



LON LUVOIS FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO

LON LUVOIS FULLER AND THE INTERNAL MORALITY OF LAW

Reis Friede

RESUMO

Discorre sobre a moralidade interna do Direito sob a ótica de Lon Luvois Fuller.

Apresenta o debate sobre o Jusnaturalismo e o Juspositivismo e as controvérsias históricas associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural que, embora já superadas, suscitam inúmeros aspectos que merecem dedicação acadêmica.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; Filosofia do Direito; Jusnaturalismo; juspositivismo; moralidade; direito.

ABSTRACT

This paper discusses the internal morality of law from the perspective of Lon Luvois Fuller.

It launches a debate over natural law theory and legal positivism, as well as over historical controversies linked to the confrontation between both positive and natural law, which, despite having been resolved, still raise countless aspects deserving of academic dedication.

KEYWORDS

Law Theory; Legal Philosophy; Natural Law Theory; legal positivism; morality; law.

1 INTRODUÇÃO

Noberto Bobbio, aludindo às pesquisas empreendidas por Kuttner, afirma que o primeiro uso da fórmula *Direito Positivo* (*jus positivum*) teria ocorrido pelas mãos de Abelardo, filósofo medieval do fim do século XI, registrando, outrossim, que investigações anteriores apontavam que tal expressão teria sido primeiramente empregada por Damaso, nos idos do século XII. Para Abelardo, segundo narra Bobbio (1995, p. 19), o Direito Positivo *illud est quod ab hominibus institutum*, ou seja, apresenta como característica o fato de ser *posto* pelo ser humano, ao contrário do Direito Natural, *posto* por algo ou alguém que está além dele, como a *natureza* ou *Deus*.

Contemporaneamente, a expressão Direito Positivo pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (lei) ou não escrita (norma consuetudinária, norma costumeira ou costume jurídico). É, ainda, o Direito institucionalizado, passível de ser imposto coercitivamente, abarcando a Constituição, as leis, os códigos, os tratados, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os decretos, as portarias etc.

Tal conjunto de normas jurídicas, como se vê, é criado a partir de decisão humana, seja pela atuação estatal (o processo de produção normativa, por exemplo), seja de modo socialmente difuso, por meio do qual se forjam os denominados costumes jurídicos. Assim, a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do brocardo *ubi societas, ibi jus* ("onde está a sociedade, está o Direito"). Com efeito, diante do poder soberano inerente ao Estado, cada país estabelece, no âmbito do respectivo território estatal, e em atenção à realidade social, o pertinente Direito Positivo, revelador, em última análise, do modo de ser de uma determinada comunidade.

Exatamente como acontece em relação ao Jusnaturalismo, que experimentou diversas perspectivas teóricas ao longo do tempo, o Positivismo Jurídico, de seu lado, também comporta várias incursões analíticas, reveladoras das mais diversas tendências explicativas, conforme será abordado.

2 O JUSPOSITIVISMO EM JEREMY BENTHAM

O inglês Jeremy Bentham (1748-1832), nos termos de sua *Teoria Utilitarista do Direito*, argumenta que as normas jurídicas devem ser interpretadas sob o prisma dos efeitos produzidos quando de sua incidência concreta. Assim, na ótica de Bentham, *justa* é a norma que, uma vez aplicada, produz efeitos *bons*; ao contrário, aquela cuja incidência concreta acarreta consequências *ruins* deve ser reputada como *injusta*.

Nota-se, pois, que o critério esposado por Bentham, para o fim de qualificação dos aludidos resultados, consiste exatamente na noção de *utilidade*. Destarte, *bom*, na ótica do pensador inglês, é o que produz *prazer*; *mau*, por sua vez, o que causa *dor*. No plano social, *bom* ou *justo* é o que tende a aumentar a *felicidade* de todos ou, pelo menos, de um grande número de pessoas (DINIZ, 2000, p. 58).

Explica Dias (2015, p. 147-166) que, *por ser conforme uma noção de natureza humana que busca o prazer e foge da dor*, o princípio de utilidade *reconhece que os homens agem de acordo com determinadas finalidades, segundo seus interesses, e coloca como norma que os indivíduos busquem seu prazer ou seus interesses*. No mesmo sentido, ensinam Marcondes e Struchiner (2007, p. 116) que, de acordo com o princípio de utilidade, *o bem seria aquilo que maximiza o benefício e reduz a dor ou o sofrimento*, do que se depreende que *terão mais valor de um ponto de vista ético as ações que beneficiarem o maior número de pessoas possível*.

No que concerne especificamente ao embate entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, cabe mencionar que

Bentham, em sintonia (no seu aspecto global) com as premissas do *Utilitarismo*, formulou críticas ao Direito Natural, justamente por entender que as leis são fruto da vontade humana, consistindo, ademais, em meios que possibilitam a consecução de determinados fins (princípio de utilidade). Com efeito, Bentham entende que *não há direitos naturais em contraposição ou distinção aos legais, sendo a expressão uma mera figura de linguagem; e que, quando se emprega essa expressão, no momento que se tenta dar-lhe sentido literal, o resultado é o erro – o tipo de erro que leva à perniciosidade, ao extremo da perniciosidade* (Edmundson, 2006, p. 75).

3 O JUSPOSITIVISMO EM JOHN AUSTIN

O inglês John Austin (1790-1858), a partir de influências teóricas advindas, principalmente, de Jeremy Bentham, mostrou-se preocupado em introduzir um enfoque analítico no âmbito da Teoria do Direito, tendo publicado, em 1832, aquela que é considerada sua mais relevante obra, fruto das dez primeiras lições que havia proferido na Universidade de Londres: *A Delimitação do Objeto do Direito* (*The Province of Jurisprudence Determined*, 1832).

Contrapondo-se aos rumos jusnaturalistas de sua época, Austin empreendeu esforços no sentido de estabelecer – organizada, sistemática e analiticamente – os aspectos conceituais do Direito, buscando promover a separação entre este e a Moral, embora admitisse a existência de conteúdos morais no âmbito do sistema jurídico. De fato, o Direito, afirma John Austin, existe independentemente de ser *injusto*, isto é, sua validade deve ser aferida sob o aspecto conceitual, e não a partir de fundamentos morais. Uma lei *existente*, menciona Austin, *existe*, ou seja, *é lei*, ainda que a aprovemos ou não.

De acordo com as lições de Edmundson, Austin não admirava a expressão *Direito Natural*, tendo em vista que, na sua ótica, tal locução ensinava uma *analogia com as leis da natureza – tais como as da Física*, devendo, pois, ser evitada.

John Austin é destacado por ter concebido – a partir de inspiração teórica buscada nas reflexões de Jeremy Bentham – o Direito como um autêntico conjunto de *comandos/ordens* (amparados na ideia de *coerção*) oriundos do *soberano* no exercício do seu poder ilimitado (Teoria Imperativa do Direito), razão pela qual, na visão austiniiana, este não se submete ao próprio Direito por ele estabelecido, podendo utilizá-lo, portanto, como um instrumento de poder.

Nesse contexto, cumpre ao juiz, ao decidir os mais diversos casos que se lhe apresentam, aplicar exatamente o *comando* advindo do *soberano*. Não obstante, diante da inexistência de um *comando* ajustável ao caso concreto, deve o juiz resolvê-lo como julgar mais adequado, porquanto tacitamente autorizado a fazê-lo pelo mesmo *soberano*. Com efeito, sob o prisma de tal construção teórica de Austin, a autorização tácita para decidir acaba por tornar tais decisões tomadas pelos juízes em autênticos *comandos* do *soberano*.

4 O JUSPOSITIVISMO EM HANS KELSEN

Morrison, ao discorrer a respeito da visão crítica de Hans Kelsen (1881-1973) em relação à teoria anterior, afirma que o professor austríaco *interpreta Austin como um empirista relativamente simples, o que significa que Austin interrompeu sua análise no nível descritivo geral, sem proceder aos atos interpretativos necessários à contemplação da natureza especificamente jurídica da atividade social observada*, asseverando, ademais, o seguinte: *Em essência, Kelsen acusa Austin de não ter compreendido a estrutura normativa da legalidade, e argumenta que, no fim, a teoria austiniiana pretende extrair uma série de proposições ‘dever-ser’ de proposições ‘ser’ [...]. As unidades estruturais básicas da teoria de Austin eram observações de fatos sociais, a redução da ideia de regras de obrigações aos comandos de um soberano e aplicação desses comandos; à procura de dados empíricos para criar uma ciência do direito, o observador se dava conta das regularidades de um soberano que costumava ser obedecido e não obedecia a ninguém, e que comandava sujeitos que habitualmente obedeciam. Kelsen, porém, perguntou: “De que modo isso descreve o processo por meio do qual alguém deve obedecer ao direito?”*

Para Kelsen, as regras eram as características observáveis (na escrita etc.) de um sistema normativo. As regras eram, portanto, as características de superfície do direito, e as normas sua essência interior; conquanto elas possam ter dado origem aos atos de “vontade” de um Parlamento, ou à adoção de um costume por um juiz, uma vez aceitas como direitos adquirem existência independente; sua validade não depende da vontade de um mandatário: “uma norma é uma regra que afirma que o indivíduo deve comportar-se de uma determinada maneira sem afirmar, porém, que tal comportamento seja a vontade específica de alguém”. (MORRISON, 2012, p. 391-392)

A principal obra de Hans Kelsen é, sem sombra de dúvida, a conhecida *Teoria Pura do Direito* (1934). Segundo o magistério de Morrison (2012, p. 411), tal produção teórica *fala a uma modernidade que está lidando com a democracia, o perspectívismo e a indeterminação do objetivo social*, sendo claramente identificada por Kelsen *como um projeto de direito antinatural*. Na realidade, conforme anota Sgarbi (2006, p. 31), a *Teoria Pura não é apenas o nome de um livro, mas de um projeto*, tendo em

vista que a pretensão de Kelsen, em última análise, era conduzir o Direito ao *status* de Ciência Jurídica, intento que, de certa forma, acompanhou toda a trajetória acadêmica do formidável pensador austríaco, cujo escopo teórico sempre consistiu em *estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem acabadas, ao seu maior propósito, vale dizer, a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país*. Por oportuno, conforme dito pelo próprio Kelsen: *A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.*

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (KELSEN, 1987, p. 1)

Assim, segundo explica Sgarbi (2006, p. 33), o vocábulo *“pura”* é *palavra que expressa o que os teóricos do Direito ainda não conseguiram obter, mas que cumpre a ele, Kelsen, viabilizar*, isto é, *uma leitura específica da juridicidade, sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do Direito*, inclusive o pertinente à moral. No mesmo sentido, Bugallo (2009, p. 11) aduz que: *Kelsen, por sua vez, destaca que seu objetivo é construir ‘uma teoria do direito positivo’, do direito positivo ‘em geral, não de uma ordem jurídica especial’. Portanto, ‘teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas’, embora ‘forneça uma teoria da interpretação’. “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto”. Teoria do direito positivo, isto é, do direito “que é e como é”, não do direito que deveria ou poderia ser.*

Com o advento da *Teoria Pura do Direito*, conforme explica Soares, o *Positivismo Jurídico converte-se em uma variante do normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões valorativa e fática do fenômeno jurídico.*

Da mesma forma, a aludida *Teoria Pura*, no dizer de Soares (2013, p. 162), configura uma *nitida reação ao sincretismo epistemológico no conhecimento jurídico*, tendo como escopo último afirmar *a autonomia e a especificidade metódica da Ciência do Direito*, aspectos que, na ótica de Kelsen, encontravam-se comprometidos *seja pela tentativa metafísica do jusnaturalismo de convertê-la em uma filosofia da justiça, seja pelo propósito empirista do historicismo e do sociologismo jurídico de subordiná-la a outras ciências que cuidam dos fatos sociais, tais como a história e a sociologia.*

A concepção kelseniana envolve, ademais, a *Teoria da Norma Jurídica* (na qual a norma jurídica é estudada como sentido objetivo de um ato criador de Direito dotado de validade) e a *Teoria do Ordenamento Jurídico*, identificado como um *sistema de normas*, disposto hierarquicamente como uma *pirâmide*, no qual a validade de uma norma inferior depende de uma norma superior, que estabelece os critérios formais e materiais para sua produção (SOARES, 2013, p. 163). Assim, consoante as formulações teóricas de Kelsen, *dizer que uma norma é válida é o mesmo que dizer que existe no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplica-*

da *juridicamente* (SGARBI, 2006, p. 41), do que se infere que, na visão kelseniana, não cabe à Ciência do Direito responder o que é *justo* ou conforme a *justiça*.

Da mesma forma, dissertando sobre a validade da norma sob a perspectiva de Kelsen, Bugallo registra que *a validade é construída em função de elemento tipicamente kelseniano, isto é, o formal*.

A respeito da separação entre Direito e Moral, asseveram Bittar e Almeida que *validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos*, concluindo os autores, então, que *uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta*.

Como se observa, *a autonomia do Direito, para Kelsen, só se alcança isolando o jurídico do não jurídico*, o que significa afirmar que *o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural, seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas*. Em tal contexto, *a interpretação se torna um ato de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica*; com efeito, *a interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para Kelsen, transforma-se no ato da criação de uma norma individual* (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 402).

Ainda de acordo com Kelsen (1990, p. 13), o Direito não estaria vinculado a qualquer regime político ideal, porquanto, *do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a democracia e o liberalismo são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a autocracia e o socialismo*, não havendo, pois, *razão científica pela qual o conceito de Direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos*; afinal, prossegue Kelsen, *o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais*.

5 O JUSPOSITIVISMO EM HERBERT HART

Foi dito anteriormente que Jeremy Bentham e John Austin, no que se refere ao assunto ora discorrido, são considerados autores *positivistas imperativistas*, tendo em vista que ambos acolhem uma noção comum, segundo a qual o Direito é fruto da vontade do *soberano*, tese centrada nas ideias de *comando* e *coerção*, concepção esta que, diferentemente, não pode ser atribuída ao inglês Herbert Lionel Adolphus Hart (ou H. L. A. HART, 1907-1992), jurista e filósofo do Direito, autor reconhecidamente importante para uma nova tomada de

posição em relação à Filosofia e Teoria do Direito. Herbert Hart, neste contexto, rejeita a denominada *Teoria Imperativista*, cuja característica fundamental, conforme consignado, consiste justamente em vincular o Direito às noções de *comando* e *coerção*. Em *O Conceito de Direito*, obra publicada em 1961, Hart afirma que o termo *positivismo*, na literatura anglo-americana contemporânea, é empregado para traduzir uma ou mais das seguintes afirmações teóricas: 1) *que as leis são comandos de seres humanos*; 2) *que não há vínculo necessário entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser*; 3) *que a análise ou estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve ser distinguido (apesar de não ser contrário a elas) das pesquisas históricas e sociológicas e da avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos e funções sociais etc.*; 4) *que um sistema jurídico é um 'sistema lógico fechado', no qual decisões corretas podem ser deduzidas por meios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas*; 5) *que os juízos morais não podem ser demonstrados, como podem os enunciados factuais, por meio de argumentação racional, evidência ou prova [...] Bentham e Austin defendiam as opiniões expressas em (1), (2) e (3), mas não aquelas em (4) e (5); Kelsen defende aquelas expressas em (2), (3) e (5), mas não as apresentadas em (1) e (4). A afirmação (4) é geralmente atribuída aos 'juristas analíticos', aparentemente sem boas razões*. (HART, 2009, p. 386-387)

[...] a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do brocardo *ubi societas, ibi jus* ("onde está a sociedade, está o Direito").

Herbert Hart, pelo que se observa no item 2 da transcrição supra, demonstra que, a seu ver, não há necessariamente um vínculo entre Direito e Moral, o que o situa, segundo um segmento doutrinário, entre os autores *positivistas inclusivistas* (ou *positivistas incorporacionistas*). Significa dizer que Hart admite que conceitos e normas próprios do Direito possam incorporar regras pertinentes ao campo da moral, desde que o sistema jurídico o autorize.

Ademais, em *O Conceito de Direito*,

Herbert Hart contesta a aludida *Teoria do Comando*, delineada por John Austin na obra *The Province of Jurisprudence Determined (A Delimitação do Objeto do Direito, 1832)*, cujos contornos fundamentais consagram a ideia de que o Direito caracteriza-se por abarcar um conjunto de *comandos* e *ameaças* estabelecidos por um *soberano*. Hart, partindo de uma distinção entre *"ter a obrigação de fazer algo"* e *"ser obrigado a fazer algo"*, e adotando como exemplo a conduta ameaçadora de um assaltante, afirma que, na verdade, *inexiste obrigação quando o único motivo para obedecer é a ameaça, exatamente o que acontece no caso de um assalto*. Diferentemente da intimidação contida na ação do assaltante, o Direito estabelece normas de agir aptas a orientar o comportamento não apenas daqueles aos quais as orientações normativas são destinadas, mas também aos funcionários públicos encarregados da aplicação de tais diretrizes.

Com efeito, Hart, de um modo geral, opõe as seguintes objeções ao arquétipo teórico austiniano: *Os fracassos principais da teoria [de Austin] são suficientemente instrutivos para justificar um segundo resumo. Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sobre o*

aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidade do direito, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimilados às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas jurídicas diferem das ordens quanto à sua

origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo, que vieram a existir. Finalmente, a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno. (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 98)

Ademais, Herbert Hart, ao empreender uma análise crítica a respeito da teoria de John Austin, desdobra-a em três segmentos. De início, estabelece uma distinção entre as noções de *comando* e *regra*. Em seguida, procura demonstrar que os sistemas jurídicos são integrados por várias espécies de regras, sendo que algumas delas, como dito anteriormente pelo próprio Hart, nem de longe se assemelham aos mencionados *comandos* da teoria austiniana. E, por fim, Hart enfrenta as noções de *soberano*, *súdito* e *hábito de obediência*, concluindo que tais categorias são insuficientes para definir como funcionam as regras jurídicas. Desta feita, enquanto Bentham e Austin fundamentam os respectivos pensamentos teóricos na noção de *comando* oriundo de um *soberano*, Hart, por sua vez, argumenta que o Direito constitui-se em um sistema composto por *regras primárias* e *secundárias*, modelo assim abreviado por Stolz: *Para Hart, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de regras primárias e por três tipos de regras secundárias: regras de reconhecimento, regras de alteração/modificação e regras de adjudicação. As regras primárias prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e negativo. Já as regras secundárias, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por regras primárias, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na*

sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas. As regras secundárias de alteração outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução, exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Por sua vez, as regras de adjudicação dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais – identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais. [...].

A fim de complementar a estrutura fundacional da sua teoria, Hart cria a noção de rule of recognition [regra de reconhecimento], que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de regras primárias, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o status de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validade estabelecidos na regra de reconhecimento. Dita regra, ademais, é uma norma última que subministra um critério jurídico de validade supremo. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida, mas uma regra de reconhecimento não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma regra de reconhecimento existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de eficácia da regra de reconhecimento se exige, ademais do cumprimento, a aceitação da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.

A regra de reconhecimento não só estipula a forma que todas as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas do sistema jurídico, mas também atribui

competência e/ou autoridade a certos sujeitos para que ditem e apliquem as normas jurídicas fixando – com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado – os limites de atuação dos Poderes Públicos. Decisivamente, é a presença da regra de reconhecimento que articula a ideia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validade. (STOLZ, 2007, p. 101-120)

Bugallo (2009, p. 3) afirma que o objetivo de Hart, no âmbito da *Teoria Analítica*, e dialogando com os *Realismos Americano* e *Escandinavo*, bem como com o formalismo de Kelsen, foi justamente superar a teoria de Austin, válida para as sociedades primitivas e simples, e construir uma teoria explicativa do direito nas sociedades complexas.

Stolz (2007, p. 101-120), ao analisar a contribuição oferecida pela obra de Herbert Hart para a construção do Direito no âmbito dos Estados Democráticos Constitucionais, assevera que *um dos grandes méritos de Hart foi visualizar o Direito tal como se apresenta e, ainda que defensor do Positivismo Jurídico, ele nunca negou a obviedade de que os sistemas jurídicos contemporâneos são complexos e que, ademais desta característica, positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o Direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões.*

6 LON LUIVOIS FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO

Lon Luvois Fuller (1902-1978), norte-americano, é conhecido no Brasil pela obra *O Caso dos Exploradores de Cavernas*, cuja leitura é quase que obrigatória para os alunos que ingressam no curso de Direito. No que interessa ao tema abordado no presente artigo, cumpre registrar que Lon Fuller entende que o Direito ostenta uma *moralidade interna*, proposta teórica construída

no âmbito de sua principal obra jusfilosófica, cujo título é *A Moralidade do Direito* (*The Morality of Law*, 1964), na qual o ilustre pensador apresenta de forma mais sistemática as suas considerações contra o Positivismo e propõe de maneira mais desenvolvida sua versão peculiar e secular de *Direito Natural* (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 109).

Segundo argumenta Morrison (2012, p. 460), Fuller entende que o Direito constitui-se em um método ético de se criar e assegurar uma forma para as relações sociais, de modo que cada regra jurídica 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 avaliação dos fatos".

De fato, Lon Fuller, em *A Moralidade do Direito*, estabelece uma distinção entre o que denomina de *moralidade do dever* e de *moralidade da aspiração*. A *moralidade do dever*, explica o autor, 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; tal moralidade, prossegue Fuller, não condena os homens por perderem as oportunidades da mais plena realização de seu potencial, mas, em vez disto, condena-os por não respeitarem as exigências fundamentais da vida social. A *moralidade da aspiração*, por seu turno, condiz com a *moralidade do bem-viver*, da excelência, da mais plena realização das potencialidades humanas (MORRISON, 2012, p. 462), cabendo ressaltar que, sob um prisma hierárquico, a *moralidade da aspiração* encontra-se em um plano superior.

Com efeito, Lon Fuller criou uma forma secular de *direito natural*, que definia o direito como atividade humana dotada de propósito consciente (MORRISON, 2012, p. 460-461), tendo acusado o Positivismo Jurídico de várias imperfeições. Segundo explica Morrison, na ótica de Fuller, os autores positivistas (tais como Bentham, Austin e Kelsen) recusavam-se a atribuir ao direito qualquer objetivo, por mais modesto e restritivo. Assim, por estarem exclusivamente preocupados em descrever o direito como este era, acreditavam que nada podiam dizer, em termos científicos, sobre como deveria ser o Direito.

Prosseguindo em suas críticas ao modelo juspositivista, Lon Fuller opõe-se à concepção hartiana, notadamente por entender que o Direito transcende o sistema de regras idealizado por Hart, devendo, pois, abrir-se para a ética e a metafísica. Um dos debates travados entre esses dois grandes pensadores é registrado por Marcondes e Struchiner, ora transcrito: *Outro ponto de discordância entre os autores, agora mais centralmente ligado às relações entre direito e moral, diz respeito a certos casos que surgiram depois da Segunda Guerra Mundial. Terminado o conflito, os tribunais da Alemanha se viram diante da questão de como lidar com os atos de extrema injustiça realizados dentro dos contornos da lei nazista. Um caso específico foi o de uma mulher que denunciou o marido, do qual queria se ver livre, por ter falado mal do regime, algo que era proibido de acordo com a lei e que poderia levar à pena de morte. O homem foi condenado e obrigado a lutar no front, onde acabou sendo morto. Depois da guerra, a mulher foi processada por ter justamente constringido*

a liberdade do marido. Fuller defendeu a decisão da Corte que estabeleceu que a lei nazista seria nula, e que nunca teria feito parte do direito. Hart, por sua vez, que defendia a separação entre direito e moral, dizia que tal solução era um engodo: para ele era claro que a lei nazista era juridicamente válida, apesar de grosseiramente imoral. Ser juridicamente válida não implicava força moral absoluta. Para Hart, o juiz deveria encarar o problema enquanto um problema moral, com toda a sua complexidade. Segundo ele, em certos casos juizes devem assumir que estão tomando uma decisão moral contrária ao direito por ser a coisa certa, e não fazer uso de subterfúgios para esconder o fato de que a decisão possui uma pintura moral. Fuller, por sua vez, achava que o sistema de leis de um regime ditatorial como o regime nazista não observava o que ele chamava de 'moralidade interna do direito', o conjunto de critérios mínimos capazes de garantir a juridicidade, ou existência jurídica, de certas leis. Em suma, Hart e Fuller concordam com a condenação da mulher que denunciou o marido, mas discordam da justificativa para tal. (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 108)

Assinala Vieira (1999, p. 37-46) que um dos objetivos perseguidos por Fuller na obra *The Morality of Law* reside exatamente no estabelecimento de um conceito de estado de direito que possa ser utilizado como escala para medir a qualidade intrínseca dos sistemas jurídicos, ou seja, o referido pensador estadunidense objetivou 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 [...]. Na visão de Fuller, prossegue Vieira, a perspectiva positivista que entende a lei como um fato de autoridade, e não como um empreendimento propositivo moral, perde qualquer capacidade normativa para checar o cumprimento do ideal de legalidade pelo sistema jurídico.

Prosseguindo em suas críticas ao modelo juspositivista, Lon Fuller opõe-se à concepção hartiana, notadamente por entender que o Direito transcende o sistema de regras idealizado por HART, devendo, pois, abrir-se para a ética e a metafísica.

No mesmo sentido, Morrison (2012, p. 460-461) elenca as seguintes excelências relacionadas por Fuller: *as leis devem ser suficientemente gerais; publicamente elaboradas; prospectivas; compreensíveis; não contraditórias; razoavelmente constantes; possíveis quanto ao desempenho; administradas por autoridades de acordo com seu conteúdo, e deve haver congruência entre ação oficial e regra declarada.*

A respeito de tais elementos apontados por Lon Fuller, e no âmbito de uma perspectiva comparativa com as ideias de Herbert Hart, afirma Stolz (2007, p. 101-120) que, diferentemente de Fuller, Hart não cria um catálogo de elementos considerados essenciais para a existência e funcionamento do Direito, mencionando somente alguns avaliados como imprescindíveis, dando-lhes o nome de 'princípios de legalidade', a saber: a generalidade e a perdurabilidade das nor-

mas jurídicas (elementos compatíveis com a moral interna do Direito de Fuller).

7 CONCLUSÃO

A questão que envolve os denominados Jusnaturalismo e Juspositivismo (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos, tal como fizeram Bentham, Austin, Kelsen, Hart e Fuller, entre outros. Muito embora possamos afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, visto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática desenvolvida no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos, e que inspirou sobremaneira a construção da Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello (comp.) *O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BUGALLO, Alejandro Alvarez. Teses básicas do positivismo e suas críticas ao Jusnaturalismo. *Lex Humana: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP, Petrópolis*, n. 2, p. 1-39, 2009.
- DIAS, Maria Cristina L. C. *O direito e a ética em Bentham e Kant: uma comparação. Trans/Form/Ação: Revista de Filosofia, Marília*, v. 38, n. 1, p. 147-166, jan./abr. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- EDMUNDSON, William A. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de ética: de Platão a Foucault*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 3, n. 11, p. 101-119, jan./jun. 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdade e limites do governo das leis. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 37-46, 1999.

Artigo recebido em 28/2/2019.

Artigo aprovado em 22/4/2019.

Reis Friede é Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21).