

A TEORIA DO DIREITO DE LON FULLER E O ESTADO DE DIREITO

LON FULLER'S LEGAL THEORY AND THE RULE OF LAW

Anibal Castro de Sousa¹

RESUMO: Este artigo pretende discorrer sobre a teoria do direito de Lon Fuller, conhecida como a “moralidade interna do direito”, que teve seu desenvolvimento a partir de um acalorado debate com H.L.A.Hart — documentado em dois artigos publicados pela Harvard Law Review e que continuou com algumas respostas e réplicas em livros publicados pelos autores nos anos subsequentes. No debate, discutiu-se, entre outras coisas, sobre se havia efetivamente um sistema jurídico na Alemanha nazista e como o direito Alemão do pós-guerra deveria ser interpretado para os atos ocorridos no Reich. Analisamos a teoria de Fuller, tendo a teoria de Hart como paradigma crítico, para propor sua utilização como fundamento teórico para os pressupostos necessários a serem utilizados pelo Estado-Juiz para fundamentar e justificar a decisão judicial, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Lon Fuller. Teoria do direito. Estado de Direito.

ABSTRACT: This article seeks to discuss Lon Fuller's theory of law, known as the “internal morality of law”, which was developed from a heated debate with H.L.A. Hart, documented in two articles published by Harvard Law Review and which continued with some responses and replies in books published by the authors in subsequent years. The debate discussed, among other things, whether there was actually a legal system in Nazi Germany and how post-war German law should be interpreted for acts that occurred in the Reich. We analyze Fuller's theory, using Hart's theory as a critical paradigm, to propose its use as a theoretical foundation for the necessary assumptions to be adopted by the State-Judge to substantiate and justify the judicial decision, under the rule of law.

Keywords: Lon Fuller. Legal Theory. Rule of law.

1 INTRODUÇÃO

O jurista americano Lon Fuller é mais conhecido no Brasil por seu livro de introdução ao estudo de direito, “o caso dos exploradores de caverna” — escrito no estilo de “conto jurídico” — do que pela sua teoria do direito, e a prova cabal disto é o fato desta, publicada no livro denominado “a moralidade do Direito”, ter tido uma única e recente tradução para o português, em contraste com o primeiro livro, que já teve diversas traduções e edições no Brasil.

¹Advogado. Mestrando em Filosofia do Direito na PUC-SP. Pós-graduado em Direito Tributário pelo CEU (Centro de Extensão Universitária), defendeu a tese sobre a imunidade de ICMS no livro eletrônico. Especialista em Direito dos Contratos pelo CEU. Especialista em Direito Empresarial (COGEAE-PUC). Pós-graduado em Direito Pena Econômico pela Faculdade de Direito de Coimbra em parceria com IBCRIM.

Fuller desenvolve e aperfeiçoa sua teoria a partir do debate acalorado travado com H.L.A. Hart, que com muitas idas e vindas, críticas e réplicas, durou cerca de dez anos, nas palavras do próprio Fuller, e teve, como pano de fundo, as diferentes visões sobre a interpretação do direito na Alemanha nazista, sobretudo sobre a aplicação do direito pelo tribunal alemão contra os nazistas após o fim da guerra, pois enquanto Hart defendia, grosso modo, o ponto de vista de que havia um sistema jurídico válido na Alemanha, embora cruel e tremendamente injusto, pois era possível identificar e descrever um conjunto de regras ordenadas (primárias e secundárias) e que tinham vigência na época, Fuller refutava totalmente esta ideia, pois segundo ele, faltava ao “sistema jurídico nazista” alguns princípios internos, da moralidade interna do Direito, que fundamentam, em última análise, a legalidade, como por exemplo, irretroatividade, publicidade, não contradição das leis, reciprocidade do Estado com o cidadão, e que sem a presença destes requisitos não havia direito válido, pois não basta a mera existência de um conjunto de leis para que exista um sistema jurídico, já que este sistema pressupõe, na visão de Fuller, uma moralidade interna extraída do próprio sistema de normas e que o justifique.

O embate entre estes dois pensadores da teoria do direito, na verdade, não era somente sobre os diferentes pontos de vistas acerca da interpretação jurídica a ser dada para os nazistas na Alemanha do pós-guerra, e isto foi, com efeito, um pano de fundo para a discussão sobre duas diferentes teorias: positivismo de Hart e o jusnaturalismo de Fuller.² Para o positivismo, além da teoria das fontes social, é crucial a questão da separabilidade entre direito e moral, ou seja, o positivista descreve o direito existente como ele é e não como ele deveria ser, de maneira que havendo um sistema de leis, em que se identifique regras primárias e secundárias, há direito, há sistema jurídico na visão do positivismo, ainda que se trate de leis iníquas, pois pouco importa como deveria ser, mas apenas o que é, razão pela qual, para Hart havia direito na Alemanha nazista. Já o núcleo teórico da teoria Fulleriana é a existência de uma moralidade interna própria do Direito, antes de sua manifestação externa, caracterizada em oito requisitos, que serão descritos mais adiante, pois sendo o direito uma prática, uma atividade humana intencional cujo propósito é de regular a conduta humana através de regras, é impossível a separação do direito e da moral, conforme proposto por Hart. Os oito requisitos da moralidade interna seriam, para Fuller, as exigências da legalidade, que justificaria o sentido e a existência

² “[O]s princípios expostos em meu segundo capítulo equivalem a alguma variedade de lei natural? A resposta é um enfático e qualificado sim” (FULLER, 2021, p. 118).

do Direito, que não pode simplesmente ser descrita como é ou como se encontra em determinado lugar.

É a partir então deste debate que Fuller desenvolveu sua teoria sobre a existência necessária ou intrínseca de uma “moralidade interna do Direito ” em um sistema de regras, observando-se as oito exigências na elaboração da regras, que se presentes dão existência e validade ao sistema jurídico, e que será objeto de análise neste artigo, pois ao fim e ao cabo, esta teoria de Fuller será fundamental para servir de base como ferramenta para auxiliar os critérios de interpretação judicial proferida dentro do Estado de Direito, ou, em outras palavras, será um poderoso instrumental a auxiliar os juízes no seu mister de decidir em um sistema de *rule of law*.

Assim, pretendemos discorrer de forma hermenêutica sobre a teoria de direito de Fuller, tendo o positivismo de Hart como paradigma crítico, e para tanto iniciamos o artigo com uma breve análise do debate Fuller versus Hart, para em seguida delinear, de maneira sucinta, o positivismo de Hart, e na sequência trazer em oposição ao positivismo a teoria de Fuller, para no final propormos que esta teoria (da moralidade interna do direito) é crucial para justificar teoricamente a questão da decisão judicial dentro do Estado Democrático de Direito.

2 BREVES LINHAS SOBRE O DEBATE HART X FULLER

O famigerado debate referido teve início a partir de uma palestra proferida por Hart, a convite de Fuller, nas dependências da Harvard Law School, em 1957, em que este era professor catedrático e Hart um teórico proeminente do direito, vindo de Oxford. Na ocasião, o professor Hart já vinha escrevendo sua obra magna, “o conceito de direito”, e aproveitou a ocasião para difundir suas ideias e sua teoria positiva analítica do direito. O professor Fuller, por seu turno, também desenvolvia sua teoria da moralidade interna no direito, que era, por assim dizer, diametralmente oposta à de Hart. Na verdade, não houve debate durante a exposição do professor Hart nas dependências da universidade, e sim, no ano seguinte, mediante a publicação de dois artigos científicos na revista Harvard Law Review, um de Hart sustentando seus argumentos e outro de Fuller refutando de forma escrita, de maneira que o debate se deu através de escritos dos dois teóricos.

É necessário contextualizar no tempo o encontro dos dois teóricos, por que à época havia grande inquietação sobre o julgamento dos nazistas (Nuremberg) e todas as consequências jurídicas decorrentes, já que muitos réus nazistas evocaram em suas defesas o fato de terem

cumprido estritamente a lei nazista vigente o que justificaria a razão de terem cometido as atrocidades do holocausto, ou seja, se basearam em um “legalismo” estrito, no sentido de se aplicar *ipse literis* a lei existente ainda que iníqua, e obviamente havia o entendimento absolutamente contrário de que os oficiais nazistas jamais poderiam ter justificado seus atos sob a alegação do cumprimento da lei iníqua, pois embora houvesse formalmente um sistema jurídico na Alemanha Nazista, este não poderia sobrepor-se ao direito à vida, e como tal ser direito legítimo, por diversos motivos, sobretudo por justificar o intuito de extermínio de um povo, fato bem conhecido por todos.

Portanto, embora o pano de fundo do debate fosse de fato a questão relativa a aplicação e interpretação do direito na Alemanha do pós-guerra, o que estava em discussão eram duas teorias do direito: o positivismo de Hart e a teoria de Fuller. E para além de serem duas teorias distintas do direito, a cerne do desacordo está na questão de se considerar ou não a influência da moralidade no conceito de direito. Fuller não concebe a existência do direito sem que sejam cumpridos certos requisitos intrínsecos de moralidade, enquanto Hart advoga pela separabilidade de direito e moral, e esta questão da moralidade é central, e delineará toda a diferença entre as duas teorias. Fuller, conforme já citado, elenca pelo menos oito requisitos de moralidade interna, sem as quais, não haveria direito, pois é pressuposto intrínseco de qualquer regra a presença de tais elementos, que são: a) generalidade da lei, b) publicidade da lei, c) as leis devem ser prospectivas, d) compreensíveis, e) não contraditórias, f) constantes, g) possíveis de serem executadas, i) administradas pelas autoridades em cooperação com os cidadãos (FULLER, 2021). Hart desferiu críticas severas aos referidos elementos da moralidade, aduzindo que seriam, na verdade, requisitos de eficácia e não pontos de moralidade, e exemplificou, de maneira mordaz, comparando a um caso de envenenamento³, aduzindo que também há requisitos de eficácia para um envenenamento, como por exemplo, não colocar dose a mais de veneno, e nem por isso poderia se falar de uma moralidade interna no ato de envenenar outrem.

Para se compreender o desenrolar do debate, ao longo dos anos, e os detalhes das distintas teorias do direito, delineamos em tópicos separados as teorias de Hart e Fuller.

³ “O envenenamento é, sem dúvida, uma atividade intencional, e as reflexões sobre sua finalidade podem mostrar que essa atividade tem seus princípios internos. (‘Evite venenos, mesmo que sejam letais, se eles fizerem com que a vítima vomite’ ou ‘evite venenos, mesmo que sejam letais, se sua forma, cor ou tamanho puderam chamar a atenção’). Mas chamar os princípios da arte do envenenador de ‘a moralidade do envenenamento’ simplesmente confundiria a distinção entre a noção de eficiência por um propósito e aqueles julgamentos finais sobre atividades e propósitos com os quais a moralidade, em suas várias formas, está preocupada” (HART, 1965, pp. 1285-1286).

2.1 O positivismo de Hart

O positivismo é uma concepção ou corrente de pensamento sobre o Direito complexa, que tem várias vertentes e interpretações e por isso não ostenta uma definição unívoca, porém, de modo geral, e sem comprometer a essência do positivismo, pode-se afirmar que é uma teoria que pretende descrever o direito como ele é e não como ele deve ser, e que por corolário pretende descrever o direito de maneira conceitualmente separado da moral, questão conhecida como a “tese da separabilidade”. Além disto, é uma teoria que se baseia na legitimação ou validade da regra a partir de sua fonte, o que vale dizer: importa e muito ao positivismo a chamada “teoria das fontes” que dá validade e legitimidade jurídica para as regras. Observe-se a relação direta das duas teses, “separabilidade” e “fonte”, pois o fato social que legitima a regra primeira, ou regra de reconhecimento, é a que dará validade jurídica para o sistema sem considerar as concepções morais, mas puramente jurídicas da relação entre as regras primárias e secundárias. A clássica definição de John Austin sobre o positivismo conseguiu sintetizar muito bem a teoria ao afirmar que:

A existência do direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos outra. Existir ou não é uma questão; estar de acordo a determinado padrão é outra. Uma lei que existe é uma lei, ainda que dela não gostemos, ainda que ela esteja em desacordo com aquilo que baseamos nossa aprovação ou desaprovação (BIX, 2020, p. 53).

922

H.L.A. Hart foi um filósofo positivista do Direito, que estava inserido no contexto da escola da filosofia analítica e escreveu a importante obra, “O conceito de Direito” (HART, 2001), para apresentar sua concepção de direito e superar criticamente a doutrina positivista de John Austin, até então dominante, e que entendia que o Direito estava baseado em um ato de autoridade, como comando de um soberano aos seus comandados, cuja desobediência acarretaria uma coerção, o que fundamentava o Direito como uma doutrina imperativista.

Ou seja, os direitos e deveres jurídicos dos cidadãos, para Austin, estavam fundamentados em uma ordem emanada de uma autoridade, esta era a fonte de validade de um sistema jurídico, sendo que esta autoridade estaria dispensada de seguir a ordem que emanou, mas que impunha uma ameaça ou coerção no caso de descumprimento dos súditos.

Hart não rejeita inteiramente que o Direito tenha também uma concepção imperativista, sobretudo nas chamadas regras primárias, que são as regras que estipulam deveres e obrigações às pessoas e que preveem uma punição no caso de descumprimento, mas entende que a visão do Direito de Austin, baseado apenas em regras primárias de deveres e obrigações impostas por autoridade, seria limitada às sociedades mais primitivas, pois neste caso,

As regras segundo as quais o grupo vive não formarão um sistema, mas serão simplesmente um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, exceto, claro, a de que são regras aceitas por um grupo particular de seres humanos (HART, 2001, p. 102).

Esse sistema de regras primárias, portanto, seria insuficiente para descrever o Direito em sociedades mais complexas como as sociedades modernas, em que há claramente diversos outros tipos de regras de direito que não são concebidas no formato de comandos a serem obedecidos em virtude de uma coerção, mas que podem simplesmente regular ou dispor de situações da vida das pessoas, ou seja, regras meramente consuetudinárias, como por exemplo, as que dispõem sobre testamento, contratos, alterações legislativas, etc. Por isso, Hart defendeu em sua obra a existência de outro tipo de regra, além das regras primárias, que ele denominou como regras secundárias, que não estipulam deveres e obrigações fundamentadas numa sanção, mas que reconhecem, organizam e dão validade para as regras primárias, sendo que estas regras secundárias se dividem em três tipos, a saber: (a) regras de alteração, (b) regras de julgamento e (c) regras de reconhecimento (HART, 2001, p. 102).

As regras de alteração (a) são aquelas que preveem e que permitem alterações das regras primárias, alterando o estado de deveres e obrigações das pessoas, permitindo uma evolução do sistema jurídico, pois do contrário, se não houvesse as regras de alteração, as regras primárias estipulariam direitos e obrigações perpetuadas no tempo e que certamente seriam superadas pela evolução da realidade factual da vida e da passagem do tempo. Trazendo para a nossa realidade jurídica seriam as leis que alteram leis existentes.

As regras de julgamento são aquelas que estipulam a maneira pelas quais as regras primárias poderão ser interpretadas nos casos de divergências sobre a aplicação delas em uma situação concreta; são regras que preveem a criação de órgãos julgadores que poderão dizer qual é a interpretação válida da regra em um cenário de divergência ou conflito das regras, dando mais segurança a determinada sociedade jurídica. Aqui, também, trazendo para a nossa realidade jurídica, seriam as regras que regulam o Poder Judiciário e o sistema de justiça como um todo.

Por fim, a regra de reconhecimento, um tipo de regra secundária mais complexa que as demais, é aquela percebida e aceita pela comunidade e pelas autoridades desta comunidade, advindas das decisões do passado, dos costumes, em uma espécie de convenção social aceita pelos oficiais. Ou seja, o direito está fundado nas relações sociais existentes e aceitas como tal em uma determinada sociedade, proveniente de argumentações e comportamentos aceitos, cujo

consenso e aceitação social da comunidade levou a aceitação dos oficiais, que são os aplicadores e intérpretes do direito em uma determinada sociedade (HART, 2001, p. 90-109, 112-135).

Portanto, um sistema jurídico, para Hart, existiria mediante a união de funcionamento das regras primárias e secundárias, que dariam juridicidade ao sistema de regras, e não dependeriam de ato de autoridade, pois teriam autonomia jurídica na sua engrenagem de validação, imperatividade, alteração e julgamento, e também independem de concepções morais, e este sistema ele denominou como sendo bifronte, que “*visa tanto a obediência pelos cidadãos comuns como a aceitação pelos funcionários das regras secundárias padrões críticos comuns de comportamento oficial*” (HART, 2001, p. 128).

Hart (2001, p. 158), que provinha da filosofia analítica, e como tal considerava a questão semântica da linguagem em sua concepção, avança sua análise do conceito de direito e adentra na questão da interpretação das regras argumentando que, na interpretação, devido aos limites semânticos da linguagem nos textos normativos, as normas detém um grau de “textura aberta” e isto gera uma “zona de penumbra” no entendimento do significado da regra, de maneira que nos casos fáceis, em geral, o sistema de regras seria suficiente para a resolução de conflitos, pois bastaria fazer a subsunção e aplicação imediata da regra ao fato, mas, nos casos “difíceis”, devido ao limite semântico da interpretação, caberia ao juiz utilizar-se de sua discricionariedade no ato de decidir. É curioso que Hart, dentro da ideia de “textura aberta”, em que vigeria uma discricionariedade do juiz na interpretação, admite, neste caso, o uso da moralidade como critério de interpretação do direito, ou seja, nos denominados “*hard cases*” ele admite a moral, como critério de aplicação do Direito, mas isto não implica em nenhuma contradição com a teoria da separabilidade, pois Hart, bem como o positivismo em geral, nunca negou a influência da moral no direito, apenas não admite a moral como fundamento do sistema jurídico, ou melhor dizendo, como compondo as regras jurídicas necessariamente. Isto é, como um critério de validade (HART, 1965).

Seja como for, e voltando à questão do debate, foi com base nesta teoria que Hart defendeu que no sistema Nazista, por mais inócuo, cruel, indecente e horripilante que fosse, era um direito posto, e como tal passível de ser descrito, pois presentes as regras primárias e secundárias, haja vista a *obediência pelos cidadãos comuns como a aceitação pelos funcionários das regras secundárias e padrões críticos comuns de comportamento oficial*, e como tal considerado direito válido na visão positivista. Fuller, por seu turno, não admite que existisse direito naquela Alemanha Nazista, ainda que existente um sistema de normas que pudesse ser descrito por um

observador, pois em sua teoria, o pressuposto para que seja direito parte de premissas muito diferentes, como o respeito daqueles oito requisitos que fundamentam a legalidade, conforme passaremos a analisar.

2.2 A teoria do direito de Fuller

Em linhas muito simples e nas próprias palavras de Fuller (1958), o fenômeno jurídico consiste em um “*empreendimento de submeter a conduta humana ao Estado das leis*”, ou, em outras palavras do próprio Autor, “*o propósito do direito seria submeter a conduta humana à orientação e ao controle das normas gerais.*” Concebe, portanto, o direito como um empreendimento dotado de regras cujo propósito é regular a conduta humana, e este conjunto de regras tem que obedecer a certos critérios internos, dentro do seu funcionamento interno, que Fuller denominou como a “*moralidade do direito*”, que se presentes legitimam o propósito do direito e se ausentes o deslegitimam na sua característica externa, sendo que os oito critérios garantiriam a legalidade ou o *rule of law*.

Não é tão simples e claro em um primeiro momento entender exatamente o que Fuller quer dizer ao afirmar que o direito tem um propósito e a maneira mais direta de clarear esta questão é relembrar o próprio exemplo dado por Fuller (1958) quando mencionou o exemplo hipotético da lei que proibia dormir na estação de trem sob a pena de uma multa de cinco dólares, e no caso a polícia prendeu dois homens, um que estava com travesseiros e evidentemente estava na estação para dormir e outro que dormira na estação por ter perdido o horário do trem que deveria ter tomado e como o juiz deveria condenar os dois homens por terem infringido a regra, questiona Fuller? Na visão do direito dele, o viajante que perdeu o trem não deveria ser punido, pois não infringiu o propósito daquela regra, que é o de proibir dormir na estação de trem como se fosse uma morada, uma espécie de pensão ou local para abrigar pessoas que quisessem passar a noite ou mesmo passar várias noites na estação do trem, o que não era, evidentemente, o caso do viajante que perdeu o trem, pois apenas dormiu até que pudesse pegar o próximo e não para fazer da plataforma sua morada, desta forma Fuller exemplifica a questão do propósito do direito, que neste caso cumpriu-se o propósito da regra que era proibir dormir na estação de trem como local de sua moradas, fato que não ocorreu com este viajante, caso contrário, se o juiz pudesse atribuir uma ilicitude a este homem não teria cumprido o dever de fidelidade à lei, pois não se trata de uma questão semântica, “dormir na estação”, mas sim de uma questão substancial do propósito desta regra.

Para Fuller, portanto, toda regra jurídica tem um propósito que precisa ser escrutinado na aplicação do direito, pois ao se revelar o propósito de uma regra se concretiza o propósito do sistema jurídico fulleriano de submeter a conduta humana à orientação e controle das regras gerais. Neste sentido, Morrison (2006), interpretando a teoria de Fuller, conclui que: “as regras jurídicas são expressivas: cada regra contém um objetivo voltado para a concretização de algum valor da ordem jurídica, e desse modo uma regra é ao mesmo tempo um fato e um critério para a avaliação dos fatos.”

Para se compreender ainda mais a teoria do direito de Fuller é crucial também compreender a relação do Direito com a moral, e para tanto é fundamental entender a descrição das duas moralidades propostas, que ele denominou como a (i) moralidade de aspiração e a (ii) moralidade do dever. É que logo no primeiro capítulo de seu livro, Fuller (1958) distinguiu estes dois tipos de moralidade, sendo a moralidade da (i) aspiração aquela “do bem viver, da excelência, da mais plena realização das potencialidades humanas”, em que os homens almejavam a excelência no viver atingindo um estado de espírito sublime, elevado, cultivando o bem, o belo, o justo, etc, mais ou menos como se concebia o viver na Grécia antiga, em uma contemplação elevada da vida, enquanto a (ii) moralidade do dever seria aquela em que os homens devem obedecer as regras por eles mesmo estabelecidas para regular a conduta mínima da vida social, sem as quais não haveria organização social e liberdade para que os homens pudessem viver livremente e exercer plenamente suas habilidades inclusive a moralidade de aspiração. Ou nas palavras do próprio Fuller (1958): “estipula as regras básicas sem as quais uma sociedade organizada é impossível, ou sem as quais uma sociedade organizada e voltada para certos fins específicos deve errar o alvo. [...] condena os homens por não respeitarem as exigências fundamentais da vida social.” Ou seja, na moralidade da aspiração os homens agem de maneira natural, buscam a excelência em suas condutas, estão inspirados nos mais elevados atributos da bondade humana, enquanto na moralidade do dever os homens agem seguindo as regras impostas que visam manter o mínimo de civilidade e convivência em sociedade. E entre estas duas moralidade, Fuller nos propõe a existência de uma escala com um medidor fictício em que uma espécie de ponteiro poderia apontar a conduta humana se estaria mais na área de aspiração ou mais na área de dever, sendo que as vezes o direito estaria mais acima da escala, na área da aspiração, e as vezes mais abaixo na área do dever, embora, em linhas gerais, o direito estaria situado mais próximo da moralidade

do dever, regulando a conduta humana ao estado das leis.⁴ Na moralidade do dever, as sanções tem precedência sobre a recompensa e visa “*excluir da vida as manifestações mais grosseiras e óbvias do acaso e da racionalidade. Podemos criar as condições essenciais a uma existência humana racional*” (FULLER, 1958). Na moralidade da aspiração, ao contrário, se busca o elogio, a recompensa, o reconhecimento do bom, em que “*podemos saber o que é claramente injusto mesmo que não tenhamos condições de declarar, de modo cabal, como seria a justiça perfeita*” (FULLER, 1958).

E qual seria a importância da existência das moralidades do dever e da aspiração para a concepção de direito de Fuller e o que ele quis dizer quando propôs uma escala móvel imaginária que indicaria a posição da moralidade de uma conduta, ora mais elevada (aspiração) e ora mais rebaixada (dever), no contexto de sua teoria? Quis, em primeiro lugar, ressaltar seu ponto de vista de que o direito como empreendimento humano que visa regular a conduta humana está essencialmente associado à moral⁵, quer seja naquelas condutas meramente sociais e particulares (aspiração), quer nas condutas regradas (dever), e na consecução do direito devemos sempre observar aqueles oito requisitos da moralidade interna que justificam a legalidade. É preciso ter certo cuidado neste entendimento, pois Fuller (2021) não quis fundamentar o sistema jurídico pela moral, pois ele separa muito bem o sistema jurídico do sistema moral, mas apenas ressalta aspectos da moralidade que auxiliarão a interpretar o direito⁶, pois em determinadas situações limites um juiz diante de duas interpretações perfeitamente possíveis pode escolher a que se harmoniza com os princípios de certo e errado geralmente aceitos numa determinada comunidade. Quis ressaltar também que há graus na interpretação do direito, pois as condutas

⁴ “Ao falar da relação das duas moralidades, sugeri a figura de uma escala ascendente, começando na base com as condições obviamente essenciais à vida social e terminando no topo com os esforços mais elevados para a excelência humana. Os degraus inferiores dessa escala representam a moralidade do dever; seus alcances mais elevados, a moralidade da aspiração. Separar os dois é uma linha de divisão flutuante, difícil de localizar com precisão, mas de vital importância. Essa linha de divisão serve como um baluarte, uma escala ou um medidor, algo essencial entre as duas moralidades. Se a moralidade do dever se estende além de sua esfera apropriada, a mão de ferro da obrigação imposto pode sufocar o empreendimento, a inspiração e a espontaneidade. Se a moralidade de aspiração invadir a província do dever, os homens podem começar a pesar e qualificar suas obrigações pelos seus próprios padrões, e podemos terminar com o poeta jogando sua no esposa no rio, na crença – talvez não totalmente justificada – de que ele será capaz de escrever melhor poesia em sua ausência” (FULLER, 2021, p. 41).

⁵ “CAPÍTULO I – As duas Moralidades. O conteúdo destes capítulos foi moldado e editado principalmente por uma insatisfação com a literatura a respeito da relação entre o Direito e a moralidade...o insucesso dessa distinção tem sido, penso eu, a causa de muita obscuridade nas discussões sobre a relação entre o Direito e a moral” (FULLER, 2021).

⁶ “A distinção entre as moralidades externas e internas do Direito é, naturalmente, uma ferramenta de análise e não deve ser considerada como substituto para o exercício do julgamento. Tive o trabalho de mostrar que, ao longo da imagem ocupada por essas duas moralidades, pode aparecer, em certas aplicações, uma área intermediária onde elas se sobrepõem. As duas moralidades, em qualquer caso, interagem uma com a outra. Um juiz, diante de duas interpretações igualmente plausíveis de uma lei pode preferir apropriadamente aquela que harmonizaria seus termos com os princípios de certo e errado geralmente aceitos. Embora esse resultado possa ser baseado em uma intenção legislativa presumida, ele também pode ser justificado como o fundamento de que tal interpretação seria menos provável de fazer da lei uma armadilha para os inocentes, trazendo, assim, o problema dentro das considerações relevantes para a moralidade interna do Direito” (FULLER, 2021).

não são estanques, herméticas, pré-estabelecidas, seguindo sempre a escala do dever, pois neste empreendimento de regular as condutas, encontraremos níveis de condutas, pois ora os homens agem no nível da aspiração e ora agem no nível do dever e caberá ao intérprete, neste escala, encontrar o propósito da regra, dentro do valor geral do sistema jurídico. Neste sentido, interpretando a teoria de Fulleriana, Brian Bix, assevera que

Aqueles que têm a prerrogativa quando criam direito devem responder a uma ordem externa, a fatores para além de seus controles: aspectos da natureza humana (em particular, aspectos sobre como as pessoas interagem entre si, e como elas reagem a modos diversos de orientação), da natureza da sociedade (quais estruturas institucionais funcionam e quais não funcionam), bem com recursos disponíveis (BIX, 2020).

É crucial também, para entender a teoria de Fuller, compreender sua afirmação de que o direito é um empreendimento⁷, pois tal característica quer dizer que o direito ou o sistema jurídico não tem completude numa determinada sociedade, mas é algo vivo e em construção, em movimento, funcional, em que há constante interação entre a lei e o cidadão que o tornam dinamicamente um empreendimento jurídico. Ao afirmar que o direito é um empreendimento a teoria fica também sujeita a críticas, já que tal assertiva implica em aceitar que há graus de sucesso em um empreendimento, e que portanto haveria graus de sucesso no Direito de uma determinada comunidade, e para responder esta possível crítica, Fuller cita como exemplo a existência de outros empreendimentos sociais distintos do direito, como o sistema educacional de um determinado País, em que se questionássemos para um interlocutor qualquer deste País a opinião dele sobre o sistema educacional, a resposta, segundo Fuller, provavelmente seria de que existe um sistema educacional e mais ou menos funciona. Ou seja, os empreendimentos humanos e sociais podem sim funcionar mais ou menos ou denotar um certo grau de sucesso ou insucesso na sua existência e concretude, de maneira que esta perplexidade sobre haver graus de sucesso de um empreendimento humano parece só ser uma preocupação no âmbito da ciência do Direito e não em outras como o da educação, ou mesmo de segurança pública, saúde, etc. Portanto, é perfeitamente possível se afirmar que o sistema jurídico de um determinado País funciona mais ou menos, as vezes melhor em um setor do que em outro, por exemplo, pode ser que a Constituição deste País funciona perfeitamente bem enquanto que o Direito Penal não

⁷ “Pode-se imaginar um pequeno grupo – transferido, digamos, para alguma ilha tropical – vivendo conjuntamente com sucesso apenas a orientação de certos padrões de conduta compartilhados, tendo sido esses padrões moldados de várias maneiras indiretas e informais pela experiência e educação. O que pode ser chamado de experiência jurídica pode vir, pela primeira vez, a tal sociedade quando ela escolhe uma comissão para redigir a declaração oficial dos padrões de conduta aceitos. [...] À medida que a sociedade gradualmente passe a adquirir outros instrumentos familiares a um sistema jurídico – como juízes e uma assembleia legislativa – ela se veria mais profundamente envolvida no empreendimento do Direito” (FULLER, 2021, p. 158).

funciona bem, em um determinado momento, e isso não implica em dizer que há ou não há Direito neste País, já que as regras devem ser analisadas em seu propósito e de acordo com as exigências da legalidade, e por ser tratar de um empreendimento é absolutamente normal essa dinâmica da experiência jurídica na teoria de Fuller.

Esta questão de um empreendimento poder ter grau de sucesso ou insucesso implica em outra situação de exposição à críticas, que é a de se assumir a possibilidade de coexistência de mais de um sistema jurídico dentro do sistema jurídico, ao qual Fuller responde que a dificuldade em se aceitar isto deriva das diferentes semânticas da palavra “Direito”, pois esta pode designar todo um sistema jurídico ou apenas um micro sistema jurídico dentro do sistema jurídico maior, digamos assim, como por exemplo, no caso de haver uma universidade, em um determinado País, que tenha julgado um de seus alunos com as regras próprias e particulares desta universidade, fato perfeitamente possível, já que os juízes (juízes) em geral aceitam o fato de uma universidade ter regras próprias para julgar os próprios alunos, independentemente das regras gerais do País, e este caso seria um exemplo de funcionamento de dois sistemas jurídicos distintos coexistindo no mesmo País sem nenhum problema. No mesmo sentido, ocorre nos sistemas federativos em que distintos sistemas jurídicos coexistem. É preciso ter em mente que Fuller não está analisando um determinado sistema jurídico de um País como um observador externo, e sim formulando uma teoria do Direito, e nesta teoria importa saber se em uma regra ou em um conjunto de regras observou-se a moralidade interna do direito e depois se a aplicação da regra seguirá o propósito daquele conjunto de leis que visa regular a conduta humana, por isso a ideia de empreendimento do direito, de uma experiência viva. Ao tratar o direito como empreendimento e como tal sujeito a graus de sucesso, o que implica em aceitar também como consequência a existência ou coexistência de distintos sistemas jurídicos dentro do sistema jurídico fim, Fuller está novamente reafirmando o cerne de sua teoria, de que o Direito deve ser interpretado com os respectivos requisitos da moralidade que lhe são intrínsecos, por isso suscetíveis a graus na análise da legalidade, e como um empreendimento vivo e funcional é no momento de sua aplicação e interpretação que devemos encontrar o propósito de cada regra dentro do contexto do grande propósito que é o de regular a conduta humana.

Em seguida, para dar coerência a sua teoria, e considerando que cada regra deve ser interpretada com o seu propósito dentro do propósito do sistema como um todo, é preciso escrutinar se as regras jurídicas seguem os critérios internos que a validam a norma jurídica, por

isso Fuller identifica tais critérios como os requisitos da legalidade, o qual passa-se a descrever um a um.

2.2.1 Os requisitos para a legalidade na teoria de Fuller

No capítulo segundo de seu livro, Fuller descreve os oito requisitos de moralidade interna que tornam o direito possível, sem os quais não haveria direito, sem os quais uma regra jurídica não poderia ser chamada de jurídica, os quais passamos a analisar. A primeira exigência (1º) é a existência de regras e que sejam gerais e não particularizadas, de modo que um observador externo possa identificar a existência e um padrão de regras gerais e que sejam compartilhadas e aceitas em uma determinada sociedade. Se não houver regras e um padrão, mas apenas um direito advindo de uma autoridade que queira decidir de acordo com o que lhe pareça adequado no dia, por exemplo, como um ditador da ocasião, já estaria fora do primeiro requisito da moralidade. A segunda exigência (2º) é que as regras sejam públicas e de conhecimento de todos para que possam compreender e cumprir, e que não sejam surpreendidos com uma regra até então desconhecida que só aparecesse no momento da aplicação e interpretação do direito. Hodiernamente parece ser pouco provável uma situação destas, mas tal fato ocorreu com frequência na Alemanha nazista e é um dos pontos do referido debate entre Hart e Fuller. A terceira exigência (3º) é que as leis não podem ser retroativas ou que se deve minimizar a utilização de leis retroativas justamente para que não haja surpresas ao cidadão. A quarta exigência (4º) é que as leis sejam compreensíveis, claras, e que possam ser facilmente seguidas pelos cidadãos, pois não atenderia o requisito da legalidade uma lei incompreensível; a quinta exigência (5º) é que as leis não sejam contraditórias no sentido de permitir e proibir ao mesmo tempo um conduta, por exemplo. A sexta exigência (6º) é a possibilidade de cumprimento da exigência da lei, ou, em outras palavras, que a lei trate de fato possível de ser cumprido. A sétima exigência (7º) é que as leis sejam relativamente constantes ou que tenham uma razoável durabilidade no tempo e não sejam constantemente alteradas de modo que não se saiba mais hoje qual a lei aplicável por ter sido alterada várias vezes, e por fim, a oitava exigência (8º) é que haja uma congruência e coerência entre a lei e a ação do Estado, ou seja, há que haver uma reciprocidade da lei com o cidadão.

Desta forma, na teoria do Direito construída por Fuller, não basta existir as regras primárias e secundárias, derivadas de uma fonte social ou jurídica, mas cada lei existente deve atender aos requisitos da moralidade interna, se não todos os requisitos ao mesmo tempo, pelo

menos os principais, caso contrário não seria possível afirmar que existe direito, pois ao propósito de regular a conduta humana não basta apenas descrever uma série de regras e afirmar que há direito, pois esse empreendimento é vivo, funcional, com variações na escala da conduta, e é necessário verificar em cada lei se se atendeu às exigências da moralidade interna, e se o propósito daquela lei se coaduna com o propósito do direito, de regular a conduta humana, caso contrário não poderíamos afirmar que um determinado sistema jurídico segue a legalidade. É que o direito sendo ele mesmo uma ordem ou um sistema que regula e objetiva à existência de uma ordem ele não prescinde de sua própria moralidade sem o qual ele sequer existiria, ou seja, é condição *sine qua non* que uma ordem contenha em sua constituição os requisitos de sua própria existência, daí os requisitos da moralidade interna.

Neste sentido, e voltando à questão do debate, é exatamente nisto que diferia a posição de Fuller em relação ao Hart de saber se existia Direito na Alemanha Nazista, pois Fuller não enxerga, naquele sistema, os critérios da legalidade, e embora houvesse formalmente um sistema de leis, estas não estavam em consonância com os requisitos da legalidade, não passavam pelo crivo da moralidade do direito, pois havia leis decretadas de última hora, havia aplicação retroativa de leis, havia leis que não eram de conhecimento de todos, havia leis contraditórias, e, acima de tudo, as leis não mantinham a reciprocidade com o cidadão, ou melhor dizendo, não havia congruência da lei com o comportamento do Estado, e talvez este requisito da moralidade, a reciprocidade da lei com o cidadão, seja um dos mais importantes na teoria de Fuller, de modo que o analisaremos mais detidamente a seguir.

2.2.2 A reciprocidade da Lei com o cidadão

Para Fuller há que ter uma coerência e congruência entre a lei promulgada pelo Estado e o respeito deste à lei e ao propósito do direito de regular a conduta humana, de maneira que não pode ser direito a promulgação de leis ou a ação estatal que distancie o ato do propósito do Direito. A congruência entre a ação do Estado e a norma posta é crucial na teoria de Fuller, e é justamente na interpretação do direito que essa questão se revela, para o bem e para o mau, pois uma má interpretação, por ser criativa (abrangente) ou estritamente legalista (restritiva) pode ofuscar completamente o sentido da lei e como consequência interferir nos princípios da legalidade como um todo, ou do *rule of law*, de modo que tanto legislador, como o juiz e o próprio cidadão ou sociedade devem dar condições para que se verifique a congruência da ação do Estado com a norma, e não é tarefa de apenas um guardião da legalidade, por mais genial que pudesse

ser, mas sim um ato comunitário de todos na experiência de dar concretude ao empreendimento de submeter a conduta humana ao estado das normas. Nos diz Fuller:

Com todas as suas sutilezas, o problema da interpretação ocupa uma posição sensível e central na moralidade interna do Direito. Revela, como nenhum outro problema, a natureza cooperativa da tarefa de manter a legalidade. Se o intérprete pretende preservar sentido da missão útil, o legislador não deve impor-lhe tarefas sem sentido. Para que o redator legislativo cumpra as suas responsabilidades, ele, por sua vez, deve ser capaz de antecipar modos de interpretação racionais e relativamente estáveis. Essa dependência recíproca permeia de maneiras menos imediatamente óbvias toda a ordem jurídica. Nenhuma concentração única de inteligência, percepção e boa vontade, por mais estrategicamente localizada que seja, pode garantir o sucesso da empreitada de submeter a conduta humana ao estado das normas (FULLER, 2021, p. 112).

Fuller entende também que sempre devemos estar atentos, de certa forma, à concretude e observância dos requisitos da legalidade, pois aduz que as infrações à moralidade do direito tendem a se tornar cumulativas, pois a negligência com a clareza, consistência ou publicidade pode gerar a necessidade de leis retroativas, as mudanças muito frequentes da lei podem anular os benefícios dos procedimentos formais existentes, e o descuido em promulgar leis possíveis de obediência podem levar a necessidade de uma aplicação discricionária de leis, que obviamente levam à perda da congruência entre a ação do Estado e a norma promulgada, e a nossa ação ou instinto de observar cada um dos requisitos da moralidade com detalhe e atenção nos faz pensar que o legislador ou aplicador da lei seja também consciencioso, ansioso por compreender a natureza de sua responsabilidade na observância dos requisitos da moralidade, mas nem sempre é assim, e concluí Fuller dizendo que *“Calígula, por exemplo, respeitou a tradição de que as leis de Roma fossem afixadas em local público, mas providenciou para que suas próprias leis fossem escritas em letras miúdas e penduradas tão alto que ninguém pudesse lê-las”* (FULLER, 2021).

Por isso que seguir a moralidade interna do direito nesse empreendimento cujo propósito é regular a conduta humana ao estado das leis requer um esforço coletivo, de todos envolvidos, pois é fácil admitir que leis devem ser promulgadas com clareza e normas devem ser prospectivas e divulgadas aos cidadãos, mas saber como e em que circunstâncias e em que equilíbrio isto deve ser feito não é tarefa para uma concentração única de inteligência, mas sim uma tarefa comunitário, pois o paulatino desrespeito à moralidade vai degradando a sociedade e o propósito do direito, de maneira que sem que se perceba determinada comunidade começa a normalizar por exemplo a segregação de uma povo em campos de concentração por determinação da lei, e sem poder se insurgir sob pena de crime de traição sujeito à pena de morte, e tudo com fundamento nos exatos termos da lei, exatamente como aconteceu outrora no caso do nazismo.

3 DE VOLTA AO DEBATE: CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE COMO A TEORIA DE FULLER PODE SER UM PODEROSO ARSENAL PARA AUXILIAR A DECISÃO DOS JUÍZES NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Delineado as evidentes diferenças de concepções das teorias do Direito de Hart e Fuller, verificou-se que o debate sobre saber se haveria ou não direito na Alemanha era mero pretexto para que os referidos filósofos expressassem suas teorias, e embora tenham continuado a traçar linhas específicas no debate, como por exemplo o caso de uma mulher que teria denunciado seu marido para o regime e que viria a ser julgada no pós guerra ao qual alegou que apenas agiu de acordo com a lei da época e por isso não deveria ser punida, não houve uma conclusão final, pois Hart não aceitou que se anulassem ou desconsiderassem algumas leis vigentes à época do sistema nazista simplesmente porque eram claramente imorais, pois na visão dele tal precedente seria perigoso de mais e poderia ruir todo o sistema de regras, a partir do momento que começemos a escolher as regras que serão ou não válidas de acordo com as circunstâncias morais, Fuller trouxe uma importante contribuição para a teoria do Direito, pois sua concepção não estava baseada apenas na moral, não estava apenas baseado em se saber se a lei a ser anulada era ou não justa ou injusta do ponto de vista moral, pois demonstrou que era necessário observar oito requisitos objetivos que devem estar presente em um sistema de regras previamente, ou em outras palavras, trouxe na sua teoria a necessidade de se respeitar a legalidade pela observância dos referidos requisitos da moralidade interna do Direito, pois nenhum sistema que visa regular a conduta humana pode ele mesmo não ter sua engrenagem moral própria, sua essência enquanto um sistema de ordens ele mesmo, que tem como propósito regular a conduta dos homens no estado das leis, e este aspecto da teoria é muito mais profundo do que simplesmente se considerar uma lei moral ou imoral, e este ponto é altamente relevante no debate e na contribuição para a teoria do Direito.

A teoria de Fuller permite que o Juiz ao analisar um caso concreto, em especial um caso difícil, para usar o termo de Hart, não precise utilizar-se de discricionariedade como nos propõe o positivismo, pois o Juiz deverá analisar se estão presentes os oito requisitos da moralidade interna do Direito sem o qual não haveria direito válido, ou seja iria observar se a lei promulgada era geral, prospectiva, se foi publicada, se não tem aplicação retroativa, se são suficientemente claras, se são constantes, e sobretudo se há coerência entre a lei em questão e a reciprocidade do Estado com o cidadão, para que possa escrutinar o propósito como um todo da respectiva lei.

Principalmente, Fuller aponta à ideia de que o juiz deve se guiar pelo propósito das leis que interpreta e, ademais, os propósitos do próprio direito como fonte de orientação.

A lei pura e simples não será mais o único paradigma da decisão, pois necessário vir com os requisitos internos para que tenha validade externa, e tampouco o princípio ou a concepção pessoal do Juiz, pois os requisitos da legalidade são objetivos e podem ser aferidos no caso concreto e contrapostos com o propósito do direito, a tal ponto que essa teoria serviria de supedâneo para justificar a condenação dos Nazistas, sem que se apelasse a concepções puramente morais acerca do justo e do injusto, ainda que estes evocasse o estrito cumprimento da lei vigente à época, pois a lei vigente não estava amparada nos princípios da legalidade que justificam a existência de direito válido, ainda que presente formalmente leis.

A teoria de Fuller torna-se, portanto, extremamente atual e com uma poderosa ferramenta para auxiliar o juiz para a correta decisão judicial, pois ao decidir uma causa será crucial ao julgador observar se estão presentes os requisitos da legalidade expostos como a moralidade interna do direito e se tais requisitos, na análise do caso concreto, se adequam ao propósito da norma a ser aplicada que por sua vez teria que se adequar ao propósito do direito de regular a conduta humana, de maneira que para além da subsunção ou dos princípios, haverá mais um poderoso arsenal da análise da legalidade para garantir uma decisão autônoma, jurídica no âmbito do *rule of law*.

REFERÊNCIAS

BIX, Brian H. *Teoria do direito: fundamentos e contextos*. Tradução de Gilberto Morbach. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2020.

FULLER, L. Lon. *A moralidade do direito*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2022.

FULLER, L. Lon. Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, p. 664 – 1958.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 2001.

MORBACH JR. Gilberto; DIAS, Giovana. O debate Hart-Fuller: uma discussão sobre veículos no parque público. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/diario-classe-debate-hart-fuller-discussao-veiculos-parque-publico/>>, acesso 13 nov. 2024.

MORBACH JR. Gilberto. Lon Fuller e a moralidade que torna o Direito possível. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-23/diario-classe-lon-fuller-moralidade-torna-direito-possivel/>>, acesso 13 nov. 2024.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.