experiência passada. Os poderes pelos quais os corpos operam são inteiramente desconhecidos. Só percebemos suas qualidades sensíveis; e que razão temos para pensar que os mesmos poderes estarão sempre em conjunção com as mesmas qualidades sensíveis?¹¹⁰.

Assim, Hume contradiz a ideia de que o ser humano possa conhecer, na integridade, a relação de causa e efeito dos eventos, sendo ela algo que o ser humano projeta em direção ao mundo quando tem a impressão da conexão necessária, a partir de repetidas observações. Assim, para Hume, a relação de causalidade trata-se apenas de uma criação/projeção da mente humana em direção ao mundo. Nesses termos, do fato A (bater em uma bola de bilhar em direção a outra), não decorrerá necessariamente o fato B, que a mente está acostumada (o deslocamento da bola atingida). Não há nenhuma garantia de que as duas bolas se movimentariam, pois não há uma causa necessária entre os dois fatos.

Nesse aspecto, Hume coloca os juízos da mente humana sobre a causalidade dos eventos em um lugar instintivo, no sentido de que não existe uma “ordem racional na natureza que opera de forma predeterminada”¹¹¹. Não existe nada que concretamente comprove que a repetição de eventos vai, necessariamente, gerar a mesma repetição de eventos, de forma que a crença na relação de causalidade dos fenômenos é uma projeção psicológica da mente humana, um mero hábito:

É dizer, como acreditamos que o sol vai brilhar no dia seguinte ou que o computador ligará quando pressionarmos o botão de liga/desliga? A resposta de Hume é: raciocinando através das causas e efeitos, algo que não passa de um mero instinto. Assim, nessa relação entre os fenômenos a e b, verifica-se uma "conjunção constante", mas não uma causalidade¹¹².

Nesse sentido, é importante a seguinte passagem de Hume;

Considerados em si mesmos, todos os objetos que chamamos de *causas e efeitos* são tão distintos e separados uns dos outros quanto de qualquer outra coisa na natureza; jamais poderíamos, nem sequer pelo exame mais rigoroso, inferir a existência de um da existência do outro. Somente pela experiência e observação de sua união constante somos capazes de fazer essa inferência; e, assim mesmo, a inferência não passa de um

¹¹⁰ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 690.

¹¹¹ DIETRICH, William Galle. **Positivismo Jurídico**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 40.

¹¹² DIETRICH, William Galle. **Positivismo Jurídico**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 41.

efeito do costume sobre a imaginação. Não devemos, aqui, nos contentar em dizer que a ideia de causa e efeito decorre de objetos constantemente unidos; temos de afirmar que ela é a mesma coisa que a ideia desses objetos, e a *conexão necessária* não é descoberta por uma conclusão do entendimento, sendo apenas uma percepção da mente. Portanto, sempre que observamos a mesma união, e sempre que a união age da mesma maneira sobre a crença e a opinião, temos uma ideia de causas e de necessidade, ainda que às vezes possamos evitar essas expressões. Em todos os casos passados que pudemos observar, o movimento de um corpo é seguido, por impacto, do movimento de outro corpo. É impossível à mente penetrar além disso. Dessa união constante, ela *forma* a ideia de causa e efeito e, por sua influência, *sente* a necessidade. Ora, como há a mesma constância e a mesma influência naquilo que denominamos evidência moral, não precisamos de mais nada. O que resta só pode ser pura discussão verbal¹¹³.

É preciso salientar, contudo, que Hume não descarta a relação de causalidade como um importante fator de raciocínio para a experiência humana. Na verdade, ele acredita que esse raciocínio é condição de possibilidade para a própria experiência humana no mundo. É a partir dela que o ser humano age, e é a partir dela que ele se protege. O que Hume diz, contudo, é que não é possível demonstrar, somente com base na observação, uma relação de causalidade, ou a veracidade de uma conclusão com base nessa observação de causa e efeito. Hume, portanto, é um cético em relação à análise dos fenômenos com base em uma *inferência indutiva*, nos seguintes termos formulados por Dietrich:

Do ceticismo de Hume com relação à causalidade, chega-se inevitavelmente o seu ceticismo também com relação à inferência indutiva (*inductive reasoning*), na medida em que os dois problemas estão, sob certo aspecto, ligados. [...] Especificamente em Hume trata-se, em suma, da ideia de sintetizar regularidades experimentadas no passado para uma universalização geral. Por exemplo, o ser humano verifica que sempre que coloca uma chaleira com água no fogo (causa), passados alguns minutos, a água ferve (efeito). Dessa experiência vivenciada no passado, induz uma universalização geral: *a água, submetida por determinado tempo ao fogo, ferverá*¹¹⁴.

Assim, “a mente humana é incapaz de conceber um fundamento para qualquer conclusão *a priori* sobre as operações ou sobre a duração de um objeto”¹¹⁵. Essa compreensão basilar do pensamento de Hume traz consequências para a ciência, na medida em que ela passará a se preocupar muito mais com o mundo tal como ele se apresenta, ou seja, com o mundo como ele *é* (no sentido de descrição dos fenômenos), do que com as proposições acerca

¹¹³ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 442.

¹¹⁴ DIETRICH, William Galle. **Positivismo Jurídico**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 42.

¹¹⁵ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 283.

de como ele *deveria ser* (no sentido de prescrição). Dietrich explica essa dinâmica com base no próprio posicionamento político de Hume e no seu legado para a ciência política, que era um posicionamento conservador por excelência, justamente por ele ser um cético em relação à capacidade da razão humana de produzir um estado de coisas melhor do que o *status quo*¹¹⁶.

Durante muito tempo essa compreensão sobre o ceticismo negativo de Hume reverberou, levando à acusação de que ele apenas rejeitava as ideias dos outros sem defender uma posição positiva. Contudo, embora ele fosse de fato cético quanto à possibilidade de uma metafísica que vá além da ciência, investigar o verdadeiro alcance da razão não é apenas uma atividade acrítica. Sua compreensão sobre metafísica abriu caminhos para a fase construtiva do seu projeto: o desenvolvimento de uma ciência empírica da natureza humana. Além disso, Hume não era nada cético quanto às suas possibilidades¹¹⁷.

Na “Introdução” do Tratado, Hume explica que o seu projeto se propõe a estabelecer nada menos que “um sistema completo das ciências, construído sobre um fundamento quase inteiramente novo”¹¹⁸. Esse novo fundamento é o estudo científico da natureza humana. Ele argumenta que todas as ciências têm alguma relação com a natureza humana, “mesmo a *matemática, a filosofia da natureza e a religião natural*”¹¹⁹. Todas são atividades humanas, portanto, o que se consegue realizar nelas depende de entender que tipo de questões são capazes de serem abordadas e quais se deve deixar de lado. Se houver uma compreensão mais clara do alcance e dos limites do entendimento humano, da natureza das ideias e das operações que se realiza ao raciocinar sobre elas, inevitavelmente se podem fazer avanços.

Dessa preocupação em trazer a ciência para um lugar de simples descrição dos fenômenos observados/experimentados, surge, portanto, a conhecida *Guilhotina de Hume*, segundo a qual não é possível derivar afirmações sobre o *dever ser* a partir de afirmações sobre o que se *é*, na medida em que não há um fundamento último que comprove essa relação causal. Não se consegue comprovar que da mera observação de um fenômeno tal como ele é, seja possível extrair com certeza absoluta uma noção de como ele deveria ser, sem adentrar em questões especulativas ou metafísicas.

¹¹⁶ DIETRICH, William Galle. **Positivismo Jurídico**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 47.

¹¹⁷ MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2023. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/hume/>>. Acesso em 15 fev 2025.

¹¹⁸ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 22.

¹¹⁹ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 21.

Segundo Dietrich, a Guilhotina de Hume é comumente lida e compreendida de maneira deslocada de todo o *status quaestionis* que o autor escocês enfrentava e de todo o pano de fundo de seu constructo empirista¹²⁰.

Leszek Kolakowski traz quatro aspectos fundamentais da filosofia positivista que, de alguma forma, foram influenciados pelo empirismo humeniano: **i)** a regra do fenomenalismo; **ii)** a regra do nominalismo; **iii)** a regra que nega a validade para julgamentos normativos e; **iv)** a unidade do método científico.

Muito resumidamente (apenas para dar um panorama geral e demonstrar as angústias de Fuller), entende-se que *a regra do fenomenalismo* consiste na ideia de que não existe diferença real entre “essência” e “fenômeno”, na medida em que não se é capaz de chegar a uma noção satisfatória de substância. Ou seja, apenas tem validade epistemológica aquilo que passa pelo crivo sensorial, podendo ser visto, tocado etc.¹²¹. *A regra do nominalismo* pode ser considerada uma consequência dessa regra anterior, na medida em que ela se resume à afirmação de que não se pode assumir que qualquer visão formulada em termos gerais pode ter referências reais que não sejam objetos concretos individuais¹²². Ou seja, há uma negação da ideia de universalidade, porque ela não seria nada mais que um constructo linguístico associado a interpretações mentais. *A regra que nega a validade para julgamentos normativos* (também uma consequência das regras anteriores), trata-se de uma regra cética em relação a possibilidade cognitiva de coisas como “nobre”, “bom”, “mau”, “bonito”, “feio” etc.¹²³. Ou seja, a carga valorativa tem sempre um cariz arbitrário, que não pode ser justificado empiricamente. A última regra, a da *unidade do método científico*, afirma que o método para a aquisição válida de conhecimento é essencialmente o mesmo para todas as áreas científicas (naturais, sociais etc.)¹²⁴. Assim, se na biologia um cientista observa e descreve como as plantas se desenvolvem, não poderia ser diferente nas ciências sociais. Portanto, um jurista deve se limitar a observar o modo como *o Direito é*, descrevendo-o, e não empreender esforços em dizer o modo como *o Direito deveria ser*. Veja-se que é justamente esse o objetivo de Kelsen, quando elabora a *Teoria Pura do Direito*, bem como de Hart, na sua obra *O Conceito de Direito*, em que ambos

¹²⁰ DIETRICH, William Galle. **Positivismo Jurídico**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018, p. 48.

¹²¹ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason**: a history of positivist thought. Nova York: Doubleday & Company, 1998, p. 3.

¹²² KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason**: a history of positivist thought. Nova York: Doubleday & Company, 1998, p. 5.

¹²³ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason**: a history of positivist thought. Nova York: Doubleday & Company, 1998, p. 7.

¹²⁴ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason**: a history of positivist thought. Nova York: Doubleday & Company, 1998, p. 8.

afirmam essa preocupação de somente descrever o que eles acreditam serem a estrutura geral do Direito, mas não de criticá-lo¹²⁵.

Lenio Streck, ainda, no verbete sobre Positivismo Jurídico, em seu Dicionário, faz essa mesma transposição das regras descritas por Kolakowski ao positivismo jurídico – o que demonstra que há uma referência às concepções empiristas -, afirmando que já no final do século XI o nominalismo podia ser percebido no positivismo, sendo que, no século XIII, Roger Bacon já dizia que o valor do conhecimento pode ser medido pela eficácia de sua aplicação, “circunstância que mostra também a ligação umbilical entre nominalismo, pragmatismo e positivismo, que pode ser vista até hoje”¹²⁶. No âmbito do Direito, portanto, observa-se que o positivismo jurídico surge com essa característica cética de negar validade a pré-julgamentos normativos, o que busca raízes na filosofia empirista de Hume.

Conclui-se, portanto, que a compreensão das bases filosóficas do empirismo, especialmente a partir de Hume, é fundamental para entender as angústias e objeções de Lon Fuller ao positivismo jurídico. A influência humeniana, com sua ênfase na descrição da realidade e sua rejeição à possibilidade de juízos normativos dotados de validade objetiva, marca profundamente as premissas epistemológicas do positivismo. É justamente contra essa neutralidade valorativa e contra essa separação entre Direito e moral que Fuller se insurge, propondo, em contraponto, uma teoria que reabilita a dimensão normativa do Direito e a importância dos valores na sua constituição. Compreender essa crítica não apenas esclarece o projeto teórico de Fuller, mas também ilumina a relevância do seu pensamento como uma tentativa de reconstrução do Direito para além de um descritivismo empírico, que leva, por sua vez, a um relativismo moral, colocando a moralidade interna do Direito como sua própria condição de existência.

1.1.3 Compreendendo brevemente o pragmatismo e o realismo jurídico norte-americano

Antes de adentrar na relação umbilical entre o positivismo jurídico e o empirismo humeniano, no entanto, há que se fazer uma breve digressão das posturas pragmatistas/realistas no Direito, que também eram uma grande preocupação de Fuller e, nesse contexto, se conectam com o que vem sendo esboçado até aqui. Na verdade, o movimento do realismo norte-

¹²⁵ Ver Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 1; e ver o prefácio de H. L. A.; Hart. **O Conceito de Direito**. 2. tiragem. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

¹²⁶ Streck, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 273.

americano e das posturas pragmatistas, ao menos no contexto de Lon Fuller, vieram após a ascensão do positivismo jurídico na Europa ocidental, e surgiram, justamente, como uma resposta à sua versão sua formalista. Mas a opção por inverter a ordem de explicação dos dois movimentos se dá por uma razão didática. O positivismo jurídico – especialmente em suas versões formalista e analítica, mas também na sua concepção geral – foi o grande “inimigo” de Lon Fuller, mais que o realismo jurídico. Fuller ainda preferia o movimento do realismo ao movimento do positivismo (conforme será demonstrado mais a frente).

Assim, nas páginas desse subitem, explicar-se-á quais eram as suas questões de Fuller contra o movimento do realismo, e quais eram as suas concordâncias; já, em relação ao positivismo, toda sua jusfilosofia engaja contra ele. Em razão disso, as formulações de Fuller contra o positivismo jurídico serão explicadas gradativamente ao longo do desenvolvimento da pesquisa, conforme se trabalha as formulações fullerianas. Por isso, na concepção dessa pesquisadora, é mais didático finalizar esse capítulo abordando sobre ele, de modo que esse subitem deve-se reservar ao realismo jurídico estadunidense e às posturas pragmatistas.

É verdade que o pragmatismo não diz respeito a somente uma única noção específica do pensamento filosófico. Teve origem nos Estados Unidos por volta de 1870 e sua primeira geração foi iniciada pelos chamados “pragmatistas clássicos”, como Charles Sanders Peirce (1839–1914), William James (1842–1910) e Josiah Royce (1855–1916). Uma segunda geração (ainda chamada de “clássica”) direcionou a filosofia pragmatista para a política, a educação e outras dimensões da vida social, sob a imensa influência de John Dewey (1859–1952) e Jane Addams (1860–1935), desenvolvendo cada vez mais a partir de então¹²⁷. Como dito anteriormente, Summers também afirma que, na época, John Dewey era um dos precursores do pensamento pragmatista, e ele inclui, ainda, nessa lista, Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound e John Chipman Gray, sendo que na década de 1930, Summers afirma que essa visão foi mais impulsionada por autores realistas¹²⁸. Lenio Streck, assim como Summers, também diz que no Direito os reflexos do pragmatismo podem ser vistos no Realismo Jurídico ou Empirismo Jurídico (ou na Escola Sociológica Americana - Pound, Wendel e Cardozo), que, segundo o autor, buscava substituir os critérios racionalistas de análise por procedimentos empíricos e/ou utilitaristas¹²⁹.

¹²⁷ LEGG, Catherine; HOOKWAY, Christopher. Pragmatism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/pragmatism/>>. Acesso em 15 fev 2025.

¹²⁸ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 4.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 344.

As ideias centrais do pragmatismo tiveram origem nas discussões do “Clube Metafísico”, que se reunia na Universidade de Harvard por volta de 1870. Desse grupo, fazia parte Peirce e juristas como William James, John Dewey, Nicholas St. John Grenn, Oliver Wendell Holmes Jr., e Joseph B. Warner¹³⁰. Veja-se, com isso, que todos esses autores eram as grandes referências, na época, de pensadores de posturas pragmatistas.

O núcleo do pragmatismo tinha como guia condutor de pensando a chamada Máxima Pragmática, que correspondia a uma regra para clarificar o significado de hipóteses rastreando suas implicações para a experiência em situações específicas. Peirce e James consideravam uma aplicação fundamental da Máxima a de clarificar o conceito de verdade. Isso, contudo, produziu uma perspectiva epistemológica distinta: uma explicação falibilista e anti-cartesiana das normas que regem a investigação. Dentro dessa perspectiva mais ampla, no entanto, os primeiros pragmatistas divergiram significativamente em relação a questões do realismo em sentido amplo — essencialmente, se o pragmatismo deveria se conceber como uma filosofia científica, sustentando o monismo sobre a verdade (seguindo Peirce), ou como um pluralismo alético mais amplo (seguindo James e Dewey)¹³¹.

Where the Cartesian holds that unless we begin from premises of which we can be absolutely certain we may never reach the truth, the pragmatist emphasises that, when we do go wrong, further discussion and investigation can identify and eliminate errors, which is our best hope for escaping their damaging effects. The possibility of error provides us with reason to be ‘contrite fallibilists’, not skeptics. The focus of epistemological inquiry should not be on showing how we can possess *absolute certainty*, but on how we can develop self-correcting methods of inquiry that make *fallible progress*¹³².

Enquanto o cartesiano sustenta que, a menos que comecemos com premissas das quais possamos ter certeza absoluta, talvez nunca cheguemos à verdade, o pragmatista enfatiza que, quando erramos, novas discussões e investigações podem identificar e eliminar os erros — o que é nossa melhor esperança de nos livrarmos de seus efeitos prejudiciais. A possibilidade de erro nos dá motivo para sermos “falibilistas contritos”, não céticos. O foco da investigação epistemológica não deve estar em mostrar como podemos possuir certeza absoluta, mas em como podemos desenvolver métodos de investigação autocorretivos que façam *progressos falíveis*. (tradução nossa).

¹³⁰ LEGG, Catherine; HOOKWAY, Christopher. Pragmatism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/pragmatism/>>. Acesso em 15 fev 2025.

¹³¹ LEGG, Catherine; HOOKWAY, Christopher. Pragmatism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/pragmatism/>>. Acesso em 15 fev 2025.

¹³² LEGG, Catherine; HOOKWAY, Christopher. Pragmatism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/pragmatism/>>. Acesso em 15 fev 2025.

Assim, a filosofia pragmatista não estava preocupada somente com a busca pela verdade, na investigação do conhecimento humano, mas também estava preocupada com a busca pela *melhoria*. Epistemólogos pragmatistas frequentemente exploram como se pode investigar de forma autocontrolada e frutífera, oferecendo análises sobre as capacidades ou virtudes que devem ser adotadas para investigar bem. Ou seja, para a filosofia pragmatista, n'um geral, toda investigação é prática, porque se preocupa com um aspecto transformador.

A filosofia pragmatista, portanto, trouxe contribuições para outras áreas do conhecimento, como para a Religião, Educação, para o Direito, para a Ética e para a Política. No âmbito da Ética, a filosofia pragmatista se relacionou com o utilitarismo, no sentido de que, ao buscar conectar teoria e prática, noções normativas foram reduzidas à utilidade prática. James, por exemplo, abraçou a ética utilitarista como um dos ramos do pragmatismo¹³³.

Já no Direito, essa jusfilosofia entendia que ele deveria ser compreendido a partir de uma metodologia experimental, e não a partir de *standards* imutáveis de justiça:

Em linhas gerais, o pragmatismo buscava uma filosofia sem fundamentos ontológicos *a priori*, sendo a realidade identificada com o conjunto da experiência subjetiva. O valor de verdade das ideias não seria um fim em si mesmo, mas estaria relacionado com o seu grau de utilidade, de satisfação, ou êxito prático (LIMA, 1968)¹³⁴.

Nesse sentido, conforme explica Streck, o pragmatismo se trata de uma visão filosófica da experiência humana que tem como pressuposto fundamental a compreensão de que não existem fundamentos ontológicos *a priori* para se dizer que algo é verdadeiro, de modo que a régua para a justificação da verdade (ou, se preferir, do argumento moral), é focada nas consequências que as escolhas morais vão gerar: no seu grau de utilidade, de satisfação e de êxito prático. É nesse sentido que Streck diz que, no pragmatismo, a verdade é substituída pela efetividade:

No pragmatismo jurídico a verdade é substituída pela efetividade. Com efeito, em termos de validação do conhecimento, isto é, em termos de epistemologia, pertence ao campo da intersubjetividade as condições pelas quais os homens vêm a concordar ou discordar acerca de suas asserções sobre o mundo¹³⁵.

¹³³ LEGG, Catherine; HOOKWAY, Christopher. Pragmatism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/pragmatism/>>. Acesso em 15 fev 2025.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 343.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 345.

Há, com isso, uma relação umbilical das posturas pragmatistas/realistas com o empirismo humeniano, na medida em que ambos se sustentam em uma perspectiva filosófica de que não existem fundamentos ontológicos *a priori* para se dizer que algo é verdadeiro, e que a única régua fidedigna do ser humano é a experiência/observação, tal como ocorre nas ciências naturais. O pragmatismo, contudo, vai além ao compreender que o juízo de julgamento precípua é a análise das consequências práticas que uma determinada decisão vai acarretar, e não simplesmente porque ela é uma “boa” decisão, ou porque uma entidade metafísica disse que deve ser assim.

No contexto hodierno, diz Streck, o pragmatismo pode ser identificado sob vários matizes, como, por exemplo, na análise econômica do Direito, de Richard Posner¹³⁶, e em todas as compreensões filosóficas que colocam na subjetividade do juiz o *locus* de tensão da legitimidade do Direito (protagonismo judicial). Assim, a regra jurídica é tida meramente em termos instrumentais, o que significaria uma abertura para a sua contestabilidade, revisibilidade e mutabilidade¹³⁷.

No Direito, portanto, o pragmatismo veste a mesma roupagem dessa compreensão filosófica, porém, tem implicações mais evidentes no seu entendimento acerca do papel do juiz, ou, então, dos limites de uma decisão judicial. Para o pragmatismo, o juiz não somente está autorizado a considerar as consequências práticas de sua decisão, à despeito do cumprimento da lei, mas ele também independe dessa autorização, porque a autoridade jurídica se apresenta dessa forma. Ou seja, independentemente de o julgador estar ou não autorizado a buscar, fora do Direito, razões para decidir uma determinada questão jurídica (e, para o pragmatismo, ele de fato está), ele já faz isso mesmo que de forma inconsciente, porque a realidade é assim, tal como ela se apresenta.

Oliver Wendell Holmes publicou pela primeira vez em 1897 o seu artigo intitulado *The Path of The Law*, em que ele colocou brevemente suas concepções pragmatistas sobre o Direito e sobre a forma como ele se estrutura na sociedade. Nesse texto, Holmes traz o Direito como um mecanismo de previsão das decisões judiciais, daquilo que os tribunais decidem materialmente. Ele traz a figura do “homem mau” – *bad man*, o bandido, o fora da lei - como

¹³⁶ A análise econômica do direito de Richard Posner é uma abordagem que aplica os princípios e métodos da economia para entender, analisar e prever o funcionamento do Direito, suas regras e decisões judiciais. A ideia fundamental é que o Direito deve ser entendido em termos de eficiência econômica, isto é, em como as regras jurídicas podem promover a maximização do bem-estar social e a alocação eficiente de recursos. Para mais informações, ver: POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 6ª ed. Estados Unidos: Aspen Law & Business, 2003.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 344.

uma figura-limite para essa compreensão, no sentido de que o Direito somente é produzido para aqueles que precisam da norma para agir, cuja bondade não esteja naturalmente em sua perspectiva. Nesse caso, Holmes afirma que os homens maus fazem um cálculo das consequências de cumprir ou descumprir uma determinada regra. Para isso, eles estão mais interessados em saber como os tribunais aplicam a regra em específico para, a partir disso, poder medir as consequências práticas do seu agir e, assim, ponderar o custo-benefício. Veja-se com isso, que Holmes traz a perspectiva de que os criminosos, por exemplo, apenas estão considerando as consequências materiais de suas condutas, e é isso que vai determinar o (des)cumprimento de uma regra:

[...] se você quer conhecer o direito (...) basta olhar para a situação como um criminoso, que liga apenas para as consequências materiais que tal conhecimento propicia a ele prever, e não como uma pessoa correta, que encontra razões para sua conduta, tanto no direito como fora do direito, nas vagas sanções ditadas por sua consciência¹³⁸.

Há uma passagem nesse texto de Holmes que evidencia a situação do juiz a partir dessa perspectiva pragmatista, em que ele afirma:

I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage. The duty is inevitable, and the result of the often proclaimed judicial aversion to deal with such considerations is simply to leave the very ground and foundation of judgments inarticulate, and often unconscious, as I have said¹³⁹.

Eu penso que os próprios juízes falharam em reconhecer adequadamente seus deveres de ponderar as considerações da vantagem social. Esse dever é inevitável, e o resultado dessa frequentemente proclamada aversão judicial para lidar com essas considerações acaba simplesmente deixando o próprio solo fundamental dos julgamentos inarticulados, e muitas vezes inconscientes, como eu tinha dito. (tradução nossa).

Portanto, o juiz, diante da compreensão pragmatista, deve buscar adotar a decisão judicial cujas consequências estiverem mais ajustadas às necessidades humanas e sociais (ou, como Holmes disse, à “vantagem social”), em termos meramente práticos, de modo que a lei lhe serviria apenas como um dos muitos recursos que estão a sua disposição no momento da

¹³⁸ POSNER, Richard A. **The Essential Holmes**. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr. Chicago: Chicago University Press, 1997, p. 162.

¹³⁹ HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. The Path Of The Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 10, 1897, p. 10.

interpretação, incluindo recursos extrajudiciais. Nas palavras de Streck, torna-se apenas mais uma dentre as variadas fontes de informação que orientam a sua atividade decisória¹⁴⁰.

O pragmatismo jurídico implica, portanto, na tese de que o Direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental e progressivo, ou seja, que ele seja endereçado para o futuro:

O pragmatismo jurídico implica a tese de que o Direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental e progressivo, isto é, endereçado para o futuro; não teria essa perspectiva teórica nenhum compromisso com a segurança e a objetividade e, por isso mesmo, propugna que os conceitos e normas sirvam constantemente às necessidades humana e sociais e que o Direito ajuste suas categorias para se adequar às práticas da comunidade extrajurídica¹⁴¹.

Relacionado com esses pressupostos pragmatistas do Direito, há o que se denominou de *realismo jurídico*, surgido na primeira metade do século XX em sua versão estadunidense. Há, também, o realismo escandinavo, que se assemelha ao estadunidense.

Segundo Lenio Streck, os principais representantes do realismo jurídico foram John Chipmann Gray, Morris Cohen, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn e Oliver Wendel Holmes. Veja-se, portanto, que alguns deles são os mesmos que culminaram com as posturas pragmatistas. Isso, porque o realismo jurídico é quase que uma “nova roupagem” do pragmatismo. Nas palavras de Streck,

[...] o realismo tem fundamentos pragmaticistas que favorecem o agir de predadores externos (ética, moral, economia, política) sobre a formulação do Direito, e cuja aposta mantém-se firme em um constante “estado de exceção hermenêutico”, em que o juiz funciona como protagonista, isto é, aquele que resolverá os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos¹⁴².

O realismo jurídico, portanto, independentemente de ser o estadunidense ou o escandinavo, possui uma identidade básica, qual seja: desconsidera as especulações metafísicas no campo do Direito e da moral, na medida em que entende o Direito como um conjunto de fatos sociais, reduzido ao mundo da realidade empírica. Streck menciona Alf Ross como um exemplo de realista jurídico, e diz que, para ele, o Direito deveria ser compreendido como sendo um fato social, cuja existência e descrição somente podem ser equacionadas em termos

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 344.

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 344.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 379.

puramente fáticos, sensíveis e empíricos, sem necessidade de se recorrer a princípios apriorísticos, morais, racionais ou ideológicos¹⁴³:

O realismo jurídico é uma postura de viés não cognitivista (entendido no sentido da metaética). Para os realistas, o Direito estaria muito próximo de uma técnica operacional e decorreria daquilo que o intérprete diz que ele é. Daí se dizer que o Direito se realiza pela decisão mesma. O realismo jurídico traduz-se numa forma acabada de positivismo fático que, ao buscar superar o formalismo-exegético, acabou por abrir caminho para discricionariedades e decisionismos¹⁴⁴.

Assim, para os realistas, o conceito de Direito está estritamente relacionado com a atividade jurisdicional. Para eles, o Direito *é*, ao fim e ao cabo, aquilo que os juízes *dizem que ele é*. Independentemente das formulações teóricas que se façam sobre o Direito, no fim do dia, é o juiz que vai dizer *o que é* e *o que não é*. Em termos pragmatistas, é o juiz quem vai dizer o que é melhor para as partes, ou o que é o mais efetivo em termos de utilidade, independentemente das críticas que se façam sobre isso. Porque, no fundo, *não há especulação metafísica que sustente a realidade prática*. A autoridade, portanto, está no centro da tomada de decisão social. Não há como comprovar a veracidade de princípios apriorísticos, princípios morais, racionais, metafísicos ou ideológicos, porque, no fim do dia, são apenas especulações. Essas especulações serão adotadas a depender de quem está com a autoridade da decisão. Esse é, portanto, o âmago da experiência humana coletiva para as posturas pragmatistas.

Holmes, ainda, evidencia em seu texto a necessidade de fazer uma separação entre o Direito e a moral, que deve ser feita a partir de situações concretas, e não a partir de generalizações abstratas. Ele considera uma falácia a “confusão” da moralidade com o Direito, e afirma:

The primary rights and duties with which jurisprudence busies itself again are nothing but prophecies. One of the many evil effects of the confusion between legal and moral ideas, about which I shall have something to say in a moment, is that theory is apt to get the cart before the horse, and consider the right or the duty as something existing apart from and independent of the consequences of its breach, to which certain sanctions are added afterward. But, as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right¹⁴⁵.

Os direitos e deveres primários com os quais a jurisprudência se ocupa não passam de profecias. Um dos muitos efeitos negativos da confusão entre ideias jurídicas e morais, sobre a qual falarei em breve, é que a teoria tende a colocar a carroça na frente

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 378.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 378.

¹⁴⁵ HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. The Path Of The Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 10, 1897, p. 2.

dos bois, considerando o direito ou o dever como algo que existe independentemente das consequências de sua violação, às quais certas sanções são adicionadas posteriormente. Mas, como tentarei mostrar, um dever jurídico nada mais é do que uma previsão de que, se uma pessoa fizer ou deixar de fazer certas coisas, ela será punida de um jeito ou de outro pelo julgamento do tribunal; e o mesmo vale para um direito. (tradução nossa).

Assim, com base nessa perspectiva de Holmes, o Direito é pensado pelo seu público-alvo, qual seja, o homem mau, em seus termos práticos, porque o cidadão cumpre a lei não simplesmente por uma questão ética ou moral, mas sobretudo em razão das consequências que o des(cumprimento) irá acarretar:

The first thing for a businesslike understanding of the matter is to understand its limits, and therefore I think it desirable at once to point out and dispel a confusion between morality and law, which sometimes rises to the height of conscious theory, and more often and indeed constantly is making trouble in detail without reaching the point of consciousness. You can see very plainly that a bad man has as much reason as a good one for wishing to avoid an encounter with the public force, and therefore you can see the practical importance of the distinction between morality and law. A man who cares nothing for an ethical rule which is believed and practiced by his neighbors is likely nevertheless to care a good deal to avoid being made to pay money, and will want to keep out of jail if he can¹⁴⁶.

O primeiro passo para entender a questão de forma objetiva é compreender seus limites. Por isso, acho necessário apontar e dissipar a confusão entre moralidade e direito, que às vezes chega a se tornar uma teoria consciente, mas com mais frequência causa problemas sem chegar a esse nível de conscientização. É evidente que um homem mau tem tantas razões quanto um homem bom para evitar um confronto com a força pública, e, portanto, você pode ver a importância prática de distinguir entre moralidade e direito. Um homem que não dá importância a uma regra ética seguida por seus vizinhos ainda assim se preocupará em evitar pagar multas ou ser preso. (tradução nossa).

Veja-se o seguinte trecho do texto de Holmes, que resume tudo o que foi dito até aqui a respeito da perspectiva pragmatista:

Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law. Take again a notion which as popularly understood¹⁴⁷.

Pegue a questão fundamental: O que constitui o direito? Alguns escritores dirão que é algo diferente do que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema de razão, uma dedução de princípios éticos ou axiomas admitidos,

¹⁴⁶ HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. The Path Of The Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 10, 1897, p. 2.

¹⁴⁷ HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. The Path Of The Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 10, 1897, p. 4.

ou algo do tipo, que pode ou não coincidir com as decisões. Mas se considerarmos a perspectiva do nosso amigo, o homem mau, veremos que ele não dá a mínima para axiomas ou deduções, mas quer saber o que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra provavelmente farão de fato. Eu compartilho muito dessa visão. As previsões sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, é o que eu entendo por direito.

Para Andrea Porciello, nos anos trinta, quando Lon Fuller começava a se difundir no ambiente acadêmico estadunidense, uma “nova teoria geral do direito” estava revolucionando o pensamento jurídico. Porciello fala do movimento do realismo jurídico norte-americano que, de fato, quando Fuller começou a publicar academicamente estava em ascensão:

Una teoría genuinamente antiformalista, impregnada de instrumentalismo pragmático, que concebía el derecho como un instrumento convencional creado por los hombres e influido cotidianamente por los modelos de comportamiento que operan dentro de la dimensión social. Según esta orientación, ‘los conceptos jurídicos preexistentes no condicionan las decisiones judiciales en los términos de una necesidad lógica, contrariamente a lo que habían sostenido muchos formalistas. Es más, incluso los jueces (y también los legisladores) son libres de crear derecho, como así hacen a menudo. Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound, John Dewey y John Chipman Gray fueron creadores y los guías de esta nueva visión instrumentalista del derecho’¹⁴⁸.

Uma teoria genuinamente antiformalista, impregnada de instrumentalismo pragmático, que concebia o direito como um instrumento convencional criado pelos homens e cotidianamente influenciado pelos modelos de comportamento que operam dentro da dimensão social. Segundo essa orientação, “os conceitos jurídicos preexistentes não condicionam as decisões judiciais nos termos de uma necessidade lógica, contrariamente ao que haviam sustentado muitos formalistas. Mais ainda, inclusive os juizes (e também os legisladores) são livres para criar direito, como de fato o fazem com frequência. Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound, John Dewey e John Chipman Gray foram os criadores e os guias dessa nova visão instrumentalista do direito.” (tradução nossa).

Conforme se depreende de Porciello, o movimento do realismo norte-americano foi uma reação ao positivismo formalista, porque ele não acreditava na questão formalista. Para os realistas, o juiz não é – nem deve ser – afixado pelo formalismo das regras, mas é afixado aos comportamentos sociais e as consequências de sua decisão.

Em 1934 Fuller publicou, na *Harvard Law Review*, artigo intitulado *American Legal Realism*, em que desenvolveu uma avaliação crítica ao realismo jurídico em geral e, especialmente, ao de Karl N. Llewellyn, que foi, no entendimento de Fuller, um dos autores que mais conseguiu, na época, consolidar a abordagem do realismo jurídico. No artigo, Fuller critica o fato de o realismo jurídico não se preocupar com o que ele chama de *legal certainty*, que, traduzindo-se para o contexto do texto de Fuller, seria o que se considera como *segurança*

¹⁴⁸ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller.** Palestra Editores, Lima, 2019, p. 45-46.

jurídica. E, mais, Fuller afirma que a escola realista evitou essa questão não porque estivesse “envergonhada dela, mas porque a considera não importante”¹⁴⁹.

Em suas palavras, uma das principais características do método tradicional – ou seja, do método do positivismo jurídico formalista – é que ele concebe a área do “juridicamente relevante” como limitada. Assim, o método estritamente formalista ignora que as decisões judiciais são eivadas de fundamentos que são, por vezes, extrajurídicos. Os juízes esbarram no problema da linguagem. Na compreensão de Fuller, portanto, o mérito do movimento do realismo jurídico é reconhecer que existem outros argumentos, outros modos de raciocínio nem sempre jurídicos, que podem ter relevância para o processo de decisão judicial, e podem até serem levados em considerações de forma colateral pelo juiz. Mas, na visão do positivismo formalista, tais argumentos e raciocínio permanecem extrajurídicos ou não-técnicos. E, ao fazer essa crítica ao positivismo, o realismo jurídico amplia o campo do “juridicamente relevante” e traz esses argumentos à tona, que antes eram escondidos pelo método tradicional.

Ou seja, o que o realismo jurídico faz é assumir a compreensão de que o processo decisório é eivado de fundamentos que, muitas vezes, não são impressos na decisão judicial, e defender que eles devem ser impressos, a partir de uma aceitação, pelo Direito, desses argumentos como sendo tão legítimos quanto argumentos jurídicos ou técnicos; ou seja, a de que esses argumentos estão no âmbito do “juridicamente relevante”. Fuller, portanto, entendia que essa tarefa do movimento do realismo jurídico, na época, contrário ao positivismo do método tradicional formalista, era benéfico para o Direito naquele momento, porque gerava mais segurança jurídica que o positivismo jurídico:

One of the chief characteristics of the traditional method is that it conceives of the area of the *legally relevant* as quite limited. Only certain types of argument, certain lines of reasoning, are "legal" in nature. Other arguments, other modes of reasoning may have relevance to the decision and may even be taken collaterally into account in deciding the case. But they remain "extra-legal" or "non-technical" considerations, mere (*sic*) arguments of "policy". They definitely occupy a humbler status than "legal" considerations. One of the chief services of the realist school has been to enlarge the field of the legally relevant and to invest "extra-legal" considerations with a species of respectability. And it seems quite clear to me that this has also been a service to the cause of legal certainty¹⁵⁰.

Uma das principais características do método tradicional é que ele concebe a área do juridicamente relevante como bastante limitada. Apenas certos tipos de argumento, certas linhas de raciocínio, são considerados de natureza "jurídica". Outros argumentos, outros modos de raciocínio podem ter relevância para a decisão e até mesmo ser levados em consideração de forma colateral ao decidir o caso. No entanto,

¹⁴⁹ FULLER, Lon L. American Legal Realism. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 82, n. 5, 1934, p. 433.

¹⁵⁰ FULLER, Lon L. American Legal Realism. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 82, n. 5, 1934, p. 434.

eles permanecem como considerações "extrajurídicas" ou "não técnicas", meros (sic) argumentos de "política". Eles ocupam, sem dúvida, um status inferior em relação às considerações "jurídicas". Um dos principais serviços prestados pela escola realista foi ampliar o campo do juridicamente relevante e conferir às considerações "extrajurídicas" uma espécie de respeitabilidade. E me parece bastante claro que isso também contribuiu para a causa da segurança jurídica. (tradução nossa).

Assim, de todos os males, Fuller preferia o do realismo jurídico, porque ele é menos “hipócrita” que o positivismo jurídico, no sentido que ele assume a existência de fundamentos extrajurídicos na decisão judicial e, a partir disso, defende que eles sejam aparentes. E, sendo aparentes, é mais fácil de compreender os motivos das decisões:

The traditional method furnished the judge with a set of legal concepts and said to him, "These are the materials from which you are to build your decision. We realize that in reaching your decision you have been influenced by numerous considerations, many of which have nothing to do with these materials. We are willing to wink at that. But we insist on one condition: When you come to the actual work of construction, you must limit yourself to these materials."¹⁵¹

O método tradicional fornecia ao juiz um conjunto de conceitos jurídicos e lhe dizia: "Estes são os materiais a partir dos quais você deve construir sua decisão. Reconhecemos que, ao tomar sua decisão, você foi influenciado por diversas considerações, muitas das quais nada têm a ver com esses materiais. Estamos dispostos a ignorar isso. Mas insistimos em uma condição: quando você chegar ao trabalho concreto de construção, deve se limitar a esses materiais." (tradução nossa).

Porém, Fuller concordava em parte com o movimento do realismo jurídico estadunidense. Não por causa das suas conclusões, mas sim em razão de suas causas: eles tinham um inimigo em comum, qual seja, o método tradicional formalista do positivismo jurídico, dominante na época. Assim, Fuller entendia que a concepção tradicional do método positivista impunha ao juiz uma hipocrisia, porque muitas vezes ele primeiro decide o caso com base em considerações não-técnicas para, depois, a partir de analogias, ficções e teorias, extrair do Direito a base jurídica aceitável para a sua decisão, que já havia sido tomada com fundamentos extrajurídicos.

The traditional conception of legal method imposes a like hypocrisy on the modern judge. Often his procedure is to decide the case first on the basis of "non-technical" considerations. Then armed, not with rack and wheel, but with the intellectual equivalents of those instruments of torture fictions, analogies, "theories", - he proceeds to wring from his code or other body of doctrine the legally acceptable basis for his decision¹⁵².

¹⁵¹ FULLER, Lon L. American Legal Realism. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 82, n. 5, 1934, p. 434.

¹⁵² FULLER, Lon L. American Legal Realism. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 82, n. 5, 1934, p. 435.

A concepção tradicional do método jurídico impõe uma hipocrisia semelhante ao juiz moderno. Frequentemente, seu procedimento consiste em decidir o caso primeiro com base em considerações "não técnicas". Então, munido não de cavalete e roda, mas de seus equivalentes intelectuais — ficções, analogias, "teorias" —, ele procede a extrair de seu código ou de outro corpo doutrinário a fundamentação juridicamente aceitável para sua decisão. (tradução nossa).

Além de o positivismo formalista distorcer a própria percepção do fenômeno jurídico e dos elementos que o compõem, ele também gera insegurança jurídica, especialmente porque sequer fala sobre isso. Ignora completamente essa questão. O realismo jurídico, no entanto, assume e expõe que existem outras questões envolvidas no processo de tomada de decisão que não estão restritas somente à aplicabilidade literal dos códigos.

Nas palavras de Porciello, o método tradicional concebeu argumentos jurídicos como justificativas *a posteriori* de decisões tomadas também com base na lógica extrajurídica. Os juízes, longe de se restringirem aos limites do que é “juridicamente relevante”, extraem livremente seus argumentos de diferentes áreas e, então, ocultam tais influências 'ilegítimas' e 'inaceitáveis' em sua justificativa, dando assim a impressão de que a decisão foi tomada conforme claramente estabelecido pelas regras. Isso determinou uma clara ruptura entre as duas fases do raciocínio judicial: na primeira, em que o juiz chega à sua própria convicção interna, a saída da esfera extrajurídica era tolerada justamente porque não estava expressa e, portanto, não era visível. Na segunda fase, a fase justificatória, em prol da certeza e da forma, o raciocínio é redirecionado para dentro dos seus próprios limites. Nessa perspectiva, a certeza obtida pela ciência jurídica do século XIX configura-se como algo aparente, como uma certeza requintadamente formal. Assim, o desejo de certeza típico do século XIX acabou produzindo a maior incerteza¹⁵³.

E, ao impedir que tais considerações extrajurídicas sejam explanadas, impede-se, assim, a sua possível racionalização e sistematização¹⁵⁴. Portanto, o realismo jurídico acaba contribuindo para a questão da certeza jurídica (segurança), e esse era o raciocínio de Lon Fuller para preferir o movimento do realismo estadunidense ao do positivismo jurídico:

El realismo jurídico, según Fuller, ha tenido por lo menos un mérito importante: el de desenmascarar estos mecanismos hipócritas, sobre todo ampliando los límites de lo jurídico hasta incluir también todas las consideraciones ‘no-técnicas’ hasta ahora eliminadas de las herramientas conceptuales del jurista, y sobre todo del juez. Esto parece contribuir a la causa de la certeza, en cuanto el juez ahora puede quedarse ‘mansamente’ en su propio sin recinto, convertido por los realistas en cómodo y

¹⁵³ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller.** Palestra Editores, Lima, 2019, p. 51.

¹⁵⁴ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller.** Palestra Editores, Lima, 2019, p. 51.

espacioso, sin tener que "evadirse" continuamente para encontrar en otros sítios lo que necesita para desarrollar su próprio deber decisonal¹⁵⁵.

O realismo jurídico, segundo Fuller, teve ao menos um mérito importante: o de desmascarar esses mecanismos hipócritas, sobretudo ao ampliar os limites do jurídico até incluir também todas as considerações “não técnicas” até então eliminadas das ferramentas conceituais do jurista — e, principalmente, do juiz. Isso parece contribuir para a causa da certeza, na medida em que o juiz agora pode permanecer “mansamente” em seu próprio cercado, transformado pelos realistas em algo cômodo e espaçoso, sem precisar “evadir-se” continuamente para encontrar em outros lugares o que necessita para desempenhar seu próprio dever decisório. (tradução nossa).

O problema do realismo, contudo, é não fazer a crítica disso, porque, ao fim e ao cabo, assenta-se nos mesmos pressupostos filosóficos empiristas do positivismo jurídico formalista.

Lenio Streck, no Brasil, também desenvolve crítica contundente ao realismo jurídico, porque considera que ele cai no mesmo problema que o positivismo jurídico. Ou seja, pode-se até aceitar que o realismo jurídico é “menos hipócrita” que o positivismo jurídico, mas isso, de maneira alguma, deve significar a sua aceitação. Isso, porque o realismo jurídico acaba caindo nos mesmos problemas do positivismo jurídico, na medida em que compartilha, com ele, pressupostos empiristas. Ambos compreendem o Direito como um fato social manifestado pela autoridade, e esse é o âmago do problema.

Streck diz que um dos principais problemas é que o positivismo jurídico não se preocupa com uma teoria de decisão judicial, e, nisso, ele critica também o movimento do realismo jurídico. Em sua concepção, não basta assumir que o processo decisório é eivado de fundamentos extrajurídicos, mas é preciso ser contra isso, é preciso que haja *constrangimento epistemológico*¹⁵⁶. Em suas palavras:

Por isso, para os realistas, está muito claro que o juiz primeiro decide e, na sequência, seleciona o argumento para justificar o decidido, o que pode ser visto em Jerome Frank e M. Radin. Segundo os realistas mais agudos, circunstâncias e particularidades que impedem a aplicação de normas coincidem com os fatores pessoais que determinam o comportamento do juiz: sua personalidade, seus hábitos, educação e mentalidades políticas, o tipo de jornal que lê etc. Na medida em que esses fatores são difíceis de conhecer, a decisão não pode ser previsível. Daí a afirmação e denúncia de Puerto: afirmações desse tipo alimentam a imagem positivista – registrem bem isso – do realismo jurídico¹⁵⁷.

¹⁵⁵ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 51.

¹⁵⁶ Para maior aprofundamento, ver verbete *Constrangimento Epistemológico* do Dicionário de Hermenêutica. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 455.

Veja-se, com isso, que Streck compreende que o realismo jurídico e o positivismo acabam sendo duas faces de uma mesma moeda, porque, se é verdade que primeiro se decide com base em concepções extrajurídicas, individuais e subjetivas, também é verdade que isso gera insegurança jurídica, ao contrário do que afirmava Fuller:

Ora, se permitimos ou aceitamos, fatalisticamente, o “livre convencimento” (com o adjetivo motivado ou não – ver verbete “Livre convencimento”), estamos permitindo que o juiz decida arbitrariamente e logo após fundamente de qualquer jeito, conforme a opção que preferiu. Estaríamos, então, reconhecendo como verdadeira a afirmação de Rousseau de que “depois que a vontade é fixada, a razão vem em busca de seus fundamentos”. E isso não pode ser assim, não porque a Crítica Hermenêutica do Direito ou Dworkin não queiram que seja assim. Fundamentalmente, não pode ser assim porque, dentro de uma estrutura democrática, o Direito – e sua interpretação – deve ser resultado de uma prática intersubjetiva¹⁵⁸.

Fuller, no entanto, entendia que essa intenção do movimento realista estadunidense é boa, porque, em sua perspectiva, traz mais certeza jurídica. Em sua compreensão, o método tradicional formalista coloca um estigma nas considerações não-técnicas, o que tende a produzir incerteza, na medida em que i) não há como prever quando o juiz quebrará esse tabu imposto a ele, ou seja, quando ele se utilizará de fundamentos extrajurídicos; ii) impede que esses fundamentos extrajurídicos sejam discutidos e escritos, impedindo sua racionalização e sistematização¹⁵⁹. Afinal, se esses fundamentos fossem discutidos abertamente, poder-se-ia tentar uma avaliação racional e crítica deles. Sendo que, dessa avaliação, surgiria maior certeza e mais justiça para os litigantes:

Now a legal method, such as the realist school proposes, which would recognize these glosses and compromises as falling within the province of legal science would tend to eliminate this source of uncertainty. If these things were written and talked about the judge might not have to acquire them in the uncertain and painful way he does. Not only that. If these things were openly discussed we should be in a position to attempt a rational and critical evaluation of them. Out of this evaluation would come greater certainty and greater justice for litigants¹⁶⁰.

Agora, um método jurídico, como o proposto pela escola realista, que reconhecesse essas interpretações e concessões como parte do domínio da ciência jurídica, tenderia a eliminar essa fonte de incerteza. Se esses aspectos fossem escritos e debatidos, o juiz talvez não precisasse adquiri-los da maneira incerta e penosa como o faz. E mais do que isso: se esses temas fossem abertamente discutidos, estaríamos em posição de

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 403.

¹⁵⁹ FULLER, Lon L. American Legal Realism. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 82, n. 5, 1934, p. 437.

¹⁶⁰ FULLER, Lon L. American Legal Realism. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 82, n. 5, 1934, p. 437.

realizar uma avaliação racional e crítica sobre eles. Dessa avaliação resultariam maior segurança jurídica e maior justiça para os litigantes. (tradução nossa).

A crítica de Fuller ao realismo jurídico norte-americano, no entanto, é muito mais em relação ao seu aspecto metodológico que, tal como os positivistas, possui a tendência de dividir a realidade em categorias rígidas. Uma dessas dicotomias é dividir conceitos e coisas. Embora os realistas americanos tenham enfatizado repetidamente que não são realmente filósofos, que não fazem realmente filosofia, como Fuller tantas vezes aponta, sua abordagem é claramente influenciada por ideias que remontam ao mais clássico dos nominalismos¹⁶¹.

On the rare occasions when the realist discusses this question he seems to say something like this: "I am not a philosopher. I have no interest in developing a scheme of ethical values. My only interest lies in seeing that the judicial process is accurately described, that it is recognized for what it actually is. My interest is, therefore, primarily methodological, though it is obvious that good method has a social value of its own. If the judge recognizes what he is really doing, he is less apt to be led astray by delusions as to what he is doing." On the other hand the enthusiasm for his position which the realist displays seems hard to understand if this disclaimer of any interest in ethics is accepted at its face value¹⁶².

Nas raras ocasiões em que o realista discute essa questão, ele parece dizer algo como: "Não sou um filósofo. Não tenho interesse em desenvolver um esquema de valores éticos. Meu único interesse é garantir que o processo judicial seja descrito com precisão, que seja reconhecido pelo que realmente é. Meu interesse é, portanto, primariamente metodológico, embora seja óbvio que um bom método tenha um valor social próprio. Se o juiz reconhece o que realmente está fazendo, é menos provável que seja iludido por falsas percepções sobre sua própria atuação." Por outro lado, o entusiasmo do realista por sua posição parece difícil de compreender se essa alegação de desinteresse pela ética for aceita ao pé da letra. (tradução nossa).

Além disso, Fuller tinha um problema com o modo como o realismo jurídico norte-americano interpretava a relação entre direito e sociedade. Ele apreciava o fato de o realismo ter dado espaço à dimensão social e às dinâmicas que o método tradicional formalista renegava ao âmbito do não-jurídico, mas discordava da compreensão realista de que a lei e os juízes são influenciados pela *práxis* social.

Fuller falava em termos de uma ordem social autônoma e da intervenção jurídica como extrema *ratio*. Ou seja, em sua concepção, a maior parte das relações humanas encontra sua regulamentação fora do campo do direito positivo, independentemente da maneira como esse campo é definido:

¹⁶¹ PORCIELLO, Andrea. **En los origenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 55.

¹⁶² FULLER, Lon L. American Legal Realism. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 82, n. 5, 1934, p. 448.

Según Fuller, es igualmente criticable tanto la idea de que el derecho es el principio activo y la sociedad la materia inerte como la opuesta de que la sociedad es el principio activo y el derecho la materia inerte, ‘Hay dos maneras extremas, y por eso simplistas, de mirar la relación entre derecho y sociedad. El derecho puede ser concebido como el principio activo a través del cual dar forma a la sociedad, como elemento inerte. Esta es la concepción a la que tiende la escuela imperativista, y también la asumida tácitamente por gran parte de los autores jurídicos sin una particular inclinación filosófica. Y en el otro extremo encontramos la idea de que la sociedad es el principio activo y el derecho simplemente una de sus funciones¹⁶³.

Segundo Fuller, é igualmente criticável tanto a ideia de que o direito é o princípio ativo e a sociedade a matéria inerte quanto a ideia oposta, de que a sociedade é o princípio ativo e o direito a matéria inerte. “Há duas maneiras extremas — e, por isso mesmo, simplistas — de enxergar a relação entre direito e sociedade. O direito pode ser concebido como o princípio ativo por meio do qual se dá forma à sociedade, tomada como elemento inerte. Essa é a concepção à qual tende a escola imperativista, e também aquela tacitamente assumida por grande parte dos autores jurídicos sem uma inclinação filosófica particular. E, no outro extremo, encontramos a ideia de que a sociedade é o princípio ativo e o direito apenas uma de suas funções.” (tradução nossa).

Veja-se, portanto, que Fuller compartilhava com o movimento do realismo jurídico norte-americano o fato de eles serem contrários ao positivismo jurídico e, em sua concepção, menos hipócritas que eles. Gostava também do fato de que o realismo trouxe a prática social como um fato importante na análise do Direito, e também o fato de que, ao trazer as questões implícitas para o âmbito do juridicamente relevante, isso poderia trazer mais segurança jurídica que o método tradicional, justamente porque evidenciam-se quais são essas questões, o que possibilita discuti-las, criticá-las e sistematizá-las. Mas também era um crítico ao movimento, porque não acreditava que ele de fato saía do principal problema do positivismo, que é a questão metodológica. Por isso que Summers define Fuller como estando do lado dos instrumentalistas, porque era tão antiformalista como a maioria dos realistas, mas ao mesmo tempo não pertencia à ala realista do instrumentalismo pragmático norte-americano:

The controversy over formalism dominated American legal theory well into the 1930's. 6 There is no question where Fuller stood: he was on the side of the instrumentalists. However, though he was as much an anti-formalist as most realists, he did not belong to the realist wing of American pragmatic instrumentalism. Fuller himself saw his own legal method as closer to that of the French theorist Robert Pothier than to that of Llewellyn or Cook. 7 He repudiated the realist views that the law is to be found in the behavioral patterns of judges, and that legal theory may be reduced to an empirical science. His struggle against scientism in law became a lifelong affair. Fuller also rejected such extreme positions of certain realists as their disregard of the reasons judges actually give, their conceptual nihilism, and their moral skepticism¹⁶⁴.

¹⁶³ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 60.

¹⁶⁴ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 4.

A controvérsia sobre o formalismo dominou a teoria jurídica americana até bem depois da década de 1930. Não há dúvida sobre a posição de Fuller: ele estava do lado dos instrumentalistas. No entanto, embora fosse tão antiformalista quanto a maioria dos realistas, ele não pertencia à vertente realista do instrumentalismo pragmático americano. O próprio Fuller via seu método jurídico como mais próximo ao do teórico francês Robert Pothier do que ao de Llewellyn ou Cook. Ele rejeitava as visões realistas de que o direito pode ser encontrado nos padrões de comportamento dos juizes e de que a teoria jurídica pode ser reduzida a uma ciência empírica. Sua luta contra o cientificismo no direito tornou-se um compromisso ao longo da vida. Fuller também rejeitava posições extremas de certos realistas, como o desprezo pelas razões que os juizes efetivamente apresentam, o niilismo conceitual e o ceticismo moral. (tradução nossa).

Ainda, nos termos de Kristen Rundle,

His criticisms, above all, are methodological: it is the prevailing 'thought styles' of a positivism and realism-dominated field, and the tendency of both (in his view) to close doors of inquiry rather than to open them, that he thinks must be corrected by at least a partial return to the style of natural law thinking¹⁶⁵.

Suas críticas, acima de tudo, são metodológicas: são os "estilos de pensamento" predominantes em um campo dominado pelo positivismo e pelo realismo, e a tendência de ambos (em sua visão) de fechar portas para a investigação em vez de abri-las, que ele considera necessitarem de correção por meio de, pelo menos, um retorno parcial ao estilo de pensamento do direito natural. (tradução nossa).

Veja-se, contudo, que Fuller deixa de desenvolver uma crítica sobre o realismo jurídico, acerca de um problema que advém da própria postura metodológica dos realistas e da própria concepção de Direito, que é justamente o problema que reside no âmbito da decisão judicial. Essa crítica poderia ter sido feita por Fuller, mas, por algum motivo, não o foi. Parece que Fuller desenvolveu algo próximo dessa crítica quando debateu com H.L.A. Hart em 1958, mais de vinte anos depois, em sua discussão sobre julgamento do Tribunal de Nuremberg, quando defendeu que o juiz deveria olhar para os propósitos da norma nos casos de zona de penumbra. Sobre isso, abordar-se-á no terceiro capítulo dessa pesquisa. Agora, basta ressaltar que, no Brasil, Lenio Streck não poupou essa crítica contra os realistas.

A crítica de Lenio Streck às perspectivas pragmatistas, ou seja, à toda perspectiva que adote como premissa fundamental somente as consequências práticas de uma decisão (qualquer que seja a decisão: moral, jurídica, cotidiana), ou que adote a maximização dos benefícios práticos de um argumento moral como régua para medir a veracidade ou a autoridade desse argumento, são, basicamente, duas: a primeira é que há um problema relacionado com a própria premissa adotada, na medida em que a escolha de quais são os benefícios práticos gerados como

¹⁶⁵ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 25.

consequência de uma determinada decisão, ou de um argumento moral, é, por si só, uma escolha moral. A perspectiva utilitarista, por exemplo, possui uma moralidade de fundo, relacionada com a maximização do prazer. Para o utilitarismo, a decisão moral correta é aquela que leve em conta a maximização do prazer do ser humano, tendo como objetivo alcançar a maximização da felicidade. Para isso, é autorizado, no Direito, por exemplo, que a decisão judicial seja guiada pela régua moral da utilidade, em detrimento do que diz ou deixa de dizer a legislação ou os direitos fundamentais. Se a decisão que mais maximiza o prazer social precisa, necessariamente, violar direitos fundamentais, para o utilitarismo isso não seria um problema, nem para as demais posturas pragmatistas.

Assim, é preciso pensar: o que, ao fim e ao cabo, é melhor para a comunidade? O que significa efetividade em uma democracia? O pragmatismo deixa em aberto essas questões, porque autoriza que o juiz de um caso judicial, por exemplo, responda a essas perguntas de forma estritamente subjetiva.

Aqui, portanto, entra a segunda crítica de Lenio Streck, que é ao fato de que posturas pragmatistas autorizam que o juiz seja discricionário ou arbitrário na sua decisão, enfraquecendo, com isso, a própria democracia. Ao aplicar uma decisão judicial com base nas consequências práticas que aquela decisão vai gerar na sociedade, ou para os casos concretos, o juiz adota uma perspectiva individualista da resolução do problema. Ele responde aquilo que *ele acha* melhor para as partes em questão, mesmo que isso signifique a violação de direitos. E, inegavelmente, alguma das partes vai sair perdendo nesse caso concreto, seja a parte autora, seja a parte ré. Assim, novamente, coloca-se a questão: melhor para quem?

[...] O que é isto – o “melhor para a comunidade”? Essa é a grande falha do pragmatismo, sobretudo porque se anuncia como uma superação das propostas teóricas. Ora, sem teoria, o próprio conceito de pragmatismo é autofágico. Não é por menos, portanto, que sua postura aplicada ao Direito também o é: autoriza-se, defende-se que o juiz decida não em nome do Direito, mas em nome daquilo que é “melhor”, do que é mais “efetivo”; agora, o que significa *efetividade* em uma democracia? São perguntas como essa, absolutamente fundamentais, que o pragmatismo deixa em aberto – e deixa em aberto porque, a um, não *quer* responder – porque se anuncia como antiteoria – e, a dois, não poderia responder ainda que quisesse¹⁶⁶.

Veja-se, portanto, que ao agir de forma pragmatista, o julgador judicial age de maneira discricionária, porque ele deixa de fornecer às partes de um caso concreto aquilo que o Direito tem para fornecer como resposta, e passa a respondê-los de maneira subjetiva, a partir do que

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 347.

ele, nas suas concepções pessoais de mundo, acredita ser o mais benéfico, ou o que maximize o benefício prático. O Direito, portanto, acaba sendo instrumentalizado para alcançar fins específicos. Perde-se, com isso, a integridade, a coerência, a tradição e a autonomia do Direito e ganha-se em insegurança jurídica:

[...] O juiz sempre é o protagonista; é a ele quem cabe “resolver” os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Daí dizer-se que em uma dimensão absolutamente pragmática, o Direito não possui “DNA”, de maneira que posturas afinadas a essa diretriz teórica são inimigas mortais da integridade e coerência do Direito – no pragmatismo jurídico, definitivamente, não faz sentido ligar Direito e tradição. As posturas pragmaticistas acarretam um constante enfraquecimento da perspectiva interna do Direito, isso porque, compreendido exogenamente, o Direito deve servir apenas para “satisfazer”, de forma utilitária, as necessidades “sociais” de certos grupos, deixando de lado exatamente a parcela do Direito previsto na Constituição¹⁶⁷.

Mas esse problema aparece também em uma perspectiva moral do pragmatismo, porque existem bens morais que precisam ser preservados nas tomadas de decisões sociais, independentemente dos benefícios práticos que eles trazem. A vida, por exemplo, é um bem a ser preservado, independentemente de qualquer dilema moral que se apresente. Essas questões, no entanto, as posturas pragmatistas ignoram. Na verdade, trata-se, como diz Streck, da maximização *do poder*, porque é quem detém o poder, em última instância, que vai dizer qual é o benefício a ser levado em conta e qual é o prazer a ser maximizado:

[...] Trata-se, com efeito, da maximização do poder: o princípio responsável por gerir as relações institucionais entre a política e o Direito é o poder de dizer, em última *ratio*. Em síntese, a velha “vontade do poder” (*Wille zu Macht*), de Nietzsche, ou, em outras palavras, o poder político de fato¹⁶⁸.

O pragmatismo jurídico é a vontade de poder jurídica por definição. Só há interpretações – as que vêm daquele que detém o lugar de fala institucional¹⁶⁹.

Perde-se, com isso, em *democracia*, porque a escolha acerca do que é melhor ou mais efetivo para a sociedade se faz em um movimento intersubjetivo pretérito, no âmbito de uma construção coletiva de moralidade, de política, de economia, de estrutura de poder e, também, de Direito. Essa escolha, portanto, em razão da institucionalização das decisões sociais, que passa por um processo democrático legítimo, é refletida na Constituição e na legislação

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 345.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 345.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 347.

infraconstitucional, que, se não carecer de inconstitucionalidade (no caso do Brasil, em que há um controle constitucional), precisa ser aplicada pelo julgador. Assim, a resposta que o juiz busca, ou seja, a melhor decisão a ser adotada, e também a mais efetiva, é aquela que considera a Constituição Federal, os direitos fundamentais e a legislação democraticamente construída. Isso, porque, em uma democracia, a efetividade está relacionada com a garantia de direitos previamente estabelecidos.

Assim, não há, nas posturas realistas, assim como nas posturas pragmatistas, compromisso com a autonomia do Direito, na medida em que há uma aposta no protagonismo judicial. Ao fim e ao cabo, quem decide qual é o Direito e se ele será aplicado ou não, será o juiz do caso concreto, que poderá valer-se de diversos fundamentos, inclusive extrajurídicos, desde que considere as vantagens sociais da sua decisão. Há, portanto, uma aposta no ativismo judicial:

Verifica-se, desse modo, que não há nas posturas realistas [...] compromisso com a autonomia do Direito. O que há, isto sim, é uma aposta no ativismo judicial por meio de uma crença no protagonismo dos juízes. Segundo tal perspectiva, o juiz, dentro de uma pluralidade de opções corretas fornecidas pelo ordenamento jurídico, estaria autorizado, mediante um ato de vontade, a escolher uma delas a partir do seu exclusivo arbítrio¹⁷⁰.

Conforme se vê da citação acima, para o juiz realista, ele está autorizado, na decisão judicial, a buscar fundamentos que não sejam necessariamente jurídicos, mas que sejam também extrajurídicos. É dizer: o juiz está autorizado a fundamentar a sua decisão não somente na legislação, nos direitos fundamentais ou na Constituição; ele pode, além disso, valer-se de fundamentos políticos, morais, éticos, econômicos etc. Assim, da mesma forma que o pragmatismo, Streck vê no realismo jurídico uma incompatibilidade com a separação dos Poderes, com o Estado de Direito, com a proteção de direitos individuais (afinal, se tudo está no âmbito da vontade do juiz, direitos só podem ser preservados quando ele quiser), e, por último, com a própria democracia¹⁷¹.

Com isso, apesar de Fuller ter uma certa afinidade com o realismo jurídico, e isso ser assumido por seus comentadores¹⁷², não é possível dizer que a tese da moralidade interna do Direito se trata de uma postura pragmatista/realista. É verdade que há, sim, a consideração de

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 378.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 379.

¹⁷² Ver, por exemplo, RUNDLE, Kristen. **Forms Liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 46; e PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, pp. 46-48.

uma dimensão social para a constituição do Direito, mas no sentido de trazer uma relevância às relações interpessoais, à participação do cidadão na formulação e aplicação do Direito. Isso não significa que, no âmbito da decisão judicial, Fuller defendia que os juízes decidam como queiram, com base em considerações extrajurídicas. Pelo contrário, Fuller acreditava que as decisões públicas são passíveis de críticas reformadoras, tendo como critério, justamente, o fenômeno jurídico. Isso será melhor analisado no segundo e terceiro capítulo da presente pesquisa, contudo, o que se quer afirmar é que, ainda que Fuller considerasse o realismo jurídico menos hipócrita que o positivismo, isso não significava uma aderência àquela escola de pensamento.

1.1.4 Compreendendo brevemente o positivismo jurídico

Conceituar o positivismo jurídico é uma tarefa extremamente árdua. Isso, porque se trata de uma jusfilosofia que remonta desde o século XIX, conforme menciona Norberto Bobbio¹⁷³, e que se desenvolveu em diversas facetas diferentes entre si. Os próprios autores positivistas discordavam sobre alguns dos pressupostos compartilhados e, por vezes, sequer os compartilhavam. Precisamente por isso é muito difícil definir aspectos gerais comuns encontrados em absolutamente todos os positivismos jurídicos, já que é possível encontrar autores expoentes dessa corrente jusfilosófica que não se enquadram nas diversas tentativas de estabelecer um conceito geral sobre ela. Assim, como o próprio título diz, o objetivo desse subitem é somente compreender brevemente alguns aspectos gerais do positivismo jurídico que o identificam enquanto tal, de acordo com uma aceitação comum entre alguns estudiosos. O objetivo não é trazer uma definição exatamente precisa (já que, para isso, seria necessário direcionar uma Dissertação de Mestrado inteira), mas apenas situar as críticas de Lon Fuller onde devem ser adequadamente situadas.

Há, nesse sentido, alguns aspectos gerais que, se bem compreendidos, ajudam a delimitar a maioria dos positivismos jurídicos. Isso, porque todos eles advêm de uma mesma origem filosófica, que é o empirismo de David Hume, já tratado anteriormente. Segundo William Dietrich, Thiago Matsushita e Guilherme Amorim, Hume pode ser considerado como o primeiro pensador positivista de que se tem notícia¹⁷⁴. O seu projeto epistemológico modificou a metodologia das ciências sociais para que ela seja, fundamentalmente, a mesma das ciências

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 26.

¹⁷⁴ DIETRICH, William Galle; Matsushita, Thiago Lopes; Campos da Silva, Guilherme Amorim. Empirismo e Positivismo Jurídico. In: **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 29, n. 3, 2024, p. 669.

naturais, tendo como consequência o fato de que a ciências sociais passou a se preocupar, metodologicamente, com o mundo como ele *é* (ou seja, com uma mera *descrição* dos eventos), sendo cética em relação a como o mundo *deveria ser* (ou seja, em relação a estabelecer *prescrições* sobre como os eventos deveriam funcionar), o que é fundamental para compreender o positivismo jurídico¹⁷⁵. Herança de Hume é também a tentativa comum ao positivismo jurídico de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais¹⁷⁶.

É precisamente da Guillhotina de Hume que a tradição positivista vai defender que o teórico do Direito deve ter uma postura metodologicamente neutra em relação ao seu objeto de estudo. O cientista, nesse sentido, deve somente se preocupar em descrever aquilo que o Direito – seu objeto de estudo – *é*, investigando aspectos comuns que identificam todos os sistemas jurídicos, de uma maneira geral. Com isso, o cientista do Direito não pode se preocupar com aquilo que o Direito *deve ser*, sob pena de desvirtuar a sua percepção sobre o fenômeno estudado, já que, conforme visto em Hume, não é possível derivar afirmações sobre o *dever ser* a partir de afirmações sobre o que se *é*, na medida em que não há um fundamento último que comprove essa relação causal. Não se consegue comprovar que da mera observação de um fenômeno tal como ele *é*, seja possível extrair com certeza absoluta uma noção de como ele *deveria ser*, sem adentrar em questões especulativas ou metafísicas. Há, portanto, a *pretensão de uma descrição moralmente neutra*.

Daí exsurge o que se depreende como sendo a *tese da separabilidade* do positivismo jurídico, que desconjunta o Direito da moralidade, no sentido de que, para conceituar o que é o Direito, não é necessário entrar em seus méritos e deméritos. Para dizer aquilo que o Direito é, não é necessário dizer aquilo que ele deveria ser. A formulação de um conceito geral de Direito, então, não possui relação com a moralidade.

Da mesma forma, o projeto metodológico descritivo, herdado de Hume, levou à compreensão do positivismo jurídico de dicotomia entre *fato* e *valor*. Essas questões serão mais bem delimitadas mais à frente. Agora, para começar abordando os aspectos gerais do positivismo jurídico, nada melhor que buscar em um de seus mais importantes investigadores: Norberto Bobbio, que afirma que a origem da concepção de positivismo jurídico é ligada à formação do Estado Moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval¹⁷⁷. Explica

¹⁷⁵ DIETRICH, William Galle; Matsushita, Thiago Lopes; Campos da Silva, Guilherme Amorim. Empirismo e Positivismo Jurídico. In: **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 29, n. 3, 2024, p. 679.

¹⁷⁶ DIETRICH, William Galle; Matsushita, Thiago Lopes; Campos da Silva, Guilherme Amorim. Empirismo e Positivismo Jurídico. In: **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 29, n. 3, 2024, p. 682.

¹⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 26.

Bobbio que, no plano doutrinal, conforme se falou anteriormente, Thomas Hobbes assume uma relevância central, na medida em que traz a ideia de poder exclusivo do soberano de pôr o Direito, indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado¹⁷⁸. Bobbio explica que, em que pese o fato de Hobbes ter sido um jusnaturalista, sua concepção constituiu um raciocínio paradigmático para todos os positivistas. Isso, porque afirmou a existência de leis naturais no estado de natureza, mas, ao questionar se o cumprimento dessas leis é obrigatório, Hobbes traz a ideia de que o homem é levado a respeitá-las somente em consciência, ou seja, diante de si mesmo e diante de Deus. Porém, diante dos outros, o homem é levado a respeitá-las somente nos limites que os outros a respeitam em relação a ele. Tendo em vista que o estado de natureza é um estado de anarquia completo, para sair dessa condição, é necessária a criação do Estado, atribuindo toda a força a uma só figura: o soberano. Assim, a monopolização do poder coercitivo implica, também, a monopolização do poder normativo¹⁷⁹.

A partir disso, Hobbes passa a negar a legitimidade de um Direito preexistente ao Estado, e cria a célebre frase: “*auctoritas, non veritas facit legem*”, ou seja, “a autoridade, e não a verdade, faz a lei”. Essa concepção, segundo Bobbio, afirma que o Direito é expressão de quem tem o poder. E, por isso, Hobbes define o Direito nos seguintes termos: “Direito é o que aquele ou aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem”¹⁸⁰.

Assim, para Bobbio, existem duas concepções típicas do positivismo jurídico oriundas dessa concepção hobbesiana: **i) formalismo**, ou seja, não se define o Direito com base nas ações que estão disciplinadas em seu conteúdo, nem com referência aos resultados que o Direito deseja alcançar. A sua definição é dada somente com base na autoridade que põe as normas, com base em um fundamento puramente formal; **ii) imperativismo**, ou seja, o Direito é definido como sendo um conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe comportamentos aos seus súditos. Assim, o Direito é um comando¹⁸¹.

Foram vários os processos históricos e doutrinários que aconteceram após essa formulação hobbesiana, em diversos países diferentes, o que contribuiu para o desenvolvimento do positivismo jurídico até chegar em H.L.A. Hart, que foi o principal opositor e Lon Fuller.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 34.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 35.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 36.

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 37.

Contudo, como o objetivo da presente pesquisa não é investigar essa escola de pensamento e seus desdobramentos, não se aprofundará nessa questão. Importa referir apenas um autor importante para a formação do positivismo jurídico em sua abordagem analítica, doutrina dominante nos Estados Unidos na época de Lon Fuller, contra quem suas análises foram mais veementes: John Austin.

Austin publicou somente uma obra em sua vida, o que já foi suficiente para ele conduzir toda a tradição do positivismo jurídico que veio depois dele. Austin pautou muito do debate que se sucedeu depois, inclusive com os próprios positivistas. Logo no início de sua obra, *Province of Jurisprudence Determined* (1832), Austin afirma que o seu objetivo era determinar a essência ou a natureza comum a todas as leis¹⁸², sendo que essa deve ser a preocupação da teoria do Direito: a lei positiva¹⁸³. Seu propósito era, então, distinguir o direito positivo, que é a matéria da teoria do Direito, de vários outros objetos que se assemelham com ela¹⁸⁴.

Conforme explica Bobbio, Austin define o termo “lei” como sendo um *comando geral e abstrato*, definido como a *expressão de um desejo*, sob a *ameaça de uma sanção*¹⁸⁵. Austin faz diversas definições em suas formulações, distinguindo os conceitos de leis divinas e leis humanas (tratadas como comandos); de leis divinas reveladas e não reveladas; de direito positivo e moralidade positiva. Interessa, aqui, o seu entendimento de direito positivo que, para ele, é constituído por *comandos emanados de um soberano, numa sociedade política independente*¹⁸⁶. Veja-se, nesse sentido, a influência hobbesiana. Para que seja possível falar em soberania, Austin também introduz a ideia de obediência habitual (de que os destinatários possuem um hábito de obedecer ao soberano).

Além disso, Austin também diferencia o direito positivo (*positive law*), que é estabelecido por uma autoridade política, e a moral positiva (*positive morality*), que é adotada pelas comunidades e que possui vigência em determinadas épocas¹⁸⁷. Contudo, ele mantém a mesma compreensão metodológica humeniana para analisar ambas as categorias, ou seja, para

¹⁸² AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 11.

¹⁸³ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 18.

¹⁸⁴ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 11.

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 105.

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 106.

¹⁸⁷ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 03.

ele, tanto o direito positivo quanto a moralidade positiva são analisadas empiricamente, independente de seus méritos ou deméritos – de serem bons ou ruins.

Com isso, as características fundamentais encontradas no positivismo jurídico remetem muito à teoria analítica de Austin, e são definidas por Bobbio em sete pontos, no sentido de que o positivismo jurídico¹⁸⁸:

i) considera o Direito como um fato, não como um valor. Ou seja, o Direito é considerado como um conjunto de fatos, fenômenos, ou dados sociais, de modo que o cientista do Direito deve estudá-lo da mesma forma que o cientista das ciências naturais: abstendo-se de formular juízos de valor sobre esse fato, que é o seu objeto de estudo. Disso, deriva a teoria da validade do Direito, ou seja, a compreensão de que a sua validade se funda em critérios que dizem respeito unicamente à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo;

ii) define o Direito em função do elemento da coação, ou seja, sendo um fato, suas normas valem por meio da força estatal;

iii) considera a legislação como fonte preexistente do Direito;

iv) considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do Direito, que traz várias questões relacionadas à norma e analisa se elas fazem manifestar, em menor ou maior grau, a natureza imperativa do Direito;

v) sustenta a teoria da coerência e da completitude do ordenamento jurídico, ou seja, o fato social que é o Direito é completo e coerente. Com isso, exclui a compreensão de “lacunas” do Direito, porque entende, pelo requisito da completude, que o juiz pode sempre extrair uma *regula decidendi* das normas contidas no ordenamento jurídico para resolver qualquer caso que lhe seja submetido;

vi) sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que, segundo Bobbio, diz respeito ao método da ciência jurídica, ou seja, o problema da interpretação. Para o positivismo jurídico, a atividade do jurista é declarativa. O juiz declara o Direito, e não cria uma norma.

vii) sustenta a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal.

Essas, portanto, as teses centrais *gerais* do positivismo jurídico na concepção de Bobbio. É verdade que as definições trazidas por Bobbio são controversas e que nem todo o teórico do positivismo jurídico se identificaria com absolutamente todos esses itens elencados. Gilberto Morbach alerta que, ainda que alguns pontos definidos por Bobbio estejam, em alguma medida, em consonância com as vertentes e compreensões contemporâneas sobre os aspectos gerais do positivismo, suas definições são duplamente restritivas: primeiro porque ensejam uma

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995, p. 131-133.

compreensão limitada do Direito, e segundo porque, se adotadas, excluiriam dessa apreciação muitos autores que, hoje, são reconhecidamente positivistas¹⁸⁹.

O positivismo é algo tão complexo quanto o jusnaturalismo. Subdivide-se em diversas correntes que discordam entre si. O próprio H.L.A. Hart inicia a sua obra, *The Concept of Law*, tecendo críticas às formulações de John Austin. Aliás, Hart não se coaduna em várias das definições de Bobbio, e não deixa de ser reconhecidamente um positivista.

Mas, sem entrar no mérito se se tratam das definições mais adequadas, fato é que Bobbio traz uma concepção *geral* que, ainda que passível de críticas e complementações, são suficientes para delimitar as bases necessárias para os fins dessa pesquisa. É isso que se precisa saber.

Conforme se vê, a genealogia do positivismo jurídico possui relação com tudo o que foi tratado nos tópicos anteriores. Vale dizer, nesse momento, que as posturas pragmatistas se relacionam com as matrizes do positivismo jurídico. Veja-se o trecho da obra de Streck, em que o autor afirma essa relação, também admitida por Lon Fuller:

[...] tais posturas se coligam, perigosamente, das diversas matrizes positivistas (teorias semânticas em geral) que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do Direito. Há, portanto, algo que as aproxima, e essa ligação é uma espécie de grau zero de sentido¹⁹⁰.

Em relação ao realismo jurídico, ele diz:

[...] (daí, uma vez mais, a inexorável aproximação, no mínimo, entre positivismo e realismo – uma forma de positivismo, afinal). [...] Assim como o positivismo, o realismo é uma tese/teoria extremamente complexa, a começar por sua base teórica e da própria relação com o positivismo naquilo que está na sua genealogia: o “eu ponho”. [...] Os realistas, assim, são mais positivistas que os próprios positivistas do século XIX e os contemporâneos pós-hartianos. Por isso, os realistas são positivistas fáticos (os positivistas sociologistas adotam um empirismo mais radical), que conta com traços, necessariamente, de um positivismo psicológico, daí a aproximação do realismo com o Direito Livre e as correntes voluntaristas. De minha parte, já de há muito sustento que o realismo jurídico é uma das contraposições, uma das respostas teóricas ao positivismo jurídico; ou, melhor dizendo, uma *tentativa* de contraposição, na medida em que, ao final, o paradigma filosófico subjacente é o mesmo, assim como também as consequências são as mesmas¹⁹¹.

¹⁸⁹ MORBACH, Gilberto. **A Terceira Via de Jeremy Waldron**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2019, p. 19.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 345.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 379.

Quando Streck diz que essa ligação entre as posturas pragmatistas e o positivismo jurídico é uma espécie de “grau zero de sentido”, ele está falando, justamente, do fundo filosófico por traz das duas posturas: o empirismo.

Talvez a definição de Streck sobre os conceitos gerais do positivismo jurídico, que são encontrados, senão em todos, na maioria de seus expoentes, seja mais adequada que a de Bobbio, até por diminuir a quantidade de características e, com isso, incluir uma gama maior de positivismos. Na sua perspectiva, o positivismo jurídico, em linhas gerais, é centrado, fundamentalmente, em duas grandes teses, que são adotadas pela grande parte dos seus adeptos: **i)** a tese da separabilidade conceitual entre Direito e moral, no sentido de que, para fins conceituais, não é legítimo ao cientista do Direito misturar o seu objeto de análise (o Direito) com a moralidade, de modo que a simples descrição do fenômeno jurídico é suficiente; e **ii)** a tese das fontes sociais, no sentido de que os critérios de validade jurídica são, em última instância, uma questão de suas fontes, que são sociais, e não de seus eventuais méritos, deméritos, ou sua satisfação (ou não) de determinados valores morais substantivos¹⁹². Assim, o que faz a validade de uma regra jurídica não é o quanto ela está ou não adequada à critérios morais, mas sim o quanto ela está adequada às suas fontes. Lenio Streck, ainda, introduz uma nova tese, também sustentada por Dworkin, que é **iii)** a tese da discricionariedade, porque, ao compreender o Direito como sendo um fato bruto e o seu critério de validade estar na adequação de suas fontes sociais, o positivismo jurídico não se importa com a decisão judicial. Ele a aceita como sendo parte do Direito tal como ele é, sem entrar em seus méritos. Assim, se o juiz atuar com discricionariedade, isso não será um problema para o positivismo jurídico, porque ele não está preocupado com os méritos do seu objeto de estudo.

Ainda, Streck aduz que ambas as posturas compartilham a concepção de que o Direito é um fato social bruto, manifestado pela autoridade. O Direito é posto pela autoridade:

A título de zelo epistêmico, resta acrescentar que existe um fio condutor nessa problemática: trata-se do paradigma positivista que diz que direitos são fatos; só há fatos, só há o que é produzido pela fonte autorizada; as fontes se esgotam, o juiz decide com discricionariedade; em sua discricionariedade, que pode estar baseada em qualquer coisa (porque, afinal, só há fatos, e como o Direito vai garantir ou estabelecer algo fora desses fatos mesmos?), decide; e então, como fonte autorizada, põe Direito. É, pois, positivismo, que tem sua versão fática no realismo (que pensa estar se

¹⁹² MORBACH, Gilberto. O positivismo que ainda não o era: coordenação, autoridade, democracia. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 abr. 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/diario-classe-positivismo-nao-coordenacao-autoridade-democracia/#_ftn3>. Acesso em 15 de maio de 2024.

contrapondo a um formalismo positivista), que por sua vez resulta em novos fatos, que por sua vez resulta em positivismo¹⁹³.

Anteriormente, quando se abordou sobre David Hume, mencionou-se quatro aspectos fundamentais da filosofia positivista que, de alguma forma, foram influenciados pelo empirismo humeniano, trazidos por William Dietrich, que os identificou a partir de Leszek Kolakowski: **i)** a regra do fenomenalismo; **ii)** a regra do nominalismo; **iii)** a regra que nega a validade para julgamentos normativos e; **iv)** a unidade do método científico. Posteriormente, falou-se que Lenio Streck, no verbete Positivismo Jurídico do seu Dicionário, também trouxe essa lista de influências elaborada por Kolakowski.

Streck também afirma que essas características absorvidas pelo positivismo jurídico da filosofia empirista podem ser percebidas da seguinte forma: **i)** a regra do fenomenalismo, ou seja, a regra que rejeita a possibilidade de se encontrar um conhecimento independente dos fenômenos percebidos na realidade, e, com isso, formular conceitos suficiente de coisas como “substância”, “Deus” etc., se relaciona com a tese dos fatos sociais do positivismo jurídico, na medida em que, nessa ideia, o direito resultaria de alguma prática social passível de verificação; **ii)** a regra do nominalismo, que rejeita a ideia de que um saber formulado em termos gerais tenha um equivalente como objeto concreto singular na realidade, se relaciona com a limitação do saber jurídico ao direito posto, e não a uma abstração genérica de como ele *deveria ser*; **iii)** a regra que nega a validade para julgamentos normativos, ou seja, a possibilidade cognitiva desses julgamentos, relaciona-se com a tese da discricionariedade; **iv)** e, por fim, a regra da unidade do método científico relaciona-se com o ideal descritivista compartilhado entre todos os adeptos do positivismo jurídico¹⁹⁴.

O positivismo jurídico, portanto, faz uma distinção entre *fato* e *valor*, entre *descrição* e *prescrição*. No Dicionário, Lenio Streck menciona brevemente que essa distinção busca fundamento nos preceitos fundamentais da Guilhotina de Hume:

Adotando essa distinção, o positivismo jurídico subscreve também a velha Lei de Hume (ou, discussões de scholars à parte, daquilo que se derivou ordinariamente das conclusões de Hume): não se deriva uma conclusão valorativa de premissas factuais. Dworkin (2011), por exemplo, chama a isso de princípio de Hume: nenhuma série de

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 210.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 274.

proposições factuais leva a uma conclusão normativa sem que haja um juízo de valor nos interstícios dessas premissas de fato¹⁹⁵.

É por todas essas considerações que a intenção de Hans Kelsen, por exemplo, era a de uma *pureza metodológica*, no sentido de que o cientista do Direito deve se propor a garantir uma investigação apenas dirigida ao Direito, excluindo desse conhecimento tudo o que não pertença ao seu objeto, tudo o que não se possa determinar como Direito, libertando a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (moral, política, economia, psicologia, sociologia etc.). Assim, Kelsen entendia que o cientista do Direito deveria isolar o seu objeto de análise – o fenômeno jurídico – de outros fenômenos não-jurídicos. E sua preocupação, de acordo com ele mesmo, era de responder a questão “o que é o Direito?”, não importando “como ele deveria ser”¹⁹⁶.

Da mesma forma, H.L.A. Hart abre o prefácio de sua principal obra, *The Concept of Law*, dizendo que seu objetivo é elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e não fazer uma crítica do Direito ou das políticas legislativas¹⁹⁷.

Há, assim, uma outra relação entre posturas pragmatistas/realistas e o positivismo jurídico muito focada em uma perspectiva de separação entre o *ser* e o *dever ser*, no sentido de que ambas as posturas admitem uma cisão conceitual entre a descrição daquilo que o Direito *é* e a prescrição daquilo que ele *deveria ser*. Nas palavras de Streck, uma explicação de cunho cientificista-naturalista-empirista:

E, como expliquei, tanto os paradigmas (e consequências) no realismo e no positivismo são o mesmo: uma cisão entre o ser e o dever ser, uma explicação de cunho cientificista-naturalista-empirista sobre o Direito e, por tudo isso, com o subjetivismo discricionário¹⁹⁸.

Streck explica a forma como essa perspectiva se dá no realismo escandinavo e no realismo estadunidense. Para os escandinavos, a norma jurídica é uma entidade independente, de modo que o texto da norma (a lei) só existe na realidade fática quando o juiz o aplica e os cidadãos o aceitam. Assim, as normas formais não obedecidas não são consideradas Direito. Nesse sentido, textos de leis igualam-se a questões metafísicas, porque “uma norma só diz algo

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 177.

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 1.

¹⁹⁷ H. L. A.; Hart. **O Conceito de Direito**. 2. tiragem. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 380.

pela boca de um juiz, que dirá esse sentido a partir da observação empírica”¹⁹⁹. No realismo norte-americano, essa cisão entre *ser* e *dever ser* se dá a partir da compreensão de que há uma cisão entre o texto da norma e a decisão jurídica. A norma jurídica, assim, é vazia, de modo que todo o direito reside na decisão judicial.

A maioria dessas questões do positivismo jurídico foram reiteradas por H. L. A. Hart no seu célebre debate com Fuller. Como dito anteriormente, as questões postas no debate giravam em torno das consequências jurídicas aos atos cometidos pelos representantes e ajudantes do regime nazista, enfrentados pelos Tribunais alemães após a Segunda Guerra Mundial. As pessoas acusadas destes crimes defenderam-se no entendimento de que suas ações não foram ilegais, pois estavam conforme a legalidade do regime dominante naquele momento. Ou seja, tais agentes apenas cumpriram ordens de uma autoridade hierarquicamente superior.

O caso concreto trazido à tona no debate Hart-Fuller, como dito anteriormente, tratava-se do caso de uma mulher que, em 1944, na tentativa de se separar do marido, à época, membro do exército alemão, denunciou às autoridades algumas manifestações injuriosas que o marido havia feito sobre Hitler enquanto estava de licença em sua casa, violando as leis que protegiam o Terceiro Reich de afirmações prejudiciais ao governo. Após a queda do regime, a mulher fora acusada do crime de privar uma pessoa de sua liberdade (positivado na Alemanha desde 1871) e defendeu-se sob o argumento de que estava amparada pelas leis anteriores. A questão que se criou, portanto, é a seguinte: a legislação que amparou a conduta da esposa, por ser era contrária a princípios de moralidade, deveria ser considerada inválida?

Hart inicia a discussão analisando as teorias de Austin (um positivista) e Bentham (um utilitarista/pragmatista), com o propósito de aprofundar tais teorias para adentrar no fio condutor da argumentação acerca da separação entre *ser/dever ser*. Segundo Hart, há dois problemas que se seguem a partir de uma filosofia que não faz a devida diferenciação conceitual entre as esferas do Direito e da moralidade, que já haviam sido diagnosticados pelos autores referidos acima: a derivação de um *dever-ser*, *ought*, de um *ser*, *is*; dito de outro modo, a derivação de uma premissa normativa de premissas descritivas. Isso geraria dois tipos de problemas: o primeiro deles é o fato de que, ao permitir a aproximação do sistema jurídico com a moralidade, o intérprete estaria legitimado a desobedecer ao que fora previamente positivado, por acreditar que tal positividade devesse ser diferente. Ou seja, permitiria uma consequente dissolução do Direito e de sua fidelidade nas concepções humanas do que ele *deve ser*. O

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 380.

segundo deles seria inversamente proporcional, no sentido de dizer que o Direito *já é* aquilo que ele deveria ser, ultrapassando qualquer crítica reformadora.

Para confrontar as respostas dos realistas americanos, Hart traz à tona uma questão importantíssima, que, futuramente, serviu de guia para o seu raciocínio argumentativo. Ao considerar, por exemplo, uma regra que proíbe veículos nos parques públicos, de pronto compreende-se pela proibição de automóveis. Há, nesse sentido, um núcleo de significação padrão, compreensível a qualquer um, em relação ao termo “veículos”. No entanto, segundo Hart, existem determinados casos concretos que elevam a norma a um nível de indeterminação: “mas o que dizer das bicicletas, skates, automóveis de brinquedo? O que dizer sobre aviões? Estes, como dizemos, devem ser chamados de ‘veículos’ para os fins da regra ou não?”²⁰⁰. Tais indeterminações são chamadas por ele de “problemas de penumbra”, impossibilitando a aplicação da regra de forma imediata. Nesse contexto, em razão da insuficiência do sentido literal do termo, no momento da aplicação prática da regra ao caso em zona de penumbra, alguém deverá assumir a responsabilidade de decidir qual o alcance das palavras, o que elas abrangem e o que deixam de abranger. Esse alguém, portanto, trata-se do julgador, quem possui a legitimidade para a interpretação.

Seguindo seu raciocínio, Hart conclui a seguinte questão: nos casos em que não exista controvérsia sobre a aplicação da norma, ou seja, em que o problema de penumbra não se faz presente, o intérprete simplesmente *descreverá* o Direito, aplicando a norma tal como ela está posta. A norma, portanto, apenas *é*, sem interferências externas, como política, moralidade ou economia. Em contrapartida, quando houver indeterminação em relação à aplicação do sentido literal a algum caso concreto extraordinário, é preciso ir além. O intérprete escolherá uma das várias possibilidades daquilo que o Direito *deve ser*²⁰¹, em consonância com a sua concepção, que pode ser tanto política quanto econômica, moral etc. Hart é um positivista que acaba aceitando, nesse contexto, um poder discricionário que se assemelha ao poder do legislador, capaz de promover a criação da regra. Há, por parte do julgador, um exercício interpretativo criativo. E — apenas — então, aceita a interferência de aspectos de moralidade no Direito.

É importante frisar, nesse ponto, que, para Hart, o sistema jurídico é composto pela combinação de regras primárias (que estabelecem o que é proibido e o que é permitido), e secundárias, que se referem às próprias normas primárias, especificando a forma como podem

²⁰⁰ H. L. A. Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 607 (tradução livre).

²⁰¹ H. L. A. Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 613.

ser determinadas, introduzidas, eliminadas ou alteradas (e que também conferem poderes às autoridades). Entre as regras secundárias está a regra de reconhecimento, que confere o fundamento e a validade de um sistema jurídico, porque ela possui como função a identificação das regras primárias e secundárias. Nesse sentido, também ela está relacionada com a validade da norma jurídica, porque oferece às autoridades públicas os critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação. Funciona, portanto, como um padrão unificador e garantidor da identidade jurídica e é aceita como um fato social.

A partir da concepção de que os deveres jurídicos são criados por regras sociais (regras primárias e secundárias) cuja normatividade é garantida pelo reconhecimento social (regra de reconhecimento), Hart define a tese de que o Direito existe como instituição social, na qual a linguagem ocupa um papel constitutivo²⁰², na medida em que o principal instrumento de controle — constituído pelas regras gerais, pelos padrões de conduta e pelos princípios — deve ser transmitido como padrão geral de conduta compreensível para os cidadãos.

No entanto, Hart adverte que existe um problema especialmente relacionado à questão de linguagem, no sentido de que ela faz parte da constituição do Direito, na medida em que se trata de um fenômeno cultural. Mas, ela é, naturalmente, imprecisa nas orientações, possuindo o que ele chama de *cânones interpretativos*, que sugere incertezas, vaguezas e ambiguidades. Assim, a sua visão é a de que a própria linguagem, dada a sua imprecisão, confere ao intérprete *discrecionabilidade*.

Hart identificou o problema da interpretação meramente literal dos textos jurídicos²⁰³, oferecendo como resposta a interpretação criativa do julgador, afirmando a dicotomia existente entre o Direito como ele *é* e o Direito como ele *deve ser* (evidenciando a diferenciação juspositivista entre *fato* e *valor*). Nesse sentido, para Hart, em uma decisão judicial, quando o julgador estiver diante de um caso concreto em que não exista uma norma juridicamente válida prevista ou, ainda, na hipótese de existir, ela for linguisticamente vaga a ponto de restar incertezas acerca da sua aplicabilidade (os casos de *zonas de penumbra*), o julgador poderá exercer sua criatividade e decidir conforme critérios próprios de justificação (baseados em princípios de política, economia, moral, etc) que não estão no Direito, e, sim, no seu próprio discernimento pessoal. Nessa oportunidade, o juiz age como um legislador contencioso, pois cria o Direito naquele caso concreto.

²⁰² MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Savador: Juspoivm, 2017. p. 101.

²⁰³ Para um aprofundamento da questão, ler STRECK, Lenio Luiz. O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 out 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-out-03/senso-incomum-literalista-voluntarista-diante-caes-plataforma>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2025.

No entanto, é importante ressaltar que tal discricionariedade, conforme os termos elencados por Hart, não significa necessariamente uma junção conceitual entre ser/dever ser, ou seja, entre Direito e moral. Obviamente, também é necessária a consideração dos fins, das políticas sociais e dos propósitos utilizados pelos juízes, mas estes devem ser considerados em si mesmos como parte do sistema jurídico. Isso não significa que o termo *dever ser* seja um produto de intersecção daquilo que o Direito *é*, mas, sim, que a distinção é feita entre aquilo que o Direito *é* e as variadas e diferentes concepções daquilo que ele *deve ser*. Ou seja, refere-se a um *standard* de análise crítica, rejeitando-se, ainda, que haja uma conexão necessária.

E qual a relação disso tudo com os julgamentos do Tribunal de Nuremberg? Bem, afirmar uma separação entre Direito e moralidade, leia-se, entre o fato e o valor, significa, também, afirmar que o Direito é independente de concepções morais acerca de como ele deve ser.

Nesse sentido, após o contexto nazista, a comunidade jurídica da época visualizou a necessidade de se juntar aquilo que os positivistas haviam separado. No entanto, Hart descarta que essa possibilidade seja essencial para que os julgamentos tomem um rumo racional. O efeito de uma desobediência aos critérios estipulados pelo Direito, ainda que tais critérios sejam considerados imorais ou injustos, poderia ensejar o enfraquecimento da própria autoridade do sistema jurídico. Por isso, em que pese tais atos sejam extremamente repreensíveis, estavam dentro da legalidade, ou melhor, dentro da juridicidade, e, sendo assim, Hart compreende que as suas punições apenas poderiam ser feitas por meio de legislação retrospectiva²⁰⁴. O contrário seria confundir o Direito como ele *é* com aquilo que ele *deveria ser*, com todos os problemas que isso pode acarretar.

Veja-se, portanto, que Hart não se preocupa em tematizar o conteúdo bom — ou mau — de uma decisão judicial, já que na zona de penumbra (ou no campo da discricionariedade) as decisões estão sempre certas, na medida em que o juiz está amparado por uma regra secundária que lhe confere essa autoridade.

Quando Fuller debateu com Ernest Nagel (do positivismo lógico), obteve respostas similares. Pelo que se depreende da análise dos textos, o debate iniciou com Fuller publicando, também em 1958 (mesmo ano do debate com Hart), o artigo *Human Purpose and Natural Law*. Na mesma revista, mas no *paper* seguinte, Nagel respondeu à Fuller por meio de um artigo intitulado *On the Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller*, em que ele chamou de “réplica”. Posteriormente, Fuller fez a sua “tréplica” no artigo *A Rejoinder to Professor*

²⁰⁴ H. L. A. Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, n° 4, 1958, p. 620.

Nagel, no *paper* seguinte e, por fim, Nagel, alguns *papers* depois, respondeu Fuller com o artigo *Fact, Value, and Human Purpose*, finalizando a discussão, até onde se sabe.

Também não cabe adentrar nos pormenores do debate, contudo, vale fazer uma breve descrição, ainda naquele objetivo de identificar os “inimigos” que Fuller pretendia combater quando desenvolveu as suas formulações. O debate com Nagel girou em torno, precipuamente, da dicotomia entre *fato* e *valor*, entre *ser* e *dever ser* defendida pelos positivistas. Fuller escreveu, inicialmente, defendendo uma impossibilidade de fazer essa dicotomia quando se olha a partir de uma interpretação do comportamento humano como *proposital*. Quer dizer, quando se aceitam todas as consequências de uma compreensão do ser humano como direcionada a um objetivo - *action as goal-directed* -, essa relação entre fato e valor assume um aspecto diferente daquele a partir do qual não se consegue retirar de um *dever-ser* de um *ser*. Veja-se, portanto, que Fuller contradiz o âmago da Guilhotina de Hume, dizendo que a *intenção* de um comportamento humano, ou, então, o *propósito*, é um elemento de valor intrínseco, que precisa ser considerado na interpretação do fato, e que, no processo de interpretação, não há como fazer uma desconjunção entre esse elemento valorativo, a *intenção*, e o fato analisado. Ao fazer isso, Fuller diz não estar defendendo uma “teoria do direito natural”. Anos depois, parece que ele reformula essa postura, ainda que não assuma ela de forma veemente. Na época dos debates, contudo, talvez ele quisesse se proteger um pouco.

Nagel inicia sua resposta já com um tom um tanto quanto debochado, querendo dizer que Fuller estava, sim, defendendo uma espécie de compreensão de direito natural, na medida em que seu artigo estava fazendo um apelo vigoroso para desenvolver padrões (*standards*) de avaliação das práticas e das regras jurídicas, com o objetivo de determinar e esclarecer a importância da ordem jurídica para a vida humana. Nesse sentido, ele defende que a doutrina do direito natural não fornece uma base sustentável nem útil para avaliar o Direito existente²⁰⁵.

Nagel critica os próprios fundamentos da compreensão de Fuller, no sentido de que ele duvida da concepção implícita de Fuller acerca do propósito no comportamento humano e da história do ser humano, e afirma que as premissas adotadas por Fuller não são relevantes para chegar às conclusões que ele chega. Nagel discorda de Fuller no aspecto de que no exame do comportamento intencional do ser humano, as noções de *fato* e *valor* se fundem. Ele acusa as explicações de Fuller de serem uma tautologia²⁰⁶, e afirma que a análise da intenção no

²⁰⁵ NAGEL, Ernest. On The Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller. In: **Natural Law Forum**, paper 29, 1958, p. 78.

²⁰⁶ NAGEL, Ernest. On The Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller. In: **Natural Law Forum**, paper 29, 1958, p. 79.

comportamento humano não faz, por si só, uma conjunção entre julgamento de fato e julgamento de valor.

Segundo Nagel, quando Fuller afirma que um elemento de valor intrínseco está presente em situações que envolvem o comportamento intencional, ele está fazendo uma tautologia. Veja-se: Fuller afirma que é possível identificar o valor de uma ação simplesmente analisando para qual propósito essa ação se destina. No artigo que abriu o debate com Nagel, Fuller dá o exemplo de um menino que está segurando um objeto cinza e arredondado, e que fica tempo tentando apertá-lo, espremê-lo, pressioná-lo ou fazer alguma coisa desconhecida com esse objeto. Na história, o menino pega uma vara, tenta cutucar e empurrar o objeto. Depois ele junta diversos gravetos, acende fogo nesses gravetos, coloca o objeto no fogo e aguarda. Ao final da sua história, Fuller conta que, na verdade, o menino estava o tempo todo tentando abrir um molusco, mas essa informação, dada somente ao final, é um acréscimo de um significado necessário para a compreensão do próprio fato, ou seja, do próprio comportamento do menino. Sem essa pista, diz Fuller, não se poderia interpretar adequadamente o fenômeno observado, ou dar um relato coerente sobre ele. Assim, saber qual o propósito do menino, a sua intenção, é essencial para compreender o seu comportamento, e, do ponto de vista do método científico, é essencial para compreender o fenômeno em si mesmo, ou como ele se comportará em seus próximos passos²⁰⁷.

Para Nagel, contudo, Fuller estava nada mais, nada menos que dizendo que um determinado conjunto de ações contribui para a realização de algum objetivo assumido. Ele estava simplesmente explicando um dado da realidade, qual seja: que as ações, os comportamentos, são direcionados a fins específicos, e está analisando os fatos à luz desses fins. Mas disso, por si só, não se segue que não seja possível separar o julgamento de fato do julgamento de valor²⁰⁸.

Mais que isso, Nagel afirma que a mera existência de propósitos e metas não resolve a questão sobre o que deve ser feito quando surge um problema moral. Assim, por causa disso, a distinção entre *o que é* um fato real e o que ele *deveria ser* é inevitável e útil para uma deliberação moral²⁰⁹. A crítica de Nagel é, sobretudo, em não entender claramente como a afirmação de Fuller no que diz respeito à fusão entre *fato* e *valor* seja relevante para a sua crença na possibilidade de uma avaliação moral objetiva do Direito, ou, então, o que essa fusão impacta

²⁰⁷ FULLER, Lon L. Human Purpose and Natural Law. In: **Natural Law Forum**, paper 28, 1958, p. 69.

²⁰⁸ NAGEL, Ernest. On The Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller. In: **Natural Law Forum**, paper 29, 1958, p. 80.

²⁰⁹ NAGEL, Ernest. On The Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller. In: **Natural Law Forum**, paper 29, 1958, p. 81.

na natureza e na autoridade dos princípios a serem empregados nessa avaliação. Para ele, Fuller confundiu a distinção entre fato e valor, sendo que, ao recusar fazer essa distinção, ele contribuiu em nada para o problema relativo à natureza e ao papel dos princípios na crítica moral²¹⁰.

Talvez a resposta de Nagel tenha sido tão contundente, em um primeiro momento, porque, de fato, Fuller desenvolveu seu artigo de forma muito breve, esclarecendo de forma insuficiente o que viria a ser, posteriormente, as suas compreensões sobre essa questão do propósito e a sua relação com a distinção entre fato e valor. Posteriormente, em sua resposta, ele escreveu praticamente o dobro de páginas, tentando desenvolver melhor o seu argumento. Vê-se, do início da tréplica de Fuller, que ele se sentiu um tanto quanto magoado com o tom do texto de Nagel:

When I heard that Professor Nagel would comment on my paper at the 1956 meeting of the Eastern Division of the American Philosophical Association I looked forward with real anticipation to learning his views on the central problem of my essay. I have never been content either with my own way of presenting that problem or with my somewhat groping attempts to answer it. Phrases like "a merger of fact and value" are unsatisfactory and serve not so much to extend knowledge as to acknowledge and chart its limits. I had hoped that a logician of Professor Nagel's acumen would either sharpen my phrasing of the problem or identify some fault in my analysis responsible for creating the appearance of a problem where none in fact existed. So far as I can see, neither of these things happened; and by the time I reached the end of Professor Nagel's comments every hope I had entertained for a profitable exchange had been shattered²¹¹.

Quando eu ouvi que o Professor Nagel iria comentar meu artigo na reunião de 1956 da Eastern Division of the American Philosophical Association eu criei verdadeira expectativa por saber a sua opinião sobre o problema central da minha questão. Eu nunca me contentei nem com a minha maneira de apresentar esse problema ou com as minhas tentativas um tanto quanto tateantes em respondê-lo. Frases como "uma fusão entre fato e valor" são insatisfatórias e não servem para ampliar o conhecimento, mas para reconhecer e mapear os seus limites. Eu esperava que um lógico com a perspicácia do Professor Nagel pudesse aprimorar a minha formulação do problema ou identificar alguma falha minha na análise responsável por criar a aparência de um problema que de fato não existe. Até onde eu posso ver, nenhuma dessas coisas aconteceu; e quando eu cheguei ao final dos comentários do Professor Nagel toda a esperança que eu tinha por uma troca lucrativa foi destruída. (tradução nossa).

Nos demais artigos, o debate continua entre os autores, que desenvolvem de forma mais veemente essa discussão. Contudo, nos limites desse subitem, o que se pretende demonstrar é, somente, os "inimigos" que Fuller pretendia atacar. Parece, portanto, que essa premissa filosófica empirista, adotada por posturas pragmatistas, realistas e, também, pelo positivismo jurídico, eram as principais questões que angustiavam Fuller. Ao escrever a sua grande obra e

²¹⁰ NAGEL, Ernest. On The Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller. In: **Natural Law Forum**, paper 29, 1958, p. 81.

²¹¹ FULLER, Lon L. A Rejoinder to Professor Nagel. In: **Natural Law Forum**, paper 30, 1958, p. 83.

formular com mais adequação a sua teoria da moralidade interna do Direito, era contra essas questões que Fuller estava falando, contra essas premissas.

Assim, ao invés de focar em descrever, nesse subitem, quais as respostas que Fuller deu à Hart e Nagel nos debates, é mais interessante continuar com os próximos capítulos falando sobre os pressupostos filosóficos adotados por Fuller para, posteriormente, ingressar na explicação da moralidade interna do Direito e, com isso ir explicando gradativamente as suas divergências contra esses posicionamentos. Isso, porque, conforme se verá, as respostas dadas por Fuller aos dois positivistas são, na realidade, a própria substância da sua teoria, de modo que ela própria já contém essas respostas.

Nesse tópico, implica concluir, portanto, que os principais “inimigos” de Fuller, ou seja, as formulações que ele discordava em essência, eram, resumidamente, os pressupostos do empirismo, cordão umbilical das posturas pragmatistas, do positivismo jurídico e do realismo jurídico. Em outras palavras, ele discordava, na essência, de uma separação conceitual entre Direito e moral, de uma separação metodológica entre ser/dever ser, entre fato/valor, da ideia de que a validade de uma norma reside somente na sua autoridade, e não no seu conteúdo moral, e discordava também da compreensão do positivismo jurídico que enxerga o Direito como sendo um fato social manifestado por uma autoridade. Além disso, ele discordava, sobretudo, da perspectiva filosófica de que não existem fundamentos ontológicos *a priori* para se dizer que algo é verdadeiro.

1.2 As bases filosóficas que inspiraram as concepções fullerianas

Até os limites dessa pesquisa, não se encontrou em nenhum dos escritos de Fuller a indicação, por ele mesmo, de quem foram os seus referenciais teóricos para a criação da teoria da moralidade interna. Contudo, seus estudiosos deram conta de apontar.

Segundo Angela Vidal, as formulações de Fuller são oriundas da filosofia aristotélica, especialmente no que diz respeito à questão relacional nos empreendimentos humanos, a amizade²¹². Charles Covell aduz que Fuller, em *The Law in Quest of Itself*, deliberadamente invocou o conceito metafísico de *propósito*, em um sentido totalmente aristotélico (perspectiva que perpassa não apenas a obra citada, mas os demais escritos de Fuller), que havia sido banido

²¹² A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013, p. 31.

por Hume e Kant da esfera das ciências naturais²¹³. Robert Summers também afirma essa correlação com o fundamento teleológico aristotélico, na medida em que uma das principais ideias de Fuller era de que o Direito, tanto em um aspecto geral quanto em suas várias formas particulares, é essencialmente proposital²¹⁴.

Apesar de não se ter encontrado algum escrito em que Fuller tenha, expressamente, assumido inspiração na filosofia aristotélica, também é verdade que ele nunca – expressamente – negou essa relação, ao menos no que diz respeito a uma parte de sua jusfilosofia. Em seu artigo de resposta à Ernest Nagel, sete anos antes de publicar *The Morality of Law*, Fuller disse não encontrar em Aristóteles nenhum elemento ao qual ele rejeitasse em relação ao jusnaturalismo. Isso, porque Nagel, em seu debate com Fuller, havia o acusado de defender uma teoria de direito natural.

No artigo *Human Purpose and Natural Law* (1958), Fuller pretendeu não exatamente dar um conceito de direito natural, mas apenas abordar o que ele disse se relacionar com uma percepção ontológica fundamental da sua definição: o problema da dicotomia geralmente aceita entre *fato* e *valor*; problema o qual o positivismo comumente trata como inexistente. Essa, portanto, a primeira ressalva feita no início de seu texto. Em sua resposta, Nagel ironizou o fato de Fuller negar que ele estivesse argumentando em favor de qualquer versão da teoria do direito natural:

Although the doctrine of natural law is obviously not uncongenial to himself, Professor Fuller explicitly disclaims that in his contribution to this symposium he is arguing for any version of natural law theory. But unless I completely misunderstand him, his paper does make a vigorous plea for developing standards for evaluating the practices and the rules of the law, with the view to determining and clarifying the import of the legal order for human life. [...] I must emphasize this obvious point, because in much recent literature the label "natural law doctrine" is often attached to almost any view which proposes objective standards for the moral evaluation of the law²¹⁵.

Embora a doutrina do direito natural não desagrade a ele, o Professor Fuller explicitamente nega que em sua contribuição para esse simpósio ele esteja argumentando a favor de qualquer versão de uma teoria de direito natural. Mas a menos que eu tenha o entendido completamente errado, o texto dele faz um apelo vigoroso ao desenvolvimento de padrões para avaliar as práticas e as normas do direito, com vista a determinar e esclarecer de uma ordem jurídica para a vida humana. [...] Devo enfatizar esse ponto óbvio, porque em grande parte da literatura recente o rótulo “doutrina do direito natural” é frequentemente relacionado com quase qualquer

²¹³ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 39.

²¹⁴ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 16.

²¹⁵ NAGEL, Ernest. On The Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller. In: **Natural Law Forum**, paper 29, 1958, p. 77.

visão que proponha padrões objetivos para a avaliação moral do direito. (tradução nossa).

Posteriormente, Fuller respondeu a Nagel definindo o significado de direito natural. Isso, porque Nagel deixou de fazer essa definição, colocando toda a tradição do direito natural “no mesmo saco”, o que, na perspectiva de Fuller, é problemático. Assim, Fuller explicou a sua rejeição ao rótulo, elencando três concepções da doutrina do direito natural as quais ele não compartilha. Afirma, expressamente, contudo, que não encontra em Aristóteles nenhuma dessas concepções as quais ele rejeita:

To avoid further misunderstanding I should like to record here that I do not accept any "doctrine of natural law" which asserts one or more of the following propositions: 1) the notion that the demands of natural law can be the subject of an authoritative pronouncement; 2) the notion that there is something called "the natural law" capable of concrete application like a written code; 3) the notion that there is a "higher law" transcending the concerns of this life against which human enactments must be measured and declared invalid in case of conflict. I do not know whether Professor Nagel regards as a perversion of language any theory that calls itself "natural law" and at the same time makes the exclusions I have just outlined. If he does, I can only plead in defense that this particular perversion is at least as ancient as Aristotle, in whom I find no trace of the elements I reject²¹⁶.

Para evitar mais mal-entendidos, gostaria de registrar aqui que não aceito qualquer "doutrina do direito natural" que afirme uma ou mais das seguintes proposições: 1) a noção de que as exigências do direito natural podem ser objeto de um pronunciamento autoritativo; 2) a noção de que existe algo chamado "o direito natural" capaz de aplicação concreta tal como um código escrito; 3) a noção de que há uma "lei superior" que transcende as preocupações desta vida, contra a qual os atos humanos devem ser medidos e declarados inválidos em caso de conflito. Não sei se o Professor Nagel considera uma perversão da linguagem qualquer teoria que se denomine "direito natural" e, ao mesmo tempo, faz as exclusões que acabo de delinear. Se ele considerar, só posso alegar em minha defesa que essa particular perversão é pelo menos tão antiga quanto Aristóteles, em quem não encontro nenhum vestígio dos elementos que rejeito. (tradução nossa).

Veja-se, com isso, exatamente aquilo que foi afirmado acima: em que pese Fuller não tenha expressamente assumido inspiração na filosofia aristotélica, também é verdade que ele nunca expressamente negou essa relação, ao menos no que diz respeito a uma parte de sua jusfilosofia. Assim, o trabalho de estabelecer quais as relações da sua concepção de Direito com as raízes aristotélicas foram deixadas para os seus comentadores.

A partir disso, Angela Vidal brilhantemente desenvolveu pesquisa (que se tornou a sua tese de doutorado) relacionando a tradição aristotélico-tomista com a teoria fulleriana, especialmente no que diz respeito ao seu conceito de Direito e ao aspecto antropológico de sua

²¹⁶ FULLER, Lon L. A Rejoinder to Professor Nagel. In: **Natural Law Forum**, paper 30, 1958, p. 84.

teoria²¹⁷. Além disso, Fuller desenvolveu o conceito de *eunomics* para explicar a sua concepção de ordem jurídica (que será suficientemente explicado nas páginas seguintes do presente trabalho), que Andrea Porciello afirma ser a aplicação de um método aristotélico, o que resulta em sua compreensão do Direito como sendo um empreendimento essencialmente propositivo, teleológico, em que as atividades humanas são intencionais:

[...] la mirada de Fuller se vuelve a la filosofía del pasado, y de manera concreta a las ideas expresadas por Aristóteles. La misma idea por la que todas las actividades humanas, y sobre todo, las que se dan "en" y "sobre" el derecho, son "purpositive", es decir, tienden a un objetivo, aparece una directa aplicación en el ámbito jurídico de la idea aristotélica por la que "Parece que toda arte y toda investigación, e igualmente toda actividad y elección, tienden a un determinado bien; de ahí que algunos hayan manifestado con razón que el bien es aquello a lo que todas las cosas aspiran". También la idea de que este tipo de estudio se coloca fuera del método lógico-científico estaba ya presente en la ética del filósofo griego: cuando en el prólogo de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles ilustra su propio método de estudio empleado en el ámbito ético, se refiere explícitamente a la opinión común. Y las razones de esa postura son claras: "eso que debe hacerse", o en términos fullerianos los "values" y "purposes", no pueden ser objetos de conocimiento científico, ese que se dedica a entes matemáticos, físicos y metafísicos²¹⁸.

[...] o olhar de Fuller se volta para a filosofia do passado, e concretamente para as ideias expressas por Aristóteles. A própria ideia de que todas as atividades humanas — e, sobretudo, aquelas que ocorrem *no* e *sobre* o direito — são finalísticas, ou seja, tendem a um objetivo, representa uma aplicação direta, no campo jurídico, da ideia aristotélica segundo a qual "Parece que toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a algum bem; por isso, com razão, alguns afirmaram que o bem é aquilo a que todas as coisas aspiram". Também a noção de que esse tipo de estudo se coloca fora do método lógico-científico já estava presente na ética do filósofo grego: quando, no prólogo da *Ética a Nicómaco*, Aristóteles apresenta seu próprio método de estudo aplicado à ética, ele se refere explicitamente à opinião comum. E as razões dessa postura são claras: "aquilo que deve ser feito", ou, em termos fullerianos, os valores e fins, não podem ser objeto de conhecimento científico — aquele voltado aos entes matemáticos, físicos e metafísicos. (tradução nossa).

Ainda, Porciello afirma que:

Fuller, como ya hemos visto antes, evita ese riesgo desde el momento en el que en Means and Ends, declara que a la eunomía no le interesa ningún tipo de organización, como por ejemplo, la "de un campo de concentración" sino solo las organizaciones que son "just, fair, workable, effective, and respectful of human dignity". Y también esta idea parece atender a la influencia de Aristóteles: los bienes, los fines, las purposes no son todos iguales "pero, claro está, si en el ámbito de nuestras acciones existe un fin que deseamos por él mismo —y los otros por causa de este— y no es el caso que elegimos todas las cosas por causa de otra (pues así habrá un progreso al infinito, de manera que nuestra tendencia será sin objeto y vana), es evidente que ese fin sería el bien e, incluso, el Supremo Bien". Y el bien supremo, tanto para Aristóteles como para Fuller, es el bien de la comunidad política, es el bien que se consigue a

²¹⁷ A.V. G. Martins. **Antropologia Filosófica e Direito**: Um confronto entre o personalismo de Lon Fuller e o economicismo de Richard Posner. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2016.

²¹⁸ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 135-136.

través de las relaciones interindividuales, las organizaciones sociales que, repetimos, son "justas, correctas, actuables, eficaces y respetuosas con la dignidad humana"²¹⁹.

Fuller, como já vimos anteriormente, evita esse risco desde o momento em que, em *Means and Ends*, declara que à eunomia não interessa qualquer tipo de organização, como por exemplo a “de um campo de concentração”, mas apenas aquelas organizações que sejam “justas, corretas, viáveis, eficazes e respeitosas da dignidade humana”. E essa ideia também parece refletir a influência de Aristóteles: os bens, os fins, os *purposes* não são todos iguais — “mas, é claro, se no âmbito de nossas ações existe um fim que desejamos por si mesmo — e os outros por causa desse — e não for o caso de escolhermos todas as coisas por causa de outra (pois isso levaria a um progresso ao infinito, tornando nossa tendência sem objeto e vã), é evidente que esse fim seria o bem e, mais ainda, o Sumo Bem”. E o bem supremo, tanto para Aristóteles quanto para Fuller, é o bem da comunidade política; é o bem que se alcança por meio das relações interindividuais, das organizações sociais que, repetimos, são “justas, corretas, viáveis, eficazes e respeitosas da dignidade humana”.

Kristen Rundle também faz essa relação entre a ideia de *eunomics*, presente em Fuller, e a filosofia aristotélica, ainda que o próprio autor nunca tenha explicado de onde retirou a expressão:

Fuller never explained in his writings from where, or from whom, he borrowed the term *eunomics*, which roughly translates from the Greek (eu = good; nomos = order) as good order, or good law. That he took the term from Aristotle, who wrote not only of good order but of good law in his *Politics*, seems the most likely explanation²²⁰.

Fuller nunca explicou nos seus escritos de onde, ou de quem, ele pegou emprestado o termo *eunomics*, que é traduzido aproximadamente do grego (eu = bom; nomos = ordem) como sendo a boa ordem, ou o bom direito. Que ele pegou o termo de Aristóteles, quem escreveu não apenas sobre boa ordem mas também sobre bom direito no seu *Politics*, parece a explicação mais razoável. (tradução nossa).

Além disso, Rundle afirma que essa evidência pode ser extraída de anotações em materiais pessoais do próprio Fuller: em sua cópia pessoal do texto *Readings in Jurisprudence* (Jerome Hall), que inclui uma anotação dele ao lado de uma referência de Aristóteles à “bondade das leis”, uma frase que, no grego original, é expressa através do termo *eunomia*. Além disso, consta na cópia pessoal do autor de seu material de aula de 1949 intitulado *The Problems of Jurisprudence* alguns extratos da obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, anotados à mão por Fuller em grego. Rundle teve contato com essas informações em 2008, a partir da pesquisa de Kenneth Winston aos originais, compartilhada por ele com a autora²²¹.

²¹⁹ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 137-138.

²²⁰ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller**. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 32.

²²¹ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller**. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 32.

Contudo, fato é que a teoria de Lon Fuller possui diversas influências, sendo até difícil de mapeá-las. Diversos comentadores, como Porciello, por exemplo, atribuem algumas ideias fullerianas a algumas perspectivas de Gustav Radbruch e Franz Neumann²²². Nicola Lacey também trouxe alguns momentos em que Fuller defendeu algumas ideias de Radbruch, especialmente no que diz respeito a sua análise sobre o regime nazista e a sua defesa de que o positivismo jurídico poderia ter auxiliado na ascensão nazista²²³. Nesse sentido, há um importante trabalho de Stanley L. Paulson que traz essa relação²²⁴.

Ainda, segundo Kristen Rundle, é possível encontrar na jusfilosofia de Fuller influências, inclusive, de Kant, Michael Polanyi, Michael Oakeshott, Georg Simmel e Morris Cohen:

There are many other influences that bear noting if we are to understand the wider context from which Fuller's jurisprudential claims emerge. The *Morality of Law*, for instance, contains a number of references to Kant, particularly when the point under discussion is how institutional forms do important moral work independently of the specified ends towards which they might be directed. Aristotle often finds a place in the early writings as well as in *The Morality of Law*, and especially in connection with Fuller's own methodological commitment of seeking a Aristotelian-style 'middle way' between the received antinomies of jurisprudential debate. Works by Michael Polanyi, Michael Oakeshott, Georg Simmel and Morris Cohen equally receive frequent citation²²⁵.

Há muitas outras influências que merecem ser mencionadas se quisermos compreender o contexto mais amplo do qual emergem as teses jurídico-filosóficas de Fuller. *The Morality of Law*, por exemplo, contém diversas referências a Kant, especialmente quando o ponto em discussão é como as formas institucionais desempenham um papel moral importante independentemente dos fins específicos a que possam estar direcionadas. Aristóteles também aparece com frequência nos escritos iniciais, bem como em *The Morality of Law*, especialmente em conexão com o compromisso metodológico de Fuller de buscar um "caminho do meio" ao estilo aristotélico entre as antinomias tradicionais do debate jurídico-filosófico. Obras de Michael Polanyi, Michael Oakeshott, Georg Simmel e Morris Cohen também são frequentemente citadas. (tradução nossa).

Summers também afirma que uma ampla gama de leituras moldou as opiniões de Fuller, referindo que ele retirou inspiração geral, além de Aristóteles, também de Tomás de Aquino, Hegel, Nietzsche, Bentham, Jhering, Weber, Geny, Simmel, Ehrlich e Dewey:

²²² PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 17.

²²³ LACEY, Nicola. Out of the witches cauldron? Reinterpreting the context and reassessing the significance of the Hart-Fuller debate. In: **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**, edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, p. 36-37.

²²⁴ PAULSON, Stanley L. Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "Positivist" Theses. In: Special Issue on Lon Fuller, **Law and Philosophy**, vol. 13, n. 3, aug, 1994.

²²⁵ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller**. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 47.

Fuller, unlike many able members of American law school faculties, was a true intellectual and a formidable scholar. Doubtless his wide reading did much to shape his legal theories, and in ways that cannot easily be traced. The evidence is that he drew general inspiration and many ideas from Aristotle, Aquinas, Hegel, Nietzsche, Bentham, Jhering, Weber, Geny, Simmel, Ehrlich, and Dewey, among others. My own view is that he was particularly influenced by Hegel and the German idealists, but that must await another essay²²⁶.

Fuller, ao contrário de muitos membros talentosos do corpo docente das faculdades de direito americanas, era um verdadeiro intelectual e um estudioso formidável. Sem dúvida, sua vasta leitura contribuiu significativamente para a formação de suas teorias jurídicas, de maneiras que nem sempre podem ser facilmente rastreadas. As evidências indicam que ele obteve inspiração geral e muitas ideias de Aristóteles, Tomás de Aquino, Hegel, Nietzsche, Bentham, Jhering, Weber, Gény, Simmel, Ehrlich e Dewey, entre outros. Minha própria opinião é que ele foi particularmente influenciado por Hegel e pelos idealistas alemães, mas isso deverá aguardar outro ensaio. (tradução nossa).

O que se percebeu com o presente estudo é que há um motivo pelo qual seja difícil mapear com precisão qual é o grande referencial teórico de Fuller quando desenvolveu a sua teoria, o que se relaciona também com a dificuldade em defini-lo com suficiência em qualquer rótulo: o fato de que ele não se filia exatamente com nenhuma escola de pensamento. A teoria da moralidade interna é, na verdade, um agrupamento de diversas influências teóricas, de diversos argumentos. É possível dividir seus argumentos e buscar, um por um, as suas influências, o que provavelmente levaria a resultados diversos. Também por isso, talvez, Fuller não gostasse de ser definido precisamente como um *jusnaturalista*. Apesar de ser unânime na academia que a sua proposta se trata de um jusnaturalismo procedimental, a verdade é que Fuller somente aceitou esse rótulo que seus opositores e seus comentadores colocaram nele por uma questão de facilitar a compreensão das suas formulações, mas ele mesmo não se identificava com uma boa parte da tradição do direito natural, especialmente da tradição cristã, conforme se percebe de alguns de seus escritos (e conforme se viu do seu debate com Nagel).

Por isso que geralmente a comunidade acadêmica diz que ele reivindica um direito natural secular²²⁷. Talvez também por isso que ele não tenha assumido expressamente a relação de seus fundamentos filosóficos com a concepção aristotélica, porque, ao fazê-lo, estaria se pondo em uma “caixinha” muito bem definida que nem sempre corresponde às suas formulações. E fica evidente, da leitura de seus diversos textos – especialmente naqueles em que ele debate contra seus opositores – que Fuller não gostava de ser posto em “caixinhas”.

²²⁶ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 153.

²²⁷ Ver, por exemplo, COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 30.

Kristen Rundle compartilha dessa mesma opinião e diz que o próprio Fuller alinhou a sua concepção com a tradição do direito natural apenas em um sentido qualificado, em duas formulações: primeiro, Fuller abraçou o método de investigação do direito natural, o que é, fundamentalmente, sua contraposição às concepções positivistas; e segundo, abraçou também a ideia de que existem leis naturais de ordenação social, contidas em certas formas de organizar as relações dos homens entre si, algo que era uma preocupação da tradição do direito natural e deveria ser revisitada pelos filósofos contemporâneos²²⁸. Ainda, Fuller compreendia que as reivindicações mais tradicionais do direito natural poderiam, em certos casos, serem defensáveis.

Isso, no entanto, de forma alguma atesta com totalidade uma afinidade de Fuller com a tradição milenar do direito natural em suas propostas e reivindicações. Ao contrário, ele questionou por diversas vezes essa rotulação. No próprio *The Morality of Law*, Fuller dedica um subtítulo somente para tratar desse assunto, pretendendo responder se os oito princípios da moralidade interna do Direito equivalem a alguma variedade de lei natural. Como resposta, ele afirma que sim. Fuller explica que sua pretensão foi, justamente, de discernir e articular as leis naturais de um tipo particular de empreendimento humano, o de “submeter a conduta humana à governança de regras” – essa a função do Direito para Fuller, conforme se verá nas páginas do segundo capítulo da presente pesquisa -, mas que isso não representa uma vinculação com a concepção tradicional cristã do jusnaturalismo, porque se tratam de leis naturais inteiramente terrestres, mais aproximadas daquilo que naturalmente o ser humano precisa perseguir para alcançar seus fins elegidos:

O que tentei fazer foi discernir e articular as leis naturais de um tipo particular de empreendimento humano, o qual descrevi como "o empreendimento de submeter a conduta humana ao Estado das leis". Essas leis naturais não têm nada a ver com qualquer "onipresença ameaçadora dos céus". Tampouco têm afinidade com qualquer proposição tal que a prática da contracepção seja uma violação da lei de Deus. Elas permanecem inteiramente terrestres em sua origem e aplicação. Não são leis "superiores"; se qualquer metáfora de elevação for apropriada, elas deveriam ser chamadas de leis "inferiores". São como as leis naturais da carpintaria ou, ao menos, como as leis seguidas por um carpinteiro que pretende que a casa construída por ele permaneça de pé e sirva ao propósito daqueles que nela habitam. Embora essas leis naturais tenham relação com uma das atividades humanas essenciais, obviamente não esgotam a inteireza da vida moral do homem. Elas nada têm a ver com tópicos como a poligamia, o estudo de Marx, a adoração a Deus, o imposto de renda progressivo ou a opressão das mulheres. Caso seja levantada a questão sobre se algum desses assuntos ou outros como eles devam ser considerados como objetos da legislação, essa questão se relaciona com o que chamei de moralidade externa do Direito. Como uma maneira conveniente (embora não totalmente satisfatória) de descrever a distinção que está sendo feita, podemos falar de um processo distinto a um Direito Natural substantivo.

²²⁸ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 45.

O que chamei de moralidade interna do Direito é, nesse sentido, uma versão processual do Direito Natural, embora, para evitar mal-entendidos, a palavra "processual" deva receber um sentido especial e expandido de modo que inclua, por exemplo, um acordo substantivo entre ação do Estado e lei promulgada. O termo "processual" é, no entanto, bastante apropriado para indicar que estamos preocupados não com os objetivos substantivos das normas jurídicas, mas com a maneira pelas quais um sistema de normas destinado a regular a conduta humana deva ser construído e administrado se for para ser eficaz e, ao mesmo tempo, permanecer o que pretende ser²²⁹.

Veja-se, na citação acima, que Fuller até reconhece que alguns dos oito desiderata são encontrados em alguns postulados do direito natural, ou em algumas de suas preocupações, bem como que a moralidade interna se relaciona com a moralidade externa, substancial, porque é definida a partir dela. Porém, rejeita a associação com a tradição jusnaturalista cristã, e não aceita por completo a tradição jusnaturalista clássica. Isso, porque Fuller não estava preocupado em definir uma moralidade substantiva, ou em alcançar a definição de bens básicos naturais. Sua preocupação era com os procedimentos institucionais, e nisso ele trazia uma relação com as suas formas naturais. Na sua perspectiva, para elucidar melhor o debate acerca do direito natural, era necessário que se fizesse uma distinção entre um direito natural de fins substantivos e um direito natural preocupado com procedimentos e instituições. Na verdade, Fuller entendia que a moralidade interna do Direito deveria ser mais relacionada com o direito constitucional, nos seguintes termos:

O que está perfeitamente claro é que muitas das disposições da Constituição têm a qualidade que descrevi como sendo rudes e incompletas. Isso significa que, de uma maneira ou de outra, seu significado deve ser preenchido. Certamente aqueles cujo destino em qualquer grau depende do ato criativo de interpretação pelo qual esse significado é suprido, bem como aqueles que enfrentam a responsabilidade da interpretação propriamente dita, devem desejar que ela advenha da base mais segura possível, que deve ser fundamentada, tanto quanto possível, nas necessidades do Estado democrático e da própria natureza humana em si mesma considerada. Sugiro que esse ideal está mais próximo de nosso alcance na área do Direito Constitucional que diz respeito ao que chamei de moralidade interna do Direito. Nessa área, a interpretação pode muitas vezes se afastar amplamente das palavras explícitas da Constituição e, ainda assim, permanecer segura na convicção de que ela é fiel a uma intenção implícita em toda a estrutura de nosso Estado. Não há, por exemplo, nenhuma proibição explícita na Constituição da existência de legislação vaga ou obscura. No entanto, duvido que alguém possa considerar uma usurpação judicial a afirmação de que uma norma penal viola o "devido processo legal" se não fornece uma descrição razoavelmente clara do ato que ela proíbe. Quando se reflete sobre os problemas de redigir uma Constituição, a justificativa para essa posição torna-se óbvia. Se fosse incluída na Constituição uma disposição expressa contra leis vagas, algum padrão, explícito ou tácito, teria que estabelecer qual o grau de obscuridade para viciá-la. Esse padrão teria que ser executado em termos bastante gerais. Partindo da premissa de que a lei rege e julga as ações dos homens por normas gerais, qualquer lei penal deve ser suficientemente clara para servir ao duplo propósito de dar ao cidadão uma

²²⁹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 119.

advertência adequada sobre a natureza do ato proibido e de fornecer diretrizes adequadas para a julgamento de acordo com a lei. Se alguém quisesse resumir tudo isso em uma frase, seria difícil encontrar uma expressão melhor do que "devido processo legal"²³⁰.

Veja-se, com isso, que apesar de Fuller rejeitar ser definido como um autor filiado à tradição milenar do direito natural, ao fim e ao cabo acaba assumindo que sua abordagem possui uma questão de direito natural, mais relacionada com os procedimentos institucionais e especialmente porque os oito princípios procedimentais carregam uma carga valorativa. Nunca houve, contudo, uma pretensão de definir esses bens básicos naturais, tal como fez John Finnis em sua proposta.

E essa assunção de Fuller feita em *The Morality of Law* pode ser atribuída também a sua perspectiva ao que, nos subtítulos anteriores dessa pesquisa, chamou-se de “queda” do jusnaturalismo. Veja-se que, anos antes de *The Morality of Law*, Fuller publicou artigo intitulado *American Legal Philosophy at Mid-Century* (1954), em que descreveu, na sua perspectiva, qual era a filosofia jurídica dominante da época e quais os problemas que ela suscitava. Ele disse que o crescimento das posturas do positivismo analítico e tradicionalmente formalista se tratava de uma reação exagerada contra a teoria do direito natural, porque se acreditava que ela era ultrapassada e desagradável. Fuller sugere, então, o termo *eunomics* como alternativa, e também para definir o seu campo de estudo, justamente por causa das confusões geradas pelo termo “lei natural”:

What is the reason for this neglect? I can only explain it as an exaggerated reaction against the theory of natural law. Natural law is an unpleasant, discredited, out-moded doctrine; let us, therefore, embrace its opposite. Its opposite teaches that there is no such thing as a "natural law of social order." Society is just what we choose to make it, and the way we shape its inertly pliant forms is guided, not by "laws," but either by "intangible values" or by selfish or class interests. In following this line of reasoning we have, I think, definitely thrown the baby out with the bath. Because of the confusions invited by the term "natural law," I believe we need a new name for the field of study I am here recommending. I suggest the term "eunomics," which may be defined as the science, theory or study of good order and workable arrangements"²³¹.

Qual é a razão para essa negligência? Só posso explicá-la como uma reação exagerada contra a teoria do direito natural. O direito natural é uma doutrina desagradável, desacreditada e ultrapassada; portanto, abracemos o seu oposto. Seu oposto ensina que não existe algo como uma "lei natural da ordem social". A sociedade é apenas aquilo que escolhemos fazer dela, e a maneira como moldamos suas formas inertes e maleáveis é guiada, não por "leis", mas por "valores intangíveis" ou por interesses egoístas ou de classe. Ao seguir essa linha de raciocínio, creio que definitivamente jogamos fora o bebê junto com a água do banho. Devido às confusões geradas pelo

²³⁰ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 126.

²³¹ FULLER, Lon L. *American Legal Philosophy at Mid-Century: A Review of Edwin W. Patterson's Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 477.

termo "direito natural", acredito que precisamos de um novo nome para o campo de estudo que estou aqui recomendando. Sugiro o termo "eunomia", que pode ser definido como a ciência, teoria ou estudo da boa ordem e dos arranjos funcionais. (tradução nossa).

Em textos anteriores é possível perceber que Fuller não gostava dessa rotulação, apesar de, anos depois, tê-la aceitado. Nicola Lacey diz que a tentativa de Fuller de construir uma teoria do direito natural a partir de seu interesse duradouro e de sua compreensão do poder formativo dos processos — articulada, como foi, em termos de um conjunto de preceitos formais — estava fadada, dentro da tradição da jurisprudência analítica, a não satisfazer nem os jusnaturalistas mais substanciais nem a apaziguar os positivistas jurídicos. E trouxe, ainda, trecho de uma carta que o autor encaminhou para Boris Bittker em 1960, em que fala sobre o impacto do debate com H.L.A. Hart e sobre sua reputação:

In my debate with H.L.A. Hart I don't think I presented any conclusion as a deduction from natural law premises, yet nine readers out of ten seem to read that exchange as if I were apologizing for natural law throughout. The result is that I am widely credited by intelligent readers with espousing a doctrine I never proposed, namely, that a law that is evil enough in its intention is not really law at all... genuinely do not have the philosophic insight to know just how to reproduce my own convictions properly, and if I did, I would not know what language to use to convey those convictions undistorted to my readers²³².

No meu debate com H.L.A. Hart, não creio ter apresentado qualquer conclusão como dedução a partir de premissas do direito natural, mas nove em cada dez leitores parecem ler aquele intercâmbio como se eu estivesse o tempo todo me desculpando pelo jusnaturalismo. O resultado é que sou amplamente creditado, por leitores inteligentes, como defensor de uma doutrina que jamais propus, a saber, que uma lei suficientemente má em sua intenção não é, de fato, uma lei... Eu genuinamente não tenho a perspicácia filosófica para saber como expressar corretamente minhas próprias convicções, e, se tivesse, não saberia que linguagem usar para transmiti-las aos leitores sem distorção. (tradução nossa).

Veja-se, com isso, que desde o início de suas formulações ele já se preocupava com essa rotulação, muito em razão do contexto da época, já explicitado nos subitens anteriores da pesquisa. O problema de Fuller era os significados poluídos que essa definição carregava — e ainda carrega. Em que pese tudo isso, restou unânime entre seus comentadores que a sua teoria pode ser identificada com o jusnaturalismo.

Assim, conforme se viu, embora a intenção da presente pesquisa não seja a de definir Lon Fuller como um jusfilósofo vinculado à tradição milenar do direito natural — na medida em que ele mesmo rejeitava essa definição —, e embora suas formulações decorressem de mais de

²³² LACEY, Nicola. Out of the witches cauldron? Reinterpreting the context and reassessing the significance of the Hart-Fuller debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**, edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, p. 43.

uma fonte, fato é que os pressupostos filosóficos da moralidade interna podem ser extraídos da teleologia aristotélica e encontradas, também, em algumas formulações de Tomás de Aquino. E somente por essa razão é que o presente trabalho tratará apenas desses dois filósofos. Isso já será suficiente para alcançar os fins almejados.

1.2.1 O fundamento teleológico de Aristóteles e a *eunomics* fulleriana

Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.) foi um dos filósofos mais influentes da história ocidental. Nascido em Estagira, na Macedônia, foi aluno de Platão na Academia de Atenas e, mais tarde, tutor de Alexandre, o Grande. Diferente de seu mestre, que valorizava o mundo das ideias, Aristóteles focou no estudo do mundo empírico, desenvolvendo uma abordagem mais sistemática para a filosofia e a ciência. Sua obra *Ética a Nicômaco* é uma das principais referências sobre moral e virtude. Na política, defendeu a ideia de que a cidade deve buscar o bem comum, classificando os diferentes regimes de governo.

Aristóteles compartilhava a ideia de que há uma certa estrutura ontológica na base da natureza humana e no cosmos. Sua filosofia exige que se procure a essência das coisas, mas não em uma perspectiva de *essência pura*. Para buscar a natureza essencial das coisas, segundo a filosofia aristotélica, é necessário determinar o modo como operam nos processos naturais do mundo. Assim, a busca da essência de algo é uma busca do seu *modus operandi* no mundo: o modo como as coisas *funcionam*²³³.

Nesse sentido, Morrison afirma que as mudanças naturais das coisas, em Aristóteles, são respostas aos modos de comportamento já incorporados que as entidades naturais apresentam, e que os objetos naturais mudam tendo em vista o seu “fim”, e é por meio desse processo que o “bem” dos objetos e ações se torna visível²³⁴.

Aristóteles busca, nas suas investigações filosóficas, qual seria o bem superior, ou seja, o maior de todos os bens que o ser humano pode buscar. Para o filósofo estagirita, esse bem maior não seria um simples meio para um fim, mas seria, ele mesmo, um fim em si, que naturalmente direciona o ser humano a todas as outras virtudes. Veja-se que, no Livro I da *Ética a Nicômaco*, o primeiro parágrafo de Aristóteles é justamente sobre isso:

Admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o

²³³ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49.

²³⁴ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49.

bem é aquilo a que todas as coisas tendem. Mas observa-se entre os fins certa diferença: alguns são atividades, outros são produtos distintos das atividades que os e produzem. Onde existem fins distintos das ações, são eles por natureza mais excelentes do que estes. [...] Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vistas em outra, porque, então, o processo se repetiria ao infinito, e inútil e vão seria o nosso desejar, evidentemente tal fim será o bem, ou antes, o sumo bem²³⁵.

Aristóteles compreendia que toda ação humana visa a um determinado fim. Tudo na natureza tem um fim específico a ser alcançado, ou uma função a cumprir, e esse fim está ligado à própria essência do fenômeno. O cosmos, portanto, é teleológico em sua própria estrutura. Aristóteles argumenta que tanto os seres vivos quanto os objetos naturais seguem um princípio teleológico. Por exemplo, uma bolota (semente de carvalho) tem como finalidade se tornar um carvalho. O mesmo ocorre com os animais e os seres humanos, cujas potencialidades se realizam conforme suas essências.

Assim, uma vez que a existência social é natural, e não um compromisso forçado, está na natureza dos seres humanos viver em sociedade. Nesse sentido, a cidade-Estado existe sobretudo para satisfazer a necessidade humana de uma vida existencial satisfatória, e não meramente para satisfazer necessidades materiais. Portanto, é necessário que o ser humano viva em harmonia com a sua própria natureza²³⁶.

Ainda, conforme explica Morisson, “O desenvolvimento ocorre através da *dialética da potencialidade* e da *realização*. Tudo, no cosmo, tem o poder de tornar-se aquilo que sua forma estabeleceu como seu fim”. É por isso mesmo que “A passagem de potencialidade para realização é uma lei fundamental da natureza”, e continua:

Para a bolota transformar-se em carvalho, é preciso que existam as condições ideais; da mesma maneira, as condições ideais devem existir para que o menino se transforme em homem. O processo é evolucionário e se dá a partir da matéria natural básica da entidade; [...] A *Ética a Nicômaco* começa com a premissa de que toda arte, toda investigação e, da mesma forma, toda ação e busca têm por finalidade algum bem. Portanto, a questão que se coloca para a ética é: “Qual é o bem a que o comportamento humano aspira?”²³⁷.

Veja-se, com isso, que a finalidade a que a *coisa* visa constitui a própria essência da *coisa*. Para entender a *coisa*, é necessário compreender a sua própria finalidade de ser. O seu propósito. É apenas a partir disso que se identifica também o seu *modo de ser* no mundo. Assim,

²³⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 4.

²³⁶ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49.

²³⁷ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 50.

para compreender a natureza humana, é necessário compreender a que a espécie humana está visando. E, mais, para compreender o cosmo, é necessário entender qual o bem supremo a que todas as coisas visam. Nesse sentido, “se houver uma finalidade para todas as nossas ações, esta será o *bem praticável*, ou se mais de uma, estas serão o *bem*”²³⁸.

Segue-se, nesse sentido, que os fins são vários, porque as ações humanas visam mais de uma finalidade e o ser humano escolhe entre elas. Nesse contexto, nem todos os fins são absolutos, no sentido de terem finalidades completas, mas o bem mais excelente (o bem supremo) é claramente algo absoluto, completo²³⁹. Portanto, se há um fim absoluto, ele é aquele ao qual o ser humano está buscando: aquilo que merece ser buscado por si mesmo (que é diferente daquilo que merece ser buscado com vistas a outra coisa). Assim, “uma coisa buscada em função de si mesma é *mais completa*”, ou seja, “uma coisa sempre eleita em função de si mesma e nunca como um meio”²⁴⁰.

Por isso, pode-se distinguir entre fins instrumentais (atos praticados como meios para outros fins) e fins intrínsecos (atos praticados em seu próprio interesse)²⁴¹. Toda a ação humana é voltada para um fim específico, existindo uma variedade de ações com uma variedade de finalidades. Contudo, há, em último grau, um fim supremo pautado por um bem supremo, que é o bem a qual todos os demais fins e demais ações humanas estão buscando. Por isso a compreensão de que “o bem é aquilo a que todas as coisas tendem”. O bem supremo pauta todos os demais:

O médico desempenha sua função na medida em que mantém os soldados em bom estado de saúde, e nesse caso o “fim” da saúde torna-se um “meio” para a eficácia dos combates. O oficial tem por objetivo a vitória na batalha, mas a vitória é o meio para a paz. A paz em si, apesar de ser às vezes equivocadamente vista como o fim último da guerra, é também o meio para criação das condições nas quais os homens, como homens, possam desempenhar sua função enquanto homens. Quando descobrimos o que os homens almejam, não como carpinteiros, médicos ou generais, mas como homens – homens em termos gerais -, chegaremos então à ação *pela ação*, para a qual toda e qualquer outra atividade é somente um meio, e esse, diz Aristóteles, “deve ser o bem do homem”. O bem do homem é uma coisa que existe independentemente das diferentes tarefas nas quais ele se engaja²⁴².

O termo “teleologia” deriva do grego *telos*, que significa “fim” ou “propósito”, e designa a ideia de que todos os seres possuem um objetivo intrínseco ao qual tendem. Na *Ética a*

²³⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 53.

²³⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 53.

²⁴⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 53.

²⁴¹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 51.

²⁴² MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 51.

Nicômaco, Aristóteles relaciona essa visão com a vivência humana, afirmando que o seu bem supremo – o bem absolutamente completo - a ser alcançado é a *eudaimonia* (εὐδαιμονία), frequentemente traduzida como "felicidade" ou "flourishing" (florescimento). Isso, porque a finalidade natural dos seres humanos consiste em ter uma vida boa, justa e feliz. Mas não qualquer felicidade, e sim a felicidade no sentido de *eudaimonia*. Ela não se confunde com alguns bens buscados pelo ser humano, como riqueza, prazer, honra e virtude. Estes são desejáveis tanto por si mesmos quanto porque ajudam a vida humana a alcançar algo maior. No entanto, a felicidade é o único bem que o ser humano busca *apenas por si mesmo*, sem que sirva de meio para outro fim.

Retomando, digamos que, posto que *todo conhecimento e prévia escolha objetivam algum bem*, examinemos o que cumpre declararmos ser a meta da política, ou seja, qual o mais elevado entre todos os bens cuja obtenção pode ser realizada pela ação. No tocante à palavra, é de se afirmar que a maioria esmagadora está de acordo no que tange a isso, pois tanto a multidão quanto as pessoas refinadas a ela se referem como *a felicidade, identificando o viver bem ou o dar-se bem com o ser feliz*. Mas quanto ao que é a felicidade a matéria é polêmica, e o que entende por ela a multidão não corresponde ao entendimento do sábio e sua avaliação²⁴³.

Ora, a felicidade, acima de tudo o mais, nos ocorre como tal, uma vez que sempre a escolhemos por ela mesma e jamais como um meio para algo mais, enquanto a honra, o prazer, a inteligência e todas as virtudes, embora as escolhamos por elas mesmas (visto que deveríamos estar contentes por possuímos cada uma delas, ainda que nada delas decorresse), também as escolhemos em vista da felicidade na crença de que contribuirão para sermos felizes²⁴⁴.

Nesse sentido, algumas coisas são desejadas porque levam a algo mais (ex.: riqueza, que é buscada porque proporciona conforto e segurança). Outras são desejáveis por si mesmas e também por levarem a algo maior (ex.: honra e virtude). Mas há um fim que é o mais absoluto de todos — aquele que é sempre desejável por si mesmo e nunca como meio para outra coisa: a felicidade. A felicidade (*eudaimonia*) é o único bem que o ser humano busca exclusivamente por ela própria. Ninguém deseja a felicidade para alcançar outra coisa; ao contrário, busca-se prazer, honra, virtude, dinheiro e conhecimento porque acredita-se que possam trazer felicidade. Isso demonstra que a felicidade é o fim último da ação humana, pois todas as escolhas convergem para ela.

O termo grego, *eudaimonia*, é composto por duas partes, sendo elas “eu” que significa bem e “daimon” que significa divindade ou espírito. O seu significado é comumente compreendido como viver de uma forma que seja benquista pelos deuses ou pelos espíritos. A

²⁴³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 48.

²⁴⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 54.

eudaimonia, portanto, não se confunde com um estado de humor, mas consiste numa verdadeira busca por uma vida virtuosa, preenchida por significado e propósito. Trata-se de constante exercício prático em busca da excelência de uma boa vida²⁴⁵.

Em razão disso, a *eudaimonia*, em Aristóteles, está relacionada com a ideia de *autossuficiência*. O bem supremo é autossuficiente, ou seja, torna a vida plena e completa por si mesmo. Se se adicionar qualquer outro bem à felicidade, isso não a tornaria mais desejável, pois a felicidade já é o bem mais desejável. Portanto, ela é o objetivo final de todas as ações humanas e a finalidade última da vida.

No entanto, essa autossuficiência não significa um isolamento individual, pois Aristóteles reconhece que o ser humano é um animal político, ou seja, sua felicidade está ligada às suas relações com a família, os amigos e a sociedade:

Uma conclusão idêntica parece resultar de uma consideração da *autossuficiência* [da felicidade], pois sente-se que o bem completo deva ser algo autossuficiente. A expressão *autossuficiente*, entretanto, não a concebemos com referência a alguém só, vivendo uma vida isolada, mas também com referência aos pais, aos filhos e à esposa desse alguém, *bem como aos amigos e concidadãos em geral* que se relacionam com esse alguém, posto que o ser humano é, por natureza, social [...] Entendemos por autossuficiente aquilo que por si só torna a vida desejável e destituída de qualquer carência: e julgamos ser isso a felicidade. Além disso, consideramos a felicidade a mais desejável de todas as coisas sem que seja ela mesma estimada como uma entre as demais, pois se agíssemos desse modo, está claro que deveríamos considerá-la mais desejável quando mesmo o mais ínfimo dos outros bens a ela fosse agregado; de fato, essa adição resultaria em uma soma superior de bem, e dos bens o maior é invariavelmente o mais desejável. [...] *A felicidade, portanto, mostra-se como alguma coisa completa e autossuficiente, a finalidade de todas as ações*²⁴⁶.

Nas palavras de Morrison,

A felicidade é o fim que, por si só, satisfaz todas as exigências do fim último da ação humana; na verdade, só optamos pelo prazer, pela riqueza e pela honra porque pensamos que "através de sua instrumentalidade seremos felizes". A felicidade é outra palavra, ou outro nome para o *bem dos seres humanos*, uma vez que, a exemplo do bem, a felicidade é a concretização de nossa função distintiva²⁴⁷.

Assim, diferentemente da noção moderna de felicidade, que muitas vezes é associada a sentimentos passageiros de prazer ou contentamento, a *eudaimonia*, para Aristóteles, é um estado de realização plena, alcançado pelo exercício da virtude ao longo de uma vida. Como o

²⁴⁵ AMARAL, Roberto Antonio Penedo do; SILVA, Deyse Amorim; GOMES, Luciene Izabel. A eudaimonía aristotélica: a felicidade como fim ético. In: **Revista Vozes dos Vales**: Publicações Acadêmicas, nº 1, ano 1, 2012, pp. 14-19.

²⁴⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 54.

²⁴⁷ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 52.

ser humano é um ser racional, sua realização máxima ocorre quando ele vive de acordo com sua natureza racional. Isso significa agir de maneira virtuosa, seguindo a ética da justa medida (o "meio-termo" entre excessos e deficiências). A *eudaimonia* não é um prazer passageiro, um simples estado emocional ou momentâneo. É uma condição duradoura, um processo contínuo, fruto de hábitos e escolhas corretas ao longo da vida. É, pois, um movimento da alma no sentido da excelência ou da virtude perfeita²⁴⁸.

A *eudaimonia* é atingida pelo cultivo das virtudes (*areté*), que se desenvolvem por meio do hábito e da prática. As principais virtudes incluem: Justiça (agir com equidade e respeito aos outros); Coragem (saber enfrentar desafios sem temeridade nem covardia); Temperança (equilíbrio no prazer e nas paixões); e Sabedoria (uso correto da razão para guiar as ações). É preciso, portanto, desenvolver o hábito do cultivo das virtudes, alcançando o meio-termo entre os excessos:

A ética da virtude exige que desenvolvamos hábitos; hábitos de bem pensar, de saber escolher e de comportar-se adequadamente. O homem deve ser treinado ou formado para a sociedade, e para tanto é necessário inculcar-lhe a virtude. Uma vez que nossas paixões nos tornam capazes de uma multiplicidade de ações, da abstinência ao excesso, precisamos descobrir o significado preciso do excesso ou da falta e, desse modo, chegar ao conhecimento do meio-termo apropriado. Aristóteles aplica um sistema dualista de "dois extremos" por meio do qual podemos trabalhar nossos sentimentos empíricos. Compreendemos que às vezes sentimos emoções de medo, confiança, luxúria, raiva, compaixão, prazer e dor, e que as sentimos de modo radical, ou seja, excessivamente ou com pouca intensidade, e em cada caso entendemos que nossos sentimentos eram inadequados. Vivenciar essas emoções na medida certa e nos momentos certos, e direcioná-las corretamente, isto é, vivenciá-las como deveríamos, significa vivenciar o meio-termo. Chegar a esse estado de equilíbrio equivale a vivenciar a virtude. De novo, o vício é o extremo, o excesso o, e a virtude é o meio-termo. É através do poder racional da alma que as paixões são controladas e as ações dirigidas. A virtude da coragem, por exemplo, é o meio-termo entre dois extremos, a saber, a covardia (carência ou falta) e a imprudência ou a confiança em demasia (descomedimento ou excesso). A virtude é, pois, um estado de ser, mas isso não significa que exista alguma fórmula simples à qual devamos sempre aderir; o que ocorre, na verdade, é que somos instados a seguir o "caminho certo" da ação: [...] ²⁴⁹.

Assim, o estudo da ética aristotélica apresenta várias condições para considerar uma vida feliz, tais como a prática das virtudes, o cultivo das amizades, preservação da saúde, suficiência de bens materiais, convivência harmoniosa na *pólis* e acesso às discussões filosóficas. Por isso a prática das virtudes é um dos temas centrais da ética aristotélica, porque molda o caráter humano e orienta os costumes, elevando os sentimentos das pessoas e educando

²⁴⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 65.

²⁴⁹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 54.

os instintos. A virtude pertence à atividade virtuosa, ou seja, agir bem de acordo com o que é justo e correto²⁵⁰.

Não se ocupará em abordar especificamente cada uma das virtudes mencionadas, focando-se apenas em uma, que, na concepção dessa pesquisadora, é também um aspecto central em Fuller: a amizade. Aristóteles, no Livro III da *Ética a Nicômaco*, tece longas considerações para justificar o porquê a amizade é uma virtude. Dentre essas considerações, há duas que são especialmente relevantes para esse estudo: a primeira é porque, na perspectiva aristotélica, a amizade mantém unidos os Estados, porque ela projeta unanimidade:

A amizade também parece manter unidos os Estados, e dir-se-ia que os legisladores têm mais amor à amizade do que à justiça, pois aquilo a que visam acima de tudo é à unanimidade, que tem pontos de semelhança com a amizade; e repelem o sectarismo como se fosse o seu maior inimigo. E quando os homens são amigos não necessitam de justiça, ao passo que os justos necessitam também da amizade; e considera-se que a mais genuína forma de justiça é uma espécie de amizade²⁵¹.

E a segunda é porque um dos aspectos elementares da amizade é a *reciprocidade*, conceito que será muito caro ao conceito de Direito em Fuller:

Ora, as pessoas amam por três razões. Para o amor dos objetos inanimados não usamos a palavra "amizade", pois não se trata de amor mútuo, nem um deseja bem ao outro (seria, com efeito, ridículo se desejássemos bem ao vinho; se algo lhe desejamos é que se conserve, para que continuemos dispondo dele); no tocante aos amigos, porém, diz-se que devemos desejar-lhes o bem no interesse deles próprios. Mas aos que desejam bem dessa forma só atribuímos benevolência, se o desejo não é recíproco; a benevolência, quando recíproca, torna-se amizade. Ou será preciso acrescentar "quando conhecida"? Pois muita gente deseja bem a pessoas que nunca viu, e as julga boas e úteis; e uma delas poderia retribuir-lhe esse sentimento. Tais pessoas parecem desejar bem umas às outras; mas como chamá-las de amigos se ignoram os seus mútuos sentimentos? A fim de serem amigas, pois, devem conhecer uma à outra como desejando-se bem reciprocamente por uma das razões mencionadas acima²⁵².

Desse modo, Aristóteles mostra que “a relação de amizade requer reciprocidade, um ‘querer bem’ que só possível por meio de práticas virtuosas”²⁵³. Para Aristóteles, a relação de troca – reciprocidade – se correlaciona com a virtude da justiça. Conforme explica Gerson Neves Pinto, “a reciprocidade é um tipo de justiça que realizará uma igualdade proporcional no sistema de trocas, onde temos por exemplo um arquiteto e um sapateiro, e os seus produtos, a

²⁵⁰ AMARAL, Roberto Antonio Penedo do; Silva, Deyse Amorim; Gomes, Luciene Izabel. A eudaimonía aristotélica: a felicidade como fim ético. In: **Revista Vozes dos Vales**: Publicações Acadêmicas, nº 1, ano 1, 2012, p. 18.

²⁵¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro III. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 139.

²⁵² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro III. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 141.

²⁵³ AMARAL, Roberto Antonio Penedo do; Silva, Deyse Amorim; Gomes, Luciene Izabel. A eudaimonía aristotélica: a felicidade como fim ético. In: **Revista Vozes dos Vales**: Publicações Acadêmicas, nº 1, ano 1, 2012, p. 18.

casa e o sapato, reciprocamente”²⁵⁴. A relação se troca se dá entre pessoas diferentes e desiguais, e é por isso que a justiça é colocada:

Esta operação de igualizar aquilo que é diverso nas trocas é função da justiça enquanto reciprocidade proporcional, *pois não haveria associação se não houvesse troca, nem troca se não houvesse igualdade, nem igualdade se não houvesse comensurabilidade*. [...] Em suma, a noção de reciprocidade aponta para uma questão fundamental da justiça em sentido particular: a necessidade da comensurabilidade entre bens distintos, a qual é condição *sine qua non* para que as operações de igualdade possam ocorrer efetivamente.²⁵⁵

Sobre a relação dessa compreensão com o pensamento fulleriano, abordar-se-á mais à frente, no momento oportuno (especialmente no subitem 2.4 dessa Dissertação de Mestrado). Primeiro será necessário falar sobre a ciência da *eunomics*.

Como dito anteriormente, em que pese Fuller nunca tenha afirmado isso expressamente, alguns comentadores afirmam que a sua ideia de *eunomics* foi inspirada na *eudaimonia* aristotélica. Em sua obra principal, *The Morality of Law*, Fuller não dedicou qualquer capítulo para falar sobre o conceito de *eunomics*. Segundo Kenneth Winston, a primeira vez que Fuller falou sobre o termo foi em 1954, em uma revisão de um texto denominado *Edwin Patterson's Jurisprudence: Men and Ideas of the Law*. O contexto para a introdução desse “novo” conceito é uma distinção que Fuller traçava entre duas preocupações centrais da teoria tradicional do direito natural. A primeira diz respeito à derivação de princípios morais substantivos de um conhecimento da natureza humana, que, apesar de Fuller expressar sua simpatia, não era com eles que ele estava preocupado. Sua preocupação era com o segundo aspecto da tradição do direito natural: a descoberta das leis naturais de ordem social, ou seja, daquilo que está contido em certas maneiras particulares de organizar as relações dos seres humanos entre si²⁵⁶.

Fuller abordou brevemente a questão da *eunomics* com em dois textos denominados *Means and Ends* (1950) e *American Legal Philosophy at Mid-Century* (1954), ainda que não de forma explícita. Em relação ao segundo texto, o autor analisa a teoria do Direito dominante nos Estados Unidos na metade do século XX, destacando as tensões entre positivismo jurídico e teorias que enfatizam a moralidade do Direito. Fuller critica o positivismo jurídico, argumentando que essa abordagem falha ao desconsiderar a dimensão moral e teleológica do Direito. Ele introduz, aqui, a ideia de que o Direito possui uma moralidade interna, ou seja, um

²⁵⁴ PINTO, Gerson Neves. Os dois sentidos do termo “justiça” no livro V da *Ética Nicomaquéia* de Aristóteles. In: **Revista Espaço Acadêmico**, n. 147, 2013, p. 87.

²⁵⁵ PINTO, Gerson Neves. Os dois sentidos do termo “justiça” no livro V da *Ética Nicomaquéia* de Aristóteles. In: **Revista Espaço Acadêmico**, n. 147, 2013, p. 87.

²⁵⁶ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 12.

conjunto de princípios fundamentais que garantem sua funcionalidade e legitimidade. Isso não foi muito bem desenvolvido já nesse texto, mas foi pincelado por ele.

Fuller inicia sua análise discutindo a obra *Jurisprudence*, de Edwin Patterson. Ele caracteriza o livro como representativo do pensamento jurídico norte-americano da época, destacando sua influência de John Dewey e Roscoe Pound. Ele elogia a obra pela abordagem equilibrada e pelo rigor intelectual, ressaltando que ela reflete o pragmatismo típico da tradição jurídica dos Estados Unidos, mas sua preocupação é que a filosofia de Patterson não oferece uma fundamentação satisfatória para as conclusões que ambos provavelmente adotariam.

Depois, Fuller segue discutindo a teoria imperativa do Direito, criticando a teoria de Austin, que ele considerava ser dominante naquele momento, e a concepção de que o Direito depende exclusivamente da autoridade política e do comando do soberano. Critica também o positivismo normativo kelseniano.

Depois, Fuller começa introduzindo o que ele considera serem falsos problemas da teoria do Direito natural, aduzindo ter dificuldade de compreender o que seria “absoluto” para o Direito natural. Critica também a ideia de que se criou de que os adeptos ao Direito natural defenderiam coisas “absolutas” e os que não são adeptos seriam “relativistas”. Fuller entendia que essa diferenciação responde pouco às necessidades sociais práticas. Outra questão criticada pelo autor é a ideia de que a lei natural se coloca acima da lei positiva e permite o desrespeito a qualquer norma que viole seus preceitos: “Quando é sugerido que essa atitude em relação à lei positiva seja adotada, não apenas pelo cidadão, mas também pelo juiz e pelo funcionário do Estado, certamente há motivos para se preocupar”²⁵⁷. Para Fuller, essa ideia acerca da lei natural não apenas prejudica o desenvolvimento do debate, mas também cria um falso problema, isso porque, “A maioria dos filósofos do Direito natural considerou o dever de obedecer à lei positiva como fundado na própria lei natural e como sujeito a exceção apenas nos casos extremos”²⁵⁸. Isso pode ser considerado, inclusive, como uma consequência necessária da própria concepção de uma comunidade organizada de indivíduos.

Após, Fuller começa a falar sobre a superação da dicotomia entre ser/dever ser, oriunda da *Guilhotina de Hume*, conforme explicado anteriormente, e entre fato e valor. Isso, porque a

²⁵⁷ “When it is suggested that this attitude toward positive law be adopted, not only by the citizen, but by the judge and state official as well, there is certainly ground for real concern” FULLER, Lon L. *American Legal Philosophy at Mid-Century*. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 476.

²⁵⁸ “Most philosophers of natural law have regarded the duty of obeying the positive law as founded on natural law itself and as being subject to exception only in extreme cases”. FULLER, Lon L. *American Legal Philosophy at Mid-Century*. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 468.

contraposição que Fuller faz aos positivistas e aos realistas a respeito da dicotomia ser e dever ser; fato e valor, possui relação com a ciência da *eunomics*:

In principle, at least, Patterson accepts "the dichotomy of fact and value" and the impossibility of deriving "value judgments" from "facts." In this I differ from him, for I believe that this time-worn dichotomy requires serious modification when applied to purposive human behavior as a simple illustration will show²⁵⁹.

Em princípio, pelo menos, Patterson aceita “a dicotomia entre fato e valor” e a impossibilidade de derivar “julgamentos de valor” de “fatos”. Nisso eu discordo dele, pois acredito que essa dicotomia desgastada requer sérias modificações quando aplicada ao comportamento humano proposital, com uma simples ilustração eu mostrarei. (tradução nossa).

Assim, Fuller inicia um exemplo hipotético para explicar o seu ponto: a ilustração da montagem de uma máquina. Aqui, é possível nitidamente perceber uma relação com o fundamento aristotélico teleológico. Veja:

Uma máquina é vendida desmontada por um engenheiro, habilidoso em seu ofício, mas que não sabe a língua inglesa. O engenheiro redige as instruções de montagem. Um professor de inglês e um mecânico compram a máquina, e cada um lê as instruções do engenheiro e tenta fazer a montagem. O professor, que sabe inglês, lê as instruções e as aplica de maneira literal, o que lhe gera certos problemas de compreensão. O mecânico, ao contrário, não consegue captar o sentido literal das palavras, mas tenta entender a partir da observação de como o engenheiro estava fazendo a montagem. Assim, ele monta a máquina sem grandes dificuldades. A partir disso, e abstendo-se de todos os “julgamentos de valor”, pergunta Fuller: quem penetrou mais verdadeiramente no fato empírico dessas instruções, o professor de inglês ou o mecânico?

Novamente, diz Fuller, suponha-se que as instruções não apenas estejam mal redigidas em inglês, mas também contenham um erro na indicação de um dos circuitos elétricos a ser conectado pelo comprador. O mecânico, dessa vez, também acaba tendo problemas com as instruções, embora não tanto quanto o professor de inglês. Isso, porque o professor de inglês não tem conhecimento de mecânica, somente se apegando às palavras literais das instruções mal redigidas. E o mecânico não tem conhecimento das palavras literais, somente apegando-se à observação do modo como o engenheiro fez.

Agora suponha-se que há um terceiro comprador, que é eletricitista. O eletricitista identifica que o engenheiro instrutor incluiu uma informação equivocada a respeito de um dos

²⁵⁹ FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 469.

circuitos elétricos, e corrige ele mesmo o defeito. Assim, diz Fuller, “as mesmas palavras no papel agora produziram três efeitos diferentes”²⁶⁰.

E, mais que isso, não se teria qualquer dificuldade em classificar essas três leituras em termos de sua contribuição para um fim compartilhado por todos os envolvidos, qual seja, a montagem adequada da máquina. Mas, qual das interpretações está mais próxima do “fato”? O único padrão significativo em termos de “fato” é o mesmo que determina o “valor” das três leituras, que é a sua conformidade com um fim compartilhado por todos, o de montar a máquina para que ela funcione corretamente. Assim, somente será possível saber qual é a interpretação mais adequada ao fato, se se tem em vista qual a finalidade comum que os três estavam pretendendo perseguir:

But which interpretation is closest to "fact"? Is it not true that the only significant standard we have of "fact" here is the same as that which determines the "value" of the three readings, namely, their conformity to an end shared by all, that of putting the machine together so that it will run properly? However "true" the interpretation of the English professor might be for some purposes, it was not true for the only purpose that he and the draftsman of the instructions had in mind. A purpose is a fact, but it is a fact that sets a target; it is a direction-giving fact. So soon as we recognize this quality of a purpose, it becomes clear that within the limits of its framework a purpose is at once a fact and a standard for judging facts. To such a fact the "logic" that tells us it is impossible to deduce what ought to be from what is becomes inapplicable²⁶¹.

Mas qual interpretação está mais próxima do "fato"? Não é verdade que o único critério significativo que temos para definir "fato" aqui é o mesmo que determina o "valor" das três leituras, ou seja, sua conformidade com um objetivo comum a todos: o de montar a máquina para que ela funcione corretamente? Por mais "verdadeira" que a interpretação do professor de inglês possa ser para alguns propósitos, ela não era verdadeira para o único propósito que ele e o redator das instruções tinham em mente. Um propósito é um fato, mas é um fato que estabelece um objetivo; é um fato que orienta uma direção. Assim que reconhecemos essa qualidade de um propósito, torna-se claro que, dentro dos limites de sua estrutura, um propósito é, ao mesmo tempo, um fato e um critério para julgar fatos. A esse tipo de fato, a "lógica" que nos diz ser impossível deduzir o que deve ser a partir do que é se torna inaplicável. (tradução nossa).

Assim, Fuller elabora uma ideia bastante aristotélica: a de que o *propósito* (*purpose*), a *finalidade* das coisas – dos fatos – possui, ela própria, uma *carga valorativa, substantiva*, que vai definir e orientar toda a ação que será empreendida sob essa coisa, esse fato. O *propósito* é o *valor intrínseco* do fato, e que vai servir de seu guia orientativo. A adequação das três interpretações analisadas no exemplo ilustrativo de Fuller será definida à luz do propósito comum compartilhado acerca do fato. Assim, entende Fuller, fato e valor não são fenômenos

²⁶⁰ “The same words on paper have now produced three different effects.” FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 469.

²⁶¹ FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 470.

separados, tal como sustentavam os positivistas jurídicos a partir da filosofia de Hume, mas se relacionam a partir de uma constituição mútua: *o valor do fato é o que determina o que ele é*. Não há como separar uma coisa da outra, caso se queira compreender corretamente.

Em relação ao Direito, afirma Fuller, a direção de uma norma é percebida somente à luz do resultado final ao qual ela é direcionada. O significado essencial de uma regra jurídica está em seu propósito, ou, então, em um conglomerado de propósitos relacionados (posteriormente, no âmbito dessa Dissertação de Mestrado, abordar-se-á o que essa percepção tem a ver com a questão da discricionariedade judicial e com o estabelecimento de limites ao processo de decisão judicial). Assim, dentro dessa estrutura de propósitos, a dicotomia entre fato e valor, ser e dever ser, não pode ser mantida: “o fato envolvido não é dado estático, mas algo que alcança um objetivo e que pode ser entendido apenas em termos desse alcance”²⁶².

Provando que sua jusfilosofia encontra raízes aristotélicas, Fuller entende que uma lei deve ser interpretada à luz de seus propósitos, e que esse propósito não deve ser submetido a uma falsa lógica derivada da experiência ao lidar com fatos não intencionais. Mas, mais aristotelicamente ainda, Fuller aduz que o *propósito* (que Aristóteles formula como sendo a finalidade das coisas) é um valor presente na vida humana como um todo. Em suas palavras, o ser humano é um conjunto enormemente complicado de propósitos inter-relacionados e interativos, e esse sistema de propósitos *constitui a sua própria natureza*. E, ainda em termos aristotélicos, o que é bom avança a natureza do homem, e o que é ruim o impede de realizá-la:

A purpose is, as it were, a segment of a man. The whole man, taken in the round, is an enormously complicated set of interrelated and inter-acting purposes. This system of purposes constitutes his nature, and it is to this nature that natural law looks in seeking a standard for passing ethical judgments. That is good which advances man's nature; that is bad which keeps him from realizing it. Just as the dichotomy of is and ought does not apply to the act of reaching toward the realization of a single purpose, so is it equally inapplicable to a whole purposive system. From the reaching that is imbedded within that system, we can learn in what directions it should reach²⁶³.

Um propósito é, por assim dizer, um segmento de um homem. O homem como um todo, considerado em sua totalidade, é um conjunto extremamente complexo de propósitos inter-relacionados e interativos. Esse sistema de propósitos constitui sua natureza, e é a essa natureza que o direito natural recorre ao buscar um critério para fazer julgamentos éticos. Aquilo que promove a natureza do homem é bom; aquilo que o impede de realizá-la é ruim. Assim como a dicotomia entre “ser” e “dever ser” não se aplica ao ato de buscar a realização de um propósito individual, ela também é igualmente inaplicável a um sistema inteiro de propósitos. A partir do movimento em

²⁶² “The “fact” involved is not a static datum but something that reaches toward an objective and that can be understood only in terms of that reaching.” FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 470.

²⁶³ FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 472.

direção à realização que está embutido nesse sistema, podemos aprender em que direções ele deve avançar. (tradução nossa).

Veja-se que Fuller traz os mesmos argumentos no debate que travou com Ernest Nagel, em 1958. No texto *Human Purpose and Natural Law* (1958), que inaugurou o debate, Fuller pretendeu não exatamente dar um conceito de Direito natural, mas apenas abordar o que ele disse se relacionar com uma percepção ontológica fundamental da sua definição: o problema da dicotomia geralmente aceita entre fato e valor; problema o qual o positivismo comumente trata como inexistente. Essa, portanto, a primeira ressalva feita no início de seu texto.

A segunda ressalva feita no início de seu texto é que o autor tentará abordar esse problema a partir de uma perspectiva que trata as ações humanas como direcionadas a objetivos específicos – *goal-directed* –, ou seja, que traz a ideia de “propósito” à interpretação:

The problem I have in mind is that which arises when we attempt to reconcile the now generally accepted dichotomy of fact and value with a purposive interpretation of human behavior. For it is my thesis that when we accept the full consequences that flow from a view which treats human action as goal-directed, the relation between fact and value assumes an aspect entirely different from that implied in the alleged "truism" that from *what is* nothing whatever follows as to what *ought to be*²⁶⁴.

O problema que eu tenho em mente é aquele que surge quando tentamos reconciliar a dicotomia geralmente aceita entre fato e valor com uma interpretação proposital do comportamento humano. Porque minha tese é de que quando aceitamos todas as consequências de uma visão que trata a ação humana como orientada por objetivos, a relação entre fato e valor assume um aspecto inteiramente diferente daquele implícito no dito “truísmo” segundo o qual daquilo que *é* não se deriva o que *deveria ser*. (tradução nossa).

Para ilustrar o seu ponto, Fuller traz um outro exemplo nesse texto, diferente daquele da máquina de montar: imagine-se observando um menino à distância. Esse menino, contudo, está segurando em suas mãos um objeto pequeno, cinza e arredondado. Ele parece contemplar esse objeto atentamente, até que, em um certo momento, começa a pressionar esse objeto com as duas mãos. O menino para de pressionar o objeto, segura com a mão esquerda e começa a olhar para o chão, momento em que ele abaixa, pega um pedaço de pau e começa a cutucar e empurrar o objeto. Então, o menino joga longe o pedaço de pau, abaixa e começa a bater o objeto por diversas vezes contra uma pedra. De repente, o menino começa a juntar gravetos em uma pilha no chão, acende um fósforo, coloca o objeto no fogo e se afasta em uma atitude de expectativa.

Ao observar o menino, a compreensão sobre o fenômeno é reduzida, obnubilada. Não se sabe o que está acontecendo. O conhecimento oriundo simplesmente da observação do fenômeno é insuficiente para a sua compreensão verdadeira. Contudo, a compreensão sobre o

²⁶⁴ FULLER, Lon L. Human Purpose and Natural Law. In: **Natural Law Forum**, paper 28, 1958, p. 68.

fenômeno muda completamente se for acrescentada ao exemplo a informação de que o menino estava, na verdade, tentando abrir um molusco. O acréscimo da informação a respeito de qual a intenção/propósito/finalidade/objetivo da ação do menino torna a compreensão sobre o evento muito mais lúcida. Agora, é possível dizer o que estava acontecendo naquele momento, é possível interpretá-lo com suficiência: o menino estava tentando abrir um molusco para comer e, assim que conseguiu, colocou-o no fogo para assar.

Now it is obvious that something happens to this account, a sudden accretion of meaning occurs, when we learn that the boy was throughout trying to open a clam. Without this clue I could not interpret what I observed, retain accurately in memory the shape of the events that occurred, or give to another a really coherent account of what happened²⁶⁵.

Agora é óbvio que algo acontece nesse cálculo, um acréscimo de significado ocorre, quando sabemos que o menino estava o tempo todo tentando abrir um molusco. Sem essa pista eu não poderia interpretar o que observei, reter com precisão na memória a forma que os eventos ocorreram, ou dar um relato realmente coerente do que ocorreu. (tradução nossa).

Com isso, entende-se exatamente o que Fuller trouxe também no texto *American Legal Philosophy at Mid-Century*, que a mera descrição de um fenômeno não traz maiores contribuições para o conhecimento acerca dele. É preciso que se atribua a essa compreensão um elemento interpretativo, que é, na essência, de uma dimensão valorativa: o *propósito*.

Veja-se, com isso, uma questão importante: Fuller foi um dos primeiros – senão o primeiro, de fato – a desenvolver a principal crítica à metodologia do positivismo jurídico e das filosofias pragmáticas, superando, assim, a dicotomia estabelecida a partir da filosofia humeniana. Isso já na década de cinquenta, quando o formalismo positivista era a teoria jurídica dominante nos Estados Unidos. Nesse momento, é oportuno referir que Lenio Streck, no Brasil, também faz essa crítica quando aborda o exemplo do relógio, que retira de Alasdair MacIntyre em *After Virtue* (2007). Veja-se: Streck diz que a função precípua de um relógio é dizer que horas são. Assim, a sua finalidade, o seu propósito, é dizer com precisão qual o horário. O relógio é um fato. E é possível extrair desse fato se ele é um “bom” relógio ou um “mau” relógio. Se o relógio estiver parado, significa que ele não está funcionando e, portanto, não está cumprindo com a sua finalidade. Sendo assim, é possível extrair o valor de que ele é um mau relógio, porque não está em conformidade com o seu propósito, a finalidade a qual ele se propõe:

Das premissas factuais (f1) “Este relógio é muito pesado para se carregar de maneira confortável” e (f2) “Este relógio é muito impreciso e irregular ao marcar as horas” deriva-se a conclusão valorativa (v1) “Este relógio é um mau relógio”. Da mesma

²⁶⁵ FULLER, Lon L. Human Purpose and Natural Law. In: **Natural Law Forum**, paper 28, 1958, p. 69.

forma, das premissas factuais (f3) “Ele é capaz de colher mais por acre lavrado do que qualquer outro fazendeiro do distrito”, (f4) “Ele tem o mais efetivo programa de renovação do solo que conhecemos” e (f5) “O leite de suas vacas ganha todos os prêmios da categoria” segue-se, de forma válida, a conclusão valorativa (v2) “Ele é um bom fazendeiro”. Esses argumentos, que derivam conclusões do tipo *ought* de premissas do tipo *is* — ou seja, que derivam valores de fatos —, são válidos precisamente por tratarem de conceitos funcionais: “fazendeiro” e “relógio” são ambos conceitos definidos em termos de seus propósitos, de suas funções. Daí se segue que o conceito de um relógio, como o de um fazendeiro, simplesmente não pode ser definido independentemente do conceito de um bom relógio. Em síntese, o ponto é o de que o, então, princípio de Hume não se aplica quando se está a falar de conceitos funcionais²⁶⁶.

Voltando ao *American Legal Philosophy at Mid-Century*: Após fazer toda essa digressão e explicar, a partir de fundamentos teleológicos (em que pese não tenha feito referência à Aristóteles no texto), a sua crítica à postura metodológica das teorias formalistas e imperativas – do positivismo jurídico e, também, do realismo – sobre a dicotomia ser e dever ser, fato e valor, Fuller passa a explicar sobre a *eunomics*, que, como se verá, também tem relação com a filosofia aristotélica.

Fuller conceitua a *eunomics* como sendo a ciência, teoria ou estudo da boa ordem social (*good order*) e a ordem social praticável (*workable social arrangements*)²⁶⁷. Segundo Andrea Prociello,

[...] la eunomía no representa una parte o una rama de la filosofía del derecho, ni siquiera una de las posibilidades de ser de la jurisprudencia; según Fuller, se trata de la esencia, la real y principal función de la filosofía del derecho como tal. Y si el estudio del correcto orden social representa la función real de la teoría del derecho, se explica así de manera más incisiva el malestar de Fuller respecto al positivismo jurídico en general y al imperativismo en particular, que tanta influencia tuvieron en la filosofía del derecho de su época²⁶⁸.

[...] a eunomia não representa uma parte ou um ramo da filosofia do direito, nem sequer uma das possibilidades de ser da jurisprudência; segundo Fuller, trata-se da essência, da verdadeira e principal função da filosofia do direito como tal. E, se o estudo da ordem social correta representa a função real da teoria do direito, explica-se assim, de maneira mais incisiva, o desconforto de Fuller em relação ao positivismo jurídico em geral e ao imperativismo em particular, que tiveram tanta influência na filosofia do direito de sua época. (tradução nossa).

Veja-se, com isso, que para Fuller, a *eunomics* se trata da principal função da filosofia do Direito, da sua própria essência. Ainda, Porciello afirma que a superação metodológica

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 178.

²⁶⁷ “the science, theory, or study of good order and workable social arrangement”. FULLER, Lon L. *American Legal Philosophy at Mid-Century*. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 477.

²⁶⁸ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 107.

proporcionada por Fuller a respeito da dicotomia ser/dever ser consiste na própria base do projeto da *eunomics*:

La actitud metodológica asumida por Fuller entre los años treinta y cuarenta, que encuentra en la superación de las más clásicas dicotomías positivistas su propio fundamento, constituye la base del proyecto de la eunomía, uno de los aspectos del pensamiento de Fuller²⁶⁹.

A atitude metodológica assumida por Fuller entre as décadas de trinta e quarenta, que encontra na superação das mais clássicas dicotomias positivistas o seu próprio fundamento, constitui a base do projeto da eunomia, um dos aspectos do pensamento de Fuller. (tradução nossa).

Assim, se se quer compreender as propostas de Fuller, desde as metodológicas até as suas concepções políticas e jurídicas, é preciso compreender que todas elas derivam do projeto da *eunomics*. Na realidade, muitos dos opositores de Fuller deixaram de olhar para esse aspecto crucial para compreender a teoria fulleriana, o que trouxe muitos problemas de análise, uma má compreensão da sua perspectiva e um esquecimento de algo que é muito importante para colocar Fuller na sua melhor luz. Kenneth Winston, a partir da sua biografia e reunião dos originais de Fuller, foi o responsável por redescobrir e valorar o projeto da *eunomics* no pensamento fulleriano, afirmando a exigência de colocar o pensamento de Fuller dentro desse marco teórico delineado para fins de compreender as suas formulações.

Para Kristen Rundle, o *insight* de Fuller sobre *eunomics* é inseparável das objeções apresentadas por ele, precisamente porque ela é uma resposta aos problemas da teoria jurídica dominante da época²⁷⁰. Assim, a ideia de *eunomics* está associada às demais formulações de Fuller sobre *adjudication* (processo de tomada de decisão), contrato, legislação, e outros temas relevantes²⁷¹.

É precisamente por isso, portanto, que Andrea Porciello vai dizer que a única maneira de compreender realmente a proposta jusfilosófica de Fuller consiste em analisá-la à luz dos princípios da *eunomics*. Da mesma forma, a teoria da moralidade interna do Direito, quando interpretada a partir desse referencial, tende a assumir um significado diferente à respeito do que geralmente se é atribuído²⁷².

²⁶⁹ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 107.

²⁷⁰ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller**. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 33.

²⁷¹ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller**. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 37.

²⁷² PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 134.

A ciência da *eunomics*, como visto, tem a ver com a crença de Fuller de que existem leis naturais da ordem social. Mas essa essência de ser natural não diz respeito exatamente a uma lei natural nos termos da doutrina tradicional do jusnaturalismo, apesar de ele mesmo assumir que o jusnaturalismo também compreende a existência de leis naturais de ordem social. Segundo Fuller,

There is a common impression that the now unread treatises on natural law that were so much in vogue [...] were given over to drawing up immutable codes of moral absolutes²⁷³.

Há uma impressão comum de que os tratados, agora não lidos, de direito natural, que estavam tão em voga [...] foram dedicados à elaboração de códigos imutáveis de absolutos morais. Na verdade, muito de seu conteúdo tinha a ver com o que defini como *eunomics*. (tradução nossa).

Para ele, o grande erro da tradição do Direito natural foi não manter o problema dos fins em contato íntimo com o problema dos meios:

The great mistake of the natural law school was, however, not to keep the problem of ends in a sufficiently intimate contact with the problem of means. Instead of holding means and ends open for a reciprocal adjustment with respect to each problem, the writer on natural law was apt to reach abstract resolutions on ends and then to trace out the implications of those resolutions for the various branches of the law²⁷⁴.

O grande erro da escola do direito natural foi, no entanto, não manter o problema dos fins em um contato suficientemente íntimo com o problema dos meios. Em vez de manter os meios e os fins abertos para um ajuste recíproco com relação a cada problema, o autor do direito natural tendia a chegar a resoluções abstratas sobre os fins e, em seguida, traçar as implicações dessas resoluções para os vários ramos do direito. (tradução nossa).

Fuller diz que os seres humanos podem escolher adotar uma forma de ordem social ou outra, bem como que a obtenção de fins particulares dos seres humanos pode exigir a escolha de formas particulares de ordens sociais, o que faz com que as formas disponíveis sejam limitadas. Assim:

These "laws" are in turn "natural" in the sense that they represent compulsions necessarily contained in certain ways of organizing men's relations with one another²⁷⁵.

²⁷³ FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 478.

²⁷⁴ FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 479.

²⁷⁵ FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 476.

Essas "leis" são, por sua vez, "naturais" no sentido de que representam imposições necessariamente contidas em certas formas de organizar as relações entre os homens. (tradução nossa).

Eunomics não envolve nenhum compromisso com fins últimos, ao menos não na formulação fulleriana. Sua principal preocupação é com o aspecto *meio* da relação “meio-fim”, e sua contribuição para o esclarecimento dos fins residirá em sua análise dos meios disponíveis para atingir fins particulares²⁷⁶. Assim, antes de elencar de forma abstrata quais são os fins substanciais a serem pretendidos, alcançados, é necessário estabelecer primeiro os arranjos sociais para, a partir deles, desenrolar com mais clareza os seus fins sociais eleitos. Fuller entende que a falta dessa elaboração foi um problema da tradição do Direito natural:

I do not think it is otherwise with social arrangements generally. Can I decide euthanasia should be legalized without first considering the social manageability of the task of selecting the right people to put to death? Can I opt for equality of income without asking myself how manpower will be allocated when the inducement of wage differentials is removed? If I seriously explore the problem of means in connection with the problem of equality I may discover that the end of equality contains within itself a latent contradiction²⁷⁷.

Não penso que seja diferente com os arranjos sociais em geral. Posso decidir que a eutanásia deve ser legalizada sem antes considerar a viabilidade social da tarefa de selecionar as pessoas certas para serem mortas? Posso optar pela igualdade de renda sem me perguntar como a força de trabalho será alocada quando o incentivo das diferenças salariais for removido? Se eu explorar seriamente o problema dos meios em conexão com o problema da igualdade, posso descobrir que o fim da igualdade contém dentro de si uma contradição latente. (tradução nossa).

Assim, algo que é comum a todos os estudos de Fuller, a todas as suas formulações, é a sua preocupação com a *forma*, a integridade e o trabalho que as formas produzem, independentemente dos objetivos que podem, instrumentalmente, ser buscados por meio delas²⁷⁸. Nesse sentido, a *eunomics* se preocupa com os meios, com a forma natural para se alcançar determinado fim particular escolhido. Veja-se: se a intenção de alguém for tomar um café, existem várias formas de se chegar nessa finalidade, porém, essas formas não são infinitas. Não existem formas ilimitadas. A gama de meios disponíveis para se chegar ao objetivo de tomar um café é reduzida. Há a possibilidade de coar o pó de café na água quente para obter um café filtrado; há a possibilidade de comprar um café já pronto e uma padaria; e há também a possibilidade de obter o café por meio de uma máquina disponível em algum posto de

²⁷⁶ FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 477.

²⁷⁷ FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954, p. 480.

²⁷⁸ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 39.

gasolina. Agora, se o objetivo for tomar um café que não seja muito forte, necessariamente o agente deverá escolher o modo que diga respeito a ele mesmo coar o pó de café, deixando a intensidade na sua preferência. Isso, porque dentre os meios disponíveis, somente esse se adequa ao seu objetivo final: tomar um café menos intenso. Comprando um café já pronto, independente de se por meio uma máquina no posto de gasolina ou na padaria, as chances de obter um café menos intenso são muito reduzidas. Agora, se ele não seguir as formas mínimas estabelecidas para se obter um café – sendo intenso ou não –, nesse caso ele falhará completamente em seu objetivo.

Assim, em relação ao meio escolhido, há algumas características que lhe são *naturais*, sem as quais não é possível constituir o fim escolhido. No exemplo do café, o agente necessariamente terá que pegar um filtro de papel ou de pano, colocar a quantidade necessária de pó de café dentro do filtro, esquentar a água e, depois de quente, derramar sobre o pó de café. Essas, portanto, tratam-se de características de meio (de forma, instrumentais) naturais para se obter o objetivo, o propósito, o fim desejado. São naturais porque, sem elas, não é possível alcançá-lo.

Por isso que a *eunomia* é definida como ordem social praticável (*workable social arrangements*), porque ela se ocupa dos meios e formas que funcionam para se chegar aos fins elencados. Essa ciência não implica uma referência direta a valores substanciais absolutos e universais, mas se ocupa principalmente da análise dos meios disponíveis para se obter determinados fins²⁷⁹. Segundo Charles Covell, a originalidade que Fuller reivindicou para a ciência da *eunomics* estava em sua preocupação com as formas básicas da ordem jurídica como processos, cujas interações com a sociedade eram governadas por regras e princípios que permaneciam internos à sua estrutura. Assim, ao examinar a operação interna e a estrutura dos principais processos jurídicos, a ciência da *eunomics* identifica e explica os princípios fundamentais da ordem social²⁸⁰.

Assim, a questão que a *eunomics* pretende responder é: Quais são as maneiras dispostas aos seres humanos que os possibilitem de organizar suas relações mútuas de modo a atingir seus fins individuais e coletivos, quaisquer que sejam esses fins? Ou seja, a *eunomics* assenta-se no pressuposto de que alguma limitação dos meios possíveis, imposta pelas circunstâncias, é essencial para uma definição inteligente dos fins buscados. Ou seja, a ideia básica da *eunomics*

²⁷⁹ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 115.

²⁸⁰ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis**. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 45.

implica em uma relação de limitação, porque, ao eleger determinado fim, limita-se as diversas possibilidades de ação, e isso se estende para as relações coletivas. Como diz Porciello, “[...] escolher um determinado modelo de organização política, digamos uma democracia eletiva, pressupõe leis naturais que determinam os fins e limitam os meios para alcançá-los”²⁸¹.

É preciso salientar, contudo, que apesar de a *eunomics* não se ocupar com a investigação e definição de fins substantivos, não é correto dizer que ela serve a qualquer fim. Uma das críticas mais contundentes de seus opositores foi, justamente, dizer que os princípios da moralidade interna poderiam servir a qualquer finalidade, inclusive a *finalidades perversas*²⁸². Já que se tratam de princípios procedimentais, então é possível que eles objetivem a fins maus e perversos. Tendo em vista que o conceito de Direito fulleriano e os princípios da moralidade interna possuem como marco teórico essa ciência (criada pelo próprio Fuller), a mesma crítica poderia ser feita à *eunomics*: já que se trata de uma ciência que investiga precipuamente os *meios*, as *formas* naturais como as coisas se dão no mundo, e que não se ocupa com fins substanciais, então é possível que ela aceite e legitime finalidades perversas. Afinal, objetivos cruéis também possuem suas formas naturais de se desenvolverem.

Porém, trata-se de compreensão relativamente equivocada sobre a tese da moralidade interna – apesar de ser uma crítica bastante pertinente –, e isso se dá, talvez, em parte pela sua má compreensão e em parte por uma falta de explicação adequada de Fuller em seus debates. Se os seus opositores tivessem lido a tese da moralidade interna colocando-a em sua melhor luz, ou seja, a partir do seu marco teórico da *eunomics*, talvez não se empenhassem tanto em afirmar isso.

Fuller já abre o texto *Means and Ends* (1950) com a seguinte colocação:

Ambitious as the title of this book is, it would be still more ambitious if it were truly to represent what is here attempted. For, of course, we are not interested merely in order - the order, say, of a concentration camp - but in an order that is just, fair, workable, effective, and respectful of human dignity. Indeed, I once suggested a term for describing the kind of study undertaken in this book. That term was *eunomics* which I defined as 'the science, theory, or study of good order and workable social arrangement'²⁸³.

Por mais ambicioso que seja esse título, ele seria ainda mais ambicioso se fosse verdadeiramente representar a minha tentativa. Pois, é claro, não estamos meramente interessados em ordem – a ordem, digamos, um campo de concentração – mas em uma ordem que seja justa, equitativa, viável, efetiva, e que respeite a dignidade humana. De fato, uma vez eu sugeri um termo para descrever o tipo de estudo feito

²⁸¹ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo: el antipositivismo de Lon L. Fuller**. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019 p. 14.

²⁸² Ver o subitem 2.4 do capítulo 2 da presente Dissertação de Mestrado.

²⁸³ Means and Ends, In: WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 47.

nesse livro. O termo *eunomics*, o qual eu defini como sendo ‘a ciência, teoria ou estudo da boa ordem e da ordem social praticável. (tradução nossa).

Veja-se, com isso, que claramente a sua intenção era de uma ciência preocupada com os meios de um arranjo social justo, equitativo, viável, efetivo e que, principalmente, respeite a dignidade humana. O termo “workable social arrangement” já é um indicativo de que o arranjo social precisa funcionar, não apenas para o Estado, mas também para o cidadão. Isso, porque, conforme diz Angela Vidal, Fuller está preocupado com um entendimento sobre o ser humano como sendo um ser livre e responsável, em que a posição do sujeito não é a de um servo pronto para fazer aquilo que lhe digam, mas está em uma condição social em que é respeitado e considerado pela ordem social. Assim, o sujeito faz parte de uma comunidade de agentes, sustentados pela forma clara com que as leis são criadas e comunicadas²⁸⁴. Um termo central ao conceito de Direito fulleriano é a *reciprocidade*. É precisamente por essas razões que Angela Vidal trabalha a tese fulleriana como estando vinculada a um entendimento antropológico, e traz a moralidade interna do Direito como condição de liberdade.

Nesse sentido, o próprio Fuller diz que o objetivo de seu texto é examinar não simplesmente os princípios da ordem social, mas os princípios de uma *boa ordem social*²⁸⁵. Porém, ele mantém essa ressalva: embora uma busca pelos princípios que fundamentam a boa ordem social seja o seu objetivo, em nenhum momento ele tenta responder à questão sobre qual é o bem humano mais elevado, ou qual é o objetivo final da vida, tal como fez Aristóteles e Tomás de Aquino (e, no jusnaturalismo moderno, John Finnis). No texto de *Means and Ends*, Fuller alcança o que ele chama de “afirmações de médio alcance”, no sentido de que não corresponde nem às expectativas de quem procura uma definição de um bem absoluto, tampouco de quem acredita em valores morais relativos. Fuller apoia o que ele acredita ser um argumento racional, qual seja, uma distinção entre arranjos sociais sólidos e insalubres. Assim, estigmatiza certas formas de ordenação social como pervertidas e parasitárias, e apresenta uma análise das condições sob as quais formas particulares de ordem social podem ser ditas como se aproximando da *perfeição*²⁸⁶.

Para Fuller, então, é necessária uma análise mais exata do papel desempenhado no pensamento humano da relação meios-fins, mas também é preciso explorar a função

²⁸⁴ A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013, p. 43.

²⁸⁵ Means and Ends, In: WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller**. rev. Hart Publishing, 2002, p. 48.

²⁸⁶ Means and Ends, In: WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller**. rev. Hart Publishing, 2002, p. 48.

desempenhada por essa categoria de pensamento no *design* das instituições sociais (aqui consideradas instituições jurídicas, políticas, econômicas e nas demais que não se enquadrem nessas definições²⁸⁷). Assim, os meios disponíveis para constituir instituições sociais são limitados, tal como os meios disponíveis para o sujeito que pretende tomar um café fraco (no exemplo do café fornecido anteriormente). Nisso, decorre que as instituições sociais não podem ser moldadas para qualquer fim desejado:

The next common assumption I believe to be mistaken is a belief in what may be called the infinite pliability of social arrangements. Some such belief must in fact lie back of the assumption I have just been discussing, the assumption, namely, that the first task of social philosophy is to establish a hierarchy of social ends. If in planning a trip, I feel free to chart my itinerary point by point without consulting maps or timetables, it must be because I am assuming there will always be some mode of conveyance that will take me to any destination I may set for myself. The assumption that social institutions can always be shaped to any desired end reveals itself in the common notion that implementation is a mere matter of "technique." Curiously, though the technicians capable of devising the apt means for social ends are never identified, it seems to be assumed that their competence is unlimited. There are signs by which we know a good carpenter, one of them being his knowledge of the limitations of the materials with which he works. But the technician in social implementation seems to remain at once anonymous and omniscient²⁸⁸.

A próxima suposição comum que acredito ser equivocada é a crença no que pode ser chamado de maleabilidade infinita das organizações sociais. Alguma crença desse tipo deve, de fato, estar na base da suposição que acabei de discutir, a saber, a suposição de que a primeira tarefa da filosofia social é estabelecer uma hierarquia de fins sociais. Se, ao planejar uma viagem, eu me sentir livre para traçar meu itinerário ponto a ponto sem consultar mapas ou horários, isso deve ser porque estou pressupondo que sempre haverá algum meio de transporte que me levará a qualquer destino que eu estabelecer para mim. A suposição de que as instituições sociais podem sempre ser moldadas para alcançar qualquer fim desejado se revela na noção comum de que a implementação é uma mera questão de "técnica". Curiosamente, embora os técnicos capazes de conceber os meios adequados para os fins sociais nunca sejam identificados, parece-se assumir que sua competência é ilimitada. Há sinais pelos quais reconhecemos um bom carpinteiro, um deles sendo o seu conhecimento das limitações dos materiais com os quais trabalha. Mas o técnico na implementação social parece permanecer ao mesmo tempo anônimo e onisciente. (tradução nossa).

Como dito anteriormente, a *eunomics* trata-se da ciência elaborada por Fuller que investiga a boa ordem social e a ordem social praticável. Em que pese a sua preocupação seja com a questão dos *meios* naturais elegidos nos arranjos sociais, e não dos *fins substanciais* escolhidos, ambos se convergem em um processo relacional mútuo, no sentido de que é possível descobrir os fins a que se pretende chegar por meio de uma análise inteligente dos meios disponíveis e escolhidos. A partir dos meios elegidos, compreende-se melhor os fins a que se

²⁸⁷ Means and Ends, In: WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 54.

²⁸⁸ Means and Ends, In: WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 56.

pretende chegar. Em que pese seja possível que meios naturais cheguem a fins perversos, não é verdade que a *eunomics* sustenta essa visão.

Summers fornece o seguinte exemplo: uma sociedade na qual os médicos envenenam regularmente seus pacientes não poderia ser considerada como tendo um autêntico sistema de saúde. Dessa forma, um suposto arranjo social que sistematicamente diminui o bem-estar de seus membros perde a sua legitimidade e não se sustenta²⁸⁹, porque ignora a condição dos agentes livres.

Assim,

Hecha esta premisa, las leyes naturales del orden social al que se refiere Fuller, y que son el núcleo de su *eunomics*, pueden ser entendidas solo mediante un método “impuro” que provenga también de ámbitos de estudio que el positivismo, sobre todo Kelsen, había intentado suprimir de la investigación jurídica. Ámbitos como el de la organización empresarial (*business administration*), la economía, la ciencia política, en los que según Fuller pueden descubrirse dinámicas muy parecidas a las propias del fenómeno jurídico²⁹⁰.

Feita essa premissa, as leis naturais da ordem social a que se refere Fuller, e que são o núcleo de sua *eunomia*, só podem ser compreendidas por meio de um método 'impuro', que provenha também de campos de estudo que o positivismo — sobretudo Kelsen — havia tentado suprimir da investigação jurídica. Campos como o da administração de empresas, da economia, da ciência política, nos quais, segundo Fuller, podem ser descobertas dinâmicas muito semelhantes às do próprio fenômeno jurídico. (tradução nossa).

Portanto, conforme se verificou amplamente, é possível assumir, de fato, que a jusfilosofia fulleriana possui raízes aristotélicas, sendo essa a sua principal base filosófica para a elaboração da teoria da moralidade interna do Direito. Tanto Fuller como Aristóteles compartilhavam uma preocupação central com a ordem, a racionalidade e a moralidade no Direito e na vida política. Ambos reconheceram que a organização das instituições e das normas está intrinsecamente ligada à realização de um propósito moral e político mais amplo.

No pensamento aristotélico, como visto, para buscar a natureza essencial das coisas é necessário determinar o modo como operam nos processos naturais do mundo. Assim, a busca da essência de algo é uma busca do seu *modus operandi* no mundo: o modo como as coisas *funcionam*. É nessa concepção filosófica que Fuller desenvolve a sua ciência da *eunomics*, que se trata da ciência da boa ordem social ou da ordem social praticável, que investiga o “meio” da relação *meios-fins*. Da mesma forma como Aristóteles, Fuller supõe que os processos, as formas elegidas para se chegar a um determinado objetivo possuem aspectos que são naturais,

²⁸⁹ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 40.

²⁹⁰ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 112.

e revelam as características desses objetivos almejados. Assim, nos termos de Aristóteles, “se houver uma finalidade para todas as nossas ações, esta será o *bem praticável*, ou se mais de uma, estas serão o *bem*”²⁹¹.

Sua relação fundamental está na compreensão de que toda ação humana e toda instituição buscam um *telos*, um fim último que justifica sua existência. Por isso que o termo “propósito” é tão caro à Fuller. Para Aristóteles, esse bem supremo é a *eudaimonia*, isto é, a felicidade ou o florescimento humano, alcançado por meio da virtude e da racionalidade. Fuller, por sua vez, não elabora uma teoria do bem supremo como Aristóteles, mas sua concepção também se apoia na ideia de que a experiência humana possui propósitos subjacentes, e que estão presentes em todos os seus empreendimentos, inclusive nas instituições sociais. É, inclusive, com base nessa compreensão que Fuller vai diferenciar, em *The Morality of Law*, o que ele chama de *moralidade de dever* e *moralidade de aspiração*, que será abordado no segundo capítulo da presente pesquisa. Porém, não se trata somente de assumir que toda a ação humana é dotada de propósitos, mas sim de conceder ao propósito uma carga muito mais valiosa para as interações humanas que comumente a filosofia vinha concedendo.

Outra importante conexão entre Fuller e Aristóteles está na relação entre meios e fins. Aristóteles enfatizava que não basta ter um objetivo nobre; é necessário empregar os meios corretos para atingi-lo. No campo ético, isso significa agir segundo a virtude, escolhendo o meio-termo entre excessos e carências. No campo político, significa estruturar a cidade de maneira que suas leis e instituições conduzam os cidadãos à realização do bem comum. Fuller, de forma semelhante, argumenta que a moralidade do Direito não se resume a seus objetivos, mas depende de sua estrutura e funcionamento. Para que o Direito seja eficaz e justo, ele deve seguir certos princípios internos que garantam sua racionalidade e previsibilidade. Assim, para Fuller, não se pode simplesmente impor um conjunto de normas arbitrárias para atingir um fim desejado – os meios utilizados para fazer valer a lei são tão importantes quanto os resultados esperados. Essa concepção se aproxima da visão aristotélica de que a virtude está na adequação dos meios aos fins.

Ainda, há um aspecto da teoria fulleriana centrado na questão da *reciprocidade*, que também é encontrada em Aristóteles, só que de uma forma diferente. Aristóteles fala sobre a questão da amizade como sendo uma virtude, porque é o que é mais necessário para se viver. Desse modo, mostra que a relação de amizade requer reciprocidade, um “querer bem” que só é possível por meio de práticas virtuosas.

²⁹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020, p. 53.

Essa noção está intimamente ligada à ideia de confiança e previsibilidade no comportamento humano, algo que ressoa na compreensão de Fuller sobre o Direito. Segundo Fuller:

O que a regra da reciprocidade busca transmitir não é que a sociedade é composta de uma rede de trocas explícitas, mas que é mantida unida por um vínculo generalizado de reciprocidade. Traços dessa concepção podem ser encontrados em toda moralidade de dever, desde aqueles traços fortemente permeados por uma atração ao interesse próprio até aqueles que repousam nas elevadas exigências do imperativo categórico. [...] O dever de votar não é absoluto, mas depende do cumprimento de certas expectativas em relação às ações dos outros. [...] Nesse sentido, há uma noção de reciprocidade implícita na própria noção de dever. [...] está implícita a noção de uma espécie de colaboração anônima entre os homens, pela qual suas atividades são canalizadas por meio das instituições e procedimentos de uma sociedade organizada²⁹².

Assim, Fuller fala sobre a regra da reciprocidade ser uma *regra social implícita*, no sentido de que a sociedade não é simplesmente uma rede de trocas diretas e explícitas entre indivíduos, mas sim um sistema sustentado por um vínculo generalizado de reciprocidade, que se manifesta tanto nas interações cotidianas quanto nas instituições e procedimentos da vida social organizada. Isso significa que os deveres individuais não existem isoladamente, mas dependem de certas expectativas em relação ao comportamento dos outros. Ele exemplifica isso com o dever de votar: votar não é um dever absoluto, mas algo que faz sentido dentro de um contexto em que há uma expectativa de participação coletiva. Se ninguém mais votasse, a obrigação de um indivíduo votar perderia seu significado.

Dessa forma, a reciprocidade aparece como um princípio subjacente à moralidade do dever (explicada no subitem 2.1 do desse capítulo): os indivíduos cumprem suas obrigações porque existe uma expectativa razoável de que os outros também cumpram as suas. Fuller também destaca que essa reciprocidade não precisa ser explícita ou individualizada – muitas vezes, ela se manifesta de forma anônima e institucionalizada. Ou seja, em vez de cada pessoa fazer acordos diretos com os outros, a reciprocidade se expressa por meio das normas e estruturas de uma sociedade organizada. As instituições funcionam como intermediárias, canalizando as ações dos indivíduos e garantindo que haja uma coordenação social mesmo sem interações diretas entre todas as partes.

Assim, percebe-se que o pensamento teleológico-aristotélico influenciou profundamente as concepções fullerianas, especialmente o marco teórico em que desenvolveu a sua tese da moralidade interna do Direito. Tomás de Aquino também se inspirou

²⁹² FULLER, L. Lon. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo, São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 35.

profundamente em Aristóteles, sendo um dos principais responsáveis por harmonizar a filosofia aristotélica com a teologia cristã. O frade usou os conceitos aristotélicos para explicar a natureza, a ética, a política e até a própria existência de Deus dentro da tradição cristã. Nesse sentido, é possível reconhecer, em sua filosofia, também aspectos trazidos em Lon Fuller, ainda que de forma mais superficial. Com base nessa compreensão que se abordará, no próximo item, a beatitude e o conceito de lei para Tomás de Aquino.

1.2.2 A beatitude e o conceito de lei para Tomás de Aquino

A *Summa Theologica*, grande obra da vida de São Tomás de Aquino, é considerada um dos mais importantes tratados filosóficos. No Direito, é conhecida por ser um exemplo de desenvolvimento consistente e organizado dos pressupostos jusnaturalistas, especialmente entre as questões 90-97, fornecendo as balizas necessárias para a tradição cristã do Direito natural. Na realidade, Aquino também desenvolveu o seu jusnaturalismo com base nas formulações aristotélicas, mas deslocou a ideia de bem supremo à compreensão metafísica de Deus. Assim, em Aquino, o fundamento último de toda a humanidade se encontra em Deus.

O frade, entretanto, não se limita a uma simples defesa da divindade como fundamento de todo o Direito, da comunidade e do ser humano, ele vai além. Para Aquino, o ato humano, a comunidade política e as leis possuem *finalidades*. São detentores de objetivos. Todo ser humano possui um fim último que é, na filosofia tomista, a *beatitude*. A beatitude é, na essência, a busca pelo divino por intermédio de uma vida virtuosa. Em sua resposta ao que é a beatitude, na *Summa Theologica*, Aquino diz que ela é Deus por essência²⁹³. Quer dizer, a satisfação completa da vontade e de outros elementos na personalidade humana são parte da “felicidade” em sentido amplo, mas esta satisfação é consequência da visão de Deus; e é, portanto, na visão intelectual de Deus que ele encontra a essência formal da beatitude²⁹⁴.

Para o frade, é a posse de Deus – em um sentido intuitivo - que atualiza as potencialidades do ser humano no grau mais elevado e da maneira mais completa. Por isso, em que pese não seja inteligível ao ser humano ter conhecimento sobre aquilo que é absolutamente o bem, resquícios desse conhecimento chegam à cognição por meios naturais. Quanto mais próximos de Deus forem os atos humanos, mais eles poderão ser considerados bons. Assim, os

²⁹³ S.T., 2a, 3, 1.

²⁹⁴ COPLESTON, Frederick C. **Tomás de Aquino**: introdução à vida e à obra do grande pensador medieval. Trad. Fabio Florence, Campinas: Editora Ecclesiae, 2020, p. 178.

atos humanos são declarados moralmente bons ou maus na medida em que são ou não compatíveis com a obtenção desse fim, qual seja, o alcance de Deus²⁹⁵.

A beatitude pode significar, portanto, tanto o próprio Deus quanto a posse humana de Deus, dependendo de se estamos pensando no objeto cuja posse confere a felicidade, ou na posse humana deste objeto. [...] Mas, uma vez que ele estava convencido de que esta posse é impossível sem a graça sobrenatural, que ela transcende os poderes naturais do homem, e que, sem a revelação, não podemos saber que é alcançável e constitui o verdadeiro fim derradeiro do homem, a conclusão de que o filósofo moral, em sentido estrito, não pode saber com certeza qual é realmente o bem supremo, ou fim derradeiro, do homem se introduz por si mesma²⁹⁶.

Assim, mesmo que alguém não saiba nada sobre a visão beatífica de Deus, sua verdade é, em parte, cognoscível, portanto, essa pessoa será perfeitamente capaz de perceber que alguns atos humanos conduzem à perfeição, ou seja, ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento de suas faculdades, na mesma medida em que outros comportamentos conduzem à direção contrária, pois são incompatíveis com a perfeição (ou aproximação de Deus). Veja-se, com isso, que a formulação de Aquino em relação a isso tem semelhança com a moralidade de aspiração, defendida por Fuller, tratada no subitem 2.1 do segundo capítulo dessa pesquisa.

A beatitude de Aquino, apesar de não se confundir com a noção aristotélica, aproxima-se dela. A finalidade da vida humana, para o frade, consiste na busca da beatitude. Tomás de Aquino acreditava que a razão natural pode provar demonstrativamente a existência de Deus. O primeiro passo é mostrar que, para tudo no mundo mutável, existe uma causa primeira ou um motor imóvel, em virtude do qual todas as outras coisas têm sua existência, seu movimento, suas qualidades e direção. A Suma Teológica 1ª prossegue estabelecendo que essa causa primeira não é um corpo (3.1), nem composta de qualquer forma e, portanto, inteiramente simples (3.7), perfeita em todos os aspectos (4.2), o sumo bem (6.2), infinita (7.1), onipresente (8.2), totalmente imutável (9.1), eterna (10.2), supremamente una (11.4) e possuidora do conhecimento mais perfeito (14.1). Esses resultados estabelecem a existência de algo digno de ser chamado de Deus²⁹⁷. Nesse sentido, o conceito de Deus na leitura de Aquino não se confunde com uma compreensão contemporânea a seu respeito. Nos limites das páginas dessa pesquisa, não se discorrerá especificamente sobre esse conceito, bastando o resumo feito, porque não é esse o foco da pesquisa. Contudo, é preciso fazer essa ressalva, uma vez que Aquino dedica

²⁹⁵ COPLESTON, Frederick C. **Tomás de Aquino**: introdução à vida e à obra do grande pensador medieval. Trad. Fabio Florence, Campinas: Editora Ecclesiae, 2020, p. 178.

²⁹⁶ COPLESTON, Frederick C. **Tomás de Aquino**: introdução à vida e à obra do grande pensador medieval. Trad. Fabio Florence, Campinas: Editora Ecclesiae, 2020, p. 178.

²⁹⁷ PASNAU, Robert. Thomas Aquinas. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/aquinas/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2025.

longas páginas para explicar esse conceito, que tem bastante relevância na sua compreensão filosófica. Ele considerava que tudo no mundo criado está sujeito à ordem providencial desse Deus.

Assim, ações humanas são apenas aquelas que têm origem numa vontade deliberada, racional, ou seja, com origem na racionalidade humana destinada a uma atuação moral. Nesse sentido, Aquino afirma que a beatitude (ou a felicidade) é o prêmio da virtude. Entretanto, a beatitude última e perfeita somente pode ser alcançada com a divindade²⁹⁸.

Veja-se, com isso, as influências aristotélicas no pensamento de Aquino, uma vez que a beatitude tomista é mais bem compreendida a partir da *eudaimonia* de Aristóteles. Em Tomás de Aquino há também a questão das ações intencionais, dos propósitos – que também é encontrada Aristóteles e Fuller. A intenção, pertencente ao interior dos atos humanos, informa qual a essência daquele ato como um todo, se bom ou mal, no sentido de que a ausência de uma boa intenção e a presença de uma má intenção vicia o ato como um todo, tornando-o moralmente mau.

A frase “informado por um certo propósito” foi utilizada há pouco. E é importante compreender a importância conferida por Tomás de Aquino à intenção. Quando ele considera o ato interior e o ato exterior como partes componentes de um só todo, lhe apraz aplicar uma analogia tomada da teoria hilemórfica. Portanto, ele compara o ato interior com a “forma”, e o ato exterior com a “matéria”. Ora, a intenção pertence ao ato interior; e ela informa o ato como um todo, no sentido de a ausência de uma boa intenção, e a presença de uma má intenção, vicia o ato como um todo, tornando-o moralmente mau. Se um ato materialmente bom é praticado com má intenção, o ato humano total, que consiste em ambos os elementos, se torna moralmente mau. [...] E, em geral, a fim de que um ato humano seja moralmente bom, um certo número de fatores tem de estar presente; e a ausência de qualquer um deles, de uma reta intenção, por exemplo, é suficiente para nos impedir de chamá-lo bom sem mais²⁹⁹.

A vida prática e terrena está sujeita a muitos males, tais como a ignorância, o desejo desordenado, as múltiplas adversidades do corpo entre outros. Por isso, o desejo do bem perfeito não pode ser satisfeito em vida, visto que o ser humano naturalmente deseja a permanência do bem possuído e os bens da vida presente são naturalmente transitórios.

Tendo em vista que não é possível alcançar a beatitude perfeita, resta-nos a beatitude imperfeita. A sua imperfeição tem origem na nossa própria humanidade, que não nos é dada de forma inacabada e completa, mas como um exercício prático. A beatitude humana pode ser alcançada em vida assim como o ser humano pode, também, alcançar uma vida virtuosa. Nesse

²⁹⁸ COPLESTON, Frederick C. **Tomás de Aquino**: introdução à vida e à obra do grande pensador medieval. Trad. Fabio Florence, Campinas: Editora Ecclesiae, 2020, p. 178.

²⁹⁹ COPLESTON, Frederick C. **Tomás de Aquino**: introdução à vida e à obra do grande pensador medieval. Trad. Fabio Florence, Campinas: Editora Ecclesiae, 2020, p. 180.

sentido, a beatitude humana (imperfeita) é atingida pelo caminho de uma vida virtuosa, isto é, uma vida moralmente boa. Novamente, veja-se as referências aristotélicas.

A compreensão de Direito aquiniano não é desconexa da sua filosofia moral. Assim como qualquer empreendimento humano, a lei também almeja uma determinada finalidade. Veja-se, nesse sentido, outra semelhança com Lon Fuller. O conceito mais geral de lei, no pensamento de Aquino, diz respeito a uma ordenação da razão direcionada para a concretização do bem comum, que se estabelece por meio da promulgação feita pelo governante da comunidade. Isso porque é próprio da razão ordenar para um fim, com isso, *a lei é uma regra e a medida dos atos*:

A lei é uma regra e medida dos atos, pela qual somos levados à ação ou dela impedidos. Pois, lei vem de ligar, porque obriga a agir. Ora, a regra e a medida dos atos humanos é a razão, pois é deles o princípio primeiro, como do sobredito resulta (q. 1, a. 1 ad 3). Porque é próprio da razão ordenar para o fim, princípio primeiro do agir, segundo o Filósofo. Ora, o que, em cada gênero, constitui o princípio é a medida e a regra desse gênero. Tal a unidade, no gênero dos números, e o primeiro movimento, no dos movimentos. Donde se conclui que a lei é algo de pertencente à razão³⁰⁰.

Para que seja viável uma correta compreensão acerca dessa afirmação de Aquino e, conseqüentemente, do conceito de lei natural desenvolvido pelo filósofo, é necessário visualizar a essência da lei em um âmbito geral e seus elementos constitutivos, conforme a questão 90 da Suma Teológica. Em seu Tratado da Lei, Aquino distingue quatro tipos de lei que desempenham um papel na orientação da ação humana correta: **i)** a lei eterna: o plano de governo de Deus para o mundo (questão 93); **ii)** a lei natural: o modo particular como os seres racionais participam da lei eterna (questão 94); **iii)** a lei humana: os desdobramentos particulares da lei natural elaborados pela razão humana (questões 95–97); **iv)** e a lei divina: leis reveladas divinamente que orientam os seres humanos para seu fim (questões 98–108).

A lei eterna é o que governa tudo, mas só serve como guia ao ser humano quando é transmitida a ele de alguma. Assim, Aquino traz alguns modos de transmissão da lei eterna. Um deles é por meio da lei divina, por meio das escrituras sagradas. A outra forma de transmissão é a lei natural, que é uma participação da lei eterna no ser humano que, por sua vez, é também a lei divina:

³⁰⁰ S.T., Ia, 90, 1.

Pois, como já se disse (a. 2), a lei natural é uma participação da lei eterna em nós. Ora, a lei eterna é a lei divina, como já se disse (a. 1). Logo, não é necessário haver uma lei divina, além da natural e das leis humanas dela derivadas³⁰¹.

Assim, pela lei natural o ser humano participa da lei eterna, de forma proporcional à capacidade da sua natureza:

Pela lei natural, o homem participa da lei eterna, proporcionalmente à capacidade da sua natureza. Mas importa que, de modo mais alto, seja levado ao fim último e sobrenatural. E por isso se lhe acrescenta a lei dada por Deus, pela qual a lei eterna é participada de modo mais elevado³⁰².

Enquanto a lei humana é o resultado contingente da organização social e política, a lei natural é inata ao ser humano. Como Aquino acreditava que Deus ordena tudo para seu fim apropriado, há um sentido em que todas as coisas seguem uma lei natural pela qual participam da lei eterna. Mas quando Aquino se refere à lei natural em um contexto moral, ele quer dizer o modo particular como os agentes racionais foram ordenados para alcançar seu fim próprio. Em razão disso, trata-se de uma lei que governa a mente³⁰³. Porém, Aquino entende que a moralidade surge não de uma inclinação inata bruta do ser humano, mas a partir da reflexão racional sobre o bem. Ou seja, é por meio de um exercício de racionalidade, da razão prática do ser humano, que ele apreende a moralidade. O raciocínio moral surge de primeiros princípios evidentes por si mesmos, cuja apreensão é a tarefa definidora do poder de *synderesis* do intelecto, que é um hábito natural:

A *synderesis* não é potência, mas hábito; embora certos tenham dito que é uma potência mais alta que a razão; e outros, que é a razão mesma, não enquanto razão, mas enquanto natureza. E, para a evidência disto, deve-se considerar que, como já se disse antes (a. 8), o raciocínio do homem, sendo movimento, parte, como de um princípio imóvel da inteligência, de certas noções, naturalmente conhecidas, sem a investigação da razão; e termina também pelo intelecto, enquanto julgamos, pelos princípios naturalmente conhecidos por si mesmos, daquilo que descobrimos raciocinando. Ora, dá-se que, assim como a razão especulativa raciocina sobre as coisas especulativas, assim a razão prática, sobre as operáveis. Logo, é necessário que, não só os princípios das coisas especulativas, mas também o das operáveis, nos sejam naturalmente ínsitos. Ora, os primeiros princípios das coisas especulativas, naturalmente ínsitos, em nós não pertencem a nenhuma potência especial, mas a um hábito especial, chamado intelecto dos princípios, como se vê em Aristóteles. Por onde, também os princípios das coisas operáveis, naturalmente ínsitos em nós, não pertencem a uma potência especial, mas a um hábito natural especial, a que chamamos *synderesis*. E, por isso, se diz que a *synderesis* instiga ao bem e murmura contra o mal, enquanto, pelos primeiros

³⁰¹ S.T., Ia, 90, 4.

³⁰² S.T., Ia, 90, 4.

³⁰³ PASNAU, Robert. Thomas Aquinas. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/aquinas/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2025.

princípios, procedemos a descobrir e julgamos do descoberto. Logo, é claro, a *sindérese* não é uma potência, mas um hábito natural³⁰⁴.

O mais fundamental desses princípios, de acordo com Aquino, é o de que “O bem deve ser praticado e procurado, o mal deve ser evitado”, na medida em que o bem é aquilo a que todas as coisas desejam, a que todas as coisas são direcionadas, já que todo agente age em vista de algum fim. Esse é o primeiro princípio apreendido pela razão prática:

Ora, assim como o ente é aquilo que, primeiro, pura e simplesmente, cai sob a apreensão, assim também o bem é aquilo que primeiro cai sob a razão prática, a qual está ordenada para a obra, pois todo agente age em vista do fim e este é dotado da razão de bem. Dessa forma, o primeiro princípio da razão prática está fundamentado sobre a razão de bem e é o seguinte: “o bem é aquilo que todos apetecem”. Portanto, este é o primeiro preceito da lei: “o bem deve ser praticado e procurado, o mal deve ser evitado”. Sobre isso estão fundamentados todos os demais preceitos da lei da natureza, de tal modo que tudo o que deve ser praticado ou evitado, que a razão prática naturalmente apreende ser bem humano, pertence aos preceitos da lei da natureza. Ora, porque o bem tem razão de fim e o mal razão de seu contrário, daí segue-se que tudo aquilo para que tem o homem uma inclinação natural, a razão naturalmente apreende como bom e, por conseguinte, como obra a ser praticada, e o seu contrário como mal a ser evitado³⁰⁵.

A ideia, portanto, é que tudo aquilo que é de inclinação natural do ser humano, razão naturalmente apreende como bom. O contrário disso identifica-se com o mal.

Dessa análise, extrai-se que a lei, considerada ao mesmo tempo regra e medida dos atos humanos, é estabelecida por meio da razão e ordenada para um determinado fim, uma vez que a ordem dos preceitos da lei natural corresponde à ordem das inclinações naturais. Aqui, Aquino aproxima-se do conceito de *eudaimonía* aristotélica, no sentido de que e que todos os seres humanos desejam a felicidade como seu fim último. Mas a concepção tomista de lei natural é mais robusta, tanto no sentido de que ele articula uma noção rica e substancial de felicidade como fim último do ser humano, quanto no sentido de que ele acreditava que foi dado ao ser humano outras inclinações inatas adicionais, com o objetivo de oferecer uma orientação específica em direção a esse fim último³⁰⁶. A explicação da lei moral por Tomás de Aquino possui, portanto, como base, a combinação dessas inclinações inatas (inclinações para preservar a própria vida, para a atividade sexual, para a educação dos filhos etc.), com o primeiro princípio prático – de que o bem deve ser buscado e o mal deve ser evitado –, juntamente com a sua concepção de felicidade.

³⁰⁴ S.T., Ia, 79, 12.

³⁰⁵ S.T., Ia, 94, 2.

³⁰⁶ PASNAU, Robert. Thomas Aquinas. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/aquinas/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2025.

Nesse sentido, Aquino afirma que há uma finalidade específica do Direito direcionada, essencialmente, para o bem comum e para a beatitude. Destarte, a forma de veiculação da lei é delimitada, precisamente, por seus princípios ativos originados da razão, que pretendem alcançar o bem comum e a beatitude humana.

Precisamente por isso, Aquino escreveu sobre os limites formais e materiais para que algo seja considerado lei, desvelando critérios de legitimidade do ordenamento jurídico utilizados até hoje. Exemplos desses critérios são a necessidade de a lei ser escrita e promulgada, dela ser redigida de forma clara, dela observar as possibilidades de cumprimento dos subordinados, e muitas outras:

Como já dissemos (a. 1), a lei é imposta aos que lhe estão sujeitos, como regra e medida. Ora, a regra e a medida impõe-se aplicando-se aos regulados e medidos. Por onde, para a lei ter força de obrigar — o que lhe é próprio — é necessário seja aplicada aos homens, que por ela devem ser regulados. Ora, essa aplicação se faz por chegar a lei ao conhecimento deles, pela promulgação. Logo, a promulgação é necessária para a lei vir a ter força³⁰⁷.

Com isso, percebe-se claramente que Lon Fuller foi influenciado por essas formulações aquinianas quando formulou os princípios da moralidade interna do Direito. Há diferenças, evidentemente, pois, em São Tomás de Aquino, o fundamento último do Direito encontra-se na razão humana como guia de conduta, o que se manifesta no conceito de beatitude racional e na compreensão da Divindade. Em Lon Fuller, não há essa relação com o Divino (pelo menos o autor não entra no mérito da moralidade substantiva relacionada com Deus).

No entanto, para além disso, há uma importante contribuição de Aquino no sentido de desenvolver critérios externos de moralidade que limitam a atuação da autoridade e servem como relevantes formas de controle do exercício do poder já no medievo. Veja-se que, tanto as características como a relação entre a lei e a beatitude — nos termos aquinianos — denotam, na sua essência, a limitação das possibilidades práticas de atuação do Imperador, tanto nas funções legislativas como nas executivo-administrativas, a uma ordem hierárquica superior preenchida pela compreensão do Direito natural. Os valores cristãos, sem sombra de dúvidas, continuam a mover e conformar parcelas significativas da compreensão ocidental de sociedade, mas a noção da necessidade de limitação da autoridade a partir de características e critérios definidos que se percebem num desenvolvimento desde o movimento clássico greco-romano e

³⁰⁷ S.T., Ia, 91, 4.

acentuam-se a partir das contribuições do jusnaturalismo eclesiástico é que formarão as bases para os movimentos constitucionalistas modernos (e, também, jusnaturalistas modernos).

Há, ainda, um outro ponto de aproximação entre Lon Fuller e as formulações de Tomás de Aquino. Existem algumas compreensões aquinianas sobre a formação das regras no Direito que são absolutamente aproximativas dos oito desiderata procedimentais de Lon Fuller, que constituem a sua moralidade interna.

Como dito, para São Tomás de Aquino, a lei precisa ser promulgada "ao futuro pela persistência da escrita"³⁰⁸. Identifica-se, portanto, a ideia de promulgação escrita e de prospectividade. Contudo, apenas isso não basta. Para algo ser considerado lei, também precisa ser "honesta (...), justa, possível, natural, conforme aos costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo (...)"³⁰⁹. Com isso, as características de generalidade e perfectibilidade também se fazem presentes. A lei também precisa ser clara e conforme a razão³¹⁰, o que impossibilita a contradição e concretiza a consistência. Não só isso, ela ainda precisa possuir uma retidão própria. Assim, Aquino sustenta a estabilidade/durabilidade da legislação e não a sua imutabilidade.

Na ordem das coisas materiais a retidão é considerada absolutamente; e por isso permanece na sua essência. Ao passo que a retidão da lei é considerada em relação a utilidade comum, a qual não é sempre proporcionada uma mesma realidade, como já se disse. Por isso essa retidão é susceptível de mudança³¹¹.

Como dito, a identificação dessas questões com a moralidade interna de Lon Fuller ficará mais bem entendida no segundo capítulo da presente pesquisa. Agora, o propósito é somente trazer alguns aspectos da filosofia aquiniana – sem pretender esgotá-la – que correspondem às formulações de Fuller, para fins de identificar os fundamentos filosóficos da sua teoria da moralidade interna. Acredita-se que isso tenha sido feito com suficiência, já que todas as outras relações com Aristóteles já foram estabelecidas no item anterior.

2 A MORALIDADE QUE TORNA O DIREITO POSSÍVEL

“Uma profunda afinidade entre legalidade e justiça tem sido frequentemente comentada [...] A moralidade interna do Direito exige que haja normas, que elas se façam conhecidas e que sejam observadas na prática pelos responsáveis por sua gestão. Essas exigências podem parecer eticamente neutras no que diz respeito aos objetivos externos da lei. No entanto, assim como a lei é uma precondição para o bom Direito, agir com base em

³⁰⁸ S.T., Ia, 90, 4.

³⁰⁹ S.T., Ia, 95, 2.

³¹⁰ S.T., Ia, 95, 3.

³¹¹ S.T., Ia, 97, 1.

uma norma conhecida é uma precondição para qualquer avaliação significativa da justiça da lei. [...] A virtude de uma ordem jurídica é conscientemente construída e administrada pela exposição ao escrutínio público das normas pelas quais atua”³¹²

(Lon L. Fuller)

2.1 A moralidade de dever e a moralidade de aspiração

Logo no início de sua principal obra, *The Morality Of Law*, Lon Fuller aponta os pressupostos filosóficos da sua perspectiva. Inicia diferenciando dois tipos de moralidades existentes nas relações humanas: a *moralidade de dever* e a *moralidade de aspiração*.

O esforço do autor em aprofundar o seu empreendimento filosófico na ideia de moralidade e concluir pela existência de dois tipos distintos de moral não se deu tão somente porque essa distinção reflete no seu conceito de Direito, mas se deu, sobretudo, porque ele acreditava que a literatura jurídica existente acerca da relação entre Direito e moral era deficiente no que diz respeito a uma falta de clareza sobre o próprio conceito de moral³¹³. Em outras palavras, existem, na literatura jurídica, incontáveis obras que enfrentam o problema relacionado ao conceito de Direito e à sua relação com a moral, no entanto, em pouquíssimas delas os autores se debruçam em compreender o conceito de moral, ou em delimitá-lo de acordo com a sua própria compreensão. Em sua maioria, sobretudo nas obras analíticas, as análises limitam-se a conceituar o que é o Direito e, em um segundo momento, esforçam-se para diferenciá-lo do âmbito da normatividade moral, como se o conceito de moral já fosse previamente compreendido ou como se já houvesse um consenso acerca dele.

No entanto, em que pese esse esforço não seja amplamente difundido nas análises dos teóricos modernos do Direito, indícios de que essa diferenciação entre os dois tipos de moralidade não é algo novo na literatura existem e são possíveis de serem encontrados em algumas obras, mesmo que não com essa nomenclatura e com essa exatidão. Ou seja, mesmo que o esforço em se debruçar sobre o conceito de moral não seja corriqueiro na literatura jurídica, é possível encontrar, em algumas obras, um entendimento de moralidade de dever e de moralidade de aspiração, ainda que não com essa nomenclatura. Fuller cita algumas delas,

³¹² FULLER, L. Lon. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo, São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 190.

³¹³ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 14.

como as de A. D. Lindsay, A. Macbeath; W. D. Lamont, H. L. A. Hart; J. M. Findlay e Richard B. Brandt³¹⁴.

A moral de dever é compreendida como sendo tudo aquilo que se entende por necessário para uma mínima organização social; é, portanto, a base da moral social; o mínimo do mínimo para que se possa falar em ordem. É toda a moral minimamente necessária para que se tenha uma sociedade minimamente organizada:

A moralidade de aspiração começa no topo das realizações humanas, a moralidade do dever começa na base. Esta estabelece as normas básicas sem as quais uma sociedade ordenada é impossível, ou sem as quais uma sociedade ordenada voltada para certos objetivos específicos deve falhar em seu alvo. É a moral do Antigo Testamento e dos Dez Mandamentos. Fala-se em termos de “não farás” e, com menos frequência, de “farás”. Não condena os homens por deixarem de abraçar as oportunidades para a plena realização de seus poderes. Em vez disso, condena-os por não respeitarem os requisitos básicos da vida social³¹⁵.

Conclui-se, dessa forma, pela existência de normas morais básicas ou fundamentais para a concretização de uma sociedade minimamente organizada. Por exemplo, a norma “não matarás” – que se encontra tanto em mandamentos religiosos como em normas jurídicas da maior parte das sociedades existentes – é baseada no entendimento de que, se os seres humanos tiverem empenhados em matar uns aos outros de forma indiscriminada e sem ressalvas, não seria possível a manutenção de uma sociedade minimamente estável, na qual seja viável o desenvolvimento da vida. Não significa, no entanto, que a existência dessa norma (sendo ela moral ou jurídica) implique em uma sociedade perfeita. Implica, tão somente, que é o mínimo necessário para a manutenção da vida humana.

Já a moral de aspiração é traduzida na moral da vida exemplar, da excelência, da realização mais completa das faculdades humanas, que serve como sendo o principal objetivo humano, tanto em um âmbito coletivo como em um âmbito privado. Pode ser compreendida como sendo o tipo de moralidade que eleva as faculdades humanas até a excelência, a perfeição. É a realização mais alta dos objetivos humanos e sociais, aquilo que o ser humano busca para se tornar cada vez melhor e excelente em suas vivências e habilidades:

A moralidade de aspiração é exemplificada de forma mais clara na filosofia grega. É a moralidade de uma vida plena, da excelência e da mais plena realização dos poderes humanos. Em uma moralidade de aspiração, pode haver tons de uma noção que se aproxima do dever. Mas essas conotações geralmente são silenciadas, como em Platão

³¹⁴ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 15.

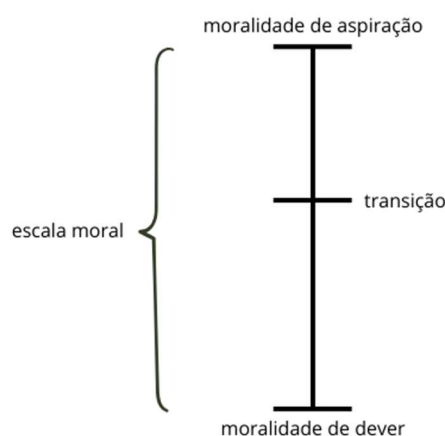
³¹⁵ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 16.

e Aristóteles. Esses pensadores reconheceram, é claro, que um homem pode deixar de realizar todas as suas capacidades³¹⁶.

Como visto nas citações acima, as aspirações humanas podem não ser plenamente realizadas, o que não lhes retira a condição de continuarem a serem perseguidas. O ser humano, tanto em um âmbito privado quanto em um âmbito social, está condenado à falibilidade das suas mais elevadas aspirações, uma vez que elas se tratam do parâmetro utilizado para alcançar a excelência. Esse processo, no entanto, permite falhas. É impossível ao ser humano ser perfeito o tempo todo, qualquer que seja o ideal de perfeição.

Com isso, imagina-se que as duas morais constituem uma escala em linha reta na vertical, em que a moralidade de dever inicia na base, como sendo o início da escala - é o mínimo necessário, o básico, o começo - e a moralidade de aspiração é o topo dessa linha vertical, é aquilo que guia a própria linha, é o ponto de referência para onde ela se estende, o local mais alto onde se é possível chegar.

No primeiro capítulo da sua grande obra, Fuller afirma haver uma espécie de escala moral, sendo possível definir onde termina a moral de dever e onde começa a moral de aspiração. Há, em algum lugar dessa escala, um indicador invisível que determina a linha divisória onde cessa o dever e começa a excelência. Conclui, então, que os deveres morais não podem ser discernidos racionalmente sem que se admita, antes, uma compreensão de moral de aspiração³¹⁷. No entanto, essa é a tarefa mais difícil da filosofia: saber onde fica esse indicador, ou seja, saber onde cessa a moral de dever e inicia a moral de aspiração. Tão difícil que sequer Fuller se empenhou nessa tarefa. Suas formulações sobre o conceito de moral não vão tão mais longe do que já foi destacado. Assim, se fosse desenhar, a ilustração seria a seguinte:



³¹⁶ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 16.

³¹⁷ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 22.

No entanto, não é a base dessa linha que determina o conteúdo do topo dela; é o contrário: o topo da linha que influencia no conteúdo da base. É a moral de aspiração que direcionará todo o conteúdo da moral de dever, uma vez que a primeira se traduz em tudo aquilo que é perfeitamente bom – as máximas realizações da experiência humana –, enquanto a segunda é o mínimo necessário para alcançar uma mínima ideia dessa perfeição, ainda que não se possa conhecê-la de forma absoluta. Explica-se:

O autor, citando Adam Smith, compara a moral de dever às normas da gramática, e a moral de aspiração às regras estabelecidas pelos seus críticos para se alcançar o que é considerado sublime e elegante enquanto linguagem. As regras de gramática prescrevem os requisitos para se preservar o idioma como um instrumento de comunicação, da mesma forma que as regras da moral de dever prescrevem o que é necessário para o estabelecimento da vida social. E, assim como os princípios da moral de aspiração, os princípios da boa escrita são imprecisos, vagos e indeterminados, e fornecem uma impressão geral da perfeição que se deve aspirar. Nesse sentido, a moralidade de dever está diretamente relacionada com a moralidade de aspiração; é, pois, guiada por ela. A primeira está sob pleno alcance do conhecimento humano, a segunda não³¹⁸.

É possível afirmar, portanto, que apenas a moralidade de dever tem uma relação mais direta com o Direito. Veja-se: para esclarecer de forma mais precisa as implicações dessa escala moral para a produção de um sistema jurídico, Fuller desenvolve o exemplo relacionado com a aceitação, pelas duas moralidades, dos jogos de azar³¹⁹. Como seria o jogo de azar do ponto de vista da moralidade de dever?

Se um hipotético legislador moral considerasse as consequências dos jogos de azar para o cidadão e chegasse à conclusão de que existe um dever moral geral de abstenção de jogar, que incumbe a todos, então essa prática seria considerada imoral do ponto de vista da moralidade de dever. Essa conclusão poderia ser fundamentada, por exemplo, a partir das considerações de que os jogos de azar agem nos jogadores tal como age o vício em uma droga e, em decorrência disso, sua prática é uma perda de tempo e de energia e, ainda, gera consequências indesejáveis, como afastar os jogadores de suas famílias, torná-los negligentes com suas relações e com seus deveres sociais, enfim. O legislador poderia fundamentar sua

³¹⁸ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 17.

³¹⁹ Todas as considerações a seguir, que dizem respeito ao exemplo do jogo de azar, estão contidas nas seguintes páginas: FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 17-20. Aqui, far-se-á tão somente uma descrição para, posteriormente, adentrar nas análises desse trabalho.

conclusão, ainda, em um cálculo de custo-benefício, no sentido de que os jogadores mais saem no prejuízo financeiro que nos ganhos. Então, a partir de todas essas considerações, ele chega à conclusão de que os indivíduos não devem se envolver nessas apostas. Mais do que isso, eles possuem o dever de evitar os jogos de azar. Trata-se, portanto, de uma conclusão que se mantém na moralidade de dever e, portanto, será regulamentada pelo Direito.

É preciso esclarecer, no entanto, que Fuller trata o legislador moral hipotético como sendo uma figura diferente do legislador que produz normas jurídicas. Tratam-se apenas de nomenclaturas criadas pelo autor – figuras abstratas – para referir que o primeiro é aquele que irá julgar como determinada conduta – no caso, o jogo de azar – é vista pela moral de dever, e o segundo é aquele que irá produzir normas jurídicas a partir dessa análise moral. O primeiro não existe na realidade como um indivíduo, uma vez que a moralidade de dever é definida a partir das dinâmicas sociais e não a partir de um sujeito específico. Trata-se apenas de um modo de explicar com didática a relação entre as duas espécies de moral com a produção do Direito.

Caso o legislador de normas jurídicas resolva levar em consideração essas conclusões feitas no âmbito da moralidade de dever e tornar a conduta de jogar jogos de azar proibida por lei, ele deverá discorrer e enfrentar questões mais casuísticas que o legislador hipotético moral, estabelecendo as disposições legais e tentando, ao máximo, prever os casos concretos que podem surgir, futuramente, nos conflitos jurídicos.

Todas essas considerações, como dito, foram feitas do ponto de vista da moralidade de dever. Do ponto de vista da moralidade de aspiração, as implicações serão outras. Supondo que a conclusão acerca do julgamento do jogo de azar seja a de que seus danos práticos não são tão relevantes à ponto de constituir um dever geral de abstenção, mas, ainda assim, sua prática, caso cultivada, prejudica a realização plena das faculdades humanas e a evolução do indivíduo para uma melhor condição de vida, então, nesse caso, o jogo de azar apenas será imoral do ponto de vista aspiracional, não havendo, necessariamente, razões para a sua proibição por lei. Fuller afirma que, visto o jogo de azar a partir do ponto de vista aspiracional, os seus danos específicos e as suas consequências práticas não serão consideradas tal como foram à nível da moralidade de dever. A moralidade de aspiração preocupa-se mais com saber se a prática do jogo de azar é ou não uma atividade digna das capacidades humanas, que eleva o seu espírito.

Significa dizer que, se a prática do jogo de azar fosse considerada apenas imoral do ponto de vista aspiracional, mas não do ponto de vista de dever, ela seria apenas uma prática desdenhável, a qual não se deve perseguir, mas não se traduziria em uma violação de um dever geral de abstenção, ou seja, de um comportamento minimamente exigido pela conduta humana.

Trata-se tão somente de uma conduta inadequada que deve ser rejeitada, mas não necessariamente reprimida.

É possível fazer uma analogia com o uso de cigarros, para fins de exemplificação. O ato de fumar cigarros é permitido por lei, mas não é considerado uma prática laudável, da qual se possa encorajar. Quer dizer, é um ato moralmente aceitável do ponto de vista de dever, mas imoral do ponto de vista aspiracional. Entretanto, fazer uso de cigarros em ambientes públicos e fechados, levando em consideração que coloca em risco a saúde de terceiros, já se torna um ato imoral também do ponto de vista de dever e, em razão disso, regulamenta-se pelo Direito.

O exemplo do jogo de azar é totalmente possível de trazer ao contexto atual brasileiro, para fins de explicar a diferença entre as duas morais. Isso, porque recentemente o Brasil autorizou a prática de modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa por meio da Lei nº 13.756/2018, que dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública, a destinação do produto da arrecadação das loterias e a promoção comercial, e sobre a modalidade lotérica mencionada. Segundo o artigo 29, §1º da legislação, a modalidade lotérica aposta de quota-fixa consiste em um sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico. No §3º do mesmo dispositivo legal, a Lei determinou que o Ministério da Fazenda deveria regulamentar a aposta de quota-fixa dentro do prazo máximo de quatro anos após a publicação da Lei. Assim, findo o prazo, o Poder Executivo começou a publicar uma série de regulamentações acerca da modalidade, impondo normas que estabelecem limites à exploração, arrecadação de impostos, proteção da criança e do adolescente e práticas de prevenção à manipulação de resultados. Com a regulamentação, a prática de jogos de apostas online com temática esportiva foi autorizada no Brasil.

Anteriormente, contudo, a prática era proibida, e após ser autorizada pela Lei nº 13.756/18, o governo federal ficou com um *gap* de mais de cinco anos sem promover a sua regulamentação, o que fez com que o mercado fosse possível de ser explorado no Brasil, mas estivesse em meio a um limbo, porque não se tinha regulamentação. Isso ocasionou, na prática, que várias empresas estrangeiras passassem a explorar o serviço de forma virtual no Brasil, arrecadando lucros dos consumidores brasileiros, mas a partir de *sites* hospedados nos sistemas estrangeiros, e sem promover a contrapartida ao Brasil, que é o pagamento do imposto³²⁰.

³²⁰ Sobre isso, ver LORENZONI, Pietro Cardia. A Lei nº 13.756 e a audiência pública da CFT: vontade política e dever jurídico. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 abr 2023. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2023-abr-15/pietro-lorenzoni-lei-13756-audiencia-publica-cft/>>. Acesso em 17 de março de 2025.

Há, contudo, uma controversa enorme a respeito da legalização das apostas esportivas no debate público, gerando discussões que enfrentam desde a moralidade da prática até o seu custo-benefício para o País. Nesse aspecto, também tramita no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 2234/2022, com o objetivo de legalizar e regulamentar os cassinos físicos.

Isso mostra que a prática de apostas esportivas no Brasil é considerada imoral do ponto de vista da moralidade de aspiração. Isso é visível do seu próprio processo de regulamentação, que ensejou diversos debates sobre os problemas do jogo dependente e da ludopatia, da estabilidade financeira de apostadores, do marketing agressivo das casas de apostas, da integridade esportiva etc. Mesmo os argumentos favoráveis à regulamentação não assumem que “é bom apostar”, ou que um sujeito moralmente reto tem a aposta esportiva como uma prática do seu cotidiano. Os argumentos favoráveis centram-se, principalmente, em questões relacionadas com a liberdade individual, com a geração de receita ao Estado e o combate à clandestinidade. Isso, porque mesmo aqueles que são favoráveis à legalização e regulamentação entendem que a prática de jogo de azar (da aposta esportiva de quota fixa) não é compatível com o ideal de perfeição. Na verdade, assumem algo como “bom, já que as pessoas estão apostando, vamos então regulamentar e deixar o espaço mais seguro para isso”.

Veja-se, portanto, que a transição ocorreu somente no âmbito da moralidade de dever, mas não no âmbito da moralidade de aspiração. O que se manteve no âmbito da moralidade de dever é a proibição da possibilidade de menores de idade apostarem, conforme art. 81, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), e conforme o art. 26, inciso I, da Lei nº 14.790/2023.

A partir desses exemplos, conclui-se que, caso a conduta seja apenas imoral do ponto de vista aspiracional, mas não de dever, ela não será proibida pelo Direito. Isso, porque não há como o Direito obrigar um ser humano a viver de acordo com as suas realizações plenas, ou de acordo com a excelência das suas capacidades. Nas próprias palavras de Fuller, para os padrões viáveis de julgamento, o Direito deve estar voltado para a sua prima de sangue: a moralidade de dever³²¹. Apenas nela que o sistema jurídico encontrará razões para proibir juridicamente um comportamento. Já a moralidade de aspiração não fala imperativamente, mas fala em termos de conselho e encorajamento³²²:

³²¹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 24.

³²² A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013, p. 64.

E onde terminaria a moralidade do dever para dar vazão à de aspiração? O que importa não é a constatação exata, mas a compreensão do instrumento de medida do Direito, ou seja, o dever em primeiro lugar, e não a perfeição, tornando seu reconhecimento possível. A moralidade do dever resulta em penas, e a de aspiração, em recompensas, que admitem menos métodos e ampla margem. Por exemplo, cabe ao Direito determinar a pena a partir de um erro identificado, e não avaliar a perfeição. Porém, para ser moral deve ser minucioso no devido processo jurídico. Assim se mantém a integridade do domínio do Direito³²³.

O exemplo do jogo do azar – assim como do legislador moral hipotético –, como dito anteriormente, são apenas meios didáticos desenvolvidos por Fuller para exemplificar melhor a relação dos dois tipos de moralidade com o Direito. Nenhum desses âmbitos da existência humana, no entanto, são tão bem delimitados como foram no exemplo, uma vez que as direções dessas relações são estabelecidas a partir das dinâmicas sociais e da prática relacional entre os indivíduos e as instituições.

Veja-se a seguinte afirmação do autor:

Mas o que a moralidade de aspiração perde em importância para o direito, ela ganha na difusão das suas implicações. Em um aspecto, todo o nosso sistema jurídico representa um complexo de normas destinadas a resgatar o homem do acaso e colocá-lo com segurança no caminho para a atividade criativa e delibada. [...] Mas não há nenhum caminho aberto para nós pelo qual possamos compelir um homem a viver a vida da razão. Só podemos tentar excluir de sua vida as manifestações mais grosseiras e óbvias do acaso e da irracionalidade. Podemos criar as condições essenciais para uma existência humana racional. Estas são as condições necessárias, mas não suficientes para atingir esse fim³²⁴.

É possível apreender que Fuller está adiantando um terceiro pressuposto da sua jusfilosofia, para além dos dois tipos de moralidade: a condição de finalidade existente na própria vivência humana. Para ele, todo o empreendimento humano possui objetivos e finalidades que lhe dão razão de ser, desde os mais singelos, no âmbito particular, até os mais grandiosos, como a construção de um sistema jurídico, no âmbito coletivo. É a realização daquilo que ele denomina de propósito (*purpose*). Quer dizer, ao efetuar a escolha dos instrumentos necessários para alcançar determinados propósitos, é possível à inteligência humana compreender, ainda que de forma não perfeitamente definida, o que se está tentando alcançar em termos de conteúdo.

Fazendo uma alusão com os dois tipos de moralidade, é possível compreender, ainda que de forma não acabada, para qual direção vai a moralidade aspiracional, apenas analisando

³²³ A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013, p. 65.

³²⁴ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 20.

em qual direção está indo a moralidade de dever. Veja-se: a norma que proíbe matar alguém direciona no sentido de que o objetivo aspiracional do ser humano é a manutenção da vida. Com isso, toda a ação humana possui uma intenção direcionada a um propósito específico. E isso é extremamente natural. Por isso, não é necessário que exista uma norma que proíba matar uns aos outros para que se saiba da prejudicialidade dessa atitude.

É nesse sentido que Fuller acredita ser possível à inteligibilidade humana conhecer o mal baseando-se em noções muito vagas do que seria bom diante da perfeição. O mesmo ocorre com as normas e instituições sociais: é possível saber o que é evidentemente injusto sem que haja um compromisso em dizer com determinação como seria a justiça perfeita. É possível, por meio de uma análise das relações humanas, das intenções, da escolha dos instrumentos e dos meios, e, sobretudo, do sistema jurídico, extrair o seu grande *propósito*:

Em todo o campo do propósito humano – incluindo não apenas as ações humanas, mas artefatos de todo tipo –, encontramos uma refutação difundida para a noção de que não podemos saber o que é inadequado para um fim sem saber o que é perfeitamente adequado para alcançá-lo. Ao selecionar instrumentos para os nossos propósitos, podemos utilizar, e nos utilizamos, em todos os lugares, de concepções imperfeitamente mal definidas do que é que estamos tentando alcançar. Nenhuma ferramenta humana comum, por exemplo, é perfeitamente adequada para qualquer tarefa específica. Pois tal ferramenta foi projetada para realizar razoavelmente bem uma gama indefinida de tarefas. O martelo de um carpinteiro serve de maneira adequada para uma ampla, mas indefinida gama de usos, revelando suas deficiências apenas quando tentamos usá-lo para pregar lanças muito pequenas ou pesadas estacas de barraca. Se um companheiro de trabalho me pede um martelo, ou a coisa mais próxima dele disponível para mim, eu sei imediatamente, sem saber exatamente que operação ele está fazendo, que muitas ferramentas lhe serão inúteis. Não passo para ele uma chave de fenda ou um pedaço de corda. Posso, no entanto, conhecer o mau com base em noções muito imperfeitas do que seria bom para uma ação perfeita. Então, eu acredito que seja com as normas e instituições sociais. Podemos, por exemplo, saber o que é claramente injusto sem nos comprometermos a declarar com finalidade como seria a justiça perfeita³²⁵.

Em uma das passagens de sua clássica obra, Fuller afirma que a moralidade de aspiração possui uma grande afinidade com a estética: quando alguém tenta entender alguma nova forma de expressão artística, seu esforço - se bem empregado – direciona-se imediatamente ao propósito perseguido pelo artista. Pergunta-se o que ele está tentando alcançar, o que ele está tentando comunicar etc.³²⁶ Veja-se, aí, a questão do propósito como um evidente identificador da moralidade de aspiração. Compreende-se que a existência em sociedade se torna inviável caso não existam regras que proíbam os indivíduos de se matarem uns aos outros de forma

³²⁵ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 23.

³²⁶ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 27.

indiscriminada. Com isso, compreende-se, também, que um dos propósitos da existência humana é a manutenção da vida. Ou seja, a vida é para ser mantida, e não interrompida. Assim, a moral de aspiração tem a ver com o constante esforço humano de fazer o melhor uso possível da sua vida.

Ainda, o conhecimento sobre o que é o bem e o que é o mal, mesmo que não de forma absoluta e completa, é tão natural para o ser humano que inclusive aqueles que objetivam a realização de maldades as justificam de forma mascarada e dissimulada, fingindo estarem realizando a bondade. Quer dizer, inclusive aqueles que possuem más intenções utilizam de argumentos da boa moral para justificá-las, como se possuíssem boas razões para agir, pois, no fundo, compreendem que o bem é algo a ser buscado e o mal evitado, e isso é uma compreensão coletiva.

Veja-se, com isso, que a definição de moralidade de aspiração também possui raízes aristotélicas, como visto anteriormente no primeiro capítulo dessa pesquisa. Diferentemente de Aristóteles, contudo, Fuller não se ocupou em definir, em nenhum de seus escritos, o que é essa moral perfeita, qual é o seu conteúdo substantivo, tal como fez Aristóteles com o conceito de *bem supremo* e *eudaimonia*. Ele se ocupa, no entanto, com a compreensão – igualmente aristotélica – de que os meios são essenciais para direcionar o conhecimento, nem que seja de forma incompleta, ao que é ou quais são esses bens supremos. As condições *sine qua non* das coisas dizem mais sobre elas do que as próprias coisas. Assim, as formas, os meios pelos quais as coisas se manifestam não são indissociáveis de suas finalidades, da mesma forma que a moralidade de dever não é indissociável da moralidade de aspiração. Em razão disso, Fuller acreditava que era desnecessário se preocupar em definir substancialmente esses bens supremos em seus termos exatos. O que mais importa definir são os instrumentos selecionados e disponíveis, os propósitos menores, em detrimento dos propósitos maiores.

É possível perceber que Fuller tinha preocupação com o excesso de regulamentação na vida dos indivíduos, ou seja, com um direito que alargue demais o ponteiro da escala moral e acabe se preocupando excessivamente com a moralidade de aspiração. Ele enfatiza que os legisladores devem reconhecer outras formas de organização social além da imposição de normas jurídicas. Ele adverte os legisladores para não confundirem os dois conceitos de moralidade de dever e moralidade de aspiração, pois impor juridicamente a moralidade da aspiração pode levar a um sistema jurídico excessivamente restritivo, que sufoca o indivíduo e não permite que ele aflore e desenvolva as suas potencialidades, a sua criatividade:

Fuller is patently a proponent of a conservative approach to the proliferation of legal mandates in relation to the regulation of human endeavor, especially in those areas which were previously free from the commands of the law. There are ways and means

to attain society's ends other than by resort to law, this legal philosopher insists. He claims that the lawmakers must realize this if they are to make the most efficient use of the law as an instrumentality in the ordering of our society. Fuller asserts that those who make law should exercise restraint in establishing laws directed at regulating the conduct of individuals. He admonishes the lawgiver not to confuse the "morality of aspiration" with the "morality of duty." In what might be described as a laissez-faire attitude, Fuller declares that for the most part law should be directed basically at the "morality of duty," rather than the "morality of aspiration." Excessive emphasis on the latter, he believes, would prevent the proper utilization of the law. Conceding that the "morality of duty" does draw upon the "morality of aspiration," he calls for a constant awareness of the fact that too great a concern with the aspirations of mankind can result in the promulgation of unsatisfactory legal principles. The author expresses a fear that if too much attention is paid to the "morality of aspiration" society may establish a body of law which will prescribe too many do's and do not's in too many areas of human activity. Such a legal system, he believes, can prevent the individual from developing to the full potential of his capabilities. Too many do not's, he says, can stifle experimentation, prevent a person from exercising his creative talents, and prevent the freedom of action which is necessary to advance the best interests of mankind. Laws which demand too much of the human being can result in a rigidity which in practice can frustrate the attainment of society's sought after goals³²⁷.

Fuller é claramente um defensor de uma abordagem conservadora em relação à proliferação de mandatos jurídicos na regulação das atividades humanas, especialmente naquelas áreas que anteriormente estavam livres das imposições da lei. Esse filósofo do direito insiste que existem outras formas e meios de alcançar os objetivos da sociedade além do recurso à legislação. Ele afirma que os legisladores devem reconhecer isso para que possam fazer o uso mais eficiente do direito como um instrumento de ordenação da sociedade. Fuller sustenta que aqueles que fazem as leis devem exercer cautela ao criar normas destinadas a regular a conduta dos indivíduos. Ele adverte os legisladores para que não confundam a "moralidade da aspiração" com a "moralidade do dever". Em uma atitude que poderia ser descrita como laissez-faire, Fuller declara que, em grande parte, o direito deve se concentrar na moralidade do dever em vez da moralidade da aspiração. Ele acredita que um foco excessivo nesta última impediria a correta utilização do direito. Reconhecendo que a "moralidade do dever" se baseia, em certa medida, na "moralidade da aspiração", Fuller defende uma consciência constante de que uma preocupação exagerada com as aspirações da humanidade pode levar à criação de princípios jurídicos insatisfatórios. O autor expressa o receio de que, se houver ênfase excessiva na "moralidade da aspiração", a sociedade pode acabar instituindo um corpo normativo que imponha regras e proibições excessivas em diversas áreas da atividade humana. Fuller acredita que um sistema jurídico assim pode impedir o desenvolvimento pleno dos indivíduos. Ele argumenta que muitas restrições podem sufocar a experimentação, impedir que uma pessoa exerça seus talentos criativos e limitar a liberdade de ação necessária para o progresso da humanidade. Leis que exijam demais dos indivíduos podem resultar em uma rigidez que, na prática, frustraria a realização dos objetivos que a sociedade busca alcançar. (tradução nossa).

Sendo a moralidade de dever própria do Direito, ela traz consigo também a ideia de *reciprocidade*, no sentido de que as obrigações precisam ser recíprocas entre os indivíduos, garantindo, com isso, a igualdade. Sendo a obrigação um produto da reciprocidade entre os seres humanos – ou das instituições com os indivíduos –, também é possível a reversibilidade do dever:

³²⁷ TUCKER, Edwin W. The Morality of Law, by Lon L. Fuller. In: **Indiana Law School**, vol. 40, n. 2, artigo 5, 1965, p. 273.

Porém, não entende a reciprocidade em termos de interesse pessoal, mas sob o prisma da regra de ouro. Se uma sólida teoria de valores não permeia o relacionamento humano, o que poderia ser serviço será necessariamente domínio e poder. E nesse sentido, ainda acrescenta mais dois requisitos: a igualdade e a reversibilidade do dever. Por outro lado, o dever não pode sufocar a moralidade fundamentada na liberdade, absolutizando-se. Em geral, há obrigação, a não ser que haja algum motivo específico e relevante de escusa. É preciso estar atento para não transformar tudo em dever nem substituir a excelência por uma rotina de atos obrigatórios e perfeccionistas³²⁸.

Como visto na citação acima, em que pese seja uma tarefa muito difícil identificar onde fica o divisor que transiciona as duas moralidades, uma coisa é certa: ele não pode ficar tão para cima a ponto de sufocar a moralidade de dever e torná-la impossível de cumprimento, mas também não pode ficar tão abaixo a ponto de tornar insuficientes os deveres. Como dito anteriormente, não há uma resposta lógica. São as dinâmicas sociais que colocam esse indicador.

E, em relação à reciprocidade, Fuller entende que ela possui uma relação direta com a moralidade de dever, porque há uma expectativa legítima de que, ao cumprir com um dever estabelecido em relação ao outro, o outro também cumprirá com o seu dever estabelecido em relação a mim. Assim, há uma rede de troca implícita que está subentendida na ideia de dever:

Ensinamentos como esses devem ser encontrados em todas as moralidades do dever e não implicam, é claro, que todo dever emane de uma relação de troca. Isso se torna aparente se reformularmos a Regra da reciprocidade da seguinte forma: *assim que eu tiver recebido sua garantia de que me tratará como gostaria de ser tratado, então, estarei pronto, por minha vez, para conceder um semelhante tratamento para você*. Essa não é a linguagem da moralidade, nem mesmo do comércio amigável, mas, sim, do comércio cauteloso e até hostil. Adotar seu pensamento como princípio geral seria dissolver totalmente o vínculo social. O que a Regra da reciprocidade busca transmitir não é que a sociedade é composta de uma rede de trocas explícitas, mas que é mantida unida por um vínculo generalizado de reciprocidade. Traços dessa concepção podem ser encontrados em toda moralidade do dever, desde aqueles traços fortemente permeados por uma atração ao interesse próprio até aqueles que repousam nas elevadas exigências do imperativo categórico. Sempre que um apelo ao dever procura justificar-se, o faz sempre em termos de algo como o princípio da reciprocidade. Assim, ao incitar um eleitor relutante às urnas, é quase certo que, em algum momento, perguntaremos a ele: "o que você acha se todos agissem como você propõe?"³²⁹.

Assim, o dever não é absoluto, mas depende do cumprimento de certas expectativas em relação às ações dos outros, havendo uma noção de reciprocidade implícita na própria noção de dever. Ou seja, está implícita a noção de uma espécie de colaboração entre os indivíduos, pela

³²⁸ A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013, p. 64.

³²⁹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 33.

qual “suas atividades são canalizadas por meio de instituições e procedimentos de uma sociedade organizada”³³⁰.

Fato curioso é que, ainda que Fuller fosse um dos maiores críticos do positivismo jurídico da época, incluído o de H.L.A. Hart, ele enviou a primeira versão de *Morality of Law* para Hart revisar. Parece, ao que tudo indica, que Hart teceu críticas quanto as explicações sobre as duas espécies de moralidade. Kristen Rundle afirma que, em uma das cartas escritas por Fuller à Hart após o positivista ter enviado a revisão do texto, Fuller teria assumido que a sua análise sobre a moralidade de dever e a moralidade de aspiração eram “um pouco obscuras” e “cheias de pontas abertas”, mas se ele tivesse tentado traçar todas as relações implícitas nas suas definições, ele “nunca teria passado da primeira aula”³³¹.

Em todo caso, essas pontas abertas não deslegitimam as explicações dadas até aqui, até porque os conceitos de moralidade de aspiração e moralidade de dever trazidos por Fuller são suficientes para influírem no seu conceito de Direito e na sua compreensão da moralidade interna. Não há a necessidade de avançar nesse sentido, em que pese teria sido interessante se Fuller tivesse feito esse avanço.

2.2 O Conceito de Direito em Lon Fuller

É a partir de todas as formulações trazidas até aqui que Fuller passa a construir o seu conceito de Direito. Para ele, o Direito é o *empreendimento de submeter a conduta humana à governança de regras*:

[...] A única fórmula que pode ser chamada de definição do Direito oferecida nestes escritos é agora totalmente familiar: o Direito é o desafio de submeter a conduta humana ao governo de normas. Ao contrário da maioria das teorias modernas, essa visão trata o Direito como uma atividade e considera um sistema jurídico como o produto que sustenta um esforço intencional sustentado³³².

Na obra em português os tradutores optaram por traduzir os termos “enterprise” por “desafio”, e “sustained purposive effort” por “esforço intencional sustentado”. No entanto, originalmente Fuller disse que: “o Direito é o *empreendimento* de submeter a conduta humana à governança de *regras*”, e essa visão considera um sistema jurídico como um produto de um

³³⁰ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 35.

³³¹ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 86.

³³² FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 129.

“*esforço proposital sustentado*”³³³. Quer dizer, sobre o qual são implicadas intenções humanas. Explica-se: se toda a ação humana é direcionada a um propósito específico e, por isso, possui uma intenção específica, com um empreendimento coletivo, como o Direito, isso não seria diferente.

Dessa forma, sugere-se uma compreensão de que o Direito pressupõe um conceito *funcional*, o que significa que a prática jurídica também possui uma finalidade que necessariamente delimita o seu desenvolvimento. A prática jurídica como um todo, assim como a criação das regras, justifica-se a partir dos propósitos para os quais elas existem, ou seja, a partir da sua finalidade. Com isso, é plenamente possível compreender qual o propósito do sistema jurídico de determinada comunidade apenas analisando como são as disposições normativas dele, quais são os propósitos aos quais ele está direcionado e quais são as formas institucionais escolhidas pela comunidade para se alcançar esses propósitos.

É preciso salientar, nesse aspecto, conforme refere Andrea Porciello, que as regras/normas das quais Fuller fala não se tratam apenas de leis em sentido formal, mas sim de qualquer ato expressado linguisticamente que cria uma obrigação jurídica³³⁴. Assim, todo o conceito de Direito de Fuller deve ser lido com essa consideração: ele fala também das regras estabelecidas no âmbito privado, por meio de um contrato, as regras públicas da autoridade legislativa, o resultado das decisões judiciais, enfim. Tudo aquilo que, no âmbito do Direito, cria obrigação.

Fuller contradizia a ideia do positivismo analítico, respaldado pelo método tradicional, que estava em voga em sua época, de que o Direito é concebido como um conjunto de comandos soberanos respaldados por sanções, garantidas por meio da força do Estado. Para ele, o Direito era muito mais que isso.

A maioria das teorias do Direito afirma explicitamente, ou pressupõe tacitamente, que uma marca distintiva do Direito consiste no uso da coerção ou da força. Essa marca distintiva não é reconhecida neste livro. [...] A noção de que sua autorização para o uso da força física pode servir para identificar o Direito e distingui-lo de outros fenômenos sociais é muito comum nos escritos modernos. Em minha opinião, isso prejudicou muito a clareza de pensamento sobre as funções desempenhadas pelo Direito³³⁵.

³³³ “[...] law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules. Unlike most modern theories of law, this view treats law as an activity and regards a legal system as the product of a sustained purposive effort”. FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 106.

³³⁴ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 192.

³³⁵ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 132.

Fuller compreendia o uso da força pelo Estado como sendo somente uma das características de um sistema jurídico, mas não como sua característica identificadora. Tanto é assim que o ramo do Direito em que mais se utiliza da força e violência Estatal em sua máxima manifestação – o Direito Penal – também é o ramo em que as sociedades civilizadas mais exigem o cumprimento de garantias formais e do devido processo legal, objetivando limitar ao máximo o uso da força. Essa estrutura afirma que, no fundo, não é a força estatal que orienta a conduta humana, já que a sua máxima expressão apenas é utilizada como última *ratio*. O que faz com que o cidadão oriente a sua conduta por meio das regras não é somente o fato de que ele será coagido pelo Estado, ou que o Estado implicará contra ele o uso da força violenta.

Há outros elementos incluídos nessa relação *norma x cumprimento*; ou *norma x obediência*. Há, por exemplo, regras cujas sanções não impliquem no uso da violência Estatal, como a aplicação de multas administrativas. Ainda, se uma regra for obscura ou contraditória, como ela orientará a conduta do cidadão, se ele sequer pode entender o seu significado? Mesmo que a sanção correspondente seja a implicação de uma força Estatal, a contradição da regra impedirá a orientação da conduta do cidadão. Veja-se, com isso, que a compreensão do fenômeno jurídico implica coisas muito mais complexas do que o simples fato de o Estado poder se utilizar da sua força violenta.

Além disso, Fuller também discordava da tese principal do positivismo analítico, de tradição formalista, de que o Direito é um corpo de normas emitidas por um poder soberano (oriundo da teoria hobbesiana, conforme visto anteriormente no primeiro capítulo dessa Dissertação de Mestrado). A autoridade, para ele, também não é uma característica definidora de um sistema jurídico, apesar de ser uma característica importante, porque, para orientar a conduta dos seus cidadãos, não basta que as normas sejam emanadas por uma autoridade competente, é preciso mais que isso:

Na maioria das teorias do Direito, o elemento força está intimamente associado à noção de uma hierarquia formal de comando ou autoridade. [...] o cidadão não pode orientar sua conduta pela lei se o que se chama de lei o confronta apenas com uma série de exercícios esporádicos e sem padrão de poder estatal³³⁶.

Assim, para orientar a conduta humana, tem-se que as características definidoras de um sistema jurídico vão além do que um mero conjunto de regras emanadas por um soberano, que impõem sanções por meio da força estatal. “Força” e “autoridade” são dois elementos presentes no Direito, mas de maneira alguma o definem enquanto prática social, tampouco são eles que

³³⁶ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 134-135.

fazem com que o Direito cumpra com a sua função precípua, qual seja: orientar a conduta humana.

Para Fuller, o Direito é o produto de uma atividade humana orientada a propósitos específicos, tal como qualquer outro empreendimento humano. E, por ser dotado de propósitos, é necessário que cumpra com algumas exigências formais naturais, condições *sine qua non* para se chegar aos seus fins especificados.

Em resumo da visão que apresentei, posso repetir que tentei ver a lei como uma atividade com propósito, tipicamente acompanhada por certas dificuldades que ela deve superar se quiser ter sucesso em alcançar seus fins³³⁷.

Nesse aspecto, algo que constitui o Direito é a sua aceitação por parte de seus destinatários, que não seja motivada pelo medo da aplicação de sanções pela força estatal, mas sim pela conexão desses destinatários com as suas *razões*. É nesse sentido que Angela Vidal afirma que o conceito de Direito fulleriano é um conceito preocupado com o elemento humano e com a racionalidade, dos quais derivam a moralidade, a liberdade e a relacionalidade³³⁸. Mas isso não ocorre simplesmente porque Fuller acreditava que o Direito *deve* ser assim, e sim porque ele acreditava que o Direito *é* assim. O que cria um tecido social suficientemente sustentável (*workable*) do ponto de vista da adesão às normas pelo cidadão e da orientação de condutas é o fato de que os seus destinatários são vinculados – conectados – com as suas razões. E essas razões são precipuamente identificadas em seus propósitos. O ser humano é, nesse sentido, um ser racional e relacional, que precisa se sentir pertencente da estrutura:

O Direito é para Fuller uma dimensão da vida social [...] Em sua tarefa de facilitar a ordenação da conduta humana, Fuller partirá da racionalidade em produzir o Direito - já que entende que o elemento racional na organização social é um dos critérios para discernir o que é Direito -; aplicá-lo torná-lo eficaz por compreensível e plausível. Nesse sentido, quando se refere à natureza humana, não se destaca como um defensor dos direitos inalienáveis protegidos pelos vários sistemas que evocam Direito natural. Como salienta Robert Summers, ainda que não tenha definido com precisão o conceito de natureza no qual se apoia, parece partir de uma certa compreensão metafísica aliada a uma constatação empírica e sociológica. Cabe ao Direito secundá-la, principalmente em termos de liberdade e relacionalidade. Para Fuller, no que se refere aos fundamentos, o sistema jurídico apoia-se não na coerção ou na autoridade - se ficarmos somente com a coerção ou com a autoridade, o Direito positivo subestima a capacidade social do cidadão -, mas em algo mais profundo, a partir da razão e da prática social, que envolve percepções, sentimentos, convenções e não propriamente regras: os denominados *middle-level principles*, ou seja, em princípios de Direito

³³⁷ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 143.

³³⁸ A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013, p. 37.

natural referentes à conduta, racionalmente identificados pelo homem sensato (*reasonable man*) - que também se manifestam nas expectativas implícitas³³⁹.

Veja-se, conforme citação acima, que Fuller traz uma compreensão do fenômeno jurídico como sendo uma dimensão social (mas não no sentido de jurisprudência sociológica), no sentido de que parece partir de uma certa compreensão metafísica aliada a uma constatação empírica e sociológica. Essa compreensão metafísica (essa carga moral intrínseca do Direito), no entanto, não é tida com base em uma perspectiva individual e subjetiva. É encontrada a partir de uma intersubjetividade, de um aspecto relacional e coletivo. A moralidade interna do Direito não é discricionária, ela é um produto de uma atividade humana intersubjetiva e, ao mesmo tempo, sustentada em formas naturais (*eunomics*).

Assumir que o aspecto que vincula os cidadãos a orientarem as suas condutas com base nas normas é o fato de conseguirem se conectar com as suas razões foge de qualquer compreensão positivista do fenômeno (conforme a tradição que foi reconstruída no capítulo anterior). Assim, a tese de Fuller não pode ser lida a partir de conceitos e posturas positivistas, sob pena de não ser compreendida sob a sua melhor luz. Por exemplo: a afirmação acima não significa que, caso o cidadão discorde de uma norma, ele automaticamente se recusará a cumpri-la, porque não se conectou com as suas razões. Não, não é isso. Fuller não trata as questões da mesma forma como os positivistas costumavam tratar, em termos de dualidade: ou preto, ou branco; ou é, ou não é; ou cumpre, ou não cumpre. O que Fuller disse é que *o Direito é uma questão de grau*. Obviamente que a coação estatal pode vincular um cidadão a cumprir com as normas do sistema jurídico, mas, quanto menos um sistema jurídico é bem-sucedido em orientar a conduta humana, mais ele ficará, gradativamente, sendo deixado de lado, até o ponto em que não se possa mais considerá-lo como um sistema jurídico autêntico. E o que – *efetivamente* – vincula o cidadão, não é a possibilidade de haver uma coação estatal, mas é sobretudo essa relação entre a norma, as instituições e o cidadão. É o elemento de racionalidade. E, para Fuller, os oito princípios da moralidade interna do Direito, trazem esse elemento vinculativo. São eles que tornam o Direito possível, porque são eles os aspectos intrínsecos de um sistema jurídico que *efetivamente* orienta a conduta humana.

Explica-se melhor essa questão com base em *The Morality of Law*: Fuller aborda as possíveis críticas que poderiam ser feitas a compreensão do Direito como sendo um *empreendimento de submeter a conduta humana à governança de regras*. Provavelmente, tratam-se de críticas que já estavam sendo elaboradas em face do seu trabalho. A primeira

³³⁹ A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013, p. 38.

objeção que poderia ser feita às suas formulações é a seguinte: se o sistema jurídico é um “empreendimento”, isso significa que ele pode ser realizado com vários graus de sucesso. Porém, isso contrariaria qualquer suposição mais elementar da compreensão sobre o fenômeno jurídico, já que ele não pode “existir pela metade”.

Fuller responde a isso de uma maneira bastante simples, ele diz: “tanto as normas jurídicas quanto os sistemas jurídicos podem existir e existem pela metade”. E isso ocorre quando “o esforço intencional necessário para os levar à plenitude foi, por assim dizer, apenas parcialmente bem-sucedido”³⁴⁰. E, veja-se, com qualquer outro empreendimento humano complexo esse raciocínio pode ser aplicado. Como Fuller disse: se alguém perguntasse se a educação existe em determinado país, a resposta seria ou que sim, e ela é muito boa; ou que sim, mas ela é insuficiente. O mesmo aconteceria com a ciência, com a literatura, com a obstetrícia, a conversação etc.³⁴¹, apenas com o Direito a doutrina dominante na sua época, ou seja, o positivismo analítico, considerava diferente:

Apenas com o Direito é diferente. É verdadeiramente surpreendente até que ponto permeia o pensamento moderno na filosofia jurídica a suposição de que o Direito é como um pedaço de matéria inerte - existe ou não existe. É apenas tal suposição que poderia levar os juristas a presumir, por exemplo, que as "leis" promulgadas pelos nazistas em seus anos finais, consideradas como leis e em abstração de seus objetivos malignos, eram tão leis quanto as da Inglaterra e as da Suíça³⁴².

A outra objeção que Fuller contradiz é a de que esse conceito de Direito permite a existência de mais de um sistema jurídico para governar a mesma população. A resposta de Fuller é que, de fato, esses sistemas múltiplos existem e foram mais comuns na história do que sistemas unitários:

Em nosso país, hoje, o cidadão de qualquer estado está sujeito a dois sistemas jurídicos distintos, o do Estado federal e o dos estados. Mesmo na ausência de um sistema federal, pode haver um corpo de lei que rege o casamento e o divórcio, outro regulando as relações comerciais e ainda um terceiro regulando o que resta, todos os três sistemas sendo administrados separadamente por tribunais especiais. Vários sistemas podem dar origem a dificuldades tanto para a teoria quanto para a prática. Dificuldades da primeira espécie podem surgir apenas se a teoria se comprometer com a visão de que o conceito de Direito requer uma hierarquia de autoridade claramente definida com um Poder Legislativo supremo no topo, ele próprio, livre de restrições legais. Uma maneira de acomodar essa teoria aos fatos da vida política é dizer que, embora possa parecer haver três sistemas, A, B e C, na verdade B e C existem apenas pela tolerância legal de A. Levando isso um passo adiante, pode-se afirmar que aquilo

³⁴⁰ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 148.

³⁴¹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 149.

³⁴² FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 149.

que o poder jurídico supremo permite, ele implicitamente ordena, de modo que o que aparece como três sistemas é, na verdade, um - "na contemplação do direito"³⁴³.

Assim, como dito anteriormente, para Fuller o Direito é uma questão de grau, não sendo reduzido a uma lógica de dualidade: ou existe ou não existe; ou é bom ou não é; ou funciona ou não funciona. Um sistema jurídico pode muito bem existir, mas ser deficiente em alguns momentos; pode, em alguns momentos, ser bom, e em outros ser ruim; pode funcionar bem na maioria dos casos, mas não funcionar com alguns.

A terceira crítica possível é a de que se o Direito é considerado como o *empreendimento de submeter a conduta humana à governança de regras*, então esse empreendimento está sendo conduzido não em duas ou três frentes, mas em milhares, ou seja, está presente na elaboração e administração das normas reguladoras dos assuntos internos de clubes, igrejas, escolas, sindicatos, associações comerciais, feiras agrícolas e de uma centena de outras formas de associação humana. Fuller responde a isso afirmando que, sim, mesmo tais formas de regulamentação podem ser consideradas como sistemas de leis – ou sistemas de Direito.

Supondo, por exemplo, que um aluno seja expulso de uma universidade privada por descumprir as normas internas da instituição, a ele foi aplicada uma sanção administrativa pela própria universidade. E, caso o aluno pretenda rediscutir essa decisão no Poder Judiciário, ele poderá fazer. Se o Poder Judiciário compreender que a norma da universidade não descumpriu quaisquer requisitos da moralidade interna do Direito e, com isso, não conceder o pedido do aluno, então a validade e eficácia dessas normas internas da universidade será garantida pelo Estado. Veja-se, com isso, que não há como dizer que as normas internas da universidade não fazem parte de um sistema de regras.

Quer o tribunal reintegre o aluno ou mantenha sua expulsão, seu padrão de decisão é fundamentado nas próprias normas da faculdade. Se, para adquirir força de lei, essas normas precisam do aval do Estado, agora, o receberam na medida em que afetam a questão decidida pelo tribunal. Uma vez que aceitamos as normas internas que se aplicam ao caso, vinculativas tanto para as autoridades da faculdade quanto para os tribunais, a situação não é essencialmente diferente daquela em que um tribunal de apelação analisa a decisão de um juiz de primeira instância. Por que, então, hesitamos em descrever as normas internas simplesmente como Direito? A resposta fácil é dizer que tal extensão da palavra violaria o uso linguístico comum. Isso levanta a questão de porque o uso linguístico tomou o rumo que tomou³⁴⁴.

³⁴³ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 150.

³⁴⁴ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 153.

O problema trazido por Fuller é que se faz, na teoria jurídica, uma constante associação da palavra “Direito” com a *lei do ente político*, sempre com uma conotação de autoridade pública. Esse vício de perspectiva, para ele, macula a possibilidade de enxergar um sistema de regras também em situações em que esses elementos não estão presentes, ou estão somente em um segundo plano. Veja-se, por exemplo, que se o aluno não quiser rediscutir o seu problema no âmbito do Judiciário e simplesmente aceitar a sanção que lhe foi imposta, ele não precisa. De igual modo o sistema de regras existirá.

Se extrairmos da palavra "Direito" qualquer conotação de poder ou autoridade do Estado, não há a menor dificuldade em chamar isso de sistema de leis. [...] No entanto, tão inveterada se tornou a associação da palavra "Direito" com a lei do ente político que chamar um sistema de normas internas com toda a seriedade de "sistema de lei" sugere uma ofensa às normas de propriedade linguística³⁴⁵.

Na verdade, Fuller entende que sistemas jurídicos imperfeitamente alcançados dentro de locais privados, como sindicatos e universidade, podem afetar mais profundamente a vida de uma pessoa do que uma decisão judicial proferida contra ela. Não há, portanto, como não reconhecer isso como sendo um sistema jurídico.

É possível pensar essa questão trazida por Fuller a partir da questão relativa aos contratos privados. No direito civil brasileiro, os contratos são considerados como sendo negócios jurídicos criados pelas próprias partes em seu âmbito privado³⁴⁶. Obviamente que essas normas privadas produzidas entre as partes civis podem ser revistas pelo Estado, no âmbito do Judiciário, mas isso não lhes retira o *status* de serem essencialmente jurídicas; de fazerem parte de um sistema de regras entre as duas partes privadas.

É por isso que Robert Summers diz que Fuller desenvolveu uma concepção original de Direito, que abrangia os processos jurídicos, incluindo a interação consuetudinária, ordenação contratual, mediação, adjudicação, legislação e direção gerencial (*legal processes, customary interaction, contractual ordering, mediation, adjudication, legislation, and managerial direction*). Na sua concepção, Fuller foi o primeiro teórico a dar mais importância aos processos jurídicos do que às regras propriamente ditas, tal como fizeram os positivistas, demonstrando que grande parte do Direito emerge de processos de interação essencialmente privados, sem a intervenção de funcionários³⁴⁷.

³⁴⁵ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 152.

³⁴⁶ Ver, por exemplo: GOMES, Orlando. **Contratos**. 28 ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022, p. 36; e TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 19 ed., rev., atual., ref. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024, p. 01.

³⁴⁷ SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 2.

Há, ainda, uma outra crítica que pode ser feita a sua visão, mas que, parece, Fuller não respondeu com suficiência, porque, ao que tudo indica, não achou que fosse necessário em termos práticos. A quarta objeção é a de que a sua compreensão sobre o conceito de Direito não distingue suficientemente entre Direito e moralidade. Isso, porque a moralidade também controla a vida humana por meio de normas morais e também se preocupa que essas normas sejam claras, consistentes umas com as outras e entendidas por aqueles que devem obedecê-las. A resposta de Fuller está na palavra “empreendimento”, no caso, a diferença é que o Direito se trata de um *empreendimento intencionalmente direcionado*, diferentemente da moral que, muitas vezes, sequer é explícita. O Direito, para Fuller, tem um elemento de racionalidade tal qual a moral não tem. Há intenções racionalmente escolhidas que levam a sua elaboração. Além disso, é à medida que as preocupações da moralidade se tornam cada vez mais objeto de uma responsabilidade explícita que um sistema jurídico é criado³⁴⁸.

No entanto, Fuller não está preocupado em estabelecer uma linha específica e clara em onde termina a moralidade e começa o Direito, até porque ele acreditava que isso nem era tão evidente de ser descoberto. Também porque ele acreditava que não era tão necessário, já que sua preocupação é, especialmente, fazer uma defesa dos postulados da moralidade interna. Sua preocupação era sobretudo com as formas eleitas para praticar o Direito. O que ele fez, no entanto, foi diferenciar o que é a moralidade interna do Direito e o que é a moralidade externa a ele (sobre isso, Fuller dedicou um capítulo inteiro de sua obra, em que demonstrou como as suas moralidades interagem uma com a outra).

É certo que essas observações deixam incerto o ponto específico em que se pode dizer que um sistema jurídico foi criado. Não vejo razão para fingir ver preto e branco onde a realidade se apresenta em tons de cinza. Certamente, não adianta impor à situação alguma norma que a defina, dizendo, por exemplo, que consideraremos que o Direito existe apenas onde haja tribunais. A questão que acaba de ser rejeitada, embora muito discutida na literatura da filosofia do Direito, não é de grande interesse prático. Aqui, o problema difícil é, antes, o de definir a relação adequada entre o que é indubitavelmente um sistema de Direito estabelecido e em funcionamento, de um lado, e os padrões gerais de moralidade de outro. [...] proponho que a distinção entre as moralidades externa e interna do Direito pode oferecer um esclarecimento útil³⁴⁹.

Na verdade, o conceito de Direito fulleriano não se coaduna em nenhum aspecto com a visão tradicional do positivismo analítico, com raízes hobbesianas e fundamentos empiristas. Talvez por isso era difícil para os seus contemporâneos dialogarem com ele, porque muito

³⁴⁸ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 157-158.

³⁴⁹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 157-159.

conceitos estavam – e ainda estão nos dias atuais – poluídos com uma visão positivista moderna, que opera muito em termos de dualidade, de separação de coisas, de sistematização etc.

Fuller não apenas discordava do conceito de Direito como sendo um comando emanado por um soberano (autoridade), obedecido pelos seus súditos em razão da imposição de uma sanção (coação) aplicada pela força estatal; ele discordava, também, da compreensão positivista de que o Direito se trata de um *fato social* (um fato manifesto do poder social).

Conforme visto no primeiro capítulo do trabalho, uma das características comuns aos positivistas é o fato de que compreendem (de uma maneira geral), que o Direito existe como um fato social, ou seja, que ele apenas *é*, apenas *exsurge* do corpo social, sem que a sua validade dependa de sua conformidade com valores éticos ou morais compartilhados, de um juízo moral ou de uma avaliação ética a seu respeito. Não que os positivistas neguem a influência da moral no Direito (também precisamente por isso se diz que Kelsen não separou o Direito da moral, mas separou a *ciência do Direito* da moral, o que são afirmações absolutamente diversas³⁵⁰), mas, diante da sua compreensão como sendo um fato social, não é ela que vai determinar a existência ou não de um sistema jurídico, tampouco a sua validade. Nas palavras de Streck:

O positivismo tem como base conceitual a tese do fato social. Esta afirma que a lei é, em essência, uma criação social ou artefato humano. A ocorrência do fato social relevante, então, é o que finalmente explica a existência de um sistema legal e o constitui como um artefato. Esse fato pode ser uma prática social, uma lei, uma decisão judicial (o que dá azo ao positivismo jurisprudencialista). Fato social é, pois, objeto. Como no positivismo científico, só há fatos. A diferença é que, no Direito, esse fato é gerado por autoridade e daí deriva sua validade. A tarefa do teórico do Direito, para o positivismo, é descrever esse fato. A discussão que se colocou no decorrer dos dois séculos diz respeito à separação do Direito da moral e sua inclusão contingencial admitida por um tipo de positivismo que veio a ser chamado de inclusivo³⁵¹.

O seguinte trecho de um texto de Leslie Green resume bem essas considerações:

The most important architects of this revised positivism are the Austrian jurist Hans Kelsen (1881-1973) and the two dominating figures in the analytic philosophy of law, H.L.A. Hart (1907-92) and Joseph Raz among whom there are clear lines of influence, but also important contrasts. Legal positivism's importance, however, is not confined to the philosophy of law. It can be seen throughout social theory, particularly in the works of Marx, Weber, and Durkheim, and also (though here unwittingly) among many lawyers, including the American “legal realists” and most contemporary feminist scholars. Although they disagree on many other points, these writers all

³⁵⁰ Ver nota de rodapé nº 9 em STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61.

acknowledge that law is essentially a matter of social fact. Some of them are, it is true, uncomfortable with the label “legal positivism” and therefore hope to escape it³⁵².

Os arquitetos mais importantes desse positivismo revisado são o jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973) e as duas figuras dominantes na filosofia analítica do direito, H.L.A. Hart (1907-1992) e Joseph Raz, entre os quais há claras linhas de influência, mas também contrastes importantes. No entanto, a importância do positivismo jurídico não se limita à filosofia do Direito. Ele pode ser observado em toda a teoria social, especialmente nas obras de Marx, Weber e Durkheim, e também (embora aqui de forma involuntária) entre muitos juristas, incluindo os “realistas jurídicos” americanos e a maioria das teóricas feministas contemporâneas. Embora discordem em muitos outros pontos, esses autores reconhecem que o Direito é essencialmente uma questão de fato social. É verdade que alguns deles se sentem desconfortáveis com o rótulo de “positivismo jurídico” e, por isso, tentam evitá-lo. (tradução nossa).

Fuller, contudo, discordava disso – muito antes de Ronald Dworkin, diga-se de passagem. Na concepção fulleriana, a norma deve ser vista como um empreendimento intencional, que, para alcançar o seu sucesso, depende da energia, do discernimento, da inteligência e da consciência daqueles que a conduzem. E, justamente por depender de um esforço humano racional, está fadada a ficar sempre um pouco aquém do atendimento aos seus objetivos³⁵³. Isso, porque a concepção de que o Direito deve ser tratado como um fato manifesto de autoridade ignora essa realidade, qual seja, a de que a elaboração, aplicação e eficácia de uma norma depende desse elemento racional. O Direito não simplesmente exsurge entre os seres humanos, mas ele depende, necessariamente, de uma elaboração intencional, de um esforço inteligente e intersubjetivo.

Assim, para compreender com suficiência o que é o Direito e como ele se manifesta, não basta a mera descrição de como ele se externa, sendo necessário também estudar e investigar as *intenções*, os *propósitos* envolvidos nele. Ou seja, não basta estudar o que ele é e o que ele faz; é necessário também estudar o que ele está *tentando* fazer ou se tornar:

Uma lei é obviamente uma coisa com propósito, servindo a algum fim ou conjunto de fins relacionados. O que se objeta não é a atribuição de propósitos a leis particulares, mas ao Direito como um todo. Qualquer opinião que atribua propósito ou fim a todo um complexo institucional tem, pode-se dizer, antecedentes muito pouco atraentes na história da filosofia³⁵⁴.

³⁵² GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive**, Spring 2018 Edition, Stanford: The Metaphysics Research Lab, 2003. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>>. Acesso em 18 de março de 2025.

³⁵³ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 175.

³⁵⁴ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 176.

O propósito que Fuller atribui ao Direito como um todo é a definição da sua própria função, qual seja: submeter a conduta humana à governança de regras. E quando fala em “governança”, leia-se “à orientação e ao controle de normas gerais”. A função do Direito como um todo é, precipuamente, de *orientação*. Assim, para Fuller, há um custo ao aceitar uma concepção do Direito como sendo meramente um fato social, e esse custo reside no fato de que se perde qualquer padrão para definir a legalidade. Se o que legitima a existência de uma norma é o fato de ela ter sido emanada de uma autoridade, e isso é tudo, porque o Direito é um fato social, então não importa o conteúdo dessa norma. Aceita-se qualquer padrão de legalidade, desde que ela cumpra com o seu requisito de soberania:

Antes de negar a nós mesmos a modesta indulgência em teleologia que propus, devemos considerar cuidadosamente o custo dessa negação. O elemento mais significativo desse custo reside no fato de que perdemos totalmente qualquer padrão para definir a legalidade. Se o Direito é simplesmente um fato manifesto de autoridade ou poder social, então, embora ainda possamos falar sobre a justiça substantiva ou injustiça de normas particulares, não podemos mais falar sobre o grau em que um sistema jurídico como um todo atinge o ideal de legalidade; se formos coerentes com nossas premissas, não podemos, por exemplo, afirmar que o sistema jurídico do país X tem uma medida de legalidade maior do que o do país Y. Podemos falar sobre contradições na lei, mas não temos um padrão para definir o que uma contradição é. Podemos lamentar alguns tipos de leis retroativas, mas não podemos, nem mesmo explicar o que haveria de errado com um sistema de leis totalmente retroativo³⁵⁵.

É preciso ressaltar, ainda, que essa compreensão do fenômeno jurídico como sendo intencional, racional e produto das relações humanas que elegem instrumentos propositalmente direcionados à consecução de fins (também elegidos a partir dessa interação), não é somente uma compreensão acerca do que o Direito *deveria ser*; mas é, antes de tudo, uma compreensão acerca do que o Direito *efetivamente é*. Assim, a concepção positivista perde de vista uma parte importante do que constitui o próprio fenômeno jurídico, ou seja, do que é essencial para compreender um de seus elementos identificadores. Isso faz com que a visão positivista sobre o Direito não corresponda com a sua própria realidade. Nas palavras de Fuller:

A questão é: não qual entendimento é mais reconfortante e tranquilizador, mas qual entendimento é o correto, qual corresponde mais fielmente à realidade com que devemos lidar. No restante deste capítulo, procurarei mostrar que o entendimento que pretende abstrair-se do propósito do Direito e tratá-lo simplesmente como um fato manifesto do poder social não pode ser sustentado, salvo por meio de um falseamento da realidade sobre a qual pretende construir. O entendimento que estou criticando vê a realidade do Direito pela existência de uma autoridade legislativa estabelecida. O que essa autoridade determina ser lei é lei. Nessa determinação, não há graduação; não se pode aplicar a ela os adjetivos “bem-sucedido” ou “malsucedido”. Esta, parece-me, é a essência da teoria que se opõe àquela subjacente a estes capítulos. Agora, essa

³⁵⁵ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 177.

teoria pode parecer sustentável apenas se nós, sistematicamente, eliminarmos de vista dois elementos na realidade que ela se propõe a descrever. O primeiro deles reside no fato de que a autoridade estabelecida para nos dizer o que é o Direito é, ela própria, o resultado do Direito. [...] Porém, se formos fiéis à realidade que pretendemos descrever, reconheceremos que a capacidade de um Parlamento de promulgar leis é em si uma conquista de um esforço intencional, e não simplesmente um dado da natureza. A segunda representação falsa da realidade consiste em ignorar o fato de que a própria estrutura formal de autoridade geralmente depende do esforço humano que não é exigido por nenhuma lei ou ordem³⁵⁶.

Assim, Fuller destaca que a própria existência de um parlamento ou de qualquer autoridade capaz de criar leis não é um *fato* ou algo dado simplesmente pelo poder social. Pelo contrário, é fruto de uma construção jurídica e institucional, resultado de um esforço intencional e dirigido com base em propósitos. Além disso, a estrutura formal de autoridade não se mantém apenas pela obediência acrítica dos cidadãos às normas postas pela autoridade, mas também pela atuação de indivíduos e grupos que não estão obrigados por nenhuma norma específica. Ou seja, a eficácia do Direito depende também de outras questões que não estão restritas à autoridade, à força estatal e à obediência acrítica.

Nesse aspecto, novamente, as palavras de Fuller se fazem necessárias: “[...] nenhum conjunto de orientações emanadas de um superior dispensa a necessidade de ação inteligente guiada por um propósito”³⁵⁷. E o teórico do Direito, aquele que investiga o fenômeno jurídico e os modos como ele se apresenta, precisa considerar essas questões se quiser compreendê-lo adequadamente.

O estudioso pode se recusar a ver o Direito como um empreendimento e tratá-lo simplesmente como uma emanção do poder social. Aqueles que agem em nome desse poder, entretanto, consideram-se engajados em um empreendimento e geralmente fazem as coisas essenciais para que ele tenha sucesso. Na medida em que suas ações devem ser guiadas por insights e não por normas formais, graus na obtenção de sucesso são inevitáveis [...] É, então, precisamente porque o Direito é um empreendimento intencional que ele exhibe constâncias estruturais que o teórico do Direito pode descobrir e tratá-las como uniformidades da realidade fática³⁵⁸.

Assim, a compreensão de Direito em Fuller contrapõe as ideias mais basilares do positivismo jurídico (em um âmbito geral), porque, para ele, o Direito não é - e não pode ser reduzido a - apenas um conjunto de normas impostas pelo Estado, mediante coerção, mas se trata de um fenômeno social que deve atender a certas exigências morais e racionais para ser

³⁵⁶ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 179.

³⁵⁷ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 181.

³⁵⁸ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 180-182.

legítimo. Além disso, igualmente discorda da compreensão positivista (especialmente de sua faceta formalista e analítica) que reduz o Direito a um fato manifesto pelo poder social, porque o compreende como essencialmente oriundo de um discernimento racional, inteligente, intencionalmente dirigido com base em propósitos oriundos das relações humanas. Com isso, para compreender adequadamente o fenômeno jurídico, é necessária a investigação dos seus *propósitos*, assim como das formas naturais desses propósitos elegidos, os instrumentos que são condição *sine qua non* para alcançá-los.

Da mesma forma, Fuller discorda da visão positivista que limita a relação *autoridade x obediência* à coerção estatal, porque percebe que há outras questões que vinculam o cidadão comum a cumprir com as normas do Estado, para além do simples fato de haver uma coerção correspondente ou do simples fato de ter sido emanada por uma autoridade hierarquicamente superior. Para ele, o Direito também pressupõe um sistema que permite aos indivíduos compreenderem e seguirem as normas voluntariamente. Até porque nem sempre o cidadão terá conhecimento sobre as normas do sistema jurídico ao qual está submetido.

Fuller enxerga o surgimento das instituições jurídicas como respostas conscientes e racionais a situações problemáticas comuns a todas as sociedades. Assim, sua investigação vai desde as origens sociais de uma ordem jurídica, o que faz com que o teórico do Direito, em sua perspectiva, deve fazer uma *análise funcional das estruturas jurídicas* do Direito, até a sua aplicabilidade prática. Nesse empreendimento do teórico do Direito, Fuller não consegue fazer uma divisão clara entre *fato e valor*, já que, na sua concepção, a *função* do Direito – ou, em outra formulação, o seu *propósito* - possui carga valorativa. Assim, o teórico não está em uma posição de simplesmente descrever o “fato bruto” que é o Direito (tal como os positivistas intentaram), na medida em que a sua investigação será precipuamente de analisar as estruturas jurídicas à luz de sua moralidade interna. Fuller compreende as formas de ordenação jurídica como sendo constituídas em parte por princípios morais básicos que são independentes dos fins buscados por meio dessas formas, ou seja, as estruturas jurídicas incorporam aspirações morais e definem relacionamentos morais. Assim, a função do teórico do Direito é identificar as instituições jurídicas em termos de propósito, estrutura e capacidade³⁵⁹.

Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem de Winston, que esclarece muito sobre tudo o que foi tratado até aqui:

Laws are positive, according to the utilitarians, not only in the sense that they issue forth from individuals holding readily identified positions (such as that of sovereign

³⁵⁹ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 14.

or judge) but also in the sense that they are formally imposed by fiat on the individuals to whom they apply, brute facts compelling obedience regardless of their content or their connection to legitimate purposes. Fuller believed that this conception of law offered a distorted picture of the work of the practicing lawmaker, who finds that he must more often conform his own creative activity to an external order than impose an order on others to which they must conform. The external order is both moral and practical. There are moral principles at stake in the effort to channel human conduct into legal structures, as well as in choosing among the variety of possible structures. And there are practical constraints—the limits of available resources, the state of social invention, general features of communal life—which determine the effectiveness of different structures in managing social problems or in achieving agreed upon ends. Thus the work of the lawmaker is better viewed as a process of reasoned discovery, rather than sheer invention, of the legal forms appropriate to introducing coherent and authoritative decisionmaking into particular social situations. It is this necessity of being responsive to external realities, I think, that Fuller took to be the fundamental insight of traditional natural law theory³⁶⁰.

As leis são positivas, segundo os utilitaristas, não apenas no sentido de que emanam de indivíduos que ocupam posições facilmente identificáveis (como a de soberano ou juiz), mas também no sentido de que são formalmente impostas aos indivíduos a quem se aplicam, como fatos brutos que exigem obediência independentemente de seu conteúdo ou de sua relação com propósitos legítimos. Fuller acreditava que essa concepção do Direito oferecia uma visão distorcida do trabalho prático do legislador, que, na realidade, precisa mais frequentemente conformar sua própria atividade criativa a uma ordem externa do que simplesmente impor uma ordem aos outros para que se conformem a ela. Essa ordem externa é tanto moral quanto prática. Existem princípios morais em jogo no esforço de canalizar a conduta humana para dentro de estruturas jurídicas, assim como na escolha entre diversas estruturas possíveis. E existem restrições práticas — os limites dos recursos disponíveis, o estágio de desenvolvimento social, as características gerais da vida em comunidade — que determinam a eficácia das diferentes estruturas na gestão de problemas sociais ou na realização de objetivos acordados. Assim, o trabalho do legislador é melhor compreendido como um processo de descoberta racional das formas jurídicas apropriadas para introduzir uma tomada de decisão coerente e autorizada em situações sociais específicas, em vez de um ato puro de invenção. É essa necessidade de responder às realidades externas que, creio eu, Fuller considerava a percepção fundamental da teoria tradicional do Direito Natural. (tradução nossa).

Para Kristen Rundle, a concepção de Fuller sobre o Direito depende de uma concepção de sujeito como agente responsável, que possui capacidade de interagir com as normas e as condições por meio das quais elas são comunicadas. Ao contrário do que defende o positivismo jurídico – de uma maneira geral –, o Direito não se trata simplesmente de um instrumento que atua diretamente sobre o sujeito, mas ele inclui a autocapacidade de agência do sujeito. Em Fuller, o agente é a “pessoa capaz de ação proposital”, ou seja, em posse de suas capacidades, e que deve ser considerado como um fim em si mesmo. Assim, o agente é mais do que alguém capaz de simplesmente responder às ordens de uma autoridade; ele é um portador de dignidade³⁶¹.

³⁶⁰ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 13.

³⁶¹ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 10.

Fuller aborda sobre essa questão em *The Morality of Law*. Ele diz que, necessariamente, para obter sucesso no propósito de submeter a conduta humana à governança de regras, orientando o seu agir, precisa haver um compromisso com a visão de que o ser humano é ou pode se tornar, um agente responsável e com autodeterminação, capaz de compreender e cumprir as normas e de ser responsabilizado por seus erros³⁶².

Veja-se, aqui, a importância da ciência da *eunomics*, tratada no capítulo anterior da presente Dissertação de Mestrado, e a influência aristotélica no projeto de Fuller. Aristóteles sustentava que toda atividade humana tem um propósito ou fim último (*telos*), sendo o bem supremo a *eudaimonia* (*flourishing* ou vida boa). No campo do Direito, isso implica que as instituições jurídicas devem ser organizadas de modo a promover a justiça e o bem comum. Fuller compartilha essa perspectiva ao afirmar que o Direito não é meramente um conjunto de normas impostas pelo soberano, mas um sistema que deve atender a certas exigências internas de racionalidade e moralidade para ser efetivo e legítimo. Ao compreender que todo o empreendimento humano é dotado de propósito – inclusive os coletivos, tal como o Direito –, Fuller também compartilha de uma compreensão aristotélica.

A *eunomics*, portanto, trata-se de uma tentativa de desvendar esses processos naturais da ordenação social, os seus princípios organizadores que são característicos do *design* de um sistema jurídico, avaliando as suas possibilidades de realização. O que se pretende saber é quais mecanismos funcionam, onde e como eles funcionam. Ou seja, sob quais condições uma forma jurídica mantém a sua integridade e quando ela é comprometida:

The central task of eunomics is to describe these models in detail and assess the possibilities for their realization. The contextual factors that enhance, or impair, the effectiveness of particular structures determine whether or not an existing social problem can be collectively managed — and how. We want to know where a mechanism works and where it does not — and cannot be made to. Under what conditions will a legal form continue to retain its integrity, and what are the limits beyond which its distinctive aims and capacities are compromised?³⁶³

A tarefa central da *eunomics* é descrever esses modelos em detalhes e avaliar as possibilidades de sua realização. Os fatores contextuais que aumentam ou reduzem a eficácia de determinadas estruturas determinam se um problema social existente pode ser gerenciado coletivamente — e de que maneira. Queremos saber onde um mecanismo funciona e onde não funciona — e onde não pode ser feito para funcionar. Sob quais condições uma forma jurídica continuará a preservar sua integridade e quais são os limites além dos quais seus objetivos e capacidades distintivos são comprometidos? (tradução nossa).

³⁶² FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 195.

³⁶³ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller**. rev. Hart Publishing, 2002, p. 09.

Todos os estudos de Fuller são oriundos da compreensão trazida pela ciência da *economics*, e com o conceito de Direito isso não seria diferente. O que todos os estudos fullerianos têm em comum é a preocupação com a *forma*, que está relacionada com uma compreensão de integridade. Fuller concentra a sua investigação na ideia sobre como os relacionamentos que constituem a forma de um determinado modo de ordenação ressaltam a sua força moral. A *forma*, portanto, tem uma influência muito grande na relação com a autoridade, e a *forma* estabelece a legitimidade que ela tem para aqueles que a criam e a sustentam³⁶⁴.

2.3 Os oito requisitos procedimentais que tornam o Direito possível

Pensando a partir dessas formulações fullerianas, deve-se questionar: O que, então, vincula o cidadão comum ao cumprimento das normas do Direito? E a resposta se volta justamente na sua própria função, qual seja: o fato de o cidadão se sentir conectado com as razões de ser da norma; com os seus propósitos; e, mais ainda, com a sua compreensão. Apenas assim que o cidadão poderá *orientar* a sua conduta com base nas normas do Direito. E, para que isso seja possível, existem alguns requisitos de ordem procedimental que cumprem um papel essencial nessa dinâmica e que fazem parte da *forma* como o Direito se apresenta.

Conforme dito anteriormente, a *forma* está relacionada com uma compreensão de integridade e ressalta a força moral do Direito. A *forma*, portanto, tem uma influência muito grande na relação com a autoridade e estabelece a legitimidade que ela tem para aqueles que a criam e a sustentam. Qual é, então, essa *forma* do Direito, que o constitui enquanto tal, que garante o seu cumprimento (porque garante uma conexão racional com o cidadão), que traz legitimidade à autoridade e que, portanto, torna o Direito *possível*? Essa *forma*, segundo Fuller, é constituída por oito princípios procedimentais que constituem a moralidade interna do Direito. Uma moralidade que lhe é *intrínseca*, sem a qual a própria existência de um sistema jurídico não é possível.

São, resumidamente, oito desiderata que envolvem não somente a criação das regras, mas também as tomadas de decisões das autoridades. São oito classes de excelência jurídica para as quais todo o sistema de Direito tende e deve tender. Elas são desenvolvidas a partir do Capítulo 2 da sua clássica obra. Apresentá-las-á de maneira resumida para, posteriormente, destrinchá-las de maneira mais aprofundada:

³⁶⁴ RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 39.

- i. as regras precisam ter um caráter de *generalidade*, ou seja, devem ser aplicadas e direcionadas a todos, contrapondo-se às decisões *ad hoc*;
- ii. as regras devem ser revestidas de *publicidade*, ou seja, devem estar sob conhecimento dos cidadãos, para que se tenha condições de cumprimento;
- iii. é inadmissível a retroatividade, para que as pessoas possam confiar nas normas vigentes, de forma que elas devem possuir *prospectividade*;
- iv. deve haver *clareza*, ou seja, as regras produzidas precisam estar linguisticamente dispostas de maneira compreensível, para que possam ser inteligíveis pelo cidadão;
- v. precisam possuir *consistência*, não sendo contraditórias entre si;
- vi. a *perfectibilidade* também é importante, para que não sejam estabelecidas normas que exijam dos cidadãos ações impossíveis de concretizar, ou ações as quais eles não possam poder para concretizar;
- vii. deve haver uma relativa *durabilidade*, estando as regras estáveis através do tempo; e, por fim,
- viii. precisa haver *congruência*, ou seja, uma harmonia entre as regras que são criadas e publicadas e a sua aplicação por parte das instituições.

Esses princípios constituem a denominada moralidade interna do Direito que, como visto, trata-se da moral que torna o Direito possível. São de natureza procedimental, uma vez que dizem respeito ao processo de criação das normas, as formas básicas e naturais que constituem o Direito. Da mesma forma que alguém que tem o objetivo de tomar um café coado deve, necessariamente, concretizar as formas naturais de alcançar esse objetivo³⁶⁵ (passando água quente no pó de café que está dentro de um filtro), para alcançar o objetivo de orientar a conduta humana por meio de regras, é necessário seguir essas formas naturais – que são os oito princípios procedimentais.

Para explicar como os oito desiderata constituem a base para um sistema jurídico, Fuller cria a história do Rei Rex, que se tratava de um soberano/monarca fictício cuja pretensão era criar um sistema jurídico do zero, sem qualquer referência anterior. Veja-se, com isso, a alusão ao conceito de Direito de Austin e Hobbes que, por sua vez, foram endossados pelos positivistas: um conceito centrado especialmente na figura do soberano e da autoridade. Com a

³⁶⁵ Ver páginas 126-127 da presente Dissertação de Mestrado.

sua anedota, Fuller demonstra como o Direito, para existir e funcionar, não depende somente da autoridade. E faz isso por meio da história de Rex, da seguinte forma³⁶⁶.

Como dito antes, Rex pretendia criar um sistema jurídico do zero e anunciou aos seus súditos a reforma integral do sistema jurídico anterior, de todas as leis anteriormente existentes. Passou, então, a esboçar um novo código. Contudo, constatou que elaborar formulações gerais, do zero, é uma tarefa extremamente difícil, de modo que resolveu não mais estabelecer um código geral aos seus súditos, mas criar normas a partir de casos particulares. Dali em diante, atuaria como juiz em qualquer disputa que surgisse entre seus súditos e passaria a elaborar, gradativamente, caso a caso, um sistema de normas que pudesse ser incorporado a um código.

Porém, após ter proferido centenas de decisões, tanto Rex como seus súditos não conseguiram identificar qualquer padrão nelas, de modo que Rex falhou na sua tentativa de criar generalizações a partir de casos concretos. Assim, a primeira lição apreendida por Rex é a necessidade de, antes de tudo, existirem regras que sejam gerais, direcionadas a todos os cidadãos. Nas palavras de Fuller, “O primeiro requisito de um sistema para submeter a conduta humana à governança de normas é óbvio: deve haver normas. Isso pode ser declarado como um requisito de generalidade”³⁶⁷.

Na verdade, o que Fuller pretende dizer é que, para que seja possível a existência de um sistema jurídico, é necessário que existam regras gerais direcionadas para todos e que tenham sido criadas de forma prévia, para que, apenas então, possam ser aplicadas a casos concretos. Na verdade, isso opõe-se à ideia de que as normas devem ser criadas a partir de casos particulares para, apenas então, tornarem-se gerais. A generalidade precisa ser dada de forma antecipada, e não é procedendo inicialmente caso a caso que se obtém, gradativamente, *insights* que capacitam o desenvolvimento de padrões gerais de decisões.

Veja-se, com isso, que Fuller não nega a possibilidade de formular normas a partir de casos concretos, mas, de uma maneira geral, para que se tenha um mínimo ordenamento jurídico, é necessário que se tenha um conjunto mínimo de normas gerais. Sem elas, não há nada.

Essa distinção é importante porque o princípio da generalidade às vezes é interpretado como uma indicação de que a lei deve agir impessoalmente, que suas regras devem se aplicar a

³⁶⁶ Tudo o que segue a partir daqui são formulações fullerianas, extraídas diretamente do segundo capítulo de *The Morality of Law*. Não se fará diversas notas de rodapé para não poluir o texto, mas mantém-se essa ressalva. Tudo o que segue a partir de agora relativo à anedota do Rei Rex está contido em seu texto e é original do autor.

³⁶⁷ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 61.

classes gerais e não devem conter nomes próprios³⁶⁸, mas não é exatamente isso que Fuller pretende dizer. O significado de generalidade tem mais a ver com uma aversão a um sistema de regras que tenha sido criado do particular para o geral, ou seja, a partir de casos concretos. Fuller, inclusive, menciona a atuação de algumas agências reguladoras estadunidenses que, na época, faziam essa tentativa, mas que reconhecidamente falhavam.

Depois desse insucesso, Rex percebeu que era necessário elaborar um código geral de normas, e, para se profissionalizar, inscreveu-se em um curso de psicologia e conseguiu, depois de muito esforço, preparar um documento bastante extenso. Porém, ele ainda não estava confiante, de modo que anunciou aos seus súditos que havia escrito um código, mas que o seu conteúdo permaneceria em segredo oficial de Estado, conhecido apenas por ele e seus escrivães. Manter o novo código em segredo gerou revolta em seus súditos, porque seus casos passariam a ser decididos com base em normas das quais eles não tinham como saber o conteúdo. Isso, porque os súditos deveriam conhecer as normas com antecedência para agirem de acordo com elas. Assim, Rex percebeu que não havia como escapar de um código publicado que declarasse, antecipadamente, as normas que seriam aplicadas aos casos futuros.

Assim, Rex apreendeu sobre o segundo requisito formal subjacente à produção de um sistema jurídico, que é essencial para o cumprimento da sua função de orientar a conduta humana, qual seja, o princípio da publicidade. Fuller compreende que, para que seja possível a manutenção de um sistema jurídico, não apenas as normas jurídicas devem ser públicas, como o seu processo de construção também deve ser. Afinal, nenhum cidadão terá a possibilidade de guiar a sua conduta a partir de uma norma da qual não possui conhecimento. E, no que diz respeito ao processo de construção da norma, o cidadão estará muito mais inclinado a orientar a sua conduta pela norma jurídica caso ele conheça as suas razões e o seu processo de deliberação. Segundo o autor, os órgãos de decisão, especialmente os administrativos – que criam Resoluções, Portarias, Súmulas etc. – ainda que publiquem as regras nos seus diários oficiais, não costumam tornar públicas as normas e práticas que regem os seus procedimentos internos, ou seja, os procedimentos de deliberação e consulta por meio dos quais essas normas são de fato aplicadas³⁶⁹. Além disso, as normas jurídicas também devem receber a publicação adequada para que possam ser criticadas publicamente, caso contrário, poderão ser desconsideradas. É interessante de pensar, no que diz respeito a esse ponto, como a questão da

³⁶⁸ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 62.

³⁶⁹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 66.

reciprocidade entre o legislador (o órgão de decisão) e o cidadão comum se destaca. O dever de publicidade não é apenas algo que torna possível o cumprimento do Direito, mas inclui também o entendimento implícito de agente responsável, referido por Kristen Rundle.

Além disso, argumenta Fuller, em muitas de suas atividades, os seres humanos observam as normas do Direito não porque as conhecem diretamente, mas porque seguem o padrão de outras pessoas que conhecem essas normas, que estão mais bem informadas. Assim, o conhecimento do Direito por alguns indivíduos influencia o cumprimento das normas por outros indivíduos. Nesse sentido, “[...] se as leis não estiverem prontamente disponíveis, não há como impedir o desrespeito por parte dos encarregados de sua aplicação, bem como seu cumprimento”³⁷⁰.

Bom, até aqui o Rei Rex aprendeu duas lições importantes sobre o seu empreendimento: deve haver um mínimo de conteúdo geral e esse conteúdo deve ser público, para que seus súditos sejam capazes de conhecê-lo e, com isso, guiar suas condutas de acordo com as normas. Após ouvir os seus súditos, afinal, considera-os com respeito e dignidade, Rex trabalhou diligentemente na revisão de seu código e anunciou a sua publicação, o que foi recebido com satisfação por todos.

Porém, ainda atordoado pela rejeição de seus súditos, Rex refletiu qual seria a melhor forma de elaborar esse código. Chegou à conclusão de que é mais fácil decidir as coisas olhando para elas de forma distanciada, do que tentar prever o futuro. Assim, era mais fácil decidir os casos de forma retroativa, depois que eles já ocorreram, e tentar normatizá-los, do que fazer isso de forma antecipada. A criação de normas retrospectivas não apenas torna mais fácil decidir os casos concretos, mas também torna mais fácil oferecer as melhores razões para essa decisão. Assim, Rex decidiu que no início de cada ano decidiria todas as controvérsias surgidas entre seus súditos durante o ano anterior, mas as razões apresentadas não seriam estendidas ao próximo ano, porque isso comprometeria o seu propósito, que era, justamente, fazer uma análise à distância.

Os súditos de Rex, no entanto, novamente ficaram descontentes e explicaram que, quando eles disseram que precisavam saber sobre as normas, queriam dizer que precisam conhecê-las antecipadamente, para que pudessem agir de acordo com elas. Com isso, o Rei Rex apreendeu mais um princípio intrínseco à moralidade do Direito, qual seja, que as normas devem ser prospectivas, ou seja, direcionadas ao futuro, para que possam orientar a conduta dos

³⁷⁰ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 67.

seus cidadãos. Assim, é inadmissível um sistema jurídico sustentado somente em normas retroativas.

Essa questão em Fuller, no entanto, é um pouco controversa. Para ele, o Direito tem a ver com a governança da conduta humana por meio de normas, de modo que essas normas, para cumprirem com essa função, devem ser publicadas com antecedência. Contudo, em alguns casos, Fuller admite que a concessão de efeitos retroativos às normas jurídicas é não apenas tolerável, mas pode ser imprescindível para garantir a legalidade:

Como qualquer outro empreendimento humano, o esforço para atender às demandas frequentemente complexas da moralidade interna do Direito pode sofrer vários tipos de contratemplos. É quando as coisas dão errado que a norma retroativa se torna muitas vezes indispensável como medida curativa; embora o movimento adequado da lei seja para frente no tempo, às vezes temos que parar e nos virar para juntar os cacos.³⁷¹

Ou seja, em princípio, a existência de normas retroativas é prejudicial à garantia de um sistema jurídico que funcione, uma vez que, servindo para governar a conduta humana, tem-se que essas normas precisam primeiro ter sido publicadas para, depois, terem efeito sobre os cidadãos. Isso é tão verdade que, levado ao extremo, seria impossível/inviável um sistema jurídico composto apenas por regras retroativas. No entanto, como referido anteriormente, Fuller admite que em alguns casos um sistema jurídico pode se afastar um pouco da moralidade interna e, ainda assim, não comprometer o cumprimento da sua função, uma vez que o Direito se trata de um empreendimento humano e, como qualquer outro, o esforço para cumprir com todos os princípios procedimentais pode ser falho em algum momento. Assim, em alguns momentos a aplicação de normas retroativas é necessária, e é isso que se vê em diversos momentos da história.

Em sua discussão com H.L.A. Hart, no debate Hart-Fuller, por exemplo, Fuller admite que se apliquem normas retroativas aos casos dos militares do regime nazista como forma de corrigir uma extrema falha do sistema jurídico anterior no que diz respeito às perseguições, torturas e assassinatos de pessoas³⁷². Nesse sentido, trata-se de aceitar a retroatividade para que seja possível corrigir atitudes muito abaixo da escala da moralidade de dever. Assim, embora o movimento próprio da regra jurídica seja antecipatório, às vezes, é necessário parar e retornar.

A questão da retroatividade também está comumente presente no Direito por meio da função do Poder Judiciário – dos Tribunais. Isso, porque nenhum sistema jurídico pode ser tão

³⁷¹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 70.

³⁷² FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 649-657.

perfeitamente redigido a ponto de não deixar espaços para disputa judicial. E, quando surge uma disputa a respeito do significado de uma norma, é no procedimento judicial que isso é frequentemente resolvido. É por isso que Lenio Streck frequentemente diz que o Poder Legislativo lida com o futuro e o Poder Judiciário lida com o passado³⁷³. Porém, quando há um desvio dessa função judiciária e os juízes extrapolam os limites de sua atuação criando normas, eles fazem isso retroativamente, justamente porque estão lidando com o passado. Aqui, Fuller afirma que, muitas vezes, quando os juízes não se apegam a um padrão decisório para resolver essas disputas, eles acabam legislando retroativamente³⁷⁴.

Porém, é importante colocar essa frase de Fuller em sua melhor luz. Ele não estava defendendo, necessariamente, que a discricionariedade judicial – ou o desvio da função do Judiciário, quando o juiz cria normas e, portanto, indevidamente exerce uma função legislativa – é inevitável em um sistema jurídico, tal como os positivistas fazem quando afirmam que o Direito como ele é não se confunde com os seus méritos e deméritos. Fuller, na verdade, defendeu que há um padrão decisório a ser seguido inclusive em casos em que o significado da norma não é claro, e esse padrão tem a ver com a própria interpretação da norma³⁷⁵. No entanto, muitas vezes os juízes ignoram esse padrão decisório e julgam de maneira *ad hoc*, como consideram que o caso concreto deveria ser resolvido, com base em suas perspectivas subjetivas. Assim, Fuller diz que isso representa a existência de normas retroativas, porque o Poder Judiciário lida com o passado, com eventos que já aconteceram. E, ao criar normas, elas são naturalmente retroativas. Na perspectiva de Fuller, portanto, quando o juiz age dessa forma, ele está criando normas retroativas.

O autor afirma que, mesmo os sistemas jurídicos produzidos por precedentes geram desacordos teóricos, oriundos de problemas de interpretação das normas já estabelecidas³⁷⁶. Supondo, por exemplo, que em uma controvérsia jurídica, o juiz declare uma lacuna na norma, ou compreenda que, para aquele caso concreto, a norma não se aplica (no sentido de zona de penumbra elaborada por H.L.A. Hart), e, a partir disso, se autorize a legislar sobre aquele caso e criar uma norma, ele incorrerá em retroatividade.

Explicando melhor e trazendo essa ideia para o Direito brasileiro: quando são proferidas decisões ativistas, em que a norma diz algo e o Poder Judiciário, na resolução da controvérsia,

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 151.

³⁷⁴ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 73.

³⁷⁵ Sobre isso, abordar-se-á com mais profundidade no terceiro capítulo da presente pesquisa, no subitem 3.1.

³⁷⁶ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 72.

julga o contrário ao que diz a norma, ele está não somente afastando a incidência da norma existente e extrapolando seus limites federativos, mas está, sobretudo, aplicando de forma retroativa outro sentido normativo. Um exemplo disso foi o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292³⁷⁷, em que o Supremo Tribunal Federal mudou entendimento que já estava, há cinco anos, consolidado pela sua própria jurisprudência. No caso, a Suprema Corte costumava proibir o cumprimento antecipado da pena sem que se esgotassem todos os graus recursais, ou seja, sem que houvesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Portanto, aplicava-se, *ipsis litteris*, o artigo 283 do Código de Processo Penal. A partir do julgamento do referido Habeas Corpus, a Suprema Corte simplesmente passou a aplicar entendimento contrário: passou a permitir o cumprimento antecipado da pena, quando já houvesse condenação em segundo grau de jurisdição, ainda que tivesse possibilidade de recurso. Ou seja, com apenas um julgamento, a Corte Suprema passou a permitir prisões que, antes, não eram permitidas, e esse novo entendimento foi aplicado em outros casos no país. Tempos depois, com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54³⁷⁸, a Corte reverteu, novamente, o seu entendimento, e passou a proibir o cumprimento antecipados das penas³⁷⁹. Veja-se que, aqui, a intenção não é discutir o erro ou acerto das decisões da Suprema Corte, mas apenas demonstrar como essa questão de criação de normas retroativas por parte do processo judicial ocorre.

Veja-se, com isso, exemplo claríssimo da questão trazida por Fuller. Decisões judiciais, especialmente se desconsiderarem certos padrões decisórios, podem gerar a criação de normas retroativas. Uma norma que não era aplicada anteriormente, diante de um caso concreto, passou a ser.

Após compreender essa questão, o Rei Rex, então, percebeu que não conseguiria escapar de elaborar um código publicado que declarasse as normas a serem aplicadas a disputas futuras, e assim o fez. Contudo, após a publicação de seu código, descobriu-se que ele era uma “obra-

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 126292 São Paulo. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação [...]. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016.

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da [...]. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intdo.(a/s): Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019.

³⁷⁹ Sobre essa decisão, Lenio Streck escreveu: Streck, Lenio. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 19 fev 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prendertransito-julgado>>. Acesso em 26 de março de 2025.

prima de obscuridade”³⁸⁰. Ou seja, não havia uma única frase que pudesse ser compreendida pelos seus súditos, nem pelos advogados. Novamente, houve indignação por parte da população, que iniciou um protesto contra Rex, em que questionavam: “como alguém pode seguir uma norma que ninguém consegue entender?”³⁸¹.

Assim, uma nova lição é apreendida por Rex: além de as normas serem gerais, públicas e direcionadas ao futuro, elas devem estar dispostas de forma clara, pois, caso contrário, continuam incapazes de orientar a conduta dos cidadãos. Fuller entende que “uma legislação obscura e incoerente pode tornar a legalidade inatingível por qualquer pessoa, ou pelo menos inatingível sem uma revisão não autorizada que, por si só, prejudica a legalidade”³⁸². Portanto, é um dever dos órgãos que produzem as normas deixá-las o mais claras possível, uma vez que a sua obscuridade compromete a própria legalidade. Os cidadãos não conseguem cumprir normas das quais não possuem compreensão. É por isso que a clareza é um requisito da moralidade interna do Direito, porque ela também contribui para o grau de compreensão do cidadão em relação às regras e, com isso, fortifica a sua fidelidade a elas, o que reforça o seu cumprimento.

Quando aborda esse princípio da moralidade interna, Fuller diz que os positivistas negligenciaram essa questão, porque o reconhecimento de que as normas podem variar em clareza acarretaria um reconhecimento adicional de que elas podem ter vários graus de eficácia, bem como que a norma pouco clara é menos uma norma do que uma norma clara, porque falha em orientar a conduta humana e falha, também, em fazê-la ser cumprida. Porém, isso seria aceitar uma proposição contrária aos pressupostos básicos do positivismo³⁸³. Isso, porque a compreensão positivista, conforme visto no primeiro capítulo da presente pesquisa, identifica o Direito a partir de uma hierarquia de poder ou de comando, confundindo, portanto, *fidelidade à lei com obediência à autoridade estabelecida*. Porém, uma legislação obscura ou incoerente prejudica a obediência pelo cidadão, independentemente de ter sido estabelecida por uma autoridade, porque essa relação entre *obediência do cidadão x autoridade* não é acrítica. Ou seja, uma legislação obscura ou incoerente prejudica a própria legalidade, porque ela passa a ser inatingível. Assim, nas palavras de Fuller, “Estar no topo da cadeia de comando não isenta

³⁸⁰ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 50.

³⁸¹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 50.

³⁸² FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 81.

³⁸³ Ver a nota de rodapé nº 48, em FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 80.

o Legislativo de sua responsabilidade de respeitar as exigências da moralidade interna do Direito; na verdade, intensifica essa responsabilidade.”³⁸⁴. Agora, basta referir somente que não adianta a autoridade máxima do poder público – o soberano – emitir normas. Para que haja uma fidelidade a elas, ou seja, para que elas orientem o comportamento das pessoas, é necessário que elas sejam claras (e que estejam presentes os demais requisitos da moralidade interna).

Após apreender essa nova lição, o Rei Rex retira imediatamente do código as normas obscuras e coloca uma equipe de especialistas para fazer uma acurada revisão, instruindo-os a deixar a substância das normas intacta, mas esclarecer o seu texto. Com isso, o novo código revisado passou a ser um exemplo de clareza, mas, à medida que foi sendo estudado, notou-se que ele estava completo de contradições. Com isso, não havia uma disposição no código que não fosse anulada por outra disposição: “dessa vez, o Rei foi claro – em ambas as direções”³⁸⁵.

Com isso, novamente o Rei Rex falhou em elaborar um sistema jurídico que seja capaz de cumprir com a sua função precípua de orientar a conduta de seus súditos, afinal, se as normas são contraditórias entre si, elas fornecem direções confusas aos cidadãos, sendo incapazes de direcionarem o seu comportamento. Aqui, portanto, exsurge o *desideratum* da consistência, no sentido de que as normas não podem ser contraditórias entre si.

Sobre isso, Fuller afirma que dificilmente se pode esperar que um ser humano que é habitualmente punido por fazer o que lhe foi ordenado reaja apropriadamente diante de ordens futuras³⁸⁶. Para o autor, a tarefa mais difícil é saber quando existe uma contradição ou como, em termos abstratos, deve-se definir uma contradição. Isso, porque, em sua perspectiva, as normas podem ser contraditórias linguisticamente, no sentido de ordenar coisas incompatíveis entre si, mas podem ser contraditórias no sentido de contexto com outras normas ou situações, o que inclui o cenário institucional do problema (jurídico, moral, político, econômico, enfim).

Ao falar sobre a consistência, Fuller traz diversos exemplos reais de momentos em que foram identificadas normas contraditórias e como o Estado lidou com a situação, especialmente os Tribunais. Assim, o autor afirma que é possível a existência de normas contraditórias dentro de um sistema jurídico, mas isso atesta a sua falha, porque em todos esses casos a contradição foi um problema de direcionamento sobre a conduta do cidadão e deslegitimou a sua punição estatal. Assim, independentemente de conseguir ou não conceituar o que é a contradição, a

³⁸⁴ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 81.

³⁸⁵ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 51.

³⁸⁶ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 54.

consistência não pode ser desconsiderada como um requisito da moralidade interna, porque “[...] o descuido legislativo sobre a concordância de normas pode ser muito prejudicial para a legalidade e não existe uma norma simples para desfazer o dano”³⁸⁷.

Apreendido esse novo *desideratum*, o Rei Rex perdeu a paciência com as exigências de seus súditos e decidiu dar-lhes uma lição. Ele instruiu os especialistas contratados a eliminar as contradições do código, mas a endurecer drasticamente todos os seus requisitos, adicionando uma longa lista de proibições e crimes. Por exemplo: na norma que concedia ao cidadão convocado ao trono o prazo de dez dias para relatar, Rex determinou a redução desse prazo para dez segundos. Além disso, determinou que se passasse a considerar como crimes, puníveis com dez anos de prisão, os atos de tossir, espirrar, soluçar, desmaiar ou cair na presença do Rei. Também determinou que fosse considerado traição não entender, não acreditar e não professar corretamente a sua doutrina democrática. Ou seja, Rex criou normas impossíveis de serem cumpridas.

Com isso, seus súditos novamente fizeram uma revolução, declarando que não iriam respeitar as novas normas e citaram a seguinte passagem de um autor antigo lido por eles: “mandar o que não se pode fazer não é fazer lei; é para desfazer a lei, pois uma ordem que não pode ser obedecida não serve para nenhum fim, a não ser confusão, medo e caos”³⁸⁸.

Rex descobre, com isso, um novo princípio da moralidade interna do Direito, a perfectibilidade, ou seja, a ideia de que as normas não podem exigir dos cidadãos ações impossíveis de concretizar, ou ações as quais eles não possam poder para concretizar. Se a ideia de Fuller é o desenvolvimento de princípios que orientam o comportamento humano, isso significa que as normas precisam ser inteligíveis, ou seja, não podem requerer coisas que são impossíveis de serem cumpridas pelos seus cidadãos. Nesse sentido, dizer que uma regra é dura não significa dizer que ela não é perfectível: Uma norma que de alguma forma exige muito pode ser dura e injusta, mas não precisa contradizer o propósito básico de uma ordem jurídica, como faz uma norma que exige aquilo que é totalmente impossível³⁸⁹.

Como dito anteriormente, os princípios da moralidade interna do Direito representam não apenas aquilo que o Direito *deve ser*, mas também aquilo que o Direito efetivamente *é*. Sendo assim, noções básicas do princípio da perfectibilidade são encontradas em todos os

³⁸⁷ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 87.

³⁸⁸ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 51.

³⁸⁹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 98.

sistemas jurídicos, de uma forma ou outra, porque é impossível fugir dele, caso se queira de fato ter um sistema jurídico. Apesar de não ser tão fácil delimitar o que é de fato impossível de ser cumprido pelo ser humano, Fuller afirma que essa noção pode ser determinada por pressupostos sobre a natureza do ser humano e do universo, pressupostos que estão sujeitos a mudanças históricas³⁹⁰.

Ou seja, obviamente que muitas ações são impossíveis ao ser humano concretizar em razão da sua própria natureza universal. Por exemplo, é impossível a existência de uma norma que obrigue ao ser humano visitar a lua uma vez por mês, em razão da sua própria natureza. Mas, algumas normas são impossíveis de serem cumpridas por questões sociais, econômicas e históricas. Fuller afirma que a possibilidade de cumprir com uma norma varia entre os cidadãos, porque ela também perpassa por limitações individuais, como diferenças de classes, raça, religião, idade e cultura³⁹¹. No Brasil, por exemplo, o adultério era considerado crime até o ano de 2005 e estava previsto no Código Penal de 1940, no artigo 240, que impunha detenção de 15 dias a 6 meses pela prática. Contudo, com as mudanças históricas e culturais, essa norma foi revogada pela Lei nº 11.106/2005, que retirou o adultério do rol de crimes no Brasil, sobretudo a partir de uma compreensão de que a norma era socialmente impossível de ser cumprida, porque interferia demasiadamente em questões de foro íntimo e familiar. Apesar de sempre ter sido uma conduta reprovável do ponto de vista moral, o fato de existir a norma nunca fez cessar o adultério no Brasil, justamente pela impossibilidade de cumprimento. Porém, essa impossibilidade de cumprimento não se dá por ser incompatível com a natureza humana (afinal, é totalmente possível fisicamente ao ser humano não trair o outro), mas sim por razões sociais que impactam as condutas e compreensões dos indivíduos.

Fuller traz alguns exemplos para elucidar o seu ponto, um deles é aquele em que um lunático rouba a bolsa de outra pessoa. Sua condição mental pode ser tal que lhe seja impossível compreender ou obedecer às leis da propriedade privada. Isso, no entanto, não retira o direito da vítima de ter o seu objeto de volta, mas também oferece razões suficientes para que o lunático não seja punido pelo seu ato³⁹².

Assim, Fuller apresenta como esse princípio de moralidade interna se manifesta. Ele está presente em diversas camadas dos sistemas jurídicos. No Brasil, há diversos exemplos da

³⁹⁰ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 99.

³⁹¹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 90.

³⁹² FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 92.

sua existência exatamente nos termos formulados por Fuller. O artigo 1.003, §5º, do Código de Processo Civil brasileiro prevê, por exemplo, o prazo de quinze dias úteis para interpor recursos³⁹³. Essa norma está assentada em uma noção implícita de que esse prazo é possível de ser cumprido pelas pessoas. A norma não poderia prever, por exemplo, o prazo de um minuto para recorrer, porque seria fisicamente impossível ao ser humano cumprir com essa norma. A partir do mesmo raciocínio, o artigo 183 do mesmo diploma legal prevê o prazo em dobro para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios³⁹⁴. Isso, porque se considera que os órgãos públicos possuem muito trabalho, de modo que a concessão de trinta dias de prazo torna possível a interposição de recursos por parte de seus membros.

Da mesma forma, o art. 166, inciso II, do Código Civil afirma que é nulo o negócio jurídico quando o seu objeto for impossível³⁹⁵, ou seja, quando o seu objeto não pode ser realizado, seja por uma impossibilidade física ou jurídica, de modo que a obrigação contratual não tem como ser cumprida, por ser materialmente inviável. Veja-se, com isso, alguns exemplos de normas brasileiras que estão assentadas sobre o princípio da perfectibilidade da moralidade interna do Direito, em um sentido de impossibilidade material de cumprimento relacionado com a própria natureza do ser humano.

Contudo, também é possível trazer exemplos de impossibilidade de cumprimento relacionada com questões históricas, culturais e econômicas, nos mesmos termos elaborados por Fuller. O exemplo do crime de adultério é um, mas o Brasil é um país com uma densa desigualdade social³⁹⁶, o que faz com o Estado tente compensar em políticas públicas, por meio de regulamentação. Assim, para possibilitar que os cidadãos em situação de carência econômica possam cumprir com algumas obrigações civis, a própria legislação concede alguns benefícios, justamente por considerar que tais circunstâncias sociais e econômicas tornam impossível a esses cidadãos o cumprimento dessas obrigações. Por exemplo, o governo federal estabeleceu a Tarifa Social de Energia Elétrica, que é um desconto na conta de luz daqueles cidadãos considerados de baixa renda, cujas famílias estão inscritas no Cadastro Único, ou que tenham

³⁹³ Art. 1.003, Código de Processo Civil. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão: § 5º Excetuosos os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

³⁹⁴ Art. 183, Código de Processo Civil. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

³⁹⁵ Art. 166, Código Civil. É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.

³⁹⁶ FERNANDES, Daniela. 4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório. **BBC News Brasil**, 7 dez 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>. Acesso em 27 de março de 2025.

entre seus membros alguém que seja beneficiário do Benefício de Prestação Continuada (BPC), e daqueles cidadãos que, por questões culturais, não estão exatamente inseridos em uma lógica mercantil, como os indígenas e quilombolas³⁹⁷.

Com isso, depreende-se justamente aquilo que Fuller trouxe a respeito do *desideratum* da perfectibilidade, que se trata de um princípio presente em diversas áreas de todos os sistemas jurídicos, de diversas formas. Em todos os momentos em que se identificam normas impossíveis de serem cumpridas pelos cidadãos – ou por uma parte dos cidadãos –, sejam por razões naturais, sejam por razões culturais, econômicas e sociais, o próprio poder público encontra formas de equalizar essa dissonância, revogando a norma ou criando as condições necessárias para que ela seja possível de ser cumprida. Isso evidencia que a perfectibilidade se trata de um requisito de moralidade interna do Direito, porque em todos os casos a sua ausência foi um prejuízo à orientação da conduta humana e precisou ser eliminada para tornar possível o cumprimento da norma. Levando a questão ao extremo: seria impossível imaginar um sistema jurídico composto somente por normas imperfectíveis. Nesse caso, sequer existiria um sistema jurídico. Isso traz a compreensão de que a perfectibilidade se trata de um requisito básico – e, portanto, natural – para a existência do Direito.

Voltando à história fictícia do Rei Rex, que agora descobriu mais uma exigência interna para elaborar um sistema jurídico, tem-se que é preciso continuar com a sua empreitada. Assim, Rex determinou, novamente, a revisão do seu código, solicitando aos seus especialistas que retirassem todas as normas exigindo coisas impossíveis de serem cumpridas. Após a revisão, o código de Rex estava quase triunfando: era claro, prospectivo, público, consistente consigo mesmo e não exigia nada dos cidadãos que não fosse possível de ser cumprido. Contudo, tanto tempo havia passado desde que Rex iniciou o seu código, que a sua substância normativa já havia sido superada pelos eventos fáticos. Desde que ele havia tomado o trono, houve uma suspensão dos processos jurídicos ordinários, o que ocasionou importantes mudanças institucionais e econômicas no país. Isso, no entanto, exigiu mudanças de conteúdo na lei. Como consequência, assim que o novo código de Rex entrou em vigor, ele necessitou ser submetido a um fluxo diário de emendas. Assim, as normas mudavam diariamente, o que fez com que, novamente, seus súditos se rebelassem, fazendo protestos e distribuindo panfletos com o seguinte escrito: “uma lei que muda a cada dia é pior do que não haver lei alguma”³⁹⁸.

³⁹⁷ Tal política pública é regulamentada pelas seguintes legislações: Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010; Decreto nº 7.583, de 13 de outubro de 2011; Lei nº 14.203, de 10 de setembro de 2021 e Resolução Normativa ANEEL nº 1.000/2021.

³⁹⁸ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 52.

Com isso, o Rei Rex apreende outro princípio da moralidade interna do Direito, o da durabilidade, que diz que as normas precisam ser estáveis ao longo do tempo. Obviamente, isso não significa dizer que as normas não possam ser modificadas, mas sim que elas precisam ter o mínimo de durabilidade para que o sistema jurídico não seja instável e, com isso, perca a sua credibilidade. Para Lon Fuller, a constância da lei no tempo é uma questão de constância legislativa³⁹⁹. Para que as normas sejam capazes de orientar a conduta humana, é necessário que elas durem por um tempo mínimo razoável.

Conforme as mudanças foram ocorrendo no novo código de Rex, o ritmo das alterações começou a diminuir gradativamente, de modo que o descontentamento de seus súditos também foi. Assim, o Rei Rex decidiu retomar o poder judicial de resolução dos casos concretos, porque poderia resolvê-los à luz do seu novo código, assegurando o seu cumprimento e impedindo uma nova crise no seu país. Na medida em que ele prosseguia com essa tarefa, ocorria um desabrochar tardio de seus princípios. Rex começou a apresentar confiança e habilidade nessa tarefa, distinguindo suas próprias decisões anteriores e expondo os princípios sobre os quais agia e estabelecia diretrizes para resolver os casos futuros. Agora, os súditos do Rei Rex conseguiam, finalmente, conformar a sua conduta a um corpo coerente de normas⁴⁰⁰.

Porém, na história contada por Fuller, o contentamento dos súditos de Rex terminou logo, porque conforme os seus posicionamentos ficavam cada vez mais claros e evidentes, eles descobriam que não existia nenhuma relação discernível entre os julgamentos que Rex fazia dos casos concretos e as normas do código que ele pretendia aplicar. Na verdade, a discrepância era tanta que o código sequer precisava existir.

Aqui, portanto, Fuller introduz o último e, talvez, o mais importante, princípio da moralidade interna: a congruência entre a ação do Estado e a norma posta. Fuller defendia que, para cumprir com a função de orientar o comportamento humano, as regras do sistema jurídico precisam ter congruência. É necessário que se estabeleça uma harmonia entre as normas que são criadas e publicadas e a sua aplicação por parte das instituições estatais. Para Fuller, esse é o princípio mais difícil de ser alcançado, uma vez que a congruência pode ser prejudicada de diversas maneiras: interpretação equivocada, inacessibilidade à lei, falta de visão sobre o que é

³⁹⁹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 99.

⁴⁰⁰ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 52.

necessário para manter a integridade de um sistema jurídico, suborno, preconceito, indiferença, estupidez, e o impulso do poder pessoal⁴⁰¹.

Nesse sentido, segundo o autor:

Nas áreas em que o magistrado estabelece as leis, pode-se dizer que, embora a congruência essencial entre a lei e a ação do Estado possa ser enfraquecida pelos tribunais inferiores, ela não pode ser enfraquecida pelo tribunal mais elevado, uma vez que este estabeleceu a lei. O tribunal mais elevado de uma jurisdição, ao que parece, não pode estar fora de ritmo, uma vez que é quem dá o tom. Mas a melodia cantada pode ser bastante inaudível para qualquer um, incluindo o autor da melodia. Todas as influências que podem produzir uma falta de congruência entre a ação jurisdicional e a lei estatutária podem, quando o próprio tribunal edita a lei, produzir desvios igualmente prejudiciais de outros princípios da legalidade: uma falha em articular normas gerais razoavelmente claras e uma inconstância na decisão, o que se manifesta em decisões contraditórias, mudanças frequentes de direção e mudanças retrospectivas na lei⁴⁰².

Fuller refere-se sobretudo aos casos em que os julgadores se colocam como legisladores e criam normas para casos concretos que, aparentemente, não possuem respostas na legislação. Nesse caso, o autor fala no contexto de um autêntico sistema de precedentes estadunidense, ao qual ele estava inserido, em que o Supremo Tribunal “dá o tom”, ou seja, fornece respostas que serão aplicadas a todos os Tribunais inferiores, de forma que, à Corte Suprema, resta o dever de produzir normas congruentes.

Em que pese, no Brasil, o Poder Judiciário não tenha a função de produzir normas, muitas vezes ele se coloca esse papel e profere decisões discricionárias, comumente chamadas de ativistas⁴⁰³. Muitas vezes, essas decisões não são congruentes com o que diz a legislação, como é o caso trazido de exemplo do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292. Nesses casos, os julgadores adotam posicionamentos incongruentes com a norma legislativa. Contudo, desvios pontuais, para Fuller, não representam um problema geral de prejuízo à existência do Direito. Como dito anteriormente, para Fuller o Direito se trata de uma questão de grau, e, por se tratar de um empreendimento humano, sujeito a falhas, ele nem sempre é perfeito na consecução de seus objetivos. Assim, afastamentos pontuais dos princípios da moralidade interna podem não representar um prejuízo total à orientação da conduta humana, limitando-se somente a falhas excepcionais. O argumento fulleriano é o seguinte: quanto mais afastado da consecução dos princípios da moralidade interna, menos o sistema jurídico é bem-sucedido em

⁴⁰¹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 101.

⁴⁰² FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 102.

⁴⁰³ Além das obras de Lenio Streck sobre o assunto, ver também: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

orientar a conduta humana por meio de normas. Com isso, quanto mais afastado desses princípios, mais ele vai se distanciando de ser, de fato, Direito. Assim, uma negligência sistemática e constante aos princípios da moralidade interna leva não apenas a um sistema jurídico falho, mas sobretudo a algo que sequer se possa denominar como sendo Direito. E, quanto mais se aproxima dos requisitos da moralidade interna, mais é possível identificar um sistema jurídico autêntico, e mais ele é feliz na consecução da sua função precípua: orientar a conduta humana.

Essa questão será melhor abordada mais à frente, o que se quer referir, nesse momento, é que seria impossível imaginar a existência de um sistema jurídico cujas normas não são, de maneira nenhuma, aplicadas pelas instituições. Assim, quanto mais as instituições públicas são congruentes com as normas do Direito, mais é possível falar em um sistema jurídico autêntico. Isso significa dizer que, nesse caso do julgamento do Habeas Corpus, o sistema jurídico brasileiro não pôde ser considerado um sistema jurídico legítimo? Não, uma vez que esse afastamento do *desideratum* da congruência não prejudicou a existência do sistema como um todo. No entanto, pode-se afirmar, no que diz respeito a esses aspectos específicos, que o sistema falhou em garantir a congruência, o que é criticável e merece ser combatido.

Segundo Morrison, a exigência da congruência leva à seguinte implicação:

Devem ser aplicadas com coerência e correção. Não basta ter uma estrutura lógica de regras se, na prática, os processos de julgamento ou interpretação forem incompreensíveis, ou tão difíceis de seguir que a criação das regras não resulte em vantagem alguma; as regras também não devem ser ignoradas na prática. Devemos reduzir o abismo entre lei declarada e lei efetivamente administrada⁴⁰⁴.

A partir dessa história fictícia, Fuller identificou os oito princípios procedimentais da moralidade interna do Direito que, segundo ele, também foram traduzidos como oito maneiras de fracassar na tentativa de criar e manter um sistema jurídico de normas:

A primeira e mais óbvia reside no insucesso em se atingir as normas, de modo que cada questão deve ser decidida em uma base *ad hoc*. Os outros caminhos são: (2) uma falha em divulgar, ou pelo menos em disponibilizar para a parte afetada, as normas a serem observadas; (3) o abuso da legislação retroativa, que não só não pode por si mesma orientar a ação, mas prejudica a integridade das normas prospectivas em vigor, uma vez que as coloca sob a ameaça de alteração retroativa; (4) falha em tornar as normas compreensíveis; (5) a promulgação de normas contraditórias (6) ou de normas que exigem conduta além dos poderes da parte afetada; (7) introduzir mudanças tão frequentes nas normas que o sujeito não pode orientar sua ação por elas; e, finalmente,

⁴⁰⁴ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 465.

(8) uma falha de congruência entre as normas conforme anunciadas e sua administração real⁴⁰⁵.

Como referido anteriormente, todo esse arcabouço principiológico não se trata apenas da estipulação de procedimentos necessários para a criação do Direito, tal como intentou o Rei Rex, na história hipotética de Fuller. Tratam-se, sobretudo, de virtudes procedimentais, tidas como referências morais dentro do próprio Direito, pois envolvem objetivos aspiracionais aplicados dentro do sistema de regras. Sendo assim, a observação dessas orientações por parte dos órgãos públicos quando da realização de seus atos torna a sua atuação não apenas respeitosa com os fundamentos e princípios republicanos (e com o cidadão), mas também mais eficaz. É por isso que se diz que os requisitos procedimentais trazidos por Lon Fuller possuem caráter de moralidade, porque eles não apenas representam aquilo que o Direito, de fato, *é*, na sua essência, mas também representam aquilo que o Direito *deve ser*. Ou seja, a moralidade interna do Direito representa a essência do Direito, aquilo que o identifica enquanto tal, aquilo que ele *é*; mas também traz balizas sobre aquilo que ele deve garantir. Em outras palavras: O Direito é aquilo que ele deve ser.

Para que o Direito cumpra com a sua função precípua de orientar a conduta humana por meio de normas, ou seja, para que cumpra com a sua função diretiva, as suas normas devem ser gerais, públicas, prospectivas, claras, consistentes, perfectíveis, estáveis no tempo e o Estado precisa ser congruente com elas. A consecução desses requisitos, juntos, de forma concisa e sistemática, faz com que as pessoas possam orientar as suas condutas, agindo de maneira racional e planejada. Isso reforça a dignidade ao tratar os indivíduos como agentes capazes de entender e seguir as regras, em vez de meros sujeitos passivos do poder estatal.

Assim, o Direito apenas pode ser legítimo se obedecer aos princípios da moralidade interna, e eles garantem que o sistema jurídico respeite a dignidade das pessoas, pois evita arbitrariedades e promove um ambiente em que os cidadãos são tratados de forma justa e previsível.

Veja-se, nesse contexto, que a compreensão fulleriana sobre o Direito vai contra tudo aquilo que a tradição positivista estabeleceu. Vai contra a compreensão de que o Direito se trata de um mero fato social manifestado pela autoridade, porque considera que existem outras circunstâncias envolvidas no processo de criação e aplicação do Direito que não se limitam ao conceito austiniano e hobbesiano. Essas outras circunstâncias são tão identificadoras de um sistema jurídico quanto os elementos de autoridade e coerção. Fuller demonstrou que, na

⁴⁰⁵ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 54.

verdade, é possível a existência de um sistema de regras inclusive nos casos em que esses dois elementos não estão presentes, como, por exemplo, no estabelecimento de um contrato privado entre duas partes, ou na aplicação de normas administrativas de um ente privado, como uma universidade. Assim, a condição identificadora do Direito não se limita à autoridade, tampouco à obediência acrítica do cidadão em razão de uma força estatal imposta. Como visto, em Fuller, o que faz com que o cidadão cumpra com as normas é muito mais uma relação de *fidelidade* com elas do que uma relação de obediência acrítica com base na coerção. Essa fidelidade é atribuída aos diversos cânones da moralidade interna, que vinculam o cidadão enquanto agente livre e responsável, que participa do estabelecimento do Direito.

Assim, o Direito não é um fato social, ele é, antes, um empreendimento humano racionalmente direcionado com base em propósitos, intenções. Isso, portanto, afasta a compreensão filosófica do positivismo jurídico, oriunda do empirismo de Hume, de que seja possível separar o conceito de Direito da moralidade. Há, necessariamente, uma conexão entre os dois, porque os oito princípios da moralidade interna possuem uma carga valorativa, apesar de serem de cunho procedimental. Em que pese não seja essa a intenção de Fuller, é possível, a partir da investigação dos meios naturais do Direito descobrir quais são os seus diversos propósitos, ou, em última análise, qual é o seu grande propósito. Isso, porque, na escala moral trazida por Fuller em seu primeiro capítulo do *The Morality of Law*, a moralidade de dever e a moralidade de aspiração se relacionam em uma dinâmica mútua. Da mesma forma, a moralidade externa se relaciona com a moralidade interna do Direito. Também é a partir dessas compreensões, que Fuller compreende que não é possível separar, metodologicamente, *fato* e *valor*, porque em todo o evento, em todo o fato, há um propósito intrínseco, uma intenção. E isso, como visto, possui uma carga valorativa que vai identificar esse evento/fato. Por isso, para que seja possível compreender adequadamente um fato, não há como analisá-lo separando-o de seu propósito.

Feito esse breve resumo de tudo o que foi dito até aqui, deve-se esclarecer melhor o porquê Fuller afirma, como título de seu segundo capítulo, que a moralidade interna é o que torna o Direito possível. Segundo o autor, uma falha total em qualquer uma dessas oito direções – dos princípios procedimentais – não resulta simplesmente em um sistema jurídico ruim, mas resulta em algo que não é propriamente chamado de sistema jurídico⁴⁰⁶. Essa questão entra exatamente naquilo que foi dito mais acima: o Direito se trata de uma questão de grau, e, por se tratar de um empreendimento humano, sujeito a falhas, ele nem sempre é perfeito na

⁴⁰⁶ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 54.

consecução de seus objetivos. Assim, quanto mais afastado dos princípios da moralidade interna, menos o sistema jurídico é bem-sucedido em orientar a conduta humana por meio de normas. Com isso, mais ele vai se distanciando de ser, de fato, Direito. Uma negligência sistemática e constante dos princípios da moralidade interna leva não apenas a um sistema jurídico ruim, mas sobretudo a algo que sequer se possa denominar como sendo Direito.

Isso tem relação também com uma questão de reciprocidade do Estado com o cidadão, nos seguintes termos:

Sem sombra de dúvida, não pode haver base racional para se afirmar que um homem pode ter uma obrigação moral de obedecer a uma norma jurídica que não existe, ou é mantida em segredo dele, ou que passou a existir somente depois da ação dele, ou era ininteligível, ou foi desmentida por outra norma do mesmo sistema, ou ordenou o impossível, ou mudou a cada minuto. Pode não ser impossível obedecer a uma norma desconsiderada por aqueles encarregados de sua administração, mas, em algum ponto, a obediência se torna fútil - tão fútil, na verdade, quanto lançar um voto que nunca será contado. Como observou o sociólogo Simmel, existe uma espécie de reciprocidade entre o Estado e o cidadão no que diz respeito à observância das normas. O Estado diz ao cidadão: "estas são as normas que esperamos que siga. Se você as seguir, terá nossa garantia de que são as normas que serão aplicadas à sua conduta". Quando esse vínculo de reciprocidade é finalmente e completamente rompido pelo Estado, nada resta para fundamentar o dever do cidadão de observar as normas⁴⁰⁷.

Assim, a moralidade interna torna o Direito possível porque, quando há uma deterioração geral e drástica dos oito desiderata, não há um sistema jurídico de normas. Nesse sentido, os princípios da moralidade interna não apenas são necessários, encontrando-se na base como condições indispensáveis para a própria existência do Direito, mas eles são também oito tipos jurídicos perfeitos a serem atingidos pelos sistemas de normas e, à medida em que se sobe na escala de realizações, tornam-se exigências cada vez mais desafiadores à capacidade humana⁴⁰⁸.

Fuller considera que, em uma utopia em que os oito princípios da moralidade interna são realizados com perfeição, isso representaria a excelência em termos de legalidade (não perfeição da experiência humana, que é algo muito mais complexo, mas a perfeição em termos de legalidade)⁴⁰⁹. Assim, retomando a questão trazida no início a respeito da moralidade de dever e da moralidade de aspiração, Fuller considera que a moralidade interna do Direito apresenta esses aspectos, porque ela abrange as duas espécies de moral, no seguinte sentido:

⁴⁰⁷ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 54.

⁴⁰⁸ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 56.

⁴⁰⁹ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 57.

A moralidade interna do Direito, deve ficar claro agora, apresenta todos esses aspectos. Também abrange uma moralidade do dever e uma moralidade da aspiração. Também nos confronta com o problema de saber onde traçar a fronteira abaixo da qual os homens serão condenados ao insucesso, mas não podem esperar elogios pelo sucesso, e acima da qual serão admirados pelo sucesso e, na pior das hipóteses, lamentados pela falta dele. Ao aplicar a análise do primeiro capítulo ao nosso assunto atual, torna-se essencial considerar certas qualidades distintivas da moralidade interna do Direito. No que pode ser chamado de moralidade básica da vida social, os deveres que se dirigem a outras pessoas em geral (em contraste com aqueles dirigidos a indivíduos específicos) normalmente requerem apenas tolerância, ou como dizemos, são de natureza negativa: não mate, não prejudique, não engane, não difame e assim por diante. Tais deveres se prestam com um mínimo de dificuldade para definição formal. Ou seja, quer estejamos preocupados com deveres legais ou morais, somos capazes de desenvolver padrões que designam com alguma precisão - embora nunca seja completa - o tipo de conduta que deve ser evitada⁴¹⁰.

Veja-se, com isso, que a moralidade interna do Direito não se limita a estabelecer as existências mínimas de um sistema jurídico. Ela exige algo mais, uma moralidade de aspiração que não apenas impõe limites, mas também incentiva a excelência na formulação e aplicação das normas. A moralidade interna situa-se em um espectro que vai desde requisitos mínimos para a existência de um sistema jurídico até exigências mais sofisticadas que promovem um Direito mais eficiente e justo.

Dessa forma, a moralidade interna do Direito apresenta uma dimensão dual: por um lado, estabelece as condições básicas sem as quais não pode haver um sistema jurídico propriamente dito; por outro, aponta para um ideal de legalidade a ser perseguido pelos legisladores, juízes e demais operadores do Direito. Esse ideal não é estático, mas sim um objetivo em constante aperfeiçoamento, de modo que o Direito se torne cada vez mais apto a orientar a conduta dos cidadãos e a garantir a fidelidade às normas.

Portanto, a moralidade interna do Direito, conforme proposta por Fuller, é fundamental não apenas para a manutenção de um sistema normativo minimamente funcional, mas também para impulsionar o desenvolvimento do Direito como um empreendimento humano voltado à promoção desses oito desiderata. Sem esse compromisso com a moralidade interna, um sistema jurídico corre o risco de se tornar arbitrário, incoerente e, no limite, perder a própria qualidade de Direito.

⁴¹⁰ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 58.

Conforme amplamente discutido anteriormente, os princípios da moralidade interna do Direito tratam-se de critérios que não implicam diretamente valores substanciais e não vinculam qualquer visão ética de mundo⁴¹¹. Nos termos de Morrison, uma vez que Fuller definiu o Direito como o empreendimento mediante o qual o comportamento humano se sujeita ao domínio das regras, fica claro que as leis criadas em conformidade com todos esses princípios não precisam ter nenhum conteúdo moral substantivo⁴¹². Da mesma forma afirma Covell, no sentido de que Fuller sustentou que os requisitos constituem um conjunto de princípios processuais ou institucionais, em vez de substantivos, de direito natural. Consequentemente, ele negou que os requisitos fornecessem quaisquer critérios para avaliar a justiça ou moralidade do conteúdo do direito positivo de comunidades políticas reais⁴¹³.

Assim,

Fuller did not suggest that the normative authority of these eight interlocking principles of legal morality presupposed any of the larger metaphysical claims which had distinguished the Aristotelian-Thomist philosophy of natural law. On the contrary, he argued that the normative authority of the principles derived from established judicial practice, or from explicit provisions contained in conventional sources of law⁴¹⁴.

Fuller não sugeriu que a autoridade normativa desses oito princípios interligados de moralidade jurídica pressupunha quaisquer das grandes reivindicações metafísicas que distinguem a filosofia do direito natural aristotélico-tomista. Pelo contrário, ele argumentou que a autoridade normativa dos princípios derivava da prática judicial estabelecida ou de disposições explícitas contidas em fontes convencionais do direito. (tradução nossa).

Assim, a tese fulleriana não diz respeito a princípios substanciais de justiça, mas sim a princípios estritamente procedimentais. No entanto, Fuller afirmou que os oito desiderata incorporavam uma relação entre Direito e moralidade, mas uma relação *interna*. Nessa medida, a teoria de Fuller contraria a suposição metodológica dos positivistas tradicionais de que a organização estrutural de um sistema jurídico poderia ser analisada em termos de condições formais de validade sem fazer referência a considerações de justiça ou moralidade. Em caso de desvio sistemático dos oito requisitos da moralidade interna, nenhuma norma social poder ser

⁴¹¹ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 192.

⁴¹² MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 465.

⁴¹³ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 48.

⁴¹⁴ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 48.

identificada como uma norma jurídica genuína para uma determinada comunidade política, independentemente de satisfazer ou não os critérios predominantes de validade formal⁴¹⁵.

2.4 Das críticas à tese da moralidade interna do Direito

Considerando tudo isso, os opositores de Lon Fuller, especialmente os positivistas, teceram algumas críticas quanto à tese da moralidade interna. A principal crítica diz respeito à natureza moral dos oito princípios. Para H.L.A. Hart, o que Fuller define como sendo uma *moralidade* interna ao Direito é, na verdade, um teste de eficácia, que mensura a aptidão e a capacidade do ordenamento jurídico de perseguir seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Ou seja, a partir dessa concepção, os oito princípios não possuem *natureza moral*, porque eles dizem respeito somente a uma questão de eficiência do Direito:

Conquanto aceitasse os oito princípios e neles encontrasse o reflexo de uma "louvável arte", Hart considerava-os destituídos de valor intrínseco; não passavam de princípios que enfatizavam a eficiência do direito enquanto empreendimento dotado de um propósito, e não forneciam fundamentos que assegurassem a possibilidade de se chegar a sentenças terminativas a propósito das atividades e intenções⁴¹⁶.

Nesse sentido, os princípios da moralidade interna não são *morais*, eles somente dizem respeito ao básico que precisa ser cumprido para se alcançar a eficiência das normas, de modo que os seguir não implica em uma *ação moral*. Portanto, a formulação fulleriana não implica, de maneira alguma, que haja uma conexão *necessária* entre o conceito de Direito e a moralidade.

Para Hart, prova de que os princípios da moralidade interna não possuem qualquer carga moral é a de que eles poderiam justificar a perseguição de qualquer finalidade, inclusive de fins perversos e cruéis. Segundo Hart, chamar esses princípios de *morais* perpetua uma confusão entre duas noções que devem ser mantidas separadas: as noções de atividade proposital e moralidade. Para ilustrar o seu ponto, ele traz o exemplo do envenenamento: o envenenamento é, sem dúvidas, uma atividade proposital, e reflexões sobre o seu propósito podem demonstrar que ele tem suas formas naturais, seus princípios internos. Quer dizer, para obter sucesso no envenenamento de alguém, necessariamente precisa-se seguir alguns passos naturais. Mas, chamar esses princípios da “arte do envenenamento” de “moralidade do envenenamento”

⁴¹⁵ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 48.

⁴¹⁶ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 465.

confundiria a distinção entre a noção de eficiência para alcançar um determinado propósito e os méritos desses propósitos. Hart argumenta que os oito desiderata são como os princípios da carpintaria. Quer dizer, um bom carpinteiro é aquele que é bem-sucedido em fazer o seu trabalho, e que aplica os requisitos básicos para chegar ao seu objetivo. Porém, se o carpinteiro estiver construindo a cama de torturadores, por exemplo, ele não deixa de exercer bem o seu ofício por isso, em que pese esteja perseguindo um fim perverso. Os objetivos substantivos do carpinteiro não impedem ele de construir com base nos requisitos básicos da carpintaria⁴¹⁷.

Cohen elabora a mesma crítica contra Fuller. Para ele, deve-se separar as questões sobre competência das questões sobre moralidade:

But it is misleading to think of these principles as constituting a morality - inner or otherwise. Is there an inner morality of carpentry or of murder? Does the carpenter abjure some moral principle when he builds a cabinet larger than the room for which it is meant; is the potential killer morally culpable for failing to heed the rule that a killer ought to load his gun? Surely, we must separate the question of competency from the question of morality. We simply do not praise the carpenter who designs a cabinet of the proper size for adhering to moral principles, or the killer who remembers to load his pistol for complying with the morality that makes murder possible. Is the case improved if the killer falls into the spirit of Fuller's canons and gives notice to his victim, or goes on to accord similar treatment to those similarly situated? It does not follow from the fact that one has pursued the means to some end that one has engaged in moral activity of any kind. Even if Fuller's canons were "means to a single end",²⁹ it would not follow that adherence to his canons is a form of morally desirable conduct on the part of law-makers. It might nevertheless be true even if not for the reasons supposed by Fuller - that there is something morally praiseworthy about adhering to the canons and something morally reprehensible about departing from them⁴¹⁸.

Mas é enganoso pensar nesses princípios como constituindo uma moralidade – interna ou não. Existe uma moralidade interna da carpintaria ou do assassinato? O carpinteiro renuncia a algum princípio moral quando constrói um armário maior do que o cômodo para o qual ele se destina? O potencial assassino é moralmente culpável por não seguir a regra de que um assassino deve carregar sua arma? Certamente, devemos separar a questão da competência da questão da moralidade. Simplesmente não elogiamos o carpinteiro que projeta um armário do tamanho adequado por aderir a princípios morais, nem o assassino que se lembra de carregar sua pistola por cumprir a moralidade que torna o assassinato possível. O caso melhora se o assassino adotar o espírito dos cânones de Fuller e avisar sua vítima, ou se continuar a tratar de forma semelhante àqueles que se encontram em situação similar? Não se segue do fato de alguém ter perseguido os meios para um determinado fim que tenha se envolvido em uma atividade moral de qualquer tipo. Mesmo que os cânones de Fuller fossem "meios para um único fim", não se seguiria disso que a adesão a seus cânones constitui uma forma de conduta moralmente desejável por parte dos legisladores. No entanto, isso ainda poderia ser verdade – mesmo que não pelos motivos supostos por Fuller – que há algo moralmente louvável em aderir aos cânones e algo moralmente repreensível em se afastar deles. (tradução nossa).

⁴¹⁷ NICHOLSON, Peter P. The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics. In: *Ethics*, vol. 84, no. 4, 1974, p. 312.

⁴¹⁸ COHEN, Marshall. Law, Morality and Purpose. In: *Villanova Law Review*, vol 10, art 4, 1965, p. 651.

Cohen também discorda de Fuller quando ele afirma que um sistema que não atenda substancialmente aos oito cânones da moralidade interna não seria um sistema jurídico, ou que aquele que mais se coaduna com eles seria “mais” sistema jurídico que os que não se coadunam com eles. Para Cohen, pode-se dizer que é um sistema *melhor*, mas não que seja “mais” sistema jurídico. Conforme o autor, “Nevada é tão Estado quanto Nova York”⁴¹⁹, no sentido de que um apresenta mais problemas que o outro, mas nem por isso deixa de possuir a qualidade de ser um Estado, tal como o outro. Essa análise de Cohen, porém, decorre justamente do seu entendimento de que os oito princípios da moralidade interna não possuem uma qualidade moral, mas se tratam de *standards* para auferir a eficiência de um sistema jurídico. Para ele, a afirmação de Fuller de que os critérios da moralidade interna possuem uma condição moral não passa de um mero desejo de Fuller de demonstrar uma conexão entre o Direito e a moralidade, ou seja, a obrigação moral de obedecer à lei:

It is doubtful whether positivism is committed to the view that law must be "severed" from morality. And while I would not commit myself, as Fuller does, to the view that one simply has an obligation to obey "the law", I would regard it as obvious that certain persons, in certain circumstances, have a moral obligation to obey certain laws. It is often a duty of fairness or justice. But I cannot see that Fuller's arguments go any part of the way toward proving the existence of the obligations, whose existence I admit, let alone the more sweeping obligations that Fuller discerns⁴²⁰.

É duvidoso que o positivismo esteja necessariamente comprometido com a visão de que o direito deve ser "separado" da moralidade. E, embora eu não me comprometa, como Fuller faz, com a ideia de que se tem simplesmente uma obrigação de obedecer "à lei", considero óbvio que certas pessoas, em certas circunstâncias, têm uma obrigação moral de obedecer a determinadas leis. Frequentemente, trata-se de um dever de equidade ou justiça. No entanto, não vejo como os argumentos de Fuller contribuem para demonstrar a existência dessas obrigações — cuja existência eu admito —, muito menos as obrigações mais amplas que Fuller enxerga. (tradução nossa).

Assim, Cohen não consegue extrair do texto de Fuller a razão exata pela qual ele acredita que os padrões de criação do Direito possuem uma qualidade moral, tampouco consegue entender o motivo pelo qual as qualidades morais específicas que esses padrões *supostamente* serviriam são o fundamento para o dever de obedecer à lei. Para ele, é enganoso considerar os princípios de Fuller como constituindo uma moralidade, interna ou não. E ele exemplifica isso com as considerações de Fuller a respeito do princípio da prospectividade, no seguinte sentido: Quando Fuller admite que leis retroativas são, muitas vezes, necessárias em determinados contextos, ele está afirmando que existem exceções ao princípio da prospectividade, que exige

⁴¹⁹ COHEN, Marshall. Law, Morality and Purpose. In: **Villanova Law Review**, vol 10, art 4, 1965, p. 650.

⁴²⁰ COHEN, Marshall. Law, Morality and Purpose. In: **Villanova Law Review**, vol 10, art 4, 1965, p. 651.

que, para a existência de um sistema jurídico, seja necessário que as consequências jurídicas de uma norma não sejam endereçadas ao passado. No entanto, ao abrir essa exceção, ele atesta, justamente, o ponto de Cohen e de Hart: de que não há necessariamente uma falha moral ao violar os cânones da moralidade interna, pois, nesse caso, estar-se-ia protegendo o interesse de um dos cânones (o que impede a imposição do impossível) às custas de outro (o que proíbe a retroatividade).

Cohen aponta, ainda, uma outra questão em Fuller que ele também considera como sendo inconsistente, quando Fuller afirma que, nos casos em que não há padrão normativo definido – os casos limítrofes da zona de penumbra hartiana – os juízes criam normas, legislando retroativamente. Cohen diz que, se Fuller estiver correto ao descrever essas decisões como retroativas, ele parece admitir um corpo indefinido de Direito retroativo dentro do sistema jurídico moderno, e faz alusão, inclusive, a um elemento “inesperado” de realismo jurídico em Lon Fuller⁴²¹.

Aqui, faz-se uma consideração que diz respeito mais à opinião pessoal dessa pesquisadora: o erro de Fuller foi não ter problematizado, com mais veemência, o realismo jurídico e essa assunção de que juízes criam normas nos casos de zona de penumbra. Ele responde um pouco a essa questão quando insere, na segunda edição de *The Morality of Law*, um capítulo de resposta aos seus críticos, em que contesta a ideia de que ele admitiria que o Direito serve a qualquer fim, bem como em seu debate com H. L. A. Hart. Em um exercício de reflexão e desenvolvimento científico das formulações de Fuller, é possível chegar a uma conclusão de que a sua ciência da *eunomics* e, portanto, o seu conceito de Direito, não admitem que juízes – e legisladores – tomem decisões absolutamente arbitrárias, sem qualquer limitação substancial ou processual. Na realidade, a tese da moralidade interna como um todo é um grande combate a essa perspectiva do Direito como sendo meramente um fato social manifestado pela autoridade, sem qualquer limitação ao seu conteúdo. Porém, essa é uma compreensão que se chega somente se entender as formulações fullerianas desde a sua base, olhando a partir da ciência da *eunomics* e a partir das suas raízes aristotélicas, que influenciaram também a sua compreensão sobre a moralidade de dever e a moralidade de aspiração. Contudo, aqui, é preciso admitir que, de fato, Fuller pecou em não aprofundar esse problema do realismo jurídico em vida. Em parte, porque, no início de sua trajetória, havia um receio muito grande de ser tratado como um jusnaturalista, e talvez porque ainda estava amadurecendo suas questões. A crítica de Cohen, nesse sentido, é pertinente, especialmente porque aponta contradições na teoria

⁴²¹ COHEN, Marshall. Law, Morality and Purpose. In: **Villanova Law Review**, vol 10, art 4, 1965, p. 653.

fulleriana. Porém, conforme se verá adiante, mesmo essas contradições podem ser sanadas a partir de uma leitura da própria teoria de Fuller à luz da ciência da *economics* e do debate em que travou com Hart.

Quando Cohen teceu suas críticas à Fuller, ele considerou, ainda, a sua tese bastante prematura, o que indica esse contexto enunciado acima:

The discussion of retroactivity, like that of all the other canons is, then, premature, and this prematurity ought to have prevented Fuller from making the claims he does about the moral properties of his canons: If Fuller is to make out any kind of a case for the inner morality of law, he must first expend a great deal more effort in attaching the proper labels to things⁴²².

A discussão sobre a retroatividade, assim como a de todos os outros cânones, é, portanto, prematura, e essa prematuridade deveria ter impedido Fuller de fazer afirmações sobre as propriedades morais de seus cânones. Se Fuller deseja construir qualquer argumento sobre a moralidade interna do direito, ele deve primeiro dedicar muito mais esforço a atribuir os rótulos corretos às coisas. (tradução nossa).

Cohen também demonstrou não conseguir entender o aspecto moral que vincula os oito desiderata com uma obrigação de obediência à lei: “Não consigo ver como pode surgir uma obrigação de obedecer à lei simplesmente pelo fato de que ela não contradiz outra lei, de que é uma lei clara ou de que não exige o impossível – ou por todas essas razões combinadas”⁴²³. Para ele, obviamente há uma obrigação de obedecer à lei, mas essa obrigação é relativa ao método de criação das leis na comunidade e à justiça substantiva das leis específicas. Ela não surge do que Fuller denomina de moralidade interna do Direito, nem deve ser confundida com qualquer sentimento de repulsa (ou medo) que as pessoas possam ter em relação à violação da lei. Mas, em suas palavras, “qualquer explicação racional desse fato pressupõe a distinção entre o direito como ele é e como ele deveria ser”⁴²⁴.

A crítica sobre a natureza moral dos oito princípios procedimentais de Fuller leva, portanto, à conclusão de que eles serviriam a qualquer fim, inclusive a fins perversos e cruéis. Hart menciona brevemente sobre isso em *The Concept of Law*, no Capítulo IX, quando fala sobre a validade jurídica e os valores morais. Ele não menciona o nome de Fuller, mas obviamente se refere a ele, porque menciona sobre a moralidade interna do Direito. Hart diz:

⁴²² COHEN, Marshall. Law, Morality and Purpose. In: **Villanova Law Review**, vol 10, art 4, 1965, p. 653.

⁴²³ “I cannot see how an obligation to obey the law can possibly arise from the sheer fact that it does not contradict some other law, or that it is a clear law, or that the law does not demand the impossible or from all these”. COHEN, Marshall. Law, Morality and Purpose. In: **Villanova Law Review**, vol 10, art 4, 1965, p. 654.

⁴²⁴ “any rational account of this fact presupposes the distinction between the law as it is and as it ought to be”. COHEN, Marshall. Law, Morality and Purpose. In: **Villanova Law Review**, vol 10, art 4, 1965, p. 654.

Aspectos ulteriores dessa forma mínima de justiça, que bem pode ser chamada de "natural", se tornarão perceptíveis se estudarmos aquilo que de fato está em pauta em qualquer método de controle social - sejam regras de jogos ou o direito - que consista principalmente em padrões gerais de conduta comunicados a classes de pessoas, das quais se espera então que compreendam e obedeçam às normas sem nenhuma orientação oficial ulterior. Para que essa espécie de controle social funcione, as normas devem satisfazer a certas condições: devem ser inteligíveis; sua obediência deve estar ao alcance de todos; e, em geral, não podem ser retroativas, embora possam sê-lo excepcionalmente. Isso significa que aqueles que são finalmente punidos pela violação das normas terão tido, em sua maioria, a capacidade e a oportunidade de obedecer. Essas características do controle pela norma têm evidentemente uma relação íntima com as exigências da justiça que os juristas chamam de princípios da legalidade. Com efeito, um crítico do positivismo viu, nesses aspectos do controle através das normas, algo que configuraria um vínculo necessário entre o direito e a moral, e sugeriu que eles fossem chamados de "a moral interna do direito". Mais uma vez, se é isso o que significa a ligação necessária entre o direito e a moral, podemos aceitá-la. Infelizmente, esse vínculo é compatível com grandes iniquidades⁴²⁵.

Veja-se que, nas palavras de Hart, a moralidade interna do Direito de Fuller é compatível com grandes iniquidades. Ou seja, é possível atender aos requisitos da moralidade interna e criar leis moralmente ruins. Portanto, não pode haver uma conexão *necessária* entre o que caracteriza o Direito e o que caracteriza a moralidade, porque aquele incorpora também a imoralidade. Ademais, Hart debateu contra Fuller em diversos aspectos, no artigo denominado *Positivism and the Separation of Law and Morals*, antes mesmo de publicar a sua principal obra *The Concept of Law*. Contudo, sobre isso abordar-se-á no próximo capítulo.

Ronald Dworkin também foi um crítico de Fuller nesse mesmo sentido de Hart e Cohen. Para o jurista interpretativista, o desrespeito aos oito princípios da moralidade interna representa ocasiões de erros morais, mas isso em razão das suas consequências, e não porque os cânones sejam, em si mesmos, padrões morais. Se acaso o desrespeito aos cânones não envolver tais consequências, não há nenhum caráter moral. O que define a moralidade é, portanto, mais o que decorre do desrespeito do que a natureza dos princípios:

There are two errors in this argument. The first lies in concluding from real and imagined cases of official wrongdoing that the canons themselves express moral principles. It is morally wrong for an official to harm a citizen groundlessly, to insult him unfairly, or to accuse him unjustly. Those occasions of defying the canons which involve such acts are occasions of moral wrongdoing, but they are so because they have these consequences and not because the canons are themselves moral standards. When failure to meet the canons does not involve such consequences, it has no moral flavor at all⁴²⁶.

Há dois erros neste argumento. O primeiro está em concluir a partir de casos reais e imaginários de abuso por parte de oficiais que os cânones em si mesmos expressem

⁴²⁵ H.L.A. Hart. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 267.

⁴²⁶ DWORKIN, Ronald. Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol 113, 1965, p. 675.

princípios morais. É moralmente errado que um oficial prejudique um cidadão sem fundamento, o insulte de maneira injusta ou o acuse injustamente. As ocasiões de desrespeito aos cânones que envolvem tais atos são ocasiões de erro moral, mas o são porque têm essas consequências e não porque os cânones sejam, em si mesmos, padrões morais. Quando a falha em atender aos cânones não envolve tais consequências, ela não tem nenhum caráter moral. (tradução nossa).

Para Dworkin, a falha em produzir uma lei não é, em si mesma, uma falha moral, e uma norma sem a inconsistência que a anula pode tanto ser benéfica como ser perversa. Assim, “quanto mais grave for o defeito no procedimento, mais claramente se verá que a tentativa da legislação falhou, e menor será a chance de que qualquer consequência social particular surja”. E, continua: “Se a inconsistência prejudica a lei, mas não a destrói, a confusão resultante será maior; mas, ainda assim, o erro não precisa envolver a moralidade mais do que qualquer outro erro legislativo”⁴²⁷. Nesse sentido, aduz Dworkin, pode-se cumprir um princípio por boas ou más razões, de modo que mesmo que a criação de leis exija alguma conformidade mínima com esses cânones, isso não implica que a sua criação exija conformidade com princípios morais:

[...] for the same can be said of blackmail or genocide. If we change "rules" to "commands" in the eight canons, a would-be blackmailer would founder by neglecting any one of them just as surely as Rex did, and no genocide could succeed without following, in this sense, the moral principle that like cases should be treated alike. Would it not be misleading to speak, because of this, of the "internal morality" of blackmail? Or of "the morality that makes genocide possible"?⁴²⁸

[...] o mesmo poderia ser dito sobre chantagem ou genocídio. Se mudarmos "regras" para "mandamentos" nos oito cânones, um possível chantagista falharia ao negligenciar qualquer um deles, assim como o Rei fez, e nenhum genocídio poderia ter sucesso sem seguir, nesse sentido, o princípio moral de que casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. Não seria enganoso falar, por causa disso, da "moralidade interna" da chantagem? Ou da "moralidade que torna o genocídio possível"? (tradução nossa).

Dworkin, assim como Cohen, discordou da afirmação de Fuller de que alguns sistemas jurídicos sejam mais sistemas jurídicos que outros. Regras mais claras e mais específicas não são menos leis que regras pouco claras e poucos específicas. Ou seja, na sua concepção, o

⁴²⁷ “the more serious is the flaw in the procedure, the more clearly the attempt at legislation will be seen to have failed, and the less chance there is that any particular social consequences will follow. If the inconsistency mars the law, but does not destroy it, the resulting confusion will be greater; but even so the mistake need not involve morality any more than any other legislative error”. DWORKIN, Ronald. *Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol 113, 1965, p. 675.

⁴²⁸ DWORKIN, Ronald. *Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol 113, 1965, p. 676.

Direito não é uma questão de grau, tal como para Fuller. Assim, de dois rios muito grandes, o Mississippi não é mais rio do que o Monongahela⁴²⁹.

Para Robert Summers, o próprio argumento de Fuller para justificar a natureza moral de seus princípios de legalidade é fraco⁴³⁰. Eles podem ser vistos como “máximas de eficácia jurídica”, e máximas desse tipo não estão, como tal, conceitualmente conectadas com a moralidade: “Se uma pessoa monta uma máquina de forma ineficiente, o resultado é ineficiência, não imoralidade”⁴³¹. Para Summers, uma forma de violar um princípio moral não é, por si mesma, um princípio moral, e embora os princípios de Fuller estejam associados à moralidade, eles, em si mesmos, não devem ser confundidos com princípios morais. Podem servir para garantir o funcionamento adequado de um sistema jurídico, mas não carregam intrinsecamente um peso moral.

Nesse aspecto, Summers entende que a obra de Fuller, *The Morality of Law*, é um fracasso, mas tão somente porque pretende estabelecer uma moralidade interna do Direito. Não pode ser considerada um fracasso em relação às discussões que ela aborda. Isso, porque ela representa “a melhor discussão sobre as exigências do Estado de Direito na literatura existente. E estabelece, sem dúvida, que a conformidade com os “princípios de legalidade” é essencial para que possamos organizar nossas vidas cotidianas”. Além disso, Summers afirma que “o livro está repleto de muitos *insights* brilhantes ao longo do caminho”⁴³².

Perceba-se, a partir disso, que os críticos de Fuller não questionam o conteúdo dos oito princípios da moralidade interna. Eles parecem assumir que, de fato, os desiderata estão presentes, de uma forma ou outra, nesse fenômeno coletivo que é o Direito. Nenhum deles discorda disso. No geral, inclusive seus críticos da vertente positivista, concordam que para haver normas, deve-se ter alguma conformidade com os princípios “de legalidade” de Fuller - aos quais ele denomina como sendo de moralidade interna.

A crítica, no entanto, é a respeito da natureza desses princípios e da sua qualidade moral. Para eles, 1) Os oito princípios não possuem, em si mesmos, um *status* de moralidade, eles se tratam de meros requisitos formais para auferir a eficácia/eficiência de um sistema jurídico.

⁴²⁹ DWORKIN, Ronald. Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol 113, 1965, p. 677.

⁴³⁰ SUMMERS, Robert S. Professor Fuller On Morality And Law. In: **Journal of Legal Education**, vol. 18, n. 1, 1965, p. 26.

⁴³¹ SUMMERS, Robert S. Professor Fuller On Morality And Law. In: **Journal of Legal Education**, vol. 18, n. 1, 1965, p. 26.

⁴³² “Insofar as this book is intended to establish an internal morality of law, it is a failure. But the book should not be judged a failure. It is the best discussion of the demands of the rule of law in existing literature. And, it establishes beyond doubt that compliance with “principles of legality” is essential if we are to order our daily lives. It is filled, too, with many brilliant insights along the way. The book should be widely read”. SUMMERS, Robert S. Professor Fuller On Morality And Law. In: **Journal of Legal Education**, vol. 18, n. 1, 1965, p. 27.

Assim, esses princípios não são morais por natureza; 2) Sendo assim, não há como afirmar, a partir deles, que há uma conexão *necessária* entre o conceito de Direito e a moralidade, simplesmente porque eles não se tratam de princípios morais; 3) Da mesma forma, não há como concluir, a partir deles, que exista uma obrigação moral em respeitá-los, tampouco que eles sugerem uma obrigação moral de fidelidade ao Direito; 4) E por se tratarem de requisitos formais que nada dizem à respeito de moralidade é que eles podem ser utilizados para perseguir fins perversos e injustos, afinal, até o propósito mais perverso, para ser alcançado, deve respeitar as suas formas naturais de manifestação.

Como dito anteriormente, Fuller respondeu aos seus críticos nos últimos dois capítulos do *Morality of Law*, quando, na sua segunda edição, incluiu o último capítulo de respostas. Antes disso, contudo, debateu com Hart (como visto antes) e respondeu à Cohen e Dworkin em um artigo intitulado *A Reply to Professors Cohen and Dworkin*, publicado na *Villanova Law Review*.

Antes de adentrar especificamente nos originais de Fuller, é importante trazer os comentários de alguns de seus estudiosos sobre as críticas formuladas contra a tese da moralidade interna do Direito.

Kenneth Winston coloca duas observações sobre a questão relativa à natureza moral dos oito princípios procedimentais, e, ao fazer isso, aponta os equívocos que, na sua concepção, os críticos de Fuller incorreram. A primeira observação diz respeito a algo que foi completamente esquecido nas críticas formuladas, que é o elemento de *reciprocidade* entre o cidadão (que tem a obrigação de obedecer às normas) e o legislador (que tem a obrigação de aderir aos oito princípios da moralidade interna), constantemente abordado por Fuller. Isso, porque Winston considera que o ponto central da questão da reciprocidade é que a obrigação moral dos cidadãos de obedecer às leis depende crucialmente do fato de os legisladores não causarem danos desnecessários aos cidadãos nem os tratarem de forma insultuosa ou injusta na maneira como exercem sua autoridade⁴³³. Há uma correlação de deveres entre as duas partes dessa relação: o dever do cidadão de obedecer ao legislador e o dever do legislador de governar bem. Não se segue desse argumento, nem Fuller afirma isso, que os oito cânones constituem um conjunto de condições *suficientes* para a obrigação de um cidadão de obedecer à lei; há outras considerações (especialmente substanciais) de pelo menos igual peso:

The canons resemble more closely a set of necessary condition of obligation, but even that is not quit correct, since cases may arise I which a violation of one or more of the

⁴³³ WINSTON, Kenneth. *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*. rev. Hart Publishing, 2002, p. 35.

canons is innocuous or actually beneficial. It would be more helpful simply to regard the eight canons as stating conditions that *generally defeat* the claim of an obligation or that warrant saying no obligation has been established⁴³⁴.

Os cânones se assemelham mais a um conjunto de condições necessárias para a obrigação, mas mesmo isso não é totalmente correto, pois podem surgir casos em que a violação de um ou mais cânones seja inofensiva ou até mesmo benéfica. Seria mais útil simplesmente considerar os oito cânones como enunciando condições que, em geral, invalidam a alegação de uma obrigação ou que justificam a conclusão de que nenhuma obrigação foi estabelecida. (tradução nossa).

Na perspectiva de Winston, essa alegação de Fuller não parece ser tão controversa a ponto de justificar tantas críticas. Os seus críticos, contudo, ignoraram esse elemento de reciprocidade, que diz respeito à própria concepção de *legislação*. Isso, porque as promulgações legislativas são linhas básicas que indicam a ação autodirigida dos cidadãos, garantindo as restrições mínimas necessárias para uma interação contínua. A legislação, nos termos fullerianos, permite com que os cidadãos organizem seus próprios negócios para buscar seu próprio bem à sua própria maneira (o que justifica o fato de as relações contratuais também serem consideradas como sistemas jurídicos nos termos da moralidade interna, ainda que não se encaixem no conceito do positivismo em sua vertente formalista). É por isso que Fuller diferencia a legislação das ordens do diretor de uma empresa, por exemplo (da direção gerencial privada). Essa última também envolve processos internos naturais, formais, para obter seus resultados. Porém, ela envolve regulamentações (comandos, ordens) para atingir objetivos definidos pelo superior que comanda a empresa. A legislação, para além disso, implica também em uma deferência dos governantes aos poderes de autodeterminação dos cidadãos, em uma relação de reciprocidade que promove a sua autonomia. Em uma empresa privada, se um subordinado não corresponde aos comandos do seu superior, ele pode, simplesmente, sair da empresa ou ser demitido dela. Ainda assim, o processo de *eunomics* está presente, na medida em que é apenas comunicando adequadamente com seus subordinados, considerando as formas naturais nas quais seus propósitos se manifestam, que o gerente conseguirá direcionar a conduta de seus subordinados.

No caso da legislação, isso é diferente, porque não se pode simplesmente ignorar o cidadão nessa relação de reciprocidade. É por isso que Fuller trata da questão relativa ao agente responsável: a legislação reconhece o cidadão como possuidor de dignidade. Assim, a falha do Rei Rex em produzir o seu sistema jurídico não é somente uma falha de eficácia/eficiência do Direito (conforme aduzem os críticos), mas é sobretudo uma afronta à dignidade de cada

⁴³⁴ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 36.

cidadão como sendo um agente responsável⁴³⁵. A legislação que falha na consecução dos desiderata da moralidade interna não apenas se torna inoperante ou desfuncional, a depender do grau em que essa falha ocorre, mas também desconsidera o cidadão como sendo um agente responsável, racional, autônomo e portador de dignidade.

Assim, para Winston, o que está em jogo na definição de Fuller sobre o Direito é uma questão de entender corretamente a relação *moral* existente entre legislador e cidadão. Assim, a qualidade dessa relação é o que vai determinar a obrigação de um cidadão obedecer à lei. E essa qualidade é auferida conforme o legislador respeita os oito princípios procedimentais, em uma questão de grau. Quanto mais ele respeita os princípios, mais ele será capaz de direcionar a conduta do cidadão, e não apenas a partir de uma obediência acrítica, mas a partir de uma compreensão do próprio cidadão a respeito dessa relação de reciprocidade e a respeito das *razões* do Direito. Ou seja, mais ele considera o cidadão como sendo um agente responsável, capaz não apenas de obedecer acriticamente às normas, mas de compreendê-las, a ponto de, eventualmente, o cidadão agir por si mesmo de acordo com as normas mesmo sem conhecê-las em seu todo. É por isso que Fuller fala em termos de *fidelidade* ao Direito, e não de obrigação simplesmente, porque ser fiel significa muito mais que simplesmente ser obediente.

A segunda observação feita por Winston como sendo um ponto importante de resposta aos críticos considera os oito cânones da moralidade interna como *critérios judiciais para invalidar a legislação*. Isso é importante, especialmente, para o terceiro capítulo da presente pesquisa, que abordará justamente a questão dos limites interpretativos em Fuller. Agora, no entanto, basta referir a essa questão de Winston e retomá-la mais à frente. Winston diz que, em sua análise sobre os oito princípios que constituem a moralidade interna do Direito, Fuller frequentemente refere sobre a questão legislativa e da responsabilidade com os cidadãos. Porém, quando dá exemplos da identificação de como esses princípios são executados, ele cita pronunciamentos judiciais:

Part of Fuller's thesis is that the institution of judicial review of legislation has its strongest justification in the protection it provides for the internal morality of legislation: in this area, he says, judicial review is most needed and most effective. And the fact of the matter is that during at least four centuries of Anglo-American legal history the eight canons have been regularly invoked as grounds for the judicial invalidation of legislative acts⁴³⁶.

⁴³⁵ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 38.

⁴³⁶ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 40.

Parte da tese de Fuller é que a instituição da revisão judicial da legislação encontra sua justificativa mais forte na proteção que oferece à moralidade interna da legislação: nessa área, ele afirma, a revisão judicial é mais necessária e mais eficaz. E o fato é que, durante pelo menos quatro séculos da história jurídica anglo-americana, os oito cânones têm sido regularmente invocados como fundamentos para a invalidação judicial de atos legislativos. (tradução nossa).

A questão enfrentada por Fuller, portanto, é o fato de que a sua concepção de Direito fornece uma explicação mais plausível que a do positivismo jurídico sobre a moralidade interna como fonte de critérios de revisão judicial. Como visto anteriormente de forma exaustiva, a concepção do positivismo sobre essa questão da revisão judicial está relacionada com a autoridade como uma fonte autorizada para dizer, declarar ou aplicar padrões de conduta, está relacionada sobretudo com uma questão de validade jurídica (ainda que os positivistas façam isso de formas diversas e, inclusive, discordem entre si sobre os aspectos dessa fonte). Assim, o *status* das proposições normativas é determinado pelos atos das pessoas autorizadas que agem nos termos dos seus ofícios de autoridade, e não pelos requisitos de uma moralidade interna. A questão do positivismo em relação à revisão judicial não é que os aspectos morais não tenham lugar para auferir a validade de uma lei, mas é que eles sempre devem ser oriundos de uma fonte oficial que tenha reconhecidamente o poder formal de estabelecer esses aspectos. É por isso que, como visto anteriormente, Lenio Streck atribui uma quarta característica à identificação dos aspectos gerais da escola positivista: a discricionariedade⁴³⁷, porque, em última análise, não é importante o conteúdo da decisão judicial caso ela atenda ao seu requisito de validade imposto pela fonte social autorizada. Nesse sentido, se o julgador/intérprete da norma é autorizado pela fonte social do Direito, ele produz Direito, independentemente do seu conteúdo, podendo se utilizar de fundamentos não-jurídicos.

Para Winston, “Essa explicação positivista é insatisfatória [...] porque inverte a verdadeira relação entre fontes oficiais e ideias morais, pelos menos para a tomada de decisões judiciais”⁴³⁸. Há, a partir daqui, uma explicação cara de Winston a respeito dessa questão, que merece ser mencionada. Ele diz que há dois sentidos em que uma decisão judicial pode ser considerada autoritativa⁴³⁹. Ela pode ser “conclusiva do ponto de vista institucional”, ou seja, emitida pelo órgão público que tem jurisdição sobre a questão, ou pode ser “bem

⁴³⁷ Ver p. 88 da presente Dissertação de Mestrado.

⁴³⁸ “This positivist account is unsatisfactory, however, because it inverts the true relation between official sources and moral ideas, at least for judicial decision making”. WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller**. rev. Hart Publishing, 2002, p. 41.

⁴³⁹ A hipótese é que o termo “autoritativo” – *authoritative* – é empregado no sentido de considerar a decisão judicial como válida a partir dos pressupostos jurídicos e das fontes sociais autorizadas. Poderia ser traduzida como “vinculante” dentro do sistema jurídico, no sentido de que cumpre com as condicionantes do sistema jurídico que reconhecem a sua existência e vinculação, a partir do conceito de Direito abordado.

fundamentada”, ou seja, baseada no argumento mais persuasivo que se pode construir com os recursos jurídicos existentes. Assim, a concepção de Fuller era a de que a legalidade⁴⁴⁰ de um pronunciamento judicial não depende somente de ele ser oriundo de uma fonte formal autorizada. Essa condição estabelece a sua legalidade em uma dimensão mínima. Precisa, contudo, haver a “conclusividade institucional”, ou seja, devem haver razões políticas substanciais para se querer restringir o reconhecimento do Direito válido. Contudo, conforme diz Winston, a conclusividade institucional é o elemento de *fiat* (imposição arbitrária) na organização jurídica, justamente o tipo de elemento que a regulação jurídica deve procurar minimizar. Assim, na concepção fullariana, uma decisão judicial aumenta em legalidade – no sentido explicado na nota de rodapé - *à medida que se torna mais bem fundamentada*. Assim, caso a questão diga respeito à aplicação de uma norma legislativa, verificar se essa norma foi elaborada conforme as regras formais vigentes não elimina a necessidade de avaliar se ela está de acordo com certos princípios gerais, como os preceitos do direito natural:

To understand this point, recall the two senses in which a judicial ruling may be said to be authoritative. It may be institutionally conclusive, that is, issued by the public agency that has jurisdiction for that question, or it may be well founded, that is, based on the most persuasive argument that can be constructed with extant legal resources. Fuller’s thesis is that the legality of a judicial pronouncement is only minimally established, at best, when it is traced to a formal source. Since any legal order, as we have noted, has a need for institutional conclusiveness, there may be substantial political reasons for wanting to confine the recognition of valid law to officials. We know that institutional life is liable to various pathologies, especially deviations from what morality requires. So the continuous need for order and harmonious interaction may make us think that nonofficials should (be made to) abdicate their determination of particular obligations⁴⁴¹.

Para compreender esse ponto, é preciso lembrar os dois sentidos em que uma decisão judicial pode ser considerada autoritativa. Ela pode ser conclusiva do ponto de vista institucional, ou seja, emitida pelo órgão público que tem jurisdição sobre a questão, ou pode ser bem fundamentada, isto é, baseada no argumento mais persuasivo que se pode construir com os recursos jurídicos existentes. A tese de Fuller é que a legalidade de um pronunciamento judicial está, na melhor das hipóteses, apenas minimamente estabelecida quando se baseia apenas em uma fonte formal. Como qualquer ordenamento jurídico, como já observamos, necessita de conclusividade institucional, pode haver razões políticas substanciais para se querer restringir o reconhecimento do direito válido aos agentes oficiais. Sabemos que a vida institucional é suscetível a várias patologias, especialmente desvios do que a moralidade exige. Assim, a necessidade contínua de ordem e de interação harmoniosa pode nos levar a pensar que os não-oficiais deveriam (ser levados a) abdicar da determinação de obrigações específicas. Mas um argumento contrário destacaria que a conclusividade institucional é o elemento de *fiat* (imposição arbitrária) na organização jurídica, justamente o tipo de elemento que a regulação legal deve procurar minimizar. Nessa perspectiva, uma decisão judicial aumenta em legalidade à medida que se torna mais bem fundamentada. Se a questão em jogo na decisão for a aplicação de uma norma legislativa, a questão de saber se a lei foi feita de acordo com as regras formais aceitas

⁴⁴⁰ Novamente, no mesmo sentido do termo “autoritativo”.

⁴⁴¹ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 41.

não substituirá a questão de saber se ela atende aos requisitos de certos princípios gerais, como os cânones do direito natural. (tradução nossa).

Assim, o erro dos positivistas é tratar os princípios utilizados nas decisões judiciais como se fossem reconhecidos judicialmente apenas por um fato historicamente contingente (porque o Direito se trata de um fato social manifestado pela autoridade). Isso sugere, contudo, que os juízes poderiam adotar critérios de revisão judicial completamente diversos, como se os princípios da moralidade interna (como, por exemplo, a proposição de que as leis devem ser expressas com clareza) fosse apenas uma preferência subjetiva dos juízes. Contudo, Winston explica que o respeito à integridade da legislação exige fidelidade aos oito cânones — o que impõe uma limitação objetiva às escolhas judiciais.

Assim, poder-se-ia dizer, contra a crítica positivista, que os oito cânones não são princípios jurídicos porque foram aceitos e aplicados pelos juízes, mas sim porque eles têm *status* jurídico, porque são princípios que os juízes têm o dever de aceitar e aplicar. Nesse sentido, os cânones são padrões que, se ignorados, correm risco de comprometer todo o empreendimento jurídico⁴⁴².

Aqui, portanto, Winston traz um dos aspectos fundamentais da presente pesquisa, que não é muito trazido pelos estudiosos de Fuller e que será mais aprofundado no próximo capítulo: a tese da moralidade interna traz balizas para a tomada de decisão do Poder Público em todos os seus níveis (legislativo, executivo e judicial). Estabelece critérios externos de justificação das tomadas de decisão, que não se tratam apenas de cânones formais que atestam a eficácia do Direito. Eles são constitutivos do Direito, são condições necessárias para o seu bom funcionamento, para a sua própria existência enquanto um sistema social autêntico, e, além disso, possuem natureza moral. Contudo, isso é algo que não estava no horizonte das críticas positivistas, porque diverge, profundamente, da compreensão acerca do que é a legislação, do que vincula o cidadão ao cumprimento da lei, do que legitima uma decisão judicial (ou, então, a vincula). Um positivista não compreenderia a tese fulleriana porque diverge dela em aspectos muitos basilares, que dizem respeito ao próprio conceito de Direito.

Mas não se pode, também, culpar os críticos de Fuller em razão disso, na medida em que o autor não enfrentou essa questão com suficiência quando estava em vida. O próprio Winston reconhece isso em sua obra. Ele diz que essas conclusões se tratam de uma linha de investigação que estava mais ou menos explícita nos escritos de Fuller desde o final da década

⁴⁴² WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 42.

de 1940, mas que não tem sido suficientemente valorizada por seus comentadores, e que a teoria da *eunomics* oferece essa perspectiva diferente sobre a obra de Fuller⁴⁴³.

Há, contudo, uma terceira questão abordada por Winston, que diz respeito à crítica de que a consequência de defender uma concepção moral do Direito seria tornar logicamente impossível a crítica moral ao seu respeito, porque, já que a moralidade seria uma condição da legalidade, não haveria uma base moral independente para questionar a obrigatoriedade dos comandos legais. Contudo, Winston diz que essa compreensão é falha, na medida em que ela não distingue, em Fuller, os objetivos morais limitados e específicos de cada processo jurídico dos objetivos substantivos que podem ser invocados para avaliar os resultados de qualquer processo, seja ele qual for. Se, por exemplo, uma decisão judicial deve atender a certos critérios morais para adquirir *status* jurídico, ela ainda pode ser criticada com base em outros critérios morais (direcionados ao seu conteúdo). E falha, também, ao ignorar a distinção presente na concepção de Fuller entre uma *instituição jurídica como realidade social* e o *processo jurídico como um modelo que orienta a atividade institucional*. Ou seja, do fato de que a legalidade de uma decisão judicial dependa de o juiz satisfazer certos padrões morais não se segue que esses padrões não possam ser usados para criticar a conduta do juiz. Pelo contrário: a conduta é passível de crítica moral justamente na medida em que deixa de atender a esses padrões⁴⁴⁴. O Direito depende de um esforço humano racionalmente direcionado, ou seja, ele pode falhar e deixar de alcançar esses objetivos. A concepção fulleriana, portanto, oferece um critério crítico para avaliar o desempenho das instituições, mesmo que os fins buscados pelos processos jurídicos sejam internos a esses próprios processos.

Além disso, Winston coloca que a concepção de *eunomics*, apesar de exigir algum grau de discernimento moral, possui exigências muito mais modestas do que as de outras concepções morais do Direito, porque ela não requer um pano de fundo moral do tipo que caracteriza as teorias tradicionais do jusnaturalismo (um conjunto de regras imutáveis de origem transcendente). Ela não está vinculada a nenhuma teoria específica de uma sociedade justa:

For Fuller the emergence of specific model of ordering is less systematic than practical: it happen a part of an uncertain historical development in which people discover, expound, test and reformulate governing principle to facilitate their interaction⁴⁴⁵.

⁴⁴³ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 43.

⁴⁴⁴ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 43.

⁴⁴⁵ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 44.

Para Fuller, o surgimento de modelos específicos de ordenação não segue uma lógica sistemática, mas sim uma lógica prática: ocorre como parte de um desenvolvimento histórico incerto, no qual as pessoas descobrem, articulam, testam e reformulam princípios de organização para facilitar sua convivência e interação. (tradução nossa).

Em resumo, para Winston, os críticos de Fuller falharam em atingir ponto mais fundamental de sua tese: “o reconhecimento do papel central da teoria moral na formulação de uma concepção adequada do Direito”⁴⁴⁶. Ele resume muito bem o argumento de Fuller à respeito do *status* moral dos oito princípios, da seguinte forma: **1)** o propósito da regulação legislativa (ou da governança por meio de leis) é fornecer parâmetros para a ação autodirigida dos cidadãos; **2)** regras que não cumprem com esse propósito não são, nessa medida, leis; **3)** regras que violam sistematicamente os oito cânones não podem funcionar como parâmetros para a ação autodirigida e, portanto, não são leis; **4)** como as leis promovem a autonomia, governar por meio de leis é tratar os cidadãos com respeito e dignidade; **5)** as condições que constituem tratar alguém com respeito configuram uma moralidade; **6)** portanto, os oito cânones compõem uma moralidade, cuja violação sistemática frustra o esforço do legislador de criar leis⁴⁴⁷.

Ainda no âmbito da resposta aos críticos, Andrea Porciello também aborda o assunto. No que diz respeito à crítica de que os cânones da moralidade interna serviriam à qualquer fim, inclusive a fins perversos, o que seria uma prova de que eles não possuem natureza moral, Porciello diz que não se trata de um argumento convincente, na medida em que Fuller nunca sustentou que o respeito aos princípios da moralidade interna garanta a consecução apenas de fins moralmente justos ou que exclua fins imorais. Diz, ainda, que essa “simplificação” da ideia de Fuller resulta da leitura de trechos de sua obra retirados de contexto⁴⁴⁸.

Há, nesse sentido, uma passagem na própria obra de Fuller que refere exatamente a essa questão, em que ele afirma que “[...] o reconhecimento de que a moralidade interna do Direito pode apoiar e dar eficácia a uma ampla variedade de propósitos materiais não deve nos induzir a acreditar que qualquer propósito material pode ser adotado sem comprometer a legalidade”⁴⁴⁹. Assim, para Porciello, fica evidente que a tese de Fuller não tem a ver com os resultados substanciais que o respeito à moralidade do Direito pode garantir, mas sim com o efeito que o

⁴⁴⁶ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 44.

⁴⁴⁷ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 39.

⁴⁴⁸ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 197.

⁴⁴⁹ FULLER, L. Lon. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo, São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 184.

desrespeito a eles ocasiona. Portanto, Fuller nunca sustentou que o respeito aos oito princípios levem o Direito a uma dimensão substancial de justiça, o que torna a crítica ruim.

O que Fuller sustentou, no entanto, é que, onde há injustiça, há violação sistemática e substancial dos direitos fundamentais e da dignidade humana, com certeza não se respeitam “nem mesmo e, sobretudo”, os procedimentos que deveriam guiar o legislador na produção de um Direito válido. Isso porque, segundo Fuller, é conceitualmente impossível que um governo atue de forma imoral (em termos substanciais) sem antes contrariar os procedimentos que deveria seguir ao manifestar sua vontade. Nesse sentido, a violação dos princípios de moralidade interna seria interpretada, antes de tudo, como um inequívoco sinal de alerta da potencial imoralidade na condução do Poder — não, portanto, como uma causa da injustiça, mas como um de seus sintomas⁴⁵⁰.

Assim, Porciello traz luz a essa questão: Fuller nunca defendeu que exsurge, do respeito aos cânones da moralidade interna, uma moralidade substantiva automática e consequente dos fins que derivam da observância das regras procedimentais que disciplinam a legislação. O que ele sustenta, na verdade, é que todos os sistemas jurídicos que violaram sistematicamente os princípios da moralidade interna tiveram “vida curta” e que, inexoravelmente, em algum momento extinguíram-se. Assim:

[...] Si un sistema jurídico quiere durar en el tiempo, es esencial que ofrezca siempre un creciente respeto por los cánones de la moralidad interna, y siendo así, a la larga, tenderá a comportamientos públicos siempre más equos y correctos⁴⁵¹.

[...] Se um sistema jurídico deseja perdurar no tempo, é essencial que ofereça um respeito crescente pelos cânones da moralidade interna e, sendo assim, tenderá, com o tempo, a comportamentos públicos cada vez mais justos e corretos. (tradução nossa).

Ou seja, Fuller não trabalhava, tal como os positivistas, com conceitos duais e automáticos. Sua compreensão sobre o fenômeno jurídico era complexo nesse sentido. Os cânones da moralidade interna atuam em uma questão de grau, conforme dito anteriormente, e quanto mais eles são praticados, mais se consegue alcançar a boa moralidade, a justiça, porque eles possibilitam o seu florescimento. Quanto mais eles são violados, contudo, mais se criam condições para o autoritarismo e, consequentemente, para a injustiça substancial. Referindo-se

⁴⁵⁰ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 201.

⁴⁵¹ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 202.

a um dos cânones da moralidade interna: “se é verdade que a coerência não garante a justiça, também é verdade que a incoerência favorece o seu oposto: a injustiça”⁴⁵².

Porciello apresenta três fundamentos segundo os quais ele acredita justificarem a natureza moral dos oito cânones. O primeiro fundamento diz respeito a relação meios e fins no pensamento fullariano, na medida em que a moralidade interna do Direito se trata de meios para alcanças os seus fins, quais sejam, os valores substanciais⁴⁵³. O segundo fundamento seria reformular o conceito de moralidade interna a partir de uma chave substancialista. Porciello considera que o uso do termo “procedimental” gerou um certo equívoco, porque, na realidade, a teoria de direito natural procedimental de Fuller possui mais “substância” do que se pensa, talvez mais até do que o próprio Fuller acreditava. Assim, possui implicações diretas na esfera moral⁴⁵⁴. O terceiro fundamento consiste em reformular a construção de Fuller sob a ótica de que a moralidade interna do Direito não é ‘mais ou menos’ moral conforme seja mais ou menos favorável à realização de valores morais, mas sim que ela possui uma moralidade própria. Isso porque retoma a concepção do ser humano como agente responsável e vincula o legislador e o juiz a reconhecerem e respeitarem dois valores fundamentais: “a) o vínculo de reciprocidade entre os cidadãos e o governo; b) a dignidade humana das pessoas que, tratadas como fins e não como meios, qualificam-se como agentes responsáveis”⁴⁵⁵.

Como dito anteriormente, Fuller debateu com diversos de seus críticos, incluindo Cohen e Dworkin. Nicola Lacey conta que a discussão com esses dois críticos iniciou em um simpósio presencial, do qual os três tiraram artigos escritos, e que Fuller ficou incomodado com a forma como isso se desenrolou. As queixas de Fuller eram de que ele não havia recebido, em tempo hábil, o artigo crítico ao qual deveria responder, nem para o seminário nem para a publicação final; de que os críticos falaram por tempo demais, reduzindo o tempo disponível para Fuller falar; de que Cohen não havia respondido suas cartas; e de que os críticos foram autorizados a alterar seus textos após o seminário, mas ele próprio não teve oportunidade adequada para

⁴⁵² PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 203.

⁴⁵³ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 204.

⁴⁵⁴ Essa dedução Porciello retirou de David Luban. PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 204.

⁴⁵⁵ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**: el antipositivismo de Lon L. Fuller. Trad. Celia Diéz Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 205.

modificar sua réplica. Lacey traz, inclusive, trechos que cartas trocadas entre Fuller e Cohen antes da publicação dos artigos, demonstrando o que o ânimo estava ruim entre os autores⁴⁵⁶.

Em sua resposta à Cohen e Dworkin, Fuller inicia o texto definindo muito bem o que ele acreditava ser uma das principais discordâncias dos seus críticos. Ele disse: “[...] permita-me sugerir que, por trás da controvérsia entre os cavalheiros de New Haven e eu, esteja, talvez, um único ponto de discordância: eu abraço e aceito o que se pode chamar de conceito de uma moralidade institucional ou processual; eles o rejeitam”⁴⁵⁷. Para Fuller, é possível agir moralmente em um determinado contexto sem que precise haver um compromisso em emitir algum juízo de valor sobre as implicações e consequências últimas desse agir.

Fuller afirmava que os seus críticos divergiam dele a respeito da própria compreensão de moralidade. Para eles, ela está preocupada com os fins substanciais, não com os meios. Entendem que um meio, como um sistema jurídico, pode ser usado tanto para fins bons quanto para fins maus e, por isso, não possui qualquer qualidade moral em si mesmo. E é por compreender a moralidade dessa forma que eles cofundem a moralidade interna do Direito com uma compreensão de eficácia. Porém, Fuller explica, ela é muito mais que isso. Quando se fala em moralidade interna, está-se falando sobre um tipo específico de controle ou poder obtido ao submeter a conduta das pessoas à governança de regras, pelas quais elas mesmas possam orientar seu comportamento. E uma vez que esse sistema é alcançado, ele comanda uma força moral na vida dos cidadãos, que está sujeita a abusos e falhas⁴⁵⁸:

It is generally accepted that the citizen has, under ordinary circumstances and subject to exceptions, a moral duty to obey the law. Does not this moral duty of the citizen impose on the legislator a correlative moral responsibility not to frustrate or undermine the citizen's duty toward the law? Does it not mean that he ought not, for example, to enact vague or self-contradictory laws?⁴⁵⁹

É amplamente aceito que o cidadão tem, em circunstâncias normais e sujeitas a exceções, um dever moral de obedecer à lei. Não impõe esse dever moral do cidadão ao legislador uma responsabilidade moral correlata de não frustrar ou minar o dever do cidadão em relação à lei? Não significa isso que ele não deveria, por exemplo, promulgar leis vagas ou autocontraditórias? (tradução nossa).

⁴⁵⁶ Para um maior aprofundamento das nuances do debate, ver: LACEY, Nicola. Out of the witches cauldron? Reinterpreting the context and reassessing the significance of the Hart-Fuller debate. In: **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**, edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, pp. 20-21.

⁴⁵⁷ “I embrace and accept what may be called the concept of an institutional or procedural morality; they reject it.”. FULLER, Lon L. A Reply to Professors Cohen and Dworkin. In: **Villanova Law Review**, 665, vol. 10, 4, art. 5, 1965, p. 656.

⁴⁵⁸ FULLER, Lon L. A Reply to Professors Cohen and Dworkin. In: **Villanova Law Review**, 665, vol. 10, 4, art. 5, 1965, p. 657.

⁴⁵⁹ FULLER, Lon L. A Reply to Professors Cohen and Dworkin. In: **Villanova Law Review**, 665, vol. 10, 4, art. 5, 1965, p. 657.

Ou seja, Fuller traz exatamente o que Winston trouxe a respeito da reciprocidade que a sua compreensão de Direito abarca. O elo que vincula o cidadão à obediência às normas do Direito, e o que moralmente exige do legislador uma determinada postura que é, igualmente, moral. “É com um senso de dependência recíproca, ou interação, que o senso moral se desenvolve.”⁴⁶⁰.

Assim, para que seja possível aceitar a ideia de uma moralidade interna ao Direito, é necessário que se reformule a compreensão que se adota desse complexo fenômeno social. É necessário que se enxergue o Direito não como uma projeção hierárquica e unilateral de poder, mas como algo que reside em uma interação entre legislador e o cidadão (agente responsável), na qual cada um tem responsabilidades com o outro.

Nessa compreensão, Fuller sugere, então, que o cumprimento sistemático dos oito princípios da moralidade interna inclina o legislador para a criação de regras que sejam justas em seus objetivos substantivos. Isso, contudo, não significa que os princípios formais da moralidade interna impliquem, diretamente, em uma plena compreensão de justiça substantiva.

Fuller entendia que Dworkin simplificava muito os seus argumentos, especialmente no que diz respeito a esse ponto. Quando Fuller fala sobre moralidade do Direito, ele fala em termos dessa reciprocidade que vincula o ofício do legislador e aplicador das normas (o juiz), que os impede de minar a integridade da própria lei (ou do Direito, de forma ampla):

So when I speak of legal morality, I mean just that. I mean that special morality that attaches to the office of law-giver and law-applier, that keeps the occupant of that office, not from murdering people, but from undermining the integrity of the law itself. And that undermining can come about in many ways, through conscious abuse, through sloth and indifference, and even through reading books on jurisprudence that depict law as a one-way projection of power downward and overlook the man at the bottom⁴⁶¹.

Portanto, quando falo em moralidade jurídica, refiro-me exatamente a isso. Refiro-me àquela moralidade especial que se vincula ao ofício de quem cria e aplica a lei, que impede o ocupante desse cargo, não de assassinar pessoas, mas de minar a integridade da própria lei. E essa corrosão pode ocorrer de diversas formas: por abuso consciente, por preguiça e indiferença, e até mesmo por ler livros de jurisprudência que retratam o direito como uma projeção unilateral de poder de cima para baixo, ignorando o ser humano que está na base. (tradução nossa).

Fuller cita, inclusive, a seguinte passagem de *The Morality of Law*, em que elucida justamente essa questão:

⁴⁶⁰ FULLER, Lon L. A Reply to Professors Cohen and Dworkin. In: **Villanova Law Review**, 665, vol. 10, 4, art. 5, 1965, p. 661.

⁴⁶¹ FULLER, Lon L. A Reply to Professors Cohen and Dworkin. In: **Villanova Law Review**, 665, vol. 10, 4, art. 5, 1965, p. 661.

Uma profunda afinidade entre legalidade e justiça tem sido frequentemente comentada [...] Isso reside em uma qualidade compartilhada por ambas, ou seja, que elas agem por meio de uma norma conhecida. A moralidade interna do Direito exige que haja normas, que elas se façam conhecidas e que sejam observadas na prática pelos responsáveis por sua gestão. Essas exigências podem parecer eticamente neutras no que diz respeito aos objetivos externos da lei. No entanto, assim como a lei é uma precondição para o bom Direito, agir com base em uma norma conhecida é uma precondição para qualquer avaliação significativa da justiça da lei. "Um poder ilimitado e sem lei", expressando-se unicamente em intervenções imprevisíveis e sem padrões em relação aos assuntos humanos, poderia ser considerado injusto apenas no sentido de que não age por uma norma conhecida. Seria difícil chamá-lo de injusto em qualquer sentido mais específico até que se descubra que princípio oculto, se houver, intervenções direcionadas. A virtude de uma ordem jurídica é conscientemente construída e administrada pela exposição ao escrutínio público das normas pelas quais atua⁴⁶².

Veja-se que essa se trata de uma das passagens mais importantes da obra fulleriana para explicar o papel da moralidade do Direito e como ela se manifesta na vida social. A moralidade do Direito não indica, automaticamente, a conclusão de uma moralidade substantiva, de um conceito suficiente de justiça, mas ela é capaz de indicar, ainda que superficialmente, noções básicas dessa substância. Da mesma forma que a moralidade de dever indica noções básicas da moralidade de aspiração. Novamente, relembra-se a compreensão de Fuller de que não é possível – em razão da limitação da própria capacidade humana – alcançar o que é a justiça perfeita, o bem perfeito ou a estética perfeita, mas é possível alcançar o que *não é* justiça, o que *não é* o bem e o que *não é* esteticamente agradável. A partir disso, é possível identificar noções básicas sobre o direcionamento desses valores substanciais, ainda que não de forma absoluta. É possível, portanto, conhecer o mal sem necessariamente conhecer o que é a justiça perfeita. A ciência da *eunomics* e, com isso, também a moralidade interna do Direito, trabalham nessa mesma dinâmica. É possível saber qual a direção que o Direito está indo – e deve ir – com base apenas em seus requisitos formais (e morais) básicos. É possível conhecer qual o seu grande propósito – composto por diversos propósitos menores – somente conhecendo quais os meios socialmente selecionados, ou os meios que, simplesmente, funcionam, que são realizáveis.

Sendo assim (e respondendo à crítica trazida pelos seus opositores), os princípios da moralidade interna não servem a qualquer fim, ainda que seja possível utilizá-los, eventualmente, para alcançar fins perversos e injustos. Contudo, essa utilização não pode ocorrer de forma sistemática, porque em algum momento não se sustentará. Na realidade, como disse Fuller em diversos momentos, quanto mais realizados são os princípios procedimentais da moralidade interna no Direito, menos se consegue o alcance a fins perversos, porque eles

⁴⁶² FULLER, L. Lon. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo, São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 190.

elucidam publicamente propósitos e intenções. Porém, Fuller nunca disse que não seria possível, sob nenhuma hipótese, ainda que isoladamente, utilizar-se dos procedimentos para o alcance de fins pervertidos:

I have never asserted that there is any logical contradiction in the notion of achieving evil, at least some kinds of evil, through means that fully respect all the demands of legality. On the contrary I recognize "that it is possible, by stretching the imagination, to conceive the case of an evil monarch who pursues the most iniquitous ends but at all times preserves a genuine respect for the principles of legality."⁴⁶³.

Nunca afirmei que exista qualquer contradição lógica na ideia de se alcançar o mal — ao menos certos tipos de mal — por meios que respeitem plenamente todas as exigências da legalidade. Ao contrário, reconheço "que é possível, com um pouco de imaginação, conceber o caso de um monarca perverso que persegue os fins mais iníquos, mas que, em todos os momentos, preserva um genuíno respeito pelos princípios da legalidade."

Há, ainda, na obra *The Morality of Law*, uma passagem em que Fuller afirma, expressamente, que a moralidade interna é indiferente aos propósitos materiais do Direito, estando apta a servir a uma ampla variedade de propósitos com igual eficácia. Isso, contudo, induz a acreditar que *qualquer* propósito material pode ser adotado sem comprometer a legalidade e, com isso, o Direito:

Ao apresentar minha análise sobre a moralidade interna do Direito, insisti que ela é, sob uma gama ampla de questões, indiferente em relação aos propósitos materiais do Direito e está apta a servir para uma variedade de tais propósitos com igual eficácia. [...] Mas o reconhecimento de que a moralidade interna do Direito pode apoiar e dar eficácia a uma ampla variedade de propósitos materiais não deve nos induzir a acreditar que *qualquer* propósito material pode ser adotado sem comprometer a legalidade⁴⁶⁴.

É precisamente por isso que Fuller acreditava que a coerência tem mais afinidade com a bondade do que com a maldade, porque há uma afinidade entre a moralidade e a racionalidade. E isso não está evidenciado somente no contexto do Direito, mas na vida social como um todo. A própria vida depende de um arranjo ordenado da matéria. Então, no mínimo, a moralidade é projetada para proteger e promover a vida, o que exige que ela proteja e promova a ordem⁴⁶⁵.

⁴⁶³ FULLER, Lon L. A Reply to Professors Cohen and Dworkin. In: **Villanova Law Review**, 665, vol. 10, 4, art. 5, 1965, p. 664.

⁴⁶⁴ FULLER, L. Lon. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo, São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 184.

⁴⁶⁵ FULLER, Lon L. A Reply to Professors Cohen and Dworkin. In: **Villanova Law Review**, 665, vol. 10, 4, art. 5, 1965, p. 665.

Para além disso, todas as formas de ordenação pelas quais os seres humanos se unem (linguagem, pensamento conceitual, Direito, moral, costumes, regras de jogo etc) funcionam de forma mais eficaz quando há o respeito mútuo exigido pela reciprocidade:

There is, therefore, in an ordered system of law, formulated and administered conscientiously, a certain built-in respect for human dignity, and I think it is reasonable to suppose that this respect will tend to carry over into the substantive ends of law⁴⁶⁶.

Existe, portanto, em um sistema jurídico ordenado, formulado e administrado de forma consciente, um certo respeito intrínseco à dignidade humana, e creio que é razoável supor que esse respeito tende a se refletir também nos fins substantivos do Direito. (tradução nossa).

Assim, Fuller acreditava que a ordem, a coerência e a clareza possuem *afinidade* com a bondade e com o comportamento moral, e isso era o que seus críticos ignoravam. Nunca trabalhou em termos de dualidade e efeitos automáticos. Fuller compreendia que as interações humanas são mais dinâmicas do que isso.

Com isso tudo, é possível concluir que a moralidade interna do Direito possui natureza moral por diversos motivos: **1)** porque ela se relaciona com o propósito do Direito, que é um valor substancial, possui carga valorativa; **2)** porque ela indica não apenas aquilo que o Direito é, mas também aquilo que o Direito deve ser. Em outras palavras: o Direito é, justamente, aquilo que ele deve ser; **3)** porque ela pressupõe uma relação de reciprocidade entre o cidadão, enquanto agente autônomo, livre e responsável, e o legislador e aplicador do Direito. Para que o Direito seja possível e tenha estabilidade no tempo é necessário que o criador das normas mantenha uma reciprocidade com o cidadão. Essa reciprocidade se dá a partir dos princípios da moralidade interna, que vincula o cidadão a ponto de ele não apenas obedecer ao Direito, mas ter fidelidade a ele. Isso tem natureza moral porque exige uma postura e uma conduta - moral - por parte dos agentes públicos, para fins de manter a própria integridade do Direito; **4)** nesse sentido, em que pese os princípios da moralidade interna sejam procedimentais (formais), eles se relacionam com uma noção, ainda que superficial, de uma moralidade substantiva. Não interessa tanto conhecer essa moralidade substantiva. Interessa mais conhecer a moralidade procedimental, porque é ela que mantém a integridade do Direito e da relação do Estado com o cidadão. Além disso, a moralidade procedimental cria terreno fértil para o florescimento da justiça social, das virtudes, do bom relacionamento entre o Estado e o cidadão, da integridade dos personagens sociais, da dignidade do cidadão enquanto agente livre e responsável, enfim.

⁴⁶⁶ FULLER, Lon L. A Reply to Professors Cohen and Dworkin. In: **Villanova Law Review**, 665, vol. 10, 4, art. 5, 1965, p. 666.

A justiça perfeita tem muito mais chances de ser realizada em um contexto de observação sistemática dos princípios procedimentais da moralidade interna do que em um contexto de inobservância. Isso também indica que existe uma carga moral nesses princípios; **5)** por último, Fuller coloca luz em uma questão que não estava no horizonte do positivismo jurídico: não é apenas a moralidade substantiva que possui um fim em si mesmo, mas a integridade dos procedimentos também. Tão importante quanto respeitar os valores substanciais é respeitar, igualmente, os seus procedimentos, porque eles indicam uma relação dinâmica com esses valores e os tornam possíveis e realizáveis. Há uma ênfase moral na importância das formas, dos procedimentos, que não havia sido estabelecida até então. Fuller foi pioneiro na forma como elaborou essa questão.

Assim, depreende-se que, em pese as críticas feitas à Lon Fuller ao longo de sua trajetória intelectual tenham sido extremamente importantes para o próprio desenvolvimento da sua teoria, a conclusão possível de ser chegada é de que elas não foram suficientes para deslegitimá-la, nem para descredibilizar os seus principais fundamentos. Os princípios da moralidade interna do Direito carregam uma natureza moral, primeiramente, porque estão vinculados com o propósito do Direito: governar/direcionar a conduta humana por meio de regras. Este propósito — manter a previsibilidade, a segurança e a possibilidade de cooperação social — é substancialmente valorativo, pois não é apenas técnico, mas ético. Não estão somente em uma dimensão de eficácia e existência do fenômeno jurídico, mas estão principalmente como guias orientativos, relacionando-se com a própria substância do sistema jurídico. Não basta ter regras; é preciso que, além de tê-las, elas sirvam a um propósito legítimo. A moralidade interna, nesse sentido, vincula a forma jurídica (como as regras são elaboradas e aplicadas) ao próprio ideal de justiça, distinguindo o Direito de uma simples ordem autoritária.

É por isso que, na perspectiva dessa pesquisadora, os procedimentos de Lon Fuller, que são naturais ao sistema jurídico – no sentido atribuído pela ciência da *eunomia* –, ou seja, que são sua própria condição de existência e possibilidade, não se tratam apenas de formas processuais sem qualquer inclinação moral. De acordo com Fuller, a integridade dos procedimentos formais diz algo à respeito do próprio sistema: é a partir dela que é possível desvendar os seus propósitos. Não a toa, como visto no exemplo do filme dado na introdução do presente trabalho, que quando o Direito é utilizado para fins perversos, os seus procedimentos são corrompidos. Porque eles evidenciam as finalidades.

Aqui, é importante fazer esse adendo: não é que o descumprimento isolado e ocasional de um *desideratum* da moralidade interna leve automaticamente à inexistência do Direito. É que eles indicam o seu grau de integridade e qualidade. Ou seja, quanto mais o Direito se afasta

desses desiderata, mais o seu esqueleto é corrompido. A ponto de que, se houver um descumprimento sistemático da sua moralidade interna, sequer será possível chamá-lo de Direito – arbitrariedade seria o nome mais apropriado. Assim, conforme Fuller trouxe, a integridade do Direito é uma questão de grau, e a moralidade interna fornece balizas para medir a sua qualidade.

Fuller sustenta que o Direito não pode ser reduzido a uma descrição factual do que existe (como pretendia o positivismo jurídico). O Direito é, justamente, aquilo que *deve ser* — ou seja, ele é construído a partir de uma expectativa de justiça mínima e racionalidade procedimental que torna possível sua função ordenadora. Dizer que “o Direito é aquilo que deve ser” significa reconhecer que não há Direito legítimo sem uma pretensão de moralidade, pois sem isso a autoridade se degrada em arbítrio. Assim, a moralidade interna não é apenas um “plus” ético externo, mas é constitutiva do próprio conceito de Direito. Os desiderata, além de constituírem o elemento identificador próprio de algo que se pode considerar como sendo Direito, também servem como parâmetros racionais de moralidade para aquilo que ele deve ser.

Para além disso, considerar que o Direito se trata simplesmente de um fato social manifestado pela autoridade, sem adequação da sua substância valorativa, significa ignorar toda uma dimensão que está presente nele e que o constitui enquanto tal. Significa olhar para o fenômeno estudado com limitações. Isso, porque, Fuller traz o Direito como um empreendimento racional, que pressupõe uma relação de reciprocidade entre o cidadão e a autoridade (que produz e que aplica o Direito). Essa reciprocidade exige que a autoridade respeite o cidadão como agente livre e autônomo, que é capaz de compreender e seguir as regras, e não como mero objeto de ordens autoritárias. Essa reciprocidade funda a fidelidade ao Direito — não como submissão cega, mas como reconhecimento mútuo. O cidadão, ao obedecer às normas, confia que o legislador agiu dentro das balizas da moralidade interna (clareza, estabilidade, publicidade etc.), e que não há arbitrariedade. Se o legislador rompe essa reciprocidade (como no caso do policial falso em *Compliance*, que manipula a aparência de autoridade para praticar abusos), quebra-se o próprio tecido social do Direito. Esse elo recíproco é moral porque supõe respeito à dignidade do outro como igual.

Assim, embora a moralidade interna de Fuller seja, em essência, procedimental, ela se conecta com uma moralidade substantiva. As regras procedimentais (clareza, estabilidade, coerência etc.) criam um terreno fértil para que valores substantivos possam florescer (justiça, igualdade, liberdade). Não se trata apenas de garantir eficiência técnica, mas de respeitar a dignidade do cidadão como sujeito de direitos, permitindo que ele organize sua vida com base em expectativas legítimas. É nesse sentido que a moralidade interna carrega um conteúdo

moral: ela cria um ambiente propício à realização de valores sociais, tal como o filme *Compliance* mostra ao inverter esses valores — o policial falso destrói a integridade dos procedimentos e, com isso, destrói a dignidade das pessoas envolvidas.

Ao enfatizar o respeito às formas, Fuller não propõe um formalismo vazio, mas a própria condição de possibilidade da justiça. Se os procedimentos forem corrompidos ou instrumentalizados, a autoridade se converte em tirania, a ponto de corromper a existência do próprio fenômeno jurídico, que não se sustenta quando há violação sistemática de seus desiderata internos. Portanto, o respeito aos seus procedimentos naturais é tão importante quanto a busca por valores substantivos, pois são eles que concretizam e viabilizam a moralidade do Direito. Fuller mostra, assim, que o *Rule of Law* não é só substância, mas também forma — e que a forma também carrega valor moral.

A proposta de Fuller, como se verá no próximo tópico, oferece uma concepção autêntica de *Rule of Law*, porque estabelece padrões e limites ao exercício do poder, que pressupõe um compromisso da autoridade com o cidadão (de respeito pelos próprios padrões estabelecidos). Assim, o próprio Direito, ainda que seja um produto da autoridade, já impõe, ele mesmo, limites implícitos à sua própria produção e aplicação. Há, portanto, uma questão que diz respeito à própria *legitimidade* da atuação pública.

3 IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DO RECONHECIMENTO DA MORALIDADE INTERNA DO DIREITO

*“There are principles about the form that legal norms should take (formal principles), and there are principles about the broad character of the procedures that should be used in their application (procedural principles). Together, those principles of legality and due process add up to what is sometimes called the rule of law.”*⁴⁶⁷

(Jeremy Waldron)

3.1 O debate Hart-Fuller: uma discussão sobre veículos no parque e sobre o necessário limite às decisões judiciais

Para Lon Fuller, existiu um sistema jurídico autoritário que promoveu uma deterioração geral e drástica dos oito princípios da moralidade interna do Direito. Esse sistema foi o regime

⁴⁶⁷ WALDRON, Jeremy. Positivism and Legality: Hart’s equivocal response to Fuller. In: *New York University Review*. Vol. 83:1135, 2008, pp: 1145.

nazista de Adolf Hitler, na Alemanha, entre 1933 e 1945, ano em que finalizou a Segunda Guerra Mundial:

A situação do cidadão se torna mais difícil quando, embora não haja falha total em qualquer direção, há uma deterioração geral e drástica da legalidade, como ocorreu na Alemanha sob o regime de Hitler. A seguinte situação começa a tomar espaço, qual seja, publicam-se algumas leis e, outras, inclusive as mais importantes, não. Embora a maioria das leis tenha efeito para o futuro, a legislação retroativa é utilizada livremente de maneira que nenhuma lei está imune a mudanças *ex post facto* se for conveniente para os detentores do poder. Para o julgamento de processos penais que visem à lealdade ao regime, são criados tribunais militares especiais que desconsideram, sempre que lhes convém, as normas que supostamente deveriam controlar suas decisões. Cada vez mais, o objetivo principal do Estado parece ser, não o de dar ao cidadão normas pelas quais ele deve moldar sua conduta, mas de amedrontá-lo e levá-lo à impotência⁴⁶⁸.

Em diversos momentos de *The Morality of Law* Fuller aborda a questão do Direito na Alemanha nazista, e em diversos de seus escritos espaçados também. Seu debate com H.L.A. Hart se deu a partir dessa questão, e foi considerado um dos debates mais ricos e importantes da Teoria do Direito ocidental.

Inicialmente, o debate entre os autores ocorreu no auditório da *Harvard Law School*, em 1957, quando H. L. A. Hart ministrou palestra e expôs a sua teoria positivista do Direito. Hart havia sido convidado por Fuller, à época Catedrático de *Jurisprudence* da casa, quem esteve presente ao longo de toda sua exposição. Conta-se a história de que, durante a fala de Hart, Fuller, já conhecido por seus estudos acerca da moralidade interna do Direito e por afirmar um posicionamento antipositivista, “ia de lá para cá no fundo da sala como um leão faminto”⁴⁶⁹, angustiado com as conclusões que ali estavam sendo concebidas, pedindo, ao final, o direito a sua réplica. O direito foi concedido, oportunizando, naquele momento, uma das discussões mais importantes e mais ricos para a Teoria do Direito, rendendo, no ano seguinte, a publicação de dois artigos na *Harvard Law Review*: um de Hart, sustentando seus argumentos, e um de Fuller, contrapondo-os, agora de forma escrita.

Os artigos foram publicados no mesmo volume e na mesma edição da revista (vol. 71, nº 4), em 1958. O de Hart intitulado *Positivism and the Separation of Law and Morals* (Positivismo e a Separação entre Direito e Moral), ao passo que o artigo de Fuller foi intitulado *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart* (Positivismo e a Fidelidade ao Direito: Uma Resposta ao Professor Hart). Posteriormente, os autores publicaram suas grandes obras, *The Concept of Law*, de H.L.A. Hart, e *The Morality of Law*, de Fuller, que podem ser

⁴⁶⁸ FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 55.

⁴⁶⁹ LACEY, Nicola. **A Life of H.L.A. Hart**. Oxford University Press, 2004, p. 197.

considerados uma revisão e ampliação dos artigos mencionados, já que desenvolveram de forma mais aprofundada seus argumentos.

O mundo havia acabado de experimentar as perversidades institucionalizadas do governo nazista, na Alemanha, e as perseguições de Adolf Hitler contra grupos étnicos específicos, assim como os genocídios e as torturas perpetuadas pelo governo. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiu, então, uma grande questão acerca do Direito no contexto da Alemanha Nazista: **i)** se ele, conforme estabelecido, poderia ser considerado um sistema efetivamente jurídico e, **ii)** *a posteriori*, como um sistema jurídico pós-Nazismo deveria responder aos atos institucionais autorizados pelo *Reich*, que eram revestidos de evidente imoralidade. Essas questões, portanto, permearam todo o debate Hart-Fuller, afinal, a grande questão a ser respondida era: uma lei considerada injusta é uma lei válida para fins jurídicos?

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os Tribunais alemães viram-se obrigados a julgar alguns casos de crimes de guerra, de espões e informantes do regime nazista. As pessoas acusadas desses crimes defenderam-se no entendimento de que suas ações não foram ilegais, pois estavam conforme a legalidade do regime dominante naquele momento. Ou seja, tais agentes apenas cumpriram ordens de uma autoridade hierarquicamente superior. Esse argumento foi contraposto a partir da ideia de que tais leis deveriam ser consideradas inválidas por serem contrárias a princípios fundamentais da moralidade⁴⁷⁰. No debate Hart-Fuller, houve menção ao caso de uma mulher que, em 1944, na tentativa de se separar do esposo, à época, membro do exército alemão, denunciou às autoridades algumas manifestações injuriosas sobre Hitler que o esposo havia feito enquanto estava de licença em sua casa, violando as leis que protegiam o *Terceiro Reich* de afirmações prejudiciais ao governo. Após a queda do regime, a mulher havia sido acusada do crime de privar uma pessoa de sua liberdade (positivado na Alemanha desde 1871) e defendeu-se sob o argumento de que estava amparada pelas leis anteriores, promulgadas pelo governo nazista, não tendo cometido nenhum crime à época dos fatos. No entanto, ainda assim o Tribunal Alemão, que julgou a apelação e pôs fim ao caso, entendeu que ela devia ser condenada por ter obtido, em interesse próprio, a privação da liberdade de seu esposo, sob a oportunidade de uma lei considerada “contrária à sã consciência e ao senso de justiça de todos os seres humano decentes”⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ H. L. A.; Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 618.

⁴⁷¹ H. L. A.; Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 619.

A questão que se criou no debate, portanto, foi a seguinte: a legislação que amparou a conduta da esposa, por ser contrária a princípios de moralidade, deveria ser considerada inválida? Em outras palavras e, retomando a questão posta anteriormente, uma lei considerada injusta é uma lei válida para fins jurídicos?

As questões relacionadas com as condutas imorais realizadas sob o amparo do regime nazista podem parecer distantes para o contexto brasileiro atual e, à primeira vista, podem parecer irrelevantes. No entanto, é necessário advertir que ainda se discute, atualmente, o alcance da aplicabilidade da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) e a (in)viabilidade de condenações de ex-agentes militares do período ditatorial brasileiro, em decorrência de atos contra a humanidade realizados antes do advento da Constituição Federal de 1988, mas que estavam amparados pelo regime jurídico anterior (ou, então, pelas autoridades legitimadas pelo regime jurídico anterior). Veja-se, como exemplo, a sentença condenatória do primeiro réu a ser condenado, em âmbito penal, por atuar na perseguição de opositores políticos durante a ditadura militar brasileira, conhecido como Carlinhos Metralha, em decisão proferida pela 9ª Vara Criminal Federal de São Paulo, em 18 de junho de 2021⁴⁷².

Em 2014, ainda, viu-se o desenvolvimento e a conclusão da chamada Comissão Nacional da Verdade, um colegiado instituído pelo governo da ex-Presidente Dilma Rousseff cujo objetivo foi investigar as graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, antes da promulgação da atual Constituição Federal. O relatório final da Comissão indicou trezentas e setenta e sete pessoas responsáveis direta ou indiretamente pela prática de tortura e assassinatos durante a ditadura militar⁴⁷³. Ou seja, independentemente do mérito dessas questões, é importante salientar que as discussões exploradas no debate Hart-Fuller, em que pese antigas, ainda são atuais e importantes quando se analisa as implicações do sistema jurídico. Relevantes questões podem ser levantadas a partir dessas constatações, como, por exemplo, a possibilidade de um sistema jurídico amparar a validade de normas reconhecidamente injustas, ou de atos institucionais reconhecidamente injustos; ou a pertinência de aplicarem-se normas retroativas; ou o dever de publicidade das decisões institucionais, enfim.

⁴⁷² NOVAIS, Gabriel Pereira; CUNHA, Luísa Mouta; RIBEIRO, Júlia Melo Fonseca. A decisão condenatória de Carlinhos Metralha, ex-agente da Ditadura Militar Brasileira: um precedente histórico para garantia da Justiça de Transição. **Centro de Estudos sobre Justiça de Transição**. Disponível em <<https://cjt.ufmg.br/a-decisao-condenatoria-de-carlinhos-metralha-ex-agente-da-ditadura-militar-brasileira-um-precedente-historico-para-garantia-da-justica-de-transicao/>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2025.

⁴⁷³ SALOMÃO, Lucas. Comissão da Verdade responsabiliza 377 por crimes durante a ditadura militar. G1, 10 de dez de 2014. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/comissao-da-verdade-responsabiliza-377-por-crimes-durante-ditadura.html>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2025.

Como dito anteriormente na presente Dissertação, o debate Hart-Fuller era precedido por um contexto que fez com que Fuller, à época, saísse como perdedor. Contudo, apesar disso, Hart também trilhava um caminho difícil na época, porque, apesar de ser um positivista, colocava-se contra o formalismo que era dominante. Assim, conforme refere Nicola Lacey, apesar das diferenças, há analogias interessantes entre os dois:

And notwithstanding the differences, there are interesting analogies between the stances of the two men. Both sought to tread a path between the vices of formalism and what they saw as the excesses of realism and of sociological jurisprudence; both rejected the idea that legal argumentation could be aligned to scientific reasoning; both, albeit in different ways, were committed to theorising the “normativity” as much as the “facticity” of law: Hart through his critique of the predictive nature of both Austin’s positivism and American Realism and through his account of the “internal aspect” of rules; Fuller through his account of the inner morality of law. Both, moreover, were firmly committed to applying philosophical techniques to law [...]⁴⁷⁴.

No entanto, como também mostra a correspondência que citei, ele sentia que, como filósofo do Direito, era amplamente mal interpretado e incompreendido. E, apesar das diferenças, há analogias interessantes entre as posturas dos dois homens. Ambos buscaram trilhar um caminho entre os vícios do formalismo e aquilo que viam como os excessos do realismo e da jurisprudência sociológica; ambos rejeitavam a ideia de que a argumentação jurídica pudesse ser equiparada ao raciocínio científico; ambos, ainda que de maneiras distintas, estavam comprometidos com a teorização da “normatividade” tanto quanto da “facticidade” do Direito: Hart por meio de sua crítica à natureza preditiva tanto do positivismo de Austin quanto do realismo americano, e por meio de sua noção do “aspecto interno” das regras; Fuller por meio de sua teoria da moralidade interna do Direito. Além disso, ambos estavam firmemente comprometidos com a aplicação de técnicas filosóficas ao Direito [...]. (tradução nossa).

Apesar de Hart, à época, ser um crítico do *status quo*, ao fim e ao cabo ele continuava defendendo a linha do positivismo jurídico, o que o colocou em uma posição de destaque e aderência em relação à Fuller.

Em que pese Hart ter iniciado a discussão analisando as teorias de Austin e Bentham, seu propósito foi única e exclusivamente aprofundar tais teorias para adentrar no fio condutor da sua argumentação acerca da separação entre ser/dever ser. Segundo o positivista, há dois problemas que se seguem a partir de uma filosofia que não faz a devida diferenciação conceitual entre as esferas do Direito e da moralidade, que já haviam sido diagnosticados pelos autores utilitaristas referidos acima: a derivação de um dever-ser, *ought*, de um ser, *is*; dito de outro modo, a derivação de uma premissa normativa de premissas descritivas. Isso geraria dois tipos de problemas: o primeiro deles é o fato de que, ao permitir a aproximação do sistema jurídico

⁴⁷⁴ LACEY, Nicola. Out of the witches cauldron? Reinterpreting the context and reassessing the significance of the Hart-Fuller debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**, edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, p. 25.

com a moralidade, o intérprete estaria legitimado a desobedecer ao que fora previamente positivado, por acreditar que tal posituação devesse ser diferente. Ou seja, permitiria uma consequente dissolução do Direito e de sua fidelidade nas concepções humanas do que ele *deve ser*. O segundo deles seria inversamente proporcional, no sentido de dizer que o Direito *já é* aquilo que ele deveria ser, ultrapassando qualquer crítica reformadora.

Para confrontar as respostas dos realistas americanos, Hart traz à tona uma questão importantíssima, que, futuramente, serviu de guia para o seu raciocínio argumentativo. Ao considerar, por exemplo, uma regra que proíbe veículos nos parques públicos, de pronto compreende-se pela proibição de automóveis. Há, nesse sentido, um núcleo de significação padrão, compreensível a qualquer um, em relação ao termo “veículos”. No entanto, segundo Hart, existem determinados casos concretos que elevam a norma a um nível de indeterminação: “mas o que dizer das bicicletas, skates, automóveis de brinquedo? O que dizer sobre aviões? Estes, como dizemos, devem ser chamados de ‘veículos’ para os fins da regra ou não?”⁴⁷⁵ Tais indeterminações são chamadas por ele de “problemas de penumbra”, impossibilitando a aplicação da regra de forma imediata. Nesse contexto, em razão da insuficiência do sentido literal do termo, no momento da aplicação prática da regra ao caso em zona de penumbra, alguém deverá assumir a responsabilidade de decidir qual o alcance das palavras, o que elas abrangem e o que deixam de abranger. Esse alguém, portanto, trata-se do julgador, quem possui a legitimidade institucional para a interpretação.

Seguindo seu raciocínio, Hart conclui a seguinte questão: nos casos em que não exista controvérsia sobre a aplicação da norma, ou seja, em que o problema de penumbra não se faz presente, o intérprete simplesmente descreverá o Direito, aplicando a norma tal como ela está posta. A norma, portanto, apenas *é*, sem interferências externas, como política, moralidade ou economia. Em contrapartida, quando houver indeterminação em relação à aplicação do sentido literal a algum caso concreto extraordinário, é preciso ir além. O intérprete escolhe uma das várias possibilidades daquilo que o Direito *deve ser*⁴⁷⁶, em consonância com a sua concepção, que pode ser tanto política quanto econômica ou moral. Aceita-se, nesse contexto, um poder discricionário que se assemelha ao poder do legislador, capaz de promover a criação da regra.

⁴⁷⁵ “Plainly this forbids an automobile, but what about bicycles, roller skates, toy automobiles? What about airplanes? Are these, as we say, to be called “vehicles” for the purpose of the rule or not?” H. L. A. Hart. *Positivism and the separation of Law and Morals*. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 607.

⁴⁷⁶ H. L. A. Hart. *Positivism and the separation of Law and Morals*. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 613.

Há, por parte do julgador, um exercício interpretativo criativo. E — apenas — então, aceita-se a interferência de aspectos de moralidade no Direito:

Again, it seems true to say that the criterion which makes a decision sound in such cases is some concept of what the law ought to be; it is easy to slide from that into saying that it must be a moral judgment about what law ought to be. So here we touch upon a point of necessary "intersection between law and morals" which demonstrates the falsity or, at any rate, the misleading character of the Utilitarians' emphatic insistence on the separation of law as it is and ought to be⁴⁷⁷.

Novamente, parece ser verdade dizer que o critério que torna uma decisão válida em tais casos é algum conceito sobre o que a lei deveria ser; é fácil escorregar para a afirmação de que deve ser um julgamento moral sobre o que a lei deveria ser. Assim, aqui tocamos em um ponto de "interseção necessária entre o direito e a moral", que demonstra a falsidade ou, pelo menos, o caráter enganoso da insistente ênfase dos utilitaristas na separação entre o direito como é e o direito como deveria ser. (tradução nossa).

Veja-se, com isso, que para Hart o conceito de Direito, ou, então, a sua característica identificadora enquanto fenômeno social, não depende de uma intersecção com a moral. Essa intersecção somente aparecerá no julgamento judicial, de forma excepcional, quando houver um caso de zona de penumbra, em que a regra jurídica não é suficiente para respondê-lo. Nesse caso, o julgador, inevitavelmente, dará uma resposta com base naquilo que ele acredita que o Direito deveria ser e, portanto, com base em suas concepções morais.

Obviamente, Hart identificou o problema da interpretação meramente literal dos textos jurídicos⁴⁷⁸, oferecendo como resposta a interpretação criativa do julgador, afirmando a dicotomia existente entre o Direito como ele *é* e o Direito como ele *deve ser* (evidenciando a diferenciação juspositivista entre *fato* e *valor*). No entanto, é importante ressaltar que tal discricionariedade, conforme os termos elencados por Hart, não significa necessariamente uma junção entre ser/dever ser, ou seja, entre Direito e moral. Obviamente, também é necessária a consideração dos fins, das políticas sociais e dos propósitos utilizados pelos juízes, mas estes devem ser considerados em si mesmos como parte do sistema jurídico. Ou seja, o sistema jurídico, na forma como ele se apresenta na realidade, inclui os casos de zona de penumbra e as respostas discricionárias do julgador. Isso não significa que o termo *dever ser* seja um produto de intersecção daquilo que o Direito *é*, mas, sim, que a distinção é feita entre aquilo

⁴⁷⁷ H. L. A. Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 608.

⁴⁷⁸ Para um aprofundamento da questão, ler STRECK, Lenio Luiz. O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 out 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-out-03/senso-incomum-literalista-voluntarista-diante-caes-plataforma>>. Acesso em 19 fev 2025.

que o Direito *é* e as variadas e diferentes concepções daquilo que ele *deve ser*. Ou seja, refere-se a um *standard* de análise crítica, rejeitando-se, ainda, que haja uma conexão necessária.

E qual a relação disso tudo com os julgamentos do Tribunal de Nuremberg? Bem, afirmar uma separação entre Direito e moralidade, leia-se, entre o *fato* e o *valor* (ou seja, entre o Direito enquanto fato manifestado por uma autoridade socialmente autorizada e os méritos de seu conteúdo), significa, também, afirmar que o Direito é independente de concepções morais acerca de como ele deve ser. Nesse sentido, após o contexto nazista, a comunidade jurídica da época visualizou a necessidade de se juntar aquilo que os utilitaristas haviam separado. No entanto, Hart descarta que essa possibilidade seja essencial para que os julgamentos tomem um rumo racional. O efeito de uma desobediência aos critérios estipulados pelo Direito, ainda que tais critérios sejam considerados imorais ou injustos, poderiam ensejar o enfraquecimento da própria autoridade do sistema jurídico. Por isso, em que pese tais atos sejam extremamente repreensíveis, estavam dentro da legalidade, ou melhor, dentro da juridicidade, e, sendo assim, Hart compreendia que as suas punições apenas poderiam ser feitas por meio de legislação retrospectiva⁴⁷⁹. O contrário seria confundir o Direito como ele *é* daquilo que ele *deveria ser*, com todos os problemas que isso pode acarretar.

There were, of course, two other choices. One was to let the woman go unpunished; one can sympathize with and endorse the view that this might have been a bad thing to do. The other was to face the fact that if the woman were to be punished it must be pursuant to the introduction of a frankly retrospective law and with a full consciousness of what was sacrificed in securing her punishment in this way. Odious as retrospective criminal legislation and punishment may be, to have pursued it openly in this case would at least have had the merits of candour. It would have made plain that in punishing the woman a choice had to be made between two evils, that of leaving her unpunished and that of sacrificing a very precious principle of morality endorsed by most legal systems⁴⁸⁰.

Havia, é claro, duas outras opções. Uma era deixar a mulher sem punição; pode-se simpatizar com, e até endossar, a visão de que isso talvez fosse uma má decisão. A outra era encarar o fato de que, se a mulher fosse punida, isso teria de ocorrer mediante a introdução de uma lei francamente retroativa, com plena consciência do que estaria sendo sacrificado ao garantir sua punição dessa maneira. Por mais odiosa que possa ser a legislação penal retroativa e sua aplicação, persegui-la abertamente neste caso ao menos teria o mérito da franqueza. Teria deixado claro que, ao punir a mulher, uma escolha precisou ser feita entre dois males: o de deixá-la impune e o de sacrificar um princípio moral extremamente precioso, consagrado pela maioria dos sistemas jurídicos. (tradução nossa).

⁴⁷⁹ H. L. A. Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 620.

⁴⁸⁰ H. L. A. Hart. Positivism and the separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 619.

Assim, Hart defendeu a ideia de que, como a mulher do exemplo não havia cometido crime segundo a lei positiva da época do fato, a única maneira juridicamente válida de criminalizá-la seria por meio da aprovação de uma regra retrospectiva. Embora isso fosse uma solução injusta, poderia ser a opção moralmente preferível: o mal menor. E, ao mesmo tempo, essa solução tinha a vantagem de evitar prejudicar a distinção entre "o que a lei é" e "o que a lei deveria ser"⁴⁸¹.

Será mesmo que uma concepção baseada na relação necessária entre as instâncias do Direito e da moralidade acarretaria tantos problemas assim? Fuller fornece respostas diferentes para a questão, objetando os pressupostos filosóficos da teoria de Hart.

Sua leitura sobre as análises de Hart conclui que há uma confissão positivista de que os fins perversos poderiam ter tanta coerência e lógica interna como os fins não perversos. Fuller se recusa a aceitar tal presunção. Sua crença, conforme visto anteriormente, é de que a coerência e a bondade possuem maior afinidade entre si do que a coerência e a maldade. É em razão disso que, quando os indivíduos se veem obrigados a explicar e justificar suas decisões, geralmente, direcionam-nas em uma argumentação que se relacione com a bondade, qualquer que seja o *standard* de uma boa moralidade. Nesse contexto, se é verdade que o Direito é um dos refúgios mais seguros, não seria assim pelo fato de que, inclusive nos regimes mais corruptos, há uma hesitação em legalizar crueldades, intolerâncias e atos desumanos? E, não é claro que essa hesitação deriva não da separação entre Direito e moral, mas, precisamente, de uma identificação do Direito com as demandas mais urgentes de moralidade?⁴⁸² É por isso que, em regimes cruéis e autoritários, como o da Alemanha nazista, um dos primeiros princípios da moralidade interna sistematicamente violado é o da publicidade das regras, porque o segredo quanto a elas impede que se revele, publicamente, a sua crueldade.

Fuller, então, contradiz a tese positivista da separabilidade, no argumento de que há uma finalidade inerente ao Direito e uma consequente conexão deste com a moral. Para que uma legislação seja efetiva, deve ser aceita, ao menos provisoriamente, não somente como Direito, mas também como um *bom* Direito. Para que uma legislação tenha condições mínimas de cumprimento, suas disposições devem, por consequência, serem simples e fáceis de entender, não somente em virtude de sua linguagem, mas também em razão de seu *propósito*.

⁴⁸¹ LACEY, Nicola. Out of the witches cauldron? Reinterpreting the context and reassessing the significance of the Hart-Fuller debate. In: **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**, edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, p. 36.

⁴⁸² FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, n° 4, 1958, p. 637.

O que Fuller pretendia demonstrar é que, para que seja possível chamar um sistema jurídico de Direito (e tratá-lo como tal), deve haver, necessariamente, uma administração mínima que observe princípios de moralidade procedimentais (que foram desenvolvidos posteriormente com mais profundidade em sua obra *The Morality of Law*). Tais princípios de moralidade observam, como visto no capítulo anterior, questões como a publicidade, a clareza, a não contradição, a prospectividade e a consistência das regras, considerando que, nos sistemas que não lhes conferem o devido respeito, verifica-se a impossibilidade de serem considerados como sistemas jurídicos. O Direito, nesse sentido, sendo uma ordem, contém sua própria moralidade implícita, que é condição de possibilidade para a sua própria existência. Nas palavras de Fuller, trata-se da moralidade que torna o Direito possível; um sistema jurídico que não observa essas demandas não é apenas um sistema ruim, mas sequer é um sistema efetivamente jurídico digno do rótulo. Ele aborda essas questões, como visto anteriormente, em sua principal obra. Nesse artigo em que discute com Hart, contudo, essa reflexão pode ser evidenciada de forma menos desenvolvida na seguinte passagem:

Law, considered merely as order, contains, then, its own implicit morality. This morality of order must be respected if we are to create anything that can be called law, even bad law. Law by itself is powerless to bring this morality into existence. [...] There is a twofold sense in which it is true that law cannot be built on law. First of all, the authority to make law must be supported by moral attitudes that accord to it the competency it claims. Here we are dealing with a morality external to law, which makes law possible. But this alone is not enough. We may stipulate that in our monarchy the accepted "basic norm" designates the monarch himself as the only possible source of law. We still cannot have law until our monarch is ready to accept the internal morality of law itself. In the life of a nation these external and internal moralities of law reciprocally influence one another; a deterioration of the one will almost inevitably produce a deterioration in the other⁴⁸³.

O Direito, considerado meramente como ordem, contém, então, sua própria moralidade implícita. Essa moralidade da ordem deve ser respeitada se quisermos criar algo que possa ser chamado de Direito, mesmo um Direito injusto. O Direito, por si só, é incapaz de trazer essa moralidade à existência. [...] Há um duplo sentido em que é verdadeiro dizer que o Direito não pode ser fundado apenas no Direito. Em primeiro lugar, a autoridade para criar normas jurídicas deve ser sustentada por atitudes morais que reconheçam a ela a competência que reivindica. Aqui estamos lidando com uma moralidade externa ao Direito, que torna o Direito possível. Mas isso, por si só, não basta. Podemos estipular que, em nossa monarquia, a "norma fundamental" aceita designa o próprio monarca como a única fonte possível de Direito. Ainda assim, não teremos Direito até que nosso monarca esteja disposto a aceitar a moralidade interna do próprio Direito. Na vida de uma nação, essas moralidades externa e interna do Direito influenciam-se reciprocamente; a deterioração de uma quase inevitavelmente produzirá a deterioração da outra. (tradução nossa).

⁴⁸³ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 645.

Fuller traz, ainda, a sua compreensão sobre o Direito como sendo uma questão de orientação à conduta humana, que se trata de um esforço intencional racionalmente direcionado:

Law, as something deserving loyalty, must represent a human achievement; it cannot be a simple fiat of power or a repetitive pattern discernible in the behavior of state officials. The respect we owe to human laws must surely be something different from the respect we accord to the law of gravitation. If laws, even bad laws, have a claim to our respect, then law must represent some general direction of human effort that we can understand and describe, and that we can approve in principle even at the moment when it seems to us to miss its mark⁴⁸⁴.

O Direito, para ser algo digno de lealdade, deve representar uma realização humana; não pode ser um simples fiat do poder ou um padrão repetitivo discernível no comportamento de funcionários estatais. O respeito que devemos às leis humanas deve, certamente, ser algo diferente do respeito que dedicamos à lei da gravidade. Se as leis — mesmo as más leis — têm alguma pretensão ao nosso respeito, então o direito deve representar alguma orientação geral do esforço humano que possamos compreender e descrever, e que possamos aprovar em princípio, mesmo no momento em que nos parece falhar em seu objetivo. (tradução nossa).

Fuller, ainda, refere sobre a questão amplamente discutida no capítulo anterior a respeito da fidelidade ao Direito, e diz que, a partir dessa ótica, a posição atribuída ao juiz – Judiciário – na estrutura do Estado é de vital importância:

The matter assumes a very different aspect, however, if our interest lies in the ideal of fidelity to law, for then it may become a matter of capital importance what position is assigned to the judiciary in the general frame of government⁴⁸⁵.

A questão adquire um aspecto completamente diferente, contudo, se nosso interesse estiver no ideal de fidelidade ao Direito, pois, nesse caso, pode tornar-se de importância capital a posição atribuída ao Judiciário na estrutura geral do governo. (tradução nossa).

Assim, a ordem em si é algo que deve ser conquistado, de modo que a existência de um sistema jurídico, mesmo que injusto e perverso, é sempre uma questão de grau. A partir disso, Fuller descarta a afirmação de que o sistema jurídico nazista era, efetivamente, *Direito* na sua forma mais autêntica, (mesmo a afirmação que o considera um Direito ruim). Ou seja, é com essas reflexões que Fuller contesta não apenas a separação feita entre fato/valor, Direito/moral, mas, sobretudo, chega à conclusão de que o regime nazista não poderá ser considerado Direito

⁴⁸⁴ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 632.

⁴⁸⁵ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 634.

para os julgamentos do Tribunal de Nuremberg. Os princípios de moralidade interna não foram respeitados pelas autoridades nazistas durante a Segunda Guerra Mundial.

We have instead to inquire how much of a legal system survived the general debasement and perversion of all forms of social order that occurred under the Nazi rule, and what moral implications this mutilated system had for the conscientious citizen forced to live under it⁴⁸⁶.

Devemos, em vez disso, investigar quanto de um sistema jurídico sobreviveu à degradação e perversão generalizadas de todas as formas de ordem social que ocorreram sob o regime nazista, e quais implicações morais esse sistema mutilado teve para o cidadão consciente forçado a viver sob ele. (tradução nossa).

Um Direito que é injusto, ou seja, que não observou os princípios mínimos para a sua administração, não é (e não deve ser) considerado Direito. Essa aproximação *fulleriana* das instâncias do *is* e do *ought* é explicada por sua concepção teleológica. Fuller entende que não se pode separar os planos do *ser* e do *dever-ser* quando se trata de empreendimentos que se destinam a um *fim*. Algo só é, ontologicamente, na medida em que se põe como aquilo que se pretende ser. Sendo o Direito um empreendimento coletivo que tem como objetivo coordenar, guiar e orientar a conduta humana por meio de regras estabelecidas, um sistema jurídico só será *Direito* quando efetivamente respeitar os princípios mínimos que tornam esse objetivo possível. Sobre isso já foi suficientemente tratado no capítulo anterior da presente pesquisa. O que se deve ressaltar, contudo, é o quanto essa afirmação de Fuller é, muitas vezes, mal compreendida – e o foi inclusive por Hart. Quando Fuller diz que um Direito injusto não é considerado Direito, ele está falando de um descumprimento sistemático e relevante dos princípios da moralidade interna, e fala também sobre a relação com a moralidade externa.

Ou seja, quanto mais um sistema jurídico viola, sistematicamente, os princípios da moralidade interna, menos ele se torna possível, e mais ele não é Direito. E, por ser uma questão de grau, quanto mais ele incorpora finalidades injustas e perversas, mais ele tende a violar a moralidade interna, porque ela é o meio funcional para se alcançar fins justos e dignos. Fuller, contudo, nunca afirmou que uma regra jurídica injusta automaticamente não é jurídica, porque essa questão se revela a partir de diversos graus.

Assim, os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, para Fuller, deveriam considerar essa perspectiva sobre o Direito nazista. Mas a discussão não termina nesse ponto. Fuller contrapôs, também, a resposta que Hart ofereceu ao problema da interpretação das regras. Segundo o autor estadunidense, há um defeito gritante na suposição hartiana de que os problemas de

⁴⁸⁶ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 646.

interpretação aparecem tipicamente em relação aos termos individualmente considerados, tendo em vista que o significado não está adstrito apenas a uma palavra, mas sim a uma frase, a um parágrafo ou às demais partes do texto. Fuller descarta que exista um significado nuclear das palavras que se mantenha constante independente do contexto em que apareça⁴⁸⁷. Para ele, mesmo os casos concretos que demandam o núcleo duro de significação da norma, ou seja, que não estão em zona de penumbra, estão sujeitos a discordâncias de interpretações.

Nesse sentido, por meio do significado de uma frase, de um parágrafo ou, até mesmo, de uma página, é possível extrair o *propósito* daquele conjunto de textos, que sempre estará lá.

Se a regra que proíbe veículos nos parques públicos é aplicada facilmente nos casos considerados não complexos, isso se dá em razão de claramente ser possível interpretar o propósito das regras em linhas gerais, ou seja, de extrair qual finalidade ela possui. Nesse sentido, todos que estão sujeitos a essa regra não precisam se preocupar com a diferença entre *Fords* e *Cadillacs*⁴⁸⁸, porque a clareza da regra que proíbe veículos no parque público não se dá em razão de um núcleo duro de significado definido em todos os contextos, mas sim porque é possível enxergar com clareza suficiente o que a regra “visa em geral”.

Também o intérprete não precisará se preocupar em ser discricionário (e nem deverá fazê-lo), tendo em vista que, diante de um caso de grande complexidade, em que o termo não se ajusta de forma direta ao caso concreto, basta que essa busca pelo propósito/finalidade da norma seja novamente percorrido para que a solução seja fornecida. Qual a finalidade da norma que proíbe veículos nos parques públicos? Se ela serve para permitir que se tenha um melhor tráfego de pedestres, não faz sentido, diante dos seus termos, proibir que um veículo seja exposto como monumento histórico no meio do parque:

Throughout his whole discussion of interpretation, Professor Hart seems to assume that it is a kind of cataloguing procedure. A judge faced with a novel situation is like a library clerk who has to decide where to shelve a new book. There are easy cases: the Bible belongs under Religion, The Wealth of Nations under Economics, etc. Then there are hard cases, when the librarian has to exercise a kind of creative choice, as in deciding whether *Das Kapital* belongs under Politics or Economics, *Gulliver's Travels* under Fantasy or Philosophy. But whether the decision where to shelve is easy or hard, once it is made all the librarian has to do is to put the book away. And so it is with judges, Professor Hart seems to say, in all essential particulars. Surely the judicial process is something more than a cataloguing procedure. The judge does not discharge his responsibility when he pins an apt diagnostic label on the case. He has to do something about it, to treat it, if you will. It is this larger responsibility which explains why interpretative problems almost never turn on a single word [...]⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 663.

⁴⁸⁸ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 663.

⁴⁸⁹ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 666.

Ao longo de toda a sua discussão sobre interpretação, o Professor Hart parece presumir que se trata de um tipo de procedimento de catalogação. Um juiz diante de uma situação nova seria como um bibliotecário que precisa decidir onde colocar um novo livro na estante. Há casos fáceis: a Bíblia vai para Religião, *A Riqueza das Nações* para Economia, etc. Depois há casos difíceis, em que o bibliotecário precisa exercer um tipo de escolha criativa, como decidir se *O Capital* deve ficar em Política ou Economia, ou *As Viagens de Gulliver* em Fantasia ou Filosofia. Mas, seja a decisão fácil ou difícil, uma vez tomada, tudo o que o bibliotecário precisa fazer é guardar o livro. E, segundo parece o Professor Hart, o mesmo vale para os juizes, em todos os aspectos essenciais. Certamente o processo judicial é algo mais do que um procedimento de catalogação. O juiz não cumpre sua responsabilidade apenas ao atribuir um rótulo diagnóstico apropriado ao caso. Ele precisa fazer algo a respeito, tratá-lo, por assim dizer. É essa responsabilidade mais ampla que explica por que os problemas interpretativos quase nunca giram em torno de uma única palavra [...]. (tradução nossa).

O Direito, afinal, não é apenas um conjunto de regras isoladas e abstratas, mas um *corpus juris*, que, tomado em seu conjunto, orienta-se em uma determinada direção a partir de sua lógica própria. Quanto as palavras de um texto jurídico (uma norma, um estatuto, um decreto, enfim) são tomadas como sendo todas partes de uma única estrutura de pensamento, elas interagem umas com as outras durante o processo de interpretação⁴⁹⁰. Assim, para Fuller, para se interpretar uma norma, deve-se olhar para além das palavras individualmente consideradas, deve-se olhar para o *corpus juris* como um todo, tornando-o um corpo coerente e funcional. Os princípios mesmos que informam a possibilidade de existência do Direito *qua* Direito permitem também que os sistemas sejam orientados a partir de diretrizes que possibilitam sua interpretação como sistemas que são. Fuller, portanto, angustiava-se com o positivismo jurídico nessa questão, chegando a questionar: “Será possível que a filosofia positivista exija que abandonemos uma visão de interpretação que vê como preocupação central, não as palavras, mas o propósito e a estrutura?”⁴⁹¹.

Nessa parte, Fuller cita o exemplo de Wittgenstein sobre ensinar um jogo para crianças, que ele já havia trazido no artigo *Human Purpose and Natural Law*. Ele diz que estava simplesmente tentando mostrar o papel que a reflexão desempenha na decisão sobre o que deve ser feito e que todo o processo de interpretação poderia ser não apenas uma escolha sobre os meios adotados para os fins buscados, mas um esclarecimento sobre o próprio fim. Assim, para Fuller, os defeitos mais profundos da análise de Hart resultam, em última análise, de uma teoria equivocada sobre o significado da linguagem em geral, que afeta a interpretação judicial, na

⁴⁹⁰ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 667.

⁴⁹¹ “Can it be possible that the positivistic philosophy demands that we abandon a view of interpretation which sees as its central concern, not words, but purpose and structure?” FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 667.

medida em que essa análise minimiza o efeito que o propósito tem no significado das palavras e na estrutura da linguagem⁴⁹².

Nicola Lacey comenta essa crítica de Fuller no seguinte sentido:

On the specific point about adjudication, and about the illusory quality of the ‘core meanin’ of legal terms, on which he is widely viewed as having scored some significant points over Hart, Fuller was on Har’s weakest, and his own strongest, ground: the elaboration of theoretical conceptions of law which take seriously its distinctive institutional form and processes. The main preoccupation of positivist analysis is to provide an ‘anatomy of law’: i.e. to explain, as Joseph Raz put it in his first book, how to identify the ‘momentary legal system’: all the norms valid in one system at any one point in time. By contrast Fuller’s own concern in his broader scholarship was with the living ‘physiology of law’: with the institutional processes through which human conduct is subject to legal governance. Hart’s lack of interest in law’s institutional form – an interest which, significantly, finds some expression in the working notebook for *The Concept of Law*, but which has more or less disappeared in the book itself - made it extremely difficult to defend himself against Fuller’s attack, or indeed against Ronald Dworkin’s later account of adjudication. In the absence of any sophisticated account of the judicial role, it was difficult for Hart to carve out a path between a formalist vision on the one hand and a vision of broad discretion implying, in effect, judicial legislation on the other.

Sobre o ponto específico da adjudicação, e sobre a qualidade ilusória do “significado central” dos termos jurídicos — aspecto no qual Fuller é amplamente visto como tendo marcado pontos significativos contra Hart —, Fuller estava no terreno mais fraco de Hart e no seu próprio terreno mais forte: a elaboração de concepções teóricas do Direito que levam a sério sua forma institucional e seus processos distintivos. A principal preocupação da análise positivista é fornecer uma “anatomia do Direito”, ou seja, explicar, como Joseph Raz colocou em seu primeiro livro, como identificar o “sistema jurídico momentâneo”: todas as normas válidas em um sistema num dado momento no tempo. Em contraste, a preocupação de Fuller em sua produção acadêmica mais ampla era com a “fisiologia viva do Direito”: com os processos institucionais por meio dos quais a conduta humana é submetida à governança jurídica. A falta de interesse de Hart pela forma institucional do Direito — um interesse que, significativamente, encontra alguma expressão no caderno de anotações de trabalho de *The Concept of Law*, mas que desaparece quase por completo no próprio livro — tornou extremamente difícil para ele se defender do ataque de Fuller, ou mesmo da posterior crítica de Ronald Dworkin sobre a adjudicação. Na ausência de uma concepção sofisticada sobre o papel judicial, foi difícil para Hart traçar um caminho entre, de um lado, uma visão formalista e, de outro, uma visão de ampla discricionariedade que implicaria, na prática, uma forma de legislação judicial. (tradução nossa).

Veja-se, com isso, que o debate Hart-Fuller não se resumiu apenas à discussão acerca da validade do Direito nazista e da tese da separabilidade. Debateu-se, sobretudo, sobre uma questão relativa ao problema da interpretação, e tratou-se de uma divergência acerca do próprio conceito de Direito. Para Hart, as regras jurídicas não são capazes de estabelecer com antecedência todos os casos concretos, abrindo-se a possibilidade extraordinária de existir uma zona de penumbra, que, conseqüentemente, permitirá a discricionariedade judicial. Fuller,

⁴⁹² FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958, p. 669.

contudo, não entrou, no debate, na crítica relacionada com a assunção, pelo positivismo jurídico, da discricionariedade judicial ilimitada. Porém, ele trouxe os contornos do que, mais para frente, conduziu a essa crítica. Para Fuller, o juiz não deve ser criador de significados das normas que estejam em zona de penumbra, porque ele deverá observar a finalidade (o propósito) da norma, que está adstrita ao texto, recorrendo àquilo que a própria regra tem a dizer. Hart e Fuller, portanto, cada um a seu modo, desenvolveram, articularam e anunciaram perguntas e proposições que constituem o que há de mais importante na teoria do Direito: questões sobre legitimidade, sobre interpretação, sobre o que é, afinal, *Direito*.

Quando Fuller aponta, pela primeira vez, o problema da teoria da interpretação de Hart, ele está criando o terreno fértil para a Teoria do Direito desenvolver a crítica a uma das maiores contradições do positivismo jurídico, qual seja, não se preocupar com a decisão judicial. Trata-se de uma contradição porque, ao separar o Direito entre aquilo que ele é e aquilo que ele deve ser, ou seja, ao compreender o Direito como um mero fato social manifestado pela autoridade socialmente autorizada, assume-se que o juiz, sendo uma autoridade, interprete as normas de acordo com a sua subjetividade. Porém, o nascedouro do positivismo jurídico era o de, justamente, fornecer mais objetividade à aplicação das normas. Hart vai ainda mais longe nessa contradição, porque pela primeira vez coloca luz nessa questão que era, até então, ignorada pelo positivismo, e faz uma diferenciação entre os casos fáceis e os casos limítrofes, que estão em zona de penumbra, para não apenas descrever que os juízes criam normas com base na sua subjetividade – diante de um problema de interpretação – mas para legitimar isso como sendo parte do sistema jurídico tal como ele é. Fuller critica Hart quanto a essa perspectiva sobre a linguagem e sobre o papel do juiz no Direito.

Nicola Lacey diz que Fuller não estava sozinho entre seus contemporâneos ao enxergar o Direito e a interpretação jurídica como informados por propósitos substantivos, que essa visão era representada, na época, pela denominada "escola do processo", engajada por seus colegas Henry Hart e Albert Sacks. Contudo, Fuller deu um passo importante além de seus colegas ao argumentar que havia uma razão particular para se acreditar que, quando certas formas processuais fossem respeitadas, esses propósitos seriam moralmente atraentes, ou seja, que há uma afinidade entre boas formas e bons propósitos. Para Lacey, Fuller estava determinado a unir suas preocupações morais e procedimentais: os *insights* de que a forma é inseparável do conteúdo — no sentido de que a forma ajuda a moldar os resultados — e de que as formas processuais são frequentemente moldadas por valores, tornaram-se, no contexto do debate, a

proposição (logicamente duvidosa) de que, analiticamente, meios e fins, ser e dever ser, são inseparáveis⁴⁹³.

Veja-se, com isso, que relembrar o debate Hart-Fuller é importante para compreender o que se objetiva nesse terceiro capítulo da Dissertação, ou seja, para compreender as aplicações práticas da moralidade interna do Direito, porque Fuller trouxe, nele, aspectos relevantes sobre a questão da interpretação judicial, que, ao fim e ao cabo, faz parte da aplicação prática do Direito.

3.2 A moralidade interna como uma potencial resposta ao desafio da discricionariedade no exercício do poder decisório das instâncias públicas

Disse-se, nos tópicos anteriores, que Fuller foi um dos primeiros autores consolidados a criar “terreno fértil” para que a Teoria do Direito desenvolvesse as principais críticas ao positivismo jurídico. Ele foi um dos primeiros autores de seu contexto a apontar, de forma mais clara, o problema da tese da separabilidade do positivismo jurídico, da sua postura metodológica e da interpretação judicial. Contudo, Fuller não desenvolveu essa questão relativa à aceitabilidade da discricionariedade pública com – talvez – a profundidade que o tema exigisse. Fuller não desenvolveu propriamente uma *teoria da decisão judicial*, nem nunca rejeitou, com veemência, a discricionariedade judicial (apesar de, igualmente, nunca a ter aceitado com veemência). Essa tarefa ficou para os jusfilósofos que vieram depois dele.

Contudo, a hipótese da presente pesquisa é a de que seja possível, a partir de Fuller, desenvolver uma leitura combativa à discricionariedade das decisões públicas, incluindo-se, nesse aspecto, a decisão judicial, uma vez que a sua tese traz a existência de critérios externos de justificação dessas decisões. Ou seja, na elaboração de quaisquer de suas decisões - desde textos normativos abstratos (estatutos, leis, decretos, códigos etc.), até a aplicação particular desses textos - o poder público precisa, necessariamente, respeitar critérios externos de justificação encontrados na moralidade interna do Direito. Tais critérios, como visto anteriormente, são de ordem procedimental (os princípios da moralidade interna), mas possuem uma relação direta com questões morais substantivas, assentadas em *propósitos*, na medida em que se tratam do meio funcional para atingir essas questões substantivas. Chamam-se de *critérios externos* justamente porque não se tratam de escolhas subjetivas e pessoais do sujeito

⁴⁹³ LACEY, Nicola. Out of the witches cauldron? Reinterpreting the context and reassessing the significance of the Hart-Fuller debate. In: LACEY, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**, edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011, p. 40.

que toma a decisão. Tratam-se de critérios que são externos à subjetividade do intérprete da norma ou do sujeito que elabora um texto normativo, tampouco estão submetidos aos seus desejos e impulsos. Pelo contrário, são os agentes públicos que se submetem a esses critérios.

Tal hipótese não foi extraída a partir do nada. Ela está consubstanciada não apenas na própria leitura e estudo dessa pesquisadora sobre Lon Fuller, mas também na leitura e estudo de outros juristas e pesquisadores sobre o tema.

Um desses pesquisadores foi abordado no item 2.4 da presente Dissertação de Mestrado, quando se falou das críticas a Lon Fuller. Trata-se de Kenneth Winston, que considera os oito cânones da moralidade interna como *critérios judiciais para invalidar a legislação*. Isso, porque Winston entende que, ao se tratarem de critérios externos de justificação que são vinculantes em qualquer tomada de decisão pública, o juiz/julgador pode utilizá-los como referências para invalidar a legislação que não os respeitou. Ao trazer esse ponto, contudo, Winston diz exatamente o que foi dito nos parágrafos acima: que Fuller frequentemente refere sobre a questão legislativa e sobre a responsabilidade do poder público com os cidadãos, mas refere pouco sobre a questão judicial. Porém, quando dá exemplos da identificação de como esses princípios são executados, ele cita pronunciamentos judiciais⁴⁹⁴. Assim, Winston trabalha a moralidade interna do Direito como fonte de critérios de revisão judicial.

Há, como visto anteriormente, uma explicação de Winston a respeito dessa questão. Ele diz que há dois sentidos em que uma decisão judicial pode ser considerada autoritativa⁴⁹⁵. Ela pode ser “conclusiva do ponto de vista institucional”, ou seja, emitida pelo órgão público que tem jurisdição sobre a questão, ou pode ser “bem fundamentada”, ou seja, baseada no argumento mais persuasivo que se pode construir com os recursos jurídicos existentes. Assim, a concepção de Fuller era a de que a legalidade⁴⁹⁶ de um pronunciamento judicial não depende somente de ele ser oriundo de uma fonte formal autorizada. Essa condição estabelece a sua legalidade em uma dimensão mínima. Precisa, contudo, haver a “conclusividade institucional”, ou seja, devem haver *razões políticas substanciais* para se querer restringir o reconhecimento do Direito válido. Contudo, conforme diz Winston, a conclusividade institucional é o elemento de *fiat* (imposição arbitrária) na organização jurídica, justamente o tipo de elemento que a regulação jurídica deve procurar minimizar. Assim, na concepção fullariana, uma decisão

⁴⁹⁴ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 40.

⁴⁹⁵ A hipótese é que o termo “autoritativo” – *authoritative* – é empregado no sentido de considerar a decisão judicial como válida a partir dos pressupostos jurídicos e das fontes sociais autorizadas. Poderia ser traduzida como “vinculante” dentro do sistema jurídico, no sentido de que cumpre com as condicionantes do sistema jurídico que reconhecem a sua existência e vinculação, a partir do conceito de Direito abordado.

⁴⁹⁶ Novamente, no mesmo sentido do termo “autoritativo”.

judicial aumenta em legalidade – no sentido explicado na nota de rodapé - *à medida que se torna mais bem fundamentada*. Nesse contexto, caso a questão diga respeito à aplicação de uma norma legislativa, verificar se essa norma foi elaborada conforme as regras formais vigentes não elimina a necessidade de avaliar se ela está de acordo com certos princípios gerais, como os preceitos do direito natural⁴⁹⁷.

Assim, o erro dos positivistas é tratar os princípios utilizados nas decisões judiciais como se fossem reconhecidos judicialmente apenas por um fato historicamente contingente (porque, nessa perspectiva, o Direito se trata de um fato social manifestado pela autoridade). Isso sugere, contudo, que os juízes poderiam adotar critérios de revisão judicial completamente diversos, como se os princípios da moralidade interna (como, por exemplo, a proposição de que as leis devem ser expressas com clareza) fosse apenas uma preferência subjetiva dos juízes. Contudo, Winston explica que o respeito à integridade da legislação exige fidelidade aos oito cânones — o que impõe uma limitação objetiva às escolhas judiciais.

Assim, poder-se-ia dizer, contra a crítica positivista, que os oito cânones não são princípios jurídicos porque foram aceitos e aplicados pelos juízes, mas sim porque eles têm *status* jurídico, porque são princípios que os juízes têm o dever de aceitar e aplicar. Nesse sentido, os cânones são padrões que, se ignorados, correm risco de comprometer todo o empreendimento jurídico⁴⁹⁸.

A a tese de Winston é a de que a moralidade interna traz balizas para a tomada de decisão do poder público em todos os seus níveis (legislativo, executivo e judicial). Estabelece critérios externos de justificação das tomadas de decisão, que não se tratam apenas de cânones formais que atestam a eficácia do Direito. Eles são constitutivos do Direito, são condições necessárias para o seu bom funcionamento, para a sua própria existência enquanto um sistema jurídico autêntico, e, além disso, possuem natureza moral.

Outros desses pesquisadores são Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Em artigo publicado conjuntamente pelos autores no *The New York Times*⁴⁹⁹, ambos denunciaram uma movimentação da *U.S. Supreme Court* (a Suprema Corte dos Estados Unidos) para limitar tanto o poder discricionário como certo nível de independência dos órgãos administrativos no país. Trataram de uma certa movimentação do órgão jurisdicional em que alguns Ministros estariam

⁴⁹⁷ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 41.

⁴⁹⁸ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 42.

⁴⁹⁹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. The Very Structure of Modern Government Is Under Legal Assault. **The New York Times**, 15 set 2020. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>>. Acesso em 19 fev 2025.

questionando a própria estrutura do governo moderno, ou, nas palavras dos autores, do “estado administrativo”. Alguns membros da Suprema Corte do país, segundo os autores, gostariam de reviver o que eles chamam de “doutrina da não-delegação”, que proibiria o Congresso de conceder discricionariedade excessivamente ampla ou irrestrita às agências administrativas, como a *Environmental Protection Agency* (Agência de Proteção Ambiental), o *Department of Labor* (Departamento de Trabalho) e o *Department of Transportation* (Departamento de Transporte).

Partindo do pressuposto de que a concessão de ampla e irrestrita discricionariedade aos órgãos administrativos nas suas tomadas de decisões políticas é prejudicial para os princípios subjacentes à democracia, os autores reconheceram que a intenção dos Ministros pode ser a melhor possível, pois reflete um compromisso com valores de legalidade, responsabilidade e liberdade (ressalvadas todas as discussões conceituais que esses termos podem gerar). A crítica, no entanto, não diz respeito ao mérito; dirige-se, pois, para a abordagem com a qual a questão é tratada, tendo em vista que partes importantes das leis *Clean Air Act* e *Occupational Safety and Health Act* foram invalidadas a partir de decisões judiciais proferidas pelos Ministros.

Em resumo, os autores denunciaram o lançamento, pela *U.S. Supreme Court*, de uma “nuvem constitucional sombria” sobre a ideia de que o Congresso tem o poder de permitir a operação independente das agências administrativas em relação ao Presidente, questão que interessa também para a República brasileira, que lida com órgãos independentes como a Comissão de Valores Mobiliários, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, e ainda repercute no debate público uma questão relacionada à necessidade de independência do Banco Central.

A crítica realizada pelos dois autores, portanto, denuncia um fenômeno que se aproxima daquilo que pode ser conceituado, no Brasil, como ativismo judicial, no qual os juízes decidem de acordo com sua própria subjetividade, utilizando-se de argumentos que extrapolam o sistema jurídico e se baseiam nas suas próprias convicções de mundo⁵⁰⁰. Ou seja, para os autores, há um objetivo político por trás das decisões da *U.S. Supreme Court*, que não se dá a partir da

⁵⁰⁰ Diferencia-se o ativismo judicial do fenômeno da judicialização da política. Esse último é “inexorável contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 87.

legalidade e que pode ser traduzido como uma tentativa de longa data de ver o Estado Administrativo como fundamentalmente ilegítimo⁵⁰¹.

Nesse contexto, para além da crítica elaborada, os autores propõem uma solução: assumem a boa intenção desses Ministros - e até, em certa medida, concordam com ela -, mas ressaltam que a melhor forma de promoção de tais valores não é a partir da desconstrução do desenho institucional, mas sim a partir da adaptação e renovação daquilo que se compreende como Estado de Direito (*Rule of Law*). E tal adaptação não se limita apenas à relação direta entre os poderes políticos clássicos, como Congresso Nacional/Presidência da República e Poder Judiciário, mas também entre outros órgãos independentes. Assim, a ideia subjacente ao texto é de que as propostas de uma melhoria no sistema são legítimas e fazem parte de uma autêntica democracia, no entanto, elas devem ser feitas de forma a respeitar os contornos do Estado de Direito, em conformidade com os ditames constitucionais e republicanos, e não por meio de invalidações legais formuladas pelas autoridades a partir do próprio poder de tomada de decisão.

A questão fundamental que decorre dessa compreensão é: como, então, exercer um controle sobre as decisões administrativas sem, com isso, incorrer em ativismo judicial ou proferir decisões *contra legem*, respeitando-se os contornos institucionais que delineiam a República? É possível, a partir do Estado de Direito, vincular as instituições em termos de moralidade? Para Cass Sunstein e Adrian Vermeule, a resposta se dá a partir da filosofia sobre a moralidade interna do Direito de Lon Fuller.

Veja-se, portanto, como os autores trazem a moralidade interna como uma forma de obter critérios externos para a revisão judicial dos atos administrativos do Poder Executivo e, com isso, evitar a discricionariedade judicial.

Em 1957, ou seja, um ano antes do debate com H.L.A. Hart, Fuller escreveu um pequeno ensaio denominado *The Forms and Limits of Adjudication* (As Formas e os Limites da Adjudicação). Winston conta que a versão inicial do ensaio foi distribuída aos membros do Grupo de Discussão em Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de Harvard, e que uma versão revisada e expandida foi preparada em 1959 para uso no curso de *jurisprudence* de Fuller. Disse, ainda, que Fuller escreveu uma terceira versão do ensaio para uso em sala de aula

⁵⁰¹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. The Very Structure of Modern Government Is Under Legal Assault. **The New York Times**, 15 set 2020. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>>. Acesso em 19 fev 2025.

em 1961, que foi publicada postumamente em 1978 na *Harvard Law Review*⁵⁰². O texto consta, na íntegra, na obra de Winston em que ele reuniu os originais de Fuller.

Nesse texto, publicado após o falecimento de Fuller, o autor aborda sobre as formas e os limites da adjudicação — *adjudication* — que, nos termos aqui abordados, pode ser compreendido como sendo o processo de tomada de decisão como um todo. Ele aborda, portanto, a adjudicação no sentido mais amplo possível. Logo no início do texto, Fuller conceitua da seguinte forma: inclui, por exemplo, um pai que tenta assumir o papel de juiz em uma disputa entre seus filhos sobre a posse de um brinquedo; abrange os exercícios mais formais do poder adjudicativo, como, por exemplo, o Senado julgando o *impeachment* de um Presidente; a decisão de uma Suprema Corte; de um Tribunal; etc. Ou seja, tal como utilizado por Fuller, o termo “adjudicação” não se restringe a atuação somente dos Tribunais, mas inclui órgãos adjudicativos que recebem seus poderes do consentimento das partes litigantes, expresso em um acordo de submissão — como nas relações trabalhistas e no Direito Internacional. E inclui, também, tribunais que assumem poderes adjudicativos sem o respaldo do consentimento ou de uma autoridade governamental superior — sendo o exemplo mais notável o Tribunal responsável pelos julgamentos de Nuremberg⁵⁰³.

Assim, Fuller não utiliza o termo “adjudicação”, nesse texto, como sendo um sinônimo de “decisão judicial”, mas ele inclui nesse conceito também as decisões judiciais, o que permite fazer uma análise dessa questão e relacioná-la com os seus limites. Nesse texto, Fuller tem uma passagem bastante importante acerca da necessidade de se definir, em sua época, um processo verdadeiro e correto de adjudicação, de modo que a sua perversão deva ser considerada como um abuso. Isso é interessante porque demonstra como naquela época já havia um enfrentamento a respeito da delimitação dos conceitos e já havia a ascensão de um relativismo filosófico. Já era difícil, portanto, defender que as coisas possuem um conceito autêntico.

Segundo Fuller,

The purpose of this chapter is to offer an analysis that may be helpful in answering questions like those posed in the preceding paragraphs. Now it is apparent that any analysis of this sort, transcending as it does so many conventional boundaries, will be meaningless if it does not rest on some concept equivalent to "true adjudication." For if there is no such thing as "true adjudication," then it becomes impossible to distinguish the uses and abuses of adjudication. Yet it is unfortunately also true that any suggestion of a notion like "true adjudication" goes heavily against the grain of modern thought. Today it is a mark of intellectual liberation to realize that there is and can be no such thing as "true science," "true religion," "true education," or "true

⁵⁰² WINSTON, Kenneth. *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*. rev. Hart Publishing, 2002, p. 86.

⁵⁰³ WINSTON, Kenneth. *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*. rev. Hart Publishing, 2002, p. 88.

adjudication." "It is all a matter of definition." The modern professional university philosopher is particularly allergic to anything suggesting the doctrine of essence and takes it as a sure sign of philosophic illiteracy when a writer speaks of the essence of art or the essence of democracy⁵⁰⁴.

O objetivo deste capítulo é oferecer uma análise que possa ser útil para responder a perguntas como as colocadas nos parágrafos anteriores. Ora, é evidente que qualquer análise desse tipo — que ultrapassa tantas fronteiras convencionais — será vazia de sentido se não se apoiar em algum conceito equivalente a uma "verdadeira adjudicação". Pois, se não existe tal coisa como uma "verdadeira adjudicação", torna-se impossível distinguir entre os usos e os abusos da adjudicação. No entanto, também é verdade, infelizmente, que qualquer sugestão de uma noção como "verdadeira adjudicação" contraria fortemente o espírito do pensamento moderno. Hoje, considera-se sinal de libertação intelectual perceber que não existe — e nem pode existir — algo como "ciência verdadeira", "religião verdadeira", "educação verdadeira" ou "adjudicação verdadeira". "Tudo é uma questão de definição." O filósofo universitário profissional moderno é particularmente alérgico a qualquer coisa que sugira uma doutrina de essência, e vê como sinal certo de analfabetismo filosófico quando um autor fala da essência da arte ou da essência da democracia. (tradução nossa).

Veja-se, portanto, importante reflexão nesse sentido: se não há a definição do que é uma verdadeira adjudicação, não há como distinguir entre o seu uso e o seu abuso. Da mesma forma, se não há uma definição do que é, afinal, a decisão judicial, e do que é o Direito, não há como saber quando ocorre o seu abuso. Se não há uma definição do que é a democracia, também não há a compreensão de quando ela está sendo subvertida, de quando ela deixa de ser democracia. Fuller traz, nesse sentido, importantes reflexões que podem ser transportadas para a atualidade. Ele criticava a compreensão de que não se pudesse definir adequadamente a adjudicação, ou dar um conceito de "verdadeira adjudicação", bem como de que não se pudesse definir quando ela estaria sendo extrapolada. Assim, o estabelecimento de limites conceituais pressupõe, também, o estabelecimento de conceitos autênticos. E Fuller, nesse texto, tenta definir a "verdadeira adjudicação" — ou a adjudicação tal como poderia ser, se os ideais que a sustentam fossem plenamente realizados⁵⁰⁵.

Nesse empreendimento, Fuller entende a adjudicação como uma forma de ordenação social, que se distingue, por exemplo, do contrato e das eleições, que são outras duas formas de ordenação social. Tratam-se, portanto, de três maneiras de se chegar a decisões, de resolver controvérsias, de definir as relações entre os seres humanos. A característica distintiva de cada uma dessas formas de ordenação social reside na maneira pela qual a parte afetada participa da decisão alcançada. Veja-se: nas eleições, a parte afetada (o cidadão) participa da decisão por

⁵⁰⁴ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 89.

⁵⁰⁵ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 90.

meio do voto; no contrato, por meio da negociação; e na adjudicação, por meio da apresentação de provas e argumentos fundamentados⁵⁰⁶. Veja-se, com isso, que na decisão judicial as partes participam da tomada de decisão, justamente, por meio da apresentação de suas provas e de seus argumentos fundamentados.

Segundo Fuller, essas três formas de ordenar as relações entre as pessoas possuem certas exigências intrínsecas que devem ser atendidas para que funcionem adequadamente, e ele distingue essas exigências entre “condições ótimas” (*optimum conditions*), que elevariam uma forma particular de ordenamento à sua mais alta expressão, e condições essenciais (*essential conditions*), sem as quais a forma de ordenamento deixa de funcionar de modo significativo. No caso da adjudicação, a sua característica distintiva é essa: ela confere à parte afetada uma forma peculiar de participação na decisão, qual seja, a apresentação de provas e argumentos fundamentados em favor de uma decisão que a beneficie, e essa apresentação é uma garantia institucional. Assim, tudo o que amplifica o significado dessa participação eleva a adjudicação à sua ótima expressão, e tudo o que destrói o sentido dessa participação compromete a integridade da adjudicação em si. Portanto, nas palavras de Fuller, “a participação por meio de argumentos racionais perde o sentido se o árbitro da controvérsia for inacessível à razão porque está insano, foi subornado ou é irremediavelmente parcial”⁵⁰⁷.

Assim, para Fuller, sendo o juiz um agente que integra um processo decisório no qual a participação da parte afetada consiste na oportunidade – garantida institucionalmente - de apresentar provas e argumentos racionais, a sua imparcialidade é uma implicação necessária. Há, nesse processo, um aspecto de racionalidade:

Adjudication is, then, a device which gives formal and institutional expression to the influence of reasoned argument in human affairs. As such it assumes a burden of rationality not borne by any other form of social ordering. A decision which is the product of reasoned argument must be prepared itself to meet the test of reason. We demand of an adjudicative decision a kind of rationality we do not expect of the results of contract or of voting. This higher responsibility toward rationality is at once the strength and the weakness of adjudication as a form of social ordering⁵⁰⁸.

A adjudicação é, portanto, um mecanismo que dá expressão formal e institucional à influência do argumento racional nos assuntos humanos. Como tal, assume um ônus de racionalidade que não recai sobre nenhuma outra forma de ordenação social. Uma decisão que resulta de argumentos racionais deve estar, ela própria, preparada para submeter-se ao teste da razão. Exigimos de uma decisão adjudicativa um tipo de racionalidade que não esperamos dos resultados de contratos ou de votações. Essa

⁵⁰⁶ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 91.

⁵⁰⁷ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 92.

⁵⁰⁸ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 94.

maior responsabilidade com a racionalidade é, ao mesmo tempo, a força e a fraqueza da adjudicação como forma de ordenação social. (tradução nossa).

Ou seja, há um padrão de racionalidade no processo de tomada de decisão judicial que não está presente nas demais formas de ordenação social. Além disso, o litigante, ou seja, a parte afetada pela decisão, afirma um princípio, ou princípios, pelos quais seus argumentos sejam válidos e suas provas sejam relevantes:

(3) A naked demand is distinguished from a claim of right by the fact that the latter is a demand supported by a principle; likewise, a mere expression of displeasure or resentment is distinguished from an accusation by the fact that the latter rests upon some principle. Hence, (4) issues tried before an adjudicator tend to become claims of right or accusations of fault⁵⁰⁹.

(3) Uma exigência nua e crua se distingue de uma reivindicação de direito pelo fato de que esta última é uma demanda apoiada em um princípio; da mesma forma, uma mera expressão de desagrado ou ressentimento se distingue de uma acusação pelo fato de que esta se fundamenta em algum princípio. Consequentemente, (4) questões levadas a julgamento diante de um adjudicador tendem a se transformar em reivindicações de direito ou acusações de culpa. (tradução nossa).

Assim, para Fuller, uma demanda apoiada em um princípio é, em essência, uma reivindicação de direito. Se um funcionário pedir ao seu chefe um aumento, ele poderá argumentar de diversas maneiras: com base no princípio da igualdade de tratamento, comparando com seu colega que recebeu um aumento. Ele pode apelar à generosidade, mencionando as necessidades de sua família; pode propor uma troca, oferecendo-se para assumir funções adicionais se receber o aumento etc. Contudo, se ele judicializar a sua demanda, não poderá simplesmente apoiar seu pedido em um apelo à caridade ou propor uma barganha, ele terá necessariamente que fundamentá-la em algum princípio⁵¹⁰.

Assim, a adjudicação possui três aspectos, na compreensão fulleriana: 1) O modo peculiar pelo qual a parte afetada participa da decisão; 2) A exigência especialmente rigorosa de racionalidade que o processo adjudicativo deve atender; 3) O fato de que a adjudicação encontra seu campo normal e “natural” no julgamento de reivindicações de direito e acusações de culpa.

Nesse sentido, Fuller traz uma importante questão: as decisões tomadas nesse processo de adjudicação que é a decisão judicial precisam ser fundamentadas em um princípio geral (ou em alguns princípios gerais). Ou seja, a adjudicação é, institucionalmente, comprometida com

⁵⁰⁹ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 96.

⁵¹⁰ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 97.

uma *decisão fundamentada*, uma decisão baseada em *princípios*⁵¹¹. Veja-se, com isso, que Fuller já antecipava, muito antes de Ronald Dworkin, a existência de princípios normativos, em que pese não tenha aprofundado nessa questão nem a desenvolvido como Dworkin fez.

Assim, Fuller apresenta reflexões importantes para o futuro da Teoria do Direito no ocidente: 1) No debate com H.L.A. Hart, demonstra que a linguagem do Direito não se exaure na mera literalidade do texto normativo; 2) Demonstra, ainda, que a interpretação de um texto não está nas palavras isoladamente consideradas, ou seja, que existe um valor substantivo que está implícito no próprio texto – e não da subjetividade do intérprete - e esse valor tem a ver com o propósito da norma; 3) Assim, afirma que não há como separar fato e valor no processo interpretativo, na medida em que o propósito subjacente ao fato diz respeito a aspectos valorativos substanciais, e a o seu entendimento é condição necessária para compreender o fato adequadamente; 4) Isso se estende à análise das características definidoras de todos os sistemas jurídicos, ou seja, não há como separar, conceitualmente, o Direito da sua moralidade que lhe é intrínseca; 5) Com os princípios da moralidade interna, Fuller apresenta não apenas as condições básicas para dizer aquilo que o Direito é, mas também apresenta critérios externos que devem orientar a tomada de decisão pública, não apenas no âmbito de produção legislativa, mas também no âmbito de aplicação do Direito, no âmbito da decisão judicial e no âmbito administrativo *lato sensu*.

O Direito existe para além da mera subjetividade dos agentes envolvidos, ou, para contradizer as teses positivistas, para além da mera imposição por uma autoridade socialmente autorizada.

Considerar que o Direito possui respostas, mesmo quando a literalidade da norma jurídica não é suficiente para responder a um caso concreto, ou quando não há uma norma jurídica que incida no caso concreto, parece a melhor conclusão a ser adotada. É a única forma de consolidar aquilo que democraticamente foi estabelecido. A linguagem do/no Direito não se esgota na literalidade dos textos. Isso não significa desconsiderá-los e enfraquecer a sua normatividade. Pelo contrário, ao entender que a norma jurídica diz mais do que a sua simples literalidade, fortifica-se ainda mais a sua vinculação. Trata-se de um modo de consolidação da autonomia jurídica. Isso se torna mais sólido ainda quando se considera que, além de o Direito possuir respostas – que não dependem da subjetividade do intérprete -, dentre todas as possíveis, há algumas que são mais corretas do que outras.

⁵¹¹ WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002, p. 99.

Segundo Charles Covell, Fuller alegou que os positivistas haviam falhado em fornecer uma teoria persuasiva de adjudicação para a decisão de disputas jurídicas que não estavam protegidas pela legislação ou por precedentes⁵¹². Ou seja, exatamente aquilo que Lenio Streck diz sobre o fato de o positivismo falhar em não se preocupar com uma teoria da decisão. Segundo Covell, Fuller sugeriu que esses casos deveriam ser decididos pelos Tribunais de acordo com procedimentos disciplinados de raciocínio judicial, que apelavam diretamente ao extenso corpo de princípios jurídicos e padrões de moralidade política que fundamentavam a estrutura de qualquer sistema dado de direito positivo. Ao fazê-lo, Fuller sugeriu que esses procedimentos pressupunham a aceitação, pelos Tribunais, de um método para uma interpretação propositiva da norma⁵¹³.

Austin and later legal positivists, like Kelsen, had characteristically implied that the legitimacy of adjudication derived from some specific delegation of authority to the courts by the supreme law-making power of society. For Fuller, however, this view of the judicial office offered no basis for distinguishing the process of adjudication from that of legislation. In contrast to the positivists, Fuller argued that the legitimacy of adjudication derived from the particular moral force attaching to the decisions of an impartial tribunal. He went on to ascribe the moral force intrinsic to judicial decisions to their conformity to certain conditions of form and procedure, which included: the condition that a judge should 'not act on his own initiative, but on the application of one or both of the disputants', the condition that a judge should decide a case solely on 'the basis of the evidence and arguments presented to him by the parties', and the condition that each party to a dispute should be given 'ample opportunity to present his case'. In combination, these procedural conditions comprised an internal morality of adjudication, which Fuller regarded both as underpinning the accepted standards of judicial impartiality, and as defining the basic principles of legal certainty which bound the courts to observe strict canons of judicial relevance in the decision of individual cases⁵¹⁴.

Austin e, posteriormente, os positivistas jurídicos, como Kelsen, caracteristicamente sustentavam que a legitimidade da adjudicação derivava de uma delegação específica de autoridade conferida aos tribunais pelo poder supremo de elaboração das leis na sociedade. Para Fuller, no entanto, essa visão do ofício judicial não oferecia nenhuma base para distinguir o processo de adjudicação do processo legislativo. Em contraste com os positivistas, Fuller argumentava que a legitimidade da adjudicação derivava da força moral particular que se associava às decisões de um tribunal imparcial. Ele atribuiu essa força moral intrínseca às decisões judiciais à sua conformidade com certas condições de forma e procedimento, que incluíam: a condição de que o juiz não deveria agir por iniciativa própria, mas sim mediante a solicitação de uma ou ambas as partes em disputa; a condição de que o juiz deveria decidir um caso unicamente com base nas provas e argumentos apresentados pelas partes; e a condição de que cada

⁵¹² COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 43.

⁵¹³ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 43.

⁵¹⁴ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 44.

parte em disputa deveria ter ampla oportunidade de apresentar seu caso. Em conjunto, essas condições processuais compunham uma moralidade interna da adjudicação, que Fuller considerava tanto como fundamento dos padrões aceitos de imparcialidade judicial quanto como definição dos princípios básicos de segurança jurídica que vinculavam os tribunais à observância de critérios rigorosos de relevância judicial na decisão de casos individuais. (tradução nossa).

E Covell continua:

In this essay, Fuller suggested that the defining feature of adjudication as an institutional process of decision was that it guaranteed 'the affected party a peculiar form of participation in the decision, that of presenting proofs and reasoned arguments for a decision in his favor'. Fuller held that this principle of guaranteed participation underwrote the institutional requirement that the courts should be independent of the executive and legislative branches of government, in addition to explaining the status of adversarial presentation before a disinterested third party as the standard form of adjudication⁵¹⁵.

Neste ensaio, Fuller sugeriu que a característica definidora da adjudicação como um processo institucional de decisão era o fato de garantir “à parte afetada uma forma peculiar de participação na decisão, a de apresentar provas e argumentos fundamentados em favor de uma decisão que lhe seja favorável”. Fuller sustentava que esse princípio de participação garantida fundamentava a exigência institucional de que os tribunais fossem independentes dos poderes Executivo e Legislativo, além de explicar o status da apresentação adversarial perante um terceiro desinteressado como a forma padrão de adjudicação. (tradução nossa).

Sobre isso, o jurista Lenio Streck virou referência. Sua *Crítica Hermenêutica do Direito* (CHD) é uma matriz teórica que conjunta as formulações heideggerianas e gadamerianas com algumas formulações do interpretativista Ronald Dworkin. Trata-se de uma compreensão hermenêutica do Direito, que tomou especial relevância para a doutrina jurídica, pois analisa o fenômeno jurídico sob um prisma jamais visto anteriormente no Brasil. Além disso, oferece, para a Teoria do Direito, critérios para decidir, que devem direcionar a decisão judicial.

Um dos desdobramentos da *Crítica Hermenêutica do Direito* é, justamente, a criação de uma teoria da decisão judicial, algo que, até então, não havia sido suficientemente desenvolvido pela doutrina brasileira. Portanto, foi a partir dela que a tese da Resposta Adequada à Constituição (RAC) – ou tese da resposta correta – foi desenvolvida.

A teoria da decisão judicial tem fundamento nas formulações de Gadamer com imbricação na tese de Ronald Dworkin do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas (respostas corretas), que, por sua vez, está atrelada ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Inicialmente, é importante compreender de que forma Streck coloca o

⁵¹⁵ COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992, p. 44.

constrangimento epistemológico sobre as instituições democráticas para, posteriormente, melhor compreender o que é e de onde vem a RAC. Da mesma forma que Fuller, Streck também rechaça a compreensão de que a interpretação de uma norma está limitada a mera literalidade das palavras. Streck aprofundou bastante essa questão no verbete *Literalidade*, da última edição do seu Dicionário de Hermenêutica⁵¹⁶. Para ele, o sentido hermenêutico autêntico de uma regra jurídica não se esgota na sua literalidade, mas o texto literal também diz algo, no sentido de que não pode o intérprete, à pretexto de interpretar a norma para além dos seus termos literais, descartá-los à ponto de incorrer em discricionariedade, ou a ponto de criar uma nova norma.

Sobre H. L. A. Hart, Streck ressalta que não seria possível um mundo composto apenas por regras primárias e, por isso, o positivista britânico entendeu que tanto as regras secundárias quanto a regra de reconhecimento são necessárias para a composição de um sistema jurídico autêntico. Aplicar a lei, segundo a Crítica Hermenêutica, significa considerar a sua historicidade e o sentido interpretativo desenvolvido pela tradição jurídica do sistema em que o texto está inserido. Ou seja, para interpretar a lei, é necessário levar em consideração os princípios constitucionais e os direitos fundamentais oriundos da Constituição Federal, uma vez que ela serve tanto para direcionar a criação das normas como para direcionar os seus sentidos:

Aplicar a lei quer dizer que devemos considerar a sua historicidade e o sentido interpretativo desenvolvido pela tradição jurídica do sistema em que o texto está inserido. Significa, sobretudo, aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do Direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas consequências no plano da doutrina e da jurisprudência. É evidente que, em Hart, subsiste um problema grave, uma vez que, ao reconhecer que a literalidade das regras não é suficiente para abarcar as contingências do mundo, admitiu, em resposta a isso, a discricionariedade judicial (ver o verbete sobre “Positivismo jurídico” e “Discricionariedade”). O ponto é que, toda a discussão que se deu no século XX entre grandes teóricos do Direito em relação às chamadas texturas abertas da norma jurídica, em sua raiz, deu-se em razão da compreensão de que o sentido literal dos textos não pode dar conta de responder as excepcionalidades existentes nos sistemas jurídicos⁵¹⁷.

Portanto, para interpretar a regra que proíbe veículos no parque público, é necessário analisar o contexto em que ela está inserida e, a partir disso, interligá-la com o caso concreto. Se é proibido o tráfego de veículo, poder-se-ia argumentar pela proibição de um carrinho de brinquedo? Não, porque o carrinho de brinquedo não se trata de um veículo para os fins da norma. Da mesma forma é possível pensar sobre uma regra que proíbe conduzir cães na

⁵¹⁶ Há também o seguinte texto: STRECK, Lenio Luiz. O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 out 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-out-03/senso-incomum-literalista-voluntarista-diante-caes-plataforma/>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2025.

⁵¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 185.

plataforma: A literalidade da norma pode conduzir à interpretação de que é proibido a circulação de cães guia de pessoas cegas e, ao mesmo tempo, à permissão de livre circulação de outros animais, como os ursos⁵¹⁸. Afinal, do ponto de vista da suficiência da literalidade, se a norma se refere à palavra “cão”, ursos estão permitidos.

A Crítica Hermenêutica compreende o fenômeno jurídico em seu aspecto transformador, de concretização das demandas democráticas, entendendo, com isso, que a discricionariedade e o ativismo judicial enfraquecem a autonomia do Direito e, conseqüentemente, a democracia. Portanto, para Streck, o texto literal da norma jurídica não é tudo, mas também não é nada. Apenas é possível dizer algo sobre o texto se, antes, deixou-se que o texto dissesse alguma coisa:

A tentativa de colocar no “interior” do texto – como se a lei tivesse um lugar “oco” para “carregar” coisas – as futuras possibilidades de aplicação têm sua origem tanto nas perspectivas objetivistas quanto nas posturas subjetivistas (no sentido filosófico das palavras). Ou seja, historicamente, os juristas aposta(ra)m no mito do dado, no sentido de que, feita/posta a lei, bastaria “acoplar” o caso. Trata-se do fenômeno da subsunção. Quer dizer, mesmo nas correntes que busca(ra)m superar a perspectiva objetivista, também nelas há essa aposta metafísica, na medida em que constroem um sentido arbitrário, que, em um segundo momento, passa a ser aplicado pelos próprios adeptos do subjetivismo, de forma subsuntiva (as súmulas são um bom exemplo disso). Nada mais positivista do que isso: o positivismo discricionarista constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Por isso é possível ver abordagens – sincréticas – nas quais o intérprete (operacionalidade do direito lato sensu) por vezes é subjetivista ou adepto de alguma corrente realista e, em um segundo momento, transforma-se em um objetivista, para defender o conceito que ele mesmo produziu (ou que a doutrina produziu)⁵¹⁹.

Assim, conclui-se que a autoridade advinda do texto normativo impõe limites ao intérprete, e este, por sua vez, possui a responsabilidade de respeitar os limites que a tradição e a autoridade do texto impõem. Esses limites devem ser considerados tanto para a rejeição da aplicação de uma literalidade quanto para rejeição de uma criação discricionária do sentido do texto. Não se trata de uma dicotomia entre objetivismo e subjetivismo, trata-se de hermenêutica⁵²⁰.

Mas o que isso tudo tem a ver com a tese da resposta correta? Simples: o Direito não permite discricionariedade, porque ele fornece respostas a partir dele mesmo, que vinculam o julgador quando da interpretação e aplicação da norma.

⁵¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 187.

⁵¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 186.

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 186.

Streck compreendeu que H. A. L. Hart empacou diante dos casos difíceis – das zonas de penumbra da norma – e relegou a decisão à discricionariedade judicial, em que o juiz atua como se fosse um legislador intersticial. Com isso, seu aluno Ronald Dworkin, ao compreender esse problema, protagonizou ao fornecer as soluções, pois entendeu que, para além das regras, ainda há algum padrão normativo atuando na decisão, ainda nos casos de zona de penumbra: são os princípios jurídicos. Assim, Dworkin incluiu em sua teoria do Direito a tese da resposta correta:

[...] admito que os princípios do direito são às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão, tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra⁵²¹.

Reconhece-se, portanto, a existência de um direito a uma decisão judicial fundamentada a partir do que o Direito tem a dizer, e não ao que o juiz pensa sobre o caso concreto. Para Streck, Dworkin entende que o juiz está inserido em um complexo empreendimento em cadeia, do qual a sua decisão para o novo caso faz parte de uma estrutura que possui outras inúmeras decisões, convenções e práticas, sendo que o seu papel, dentro desse complexo, é de continuar dar continuidade aos trabalhos já desenvolvidos, ao mesmo tempo em que constrói os seus próprios trabalhos, que irão influenciar futuramente. O julgador deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção⁵²². Assim, Dworkin se compromete com decisões judiciais corretas através da coerência e integridade.

No entanto, Streck, em que pese tenha como fundamento Dworkin, quando criou a tese da necessidade de respostas corretas em Direito (entendidas como respostas adequadas a Constituição), não fez uma simples adesão à proposta de Dworkin, uma vez que existem diferenças essenciais entre o *common law* e a *civil law*. Além disso, as teses de Dworkin não possuem como base a hermenêutica de Gadamer nem a filosofia de Heidegger. Apesar disso, é inegável a influência de Lon Fuller nas críticas formuladas por Dworkin contra a discricionariedade judicial. Com isso, tem-se que a Crítica Hermenêutica do Direito e a moralidade interna de Lon Fuller muito se aproximam no que diz respeito às críticas ao ativismo

⁵²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 203.

⁵²² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235.

judicial e à discricionariedade, aproximando-se também nas respostas fornecidas a esse problema. Veja-se:

Para alcançar a resposta correta – que denomino, no âmbito da CHD, de resposta adequada à Constituição – utilizo o caminho promissor desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da *law as integrity* de Dworkin, ambas importantes para a formação da Crítica Hermenêutica do Direito. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as “contingências” do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não separam a “interpretação” da “aplicação” (daí a noção de *applicatio*, que rompe com a antiga tripartição entre *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*, tudo acontecendo como *applicatio*)⁵²³.

Para Francisco Borges Motta, a legitimidade de uma teoria democraticamente adequada sobre a decisão jurídica – mais especificamente, sobre os limites dela –, deve ser confirmada de dois modos: a um, deve ser produto de um procedimento constitucionalmente adequado, que garanta aos interessados a participação moral (dimensão substantiva); a dois, a decisão deve ser fundamentada em uma interpretação que leve em consideração a responsabilidade, considerada como virtude, para fins de integridade⁵²⁴. Em outras palavras, trata-se da necessidade de se desenvolver uma teoria da decisão que supere as teses pragmatistas, que obrigue os juízes a respeitarem a integridade e a coerência do Direito, situando-o em um contexto intersubjetivo de fundamentação, no sentido de que ele deve possuir uma responsabilidade política de não fundamentar em uma construção subjetiva nem absolutamente objetiva.

Tendo esse mesmo entendimento, Streck desenvolve, a partir de suas formulações teóricas, a ideia de um *direito fundamental a obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada* - ou seja, resposta correta para fins jurídicos -, que pressupõe a aversão a elaboração de respostas definitivas, mas, sim, que respeitem em maior grau a autonomia do Direito, de forma a enaltecer a sua coerência e integridade. A resposta deve ser confirmada na Constituição, respeitando-se os princípios da democracia.

Assim, considera que a possibilidade de obter respostas corretas no Direito está diretamente relacionada com a fundamentação/justificação da decisão judicial. Ou seja, o autor desenvolve cinco princípios fundamentais da decisão jurídica e as seis hipóteses em o Poder Judiciário poderá deixar de aplicar uma lei ou um dispositivo de lei. Esses princípios e essas hipóteses devem sempre ser observadas pelo intérprete julgador quando da decisão judicial.

⁵²³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 389.

⁵²⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador, Juspodium, 2017. p. 258.

Para se dar início a uma Resposta Constitucionalmente Adequada, Streck afirma que o julgador poderá deixar de aplicar a regra apenas nas seguintes hipóteses: (i) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que o intérprete deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; (ii) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesses casos, deve-se ter cuidado com a questão constitucional, pois, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, de modo que as antinomias deixam de ser relevantes; (iii) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto, o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação “texto-norma”. Ressalta-se que a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão; (iv) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido; (v) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; (vii) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. É por meio da aplicação de princípios que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra). Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio hermenêutica* – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, essa mesma regra só persiste se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida, mas deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é

dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto⁵²⁵.

Essas hipóteses estão assentadas (i) na preservação da autonomia do Direito; (ii) no controle hermenêutico da interpretação constitucional; (iii) no respeito à integridade e à coerência do Direito; (iv) no dever fundamental de justificar as decisões; (v) no direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Caso um julgador, quando da decisão judicial, deixe de aplicar uma lei ou um dispositivo de lei por algum motivo que não conste nas seis hipóteses, há uma grande chance de essa decisão ser *ad hoc*, ou seja, discricionária. No fundo, a tese de resposta constitucionalmente adequada significa um constrangimento à discricionariedade judicial. Trata-se de um elogio à democracia, na medida em que, apenas com a autonomia do Estado de Direito as instituições podem se manter fortificadas.

Nesse sentido, conclui-se que, decidir de forma correta requer tanto a busca por critérios teórico-jurídicos quanto a consideração de que inexistem múltiplas respostas para questões jurídicas, mas que umas são mais adequadas que outras. Requer, também, o reconhecimento da importância da relação entre Direito e democracia, da produção jurídico-democrática e do fortalecimento da legitimidade necessária desde esse momento de intersubjetividade da autolegislação, assim como o reconhecimento das limitações a partir da tradição/integridade (Dworkin-GadamerStreck), o reconhecimento, admissão e afastamento das pré-compreensões jurídicas inautênticas e a luta constante com (pré-)compreensões morais, políticas etc., preservando-se a autonomia do Direito⁵²⁶.

Da mesma forma, a resposta correta deve levar em consideração todos os fundamentos levantados pelas partes ao longo do processo, devendo enfrentar todos os argumentos, doutrina, jurisprudência, preceitos normativos etc. que foram trazidos aos autos. Isso faz parte do dever de fundamentação. A aceitação da tese da RAC não significa defender que exista uma interpretação/decisão correta, mas sim, a interpretação/decisão mais constitucionalmente adequada do que outras possíveis⁵²⁷.

⁵²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 347-348.

⁵²⁶ MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. Observações sobre a necessidade de respostas corretas em Direito. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 09 de jun de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-09/diario-classe-observacoes-necessidade-respostas-corretas-direito/#_ftn2>. Acesso em 18 jan 2025.

⁵²⁷ MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. Observações sobre a necessidade de respostas corretas em Direito. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 09 de jun de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-09/diario-classe-observacoes-necessidade-respostas-corretas-direito/#_ftn2>. Acesso em 18 jan 2025

Veja-se, portanto, que há um objetivo por trás das formulações de Streck sobre a RAC: trata-se de uma maneira democraticamente aceitável para estabelecer critérios para a decisão judicial, que são externos à subjetividade do intérprete e que podem ser encontrados no próprio sistema jurídico, uma vez que ele é um complexo empreendimento em cadeia que pressupõe a existência de sentidos já previamente estabelecidos, ainda que não à primeira vista. Trata-se, portanto, de um esforço que eleva a autonomia do Direito, que projeta segurança jurídica e que fortalece os preceitos democráticos, uma vez que vincula o julgador àquilo que foi criado pelo legislador (e, claro, que está conforme à Constituição).

Assim, diante de tudo que foi visto até aqui, conclui-se ser possível abstrair, da tese da moralidade interna, que ela oferece uma resposta importante ao problema da discricionariedade no exercício do poder decisório das instâncias públicas — e essa resposta está ancorada em uma concepção procedimental de limitação da autoridade, compatível com o Estado de Direito. Em que pese Fuller tenha mantido sua investigação às decisões políticas tomadas no âmbito do Legislativo, é possível extrair de sua teoria da moralidade interna os elementos necessários para impor limites à discricionariedade da autoridade em um âmbito geral, inclusive no Judiciário. A moralidade interna — composta por oito desiderata que garantem a coerência, estabilidade e inteligibilidade do Direito — funciona como um conjunto de critérios externos à subjetividade dos intérpretes, impondo, assim, um padrão de racionalidade, publicidade e previsibilidade às decisões jurídicas e políticas. Nos termos de Streck: um padrão de resposta correta.

Tais critérios não são apenas formais: embora sejam de natureza procedimental, estão vinculados a propósitos morais substantivos, na medida em que tornam possível o próprio empreendimento jurídico e reafirmam a autonomia do Direito. A vinculação dos agentes públicos a esses princípios reforça o império da lei, protege contra decisões arbitrárias e, mais do que isso, oferece uma estrutura de justificação que impede que o Direito se converta em mero instrumento de poder pessoal ou ideológico.

Portanto, a moralidade interna é um remédio à discricionariedade porque fornece um conjunto de exigências públicas e objetivas que constroem epistemologicamente as decisões das autoridades, estimulando que o Direito seja praticado de forma justa, previsível e coerente. Ela impede que o juiz — ou qualquer outro agente público — atue segundo meras preferências pessoais ou considerações arbitrárias, estabelecendo uma moldura institucional que condiciona a validade e a legitimidade das decisões públicas. Trata-se, em última análise, de um elogio à autonomia do Direito, que, ao se autolimitar por seus próprios princípios estruturantes, preserva sua autoridade e evita sua instrumentalização política ou pessoal.

No âmbito do Judiciário, portanto, a moralidade interna do Direito, conforme delineado por Fuller, deve ser reforçada, sobretudo por significar orientações que vinculam as autoridades e reafirmam o império da lei. Num cenário no qual indeterminações de linguagem fazem parte do ordenamento jurídico, uma vez que as regras são incapazes de preverem todas as possibilidades de conflitos existentes, a moralidade interna do sistema jurídico representa um caminho interpretativo que vincula a autoridade.

Em um contexto de frequente observação dos desiderata de Fuller, a autonomia do Direito tornar-se-ia cada vez mais afirmativa, influenciando e vinculando não apenas as decisões judiciais, mas as decisões dos órgãos políticos no geral. Reforçar-se-ia, cada vez mais, a ideia de critérios para decidir, subjacentes ao próprio sistema, advindos de uma moralidade que lhe é intrínseca; critérios vinculantes em todos os setores em que se tomam decisões com efeitos políticos; critérios, sempre, respeitosos e em coerência com o Estado de Direito.

Significa dizer que, no caso exaltado por Sunstein e Vermeule, tanto as agências reguladoras devem respeitar e serem orientadas pela moralidade interna do sistema jurídico, quanto os Ministros, sob a pretensão de controle do abuso de poder, devem observá-los, afastando-se de qualquer pretensão ativista. Com efeito, essas lições podem servir de interessante paradigma para o controle judicial do espaço decisório dos nossos órgãos políticos independentes.

Nesse sentido, a moralidade interna proposta por Fuller é uma importante contraposição ao poder autoritário — o contexto pós-nazista em que foi desenvolvida é uma prova disso. E traz, novamente, o jusnaturalismo — ainda que procedimental — como combatente à arbitrariedade do poder, tal como se ressaltou nas primeiras páginas da presente pesquisa.

Esse arcabouço teórico, contudo, possui raízes consideravelmente mais antigas. Trata-se de uma compreensão da criação, publicação e aplicação do Direito como um todo coerente e íntegro, nos termos formulados por Lenio Streck na contemporaneidade, no que diz respeito à decisão judicial. Em que pese o jusnaturalismo e a hermenêutica jurídica possuam referenciais teóricos essencialmente divergentes, ambas as compreensões possuem um ponto em comum: a afirmação da autoridade do Direito e a existência de critérios para as decisões das autoridades. Ambas possuem um propósito em comum: limitar o uso arbitrário e irracional do poder. A Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, a partir do paradigma hermenêutico; o jusnaturalismo de Fuller, a partir da moralidade interna do sistema jurídico.

3.3 A moralidade interna do Direito como uma compreensão de *Rule of Law*

Segundo Colleen Murphy, é amplamente aceito que os oito princípios da legalidade (da moralidade interna) formulados por Lon Fuller capturam a essência do Estado de Direito (*Rule of Law*), ainda que, em algumas vezes, alguns os consideram incompletos⁵²⁸. Também por diversas vezes ao longo da obra *The Morality of Law* Fuller abordou os oito cânones nesses termos, e muitos dos seus estudiosos tratam a sua jusfilosofia dessa forma, mesmo sem aprofundar muito nesse sentido, como se fosse algo “pré-dado”. Assim, no geral, os oito princípios da moralidade interna são identificados como sendo condições de uma mínima compreensão funcional do Estado de Direito.

Nesse contexto, para o autor, os oito critérios — generalidade, publicidade, irretroatividade, clareza, não contradição, constância e congruência — estabelecem condições necessárias para que as atividades dos legisladores sejam consideradas como produção legítima de normas jurídicas:

[...] When lawmakers respect the eight principles of the rule of law, their laws can influence the practical reasoning of citizens. Citizens can take legal requirements and prohibitions into consideration when deliberating about how to act. They can predict how judges will interpret and apply rules, enabling them to form reliable expectations of the treatment different actions are likely to provoke. When the rule of law is realized, their expectations of congruence will not be disappointed. Taken together with the reasonable expectation that fellow citizens will also obey the law, these expectations justify the belief that the law gives citizens reasons to act or refrain from acting in certain ways.⁵²⁹

Quando os legisladores respeitam os oito princípios do Estado de Direito, suas normas podem influenciar o raciocínio prático dos cidadãos. Os cidadãos podem levar em consideração as exigências e proibições legais ao deliberar sobre como agir. Eles podem prever como os juízes interpretarão e aplicarão as regras, o que lhes permite formar expectativas confiáveis sobre o tratamento que diferentes condutas provavelmente receberão. Quando o Estado de Direito é realizado, essas expectativas de congruência não são frustradas. Somadas à expectativa razoável de que os demais cidadãos também obedecerão à lei, essas expectativas justificam a crença de que a lei oferece aos cidadãos razões para agir ou para se abster de agir de determinadas formas. (tradução nossa).

Nesse sentido, Murphy coloca que os agentes públicos, quando respeitam o Estado de Direito, impõem limites a si mesmos, no sentido de que eles não devem, por exemplo, buscar os objetivos do governo da forma mais eficiente possível, se essa eficiência entrar em conflito

⁵²⁸ MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. In: **Law and Philosophy**, vol 24, 2005, p. 241.

⁵²⁹ MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. In: **Law and Philosophy**, vol 24, 2005, p. 241.

com os requisitos do Estado de Direito que, no caso de Fuller, são os princípios da moralidade interna. Murphy coloca, então, que:

Insofar as officials pass clear, prospective, non-contradictory laws and enforce those laws consistently and in accordance with the declared law, citizens have reason to obey the law, even when the government pursues a particular policy with which individual citizens disagree. Fuller's account helps to explain why it is rational for citizens to participate in the system of cooperation which the legal system establishes. His account also helps us understand the way in which the rule of law limits the arbitrary exercise of power, by setting restrictions on the kind of rules officials can pass as well as on the actions officials legitimately can take⁵³⁰.

Na medida em que os agentes públicos aprovam leis claras, prospectivas, não contraditórias e aplicam essas leis de forma consistente e de acordo com o que está previsto, os cidadãos têm razões para obedecer à lei — mesmo quando o governo adota uma política específica com a qual determinados cidadãos discordam. A teoria de Fuller ajuda a explicar por que é racional que os cidadãos participem do sistema de cooperação estabelecido pelo ordenamento jurídico. Sua abordagem também nos ajuda a compreender como o Estado de Direito limita o exercício arbitrário do poder, ao impor restrições tanto sobre o tipo de regras que os agentes públicos podem criar quanto sobre as ações que esses agentes podem legitimamente adotar. (tradução nossa).

Assim, novamente, trata-se de um autor que coloca a teoria de Fuller em sua melhor luz, no sentido de reconhecer o quanto ela se trata, na verdade, do estabelecimento de condições para o *Rule of Law*, e o quanto ela procura trazer fundamentos racionais e exigíveis para liminar o exercício arbitrário do poder tanto no sentido de criação das regras quanto sobre a sua aplicação, porque condiciona as ações dos agentes públicos em todas as suas dimensões. Murphy, inclusive, faz uma análise dos princípios da moralidade interna, especialmente o da congruência, no contexto do regime militar da Argentina, ocorrido entre 1976 e 1983. Segundo o autor, “O desaparecimento de dissidentes políticos promovido pelo governo na Argentina violava o requisito de congruência do Estado de Direito”⁵³¹, uma vez que, no papel, o país estava comprometido com princípios democráticos, mas na prática das ações dos agentes públicos a conduta era de ordem arbitrária e autoritária, uma vez que cidadãos desapareciam diariamente.

Segundo Murphy, “[...] a análise fulleriana também chama a atenção para o impacto que as ações dos agentes estatais podem ter sobre o funcionamento institucional do sistema jurídico, e sobre as relações entre autoridades e cidadãos que são estruturadas por essa instituição”⁵³².

⁵³⁰ MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. In: **Law and Philosophy**, vol 24, 2005, p. 243.

⁵³¹ “Government sponsored ‘disappearing’ of political dissidents in Argentina violated the congruence requirement of the rule of law”. MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. In: **Law and Philosophy**, vol 24, 2005, p. 244.

⁵³² “However, the Fullerian analysis also draws our attention to the impact that the actions of officials can have upon the institutional functioning of the legal system, and so to the impact on the relationships between officials

Ainda, o desaparecimento oficial de cidadãos violava a reciprocidade que está no centro da relação entre autoridades governamentais e cidadãos, uma vez que, em que pese os líderes militares argentinos cobrassem, dos cidadãos, obediência para erradicar os elementos subversivos e corruptores da sociedade, por meio de suas próprias ações eles minavam parte da base sobre a qual qualquer dever moral de obediência se sustenta.

Mas Murphy vai além e defende, a partir de Fuller, que os cânones do Estado de Direito (*Rule of Law*) não possuem um valor meramente instrumental, mas possuem, também, um valor substancial, comprometido com a justiça moral. Essa visão contradiz a de Joseph Raz, para quem o valor do Estado de Direito é instrumental, de modo que o Direito é utilizado pela sociedade como um instrumento para alcançar fins sociais moralmente valiosos, e, apenas então, a implementação de um sistema jurídico adquire valor moral derivado. Porém, na falta de um propósito moralmente importante, a função do Estado de Direito, ou seja, a orientação do comportamento humano, é moralmente indiferente.

Murphy vai contradizer essa ideia a partir dos fundamentos fullerianos, dizendo que os valores morais da reciprocidade e do respeito à autonomia são expressos no arcabouço institucional do Estado de Direito, de modo que, ao rejeitar a perspectiva fulleriana sobre o Estado de Direito, deixa-se de reconhecer a base moral dos deveres envolvidos nas relações entre cidadãos e autoridades:

The Fullerian account explicitly recognizes that government officials can legitimately expect or demand obedience from citizens, and punish those who disobey, only under certain conditions that officials themselves must fulfill, and that the requirements of the rule of law always partially capture those conditions. In addition, the rule of law constructs a framework of governing that is inherently respectful of people's autonomy. Implicit in the idea of the rule of law is the view that an individual "is or can become a responsible agent capable of understanding and following rules and answerable for his defaults". [...] Departures from the principles of the rule of law, Fuller claims, affront an individual's dignity as a responsible agent. When a society abandons the rule of law, it must replace the legal system with some other institution to regulate the behavior of citizens. However, it is not obvious what other kind of system of governance could treat citizens as responsible and selfdirected agents in the way and to the extent that a legal system does⁵³³.

A concepção fulleriana reconhece explicitamente que autoridades governamentais só podem legitimamente esperar ou exigir obediência dos cidadãos, e punir aqueles que desobedecem, apenas sob certas condições que os próprios agentes públicos devem cumprir, e que os requisitos do Estado de Direito captam parcialmente essas condições. Além disso, o Estado de Direito constrói uma estrutura de governo que é inerentemente respeitosa da autonomia das pessoas. Implícita na ideia de Estado de Direito está a visão de que o indivíduo "é ou pode se tornar um agente responsável,

and citizens that are structured by that institution". MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. In: **Law and Philosophy**, vol 24, 2005, p. 245.

⁵³³ MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. In: **Law and Philosophy**, vol 24, 2005, p. 250.

capaz de compreender e seguir regras, e responsável por suas falhas”. [...] Violações aos princípios do Estado de Direito, afirma Fuller, afrontam a dignidade do indivíduo enquanto agente responsável. Quando uma sociedade abandona o Estado de Direito, ela precisa substituí-lo por alguma outra instituição para regular o comportamento dos cidadãos. No entanto, não é evidente que outro tipo de sistema de governo possa tratar os cidadãos como agentes responsáveis e autodirigidos da mesma maneira e com a mesma profundidade que um sistema jurídico trata. (tradução nossa).

Assim, Murphy sustenta, a partir de Fuller, que o Estado de Direito (*Rule of Law*) é condicionalmente valioso de forma *não instrumental* em virtude da maneira como um sistema jurídico estrutura as relações políticas, porque estabelece um conjunto de exigências que os legisladores devem respeitar caso queiram governar legalmente:

[...] When a society rules by law, there are clear rules articulating the behavior appropriate for citizens and officials. Such rules ideally determine the particular contours political relationships will take. When the requirements of the rule of law are respected, the political relationships structured by the legal system constitutively express the moral values of reciprocity and respect for autonomy. The rule of law is instrumentally valuable, I argue, because in practice the rule of law limits the kind of injustice which governments pursue. There is in practice a deeper connection between ruling by law and the pursuit of moral ends than advocates of the standard view recognize⁵³⁴.

[...] Quando uma sociedade governa por meio da lei, há regras claras que articulam o comportamento adequado para cidadãos e autoridades. Tais regras, idealmente, determinam os contornos específicos que as relações políticas assumirão. Quando os requisitos do Estado de Direito são respeitados, as relações políticas estruturadas pelo sistema jurídico expressam constitutivamente os valores morais da reciprocidade e do respeito à autonomia. O Estado de Direito é instrumentalmente valioso, argumento, porque, na prática, ele limita o tipo de injustiça que os governos podem perseguir. Existe, na prática, uma conexão mais profunda entre governar por meio da lei e a busca por fins morais do que reconhecem os defensores da visão padrão. (tradução nossa).

Além de Murphy, no Brasil, Oscar Vilhena Vieira diz que dentre os diversos objetivos que Fuller perseguia com a tese da moralidade interna do Direito, um deles é o estabelecimento de um conceito de Estado de Direito (*Rule of Law*) que possa ser utilizado como escala para medir a qualidade intrínseca dos sistemas jurídicos⁵³⁵:

Fuller busca criar uma versão paradigmática de estado de direito como instrumento cognitivo, distinto de parâmetros substantivos de justiça e de noções de direito natural, para servir como padrão de avaliação dos sistemas jurídicos.

⁵³⁴ MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. In: **Law and Philosophy**, vol 24, 2005, p. 239.

⁵³⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdade e Limites do Governo das Leis. In: **São Paulo em Perspectiva**, vol 13, 2004, p. 39.

Na perspectiva do autor, o mais interessante da análise fulleriana é que ele deriva seu modelo normativo de uma série de condições sociais e, quando faz isso, indica quais são os elementos para a construção de um Estado de Direito. Ele oferece um instrumento normativo crítico para medir a integridade dos sistemas jurídicos e traz a compreensão de reciprocidade social, fornecendo um caráter dinâmico a sua formulação e contrariando o conceito positivista de sistema jurídico. Assim, nas palavras de Vilhena, o Direito alcança a sua eficácia não apenas quando é fruto da vontade consensual dos cidadãos, mas quando a disponibilidade de respeitar esse Direito é mutuamente esperada:

Tautologicamente falando, é a realização das expectativas da efetivação do direito que aumenta a sua eficácia. Trata-se, assim, de um processo construtivo. Neste sentido, as sete primeiras excelências da “moralidade interna” do direito, que constituem o conceito de estado de direito de Fuller, só podem ter sucesso a partir da existência de uma vasta rede de relações de reciprocidade, entendida como conjunto de colaborações autônomas, associadas a obrigações mutuamente aceitas por via contratual, e o senso de dever moral entre indivíduos e agentes estatais⁵³⁶.

Assim, para ele, o princípio fulleriano da congruência é o mais complexo da moralidade interna do Direito, porque ele concentra atenção nas agências e agentes de aplicação do Direito, e traz “sangue novo” ao debate sobre Estado de Direito. Assim, no texto de referência, Vilhena analisa o sistema jurídico brasileiro a partir da hipótese de que ele não atinge a “excelência da congruência”, apesar de atingir as outras sete desiderata. Para ele, o sistema jurídico brasileiro sofre de uma epidêmica falta de congruência entre as leis estabelecidas, o comportamento dos indivíduos e a atuação dos agentes estatais responsáveis pela aplicação da lei. Ele mostra, portanto, a partir do referencial teórico fulleriano, que o caso brasileiro é um exemplo emblemático de um sistema legal deficiente por falta de congruência na aplicação do Direito⁵³⁷.

David Luban também aprofundou na compreensão de que a moralidade interna do Direito constitui uma concepção de *Rule of Law*. Ele já inicia o seu argumento informando o leitor de que seu objetivo é analisar a conexão entre o Estado de Direito (*Rule of Law*) e a dignidade humana, a partir das ideias de Lon Fuller, quem, em suas palavras, “ofereceu uma das análises mais conhecidas e elaboradas sobre o Estado de Direito”⁵³⁸. Luban entende que Fuller descreve mal sua própria análise ao rotulá-la de “procedimental”, pois os cânones são,

⁵³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdade e Limites do Governo das Leis. In: **São Paulo em Perspectiva**, vol 13, 2004, p. 41.

⁵³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdade e Limites do Governo das Leis. In: **São Paulo em Perspectiva**, vol 13, 2004, p. 43.

⁵³⁸ “[...] offered one of the best-known and most elaborate analyses of the rule of law”. LUBAN, David. The Rule of Law and Human Dignity: Reexamining Fuller’s Canons. In: **Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 29, 2010, p. 1.

na sua visão, em sua maior parte restrições sobre a substância ou o conteúdo do Direito, e essa leitura torna a análise fulleriana mais persuasiva ainda. E argumenta que, uma vez compreendido como essas condições substantivas sobre as leis funcionam, elas elevam a dignidade humana, em que pese ele entenda a concepção de Fuller sobre dignidade humana como sendo um tanto quanto superficial⁵³⁹.

Assim, Luban reformula o conceito de moralidade interna do Direito a partir de uma leitura substancialista, o que é, na verdade, diferente do que Fuller propôs inicialmente e, com isso, ele reforça a sua compreensão de *Rule of Law*. Seu argumento principal é que os princípios da moralidade interna são morais porque estão dotados de uma substância que os limita. Os princípios da intelegibilidade, consistência e prospectividade, especialmente, estabelecem limites ao próprio conteúdo das regras a serem criadas:

When we examine the remaining seven canons, we see, perhaps surprisingly, that they are mostly substantive constraints on the content of laws. There is nothing procedural about them. To say that laws cannot be vague, or logically inconsistent with each other, are content-based conditions. So too the requirement that the behavior laws demand is feasible for people to perform.¹⁵ And so too the canon of prospectivity: forbidding, as it does, laws that penalize behavior retroactively, the canon builds a content-based dating requirement into the law. [...] When Fuller distinguishes his approach from substantive natural law theories, and dubs his own approach 'procedural', he specifically means to deny that his so-called 'inner morality of law' (meaning respect for the eight canons) is substantive in the sense of deliberately embodying a particular set of choices among extra-legal values. Now in fact, as I shall discuss shortly, Fuller also maintains that the inner morality of law will turn out to be pro-human dignity and pro-freedom. But this is not because lawmakers take dignity and freedom as conscious policy goals that they aim to embody in the law. Rather, they discover that the inner morality of law drives law toward greater freedom and greater respect for human dignity, as though by an invisible hand or cunning of reason, whether or not lawmakers consciously aim at these ends. When I refer to the canons of clarity, consistency, feasibility, and prospectivity as 'substantive', I do not (therefore) mean that they are substantive in the sense just described, namely demands that the law embody a particular set of moral or public policy choices. Rather, they are substantive in a more literal way: they constrain what laws can say, what requirements can or cannot be included in the corpus juris. [...] If the argument here is correct, Fuller's thesis that the rule of law enhances human dignity must be recast: it is not that procedural requirements can generate substantive requirements, but rather that surprisingly minimal substantive requirements can unexpectedly implicate far-reaching choices about freedom and dignity⁵⁴⁰.

Quando examinamos os sete cânones restantes, vemos, talvez surpreendentemente, que eles são em sua maioria restrições substantivas ao conteúdo das leis. Não há nada de processual neles. Dizer que as leis não podem ser vagas, ou logicamente inconsistentes entre si, são condições baseadas no conteúdo. Assim também o requisito de que o comportamento exigido pelas leis seja factível para as pessoas realizarem. E o mesmo vale para o cânone da prospectividade: ao proibir, como faz, leis que penalizam comportamentos retroativamente, o cânone incorpora uma

⁵³⁹ LUBAN, David. The Rule of Law and Human Dignity: Reexamining Fuller's Canons. In: **Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 29, 2010, p. 4.

⁵⁴⁰ LUBAN, David. The Rule of Law and Human Dignity: Reexamining Fuller's Canons. In: **Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 29, 2010, p. 6.

exigência baseada no conteúdo quanto à datação da lei. [...] Quando Fuller distingue sua abordagem das teorias de direito natural substantivo, e denomina sua própria abordagem como ‘processual’, ele quer negar especificamente que sua chamada ‘moralidade interna do direito’ (isto é, o respeito pelos oito cânones) seja substantiva no sentido de incorporar deliberadamente um conjunto particular de escolhas entre valores extra-legais. Na verdade, como discutirei em breve, Fuller também sustenta que a moralidade interna do direito acabará sendo pró-dignidade humana e pró-liberdade. Mas isso não ocorre porque os legisladores tomem a dignidade e a liberdade como objetivos conscientes de política que pretendem incorporar na lei. Pelo contrário, eles descobrem que a moralidade interna do direito conduz a lei para uma maior liberdade e maior respeito pela dignidade humana, como se por uma mão invisível ou pela astúcia da razão, independentemente de os legisladores terem ou não esses fins em mente. Quando me refiro aos cânones da clareza, consistência, factibilidade e prospectividade como ‘substantivos’, não quero dizer (portanto) que eles sejam substantivos no sentido anteriormente descrito, ou seja, exigências de que a lei incorpore um conjunto particular de escolhas morais ou políticas públicas. Em vez disso, eles são substantivos num sentido mais literal: eles limitam o que as leis podem dizer, que exigências podem ou não ser incluídas no corpus jurídico. [...] Se o argumento aqui estiver correto, a tese de Fuller de que o Estado de Direito eleva a dignidade humana deve ser reformulada: não é que os requisitos processuais possam gerar exigências substantivas, mas sim que surpreendentemente mínimas exigências substantivas podem, inesperadamente, implicar escolhas de grande alcance sobre liberdade e dignidade. (tradução nossa).

Veja-se, com isso, que o argumento de Luban é no sentido de que os princípios da moralidade interna do Direito possuem um caráter substancial – e, por isso, também moral –, mas não simplesmente porque incorporam determinados valores e perseguem determinados fins, mas também porque condicionam, efetivamente, o conteúdo das regras a serem criadas pelas autoridades. Há, nesse sentido, um conteúdo mínimo substancial ditado pelos princípios, não no sentido de direcionar claramente qual será o fim substancial perseguido pela norma, mas sim de inibir o uso de uma série de conteúdos que poderiam ser contrários a essas realizações procedimentais. Para Luban, o cânone da publicidade é o único que é genuinamente processual, porque ele não impõe nenhuma restrição ao conteúdo ou à redação das leis, exigindo apenas que sejam publicamente promulgadas⁵⁴¹.

Esse conteúdo mínimo substancial presente nos princípios da moralidade interna elevam a dignidade humana e a liberdade, não no sentido de que eles geram exigências substantivas naturais (como o direito natural na sua vertente tradicional faz), mas sim no sentido de que exigem, necessariamente, que se façam escolhas que elevam esses fundamentos. E isso tem tudo a ver com o estabelecimento de um conceito de *Rule of Law* não somente em um sentido instrumental, mas também em um sentido substancial.

Andrea Porciello discorda parcialmente da tese de Luban, afirmando que os argumentos do autor não parecem dizer respeito a todos os princípios da moralidade interna. Ele discorda,

⁵⁴¹ LUBAN, David. The Rule of Law and Human Dignity: Reexamining Fuller’s Canons. In: **Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 29, 2010, p. 6.

por exemplo, que o princípio da clareza (inteligibilidade) indique qualquer conteúdo substantivo. Para ele, o fato de que frequentemente a falta de clareza seja um sinal de injustiça não constitui um argumento particularmente significativo no plano teórico, embora seja real no plano estatístico (ao argumento de que a maioria dos governos autoritários e reconhecidamente injustos desrespeitaram esse princípio). Verifica, com isso, que diversos governos incontestavelmente injustos cumpriram com esse princípio nas suas ações diárias. O mesmo Porciello afirma sobre o cânone da consistência, de que as normas não podem ser contraditórias entre si. A questão trazida por esse princípio limita-se somente à nível procedimental, tal como Fuller havia referido. Apenas diz que se “x está proibido”, isso é claramente incoerente com “x está permitido”. Mas o conteúdo dessa regra depende de fatores externos ao próprio cânone. Assim, o condicionamento substancial promovido pelos princípios da moralidade interna que Luban afirma são irrisórios nesse sentido. Até condicionam minimamente o conteúdo do Direito, mas “de olhos vendados”⁵⁴². Na sua concepção, ao contrário do que afirma Luban, o único cânone que parece possuir uma natureza substancial é o da praticabilidade – que determina que as regras devem determinar o que seja possível de realização pelos seus destinatários -, porque ele parece colocar explicitamente um parâmetro externo relativo “àquilo que objetivamente é possível fazer”, ou seja, um parâmetro substancial que bem poderia incidir diretamente sobre os conteúdos do Direito⁵⁴³.

John Finnis, em sua definição de *Rule of Law*, traz exatamente o conceito da moralidade interna elaborado por Fuller. Para o autor, Estado de Direito é “o nome que geralmente é dado ao estado de coisas no qual um sistema legal está legalmente em bom estado”; é um sistema jurídico que “está funcionando bem”⁵⁴⁴. Diz o autor:

Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que (i) suas regras são prospectivas, não retroativas, e (ii) não é impossível obedecer a elas; e (iii) suas regras foram promulgadas, (iv), são claras e (v) coerentes entre si; (vi) suas regras são estáveis o bastante para permitir que as pessoas possam se guiar pelo conhecimento que têm do conteúdo delas; (vii) a feitura de decretos e mandados judiciais aplicáveis a situações relativamente limitadas é guiada por regras que foram promulgadas, são claras, estáveis e relativamente gerais; (viii) aquelas pessoas que têm a autoridade de fazer, administrar e aplicar as regras em caráter oficial (a) são passíveis de serem responsabilizadas pelo cumprimento de regras aplicáveis ao seu desempenho e (b) realmente administram a lei com consistência e de acordo com seu teor. [...] Nenhum dos oito *desiderata* é meramente uma característica de um conteúdo de significado, ou mesmo da expressão verbal de

⁵⁴² PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 212.

⁵⁴³ PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller**. Palestra Editores, Lima, 2019, p. 213.

⁵⁴⁴ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 264.

um conteúdo de significado; todos envolvem qualidades de instituições e processos⁵⁴⁵.

Na concepção de Finnis, o ponto fundamental desses desiderata é garantir àqueles que estão sujeitos à autoridade a dignidade da autonomia e de ficarem livres de certas formas de manipulação, estando, assim como o Estado de Direito, dentre os requisitos de justiça e equidade. “Os indivíduos só podem ser *eus* – isto é, ter a ‘dignidade’ de serem ‘agentes responsáveis’ – se não forem forçados a viver suas vidas para a conveniência de outrem, mas lhes seja permitido e sejam ajudados a criar uma identidade duradoura por ‘toda a vida’”⁵⁴⁶. Finnis trata essa compreensão como sendo o valor primário da previsibilidade que a lei busca estabelecer, que também é o valor primário da noção de governo constitucional (*Rechtsstaat*) que, segundo ele, busca garantir que os governantes não irão direcionar o exercício de sua autoridade para objetivos privados ou sectários:

E a razão de ser de dispositivos constitucionais como a "separação de poderes" é caracteristicamente expressa não apenas por referência aos esquemas injustos de governantes arbitrários, sectários ou despóticos, mas também por um apelo ao bem positivo de uma certa qualidade de associação e interação entre governante e governado: "para que ele seja um governo exercido pelas leis e não pelos homens"⁵⁴⁷.

Assim, o governo constitucional é um aspecto da ideia de Estado de Direito, e um componente importante dele é que os governantes se limitem ao seu lado da relação com o cidadão, que é uma relação recíproca, no sentido de que a autoridade é respeitada contanto que ela mesma respeite as reivindicações do que ele chama de “bem comum”.

Finnis entende que a questão quanto a se um tirano dedicado a objetivos perniciosos poder buscar esses objetivos por meio de um Estado de Direito lícito foi mal conduzida por Fuller e seus críticos, apesar de considerar que a discussão de Fuller fazia mais sentido. Isso, porque esse debate não conseguiu esclarecer o sentido relevante de "pode", na medida em que se concentrou a discutir a possibilidade lógica. No entanto, para Finnis, o melhor argumento emerge discretamente das referências feitas por Fuller a ideia de "reciprocidade", porque

Uma tirania dedicada a fins perniciosos não tem qualquer *razão* auto-suficiente para se submeter à disciplina de atuar consistentemente por meio de processos judiciais exigentes, considerando que o propósito racional de tal autodisciplina é exatamente o

⁵⁴⁵ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 265.

⁵⁴⁶ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 266.

⁵⁴⁷ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 266.

valor da reciprocidade, da equidade e do respeito pelas pessoas que o tirano, *ex hypothesi*, despreza⁵⁴⁸.

Na compreensão de Finnis, tais regimes tendem a ser: (i) explorador, no sentido de que os governantes estão interessados apenas em seus próprios interesses independentemente dos interesses do resto da comunidade; ou (ii) ideológico, na medida em que os governantes buscam um objetivo que consideram bom para sua comunidade, mas o buscam fanaticamente, ignorando outros aspectos básicos do bem humano na comunidade. Assim, “Nenhum destes tipos de tirania pode encontrar em seus objetivos qualquer fundamento lógico para se aterem (que não tático e superficial) às disciplinas da legalidade”⁵⁴⁹. Nesse sentido, o Estado de Direito (*Rule of Law*) reduz a eficiência para o mal de um governo perverso, já que sistematicamente restringe a liberdade de ação do governo:

A ideia de Estado de Direito se baseia na noção de que uma certa capacidade de interação entre governante e governado, que envolve reciprocidade e procedimentos equânimes, é muito valiosa em si mesma; não é meramente um meio para outros fins sociais, e não pode ser levianamente sacrificada em prol de tais outros fins. Não é apenas uma «técnica de gerenciamento» em um programa de “controle social” ou “engenharia social”⁵⁵⁰.

Em razão disso, Finnis entende ser um erro dos críticos de Fuller considerar que o Estado de Direito (ou seja, os oito desiderata) é simplesmente um instrumento que diz respeito à eficácia do sistema, “[...] que pode ser bom e necessário para propósitos moralmente bons, mas é igualmente útil para o mal”⁵⁵¹. Para Finnis, considerando justamente aquilo que Fuller colocava,

O apego ao Estado de Direito (especialmente ao oitavo requisito, de aquiescência dos funcionários a regras pré-anunciadas e estáveis) é sempre capaz de reduzir a eficiência para o mal de um governo perverso, já que sistematicamente restringe a liberdade de ação do governo⁵⁵².

⁵⁴⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 267.

⁵⁴⁹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 267.

⁵⁵⁰ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 268.

⁵⁵¹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 268.

⁵⁵² FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 268.

Finnis, contudo, introduz uma crítica a Fuller (que é uma leitura bastante interessante). Ele diz que há algo que não foi suficientemente enfatizado na explanação de Fuller da virtude do Estado de Direito, e que pode ser encontrado em Platão:

Em qualquer época na qual o ideal de lei, legalidade e Estado de Direito goza de popularidade ideológica (isto é, prestígio que não está enraizado em um entendimento firmemente razoável de princípios práticos), aqueles que conspiram contra o bem comum irão geralmente tentar chegar ao poder e se manter lá por meios fiéis a formas constitucionais e legais que não são menos "escrupulosos" só por serem taticamente motivados, insinceros e transitórios. Portanto, o Estado de Direito não garante todos os aspectos do bem comum, e às vezes não garante sequer a substância do bem comum⁵⁵³.

Finnis tem razão em seu argumento, mas não em sua premissa. Isso, porque, é verdade que o Estado de Direito não garante todos os aspectos do bem comum, mas não é verdade que isso não tenha sido suficientemente enfatizado na obra intelectual de Fuller, conforme já foi amplamente demonstrado na presente pesquisa. Fuller nunca afirmou que os oito princípios da moralidade interna *garantem* qualquer coisa, tampouco que eles salvam a vida em sociedade de todas as suas mazelas. Pelo contrário, Fuller sempre enfatizou que o Direito é uma questão de grau, e assim a moralidade interna também é. Esse ponto foi, inclusive, objeto de crítica pelos seus opositores, conforme se viu anteriormente. A moralidade interna do Direito não é algo simplesmente estabelecido, ela é também uma prática, um exercício. É necessário que se engaje nela *racionalmente*. É preciso sempre um esforço intencional, por mais que esses desiderata também sejam naturais, no sentido da *eunomia*. A tese de Fuller é uma mescla entre aquilo que é dado, como uma questão natural, e aquilo que é desenvolvido intencionalmente pela vida em sociedade. E também entre aquilo que *deve* ser desenvolvido, porque é bom. Fuller constantemente refere, em seus estudos, que há sistemas jurídicos que não cumprem com esses desiderata e que, dependendo do grau de descumprimento (se for sistemático), eles podem até deixar de serem identificados enquanto tal. A questão que Fuller coloca, portanto, é justamente a crítica elaborada por Finnis: muitos governos autoritários se utilizam das formas legais para atingir objetivos perversos, mas isso não significa que o Direito serve a qualquer fim, porque os oito desiderata fornecem condições racionais de reconhecer esses governos, na medida em que elas possuem mais afinidade com propósitos bons e justos do que com propósitos injustos. Os oito princípios fornecem camadas de proteção, mecanismos contra o autoritarismo, porque, por mais que esses governos se utilizem de formas legais, em algum momento essas formas

⁵⁵³ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 268.

evidenciarão os propósitos perversos, ou, então, serão descumpridas, porque lidam com questões de transparência pública, de previsibilidade, de consideração do cidadão, algo que governos extremamente autoritários não possuem afinidade. Portanto, Fuller nunca trabalhou em termos de garantias automáticas, e sempre em termos de graus de cumprimento.

De todas essas leituras, não se pode dizer de nenhuma delas que estão incorretas. Fuller, em um certo sentido, esteve alinhado com essas compreensões, ainda que de forma menos desenvolvida. Em 1960, o autor publicou um texto em que argumentou, resumidamente, que a adjudicação – aquele processo de participação institucional do cidadão na tomada de decisão judicial, que foi mencionada no item anterior dessa pesquisa – é uma característica importante para identificar um Estado de Direito (*Rule of Law*), porque, nele, são estabelecidas instituições formais que garantem aos membros da comunidade alguma participação nas decisões que afetam seus interesses. Quando essas garantias são mal utilizadas, na concepção de Fuller, o próprio Estado de Direito é prejudicado⁵⁵⁴.

Veja-se, com isso, que o debate sobre os limites da adjudicação – e, por isso, sobre os limites da decisão pública – perpassa por uma compreensão de *Rule of Law*. Para Fuller, a adjudicação deve ocorrer dentro de uma estrutura de padrões de decisão aceitos antes da participação do litigante no processo de tomada de decisão (em que ele apresenta, formalmente, os seus argumentos). Em suas palavras: “comunicação e persuasão pressupõem algum contexto compartilhado de princípios”:

The second main implication of my analysis is one that I have mentioned, and that is that adjudication must take place within a framework of accepted or imposed standards of decision before the litigant's participation in the decision can be meaningful. If the litigant has no idea on what basis the tribunal will decide the case, his day in court - his opportunity to present proofs and arguments - becomes useless. Just as the judge cannot be impartial in a vacuum, so the litigant cannot join issue with his opponent in a vacuum. Communication and persuasion presuppose some shared context of principle⁵⁵⁵.

A segunda implicação principal da minha análise é aquela que já mencionei, e é que a adjudicação deve ocorrer dentro de uma estrutura de padrões de decisão aceitos ou impostos antes que a participação do litigante na decisão possa ser significativa. Se o litigante não tem ideia com base no que o tribunal decidirá o caso, seu dia no tribunal — sua oportunidade de apresentar provas e argumentos — torna-se inútil. Assim como o juiz não pode ser imparcial no vácuo, o litigante não pode discutir com seu oponente no vácuo. Comunicação e persuasão pressupõem algum contexto compartilhado de princípios. (tradução nossa).

⁵⁵⁴ FULLER, Lon L. Adjudication and the Rule of Law. In: **Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting**, vol. 54, 1960, p. 5.

⁵⁵⁵ FULLER, Lon L. Adjudication and the Rule of Law. In: **Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting**, vol. 54, 1960, p. 6.

Assim, é possível extrair disso tudo que a concepção de moralidade interna do Direito, em Lon Fuller, é uma concepção comprometida com uma compreensão de *Rule of Law* (Estado de Direito), uma vez que os oito princípios da moralidade interna desenvolvidos pelo autor estabelecem limites para a tomada de decisão pública, incluindo a decisão judicial, bem como para a forma como o Estado lida com o cidadão. Eles consideram o cidadão como participante ativo da formação e aplicação do Direito. Há um respeito com a reciprocidade, com a dignidade humana, com a liberdade e com princípios de justiça. Da forma como colocado por Luban – em que pese Fuller não tenha formulado sua tese dessa maneira – há uma relação dos princípios procedimentais com a limitação de um conteúdo mínimo substancial do Direito. Tanto porque a sua concretização, de forma sistemática, eleva princípios morais de justiça – e a sua violação sistemática corrói o Direito –, de modo que eles possuem mais afinidade com a justiça substancial do que com a injustiça, porque são as formas naturais para a realização daquela; quanto porque, ao fim e ao cabo, estabelecem uma mínima limitação substancial ao conteúdo do Direito, ao reduzir, ainda que parcialmente, as possibilidades de seu conteúdo.

Na prática, portanto – respondendo ao título desse terceiro capítulo – a tese de Lon Fuller é, no fundo, um autêntico elogio à autonomia do Direito aos princípios do *Rule of Law*. Lenio Streck define o *Rule of Law* como sendo o “governo das leis”, à distinção de “governo dos homens”, como império da soberania popular (*Rule of People*). Nessa compreensão, Streck diz que essa concepção de *Rule of Law* foi importantíssima para a afirmação (e legitimidade) do *judicial review*. Em suas palavras:

Importa destacar que essa concepção de “governo da lei” foi importantíssima para a afirmação (e legitimidade) do *judicial review*. Na verdade, a intervenção das Cortes na revisão dos frutos do processo legislativo é resultado da compreensão da existência de um “governo das leis” (*rule of law*), à distinção de “governo dos homens”, como *império* da soberania popular (*rule of people*). Ou seja, não bastaria a legalidade para que se substituísse o “governo dos homens” pelo das leis, mas seria necessária uma correspondência entre a legislação e a afirmação dos direitos civis e políticos. Com isso, houve uma “desvalorização da legislação parlamentar como fonte do direito”, fortalecendo o papel das Cortes de tal forma que a tradição norte-americana ficou marcada pelo “risco de uma passagem da supremacia das Constituições à supremacia das Cortes Constitucionais”, devido à existência de um controle de constitucionalidade fortalecido⁵⁵⁶.

Streck também é referência no tema da autonomia do Direito, o que ressalta a compreensão que aqui está sendo esboçada. Para o autor, o problema relacionado com a autonomia do Direito é central porque converge com outros pontos decisivos: a questão do

⁵⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nota de rodapé 60, p. 115.

sentido do Direito, a interrogação pela sua determinação e sua fundamentação⁵⁵⁷. Para ele, a autonomia do Direito é compreendida como a sua dimensão de subsistência autônoma em face à política, à economia e à moral, e acarreta compromissos institucionais, tal como o de considerar que a decisão judicial não é produto de escolhas subjetivas e pessoais do julgador, mas é um dever de buscar a *resposta correta* enquanto um direito fundamental em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito⁵⁵⁸. Para Streck, a autonomia do Direito vem para remediar os fracassos da falta de controle sobre a política e exsurge no Estado Constitucional forjado a partir do segundo pós-guerra.

Isso significa que o Direito não deve se submeter automaticamente a interesses políticos, econômicos ou a juízos morais pessoais. Ele deve funcionar segundo suas próprias normas e princípios, garantindo estabilidade e previsibilidade. Essa ideia se fortaleceu no contexto do Estado Constitucional do pós-Segunda Guerra Mundial, como forma de limitar o poder político e impedir arbitrariedades. Assim, o Direito autônomo funciona como uma barreira contra o autoritarismo e o populismo, promovendo a proteção de direitos fundamentais.

A aposta no Poder Judiciário como tendo a função de exercer o controle de constitucionalidade é muito importante para essa compreensão que se estabeleceu sobre autonomia do Direito. Contudo, Streck explica que, se não houver uma compreensão adequada sobre o papel dos juízes, essa autonomia fica comprometida, porque, igualmente, tomam-se decisões arbitrárias:

Não se pode olvidar que a questão da autonomia do Direito também está situada na relação entre democracia e constitucionalismo. Com o crescente deslocamento do polo de tensão da relação entre legislação e jurisdição em direção a esta última, não é demais referir que a autonomia adquirida pelo Direito implica o crescimento do controle da constitucionalidade das leis, que é fundamentalmente contramajoritário. Em sendo diminuído o espaço de poder da vontade geral e aumentado o espaço da jurisdição por meio do contramajoritarismo, parece evidente que, para a preservação da autonomização do Direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais. [...] É aqui que chegamos ao ponto: a autonomia do Direito passou a ficar fragilizada face às apostas no protagonismo judicial. Mais protagonismo judicial, menos autonomia do Direito [...]⁵⁵⁹.

Assim, a aposta no constitucionalismo e no Poder Judiciário como mecanismo de controle das decisões legislativas e administrativas é importante para a preservação da

⁵⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 25.

⁵⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 25.

⁵⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, pp. 27-29.

autonomia do Direito, porém, o protagonismo judicial é um problema a ser enfrentado que, ao contrário do que se pretende, enfraquece essa autonomia. Para responder a esse problema, Streck vai trazer a ideia de *constrangimento epistemológico*⁵⁶⁰, integridade do Direito, a partir de Ronald Dworkin, e a ideia de respostas corretas no Direito:

Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do Direito e a aplicá-lo coerentemente. A *resposta correta* (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*⁵⁶¹.

Veja-se, portanto, que o diagnóstico de Streck é semelhante ao de Fuller. Ambos estabelecem critérios externos de justificação para as decisões públicas. Streck com base no constitucionalismo e na ideia de constrangimento epistemológico; Fuller com base na ideia de moralidade interna do Direito. Fuller, contudo, centra mais a sua crítica às decisões legislativas e à postura dos governantes; Streck centra mais nos limites da decisão judicial, apesar de não negar que as decisões políticas devem seguir os direitos fundamentais e princípios previstos na Constituição. Ambos, cada um a sua maneira, defendem a autonomia do Direito e trazem concepções de *Rule of Law*.

Porém, Fuller não enxergava, no Poder Judiciário, todo esse protagonismo. Há, entre Fuller e Streck, uma diferença de tempo que confirmou o problema do ativismo judicial. Na época de Fuller, os problemas eram outros, e talvez por isso o problema da discricionariedade judicial não foi enfrentado com maior vigor pelo autor jusnaturalista, apesar de ele ter sinalizado no mesmo sentido de Streck. É por isso que Oscar Vilhena diz que a proposta de Fuller “não exige uma carta de direitos ou uma clara separação de poderes, com um Poder Judiciário independente”. Continuando o raciocínio em uma nota de rodapé, Vilhena diz que “Para Fuller [...] o Judiciário não é necessariamente a melhor instituição para policiar o processo de aplicação do Direito”⁵⁶².

Apesar de o autor não aprofundar nesse argumento, é possível perceber as suas razões. Fuller tinha uma compreensão de Direito focada, principalmente, na contribuição do cidadão

⁵⁶⁰ “Constrangimento epistemológico equivale a realizar “censuras significativas”, no sentido – democrático – de se poder distinguir, por meio da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das incorretas). [...] Constranger epistemologicamente quer dizer colocar em xeque decisões que se mostram equivocadas. [...] se coloca, assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, pp. 61-63.

⁵⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 31.

⁵⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdade e Limites do Governo das Leis. In: **São Paulo em Perspectiva**, vol 13, 2004, p. 41.

como agente responsável. Para ele, o Poder Judiciário é somente uma fração do Direito, assim como os demais Poderes. O Direito acontece de forma muito profunda no relacionamento entre os cidadãos, que participam ativamente da sua construção em um relacionamento recíproco entre si e com o Estado. Contratos privados, por exemplo, também representam a produção de um sistema jurídico entre as partes, em que pese sejam regulamentados pelo Estado. Há, com isso, um autogerenciamento do cidadão na compreensão de Direito de Fuller, de modo que, ao Judiciário – que não está autorizado a ser discricionário e julgar em contrariedade aos princípios da moralidade interna – é reservado somente uma parte do “espetáculo”. Em muitos momentos, ele sequer aparece. Fuller focava, também, na relação do cidadão com os governantes que produzem as normas, e de como a produção do Direito ocorre também a partir dessa dinâmica social.

É por isso que Nicola Lacey coloca que o argumento de Fuller sobre a *reciprocidade*, incorporada nos procedimentos estabelecidos, funciona como limites ao poder, uma vez que ele está sujeito a limitações intrínsecas ao sistema jurídico, e é estabelecido a partir de uma relação interpessoal e intersubjetiva dos cidadãos, que se confrontam mutuamente no contexto social e ajustam reciprocamente suas relações:

‘[...] the holder of power will find himself hedged in by a network of reciprocities that trace the limits of his control.’ So far, even an economist would find little to object to in the argument. But of course, Fuller wanted to push the argument further; and in a trenchant sideswipe at ‘converging streams of ethical philosophy’ ranging from Kant through utilitarianism to emotivism and noncognitivism in ethics, he proclaims the idea of an ‘institutional or procedural morality’ and enjoins philosophers to enrich their abstractions with the ‘simple picture of human beings confronting one another in some social context, adjusting their relations reciprocally, negotiating, voting, arguing before some arbiter, and perhaps even reluctantly deciding to toss for it.....’⁵⁶³.

“[...] o detentor do poder se verá cercado por uma rede de reciprocidades que traça os limites de seu controle”. Até aqui, mesmo um economista teria pouco a objetar ao argumento. Mas, claro, Fuller queria levar o argumento adiante; e, num ataque incisivo às “correntes convergentes da filosofia ética”, que vão de Kant ao utilitarismo, ao emotivismo e ao não-cognitivismo em ética, ele proclama a ideia de uma “moralidade institucional ou processual” e conclama os filósofos a enriquecerem suas abstrações com a “imagem simples de seres humanos confrontando-se mutuamente em algum contexto social, ajustando reciprocamente suas relações, negociando, votando, argumentando diante de algum árbitro e, talvez, decidindo relutantemente no cara ou coroa...”. (tradução nossa).

Streck, contudo, vai desenvolver mais que Fuller sobre o problema do protagonismo judicial, porque percebe que, apesar de o Judiciário não representar *o todo* do Direito, ele exerce

⁵⁶³ RUNDLE, Kristen. **Forms Liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 41.

uma função essencial, talvez mais do que Fuller tivesse imaginado. Streck percebe que é nele que o Direito mais pode perder a sua autonomia, em que pese a sua função contramajoritária.

Nesse sentido, é possível considerar que, apesar de essencialmente divergentes, ambos os autores identificaram os mesmos problemas oriundos do positivismo jurídico e da arbitrariedade do Poder Público, estabelecendo, cada um a seu modo, critérios externos de justificação, fazendo uma ode contra a discricionariedade irrestrita da autoridade e trazendo uma concepção de *Rule of Law*, de imposição de limites às decisões públicas, seja no âmbito Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Assim, os oito princípios da moralidade interna — generalidade, publicidade, irretroatividade, clareza, não contradição, constância, praticabilidade e congruência — não são meras exigências técnicas ou instrumentais de eficácia normativa, mas constituem um verdadeiro arcabouço moral e institucional que torna o próprio Direito possível e digno de fidelidade. Ao estabelecer padrões universais de produção e aplicação do Direito, oferece critérios objetivos que vinculam os agentes públicos e fortalecem a autonomia do próprio Direito frente às contingências políticas e ideológicas. Essa concepção reforça a ideia de que o Estado de Direito é mais do que um ideal procedimental: é um compromisso moral com a racionalidade, a justiça e a integridade legislativa e institucional. Trata-se, portanto, de uma concepção de *Rule of Law* que encontra em Fuller não apenas um defensor técnico da legalidade, mas um teórico comprometido com a construção de uma ordem jurídica que respeita e promove a dignidade humana.

A moralidade interna de Fuller trata-se de uma concepção autêntica de *Rule of Law* porque oferece critérios objetivos que limitam a arbitrariedade das decisões públicas — seja na produção normativa, seja na aplicação judicial ou administrativa. Ao reconhecer que o Direito possui, em sua forma natural, princípios como generalidade, publicidade, prospectividade, clareza, consistência, perfectibilidade, durabilidade e congruência, Fuller reconhece que existem padrões normativos anteriores à autoridade, que devem ser respeitados por ela, impostos implicitamente pelo próprio Direito, em que pese ele também seja um produto dela. Ele reconhece o quanto o cumprimento e desenvolvimento desses padrões, pela própria autoridade, solidifica a força do Direito como um fenômeno autônomo, e que cria uma relação recíproca de fidelidade com o cidadão, agente autônomo, racional e livre. Essa fidelidade é, antes de tudo, moral: nasce da confiança de que o Estado respeita os limites procedimentais que tornam suas decisões legítimas. Portanto, como visto até aqui, a moralidade interna limita o exercício da autoridade, não apenas por meio de uma moralidade substantiva externa, mas pela própria integridade dos procedimentos jurídicos — que são, em si, morais. Fuller estabelece

limites racionais à ação estatal, que tornam o exercício do poder previsível e controlável, garantindo que o cidadão possa organizar sua vida de forma livre e responsável.

Assim, o *Rule of Law* fulleriano não diz respeito apenas a princípios formais, uma vez que eles adquirem uma dimensão moral porque protegem a dignidade do cidadão contra o arbítrio. Assim, uma das contribuições da moralidade interna é reconhecer que o Direito mesmo estabelece limites às decisões públicas e ao exercício da autoridade, inclusive à atividade legislativa e à jurisdição. Esses limites são particularmente importantes na crítica à discricionariedade. Fuller antecipa a noção de que a autoridade deve agir com base em razões jurídicas comunicáveis, de forma a respeitar a moralidade interna. O *Rule of Law*, nesse contexto, não é apenas um limite teórico; é um compromisso moral com a integridade do processo decisório, exigindo que o exercício do poder seja racional, não arbitrário. Portanto, os oito princípios da moralidade interna, articulados também como *standards* de racionalidade política, estabelecem condições de legitimidade para a autoridade, na medida em que o Direito reivindica não apenas obediência acrítica, mas fidelidade.

A conclusão que se chega, a partir de Fuller, portanto, é que nem o legislador pode legislar como quer; nem o juiz pode decidir como quer, porque o Direito, em que pese seja um produto da autoridade, impõe contra ela limitações implícitas, que lhe são pré-condições de existência ao mesmo tempo que exercício.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo investigar a tese da moralidade interna do Direito desenvolvida por Lon L. Fuller e suas implicações para o enfrentamento da arbitrariedade das instâncias decisórias públicas. A hipótese central foi a de que o jusnaturalismo procedimental de Fuller não apenas fornece uma teoria sobre as condições gerais de existência do Direito, mas também configura uma autêntica compreensão de *Rule of Law* (Estado de Direito), ao estabelecer critérios internos ao fenômeno jurídico que limitam a discricionariedade dos poderes públicos. Essa moralidade, ainda que de caráter formal e procedimental, revela um conteúdo moral que impede a utilização do Direito como um mero instrumento de poder.

À título de conclusão, então, é perceptível da presente pesquisa que a tese da moralidade interna de Lon Fuller não se trata apenas de estabelecer princípios mínimos para que o Direito funcione, em termos de eficácia. Não que a sua teoria não tenha essa dimensão meramente prática, no sentido de identificar a funcionalidade desses desiderata. Contudo, há algo muito

mais profundo do que isso em sua argumentação. Trata-se de uma visão que enxerga, no Direito, um compromisso da autoridade com o cidadão, porque o compreende como um agente racional e autônomo, que contribui para o estabelecimento e bom funcionamento do Direito. Trata-se de uma compreensão de *Rule of Law*, que estabelece limitações e critérios próprios para o exercício da autoridade, em todos os seus âmbitos de atuação.

Assim, para Fuller, o Direito não apenas é constituído pelos desiderata da moralidade interna, mas o cumprimento a elas deve ser um exercício constante, deve ser um dos propósitos da autoridade. A autoridade deve guiar-se por eles. Isso, como visto, é uma perspectiva comprometida com a própria autonomia do Direito, na medida em que ele já impõe limites implícitos antes mesmo de ser produzido pela autoridade, oferecendo, com isso, recursos não apenas para o próprio exercício do poder, mas também para o seu controle. A moralidade interna do Direito possui, nesse aspecto, a sua dimensão substantiva, porque expressa um elemento constitutivo de uma sociedade justa e da boa governança, com compromisso com a dignidade dos indivíduos, sendo moralmente desejável.

Trata-se de uma tese que compreende, adequadamente, a função do Direito: orientar a conduta humana. E que, no exercício dessa função, trabalha aspectos fundamentais como *reciprocidade* e *fidelidade*, para além da mera obediência acrítica da legislação. Há um compromisso com as razões das normas, mais do que com a sua fonte autorizadora. Considerar que o Direito se trata meramente de um fenômeno coercitivo de poder, de comando e de controle por uma parcela de pessoas que não estão necessariamente vinculadas com essas imposições, é desconsiderar toda uma dimensão do fenômeno que o constitui enquanto prática social. É como olhar para a base de uma pirâmide e dizer que se trata de um quadrado.

Essa compreensão da moralidade interna do Direito como dimensão de *Rule of Law*, como visto, tem tudo a ver com a ideia de a *accountability* decisória. Dizer que a autoridade deve respeitar o cidadão como agente responsável, racional e autônomo, para que o próprio Direito possa funcionar enquanto prática social sólida, é dizer também que tanto a forma como o conteúdo decisório possuem limitações impostas pelo próprio sistema jurídico. Há um tecido social recíproco que possui mecanismos próprios e que exsurge no próprio seio da prática jurídica. Isso, portanto, diz respeito a uma compreensão de legitimidade, no sentido de que o Direito reivindica legitimidade. Desse modo, a moralidade interna do Direito não apenas limita o exercício da autoridade, mas também configura o próprio processo de legitimação do poder. Isso significa que a autoridade não pode, legitimamente, ignorar os desiderata — e que o desrespeito a elas compromete a própria integridade moral (e, em certa medida, a eficácia social, porque impacta na sua própria funcionalidade) do Direito. A moralidade interna torna-

se, assim, um critério de responsabilidade política e jurídica, exigindo que os atos de governo se submetam a padrões mínimos de justiça procedimental e substancial.

Esse ponto tem desdobramentos particularmente relevantes no contexto contemporâneo, em que se observa uma tendência crescente de instrumentalização do Direito como mera ferramenta de governança. A redução do Direito a um conjunto de comandos unilaterais, elaborados por uma elite governante, fragmenta a dimensão participativa do fenômeno jurídico e ignora o seu caráter dialógico. Fuller lembra, nesse sentido, que o Direito só é Direito quando respeita a dignidade e a autonomia dos destinatários das normas, reconhecendo-os como parceiros legítimos no processo normativo. Assim, a moralidade interna fortalece a noção de *accountability* decisória ao exigir que a autoridade fundamente suas decisões de maneira transparente, compreensível e compatível com o ordenamento jurídico existente. Isso implica não apenas obedecer à forma, mas também respeitar valores subjacentes como a não contradição, a estabilidade e a clareza normativa — elementos que possibilitam ao cidadão compreender e questionar as decisões da autoridade, bem como exercer seus direitos de maneira efetiva. E, no fim do dia, se ajustar ao Direito, porque criou fidelidade com ele.

O *insight* que, parece, Fuller traz a essa compreensão é de que não apenas essas condições de *Rule of Law* são moralmente boas e justificáveis, mas também que elas são *necessárias*, em um sentido prático, para que o Direito funcione e, com isso, também exista. Para que ele se mantenha.

Essa dimensão de reciprocidade da moralidade interna do Direito também está profundamente ligada à própria noção de liberdade democrática. Em uma sociedade democrática, o cidadão não é apenas destinatário das normas, mas também cocriador delas, seja de maneira direta, seja por meio de representantes. O respeito à moralidade interna fortalece essa dimensão democrática ao neutralizar arbitrariedades e ao assegurar que o processo de tomada de decisão pública esteja vinculado a padrões racionais e previsíveis de atuação estatal. Em outras palavras, a moralidade interna do Direito é condição de possibilidade de uma cidadania ativa e consciente. Ela é, em última análise, um elemento de justiça — uma justiça que se manifesta na forma, no procedimento e na coerência do Direito. Ao afirmar isso, Fuller antecipa debates contemporâneos sobre o papel do devido processo legal, da transparência administrativa e da participação cidadã, mostrando que o compromisso com a moralidade interna é, também, um compromisso com a dignidade humana.

Portanto, a moralidade interna de Fuller projeta-se como uma base normativa que permite ao Direito cumprir seu papel de orientar condutas, viabilizar a cooperação social e limitar o arbítrio. Ela revela o Direito não apenas como um conjunto de comandos, mas como

uma prática social comprometida com a autonomia, a racionalidade e a dignidade das pessoas. Nesse sentido, representa uma ponte indispensável entre a autoridade e o cidadão, garantindo que o exercício do poder seja legítimo, responsável e, acima de tudo, justo.

É verdade, como visto ao longo da pesquisa, que um sistema jurídico pode falhar em satisfazer com perfeição todas as exigências da moralidade interna (e, portanto, do *Rule of Law*). Mas Fuller nunca falou em termos de cumprimento automático. Falou sempre em termos de graus de cumprimento. Ou seja, quanto mais o sistema jurídico se afasta dessas exigências, mais a sua manifestação será afastada da sua própria finalidade, e menos ganhará em obter a fidelidade e reciprocidade do cidadão. A ponto de que, se esse descumprimento ocorrer de forma sistemática, menos é possível falar em um sistema jurídico. E, mais: os desiderata da moralidade interna fornecem *razões* para se exigir uma determinada postura da autoridade, no sentido de que o Direito vem antes dela, não sendo meramente um produto dela.

No primeiro capítulo, buscou-se justificar a escolha do autor como referência central da pesquisa. Apresentou-se um breve panorama biográfico sobre a vida Fuller, destacando sua formação, atuação profissional e contribuições para o ensino e a teoria do Direito de sua época. Demonstrou-se que Fuller foi um *outsider* em seu tempo, tendo travado um diálogo crítico tanto com o positivismo jurídico quanto com o realismo norte-americano e as posturas pragmatistas. O item 1.1 detalhou o problema enfrentado por Fuller: a ascensão de correntes teóricas que desconjuntavam o Direito da moralidade, reduzindo-o a um instrumento de coerção. Para tanto, analisaram-se as críticas de Fuller ao positivismo jurídico de sua época, ao realismo jurídico norte-americano, ao pragmatismo e ao empirismo filosófico de David Hume, indicando que Fuller via nesses movimentos um esvaziamento do conceito de Direito como empreendimento racional e moral.

No item 1.2, exploraram-se as bases filosóficas que inspiraram a teoria de Fuller. A partir da teleologia de Aristóteles, da noção de beatitude em Tomás de Aquino e da ideia de ordem como propósito, mostrou-se como Fuller constrói um conceito de Direito que vai além da legalidade formal, reconhecendo a necessidade de uma estrutura interna que garanta sua inteligibilidade e legitimidade. Essa base filosófica permitiu compreender que Fuller não propunha um jusnaturalismo em sua matriz clássica ou teológica, mas sim uma teoria procedimental ancorada na racionalidade prática e na condição intersubjetiva da vida em sociedade.

O segundo capítulo adentrou na teoria da moralidade interna do Direito. No item 2.1, apresentou-se a distinção entre moralidade de dever e moralidade de aspiração, enfatizando que a moralidade interna pertence ao primeiro grupo, por estabelecer um patamar mínimo de

racionalidade exigido das normas para que estas possam se qualificar como jurídicas. No item 2.2, examinou-se o conceito de Direito em Fuller como um empreendimento de submissão da conduta humana à governança de regras, ou seja, como um empreendimento essencialmente orientativo. A reciprocidade e a fidelidade ao Direito foram destacadas como categorias centrais: normas devem possibilitar que os cidadãos orientem racionalmente suas condutas.

O item 2.3 detalhou os oito princípios procedimentais que constituem a moralidade interna: generalidade, publicidade, irretroatividade, clareza, não contradição, constância, praticabilidade e congruência entre a norma e a sua aplicação pelos agentes públicos. Esses requisitos garantem a inteligibilidade do sistema jurídico e sua capacidade de orientar condutas. A análise do *status* moral desses desiderata permitiu, no item 2.4, rebater as críticas de seus opositores, que viam nos desiderata apenas uma questão de eficácia do Direito. Demonstrou-se, ao contrário, que tais princípios possuem um valor moral intrínseco, pois sua observação é condição de dignidade e autonomia para os destinatários do Direito.

O terceiro capítulo tratou das implicações práticas do reconhecimento da moralidade interna. O item 3.1 retomou o clássico debate entre Hart e Fuller, a partir do famoso exemplo dos "veículos no parque público", mostrando como Fuller afirmava que, mesmo em situações concretas de *hard cases*, o Direito oferece critérios racionais de interpretação que vão além da vontade subjetiva do juiz. No item 3.2, discutiu-se diretamente a discricionariedade no exercício do poder decisório e como a moralidade interna pode funcionar como um antídoto contra a arbitrariedade. Argumentou-se que os princípios da moralidade interna impõem limites racionais e morais à atuação de juízes, legisladores e administradores públicos, tornando as decisões mais justificadas, previsíveis e coerentes com os fins do Direito. A moralidade interna, por ser imanente ao sistema jurídico, oferece critérios não arbitrários para o direcionamento das decisões públicas.

No item 3.3, analisou-se como a moralidade interna fornece uma compreensão de *Rule of Law* (Estado de Direito). A partir da leitura de diversos autores, demonstrou-se que, em Fuller, o *Rule of Law* é mais que um ideal formal: é um compromisso moral com a racionalidade, a reciprocidade e a autonomia dos indivíduos. Os princípios da moralidade interna são garantias institucionais da liberdade, pois asseguram que os indivíduos possam confiar na ordem jurídica e se autogovernar a partir de regras estáveis e justas. Trata-se, portanto, de uma teoria do Direito que se vincula diretamente à democracia e à dignidade da pessoa humana.

Assim, ao longo de todos os capítulos, procurou-se demonstrar que a teoria da moralidade interna de Lon Fuller é mais do que uma descrição das condições formais de

existência do Direito: ela se trata de uma autêntica proposta de limitação do poder público, de afirmação do Estado de Direito e de defesa da autonomia dos indivíduos. Sua teoria desafia os modelos positivistas que tratam o Direito como sendo identificado a partir de comandos hierárquicos impostos por uma autoridade. Por outro lado, apresenta uma alternativa ética e institucional, fundada em princípios que tornam o Direito inteligível, justificável e moralmente digno de obediência. Trata-se de uma perspectiva que também ressalta a integridade da legislação e a autonomia do fenômeno jurídico.

Por fim, considera-se que a presente pesquisa cumpriu o objetivo a que se propôs: compreender o pensamento de Lon Fuller a partir de seu contexto e de suas fontes, identificar como ela poderia funcionar em relação ao problema do poder discricionário e irrestrito, e apresentar sua moralidade interna como uma proposta coerente e potente de *Rule of Law*. Espera-se, com isso, ter contribuído para o resgate e a atualização do pensamento fulleriano no debate jurídico contemporâneo, contribuindo também para futuras pesquisas que, a partir de sua obra, aprofundem as relações entre Direito, moralidade, democracia e limitação do poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A.V. G. Martins. **A Moralidade do Direito como condição de Liberdade em Lon Fuller**. 1ª ed. Editora Lex Magister, Porto Alegre, 2013.

A.V. G. Martins. **Antropologia Filosófica e Direito**: Um confronto entre o personalismo de Lon Fuller e o economicismo de Richard Posner. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2016.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. v. I, parte I. Trad. Alexandre Correia, Livros católicos para download.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro I. 4. ed. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2020.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal. PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da [...]. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intdo.(a/s): Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 126292 São Paulo. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação [...]. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016.

CHERRY, Kendra. Understanding the Milgram Experiment in Psychology. **Verywell Mind**, 13 ago 2024. Disponível em <<https://www.verywellmind.com/the-milgram-obedience-experiment-2795243>>.

COHEN, Marshall. **Law, Morality and Purpose**. In: Villanova Law Review, vol 10, art 4, 1965.

COPLESTON, Frederick C. **Tomás de Aquino**: introdução à vida e à obra do grande pensador medieval. Trad. Fabio Florence, Campinas: Editora Ecclesiae, 2020.

COVELL, Charles. **The Defence of Natural Law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin, and John Finnis. St. Martin's Press: New York, 1992.

DIETRICH, William Galle. **Positivismo Jurídico**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

DIETRICH, William Galle; Matsushita, Thiago Lopes; Campos da Silva, Guilherme Amorim. Empirismo e Positivismo Jurídico. In: **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 29, n. 3, 2024.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invejoso**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. Com a tradução de texto de Lon L. Fuller, parte da obra *The Morality of Law*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. **Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito**, ed. 1, abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>>.

DO AMARAL, Roberto Antonio Penedo; Silva, Deyse Amorim; Gomes, Luciene Izabel. A eudaimonía aristotélica: a felicidade como fim ético. In: **Revista Vozes dos Vales**: Publicações Acadêmicas, nº 1, ano 1, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Philosophy, Morality, and Law** - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol 113, 1965.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FULLER, L. Lon. **A Moralidade do Direito**. Trad. Augusto Neves Dal Pozzo; Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo, São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

FULLER, Lon L. A Rejoinder to Professor Nagel. In: **Natural Law Forum**, paper 30, 1958.

FULLER, Lon L. Adjudication and the Rule of Law. In: **Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting**, vol. 54, 1960.

FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century: A Review of Edwin W. Patterson's *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*. In: **Journal of Legal Education**, vol. 6, n. 4, 1954.

FULLER, Lon L. American Legal Realism. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 82, n. 5, 1934.

FULLER, Lon L. Human Purpose and Natural Law. In: **Natural Law Forum**, paper 28, 1958.

FULLER, Lon L. Irrigation and Tyranny. In: **Stanford Law Review**, vol. 17, n. 6, jul. 1965, p. 1.022.

FULLER, Lon L. **O Caso dos Exploradores de Caverna**. Tradução e notas por Ivo de Paula, LL. M. São Paulo: Editoria Leud, 2008.

Fuller, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: a Reply to Professor Hart. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28 ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive**, Spring 2018 Edition, Stanford: The Metaphysics Research Lab, 2003. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>>.

H. L. A. Hart. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

H. L. A. Hart. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 71, nº 4, 1958.

HOBBS, Thomas. **Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil**. London: Andrew Crooke, 1651.

HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. The Path Of The Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 10, 1897.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason**: a history of positivist thought. Nova York: Doubleday & Company, 1998.

LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. In: Lacey, Nicola. **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011.

LACEY, Nicola. **A Life of H.L.A. Hart**. Oxford University Press, 2004.

LEGG, Catherine; HOOKWAY, Christopher. Pragmatism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/pragmatism/>>. Acesso em 15 fev 2025.

LORENZONI, Pietro Cardia. A Lei nº 13.756 e a audiência pública da CFT: vontade política e dever jurídico. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 abr 2023. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2023-abr-15/pietro-lorenzoni-lei-13756-audiencia-publica-cft/>>.

LUBAN, David. Rediscovering Fuller's Legal Ethics. In: **Georgetown Journal of Legal Ethics**, Amsterdam University Press, 1998.

LUBAN, David. The Rule of Law and Human Dignity: Reexamining Fuller's Canons. In: **Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 29, 2010.

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. Observações sobre a necessidade de respostas corretas em Direito. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 09 de jun de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-09/diario-classe-observacoes-necessidade-respostas-corretas-direito/#_ftn2>.

MORBACH, Gilberto. **A Terceira Via de Jeremy Waldron**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2019.

MORBACH, Gilberto. O positivismo que ainda não o era: coordenação, autoridade, democracia. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 abr. 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/diario-classe-positivismo-nao-coordenacao-autoridade-democracia/#_ftn3>.

MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2023. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/hume/>>. Acesso em 15 fev 2025.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Gildo Rios, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Savador: Jusprofivm, 2017.

MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. In: **Law and Philosophy**, vol 24, 2005.

NAGEL, Ernest. On The Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller. In: **Natural Law Forum**, paper 29, 1958.

NETO, Arthur Ferreira. **Justiça como realização de capacidades humanas básicas: É viável uma teoria de justiça aristotélica-rawlsiana?** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

NICHOLSON, Peter P. **The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics**. In: *Ethics*, vol. 84, no. 4, 1974.

NOVAIS, Gabriel Pereira; CUNHA, Luísa Mouta; RIBEIRO, Júlia Melo Fonseca. A decisão condenatória de Carlinhos Metralha, ex-agente da Ditadura Militar Brasileira: um precedente histórico para garantia da Justiça de Transição. **Centro de Estudos sobre Justiça de Transição**. Disponível em <<https://cjt.ufmg.br/a-decisao-condenatoria-de-carlinhos-metralha>>.

ex-agente-da-ditadura-militar-brasileira-um-precedente-historico-para-garantia-da-justica-de-transicao/>. Acesso em 03 de fevereiro de 2025.

PASNAU, Robert. Thomas Aquinas. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/aquinas/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2025.

PAULSON, Stanley L. Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "Positivist" Theses. In: Special Issue on Lon Fuller, **Law and Philosophy**, vol. 13, n. 3, aug, 1994.

PINHEIRO, Victor Sales; Souza, Elden Borges. **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Victor Sales Pinheiro (org.), Vol 3, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

PINTO, Gerson Neves. Os dois sentidos do termo “justiça” no livro V da Ética Nicomaquéia de Aristóteles. In: **Revista Espaço Acadêmico**, n. 147, 2013.

PORCIELLO, Andrea. **En los orígenes del neoconstitucionalismo**. El antipositivismo de Lon L. Fuller. Palestra Editores, Lima, 2019.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 6ª ed. Estados Unidos: Aspen Law & Business, 2003.

POSNER, Richard A. **The Essential Holmes**. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr. Chicago: Chicago University Press, 1997.

RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**: reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012.

SALOMÃO, Lucas. Comissão da Verdade responsabiliza 377 por crimes durante a ditadura militar. G1, 10 de dez de 2014. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/comissao-da-verdade-responsabiliza-377-por-crimes-durante-ditadura.html>>.

SCHAUER, Frederick. Positivism Before Hart. In: Freeman, Michael; Mindus, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013.

SCRUTON, Roger. **Conservadorismo**. 6ª ed. Trad. Alessandra Bonruquer. Editora Record, São Paulo, 2020.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Trad. Bruno Costa Simões; rev. Aníbal Mari, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: cinquenta verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 out 2019. Disponível em

<<https://www.conjur.com.br/2019-out-03/senso-incomum-literalista-voluntarista-diante-caes-plataforma>>.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 19 fev 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prendertransito-julgado>>.

SUMMERS, Robert S. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984.

SUMMERS, Robert S. Professor Fuller 's Jurisprudence and America ' s Dominant Philosophy of Law. In: **Cornell Law Library**, Paper 1351, 1978.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. The Very Structure of Modern Government Is Under Legal Assault. **The New York Times**, 15 set 2020. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>>.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 19 ed., rev., atual., ref. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUCKER, Edwin W. The Morality of Law, by Lon L. Fuller. In: **Indiana Law School**, vol. 40, n. 2, art. 5, 1965.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdade e Limites do Governo das Leis. In: **São Paulo em Perspectiva**, vol 13, 2004.

WALDRON, Jeremy. Positivism and Legality: Hart's equivocal response to Fuller. In: **New York University Review**. Vol. 83:1135, 2008.

WINSTON, Kenneth. **The Principles of Social Order**: Selected Essays of Lon L. Fuller. rev. Hart Publishing, 2002.