



GABRIEL ALVES PESSOA

**O DEBATE HART-FULLER SOBRE A RELAÇÃO ENTRE
O DIREITO E A MORALIDADE: O direito como uma prática
social e como uma atividade intencional**

**LAVRAS-MG
2023**

GABRIEL ALVES PESSOA

**O DEBATE HART-FULLER SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A
MORALIDADE: O direito como uma prática social e como um atividade intencional**

Monografia apresentada à
Universidade Federal de
Lavras, como parte das
exigências do Curso de
Direito, para a obtenção de
título de Bacharel.

Professor Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa
Orientador

**LAVRAS-MG
2023**

**Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Geração de Ficha Catalográfica da Biblioteca
Universitária da UFLA, com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).**

Pessoa, Gabriel Alves.

O debate Hart-Fuller sobre a relação entre o direito e a moralidade:
O direito como uma prática social e como uma atividade
intencional / Gabriel Alves Pessoa. - 2023.

91p.

Orientador(a): Leonardo Gomes Penteado Rosa.

Monografia (graduação) - Universidade Federal de Lavras,
2023.

Bibliografia.

1. Teoria do direito. 2. Filosofia do direito. 3. Moralidade. I.
Rosa, Leonardo Gomes Penteado. II. Título.

GABRIEL ALVES PESSOA

O DEBATE HART-FULLER SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORALIDADE: O direito como uma prática social e como uma atividade intencional

THE HART-FULLER DEBATE ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE LAW AND MORALITY: The law as a social practice and as an intentional activity

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção de título de Bacharel.

APROVADO em 05 de dezembro de 2023.

Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa (UFLA)

Me. Pedro Nobuyuki Carvalho Urashima (UFMG)

Me. Rangel Mendes Francisco (UFMG)

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa
Orientador

LAVRAS-MG
2023

À minha família,

À minha mãe, Alessandra, pelo amor, pelo carinho e pelo cuidado,

Às minhas irmãs, Isabella e Noah, por, sem saberem, me ensinarem tanto,

À minha avó, Nina, *in memoriam*, pelo exemplo.

Aos meus amigos, especialmente àqueles que estão comigo desde muito antes do
começo dessa trajetória,

Ao Marcelo, à Thaís, ao Gabriel e ao João, ao Silas e ao Otávio.

Dedico-lhes.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Lavras pela oportunidade de estudar e de pesquisar em uma instituição pública, gratuita e de qualidade – e por encher-me de orgulho em ser lavrense.

À Pró-Reitoria de Pesquisa por me permitir desenvolver na iniciação científica, no Programa Institucional de Iniciação Científica Voluntária (PIVIC) entre 2021 e 2022 e no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) em 2023, a curiosidade e a inquietação essenciais à vontade de ser pesquisador.

Ao Departamento de Direito pela oportunidade de ser monitor-bolsista, especialmente de uma disciplina tão importante para a minha formação, como foi o curso de Introdução ao Estudo do Direito, sob responsabilidade do Professor Leonardo Rosa que também me orientou durante toda a graduação, que tanto me desenvolveu academicamente quanto me despertou um propósito: o amor pelo ensino, pela educação e pela filosofia.

A todos os professores e professoras, do ensino básico, fundamental e médio, nas escolas públicas que tive a oportunidade de estudar: Escola Municipal Sebastião Botrel Pereira, Escola Estadual Tiradentes e Escola Estadual Cinira de Carvalho, que de alguma forma contribuíram para quem sou hoje.

Aos professores e às professoras do ensino superior da UFLA, especialmente meus professores e professoras do Departamento de Direito, pela dedicação e pelo carinho com a minha formação, e especialmente à querida professora Bianca Tito por sua amizade e pelo carinho que sempre teve comigo.

Ao Projeto de Extensão da Cafeteria Escola CafESAL, especialmente aos amigos que fiz, Manuh e Vinícius, pelo carinho e pelo cuidado comigo, e à Thaís ao Klein, pelas conversas e pelos cafés.

A todos funcionários e funcionárias da UFLA: limpeza, segurança e a administração, pelo zelo com a *nossa* universidade.

Aos meus amigos que fiz durante esse processo, especialmente ao Artur S. Magalhães, cuja amizade e cujos conhecimentos compartilhados – acadêmicos e pessoais – levarei comigo nos novos rumos que a vida me levar, com a certeza de que nossa amizade perdurará e será, um dia, engolidora de décadas.

Ao meu professor e orientador Leonardo Gomes Penteado Rosa, um agradecimento especial. Pelos seus ensinamentos e por sua dedicação com a minha formação. Por me apontar os caminhos, por me dar a liberdade de trilha-los livremente e por me poupar muitos dos erros do percurso, já que sempre que estive para me desviar, ele esteve presente para me guiar novamente ao caminho certo.

Os meus sinceros agradecimentos.

Amar e mudar as coisas

Belchior, *Alucinação*.

RESUMO

Trata-se de monografia em que analiso o debate entre H. L. A Hart e Lon L. Fuller sobre a relação entre o direito e a moral. Eles afirmam, respectivamente, que o direito é uma prática social e uma atividade intencional. Prática e atividade são termos que guardam proximidades. Contudo, eles adotam concepções e projetos teóricos e metodológicos distintos sobre o direito. Isso faz com que eles discordem sobre o que é, de fato, essa prática ou atividade. Herbert Hart é um positivista e adota um projeto descritivo. Lon Fuller é considerado um jusnaturalista procedimental e adota um projeto normativo. Nesse sentido, o pano de fundo teórico do debate é a conhecida controvérsia entre o positivismo jurídico e o direito natural. O positivismo jurídico de Hart afirma que o direito envolve uma prática social de aceitar determinados critérios e de usá-los para identificar a validade jurídica das demais regras – o que ele chama de regra de reconhecimento. Defende, portanto, uma relação contingente entre o direito e a moral: a regra de reconhecimento pode ou não, através da sua prática social, adotar critérios morais para aferir validade jurídica. Fuller, por sua vez, afirma que o direito é a atividade intencional de submeter a conduta humana a regras. Essa atividade intencional de criar e de administrar o direito é guiada por critérios morais. Nesse sentido, o direito tem uma moralidade interna, própria da sua atividade. Pretendo reconstruir os movimentos argumentativos do debate Hart-Fuller, para apresentar e para contrapor seus conceitos do direito como uma prática social e como atividade intencional. A teoria e a filosofia do direito só podem definir o que o é direito a partir da definição de sua relação com a moralidade. Esse é o problema e a justificativa. Problema porque a falta de respostas sobre qual é a relação entre o direito e a moral reflete em conflitos nas práticas jurídicas cotidianas. Por exemplo, existe alguma moralidade intrínseca à atividade jurídica que um sistema jurídico *deve* respeitar para existir? A justificativa é, portanto, a necessidade de oferecer respostas que fundamentem nossas práticas jurídicas. O objetivo é (i) reconstruir e analisar os movimentos argumentativos do debate para (ii) compreender como Hart e como Fuller chegam à ideia semelhante do direito como uma prática e como atividade, quais são as diferenças quando empregam esses conceitos e qual é a relação entre esses conceitos e as suas teses sobre a relação entre o direito e a moral. Para compreender seus sistemas filosóficos analiso os argumentos do debate através do método de leitura estrutural (MACEDO JR, 2007). Busco recuperar a lógica interna, isto é, compreender o tempo lógico a partir da racionalidade filosófica que é própria de cada um dos sistemas filosóficos. Concluo que os conceitos de prática social e de atividade intencional, embora semelhantes porque partem do conceito de regra como elemento central, denotam as concepções defendidas pelos autores sobre a relação entre o direito e a moralidade.

Palavras-chave: Teoria do direito; Filosofia do direito; Moralidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1: Propósito humano e direito natural	4
CAPÍTULO 2: Positivismo e a separação entre o direito e a moral	7
CAPÍTULO 3: Positivismo e fidelidade ao direito: Uma resposta ao Professor Hart	9
CAPÍTULO 4: O conceito de direito	23
Subseção 4.1. Introdução	23
Subseção 4.2. A reforma do positivismo: O abandono da teoria de Austin ...	25
Ameaça e sanção e as diferentes funções sociais das regras	26
Hábitos e regras e aspectos externo e interno	28
Subseção 4.3. O direito como união de regras primárias e secundárias	31
Ser obrigado e ter obrigação	32
A união entre regras primárias e secundárias	34
A regra de reconhecimento e a validade jurídica	35
Subseção 4.4. A separação entre o direito e a moral	37
A justiça e a moral	38
O direito e a moral	43
O conteúdo mínimo do direito natural	45
A validade jurídica e os valores morais	47
CAPÍTULO 5: A moralidade do direito	53
Subseção 5.1. Moralidade de dever e moralidade de aspiração	53
Subseção 5.2. A moral que faz o direito possível	54
Os oito caminhos para o fracasso de fazer o direito	54
Os oito requisitos da moralidade interna que corrigem o fracasso de fazer o direito	56
Subseção 5.3. A moralidade interna e as teorias do direito	60
O conceito de direito de H.L.A. Hart	61
Subseção 5.4. Os propósitos substantivos do direito e a moralidade interna ..	63
CAPÍTULO 6: Lon L. Fuller e a moralidade interna do direito	67
CAPÍTULO 7: Uma resposta às críticas	72
CAPÍTULO 8: O direito como uma prática social e como uma atividade intencional	77
H. L. A. Hart: O direito como uma prática social convencional	78
Lon L. Fuller. O direito como uma atividade intencional moral	79
Considerações finais	79
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

A filosofia e a teoria do direito tratam das perplexidades sobre a natureza ou sobre o conceito do direito. A principal fonte dessas perplexidades diz respeito àquele conhecido debate sobre a relação entre o direito e a moral. Definir ou conceituar o direito exige enfrentar a seguinte questão: qual é a relação entre o direito e a moral? Essas perplexidades, aparentemente teóricas, causam desafios à prática jurídica cotidiana. Existe alguma moralidade intrínseca à atividade jurídica que o sistema jurídico *deve* respeitar para existir? Em outras palavras, a moralidade *é* ou *deve ser* um critério de validade jurídica, de modo que o direito que viola a moralidade na criação e na aplicação de suas regras perde a obrigação de ser obedecido?

Muitos autores de diferentes tradições filosóficas se dedicaram à construção de seus complexos sistemas filosóficos para oferecerem respostas para essas perplexidades. Os debates entre esses sistemas têm sido um dos motores mais importantes do desenvolvimento da filosofia e da teoria do direito. Contudo, as muitas respostas ainda não desfizeram as perplexidades.

A persistência das perplexidades teóricas sobre qual é a relação entre o direito e a moral e as dificuldades causadas à prática jurídica apontam para uma interrelação entre a teoria e a prática. A prática jurídica *deve* expressar padrões de moralidade e de justiça? É necessário refletir sobre essa perplexidade teórica para fornecer razões que sustentem nossas práticas jurídicas. Portanto, torna-se fundamental pesquisar debates jurídico-filosóficos que apresentam argumentos, ou seja, razões que fundamentam as nossas concepções sobre as relações entre o direito e a moralidade.

Este trabalho faz um recorte do amplo debate teórico sobre a relação entre o direito e a moral. De saída, parte da premissa de que uma teoria do direito deve ser normativa e não meramente descritiva.¹ Defendo que uma teoria do direito bem sucedida pressupõe normatividade e não mera descrição da prática jurídica, porque a descrição não é capaz de explicar o sentido normativo que os direitos e as obrigações criadas pelo direito têm. Assim, escolho um dos debates jusfilosóficos sobre a relação entre o direito e a moral mais importantes para a filosofia e a teoria do direito: o debate entre H. L. A. Hart e Lon L. Fuller. Este debate antecede e antecipa muitos dos temas e argumentos do conhecido debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin.

¹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 263. “Portanto, vou concluir com um apelo àqueles de vocês que planejam se dedicar à filosofia do direito. Quando o fizerem, assumam as legítimas responsabilidades da filosofia e abandonem o manto da neutralidade.”

Herbert Lionel Alphonse Hart (1907-1992) é considerado, inclusive por um dos seus maiores críticos, o positivista jurídico contemporâneo mais influente e sofisticado.² Ele defende uma teoria descritiva e neutra do direito, cuja separação entre o direito e a moral é o pano de fundo. Hart entende que a relação entre o direito e a moral é meramente contingente. Portanto, o direito é uma prática social que existe, isto é, é uma prática social convencional, que não se confunde com o seu ideal moral.

Lon Louvois Fuller (1902-1978), embora não se encaixe perfeitamente em uma corrente teórica, como Hart se encaixa no positivismo, se considera um jusnaturalista procedimental. Ele defende uma teoria do direito que não se limita a descrever o direito, mas que cria critérios morais, ou seja, normativos, que estabelecem como o direito *deve ser*. Para Fuller, o direito tem uma moralidade interna, que é própria da sua atividade intencional normativa.

Apesar das divergências sobre a relação entre o direito e a moralidade, ambos afirmam que o direito é uma espécie de prática ou atividade. Qual é a diferença de dizer que o direito é uma prática social para Hart ou uma atividade intencional para Fuller? Para responder a esta pergunta, procedo da seguinte forma. Primeiro, apresento as rodadas do debate. Exponho os seus movimentos argumentativos de maneira expositiva. Depois, analiso seus argumentos. O objetivo é compreender como os autores chegam à ideia semelhante do direito como uma prática e como uma atividade, quais são as diferenças desses conceitos para eles e qual é a relação entre seus conceitos e as suas teses sobre a relação entre o direito e a moral. Compreender esse importante debate é um bom caminho para lidar com as perplexidades teóricas sobre a relação entre o direito e a moralidade, e com isso, enfrentar alguns dos problemas da prática jurídica.

O objeto desta pesquisa é a estrutura argumentativa dos sistemas filosóficos dos autores. Embora deva reconhecer o valor do método histórico-genético³ para acessar a racionalidade filosófica de um sistema filosófico, pressuponho a independência do seu tempo lógico em relação ao seu tempo histórico.⁴ Logo, adoto como metodologia o método de leitura estrutural.⁵ O método estrutural é mais do que um método de leitura: é

² DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XI. “A mais influente versão contemporânea do positivismo é a proposta por H. L. A. Hart e é essa versão que esse livro critica.”

³ Ver BERTI, Enrico. *Perfil de Aristóteles*, São Paulo: Paulus, 2012. p. 7-8.

⁴ Ver GOLDSCHMIDT, Victor. “Tempo Histórico e Tempo Lógico na Interpretação dos Sistemas Filosóficos”. in: *A Religião de Platão*. Prefácio introdutório Oswaldo Porchat Pereira, Trad. por Ieda e Oswaldo Porchat Pereira. 2 ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *O método de leitura estrutural*. in *Cadernos Direito GV*, v. 4, n. 2, março, 2007, p 5-6.

uma atitude filosófica.⁶ Portanto, ele é adequado especialmente para a compreensão de sistemas filosóficos que só podem ser compreendidos através da leitura dos textos em que os movimentos argumentativos estão inscritos e que formam a estrutura do sistema. Nesse sentido, ele pode ser compreendido como a atividade de recuperação da coerência e da lógica interna de um argumento.

Sendo assim, pretendo recuperar o tempo lógico dos movimentos argumentativos, para compreender a racionalidade filosófica de cada um dos sistemas analisados. A partir da leitura estrutural, reconstruo as razões internas dos argumentos. Dessa forma, os capítulos de 1 a 7 são uma exposição dos movimentos argumentativos exige. Terminei analisando os argumentos dos sistemas filosóficos de Fuller e de Hart. Isso permitirá entender as diferenças entre suas afirmações, aparentemente semelhantes, de que o direito é uma prática social e uma atividade intencional.

A discussão mais fundamental entre Lon Fuller e Herbert Hart ocorreu em seus artigos publicados na *Harvard Law Review* em 1958. Mas o debate continuou com a apresentação de respostas, explicações e novos argumentos oferecidos em outros textos. Desse modo, o debate foi dividido e analisado em sete rodadas: cada uma referente a um texto (artigo ou livro). Também nesses textos eles se preocupam em atacar ou se defender de outros autores. Esses argumentos que não compõem o debate diretamente não serão apresentados aqui. Por exemplo, Hart dedica os capítulos 2, 3 e 4 de *O conceito de direito* para atacar a teoria de Austin, antes de propor a sua própria teoria (e ele já havia indicado a prévia desses argumentos em artigo anterior). Não me preocupo em apresentá-los, senão quando forem necessários para explicar a teoria de Hart. O capítulo 3, por exemplo, traz uma noção introdutória das regras primárias e secundárias no argumento das diferentes funções sociais dos diferentes tipos de regras e o capítulo 4 traz a importante distinção entre hábitos e regras, que serve para explicar o conceito fundamental do aspecto interno e externo. Já no capítulo 7, Hart se dedica à questão da textura aberta das regras e da discricionariedade judicial e apresenta objeções às teses formalistas e céticas. Muito embora Hart e Fuller tenham debatido sobre a questão da interpretação, julgo que além deste não ser o ponto central do debate, também não apresenta argumentos diretos para o debate, de modo que não os apresento. Alguns textos dos autores têm influência indireta nos textos dos debates; sempre que possível, eles serão indicados.

⁶ Macedo, “O método de leitura estrutural”, *op. cit.*, p. 11. “A estrutura, na medida em que se apresenta como forma universal de todo pensamento filosófico, é a expressão da própria racionalidade filosófica. Redescobri-la, através do método filosófico estrutural, será, pois, um *exercício filosófico*.” (grifei).

CAPÍTULO 1: PRÓPOSIÇÃO HUMANO E DIREITO NATURAL

(Fuller, 1956)

Podemos considerar o texto *Propósito humano e direito natural*,⁷ de Fuller, como o início do debate Hart-Fuller, porque nele o autor defende um argumento que sustentará a união entre o direito e a moral – e que Hart criticará logo na sequência, iniciando de fato o debate. Este é o argumento de que fato e valor, ser e dever ser, são noções que não apenas não se contradizem, mas que se complementam. Mais do que isso, defende, contra o repúdio dos positivistas, que a noção de *valor* pode ser defendida racionalmente tanto quanto a noção de *fato*. Tal argumento balizará a união posterior de que o direito que é (fato) indissociável do direito que moralmente deveria ser (valor).

Primeiro, Fuller identifica um problema: há uma aceitação geral da existência de uma dicotomia entre fato e valor na interpretação do comportamento humano intencional.⁸ E ainda que as teorias do direito natural tenham tentado lidar com isso sem resposta satisfatória, esse é um problema que o positivismo apenas ignora. Relembremos o exemplo de Fuller. Observamos um menino em uma atividade com determinado objeto, mas não podemos saber seu propósito em relação à atividade ou ao objeto; quando descobrimos o propósito do menino, podemos compreender a atividade que estava a realizar e os porquês de suas ações que observamos. Logo, a interpretação de eventos do comportamento humano (fato) que trate o que observamos como intencional (valor) demonstra que fato e valor se fundem,⁹ são interdependentes.

Esse argumento em favor da união entre fato e valor, antecipa Fuller, pode sofrer a objeção de que confunde a questão de valor último com a questão de selecionar os meios mais eficazes para realizar um propósito imediato.¹⁰ Se dirá, em defesa dessa objeção, que para compreender e descrever uma ação é necessário participar de um ato de avaliação. Contudo, essa avaliação não diz respeito ao fim do ato em questão. Existem boas e más maneiras de se realizar uma ação, mas isso não diz nada sobre a ação em si ser boa ou má. Portanto, essa objeção se baseia em uma falsa confusão, diz Fuller.¹¹ Hart,

⁷ FULLER, Lon, L. *Human purpose and natural law*. Notre Dame, Natural Law Forum, 1958. Originalmente publicado em: University of Pennsylvania, 53 *Journal of Philosophy* 697, 1956. (As citações referem-se à republicação de 1958; traduzi).

⁸ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 68.

⁹ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 70.

¹¹ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 70.

no texto de 1965, defenderá um argumento semelhante a este: tentará tirar os desideratos de legalidade como critérios de moralidade e colocá-los como critérios de eficácia.¹²

A compreensão de uma ação intencional, como o direito, não é suficiente apenas através de um único propósito. Há sempre propósitos em interação. Entendemos uma ação intencional realizada por uma pessoa por causa da nossa natureza humana compartilhada – incompleta e em desenvolvimento.¹³ Parte do dilema sobre meios e fins é um problema de linguagem. A linguagem é adequada para descrever uma ação projetada unilateralmente, mas não para lidar com a interação. Fuller reconhece que a forma como devemos nos comportar diante da falta de solução para esse problema é tão importante quanto buscar uma solução para ele.¹⁴

Há duas formas opostas de lidar com os problemas sobre meios e fins. Elas podem existir concomitantemente, desde que não sejam aplicadas a algum processo de decisão.¹⁵ A primeira, atribuída ao positivismo, defenderá que a “validade dos valores dos fins humanos não é uma questão para demonstração racional.”¹⁶ Ou seja, o “valor” ou o “dever ser” não tem fundamentação racional. A outra, atribuída ao direito natural, defenderá que “Como no processo de decisão os meios e fins interagem,¹⁷ é impossível atribuir de antemão limites precisos para o papel da razão.”¹⁸ Ou seja, embora não se possa demonstrar os limites da fundamentação racional do “valor” ou do “dever ser”, eles são racionalizáveis. Essa tese subscreve com o que Fuller chama de “articulação colaborativa de propósitos compartilhados.”¹⁹ A rejeição da união entre fato e valor na interpretação do comportamento humano intencional é a rejeição da própria realidade da articulação colaborativa de propósitos compartilhados.²⁰

Esta é a defesa que Fuller faz de uma das principais premissas da crítica ao positivismo (e em defesa do direito natural): existe uma interdependência entre fato e valor ou, entre meios e fins. Além disso, valores e fins são racionalizáveis. Nos

¹² Ver páginas 66-68.

¹³ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 72.

¹⁶ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 73.

¹⁷ Essa questão voltará na crítica de Hart no artigo de 1965 e na resposta de Fuller no capítulo 5, de 1967, sobre a relação entre atividade intencional e moralidade ou propósitos.

¹⁸ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 73.

¹⁹ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 73. “Uma vez que no processo de decisão os meios e os fins interagem, é impossível atribuir antecipadamente limites precisos ao papel da razão. Vamos, portanto, empurrar o nosso entendimento até onde ele nos levará para a área obscura onde meios e fins interagem; (...) Essa visão afirma a realidade de um processo que pode ser chamado de *articulação colaborativa de propósitos compartilhados*.” (grifei)

²⁰ Fuller, “Human purpose and natural law”, *op. cit.*, p. 75.

argumentos que se seguem sobre a relação entre o direito e a moral estará implícita esta ideia. Portanto, sua defesa sobre a união entre fato e valor dá a base para o argumento posterior de que o direito tem uma moralidade interna que é própria de sua atividade.

CAPÍTULO 2: POSITIVISMO E SEPARAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL (Hart, 1958)

Hart lançara sua primeira crítica a Fuller, em razão da sua defesa da união entre fato e valor, que implica na relação necessária entre o direito que *é* com o que moralmente *deveria ser*, em *Positivismo e a Separação entre o direito e a moral*.²¹ Neste artigo, Hart antecipa grande parte dos argumentos mais importantes de sua principal obra. Seu objetivo é defender a tese positivista da separação entre o direito e a moral, que baseia a separação entre ser e dever ser em dois princípios:

(...) primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal exposto, o mero fato de uma norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser uma regra jurídica; e, inversamente, o mero fato de uma regra ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse uma regra jurídica.²²

Os críticos do positivismo se preocupam em refutar a tese da separação porque uma de suas consequências é que um direito contrário à moral continuará juridicamente válido. Ou seja, a tese positivista da separação, defendida por Hart, estabelece que a validade jurídica do direito independe dos seus valores morais. E parte do debate Hart-Fuller é em razão da discordância desse ponto.

Hart identifica cinco significados que podem ajudar a definir seu positivismo jurídico. Primeiro, a afirmação de que leis são produzidas pelos homens. Segundo, não há uma conexão necessária entre o direito como ele é e como moralmente deveria ser. Terceiro, que o estudo do direito deve abster-se das relações do direito com outros fenômenos sociais ou das críticas e valorações morais sobre ele e sua evolução histórica e social, pois o estudo do direito deve ser puramente analítico, sobre os significados da linguagem jurídica do direito. Quarto, que o direito é um “sistema lógico fechado” onde as decisões se referem apenas às regras (essas produzidas pelos homens e legitimadas pela fonte formal) e não a outros padrões sociais, políticos ou morais. Quinto, a afirmação de que declarações de valor não podem ser estabelecidos ou defendidos racionalmente, como podem declarações de fato.²³ Nota-se nesses pontos que as divergências entre Hart e Fuller ultrapassam a visão sobre a relação entre o direito e a moral. As divergências

²¹ HART, H. L. A. “Positivismo e a Separação entre o direito e a moral” in: HART, H. L. A. *Ensaio de Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronald Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

²² Hart, “Positivismo e a Separação entre o direito e a moral”, *op. cit.*, p. 59-60

²³ Hart, “Positivismo e a Separação entre o direito e a moral”, *op. cit.*, p. 62. Vide nota 25 da versão original.

atingem algo mais fundamental, como suas perspectivas sobre como encarar o fenômeno do direito enquanto um objeto de estudo.

Hart encerra criticando o argumento de Fuller que defende a união entre declarações de fato e declarações de valor.²⁴ Aponto aqui como o início do debate, pois é, de fato, o primeiro ataque direto. Primeiro, Hart esclarece uma questão importante. Os críticos do positivismo jurídico têm confundido a distinção positivista entre o que o direito é e o que deveria ser com uma teoria moral que afirma que declarações de fato são opostas à declarações de valor.²⁵ No entanto, embora essa proposição não seja necessariamente positivista isso não implicaria uma relação necessária entre o direito que é com o que moralmente deveria ser. Apesar de possibilitar a demonstração da moralidade ou imoralidade de determinadas leis, a aceitação da noção de como deve ser moralmente o direito não consegue demonstrar se uma lei ou regra é ou não direito válido, independente se moral ou imoral:

As leis, não obstante quão iníquas moralmente, seriam ainda leis. A única diferença que a aceitação desse entendimento da natureza dos juízos morais faria seria a de que a iniquidade moral de tais leis se tornaria passível de demonstração; decorreria certamente de uma simples declaração daquilo que a regra determinava que a regra era moralmente errada e, assim, não deveria ser lei ou, inversamente, que era moralmente desejável e deveria ser lei. *Mas demonstrá-lo não iria mostrar que a regra não era lei.*²⁶ (grifei)

Nesse sentido, a crítica de Hart à tese de Fuller não é sobre a defesa que este faz da racionalidade do dever ser ou da relação entre declarações de fato e valor, mas da implicação que Fuller faz dessas proposições para a defesa de uma relação necessária entre o direito que é com o que moralmente deveria ser. Enquanto que para Fuller a união de fato e valor e a racionalidade da noção de valor são fundamentos para demonstrar a não separação entre o direito que é do direito que moralmente deveria ser, para Hart essa conclusão não é verdadeira porque essas asserções não implicam a necessidade da relação entre o direito e a moral. Aceitar que a moralidade pode racionalmente indicar a imoralidade de uma lei que não deveria existir, ou a moralidade de uma lei que deveria, não implica que a lei imoral não exista ou que a lei moralmente boa exista.

Por fim, mais do que a proposição óbvia que se extrai da defesa da tese positivista de Hart de que o direito que é não se confunde com o direito que moralmente deveria ser, o que se deve extrair do argumento da separação dele é que não faz sentido

²⁴ Hart já havia adiantado essa crítica no quinto aspecto do parágrafo anterior.

²⁵ Hart, “Positivismo e a Separação entre o direito e a moral”, *op. cit.*, p. 90.

²⁶ Hart, “Positivismo e a Separação entre o direito e a moral”, *op. cit.*, p 91-92.

lógico dizer que o direito é válido ainda que imoral, porque o positivismo de Hart não apenas os separa, mas não se preocupa em dizer se o direito é moral ou imoral. Primeiro, em razão de sua defesa do estudo puramente analítico do direito. Segundo, de sua própria defesa da separação entre o direito e a moral. Nesse sentido, a preocupação é tão-somente com as declarações de fato sobre o direito (válido ou inválido de acordo com suas próprias condições de validade, que não são morais, mas fáticas e convencionais) e não com declarações de valor (sobre os valores morais do direito).

CAPÍTULO 3: POSITIVISMO E FIDELIDADE AO DIREITO: UMA RESPOSTA AO PROFESSOR HART (Fuller, 1958)

Em *Positivismo e Fidelidade ao direito: Uma resposta ao Professor Hart*,²⁷ Fuller se defende dos ataques que Hart fez na tentativa de sustentar a insistência positivista na separação entre o direito que é e o direito que moralmente deveria ser. Ele trará ao debate um argumento novo, que desenvolverá mais na sua principal obra, mas que já remodela o modo de encarar essa relação. Esse argumento consiste em demonstrar que o direito tem uma moralidade que lhe é própria e interna à sua prática.

Fuller começa apontando uma contradição interna nos argumentos de Hart. Está claro que ele nega qualquer relação necessária entre o direito que existe e o que moralmente deveria existir.²⁸ Contudo, não está claro se a defesa dele é que essa distinção existe e continuará existindo não importa o que dissermos²⁹ ou que essa distinção deveria existir porque representa um perigo³⁰ para o (talvez único) ideal moral que o positivismo professa: *a fidelidade ao direito*. Mas Fuller não insistirá sua crítica nessa contradição:

não há motivos para supor que o argumento da separação não possa se apoiar tanto em propósitos de claridade intelectual [a separação existe independente de que dissermos] quando para a integridade moral [devemos nos esforçar para manter o direito e a moral separados].³¹

A dificuldade de construir linhas de raciocínio entre esses dois objetivos afeta não apenas o pensamento de Hart. Essa é uma dificuldade que afeta o positivismo de modo

²⁷ FULLER, L. L. *Positivism and Fidelity to law – A reply to Professor Hart*. Harvard Law Review, Cambridge, vol. 71, n° 4, 1958, p. 661-672 (original). As referências são da tradução em espanhol: FULLER, L. L.; HART, H. L. A. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n. 81 - El Debate Hart-Fuller*. Trad. Jorge González Jácome. Bogotá, Universidade Externado de Colombia, 2016. Traduzo as citações para o português.

²⁸ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 89-90. “De um lado, rechaça enfaticamente qualquer confusão entre o “ser” e o “dever ser”. Não tolera nenhuma “fusão” do direito e as concepções do que o direito deve ser, somente aceita uma “interseção” antisséptica. Implicitamente, Hart afirma que a comunicação inteligível sobre qualquer assunto se torna impossível se não há certeza sobre se estamos falando do “ser” ou do “dever ser”.

²⁹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 90. “Em alguns momentos parece estar afirmando que a distinção entre o direito e a moralidade é algo que existe, e segue existindo, sem importar como falamos sobre ela.”

³⁰ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 90. “Em outros momentos, parece estar advertindo que a realidade da distinção é em si mesma um perigo e que se não corrigimos nossas formas de pensar e falar podemos perder um “ideal moral precioso”: o da fidelidade ao direito”.

³¹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 90-91.

geral. A clareza intelectual que se pretende é enganosa porque a separação não existe de fato. E os efeitos disso podem ser perigosos porque “a mesma concepção de direito pode tornar-se perigosa, pois em assuntos humanos aquilo que os homens consideram erradamente como real tende a converter-se, pelo mero fato de sua aceitação, em realidade.”³² Em outras palavras, é enganoso e pode ser perigoso separar o direito e a moral, pois o direito destacado da moral pode ser instrumento de imoralidades.

Os argumentos de Hart sobre a relação entre o direito e a moralidade são considerados por Fuller muito importantes para o avanço desse debate. A partir deles se reconhece explicitamente que um dos temas primordiais do positivismo é como definir o direito para melhor servir ao ideal de fidelidade ao direito.³³ Fuller não discordará de Hart sobre a importância desse ideal, mas suas concepções sobre o direito são tão distintas que discordaram sobre o que merece, de fato, fidelidade ou obediência. Para Fuller, “O direito, como algo que merece fidelidade, deve representar uma conquista humana.”³⁴

Se a virtude de Hart no debate da relação entre direito e moralidade é expor o ideal de fidelidade ao direito, seu principal defeito é aceitar suas implicações.³⁵ Isso é evidente quando analisamos o debate entre ele e Gustav Radbruch. Hart assumiu que o direito foi preservado sob o regime nazista.³⁶ Logo, entende que o nazismo tinha um sistema jurídico válido e que as leis nazistas, ainda que moralmente iníquas, deveriam ser obedecidas. Para Hart, a decisão de desobedecer a uma lei imoral é em si um dilema moral, cujo ideal de fidelidade ao direito deve prevalecer.³⁷ Fuller atacará esse argumento, mas antes tratará de alguns problemas conceituais no positivismo e na teoria de Hart.

³² Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 91.

³³ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 93.

³⁴ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 93.

³⁵ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 93-94.

³⁶ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 94. “Sem perguntar-se pelo funcionamento real do que quer que haja sido preservado de um sistema jurídico sob os nazistas, o Professor Hart assume que algo devia ter sido preservado que merecia o nome de direito no sentido de que fizesse significativo o ideal de fidelidade ao direito.”

³⁷ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 94. “O Professor Hart não crê que as leis dos nazistas deveriam ter sido obedecidas. Por outro lado, considera que uma decisão de desobedecê-las apresentava não somente uma questão de prudência ou valentia, senão um dilema moral genuíno em que o ideal de fidelidade ao direito tinha que ser sacrificado em favor de objetivos mais fundamentais.”

A vaga definição positivista de direito não serve ao ideal de fidelidade ao direito

O que o direito é varia consideravelmente dentro da teoria positivista e Hart não enxerga nisso um problema.³⁸ Mas isso é sem dúvidas um problema para o ideal de fidelidade ao direito.³⁹ Como pode alguém ser fiel a algo que não se sabe exatamente o que é? Tudo o que o positivismo tem oferecido para a definição de direito é que é algo distinto da moral. Isso não faz avançar a questão sobre a fidelidade ao direito: “antes que se possa conseguir os propósitos que busca tem que se preocupar mais claramente com uma definição de direito que tornará significativa a obrigação de obedecer ao direito.”⁴⁰ Em outras palavras, o ideal de fidelidade ao direito só pode se concretizar se antes definirmos o direito – aquilo cuja fidelidade é merecida.

A falta de definição de moralidade pelo positivismo

O positivismo se empenha em conservar a “integridade do direito.”⁴¹ Porém, sua busca em definir precisamente o direito não dá a mesma importância para definir o que se quer manter fora da definição de direito. A moral que se pretende distinguir de direito tem uma definição tão ampla que toma qualquer noção extrajurídica de dever ser.⁴²

Um dos principais argumentos de Hart contra aqueles que desejam “infundir mais moralidade ao direito”⁴³ é que a moralidade imposta pode não ser aquela que se pretende.⁴⁴ Isto é, pode ser o caso de que a moralidade adicionada ao direito seja uma má

³⁸ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 95. “(...) esta diversidade é aparentemente considerada como irrelevante por Hart em sua defesa da escola geral de pensamento dessas figuras [Bentham, Austin, Gray e Holmes]”.

³⁹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 97. “Certamente, não somente necessitamos de clareza sobre a obrigação de ser fiel ao direito nos assuntos cotidianos, senão de maneira específica e com maior urgência em tempos problemáticos. Se tudo o que tem para oferecer a escola positivista em tais tempos é a observação de que, qualquer maneira de que escolhermos definir o direito, sempre é algo diferente da moral, seus ensinamentos não são muito úteis para nós.”

⁴⁰ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 97.

⁴¹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 97-98. “É característico de quem compartilha o ponto de vista do Professor Hart que sua principal preocupação seja a de *conservar a integridade do conceito de direito.*” (grifei).

⁴² Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 98. “Quando [Hart] fala moral parece, em geral, ter em mente toda classe de noção extrajurídica sobre “dever ser”, sem importar-se com suas fontes, pretensões ou valores intrínsecos.” Isto é, a moral é qualquer padrão, que não seja o próprio direito, que julga a conduta humana.

⁴³ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 99-100. “A meu modo de ver esta é uma advertência dirigida a quem deseja “infundir mais moralidade ao direito.” O Professor Hart lhes recorda que se as ideias de seus opositores são adotadas, a moralidade que de fato se infunde pode não ser de seu agrado.”

⁴⁴ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 99. O argumento de Hart “consiste em nos recordar que há algo como a moralidade imoral e que há muitos padrões do “que deve ser” que dificilmente podem chamar-se de moral.”

moralidade. Sobre esse argumento Fuller fará seis apontamentos. Primeiro, Hart assume que fins moralmente ruins tem tanta coerência e lógica interna quanto fins moralmente bons; Fuller rechaça essa ideia.⁴⁵ Segundo, o positivismo não resolve o problema da “má moralidade” separando o direito e a moral, apenas simplifica o problema.⁴⁶ Terceiro, é mais provável que uma decisão jurídica imoral se justifique na máxima positivista “a lei é a lei” do que em um “direito superior” que se justifica através da moralidade.⁴⁷ Quarto, suponhamos que estivéssemos submetidos a um Estado onde considerássemos que a moralidade da maioria é ruim, de modo que teríamos razões para temer prejuízos à nós; neste caso, nosso último refúgio de proteção seriam as demandas mais fundamentais da moral, que nenhum homem poderia discordar.⁴⁸ Quinto, ainda que Hart critique o formalismo, quando ele separa o direito da moral, caminha em direção à ele.⁴⁹ Sexto, o debate sobre a relação não coloca de um lado, o direito, e de outro, perspectivas geralmente compartilhadas sobre a conduta certa; é sobre o conflito de pronunciamentos onde eles disputam ser a fonte de autoridade legítima, ou seja, é um conflito entre dois tipos diferentes de direito.⁵⁰

Os fundamentos morais de um sistema jurídico

Fuller concordará com a refutação que Hart faz à teoria imperativa do direito.⁵¹ Hart tira o poder coercitivo da teoria imperativa como fundamento do direito e substitui pela ideia de “regras fundamentais aceitas que estabelecem os procedimentos essenciais de criação do direito.”⁵² Neste ponto da teoria de Hart, Fuller apontará uma interseção entre o direito e a moral, que esperava que Hart reconhecesse.

Para Hart abandonar a teoria imperativa do direito, mas ainda se mantendo em terreno positivista – defendendo a separação entre direito e moral – ele desenvolve o

⁴⁵ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 100. “Devo conformar-me com a afirmação de uma crença que pode ser ingênua: que a coerência e a bondade têm maior afinidade que a coerência e a maldade. Aceitando esta crença, também creio que quando os homens são obrigados a explicar e justificar suas decisões o efeito será, geralmente, o de puxar aquelas decisões para a bondade, qualquer que seja o padrão para medir a bondade.”

⁴⁶ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁷ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁸ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 101-102.

⁴⁹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 102-103. “Entendo que o Professor Hart rechaça o “formalismo”, mas tentarei mostrar mais adiante porque sua teoria leva necessariamente em tal direção.”

⁵⁰ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 103-104.

⁵¹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 104-105. “Não é necessário deter-se aqui nos defeitos da teoria dos mandamentos, pois o Professor Hart já tem revelado seus defeitos mais clara e sucintamente do que eu poderia fazer.”

⁵² Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 105.

argumento que mais tarde chamará de regras secundárias, isto é, as regras que tratam sobre regras. É na união das regras que impõem deveres (regras primárias) com as regras que estipulam poderes (regras secundárias) que reside o fundamento do sistema jurídico. Contudo, Fuller defende que, se Hart tivesse analisado a natureza das regras que outorgam poderes,⁵³ teria que abandonar a distinção entre direito e moral. Isso porque elas derivam de uma aceitação geral que, por sua vez, repousa numa percepção sobre o certo e o necessário.⁵⁴ Portanto, o fundamento do sistema jurídico de Hart se apoia, em última análise, na interseção entre o direito e a moral.

Hart não chega a essa conclusão porque deixa intocada a natureza das regras que fazem possível o direito⁵⁵ e porque volta sua atenção ao erro dos críticos do positivismo, que atribuíram a refutação da teoria imperativa como razão para refutação da tese da separação entre o direito e a moral.⁵⁶ Austin de fato não abandonou sua teoria imperativa porque acreditava, como Fuller acredita, que a reconhecer a ideia de regras fundamentais aceitas que especificam os procedimentos essenciais de criação do direito como fundamento do direito seria abrir mão da tese da separação.⁵⁷

O que significa “fundamental” e “essencial” na formulação de Hart?⁵⁸ Fuller tenta explicar através da teoria da norma fundamental de Kelsen.⁵⁹ Ele reconheceu que antes de dizer o que o direito é, deve antes haver uma aceitação geral sobre algum procedimento básico de criação do direito. O positivismo precisa de um teste simples desse tipo, como a norma fundamental (ou, posteriormente, a regra de reconhecimento), para identificar o direito – que separa a validade moral (aceitação do procedimento porque constitui um

⁵³ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 105-106. “A pergunta que agora pode ser feita, em consequência, é a respeito da natureza dessas regras fundamentais que formam a estrutura dentro do qual ocorre a criação do direito [regras secundárias]. De um lado, parecem ser regras não de direito, mas de moralidade. Derivam sua eficácia de uma aceitação geral, que, por sua vez, fica em última instância em uma percepção de que são corretas e necessárias. Dificilmente se pode dizer que são direito no sentido de um pronunciamento de autoridade, pois sua função é expressar quando um pronunciamento tem autoridade. De outro lado, no funcionamento diário do sistema jurídico, frequentemente são em boa parte consideradas e aplicadas como pertencentes às regras do direito ordinário. Neste ponto, então, devemos confessar que há algo que pode ser chamado de uma “fusão” do direito e a moral, e a respeito da qual o termo “interseção” é escassamente adequado.”

⁵⁴ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 105.

⁵⁵ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 106. Aqui podemos uma ver uma relação entre a ideia de Hart de regras secundárias e a ideia de Fuller, apresentada mais adiante, de moralidade interna que torna o direito possível.

⁵⁶ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 106. A teoria imperativa é uma teoria positivista e sua refutação não refuta, necessariamente, o positivismo (separação entre o direito e a moral).

⁵⁷ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 107-108.

⁵⁸ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 109. Hart desenvolve argumento semelhante sobre a regra de reconhecimento.

bom procedimento) da validade jurídica (procedimento em si; conjunto de critérios para identificar o direito). Nesse sentido, o positivismo não serve ao ideal de fidelidade ao direito.⁶⁰ Pois realizar o ideal de fidelidade ao direito requer que reconheçamos o direito aceito, não apenas como direito, mas como bom direito.

A moralidade jurídica

A tarefa de Hart de separar o direito e a moral pode ser reformulada na distinção entre ordem e boa ordem.⁶¹ Para ele, o direito é a ordem pura e simples. Não se confunde com a boa ordem, como as demandas de moralidade e de justiça ou sobre noções de dever ser⁶²; nem com uma ordem ruim, compatível com imoralidades ou com injustiças. Hart pretende isolar o fenômeno jurídico, isto é, diz que o direito não é (ou não deve ser), submetido como objeto de avaliação sobre a moralidade ou a imoralidade. Logo, não faz sentido, ou apenas não é relevante, pelo menos no diz respeito à sua validade jurídica, dizer se o direito é moral ou imoral.

Mas ainda que fosse possível separar o direito (ordem) da moral (boa ordem), ainda teríamos que aceitar que a noção de ordem tem seu próprio elemento moral.⁶³ Para explicar a “moralidade da ordem” relembremos o exemplo de Fuller. Um monarca absoluto pretende alcançar seus objetivos egoístas através das suas ordens emitidas aos seus súditos, as quais constituem o que podemos chamar de “direito” em seu reino. Ele certamente possui uma *moralidade externa* porque tem a autoridade para criar o direito fundada em atitudes morais⁶⁴ que atribuem essa competência a ele. Contudo, esse monarca é descuidado e esquecido. Frequentemente pune a obediência e recompensa a desobediência e suas ordens são ambíguas de modo que não oferecem um padrão claro para os súditos orientarem seus comportamentos. Essas são falhas internas à produção e à administração das regras; inerentes à atividade de criar o direito. Logo, suas ordens não têm *moralidade interna*.⁶⁵ Portanto, o monarca não consegue criar um sistema jurídico, nem mesmo um sistema jurídico moralmente ruim (baseado em seus desejos egoístas),

⁶⁰ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 111.

⁶¹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 114.

⁶² Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 114.

⁶³ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 115. “Inclusive nesta forma irreal e abstrata [ordem separada da boa ordem] a noção de ordem em si mesma contém o que pode chamar-se de um elemento moral.”

⁶⁴ Consideremos essas “atitudes morais” como a aceitação de seus súditos da legitimidade de criar o direito, independentemente dos fundamentos que essa aceitação se baseia.

⁶⁵ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 116. “O direito, considerado meramente como ordem contém então sua própria moralidade implícita. Essa moralidade da ordem deve ser respeitada de pretendemos criar algo que pode ser chamado de direito”.

pois embora tenha moralidade externa, ele não obedece a alguns dos pressupostos intrínsecos à atividade de criar, administrar e aplicar regras.⁶⁶

Nesse sentido, Fuller terá razões para acusar Hart de ignorar completamente a moralidade interna ao direito.⁶⁷ Sob a luz da moralidade interna, o direito nazista não é apenas um mau-direito, mas um não-direito. A moralidade interna é o que torna o direito possível. Assim, como no exemplo do monarca, o nazismo não alcançou um sistema jurídico porque ignorou a moralidade interna ao direito. O “sistema jurídico” nazista fracassava em qualquer requisito da moralidade interna, não por sua imoralidade intrínseca, mas por desconsiderar critérios de produção e de administração do direito (por exemplo, no abuso de leis secretas e de leis retroativas). Portanto, considerando a moralidade interna ao direito, ignorada por Hart, o nazismo não tinha um sistema jurídico. Desse modo, não existia obrigação de fidelidade ao direito – já que não havia direito.

Dessa forma, Fuller apresenta uma nova concepção sobre a relação entre o direito e a moral. Agora, a moral não é apenas indissociável do direito, mas constitutiva dele. O direito contém sua própria moralidade. Considerando a moralidade do direito, especialmente a moral interna, a noção de direito como “dado que se projeta da experiência humana” deve ser abandonada e trocada pela noção de “objeto de disputas e conquistas humanas.”⁶⁸ Assim, a ideia de fidelidade ao direito se adequa melhor à concepção de que o direito moralmente deve ser (boa ordem) e não a concepção positivista⁶⁹ do direito simplesmente que é (ordem). A crítica de que a noção de dever ser pode permitir, por exemplo, que juízes decidam de acordo com sua imoralidade desconsidera que isso é improvável onde há preocupação tanto com significado de direito quanto de bom direito.⁷⁰

Os juízes que declararam as leis nazistas nulas não foram fiéis ao direito?

⁶⁶ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁷ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁸ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 117-118.

⁶⁹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 118. “Sua incapacidade [do positivismo] de servir a esse ideal se volta de fato mais evidente, creio, ante os problemas cotidianos que enfrentam quem sinceramente deseja cumprir os requerimentos morais de uma ordem jurídica, mas que tem que desempenhar cargos de responsabilidade dentro da própria ordem a que devem sua fidelidade.” Em outras palavras, o positivismo não serve adequadamente ao ideal de fidelidade ao direito porque não reconhece os deveres da moralidade interna na tarefa de fazer o direito, especialmente daqueles, como legisladores e juízes, cujas funções se relacionam com a criação e aplicação do direito.

⁷⁰ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 122.

Após a queda do nazismo os tribunais alemães enfrentaram um dilema: não era possível declarar nulo juridicamente todas as leis e decisões, nem era possível aceitar as perversidades cometidas em nome daquilo chamado de direito.⁷¹ Fuller defende os juízes que se recusaram a aplicar as imorais leis nazistas. Para ele, diferente de Hart, a declaração da nulidade das leis nazistas representa a observância, e não o abandono, do ideal de fidelidade ao direito. O grau em que os nazistas não observaram a moralidade interna ao direito é um ponto central aqui.⁷²

Hart propõe para o dilema enfrentado pelos tribunais alemães que a solução menos objetável era uma lei retroativa.⁷³ Para ele, a peculiaridade do direito nazista era “apenas” que suas leis foram usadas para alcançar fins repugnantes.⁷⁴ As leis nazistas eram, portanto, direito, e os juízes que as declararam nulas estavam se afastando do ideal de fidelidade ao direito. Hart pensa que o trabalho de declarar a nulidade das leis imorais do nazismo era do legislativo, não do judiciário.⁷⁵ Isso fará Fuller questionar se a preocupação de Hart é realmente sobre a lealdade ao direito,⁷⁶ pois ele aceitará punir retroativamente ações que considera juridicamente válidas quando ocorreram.

O ponto importante é compreender a relação entre o ideal de fidelidade ao direito e a moralidade interna. Quando consideramos que o direito tem uma moralidade interna podemos negar a determinados sistemas jurídicos que a violam o nome de direito. E Fuller fará isso com o direito nazista expondo dois tipos de leis que ferem a moralidade interna. Primeiro, as *leis retroativas*. As leis em geral devem ser prospectivas, mas a retroatividade é um mecanismo excepcional comum nos sistemas jurídicos para sanar irregularidades passadas.⁷⁷ Contudo, a forma como foram usadas na ditadura nazista,⁷⁸ irrestritamente,⁷⁹ representa uma violação da moralidade interna ao direito.⁸⁰ Segundo, as

⁷¹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 122.

⁷² Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 124. Especialmente através das leis retroativas e das leis secretas.

⁷³ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 122-123. Especificamente uma lei penal retroativa, para o caso dos denunciantes invejosos, que se utilizaram das leis nazistas para se livrar de inimigos pessoais e cônjuges indesejados.

⁷⁴ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 124-125.

⁷⁵ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 123.

⁷⁶ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 123-124

⁷⁷ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 125.

⁷⁸ Especialmente nos casos em que assassinatos foram convertidos em execuções legais.

⁷⁹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 124. “Um aumento geral na apelação às leis para subsanar irregularidades jurídicas passadas representa uma deterioração naquela forma de moralidade jurídica sem a qual o direito mesmo *não pode existir*.” (grifei)

⁸⁰ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 126. “Não obstante, basta imaginar um país em que todas as leis sejam retroativas para ver que a retroatividade representa um problema real para a moralidade interna ao direito.” 2

leis secretas. Além de serem usadas para as mais objetáveis imoralidades,⁸¹ as leis secretas nazistas eram uma forma de desviar-se de outras leis indesejáveis para seus objetivos perversos e de manter o significado delas convenientes a sua interpretação.⁸² Ninguém recomendaria que os tribunais alemães, frente ao dilema deixado com a queda do nazismo, devessem ter buscado as leis mantidas em segredo nas gavetas do gabinete de Hitler para dar significado ao ideal de fidelidade ao direito.⁸³

Se consideramos as reiteradas violações das leis nazistas à moralidade interna ao direito deveremos concordar com os tribunais alemães do pós-guerra que declararam que aquilo não era direito.⁸⁴ Hart, no entanto, critica os tribunais alemães que declararam as leis nulas. O verdadeiro dilema moral para ele é sobre se um direito imoral deve ou não ser obedecido, não se é ou não válido.⁸⁵ Mas não solucionamos o dilema se trocarmos a declaração “Isso não é direito” por “Isso é direito, mas é tão perverso que nos negamos a aplicá-lo.” Contrariamente, causaremos mais confusão negando aplicar aquilo que reconhecemos como direito.⁸⁶

Segundo Fuller, o dilema que Hart enfrenta é o seguinte. De um lado, temos o direito, um dado amoral que tem uma característica peculiar de criar uma obrigação moral de obediência. De outro, temos obrigações morais de fazer o que é certo.⁸⁷ Quando o positivismo nega a relação entre o direito e a moralidade, nega a possibilidade de qualquer ligação da obrigação de obedecer ao direito com qualquer outro tipo de obrigação moral.⁸⁸ Nesse sentido, o positivismo não consegue dar um significado coerente para a obrigação moral do ideal de fidelidade ao direito.⁸⁹ Esses dois deveres morais são colocados frente-a-frente diante de uma lei nazista explicitamente imoral. E Hart prefere a obediência à lei (ordem) do que considerar outras obrigações que se relacionam com a boa ordem. Esse é

⁸¹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 127. “Radbruch menciona um informe segundo o qual as matanças massivas em campos de concentração foram feitas ‘de acordo com o direito’ mediante a promulgação secreta de uma norma.”

⁸² Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 128-129.

⁸³ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁴ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁵ A resposta de Hart sobre a obediência à lei iníqua é que deve ser obedecida, pois o ideal de fidelidade ao direito deve prevalecer.

⁸⁶ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 134-135.

⁸⁷ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 136.

⁸⁸ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 137. “O postulado fundamental do positivismo – que o direito deve estar estritamente separado da moral – parece negar a possibilidade de qualquer ponte entre a obrigação de obedecer ao direito e outras obrigações morais.”

⁸⁹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 137.

o problema que Fuller identifica para a restauração de um sistema jurídico: deve conciliar a ordem e a boa ordem.⁹⁰ E a tese positivista da separação não é adequada para isso.

As consequências morais do positivismo

Talvez a pergunta mais espinhosa que Fuller se propõe a responder é se a filosofia positivista facilitou o caminho para que a ditadura nazista chegasse ao poder. E talvez essa seja a questão que Hart e os positivistas de modo geral achem mais indignante contra o positivismo.⁹¹

A influência do positivismo na teoria do direito teve seu auge na Alemanha que antecedeu a ditadura nazista.⁹² Em razão do positivismo científico, uma teoria do direito que pretendesse alcançar o *status* de “científica”, deveria isolar o fenômeno jurídico de outros fenômenos sociais, especialmente a moral. A adesão às teorias jusnaturalistas era vista como ingênua – adjetivo mais temido pelo homem moderno.⁹³

O positivismo jurídico alemão não somente ignorou os fins morais do direito, mas ignorou também a moralidade interna ao direito.⁹⁴ Nesse sentido, afirma Fuller, não é absurdo ou maldoso dizer que o positivismo serviu de ajuda para o nazismo chegar ao poder. O nazismo não tomou o poder, pois chegou até ele através de formas jurídicas válidas. E só se manteve nele e logrou suas atrocidades através de uma legalidade aparente que ignorava não só os fins morais do direito, mas a moralidade interna ao direito. Se a teoria do direito alemã não tivesse ignorado a moralidade interna não seria necessário invocar um “direito superior”, como fizeram alguns tribunais alemães do pós-guerra. A ideia de moralidade interna é capaz de negar o nome de direito⁹⁵ àquilo que tinha certa aparência de direito durante a ditadura nazista, mas não era. Em outras palavras, ela dá significado ao ideal positivista de fidelidade ao direito.⁹⁶

⁹⁰ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 138. “Alemanha tinha que restaurar tanto o respeito pelo direito como o respeito pela justiça. (...) satisfação dos requisitos de ordem, de um lado, e aqueles próprios de uma boa ordem, de outro.”

⁹¹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 138-139.

⁹² Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 140. “Deve recordar-se que, em setenta e cinco anos anteriores ao regime nazista, a filosofia positivista havia alcançado na Alemanha uma posição que não alcançou em nenhum outro país.”

⁹³ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 141.

⁹⁴ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 142.

⁹⁵ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 143.

⁹⁶ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 146.

O núcleo e a penumbra: a interpretação e os propósitos

Por fim, Fuller trata da questão da interpretação. Hart tem uma teoria da interpretação em que a linguagem (e, portanto, as regras, pois é através da linguagem que as regras transmitem seus padrões de comportamento) tem um núcleo onde o significado está estabelecido e uma zona de penumbra onde o significado varia e precisa de interpretação.⁹⁷ Quando um caso cai no núcleo, não há um papel criativo do juiz.⁹⁸ Mas quando um caso cai na penumbra, o juiz deverá interpretá-la. Essa interpretação deveria ser à luz dos propósitos da regra.⁹⁹ E aqui, Fuller identifica uma interseção entre “ser” e “dever ser”, pois quando o juiz diz o que o direito *é* deve considerar o que ele *deve ser* para alcançar os propósitos da regra. Mas não é essa a conclusão de Hart.

Para Hart, a interpretação deve ligar os significados às palavras e esse deve ser um esforço de manter os significados que variam na penumbra, estáveis, como o núcleo de significado estabelecido. Isso tornaria efetivo o ideal de fidelidade ao direito.¹⁰⁰ Porém, a interpretação não é um trabalho que liga apenas o significado das palavras isoladas, como sugere Hart.¹⁰¹ Este é o defeito mais óbvio da teoria de Hart: supor que os problemas de interpretação são uma questão de encontrar, entre os vários significados possíveis de uma

⁹⁷ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 148. “Em mais de um núcleo constante, no entanto, as palavras têm uma *penumbra* de significado onde, à diferença do que ocorre com o núcleo, haverá variações dependendo do contexto.” (grifei).

⁹⁸ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 147-148. “A comunicação é possível somente porque as palavras têm uma “situação padrão” ou um “*núcleo de significado*” que se mantém relativamente constante sem importar o contexto em que aparece a palavra. (grifei).

⁹⁹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 148. “Agora [o juiz] deve, pela primeira vez, empreender a tarefa de interpretação da regra à luz do propósito ou fim.”

¹⁰⁰ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 150. “Em outras palavras, o professor Hart parece dizer que a menos que estejamos preparados para aceitar sua análise da interpretação [núcleo, que torna a comunicação de padrões efetivo e uma zona de penumbra que permeia o núcleo] devemos renunciar a qualquer esperança de dar um significado efetivo ao ideal de fidelidade ao direito.”

¹⁰¹ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 149-150. A seguinte citação exemplifica como Fuller enxerga o trabalho de interpretação de Hart como uma tarefa de “estatizar” o sentido de palavras que se referem a muitos tipos de coisas ao mesmo tempo (ex. veículo). “Inclusive em situações onde nossa dificuldade interpretativa parece girar em torno de uma só palavra, a análise do Professor Hart não parece dar uma descrição real do que ocorre ou o que deve ocorrer. Em seu exemplo do “veículo”, ainda que nos diga que a palavra tem um núcleo de significado em que todos os contextos definem inequivocamente a gama de objetos incluídos, nunca nos diz quais são os objetos que podem ser. Se a regra que exclui veículos dos parques parece aplicar-se facilmente em alguns casos, sustento que isto se deve a que podemos ver claramente o que é “o propósito da regra em linhas gerais”, ao ponto de saber que não devemos preocuparmos sobre a diferença entre Fords e Cadillacs. Se em alguns casos parece que podemos aplicar a regra sem perguntar por seus propósitos, isto não ocorre em virtude do que podemos considerar uma diretriz como se não tivesse um propósito. É porque, por exemplo, se a regra pretende preservar o silêncio no parque, o proteger aos caminhantes despreocupados de qualquer acidente, sabemos “sem pensar duas vezes” que um automóvel barulhento deve excluir-se.”

palavra na zona de penumbra, o significado certo para termos individuais. Sobra alguma relevância da teoria de Hart para o ideal de fidelidade ao direito?

Pensar o objetivo da regra para interpretá-la parece mais útil à tarefa de interpretação.¹⁰² Não deve ser sobre encontrar o significado apropriado para o fim da regra, mas encontrar um significado que clarifica o próprio fim dela.¹⁰³ É essa forma de interpretar, que considera os propósitos da regra, não a que interpreta significados das palavras, que é relevante à fidelidade ao direito.

O medo positivista da interpretação propositada

O positivismo pretende ser uma teoria do direito moralmente neutra.¹⁰⁴ Uma das virtudes da teoria de Hart é reconhecer que a única preocupação moral do direito é ou deve ser o da obrigação de fidelidade ou de obediência ao direito. Mas por que os positivistas temem uma interpretação propositiva das regras? A resposta de Fuller é que eles temem que isso leve a uma conexão forte entre o direito e a moral que não apenas conflite com a tese da separação, mas que pode trazer altos custos à liberdade e à dignidade humana,¹⁰⁵ como a imposição de uma moral religiosa em detrimento de outras.

Se a interpretação das regras ocorrer através dos seus propósitos, e não dos significados de seus termos isoladamente considerados, os positivistas creem que as regras passarão de um tipo que *proíbe* determinados comportamentos, ainda que haja uma razão moral para isso, para um tipo que *exige* determinados comportamentos. Em outras palavras, as regras serão moralmente explícitas. Fuller dá um exemplo interessante.¹⁰⁶ Imaginemos uma regra que proíbe jogar golfe aos domingos de manhã. Essa regra hipotética tem como pano de fundo incentivar que as pessoas estejam disponíveis aos domingos de manhã para frequentarem a igreja; ou seja, há um propósito moral implícito. Contudo, o verdadeiro problema para a liberdade e para a dignidade humana seria se essa regra hipotética fosse substituída pela regra que *obriga* as pessoas a irem à igreja aos

¹⁰² Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 151-152. Ver exemplo de Fuller sobre a regra que proíbe dormir na estação de trem e o caso do passageiro que cochila à espera do trem atrasado e do homem que tem a intenção de passar a noite na estação; entender o propósito da regra (afastar da estação de trem pessoas em situação de rua; embora essa regra possa ser moralmente reprovável, especialmente, contemporaneamente) faz livrar da multa o primeiro caso, mas não o segundo.

¹⁰³ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 158. “Estava assumindo que todas essas medidas inocentes e familiares podem servir para aguçar nossa percepção do que estamos tratando de fazer e que o produto de todo o processo pode ser, não somente uma eleição mais apropriada de meios para alcançar os fins buscados, mas uma clarificação do próprio fim.”

¹⁰⁴ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁵ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁶ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 163.

domingos de manhã. O medo do positivismo quanto à interpretação propositada é que a primeira regra seja substituída pela segunda.¹⁰⁷ Sem dúvidas, é um medo justificável, mas o ideal de fidelidade ao direito parece se adequar melhor à interpretação propositiva do que à proposta positivista de neutralidade ética da interpretação.

¹⁰⁷ Fuller, “Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart”, *op. cit.*, p. 164.

CAPÍTULO 4: O CONCEITO DE DIREITO (Hart, 1958)

Começo a exposição dos argumentos da teoria positivista de H. L. A. Hart conforme expostos em sua obra principal: *O conceito de direito*.¹⁰⁸ Mas antes de reestruturar seus argumentos, aponto para uma influência filosófica importante para a sua teoria do direito. Sob a perspectiva dessa influência, será possível entender melhor as razões da escolha de sua agenda teórica e dos seus movimentos argumentativos.

Herbert Hart tem marcado em seu pensamento a influência da guinada linguística na filosofia. Influenciado pelas questões da Filosofia da Linguagem, pode ser considerado precursor da incorporação da virada linguística na teoria do direito.¹⁰⁹ Ele próprio admite tal influência na sua teoria do direito e se preocupa em definir a Filosofia da Linguagem.¹¹⁰

A virada linguística é, portanto, uma mudança metodológica da filosofia. Muda-se o foco dos objetos para como, a partir da linguagem enquanto uma prática social, fala-se deles. O papel da filosofia passa a ser o de compreensão da realidade através da linguagem, esclarecendo os elementos do mundo por meio dos seus conceitos linguísticos. É a partir dessa influência, especialmente na vertente da Filosofia da Linguagem Comum de John Langshaw Austin, cuja filosofia se preocupa essencialmente com os problemas de definição quanto ao uso cotidiano da linguagem, que começamos, para compreender o projeto teórico e a metodologia de Hart.

Subseção 4.1. Introdução: O projeto teórico de Hart para a teoria do direito

No primeiro capítulo Hart começa apontando para uma das perplexidades da teoria do direito. Por que é tão difícil responder a pergunta “O que é o direito?” se existem

¹⁰⁸ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, 1961 (original). Tradução portuguesa Calouste, 1994 e tradução brasileira Martins Fontes, 2009. Utilizo essencialmente a tradução brasileira com a ressalva de que onde se lê “normas” utilizo “regras.”

¹⁰⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “As várias lições de H. L. A. Hart” in: HART, H. L. A. *Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronald Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

¹¹⁰ HART, H. L. A. *Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronald Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. “Concebida assim como uma elucidação das múltiplas formas e das diversas funções da linguagem (...) seus *insights* e iluminações serviam para esclarecer não apenas o discurso da vida quotidiana, mas o de qualquer disciplina naqueles pontos em que houvesse razões para se pensar que a dificuldade ou confusão derivasse da incapacidade de captar as diferenças entre uma forma de discurso e outra, que frequentemente se ocultam sob idênticas formas gramaticais” (p. 3)

certas características marcantes, comuns aos diferentes sistemas jurídicos?¹¹¹ Hart oferecerá as seguintes razões para não definirmos o direito a partir das características comuns dos vários sistemas jurídicos semelhantes e para não excluirmos do âmbito do direito aqueles que não tem essas características. Primeiro, a perplexidade não se dá pela dificuldade de reconhecer tais características. Segundo, porque essas características descrevem elementos *partes* do direito, como um tribunal ou o poder legislativo, mas não dizem *o que é* o direito. O melhor caminho para uma teoria do direito é, portanto, defini-lo só depois de descobrir e tratar o que realmente confunde a pergunta.

Com isso, Hart define as três questões recorrentes¹¹² que impedem a definição do conceito de direito. Dois deles se relacionam com a mais marcante característica geral do direito: onde há direito o comportamento humano se torna *obrigatório*.¹¹³ São duas questões problemáticas justamente porque falham, para Hart, em justificar a obrigação jurídica. A primeira questão recorre à coercitividade do direito para explicar a sua obrigação. Essa tese define a obrigação através da capacidade do direito de garantir a obediência por meio da ameaça e da sanção à desobediência. Isto é, a obrigação jurídica é definida pela capacidade do direito de *obrigar* as pessoas. É neste ponto que Hart tratará da teoria do direito como comandos (ordens sustentadas por ameaças) de Austin (capítulos dois, três e quatro). A segunda questão recorre à moral para explicar o sentido em que o direito cria obrigação. Neste ponto Hart tratará da semelhança, mas especialmente das diferenças entre o dever criada por regras morais e a obrigação criada por regras jurídicas (capítulos oito e nove). Hart elabora a teoria sobre as regras jurídicas primárias e secundárias, que têm aspecto externo e aspecto interno, para explicar a obrigação jurídica (capítulos cinco e seis) e diz que ela está entre a noção simples de ordens apoiadas por ameaças e a noção complexa de moral.¹¹⁴ E neste ponto está a terceira questão que Hart enfrentara: a tese que nega a existência das regras e afirma que o direito são as decisões e as previsões das decisões judiciais (capítulo sete).

¹¹¹ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 2. ed. Trad. Antônio Sette-Câmara. Martins Fontes, São Paulo, 2009. “(i) regras que proíbem ou coíbem certos tipos de comportamento sob pena de sanção; (ii) regras que requerem que se ofereça reparação, de algum modo, àqueles que sofreram certos tipos de dano; (iii) regras que especificam o que fazer para redigir testamentos, contratos ou outros instrumentos jurídicos que outorgam direitos ou criam obrigações; (iv) tribunais que determinam quais são as regras aplicáveis e quando foram infringidas, e estipulam a sanção a ser aplicada ou a indenização a ser paga; (v) um poder legislativo para criar novas regras e abolir as antigas” (p. 4).

¹¹² Chamarei aqui de seu projeto teórico: uma teoria que simultaneamente responde às três questões.

¹¹³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 275.

Esses são os problemas recorrentes com que Hart se preocupa. Em primeiro lugar, qual é a relação e a diferença entre o direito e as ordens apoiadas por ameaças? Hart abandona as ideias de ameaça e sanção e de hábito de obediência a um soberano e constrói sua teoria das regras como práticas sociais. Em segundo lugar, o que são regras e até que ponto são elementos essenciais do direito?¹¹⁵ Hart defende sua teoria das regras dos formalistas e dos céticos. Em terceiro lugar, qual é a relação e a diferença entre obrigação jurídica e dever moral? Hart defende, por fim, a separação entre o direito e a moral. A definição do direito, enquanto o que a própria palavra “definição” sugere, só será possível se traçar as linhas que delimitam o direito. Hart acredita que a definição de direito passa pela criação de um conjunto central de elementos que respondem ao mesmo tempo às três questões recorrentes.¹¹⁶

Subseção 4.2. A reforma do positivismo: O abandono da teoria de Austin

A primeira questão recorrente tratada será da relação entre o direito e a coerção. A explicação da obrigação jurídica através da ameaça e do hábito de obediência ao soberano é uma explicação positivista. Essa versão do positivismo que recorre ao imperativismo enxerga nos elementos ordem-ameaça e hábito-obediência a centralidade do direito e a explicação para a obrigação jurídica. Por meio desses elementos é possível descrever o direito e mantê-lo separado da moral. Contudo, os erros dessa teoria simples enfraqueceram o positivismo e a sua tese da separação entre o direito e a moral. Nesse sentido, Hart entende que o positivismo precisava ser reformado. Ele terá que abandonar a teoria positivista dominante que aparece na versão de John Austin, com sua teoria do direito como comandos.

Nesta subseção, exponho dois argumentos que Hart usa para abandonar o positivismo de Austin, porque esses argumentos são relevantes para compreender sua teoria das regras sociais. Portanto, não é tarefa aqui detalhar os argumentos da reforma do positivismo promovido por Hart, senão aqueles fundamentais para a compreensão de sua própria teoria. O primeiro é o argumento de que as regras desempenham várias funções sociais, e não somente a função de impor deveres e punir os desvios (como quer a teoria do direito como ordens coercitivas). Este argumento antecipa a noção de regras primárias e secundárias. O segundo argumento é aquele utilizado para afastar o direito

¹¹⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 21.

como uma questão de hábito de obediência a um soberano. Ao contrário dos hábitos, as regras possuem aspecto interno.

Ameaça e sanção e as diferentes funções sociais das regras

No capítulo três, Hart se dedica a refutar a primeira parte da teoria das ordens coercitivas, que diz que o direito consiste em ordens que ameaçam impor sanção no caso da desobediência. Contra essa ideia Hart objeta que as regras desempenham diferentes funções sociais.¹¹⁷ Algumas leis e algumas áreas do direito, como o direito penal e as leis sobre responsabilidade civil, por exemplo, se aproximam muito da ideia do modelo simples do direito: ordens que impõem sanção em caso de desobediência. A desobediência às leis penais, de fato, atraem em sanções. Mas existem algumas leis e algumas áreas do direito que não desempenham a função de controlar o comportamento social independente da vontade individual. Esses tipos de leis, diferentes das leis penais, não impõem deveres ou obrigações, mas criam poderes para que os indivíduos, cumprindo determinados critérios, possam regular suas relações da vida social, como a realização de contratos, de testamentos, de casamentos, etc. As leis penais seriam do tipo “Faça isso, quer queira, quer não” enquanto que as do outro tipo seriam “Se você quer fazer isto, esta é a forma de fazê-lo.”¹¹⁸

Aqui Hart apresenta uma diferença que será importante mais adiante: a de regras primárias, que impõem deveres, e de regras secundárias, que outorgam poderes. Esses tipos de lei que outorgam poderes e não impõem deveres são bastante variadas no direito e aparecem tanto na esfera privada quanto na pública – como as regras de competência de um tribunal ou as regras de quórum para criação de novas leis pelo legislativo. Enquanto as regras que impõem deveres podem ser desobedecidas, o que cria a possibilidade de sanção, as regras que outorgam poderes não o podem. Não faz sentido dizer que uma regra que cria critérios para determinadas ações foi violada de modo que se seguirá uma sanção. Quando uma regra que outorga poderes não tem seus critérios observados para o exercício do poder, a ação será nula ou sem validade jurídica. E isso não é o mesmo que dizer que a regra foi violada e, logo, que disso se seguirá uma sanção.

Mas existem dois argumentos importantes que, tentados à uniformidade na teoria do direito,¹¹⁹ pretendem incluir as leis que outorgam poderes como parte das leis que

¹¹⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 37-38.

¹¹⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 43.

impõem deveres. Esses argumentos que Hart tentará afastar são (1) a nulidade como sanção e (2) as normas que outorgam poderes como fragmentos de lei.

A nulidade como sanção

O primeiro argumento que tenta reduzir as normas que outorgam poderes às ordens coercitivas que impõem deveres faz isso através da extensão do significado de sanção. No caso da desobediência de uma norma que impõem deveres ocorre uma sanção. Já no caso da “desobediência” – não observância dos critérios que habilitam o exercício do poder – ocorre uma nulidade. Este argumento pretende reduzir a nulidade a uma forma de sanção.

Isso, dirá Hart, não faz sentido. Primeiro, porque a sanção da norma que impõe um dever é um desencorajamento para certas condutas, enquanto que a nulidade que ocorre quando uma condição essencial para o exercício do poder está ausente em uma regra que outorga esse poder, não é. Não faz sentido dizer, como faz para as regras que impõem deveres, que a nulidade serve para desencorajar um comportamento. Uma regra que diz que a capacidade civil é condição para a realização de contratos não é uma sanção com o objetivo de inibir a realização de contratos, mas um critério para o exercício válido do poder de realizar contratos. Segundo, porque enquanto a regra que impõe deveres mantém o seu sentido sem a sanção, a regra que outorga poderes não faz sentido sem seus critérios para o exercício válido do poder. Nesse sentido, a sanção não é parte constitutiva da regra que impõem deveres, enquanto que a nulidade, sim.

As normas que outorgam poderes como fragmentos de leis

O segundo argumento que tenta reduzir as regras que outorgam poderes a ordens coercitivas, que impõem deveres, restringe o significado de leis. Esse argumento aparece em uma versão radical e uma moderada. A versão radical é dada por Kelsen: “O direito é a norma primária que estipula sanção.”¹²⁰ Segundo essa versão, as “leis autênticas” são aquelas voltadas às autoridades para a aplicação de sanção. Nesse sentido, não há uma lei que proíba o roubo ou o homicídio, mas uma lei para que as autoridades apliquem sanções nos casos de roubo ou de homicídio. A versão moderada não nega que as ordens que impõem sanções, como as regras do direito penal, são leis autênticas. Contudo, as regras que outorgam poderes seriam meros fragmentos de leis que têm uma sanção. As duas

¹²⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 48.

versões desse argumento tentam reduzir as regras que outorgam poderes às ordens que impõem deveres, e ambas falham caso se prove que é possível conceber o direito sem sanções.¹²¹

A distorção como preço da uniformidade

As duas versões do argumento distorcem a realidade que pretendem descrever em nome da uniformidade do direito existente na ideia de ordens que impõem deveres. O direito, contudo, não é essencialmente voltado às autoridades para que apliquem sanções em determinados casos. Nem mesmo nas regras do direito penal é este o caso. As leis penais estabelecem quais comportamentos devem ser usados como padrão para a conduta e quais comportamentos devem ser proibidos. Através dos comportamentos exigidos pelo direito, se pretende que as pessoas se comportem de determinada forma-padrão. É só quando esse comportamento foge do padrão exigido pela regra, isto é, no caso da desobediência, que a função das autoridades de aplicar sanções entra em ação. Aqui, Hart também adianta uma ideia muito importante que será desenvolvida mais adiante, que consiste no aspecto interno das regras.¹²² O preço pago pela uniformidade que esse argumento pretende é o de distorcer as diferentes funções sociais dos diferentes tipos de regras. As regras, portanto, desempenham funções sociais diferentes: podem impor deveres ou criar poderes. E reduzi-las a um tipo distorce seus diferentes papéis sociais.

Hábitos e regras e aspecto externo e interno

Tratamos da primeira parte do modelo simples de direito como ordens coercitivas e das críticas de Hart à essa primeira parte da teoria. A primeira parte diz respeito ao direito como ordens coercitivas ou ordens apoiadas por ameaças ou por sanções. As críticas, por sua vez, evidenciam as falhas dessa tentativa de uniformizar o direito através da redução dos vários tipos de regras que outorgam poderes às regras que impõem deveres. Aqui, será exposto o argumento que refuta a segunda parte da teoria, que consiste na figura do soberano, que emite as ordens apoiadas por ameaças. Nos termos de Austin,

¹²¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 51.

¹²² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 52. “(...) a técnica característica do direito penal consiste em designar, por meio de regras, certos tipos de comportamentos como padrões para a orientação dos membros da sociedade como um todo, ou de classes específicas dentro dela: espera-se deles que, *sem necessidade de ajuda ou intervenção das autoridades, compreendam as regras, se deem conta de que estas se aplicam a eles e lhes obedecem.*” (grifei).

o soberano é aquele cujas ordens coercitivas constituem o direito. O soberano recebe habitualmente a obediência dos súditos sem habitualmente obedecer a mais ninguém. Nessa segunda parte da teoria, Austin defende que, onde quer que exista o direito, existirá a figura do soberano: uma pessoa ou grupo de pessoas que cria as regras sem a elas se submeter.¹²³ Mas o hábito e a obediência não são elementos capazes de explicar nem a *continuidade do direito* na sucessão dos legisladores: como pode isto já ser lei se não recebeu obediência habitual? Nem mesmo a *persistência do direito* após a morte daqueles que emitiram as leis e daqueles que habitualmente as obedeciam: como pode isto ainda ser lei se já não mais recebe obediência habitual?

A continuidade do direito e a persistência das leis

Imaginemos uma sociedade cujo direito é emanado do monarca absoluto Rex I, que diz o que é o direito através de suas ordens gerais apoiadas por ameaças. Ele recebe habitualmente a obediência dos súditos e não obedece habitualmente a ninguém. Contudo, o hábito de obediência não é elemento nem capaz nem suficiente para explicar a ideia de continuidade do direito do soberano. Se Rex I morre e seu filho, Rex II, constitui-se o novo monarca absoluto, como explicar que as ordens de Rex II serão direito desde logo se não houver tempo para que haja hábito de obediência dos súditos para com suas ordens? Também não explica a questão da persistência das leis. Como pode uma lei de Rex I ainda ser lei mesmo após sua morte se ele não mais recebe obediência habitual, nem os que habitualmente a obedeciam estão mais vivos para prestar-lhe obediência?¹²⁴

Nos sistemas jurídicos modernos, a continuidade do poder de criar o direito e a persistência das leis mesmo após a morte do soberano que a criou e dos súditos que a obedeciam habitualmente é explicada por regras que preveem antecipadamente a transição de seus soberanos (legisladores).¹²⁵ Não é, portanto, o hábito de obediência que

¹²³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 67. “(...) em toda sociedade humana em que exista o direito, encontraremos em última instância latente sob a variedade das formas políticas, tanto numa democracia como numa monarquia absoluta, essa relação simples entre súditos, que prestam obediência habitual, e um soberano, que não obedece habitualmente a ninguém.”

¹²⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 82 “Aqui temos, de fato, o inverso do problema da continuidade (...) Naquele caso, a questão era como pode afirmar, com base no modelo simples do hábito de obediência, que a primeira lei sancionada por um sucessor na função legislativa já é *lei* antes que este tenha recebido pessoalmente a obediência habitual do povo. Aqui a questão é: como pode a lei feita por um legislador anterior, falecido há muito, ainda ser lei para a sociedade da qual não se pode dizer que lhe obedece habitualmente?”

¹²⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 72 “(...) é característico de um sistema jurídico, mesmo numa monarquia absoluta, assegurar a continuidade ininterrupta do poder de criar o direito, por meio de regras que promovem a transição entre um legislador e outro; essas regras regulam *antecipadamente*, nomeando ou especificando em termos gerais as qualificações do legislador e a forma de defini-lo.”

explica a continuidade e a persistência do direito, mas a prática social de “aceitação da regra segundo a qual o novo legislador tem o direito à sucessão.”¹²⁶

Hábitos e regras e aspecto externo e aspecto interno

Mas hábitos e regras guardam semelhanças entre si e por essa razão precisam ser diferenciados. Tanto o hábito quanto a regra têm *aspecto externo*. Essa é a principal semelhança entre eles. O aspecto externo é a convergência do comportamento. Se existe um hábito de que as pessoas frequentem o cinema aos sábados e se existe a regra no xadrez de que a torre se move sempre em linha reta, na horizontal ou na vertical, o comportamento externo, no geral, convergirá nesses sentidos. Será possível observar, portanto, comportamento convergente tanto em hábitos quanto em regras.

Contudo, só regras tem *aspecto interno*.¹²⁷ O aspecto interno das regras é aceitação por parte das pessoas de que o padrão da regra deve ser seguido pelo grupo. Ou seja, é uma atitude crítica e reflexiva diante da regra que a encara como uma justificativa para o comportamento que a regra exige. Esta é a primeira diferença entre hábitos e regras. Os hábitos só têm aspecto externo (comportamento convergente). As regras, por sua vez, têm tanto aspecto externo quanto aspecto interno. A segunda diferença é que o desvio do hábito não acarreta crítica, ao passo que o desvio da regra, sim. Enquanto o hábito não carrega a *normatividade* de uma regra por não ter aspecto interno, seu desvio não é encarado como erro, sujeito à crítica, como acontece com a regra. Como as regras são aceitas porque as pessoas consideram que seu padrão deve ser um guia para o comportamento do grupo, o desvio da regra é encarado, portanto, como erro, algo sujeito à crítica. A terceira diferença é que essa crítica ao desvio constitui uma *razão* para seguir o padrão exigido pela regra. “A censura aos desvios é, nesse sentido, encarada como legítima ou justificada, assim como as exigências de obediência ao padrão quando há ameaça de desvio.”¹²⁸

Compreendido a diferença entre hábitos e regras, concluímos pela incapacidade dos hábitos de obediência de explicar a continuidade do direito:

¹²⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 75. “O que é necessário é que haja uma atitude crítico-reflexiva diante de certos padrões de comportamento aceitos como modelo comum, e que essa atitude se manifeste sob a forma de críticas (inclusive de autocrítica) e exigências de obediência à regra e também no reconhecimento de que tais críticas e exigências se justificam” (p. 76)

¹²⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 74

(...) a continuidade da autoridade legislativa que caracteriza a maioria dos sistemas jurídicos depende daquela forma de prática social que consiste na aceitação de uma regra, e difere, das maneiras que já apontamos, dos fatos mais simples da mera obediência habitual.¹²⁹

E também pela incapacidade do hábito de obediência de explicar a persistência das leis:

A resposta a esta pergunta, “Por que isso ainda é lei?”, é, em princípio, a mesma que demos ao nosso primeiro problema, “Por que isso já é lei?”, e envolve a substituição da noção demasiado simples do hábito de obediência a um indivíduo soberano por aquela de regras fundamentais aceitas no presente que especificam uma classe ou linhagem de pessoas cuja palavra deve ser considerada padrão de comportamento para a sociedade, ou seja, que têm o *direito* de legislar. Tal norma, embora deva necessariamente existir agora, pode num certo sentido ser atemporal nas referências que estabelece: pode não só olhar para adiante, referindo-se à ação legislativa de um legislador futuro, mas também mirar retrospectivamente e referir-se às ações de um legislador passado.¹³⁰

Subseção 4.3. O direito como união de regras primárias e secundárias

Aprendemos com o fracasso do modelo simples das ordens coercitivas. Constatamos, nas críticas de Hart, que o modelo simples do direito como um conjunto de ordens coercitivas do soberano não reproduz algumas das características fundamentais de um sistema jurídico.¹³¹ Os elementos dessa teoria – ordens, ameaças, hábitos de obediência e soberano juridicamente ilimitado – não reproduzem o elemento que Hart chamará de a chave para a ciência do direito: regras.¹³² A ideia de regra não é uma ideia simples. No capítulo três, Hart chamou atenção para a diferença entre regras que impõem deveres e regras que outorgam poderes, porque um sistema jurídico complexo é composto por diferentes tipos de regras que cumprem diferentes funções sociais. A partir do capítulo cinco, as regras que exigem comportamentos independente da vontade (isto é, impõem deveres) serão chamadas de regras primárias. E as regras que possibilitam as pessoas regular suas relações sociais, incorporar e extinguir regras no sistema e determinar a aplicação delas no caso de violações (poderes privados e públicos) serão chamadas de regras secundárias.¹³³ A combinação dessas regras é capaz de explicar muitas questões sobre o direito. Nesse sentido, a este conjunto de elementos é atribuído um lugar central na teoria de Hart. Este é o “novo começo” depois do abandono da teoria positivista imperativa.

¹²⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 79.

¹³⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 83.

¹³¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 103.

¹³² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 106.

¹³³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 105.

Ser obrigado e ter obrigação

É preciso reconhecer que, embora o modelo simples fracasse, escolhe como ponto de partida uma ideia correta. Esta é a ideia de que, onde existe o direito, o comportamento humano se torna obrigatório.¹³⁴ Contudo, o modelo simples fracassa também porque tem uma concepção errada de obrigação. Antes de descrever o direito como a união entre regras primárias e secundárias, será necessário construir uma ideia de obrigação.

O erro do modelo simples de obrigação é confundir a ideia de *ser obrigado* com a ideia de *ter a obrigação*. O exemplo de Austin do assaltante armado que ordena que alguém entregue o dinheiro, sob a ameaça de atirar, ilustra a noção que a teoria tem da obrigação jurídica. A obrigação que o modelo simples tenta definir como obrigação jurídica é a do tipo *ser obrigado*. Esse tipo de obrigação se refere aos motivos pelos quais a obrigação foi, de fato, obedecida. Nesse sentido, Austin define a obrigação como a probabilidade de alguém que tem a obrigação de fazer algo o faça em razão da possível punição que pode seguir da desobediência. Por isso, o exemplo do assaltante ilustra a obrigação jurídica: em ambos os casos as pessoas obedeceriam em razão do mal, real e provável,¹³⁵ que poderiam sofrer se desobedecessem. A ideia de *ser obrigado* não é nem necessária e nem suficiente para explicar a ideia de *ter obrigação*. *Ter obrigação* significa que uma obrigação existe independentemente da existência de motivos para acreditar que a desobediência dessa obrigação acarretará algum mal.¹³⁶

Essa ideia punitiva de obrigação tem duas objeções. Primeiro, onde existem regras, a violação da obrigação dessas regras não é apenas motivo para *prever* uma sanção, mas uma *razão* ou *justificativa* para aplicação. Segundo, se a obrigação jurídica fosse do tipo *ser obrigado* nunca seria o caso de que alguém teria uma obrigação, mas a desobedeceu, porque não faz sentido dizer que alguém *foi* obrigado, mas não o fez; ao passo que é possível compreender que alguém *tinha* obrigação, mas não a cumpriu.

Portanto, o exemplo do assaltante não pode ser ilustração da ideia de obrigação jurídica. A ideia de obrigação jurídica exige a situação que inclui a existência de regras

¹³⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 107.

¹³⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 108. Real se refere ao mal que de fato cause danos significativos, p. ex., um beliscão não é um mal real; provável se refere a possibilidade de o mal realmente ocorrer, p. ex., a ameaça de um mal, que embora seja significativo, seja improvável, como causar danos por telepatia.

¹³⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 108. “Assim, a afirmação de que alguém tinha, por exemplo, a obrigação de dizer a verdade ou de apresentar-se para o serviço militar, permanece verdadeira mesmo que tal pessoa acreditasse (com ou sem razão) que jamais seria descoberta e nada tinha a temer pela desobediência.”

sociais.¹³⁷ As regras são a razão para a afirmação de que uma obrigação jurídica existe.¹³⁸ Embora a pressão social seja importante para a existência da obrigação, não é necessária. Este é o principal erro do modelo simples de direito. Ele reduz a ideia de obrigação à noção de *ser obrigado*. Isso ignora algo fundamental para o direito: as regras tem aspecto interno.¹³⁹ As regras criam obrigações de que certos comportamentos devem se dar em determinados sentidos e as pessoas aceitam e internalizam esse padrão como um guia para a sua conduta e para a sociedade como um todo. Nesse sentido, a obrigação jurídica é, essencialmente, uma obrigação do tipo *ter obrigação*, porque o direito é normativo.¹⁴⁰

Ponto de vista externo e ponto de vista interno

Uma última diferenciação deve ser feita para a compreensão da obrigação e do aspecto interno das regras, antes que se passe à análise da união das regras primárias e secundárias. Diz respeito a como nos relacionamos com as regras. Podemos adotar duas posturas.¹⁴¹ A de um observador externo que não participa da prática social e, portanto, não aceita as regras e a de um membro da sociedade que aceita as regras e as usa como padrão para balizar seu comportamento.¹⁴² O observador externo poderá viver em sociedade com algum grau de êxito; observando o comportamento padrão e evitando os comportamentos que provocam uma reação hostil ou a aplicação de uma sanção propriamente dita. Mas seu êxito será limitado à sua capacidade de observar as regularidades e prever as consequências. Ele não será capaz de compreender a *lógica interna* que as pessoas da sociedade seguem porque não compreende como as *razões* dos comportamentos em si, isto é, as regras e as obrigações derivadas delas funcionam na vida social.¹⁴³

¹³⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 110.

¹³⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 111. “A afirmação de que alguém tem uma obrigação ou a ela está sujeito implica realmente a existência de uma regra”

¹³⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 114.

¹⁴⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 114-115. “Pode parecer pequena a diferença entre, de um lado, a análise de um enunciado de obrigação como uma previsão ou avaliação das possibilidades de reação hostil ao desvio, e de outro, nossa própria afirmação de que, embora essa declaração pressuponha um plano de fundo em que os desvios da regra geralmente enfrentem reações hostis, seu uso característico não consiste em predizer isso, mas em afirmar que o caso de uma pessoa se enquadra na descrição *normativa*. Entretanto, na verdade essa diferença não é nada pequena. De fato, até que apreendamos sua importância, não poderemos compreender apropriadamente o estilo peculiar de pensamento, discurso e ação que a existência de regras envolve e que constitui a estrutura normativa da sociedade.” (grifei)

¹⁴¹ Optei por não diferenciar a postura do observador externo da postura do observador externo-extremo.

¹⁴² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 115

¹⁴³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 116-117.

A união entre regras primárias e secundárias

Após a construção da ideia de obrigação através da ideia de regra social e da sua característica de possuir aspecto interno, Hart lança a tese pela qual é mais conhecido. O direito pode ser compreendido como a união entre regras primárias e secundárias.¹⁴⁴ É necessário entender antes o porquê de uma sociedade complexa não poder viver sob um regime apenas de regras primárias e como a complementação de regras secundárias às regras primárias constrói o que se pode chamar de sistema jurídico.

Uma estrutura social menos complexa, cujos laços sociais sejam mais próximos, poderia existir sob um regime apenas de regras primárias que impõem deveres *se* as regras regulassem comportamentos essenciais à sobrevivência, como a proibição do homicídio, da violência gratuita e do roubo e *se* existisse uma pressão social suficiente para que a maioria aceitasse as regras como obrigatórias. Contudo, na medida que as sociedades se complexificam, essa estrutura social muito simples apresentaria três espécies de problemas. Primeiro, o problema da *incerteza*.¹⁴⁵ É a falta de meios para se afirmar quais são as regras válidas. Segundo, o problema do *caráter estático*.¹⁴⁶ É a falta de meios para adaptar as regras à realidade social, ou seja, para criar novas regras necessárias e para eliminar as regras que já não fazem mais sentido. E terceiro, o problema da *ineficiência*.¹⁴⁷ É a falta de uma instância oficial para dizer quando uma regra foi violada e qual é a punição para tal violação.

A solução para cada um desses três problemas passa por transformar a estrutura social simples das regras primárias em um sistema jurídico de fato, através da suplementação das regras primárias com as regras secundárias. As regras secundárias são tipos de regras que versam *sobre* outras regras. Para o problema da incerteza, a solução é uma regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento consiste em estabelecer quais são os critérios para as demais regras serem válidas. Trato da sua importância para a validade jurídica e para a tese da separação entre o direito e a moral adiante. Para o problema do caráter estático, a solução é uma regra de modificação.¹⁴⁸ A regra de modificação consiste em outorgar poderes a indivíduos (especialmente os legisladores) a introduzir regras novas ou eliminar regras antigas. Para o problema da ineficácia, a

¹⁴⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 122.

¹⁴⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 120.

¹⁴⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 124.

solução é uma regra de julgamento.¹⁴⁹ A regra de julgamento consiste em outorgar a determinados indivíduos (especialmente os juízes) a afirmarem quando uma regra foi violada e qual é a sanção a ser aplicada diante dessa violação. A regra de reconhecimento é, de fato, a regra secundária de maior importância em qualquer sistema. Tanto as regras de modificação quanto as regras de julgamento sempre levarão em conta, ao menos implicitamente, os critérios que a ela estabelece para as demais regras do sistema.

O resultado da combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias é, sem dúvidas, um sistema jurídico tal qual o conhecemos. Mais do que isso, a combinação desses elementos é capaz de oferecer muitas respostas para questões sobre os conceitos de direitos e de obrigações, de validade jurídica, do funcionamento dos principais órgãos de criação e aplicação do direito, entre outros.¹⁵⁰ Contudo, em que pese o conceito de regra seja central para o direito, elas não explicam sozinhas todas as questões sobre o direito. Outros elementos ainda são necessários para compreensão do direito como um todo.¹⁵¹

A regra de reconhecimento e a validade jurídica

No modelo simples de direito o fundamento do sistema jurídico era a mera vontade do soberano. Isto é, o direito seria o que o soberano, que emitia ordens apoiadas por ameaças, habitualmente obedecido sem obedecer habitualmente a mais ninguém, dissesse que fosse. Demonstramos os movimentos argumentativos de Hart para rejeitar essa ideia. No lugar, Hart colocara como fundamento de um sistema jurídico a prática social de se identificar e aplicar as regras primárias e as regras secundárias através da regra de reconhecimento, que é *aceita* e *usada* como critério de validade para todas as demais regras do sistema.¹⁵²

A regra de reconhecimento estabelece os critérios para a identificação das regras válidas. Em um sistema jurídico moderno, ela toma uma forma bastante complexa. As várias fontes do direito determinam diferentes critérios de validade jurídica, como a Constituição, as leis infraconstitucionais, os precedentes judiciais e os costumes. Nesse sentido, podemos hierarquizar esses diferentes critérios.¹⁵³ A existência da regra de

¹⁴⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 125.

¹⁵⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 127.

¹⁵¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 128.

¹⁵² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 129.

¹⁵³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 130.

reconhecimento se manifesta na prática social de *aceitá-la* para a identificação das demais regras e de, por meio de seus critérios hierarquizados, *usá-la*.¹⁵⁴

A regra de reconhecimento, geralmente, estará implícita no sistema jurídico, sendo difícil que esteja explicitamente declarada em uma regra.¹⁵⁵ O exemplo de Hart é o de uma regra de contagem de pontos em um jogo. Quando a bola passa entre as traves num jogo de futebol, por exemplo, o juiz dirá que foi gol. Durante o jogo não enunciamos a regra de contagem de pontos. Se um gol acontece, apenas anotamos no placar porque, *implicitamente*, aceitamos a regra como válida e a usamos. Portanto, a existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato: é uma prática social de aceitação da sua existência e de uso de seus critérios para identificação do direito válido.¹⁵⁶

Enunciado interno e enunciado externo

Esse aceite da regra de reconhecimento como uma regra implícita em nossas práticas sociais é uma característica do ponto de vista interno.¹⁵⁷ A atitude de usar a regra de reconhecimento para verificar a validade das regras do sistema jurídico se dá, segundo Hart, pelo *enunciado interno*, em contraste com a identificação por parte do observador externo, do fato do grupo aceitar a regra de reconhecimento sem que ele mesmo a aceite, chamada de *enunciado externo*.

Quando reconhecemos a validade jurídica através do enunciado interno podemos dizer que uma regra é válida porque satisfaz os critérios da regra de reconhecimento.¹⁵⁸ Não devemos confundir a ideia de validade com a ideia de eficácia. Enquanto a ideia de validade recorre ao cumprimento dos requisitos da regra de reconhecimento, a ideia de eficácia recorre ao fato de que uma regra é mais obedecida que infringida. O enunciado externo de que uma regra é eficaz não é necessário para o enunciado interno de que uma regra é válida.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 131. “(...) a existência dessa regra complexa de reconhecimento, aliada à ordenação hierárquica de critérios distintos, se manifesta pela prática geral de se identificarem as regras por meio desses critérios.”

¹⁵⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 131. “(...) a regra de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam regras específicas”.

¹⁵⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 142.

¹⁵⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 132.

¹⁵⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 133.

¹⁵⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 134.

A regra de reconhecimento como regra última e como regra suprema

Existem duas características importantes no estabelecimento de critérios de validade da regra de reconhecimento para as demais regras. A primeira é que em certo sentido ela tem um *critério supremo*. A segunda é que ela será a *regra última* do sistema. Um dos critérios da regra de reconhecimento será supremo quando, em conflito com outros critérios, prevalecer sobre eles.¹⁶⁰ A regra de reconhecimento será a regra última do sistema em razão de fornecer os critérios de validade para todas as regras, mas não ter uma regra que estabeleça os critérios para a sua própria validade.¹⁶¹ Ela não pode ser válida ou inválida: ela existe porque aceitamos e porque a usamos para identificar todas as regras através de seus critérios.

A regra de reconhecimento de Hart será importante para a tese da separação entre o direito e a moral. Enquanto só podemos afirmar que ela existe através de um enunciado externo que recorre à aceitação e ao uso dela para a identificação das demais regras,¹⁶² ela permite que a validade jurídica de todas as regras sejam aferidas através de um enunciado interno, que recorre aos critérios da regra de reconhecimento para atribuir validade a uma regra.¹⁶³ Logo, ela é argumento importante para a separação entre o direito e a moral: a validade jurídica do direito depende apenas da sua conformidade com os critérios da regra de reconhecimento e não à noção de moralidade ou de justiça.

Subseção 4.4. A separação entre o direito e a moral e a justiça

Analiso agora os argumentos que mais interessam aos propósitos deste trabalho. Até aqui, reconstruímos os principais movimentos argumentativos de Hart. Reconstruímos estes argumentos para que, como um observador de um jogo de xadrez, que acompanha uma partida desde o primeiro movimento do enxadrista cujas peças são as brancas até o xeque-mate, possamos compreender lógica interna dos movimentos argumentativos de Hart que o levaram até a defesa da tese da separação. Nesta seção chegamos à análise dos capítulos oito e nove. Este é o momento em que Hart se dedica a oferecer argumentos em defesa da principal tese do positivismo: a tese da separação entre o direito e a moral e a justiça.

¹⁶⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 136-137.

¹⁶¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 138.

¹⁶² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 142. “A afirmação de que existe só pode ser um enunciado externo factual.”

¹⁶³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 139.

Justiça e moral

Hart volta a sua atenção para a alegação que frequentemente é colocada em contraposição à teoria imperativa. Essa alegação consiste na defesa de que existe uma *relação necessária* entre o direito e a moral e que deve ser essa relação o ponto central de uma teoria do direito.¹⁶⁴ Tal alegação geral pode até concordar com as refutações de Hart à teoria imperativa e considerar relevante a ideia da união de regras primárias e secundárias, mas dirá que tais elementos são secundários.¹⁶⁵ Logo, seria essa relação necessária que forneceria uma compreensão sobre o que é o direito.

A tese da conexão necessária entre o direito e a moral tem na tradição tomista do direito natural sua expressão mais bem-acabada. Essa teoria jusnaturalista defenderá que existem certos princípios da verdadeira moral ou justiça prontos para serem descobertos pela razão humana e que, quando as leis humanas se chocam com esses princípios, não são válidas.¹⁶⁶ Esta subseção é uma análise do capítulo oito. Primeiro, sobre a diferença entre a esfera geral da moral e a ideia específica de justiça, que pertence a essa esfera geral, e quais são as características da justiça que a ligam ao direito. Depois, sobre a exposição de quatro características que diferenciam o dever moral da obrigação jurídica.¹⁶⁷ Este é o caminho que Hart percorre, para que no capítulo nove apresente, primeiro, a convergência entre regras jurídicas e regras morais quanto o objetivo da sobrevivência, e segundo, a refutação de argumentos a favor da conformação do direito à moralidade e a sua defesa da separação.

A justiça como segmento específico da moral

Frequentemente, as ideias de justiça e de moral são usadas como sinônimos na avaliação de questões jurídicas. Contudo, é importante observar que a justiça é um segmento específico da moral.¹⁶⁸ A noção de moral é uma noção genérica que faz juízos morais sobre os comportamentos. A justiça, por sua vez, também faz, de certo modo, juízos morais, mas sobre os arranjos jurídicos. Nesse sentido, a moral geral classifica o comportamento humano como “certo” ou “errado” ou, ainda, como “bom” e “mal”.

¹⁶⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 202. “Trata-se da alegação geral de que existe uma relação necessária entre o direito e a moral e que é essa relação que merece ser considerada o ponto central de qualquer tentativa de analisar ou elucidar a noção de direito.”

¹⁶⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 202.

¹⁶⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 203.

¹⁶⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 204. “Há de fato boas razões para que a justiça ocupe um lugar importantíssimo na crítica dos arranjos jurídicos; contudo, é importante ver que ela é um segmento específico da moral, e que as leis e sua aplicação podem ter, ou carecer de, diferentes tipos de virtudes.”

A justiça, por outro lado, classifica as regras e as decisões ou outras questões jurídicas como “justas” ou “injustas”. Os elementos da moral genérica que avaliam os comportamentos em certo e errado ou em bom e mau são elementos gerais, cujos elementos específicos da justiça se derivam e avaliam, respectivamente, os arranjos jurídicos em justo ou injusto. A ideia de justo deriva da ideia de bom e a ideia de injusto deriva da ideia de mal. Portanto, bom implica justo, e mal implica injusto. Contudo, o caminho inverso não ocorre porque bom e mal são critérios gerais e justo e injusto critérios específicos, e estes pertencem àqueles. Nesse sentido, podemos dizer que uma lei é boa (critério geral) porque é justa (critério específico), mas não que é justa porque é boa.¹⁶⁹ Assim, a moral é a avaliação e a classificação geral do comportamento e a justiça é a avaliação e a classificação específica do direito.

Essa especificidade da justiça como um tipo de avaliação moral sobre o direito é ainda mais evidente quando seus termos “justo” e “injusto” podem ser colocados como “equitativo” e “não-equitativo” ou como “imparcial” e “parcial”, respectivamente. A justiça, como avaliadora moral da equidade ou da imparcialidade do direito, é pertinente especialmente em duas ocasiões da vida social. A primeira, sobre distribuição, diz respeito ao tratamento de classes de pessoas quando direitos e deveres serão distribuídos socialmente, ou seja, a distribuição de benefícios e de encargos.¹⁷⁰ A segunda, sobre reparação, diz respeito à restauração dos *status quo* de um direito ou bem cujo prejuízo foi causado por alguém, ou seja, é a reparação ou indenização de um dano.¹⁷¹ Nas duas ocasiões, há um princípio geral que norteia a aplicação da ideia de justiça. Este é o princípio da igualdade que consiste na ideia de que as pessoas, em relação umas às outras, devem ser tratadas como merecedoras tanto de igual distribuição de benefícios e de encargos, quanto de igual proteção contra certas condutas prejudiciais e, portanto, merecedoras de igual direito à reparação no caso de um dano causado por outra pessoa.

O princípio da igualdade que norteia a aplicação da ideia de justiça tem duas características complexas. A primeira é um critério fixo, que se resume no preceito: “Tratam-se igualmente os casos iguais.” A segunda é um critério variável, que se resume

¹⁶⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 205. “O fato de podermos afirmar de modo razoável que uma lei é boa por ser justa, ou má por ser injusta, mas não que é justa por ser boa, ou injusta por ser má, evidencia que ‘justo’ e ‘injusto’ são formas mais específicas de crítica moral do que ‘bom’ e ‘mau’ ou ‘certo’ e ‘errado’.”

¹⁷⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 205.

¹⁷¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 206.

em: “Tratam-se os casos diferentes de forma diferente.” A ideia é que em razão da necessidade¹⁷² e da capacidade¹⁷³ das pessoas, a igualdade só pode ser garantida através de um tratamento desigual. O complexo trabalho de aplicar a justiça *ao* direito envolve, portanto, identificar quando os casos devem ser considerados iguais e quais são as diferenças relevantes que ensejam tratamento desigual para manter a igualdade.¹⁷⁴

Isso se torna mais claro quando tratamos da *justiça na aplicação do direito* a casos específicos.¹⁷⁵ O direito elege as características pertinentes para tratar os iguais como iguais ou os diferentes como diferentes. Assim, é mais fácil enxergar nos casos específicos quando a aplicação é imparcial ou parcial e, portanto, justa ou injusta. Esse aspecto da justiça que avalia a aplicação do direito no caso concreto através da consideração imparcial das características que o próprio direito elegeu como pertinentes tem uma relação íntima como a noção de se proceder de acordo com as regras.¹⁷⁶ E aqui há uma ligação entre o direito e a justiça.

Se tentamos avaliar, contudo, não a justiça na aplicação do direito, mas a *justiça do direito*, não poderá o próprio direito estabelecer quais são as características pertinentes para tratar os iguais como iguais e os diferentes como diferentes. As diferenças de perspectiva moral causaram discordâncias irreconciliáveis sobre o que é um direito justo. Nesse sentido, a justiça para Hart interessa somente *na aplicação do direito*, seguindo imparcialmente os critérios já estabelecidos pelo direito como relevantes para tratar os iguais como iguais e os diferentes como diferentes, considerando o princípio de que as pessoas fazem jus entre si a uma certa posição de igualdade.

As semelhanças e as diferenças entre o dever moral e a obrigação jurídica

A justiça enquanto um segmento específico da moral não se preocupa com a moralidade do comportamento individual, mas com a *forma* que se tratam classes de

¹⁷² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 211. “‘Casos iguais devem ser tratados de forma igual’ certamente envolverá a consideração da *necessidade* dos diversos pretendentes à ajuda. Reconhece-se implicitamente um critério semelhante ao da necessidade quando se ajustam os encargos tributários a uma tabela gradativa do imposto de renda, conforme o nível de renda dos contribuintes.”

¹⁷³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 211. “As vezes, o fator pertinente reside nas *capacidades* das pessoas para uma função específica, que a aplicação da lei em questão pode levar em conta. As leis que privam os menores de idade e os mentalmente incapazes do direito de votar ou de fazer testamentos e celebrar contratos são consideradas justas, porque tais pessoas não têm a capacidade, que os adultos lúcidos presumivelmente possuem, de usar racionalmente aqueles poderes. Fazem-se tais discriminações por razões obviamente pertinentes (...)”

¹⁷⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 207.

¹⁷⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 208.

¹⁷⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 208.

indivíduos.¹⁷⁷ No direito, justa é a regra ou a decisão que respeita a igualdade entre as pessoas, seja através do critério fixo da justiça (tratam-se os iguais igualmente) ou do critério variável (tratam-se os diferentes diferentemente). E essa é a pertinência da justiça ao direito. Mas a justiça não esgota a ideia de moral. Precisamos, nesse sentido, caracterizar de forma geral esses princípios, regras e padrões referentes à moral – isto é, que dizem respeito à moralidade do comportamento individual. Devemos reconhecer que existem duas dificuldades para fazer essa caracterização. Em primeiro lugar, a palavra “moral” tem sua própria área de textura aberta.¹⁷⁸ Há determinados princípios, regras e padrões considerados moralmente obrigatórios para alguns, mas não para outros. Essa imprecisão sobre o que é ou não moral variará não apenas entre grupos sociais ou períodos históricos diferentes, mas também dentro de grupos sociais num mesmo período histórico. Em segundo lugar, ainda que haja concordância sobre o que é aceito como moralmente obrigatório, haverá sempre grande debate sobre a natureza da moral.¹⁷⁹ A moral é algo universal e imutável ou uma construção social mutável fruto de escolhas e sentimentos humanos? Essas são duas questões que Hart aponta como dificuldade inerente ao trabalho de caracterizar genericamente a moral, mas que não se preocupa em resolver.

Começamos pelo fenômeno social que Hart chama de moral aceita ou convencional.¹⁸⁰ Ele se refere ao padrão de comportamento moral compartilhado pela maioria dos membros do grupo, que guiam a vida social. Encontramos essa moral social nas regras primárias de obrigação.¹⁸¹ A moral social compartilhada pelo grupo existe em razão da aceitação do grupo como padrão para sua conduta e, ao mesmo tempo, a regra primária de obrigação existirá em razão da sua conformidade com os critérios da regra de reconhecimento. Ambas poderão existir lado a lado, a primeira moral e a última jurídica, e compartilharão uma forte pressão social para sua obediência e um sacrifício relevante do interesse pessoal no ato de obedecer.

Nesse sentido, qualquer sociedade que tenha um sistema jurídico terá, entre suas regras jurídicas, regras morais de grande importância. É comum essa convergência de conteúdo da obrigação jurídica e do dever moral.¹⁸² As regras jurídicas e morais têm,

¹⁷⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 217.

¹⁷⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 217.

¹⁷⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 218.

¹⁸⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 219.

¹⁸¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 219.

¹⁸² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 221. “Existe, em todas as comunidades, uma sobreposição parcial dos conteúdos das obrigações morais e jurídicas, embora as exigências das regras jurídicas sejam mais minuciosas que as de suas equivalentes morais.”

portanto, características suficientemente marcantes para haver uma relação próxima.¹⁸³ Ambas dizem respeito ao que deve ou não ser feito, nas questões recorrentes da vida social e não meramente eventuais. São vinculantes independente do consentimento dos indivíduos submetidos a elas. Há pressão social para sua obediência e a obediência se dá de forma natural, de modo que o desvio enseja crítica, mas a obediência não enseja elogio, como uma contribuição mínima para a vida social. Contudo, apesar de compartilharem essas semelhanças, há características que o direito e a moral não podem partilhar.¹⁸⁴

A primeira característica que separa a moral do direito é a *importância*. Enquanto regras jurídicas existem apesar de não serem consideradas mais importantes para seu grupo, as regras morais não podem existir sem tal *status* de importância.¹⁸⁵ Uma regra moral que não é mais importante já não é mais uma regra porque se não é considerada importante não será mais moralmente obrigatória.

A segunda característica é a *imunidade à modificação deliberada*. Enquanto regras jurídicas são criadas, modificadas e extintas por atuação deliberada (respeitando, por óbvio, os critérios das regras de modificação) as regras morais não são. Uma regra moral não pode ser criada, modificada ou extinta através da vontade, seja por uma regra ou por uma decisão. As regras morais são imunes a tal mudança intencional. Só podem ser modificadas através de lentos e involuntários processos que as mantêm através da sua prática ou as elimina através do seu abandono.¹⁸⁶

A terceira característica é o *caráter voluntário das infrações morais*. A responsabilidade ou a culpa moral sempre será excluída nas circunstâncias em que o ato que cria a responsabilidade puder ser demonstrado que foi cometido involuntariamente e tomando todas as precauções possíveis para evitá-lo. A responsabilidade jurídica, contudo, não é necessariamente excluída por uma demonstração de que não poderia ter respeitado a lei.¹⁸⁷ Por exemplo: um médico que em determinado procedimento cirúrgico, tomando todas as precauções e adotando as melhores técnicas possíveis, mas cujo

¹⁸³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 222.

¹⁸⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 223.

¹⁸⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 226. “A observância de uma regra jurídica pode ser por todos considerada desimportante; poder-se-ia inclusive chegar à conclusão de que a regra deveria ser revogada; entretanto, até que isso aconteça, ela continua sendo uma regra jurídica. Por outro lado, seria absurdo considerar uma regra como parte da moral de uma sociedade apesar de ninguém mais achá-la importante ou considerar que valha a pena observá-la.”

¹⁸⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 228. “As regras adquirem e perdem seu *status* de tradição evoluindo, sendo praticadas, deixando de sê-lo e, finalmente fenecendo; e as regras criadas ou eliminadas de forma diferente desses processos lentos e involuntários não poderiam adquirir ou perder, desse modo, o *status* de tradição.”

¹⁸⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 231-232.

paciente não sobrevive à intervenção cirúrgica, pode não ter responsabilidade moral, mas poderá ter alguma responsabilidade jurídica. A precaução e o cuidado tomado afastam a sua responsabilidade moral, mas não afastam necessariamente alguma responsabilidade jurídica que existe em razão da morte do paciente.

A quarta e última característica é em relação à *forma de pressão moral*. Enquanto a pressão social para o respeito ao direito comumente recorre (e não seria problema que o fizesse puramente assim) à ameaça da sanção ou de outras consequências desagradáveis, a pressão social para o respeito à moral não pode se dar dessa forma. A pressão social típica para a observância da moral consiste no apelo ao valor da regra em si mesma. Poderá ser acompanhada de um lembrete sobre o castigo, mas não poderá, como pode o direito, consistir apenas nisso; deve haver um apelo ao valor moral do ato em questão. Apesar das semelhanças, essas quatro características são exclusivas da moral. Isso a difere do direito. Analiso agora os argumentos de Hart para defesa da tese da separação entre o direito e a moral.

O direito e a moral

Existem muitos tipos diferentes de relações entre o direito e a moral e aquele é, frequentemente, influenciado por este. Contudo, essa afirmação verdadeira pode induzir a um erro. Tal erro consiste em considerar que as relações – contingentes – existentes entre o direito e a moral são razões para se afirmar que existe uma relação necessária, onde um sistema jurídico deve conformar-se à moral ou à justiça para ser válido.¹⁸⁸ Mas a primeira afirmação verdadeira (existem várias relações entre o direito e a moral) não é razão para a conclusão de que os critérios de validade jurídica devem incluir critérios morais.¹⁸⁹

Nesta subseção analisamos as duas questões que Hart escolhe para tratar da relação entre o direito e a moral. Constituem tentativas de rejeitar o positivismo e, Hart oferecerá suas razões para afastá-las. A primeira questão se refere à ideia de que existem certos princípios morais que a razão deve encontrar e aplicar ao comportamento humano e, quando uma regra jurídica confronta tais padrões morais, não poderá ser juridicamente válida. A segunda questão se refere à análise de alguns argumentos que tentam descrever as diferentes formas da vinculação entre a validade jurídica e os valores morais.

¹⁸⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 239-240.

¹⁸⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 240.

Positivismo Jurídico e Direito Natural

Embora positivismo jurídico e direito natural sejam duas correntes teóricas que dizem respeito a várias teorias sobre a relação entre o direito e a moral, as consideraremos genericamente da seguinte forma. O positivismo jurídico, tese a que Hart se alinha, defende que “não necessariamente é verdade que as leis reproduzem certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência.”¹⁹⁰ Caracterizo o positivismo, portanto, por sua defesa de uma relação contingente entre o direito e a moral. Isto é, a relação pode ou não ocorrer, mas se não ocorrer não será razão para o direito perder sua validade. O direito natural, por sua vez, comete o “erro” que, segundo Hart, conclui-se que, das várias relações (contingentes) entre o direito e a moral, há uma relação necessária. Caracterizo o jusnaturalismo por sua defesa de uma relação necessária entre o direito e a moral. Ou seja, é a alegação de que existe uma vinculação entre a validade jurídica e os valores morais.

Hart oferece dois argumentos, relacionados entre si, para recusar a ideia jusnaturalista de que existem certos princípios morais prontos para a razão humana descobrir e aplicar ao comportamento e cujas regras jurídicas devem se conformar para serem válidas. O primeiro diz respeito à confusão que os jusnaturalistas fazem com os sentidos que as palavras “lei” ou “deve” têm.¹⁹¹ O segundo, derivada da primeira confusão, consiste na concepção teleológica da natureza do mundo aplicada à natureza dos seres humanos e à sua forma de controle do comportamento através do direito.

Antes, Hart chamará atenção para uma questão anterior: o direito natural defende uma concepção geral da natureza alinhada à tradição clássica, enquanto o positivismo, alinhado ao pensamento moderno e secular, não abraça tal concepção. Isso levará os defensores do direito natural, primeiro, a confundir leis da natureza, que descrevem fenômenos naturais e não podem ser violados, sob pena de não serem leis, e leis humanas que prescrevem comportamento adequados e podem ser violadas e continuarem válidas, pois apenas significaria que os seres humanos não fazem o que lhes é ordenado que façam.¹⁹² Também levará à confusão teleológica entre fim natural e fim moral humano. Embora possamos concordar com a ideia de que a natureza tende a um estado ou fim ótimo específico a ela,¹⁹³ como o fim de uma semente é se tornar árvore, seria estranho pensar que os seres humanos, dotados de razão e consciência, tem um fim natural como

¹⁹⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 240.

¹⁹¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 242.

¹⁹² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 241-242.

¹⁹³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 244.

todas as outras coisas do mundo que não possuem essas características importantes.¹⁹⁴ Mas a visão teleológica do direito natural revela um aspecto relevante para a atividade humana. Esse aspecto é a sobrevivência. A aceitação dela como objetivo humano é pertinente para a relação entre o direito e a moral.¹⁹⁵

O conteúdo mínimo do direito natural

Hart reduzirá a aspiração do direito natural que pretende prescrever uma relação necessária entre o direito e a finalidade moral (e, portanto, a conformidade da validade jurídica ao respeito de valores morais) à ideia de que a relação necessária se limita a um objetivo mínimo.¹⁹⁶ O conteúdo desse objetivo mínimo é a *sobrevivência humana*. Sem esse objetivo, a vida em sociedade, que aceita e aplica regras como padrão de comportamento, não seria possível – pois não haveria razões para a aquiescência voluntária às regras que coincidissem com seus interesses individuais. Assim, o erro do direito natural é ver, nas relações contingentes entre o direito e a moral acima desse conteúdo mínimo em que há convergência para a sobrevivência, razão para uma relação necessária. A seguir exponho os cinco *truísmos* de Hart sobre a conexão direito-moral em relação à sobrevivência.

1) A vulnerabilidade humana

O fato contingente de que seres humanos sejam vulneráveis a ataques físicos faz com que tanto o direito quanto a moral funcionem, principalmente, como um sistema de abstenções mútuas.¹⁹⁷ Em outras palavras, a forma primária de funcionamento do direito e da moral é a de proibir determinados comportamentos, como o uso irrestrito da violência, que podem atentar contra a sobrevivência. Sem tais regras básicas, jurídicas e morais, não haveria sentido haver outros tipos de regras. Mas este é um fato contingente da evolução; se seres humanos tivessem evoluído diferentemente, com alguma forma de proteção, como a de um ouriço protegido por espinhos, de modo que vulnerabilidade a ataques não trouxesse um risco para a sobrevivência, tais regras jurídicas e morais não fariam mais o mesmo sentido.

¹⁹⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 246.

¹⁹⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 249.

¹⁹⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 250.

¹⁹⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 251.

2) *A igualdade aproximada*

Outra questão importante relacionada à necessidade de um sistema de abstenções mútuas é que seres humanos têm força e inteligência aproximada. Mesmo os membros mais fortes e inteligentes não podem manter sua superioridade o tempo todo, isto é, são igualmente vulneráveis pelo menos em algum momento, de modo que nem eles poderiam subjugar os demais às suas vontades.¹⁹⁸

3) *Altruísmo limitado*

O que torna possível e necessário um sistema de abstenções mútuas é o fato de que seres humanos têm altruísmo limitado. Não são anjos (altruísmo ilimitado) que tornaria dispensável regras jurídicas e regras morais para a sobrevivência. Nem são demônios (egoísmo ilimitado) que tornaria impossível um sistema de abstenções mútuas de regras jurídicas e morais. São o meio-termo: altruísmo intermitente e limitado.¹⁹⁹

4) *Recursos limitados*

O fato contingente de que seres humanos precisam de determinados recursos para sobreviver e que esses recursos são escassos e requerem esforço humano para sua produção é outra característica necessária à instituição de um sistema de abstenções mútuas onde regras morais e jurídicas coincidem.²⁰⁰ Contudo, ainda é um fato contingente que seres humanos precisam de certos recursos para garantir sua sobrevivência. Poderiam ser autossuficientes e retirar, como as plantas, sua energia de uma fonte ilimitada como o Sol; ou ainda, se fosse o caso de que os recursos não fossem limitados. Nesse caso, já não seria necessário tal sistema de abstenções em relação aos recursos porque não seriam mais limitados.

5) *Compreensão e força de vontade limitados*

Os fatos contingentes que tornam as regras jurídicas e morais necessárias à sobrevivência através de um sistema de abstenções mútuas (onde o direito e a moral convergem necessariamente, mas por contingências da natureza humana, como a vulnerabilidade a ataques físicos, a igualdade aproximada, o altruísmo limitado e a necessidade de recursos) traz consigo o mútuo benefício de garantir a possibilidade da

¹⁹⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 252-253.

¹⁹⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 253.

²⁰⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 254-255.

vida social. Entretanto, tanto a *compreensão dos benefícios* a longo prazo de se sacrificar o interesse individual pelos benefícios mútuos da sobrevivência quanto a força de *vontade para a obediência* ao que as regras requerem são limitadas, pois nem a compreensão dos benefícios da obediência às regras, nem a força ou boa vontade necessária para a eficácia dos vários motivos para a obediência são compartilhados por todos igualmente.²⁰¹ Alguns compreenderão essas regras como necessárias porque, após um cálculo utilitarista, concluí que de fato os benefícios mútuos são motivos para o sacrifício do interesse individual; outros que a obediência às regras, apesar do sacrifício, é bom em si mesmo. Assim, a força de vontade para a obediência também será limitada. Em algumas situações, o interesse individual tentará a desobediência das pessoas e, na falta de uma instituição destinada à punição, alguns de fato desobedecerão. Nesse sentido, as sanções serão necessárias às regras jurídicas e morais de sobrevivência, não como motivo para obedecer, mas como proteção aos que voluntariamente obedecem. Diante da possibilidade da desobediência, “o que a razão requer é a colaboração *voluntária* num sistema *coercitivo*.”²⁰²

Os truísmos examinados não mostram a verdade em que o direito natural se baseia. São o conteúdo mínimo onde direito e moral convergem necessariamente. Esse conteúdo diz respeito às regras jurídicas e morais que garantem a sobrevivência e tornam possível a vida em sociedade. Acima desse mínimo não há nenhuma relação entre o direito e a moral que possa ser considerado necessário.

A validade jurídica e os valores morais

As vantagens oferecidas por um sistema de abstenções mútuas cujas regras morais e jurídicas estão implícitas são, portanto, óbvias. Contudo, Hart demonstrará que as proteções e os benefícios oferecidos pelo conteúdo mínimo à sobrevivência e à vida social, embora seja desejável que o faça, não *precisam* estender a todos os membros da sociedade – sejam as regras do direito ou da moral convencional.²⁰³ A Alemanha nazista e África do Sul do *apartheid* são exemplos históricos de sistemas jurídicos que não estenderam a todos os membros as regras fundamentais do direito e da moral subjacentes

²⁰¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 255.

²⁰² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 256.

²⁰³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 259. “Entretanto, está claro que nem o direito nem a moral convencional das sociedades precisam estender suas proteções e benefícios mínimos precisam estender suas proteções e benefícios mínimos a todos os que estão dentro de sua órbita, e muitas vezes deixaram de fazê-lo.”

no sistema de abstenções mútuas, ignorando o direito de ser tratado com igualdade.²⁰⁴ É importante notar aqui a ideia implícita de Hart: um sistema jurídico não perde sua validade jurídica ainda que deixe de garantir valores morais básicos, como àqueles relativos à sobrevivência.

Hart reconhece que a passagem da forma simples do mundo pré-jurídico, cuja única forma de controle social são as regras primárias de obrigação, para o mundo jurídico propriamente, onde há autoridades oficiais instituídas por regras secundárias nos poderes legislativo, executivo e judiciário e cuja aplicação de sanção é centralmente organizada traz benefícios, mas há um custo significativo. As vantagens são a certeza sobre quais são as regras válidas (regra de reconhecimento), adaptabilidade das regras ao contexto social (regras de alteração) e vigilância e punição à violação das regras (regra de julgamento). A desvantagem é justamente que o poder centralmente organizado pode ser usado com fins moralmente iníquos, como a opressão de determinados grupos ou membros da sociedade – como ocorreu nos exemplos citados acima.

Para evitar tais resultados moralmente ruins, que já ocorreram no passado e que podem acontecer no futuro, alegará o direito natural que o direito *deve* se conforma à moralidade para ser válido.²⁰⁵ Essa alegação merecerá análise cuidadosa. Na exposição e contraposição das seis alegações a seguir Hart terminará o capítulo nove.

1) Poder e autoridade

Aqueles que defendem que o direito *deve* se conformar à moral para ser válido podem alegar que um sistema jurídico deve se fundamentar em sentido de obrigação moral. Hart sabe que o poder coercitivo do direito pressupõe a aceitação de sua autoridade,²⁰⁶ porque o fundamento de um sistema jurídico é a aceitação dos critérios de validade da regra de reconhecimento para as demais regras do sistema, o que inclui, claro, as regras que instituem as autoridades. Mas essa aceitação cria obrigações jurídicas, não deveres morais. Aqueles submetidos às regras que as aceitam voluntariamente como válidas não precisam considerá-las como moralmente obrigatórias e alguns, de fato,

²⁰⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 259. “Esses fatos dolorosos da história humana bastam para mostrar que embora uma sociedade deva, para ser viável, oferecer a *alguns* de seus membros um sistema de abstenções mútuas, ela não precisa, infelizmente oferecê-lo a todos.”

²⁰⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 261.

²⁰⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 262 “Nesse sentido, o poder coercitivo do direito pressupõe a aceitação de sua autoridade.”

discordaram da obrigatoriedade moral de algumas leis, embora devam reconhecer a validade de sua obrigação jurídica.²⁰⁷

2) A influência da moral sobre o direito

A alegação inicial pode se basear na relação de influência mútua entre o direito e a moral. Hart reconhece a influência da moral sobre o direito. É comum e torna o sistema mais estável refletir nas regras jurídicas a moralidade aceita e compartilhada pelo grupo. Se é isso que se quer dizer com uma conexão necessária entre o direito e a moral, diz Hart, ela de fato existe.²⁰⁸ Mas apesar dessa concessão, o que ele pretende é dizer que, embora seja óbvio que o direito reflita a moral e seja mais estável quando o faz, não precisa fazê-lo para ser válido.

3) Interpretação

A alegação inicial poderá defender que o direito deve se conformar à moral porque há, na interpretação das regras, uma relação necessária. As regras transmitem seus padrões gerais de comportamento através da linguagem. Em razão disso, são dotadas de certa imprecisão, que Hart chama de textura aberta. Nesse sentido, se uma regra em determinado caso concreto (como o exemplo da bicicleta diante da regra que proíbe entrada de veículos no parque) não é claramente aplicável (zona de foco) será necessário a interpretação. A interpretação para Hart é uma escolha dentro de alternativas possíveis, guiada pelo objetivo da regra e pelos valores morais que ela carrega consigo. Essa é uma ligação importante entre o direito e a moral. Todavia, não pode ser uma relação necessária, pois os críticos da interpretação frequentemente chamarão a atenção para o fato de que ela *pode* ser cega em relação aos valores morais.²⁰⁹ Assim, há na interpretação do direito uma relação entre o direito e a moral, mas uma relação contingente.

²⁰⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 262-263. “(...) tampouco é verdadeiro que aqueles que aceitam voluntariamente o sistema precisem considerar-se moralmente obrigados a aceitá-lo” (p. 262). Ainda, “Isso, entretanto, não demonstra que, para que uma regra seja reconhecida como juridicamente vinculante, ela tenha que ser aceita como moralmente obrigatória.” Isso equivale a confundir obrigação jurídica e dever moral.

²⁰⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 263-264. “Nenhum ‘positivista’ poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como a ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve ser reconhecida.” (p. 264).

²⁰⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 264-265. “No entanto, se esses fatos forem considerados uma prova da conexão *necessária* entre o direito e a moral, precisaremos recordar que os mesmos princípios têm sido invocados tanto para justificar a observância quanto para defender a infração das regras. (p. 265).

4) A crítica do direito

A alegação de que há uma relação necessária entre o direito e a moral pode significar que um *bom* sistema jurídico deve se adaptar às exigências da moral e da justiça.²¹⁰ Embora possa parecer uma obviedade essa afirmação, não é óbvio na crítica do direito quais devem ser os padrões morais para tais exigências. Nesse sentido, a relação deverá ser contingente porque um sistema jurídico se adaptará às exigências de alguns padrões da moral e da justiça, mas não poderá sempre cumprir as exigências de todos. A moral que o direito deve seguir para ser bom é do tipo *convencional*, que depende da aceitação do grupo independente se for imoral contra alguns ou do tipo racional que considera que todos os seres humanos tem direito à igual respeito e consideração?²¹¹

5) Princípios de legalidade e de justiça

Hart defende que não há diferença entre um *bom* sistema jurídico que se conforma à moral e à justiça e um sistema jurídico que não o faz, porque se este, como aquele, controla o comportamento por regras gerais sem distinção relevante na sua aplicação um mínimo de justiça é alcançado.²¹² O direito depende de uma forma simples de justiça: na aplicação imparcial e sem distinções relevantes das regras às classes de pessoas. Assim, há justiça na aplicação do direito ainda que as regras não sejam moralmente boas.

Essa forma simples de justiça, que é apropriado atribuir o termo formal, é acompanhada das seguintes características que as regras devem satisfazer. Devem ser inteligíveis, isto é, compreensíveis aos que se sujeitam a ela; sua obediência deve ser possível; e devem ser prospectivas, evitando a retroatividade. Nessas características é possível notar uma relação muito próxima da justiça com princípios de legalidade do direito. Aqui, Hart acusará Fuller²¹³ de ver nessa relação uma razão para a relação necessária entre o direito e a moral. Aceitará que essa ligação existe, só não pode ser considerada necessária se com necessária se quiser dizer que o direito deve conformar-se à moral para ser válido. Essa não é a versão final da crítica de Hart à Fuller, que tentará

²¹⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 265.

²¹¹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 266.

²¹² Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 266. “(...) sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais, publicamente anunciadas e judicialmente aplicadas, um mínimo de justiça é necessariamente concretizado.”

²¹³ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 267. “Com efeito, um crítico do positivismo [Lon Fuller] viu, nesses aspectos do controle através das regras, algo que configuraria um vínculo necessário entre o direito e amoral, 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 aceita-la. Infelizmente esse vínculo é compatível com grandes iniquidades.” (grifei).

qualificar os requisitos de legalidade não como moralidade, mas como eficácia (princípios de boa construção do direito).²¹⁴

6) A validade jurídica e a resistência à lei

Nenhum positivista negaria as relações entre o direito e a moral descritas nos cinco tópicos anteriores. Mas então qual é o propósito do positivismo jurídico de afirmar que “O direito é aquilo que existe de fato e não aquilo que moralmente deveria existir”?²¹⁵ Hart encara a intenção do positivismo de separar o direito e a moral como uma forma de responder questões sobre a validade de leis moralmente iníquas. O direito natural, por exemplo, na Alemanha pós-guerra, foi reanimado para fundamentar teses sobre a invalidade das leis nazistas porque eram leis muito perversas e injustas. Mas a tentativa de invalidar juridicamente leis promulgadas conforme a regra de reconhecimento, que satisfazem todos os seus critérios, é um problema. Nenhum positivista, por outro lado, negaria que o direito nazista era um direito cujas leis eram moralmente iníquas, só não concluiria disto que, portanto, era um direito juridicamente inválido.²¹⁶

Toda essa questão diz respeito a dois conceitos de direito que pretendem classificar as regras jurídicas válidas. O primeiro é um conceito mais amplo de direito cujas regras são válidas exclusivamente de acordo com os critérios de validade, ainda que possam ser contrárias à moral.²¹⁷ O segundo é um conceito mais restrito, que exclui do âmbito do direito as leis moralmente iníquas. Em outras palavras, adota como critério para a validade jurídica os valores morais; se imoral, ainda que respeite os critérios formais da regra de reconhecimento, não será válido juridicamente.²¹⁸

Para Hart e para o positivismo jurídico de modo geral devemos adotar o conceito amplo de direito porque ele beneficia a análise teórica do direito e esclarece nossas noções

²¹⁴ HART, H. L. A. “Lon L. Fuller: a moralidade interna do direito” in: HART, H. L. A. *Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronald Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

²¹⁵ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 268.

²¹⁶ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 270. “Assim, embora o positivista possa apontar muitos exemplos no uso inglês para mostrar que não há contradição em afirmar que uma regra jurídica é demasiado iníqua para ser obedecida e que, da afirmação de que uma regra é demasiado injusta para ser obedecida, não se segue necessariamente que não seja uma regra jurídica válida, seus opositores dificilmente aceitariam isso como o fim da discussão.”

²¹⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 270. “Se adotarmos o conceito mais amplo, isso nos conduzirá, em nossas investigações teóricas, a agrupar e considerar conjuntamente como “direito” todas as regras que são válidas segundo critérios formais de um sistema de regras primárias e secundárias, ainda que algumas delas causem ofensa à moral.”

²¹⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 270. “Se adotarmos o conceito mais restrito, excluiremos do ‘direito’ essas regras moralmente ofensivas.”

sobre a moral. Se decidirmos excluir do direito as regras moralmente ruins que cumprem todos os requisitos da regra de reconhecimento para ser uma regra válida, excluiremos de nossa análise as características das leis moralmente iníquas e a reação social a elas.²¹⁹ A adoção do conceito amplo de direito constitui o núcleo da tese da separação entre o direito e a moral defendida pelo positivismo. De um lado, o positivismo postula que o direito e a moral não têm relação necessária entre si, de modo que o direito não *precisa* se conformar à moral para ser válido. De outro, o conceito amplo de direito adota como direito as regras que cumprem os critérios da regra de reconhecimento, independentemente de elas violarem a moral.

É por esta razão que, para Hart, o direito é uma prática social convencional. É uma prática social porque a regra de reconhecimento que, contém os critérios de validade das demais regras, depende da aceitação e do seu uso. É convencional porque depende da convencionalidade, não da moralidade dessa prática social de reconhecer os critérios de validade jurídica do direito.

²¹⁹ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 271.

CAPÍTULO 5: A MORALIDADE DO DIREITO (Fuller, 1964)

Em *A moralidade do direito*²²⁰ Fuller avança seu argumento da moralidade interna ao direito. Primeiro, se preocupa com a moralidade. Depois, trata da moralidades interna ao direito. Por fim, trata das relações entre as moralidades interna e externa e entre a legalidade, a justiça e os propósitos substantivos do direito.

Subseção 5.1. A moral de dever e a moral de aspiração

No capítulo primeiro, Fuller se dedica à definição da moral através da distinção de dois tipos de moralidade, porque a incerteza sobre a relação entre o direito e a moral está na falta de definição de o que é moralidade.²²¹ A moral pode ser dividida em moral de dever e moral de aspiração. A moral de dever diz respeito aos requisitos básicos da vida social que nos dizem o que fazer e não fazer – classifica as ações em certo e errado. A moral de aspiração diz respeito às realizações mais completa das faculdades humanas que apenas indica o que deve ser feito ou não – classifica as ações em próprias e impróprias. Podemos imaginar as duas morais em dois extremos opostos com o dever na base a aspiração no topo. Entre elas há um lugar que indica o fim do dever e o começo da aspiração. Mas traçar essa linha divisória entre dever e aspiração é uma das tarefas mais difíceis da filosofia. Se o dever é colocado muito acima de sua esfera a obrigação sufocará os esforços mais elevados para a excelência humana. Se colocado muito abaixo relativiza-se os requisitos básicos da vida social. Portanto, indicar onde acaba o dever e inicia a aspiração exige manter o equilíbrio entre elas.²²² Contudo, embora possamos divergir sobre onde o primeiro acaba e o segundo começa, concordaremos sobre o que é dever sem definir exatamente o que é a aspiração. Assim diz Fuller: “podemos saber o que é evidentemente injusto sem comprometermos a dizer com determinação como seria a justiça perfeita.”²²³

²²⁰ FULLER, Lon L. *The morality of law*. Revised edition. Yale University Press, New Haven, 1964. (original). Tradução espanhol Trilhas, 1967 e tradução brasileira Contracorrente, 2022. Utilizo a tradução brasileira para as citações.

²²¹ FULLER, Lon L. *A moralidade do direito*. Trad. por Augusto Neves Dal Pozzo e Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. Contracorrente, São Paulo, 2022.

²²² Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 42-43.

²²³ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 23.

Subseção 5.2. Os oito *desideratos* da moral que faz o direito possível

No segundo capítulo Fuller trata da moralidade que torna o direito possível: a moralidade interna ao direito. Ela é formada por oito *desideratos*. Para a compreendermos, relembremos antes o exemplo do monarca que falha nos oito requisitos da moralidade interna, e, portanto, falha na tarefa de construir um sistema jurídico.

Os oito caminhos para o fracasso de fazer o direito

O exemplo de Fuller é o de um rei que falha em construir um sistema jurídico porque não observa a moralidade interna ao direito, isto é, porque não respeita os princípios internos à própria atividade de criar e de aplicar o direito. Estes requisitos são, para Fuller, sinônimos de princípios de legalidade.²²⁴ Rex subiu ao trono com a ambição de reformar o sistema jurídico de seu reino. Seu primeiro ato foi o de revogar todas as leis e de atuar como juiz nas controvérsias, para mais tarde elaborar um código baseado nos padrões de suas decisões. No entanto, não conseguiu lograr êxito. Depois de algumas centenas de decisões, não era possível identificar nenhum padrão coerente que pudesse ser generalizado para orientar o comportamento de seus súditos.²²⁵ Então ele decide escrever um código, mas mantém o conteúdo das normas em segredo. Seus súditos, claro, reagiram negativamente. Não estavam dispostos a ter suas controvérsias resolvidas por normas que não podiam saber quais eram.²²⁶ Rex decide desviar-se do desafio de prever o futuro através de normas gerais resolvendo os casos retroativamente. Novamente, seus súditos reagiram negativamente: precisavam saber antecipadamente o conteúdo das normas para agir de acordo com elas.²²⁷ Assim, Rex percebeu que não era possível escapar da tarefa de elaborar um código com normas gerais que se aplicariam nas controvérsias futuras. Então ele elabora um e finalmente disponibiliza a seus súditos. Contudo, a linguagem era tão complexa e tão obscura que seus súditos não podiam compreender o que as normas queriam.²²⁸ O código foi revisado, de modo que seu conteúdo foi mantido, mas com um acréscimo de clareza. Mas mais uma vez, seus súditos reclamaram. A clareza permitiu identificar várias contradições entre as normas.²²⁹ Irritado, Rex revisa seu código mais uma vez, elimina suas contradições, mas endurece o

²²⁴ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 56.

²²⁵ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 49.

²²⁶ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 49.

²²⁷ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 50.

²²⁸ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 50. “(...) *como pode alguém seguir uma norma que ninguém consegue entender?*”

²²⁹ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 51. “(...) *dessa vez, o rei foi claro – em ambas as direções.*”

trato com seus súditos, de tal modo que era impossível comportar-se de acordo com as novas normas.²³⁰ Novamente seus súditos indignaram-se, pois era impossível se comportar conforme as normas.²³¹ As impossibilidades foram retiradas, mas uma crise econômica em seu reino fez com que as normas fossem frequentemente emendadas. Isso causou mais problemas com seus súditos, pois eles não queriam normas que se alterassem com tamanha frequência.²³² Rex decide, por fim, voltar a julgar os casos de seus súditos. Mas a medida em que as decisões se tornaram disponíveis era perceptível que não haviam relações entre suas decisões e as regras declaradas.²³³

Os fracassos de Rex como legislador e como juiz nos mostram, pelo menos, oito maneiras de fracassar na tentativa de construir e de manter um sistema jurídico: (1) o fracasso de criar normas gerais que resolverão as controvérsias futuras; (2) o fracasso de fazer o conteúdo das normas ser conhecido pelas partes afetadas; (3) o abuso da legislação retroativa; (4) o fracasso de tornar as normas compreensíveis; (5) o fracasso de tornar as normas não-contraditórias; (6) exigir o impossível; (7) a alteração frequente das normas; e (8) a incongruência entre a norma declarada e sua aplicação real.

O fracasso completo em um desses oito erros em criar um sistema jurídico produz não um sistema jurídico ruim, senão algo que não pode nem ser considerado um sistema jurídico.²³⁴ Existe uma certa *reciprocidade* entre o Estado que cria o sistema jurídico e os cidadãos, submetidos às normas desse sistema.²³⁵ É essa reciprocidade que permite as normas criarem a obrigação de fidelidade ao direito. Quando há um fracasso completo em alguma dessas oito direções, essa reciprocidade é quebrada, de modo que a obrigação de fidelidade ao direito deixa de existir, pois já há não mais que se falar em direito. Mas a existência do direito não é afetada apenas pelo fracasso completo de alguma dessas oito formas de fracasso. Quando há um ataque geral à legalidade, isto é, quando há não o fracasso completo de algum dos oito erros, mas vários desses erros são cometidos, ainda que nenhum seja cometido completamente, é suficiente para se afirmar que um sistema jurídico não existe. Em outras palavras, não cria a obrigação de ser obedecido.²³⁶ Isso

²³⁰ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 51.

²³¹ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 51. “(...) mandar o que não se pode fazer não é fazer; é para desfazer a lei, pois uma ordem que não pode ser obedecida não serve a nenhum fim, a não ser confusão, medo e caos.”

²³² Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 52. “(...) *uma lei que muda a cada dia é pior que não haver lei alguma.*”

²³³ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 53.

²³⁴ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 54.

²³⁵ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 54.

²³⁶ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 56. Fuller se preocupa em separar a fidelidade ao direito do mero respeito à autoridade constituída.

aconteceu, por exemplo, na Alemanha sob a ditadura nazista. Ainda que nem todas as leis fossem secretas ou retroativas, ou ainda, que nem todas as decisões fossem contrárias às leis declaradas, o ataque geral aos princípios de legalidade, ou seja à moralidade interna, levou a ditadura nazista a nunca conseguir alcançar o *status* de sistema jurídico.

A moralidade interna é uma moral de dever ou uma moral de aspiração?

No primeiro capítulo Fuller traçou uma diferença importante entre a moral de dever e a moral de aspiração. A moral de dever corresponde aos requisitos básicos da vida social, enquanto que a moral de aspiração, às mais altas realizações para a vida humana. A moralidade interna abrange tanto uma moralidade de dever quanto uma moralidade de aspiração.²³⁷ Mas em razão de ela ser a moral que torna o direito possível e de fazer isso através de, pelo menos, oito caminhos que levam à legalidade, devemos encara-la como um guia ou como uma direção para o esforço humano de criar o direito. Nesse sentido, a moralidade interna está “condenada” a ser uma moralidade mais de aspiração do que de dever,²³⁸ porque orienta o esforço humano direcionado a tipos específicos de realização e não somente nos adverte sobre condutas permitidas e proibidas. Com exceção do princípio de que a lei deve ser promulgada, ou seja, levada a conhecimento da parte afetada, que deve ser encarado pelo legislador e pelo juiz como um dever,²³⁹ os outros princípios devem ser encarados como uma exigência da nossa capacidade humana de realiza-los, isto é, como uma aspiração.

Os oito requisitos da moralidade interna que corrigem o fracasso de fazer direito

Os *desideratos* da moralidade interna ao direito, ou os princípios de legalidade, são, portanto, uma moralidade mais de aspiração do que dever. Isso não significa que devemos encará-los como uma tarefa utópica de realizá-los com perfeição, mas que devemos adotá-los como um padrão para avaliar a qualidade da legalidade. Pode ser necessário fazermos um cálculo econômico quando a moralidade interna e externa entrarem em conflito, ou quando os requisitos da moralidade interna conflitarem entre si.²⁴⁰ Com isso, Fuller cria um teste que permite dizer se um sistema jurídico existe ou

²³⁷ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 57.

²³⁸ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 58.

²³⁹ Fuller, “A moralidade do direito, *op. cit.*, p. 59.

²⁴⁰ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 60. Pode ser o caso, por exemplo, que certas circunstâncias nos imponham a necessidade de uma mudança frequente da lei; isso conflitará com o requisito de que as leis devam ser constantes através do tempo. Nesse sentido, deveremos fazer um cálculo para manter um certo equilíbrio da legalidade.

não, ou seja, se cria ou não a obrigação para as pessoas serem fiéis ao direito. A seguir, passamos por cada um desses requisitos e das relações entre eles e entre a moralidade externa.

1) *Generalidade*

O desiderato da generalidade diz respeito à obviedade de que um sistema jurídico que pretende submeter a conduta humana à governança de normas²⁴¹ deve ter normas gerais. Essa exigência não deve ser confundida com a ideia de que as normas devem ser voltadas a classes de pessoas e não a indivíduos específicos; esse é um princípio de equidade que diz respeito, em nossa análise, à moralidade externa.²⁴²

2) *Promulgação*

O desiderato da promulgação diz respeito ao dever do Estado de tornar as leis possíveis de serem conhecidas e o direito de o cidadão poder conhecer as leis que ele tem a obrigação de adotar como padrão para o seu comportamento. Este requisito se relaciona com a eficácia das normas, que serão mais observadas se seu conteúdo for conhecido; isso não quer dizer que todos os cidadãos conhecerão todas as leis – seu direito de conhecer o conteúdo delas é independente. Algumas leis, inclusive, são observadas por poucos indivíduos bem informados que influenciam o comportamento do restante do grupo.²⁴³

3) *Leis prospectivas*

Devemos considerar o desiderato da não-retroatividade no contexto de que em geral as normas devem ser prospectivas; as normas de hoje regulam as condutas de amanhã, e não as normas de amanhã regularão a conduta de hoje. Logo, primeiro deve haver normas, depois aplicamos elas às nossas condutas. O comportamento deve se adequar ao padrão de uma norma que já existe, pois não será possível adequá-lo a uma norma que será promulgada depois da conduta. Mas nesse contexto de normas prospectivas, haverá situações em que normas retroativas serão toleráveis e, às vezes, até

²⁴¹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 61. O conceito de direito de Fuller, como se verá adiante, é estritamente relacionado com a ideia de “submeter a conduta humana à governança de normas.”

²⁴² Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 62-63. “Mas o princípio protegido por essas disposições é um princípio de equidade que, nos termos da análise aqui apresentada, pertence à moralidade externa do Direito.”

²⁴³ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 67.

desejáveis, para a própria legalidade.²⁴⁴ Fuller dá o exemplo de uma lei que exige que os casamentos tenham determinado selo para valerem juridicamente.²⁴⁵ A lei, entretanto, não foi dada ao conhecimento, nem dos que desejam se casar, nem daqueles que realizam a cerimônia. Além disso, a produção dos selos não seria capaz de atender aos casamentos já marcados. É uma lei que não atende ao requisito da promulgação, além de exigir o impossível, a saber, os poucos que sabem da existência dessa lei não conseguem obter o selo em razão de sua baixa produção. Ocorre que casamentos são realizados sem o novo selo, seja por desconhecimento da lei, seja pela falta de selos disponíveis. A decisão de adotar uma lei que valida retroativamente os casamentos realizados após a promulgação da lei dos novos selos é melhor para garantir a legalidade do que a decisão de invalidar todos os casamentos. A retroatividade pode ser, portanto, uma medida corretiva excepcional, com o objetivo de corrigir leis ou decisões que causam algum dano mais relevante à algum requisito da legalidade.

4) *Clareza*

O desiderato da clareza diz respeito ao dever, especialmente do legislativo, de fazer leis que são inteligíveis às pessoas. Isso significa que o padrão de comportamento expresso na norma deve ser claro o bastante para tornar possível que as pessoas realizem o ideal de fidelidade ao direito.

5) *Não-contradição*

O desiderato da não-contradição não diz respeito ao princípio lógico da identidade em que uma lei cujo padrão é “X” não pode ser “não-X”. A não-contradição diz respeito ao conflito entre uma norma que manda fazer algo que é proibido por outra norma. Essa contradição, contudo, não é lógica. Essas normas podem viver concomitantemente, embora possam frustrar a tentativa de submeter a conduta humana à governança das normas. A contradição que a legalidade pretende evitar, portanto, não é do tipo lógico, mas do tipo que causa ambiguidade quando exige um comportamento proibido, por exemplo.

6) *Exigir o possível*

²⁴⁴ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 70.

²⁴⁵ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 70.

O desiderato de se exigir o possível diz respeito à possibilidade de obediência.²⁴⁶ Os padrões de comportamento impostos pelas normas devem ser possíveis de serem seguidos pelas pessoas submetidas a elas. O legislador não pode exigir mais do que as pessoas são capazes e ainda sim, parabenizar aqueles que apesar do esforço, não conseguiram alcançar os elevados níveis de exigência, como pode, por exemplo, fazer o professor. Isso porque o professor cumpre um papel diferente do legislador. O primeiro *deve* exigir mais de seus alunos pois seu objetivo pedagógico é expandir as capacidades intelectuais deles – sob pena de estabelecer em sala de aula um pacto de mediocridade. O segundo *deve* exigir o possível daqueles submetidos às normas porque, se exigir acima do que é possível obedecer, ou cometerá a injustiça de punir as pessoas por não cumprirem o que não era possível, ou fechará os olhos para a desobediência daquilo que não era possível obedecer – ambos os caminhos confrontam com a legalidade e com o objetivo do direito de submeter a conduta humana ao governo das normas.

7) *Constância através do tempo*

O desiderato da constância da lei no tempo pretende corrigir o mesmo problema de inconstância legislativa que a legislação retroativa causa.²⁴⁷ O problema da lei retroativa é tornar uma conduta passada, realizada de acordo com uma norma, uma conduta punível *hoje* através de uma lei atual. A inconstância ou a alteração frequente da lei é similar. Quando uma lei é modificada frequentemente, e não há tempo suficiente para que as pessoas conheçam e se adequem à mudança, elas agirão de acordo com a norma anterior, quando já há outra norma que estabelece um padrão conflitante. Este desiderato, segundo Fuller, não diz respeito a forçar a constância das leis mesmo diante da necessidade, criada pela alteração do contexto fático, de alteração legislativa, mas de buscar o equilíbrio entre a mudança frequente e nenhuma mudança.

8) *Congruência entre a lei e a ação oficial*

²⁴⁶ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 88-89. Ver nota 56: “A questão pode ser levantada, neste ponto, se a maioria dos requisitos que compõe a moralidade interna do Direito também não se preocupa, um última instância, com a possibilidade de obediência.” Pois, não seria impossível também obedecer uma norma que não é clara, ou contraditória, ou retroativa, ou mesmo que não foi promulgada? Mas, do “(...) ponto de vista do legislador, em qualquer caso, há uma diferença essencial entre os cuidados que deve tomar para manter seus decretos consistentes e aqueles que ele deve tomar para se certificar de que os requisitos da lei estão dentro dos poderes daqueles sujeitos a eles.”

²⁴⁷ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 99-100.

Finalmente, a exigência de que deve haver congruência entre a lei declarada e a ação oficial. Este é o requisito mais complexo da moralidade interna ao direito porque exige que todas as instâncias de aplicação da lei, dos policiais aos tribunais superiores, esteja em conformidade com o que a própria lei diz. Mas a questão principal é em relação a interpretação da lei,²⁴⁸ especialmente dos tribunais superiores, que têm o poder de decidir – definitivamente, embora a decisão possa ser falível – o que a lei de fato estabelece. Fuller defenderá que a interpretação da lei deve considerar a *intenção* da própria lei.²⁴⁹

Subseção 5.3. A moralidade interna e as teorias do direito

No terceiro capítulo, Fuller oferece um esclarecimento adicional sobre as relações entre seu argumento da moralidade interna ao direito e as teorias do direito predominantes,²⁵⁰ especialmente o direito natural e o positivismo jurídico.

O primeiro passo de Fuller é aproximar sua teoria da moralidade interna do direito à teoria do direito natural.²⁵¹ Mas que tipo de teoria jusnaturalista ela é? De um lado, a tradição clássica do direito natural é uma teoria sobre a lei natural *substantiva*, pois se preocupa “com os fins adequados a serem buscados por meio de normas jurídicas”.²⁵² Por sua vez, a moralidade interna de Fuller é uma versão *procedimental* do direito natural, pois se preocupa não com os fins ou objetivos substantivos das normas jurídicas, “mas com a maneira pelas quais um sistema de normas destinado a regular a conduta humana deve ser construído e administrado.”²⁵³ Diferenciar o direito natural de fins substantivos e o direito natural preocupado com procedimentos e instituições²⁵⁴ nos oferece uma visão melhor sobre como Fuller emprega o termo “direito natural” na sua teoria.

Assim, o direito é o desafio de submeter a conduta humana à governança das regras.²⁵⁵ A moralidade interna do direito é o guia desse desafio; diz como deve ser feito. E a moralidade interna é, lembremos, uma moral de aspiração. Ela orienta a construção e a administração do direito orientando as ações às mais altas realizações das faculdades humanas. Esta ideia trata o direito como uma atividade ou como uma prática que depende

²⁴⁸ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 102.

²⁴⁹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 112.

²⁵⁰ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 117.

²⁵¹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 118. “Os princípios expostos em meu segundo capítulo equivalem a alguma variedade de lei natural? A resposta é um enfático e qualificado sim.”

²⁵² Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 120.

²⁵³ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 119.

²⁵⁴ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 125.

²⁵⁵ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 129.

de um esforço intencional.²⁵⁶ Nesse sentido, algumas teorias, especialmente teorias positivistas, se opõem ao conceito de direito proposto por Fuller porque encaram o direito como uma prática neutra e não intencional.

Para alguns positivistas, o direito não é uma prática dependente de engajamento ou propósito, mas um fato manifesto de poder ou autoridade. Essa visão, contudo, se preocupa em dizer que o direito é um tipo de ordem pública sem se preocupar com o tipo de ordem que ela expressa ou como ela se realiza.²⁵⁷ Logo, é uma visão incapaz de conceber a moralidade que é interna ao direito. Em outras palavras, se preocupam com a estrutura formal do direito mas negligenciam a atividade intencional que essa estrutura deve organizar.²⁵⁸

O conceito de direito de H.L.A Hart

Certamente, a crítica mais contundente de Fuller à Hart está no seu quarto capítulo, quando Fuller acusa Hart de desconsiderar a moralidade interna ao direito.²⁵⁹ A próxima subseção dedica-se à análise dessa crítica. Mas Fuller trata aqui de um outro aspecto da teoria hartiana: a regra de reconhecimento. O positivismo de Hart não recorre à ideia de um fato manifesto de poder ou de autoridade para explicar o conceito de direito. Pelo contrário, ele rejeita essa ideia e apresenta o direito como um conjunto de regras criados por fatos sociais convencionas. Por que isso é um problema?

A conhecida distinção de Hart das regras que impõem deveres e regras que criam poderes pode ser muito útil, especialmente para nos mostrar as diferentes funções sociais que as regras exercem. Mas essa distinção é limitada. Há casos em que não será claro se ou quando uma regra impõe um dever ou cria um poder. Nesse sentido, Fuller vê com ceticismo a sugestão de Hart de que a distinção entre os tipos de regras é uma poderosa ferramenta de análise.²⁶⁰

É na distinção nítida entre regras que impõem deveres e que outorgam poderes aplicada à regra de reconhecimento que está a crítica de Fuller. A regra de reconhecimento é, segundo Hart, a regra que estabelece os critérios de validade para todas as outras regras do sistema jurídico. Por esta razão, ela é a única regra cuja existência deriva da sua

²⁵⁶ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 129. “(...) essa visão trata o direito como uma atividade e considera um sistema jurídico como o produto de um esforço intencional sustentado.”

²⁵⁷ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 143.

²⁵⁸ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 138.

²⁵⁹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 161.

²⁶⁰ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 165.

aceitação. Ela é uma regra secundária que cria poderes jurídicos, a saber, os critérios de validade das demais regras. Mas consideremos o caso de um rei, por exemplo, Rex, cuja palavra constitui a regra de reconhecimento de seu reino. Ele é deposto por manter as leis em segredo ou por abusar da retroatividade. Sua deposição é devido ao abuso do seu poder ou por uma violação de um dever? Este é mais um caso que a distinção não ajuda.

Uma regra que confere poder, como a regra de reconhecimento, traz consigo implícito ou explicitamente um dever de não-abuso. Isso derruba a distinção firme entre regras que impõem deveres e que conferem poderes. Mas Hart não consegue conceber que uma regra de reconhecimento tenha uma disposição adicional sobre a possibilidade de perder a autoridade no caso de seu abuso. E ele deve presumir, se quiser preservar não só a distinção mas a ideia de regra de reconhecimento, que a autoridade legislativa cuja palavra constitui os critérios da regra de reconhecimento não pode ser juridicamente revogada pelos seus abusos.²⁶¹

Hart resgata o conceito de direito de uma identificação com o poder coercitivo. Mas um elemento importante escapou de sua análise. É o que Fuller chama de reciprocidade tácita.²⁶² É necessário que os cidadãos possam ter expectativas legítimas de que os legisladores não violarão seus deveres. Esses deveres são aqueles impostos pela moralidade interna ao direito na criação e na administração de um sistema que pretende submeter a conduta humana à governança das regras. Embora modesto, esse conceito de direito tem um elemento muito significativo: a legalidade.²⁶³ Ver as regras como um empreendimento intencional, ao contrário da visão que insiste em tratar o direito como um fato manifesto de autoridade ou de poder social,²⁶⁴ permite visualizar, na medida em que a moralidade interna é respeitada, os graus de êxito para atingir o ideal de legalidade.

A visão do direito criticada por Fuller não é capaz de estabelecer a gradação do sucesso de um sistema jurídico.²⁶⁵ Mas sua visão do direito como um empreendimento intencional permite encontrar as medidas do sucesso de um sistema jurídico. O sucesso é medido pelos graus de respeito pela moralidade interna ao direito, que constituem critérios de legalidade. Quando os homens tentam submeter a conduta humana ao controle

²⁶¹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 166-167.

²⁶² Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 168-169. “É como se cada etapa da análise [de Hart] tivesse sido projetada para excluir a noção de que poderia haver qualquer expectativa legítima por parte do cidadão que poderia ser violada pelo legislador.”

²⁶³ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 177. “O elemento mais significativo desse custo [negar a moralidade interna] reside no fato de que perdemos totalmente qualquer padrão para definir a legalidade.”

²⁶⁴ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 175-176.

²⁶⁵ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 178.

das regras, percebem que existe uma lógica interna nesse empreendimento. Por isso o direito é uma prática social moralmente engajada, no sentido da moralidade interna, porque exige que demandas sejam cumpridas para que os objetivos, como o de sujeitar da conduta humana às regras, sejam atingidos.²⁶⁶ Quando aqueles que criam e administram o direito respeitam as demandas que esse empreendimento intencional exige, nasce aquela reciprocidade entre o cidadão e o legislador (e juízes e demais autoridades) que permite ao direito criar a obrigação de ser obedecido por aqueles submetidos a ele.

Subseção 5.4. Os propósitos substantivos do direito e a moralidade interna

Finalmente, chegamos à crítica principal de Fuller a Hart. Ela consiste em acusar Hart de ignorar sistematicamente a moralidade interna e em demonstrar os problemas de excluí-la do direito. Fuller faz isso por meio de uma análise das relações entre a moralidade interna e a moralidade externa ao direito e entre a legalidade e a justiça.

A moralidade interna ao direito é neutra em relação aos propósitos substantivos do direito.²⁶⁷ Contudo, embora ela seja indiferente a uma grande variedade de propósitos, não é indiferente a *qualquer* propósito.²⁶⁸ Alguns objetivos não podem ser adotados pelo direito sem comprometer a sua legalidade. Nesse sentido, a moralidade interna ao direito não pode ser neutra em relação aos propósitos substantivos que ferem a legalidade.

Entretanto, Hart não apenas desconsidera a importância da moralidade interna. Enxerga nela compatibilidade com *qualquer* propósito substantivo.²⁶⁹ Ele ignora qualquer interação possível entre a moralidade interna e externa. Assim, a moralidade interna seria compatível, para Hart, com os objetivos iníquos que o direito pode perseguir, respeitando apenas certas condições para o controle do comportamento humano por meio de regras:

Para que essa espécie de controle social funcione, as regras devem satisfazer a certas condições (...) Essas características do controle pela regra têm evidentemente uma relação íntima com as exigências de justiça que os juristas chamam de princípios de legalidade. Com efeito, um crítico do positivismo viu, nesses aspectos do controle através das regras, algo que configuraria um vínculo necessário entre o direito e a moral, e sugeriu que eles fossem

²⁶⁶ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 181-182.

²⁶⁷ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 184. “Ao apresentar minha análise sobre a moralidade interna ao direito, insisti que ela é, sob uma gama de questões, indiferente em relação aos propósitos materiais do direito e está apta a servir para uma variedade de tais propósitos com igual eficácia.”

²⁶⁸ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 184. “Mas o reconhecimento de que a moralidade interna ao 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.”

²⁶⁹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 186-187. “Em suma, enquanto Hart reconhece de passagem que existe algo que pode ser chamado de moralidade interna do direito, ele parece considerar que ela não tem nenhuma influência significativa sobre as preocupações mais graves da filosofia do direito.”

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 iniquidades.²⁷⁰

Mas o vínculo entre o direito e a moral criado pela legalidade não é compatível com “grandes iniquidades”. A moralidade interna ao direito é incompatível com os propósitos substantivos que violam a legalidade. Hart parece estar admitindo que um monarca ou um legislador que persegue os objetivos mais malignos poderá manter respeito genuíno pela legalidade.²⁷¹ Esta ideia não pode ser verdadeira. Se os objetivos do direito forem iníquos, em algum grau haverá violação da moralidade interna – portanto, da própria legalidade.

Portanto, é impossível combinar um respeito verdadeiro pela legalidade com uma total indiferença pela justiça.²⁷² As razões a seguir são extraídas das relações entre a moralidade interna (legalidade) e a moralidade externa (justiça). As interações entre a moral que torna o direito possível através dos critérios da legalidade e a moral que orienta os propósitos do direito à justiça substantiva demonstram a incompatibilidade da moralidade jurídica com “grandes iniquidades”. O objetivo de Fuller é demonstrar que a moralidade interna é uma pré-condição da justiça, que o direito viola sua própria moralidade interna quando fere condições de justiça e de dignidade e que a moralidade interna articula e mantém uma visão da natureza humana indispensável para o direito.²⁷³

Alguma adesão à moralidade interna ao direito é necessária para a eficácia da prática do direito.²⁷⁴ Isso porque a moralidade interna não é algo que se adiciona à prática do direito para torná-lo mais eficaz. Ela é, ela própria, a condição essencial do direito.²⁷⁵ Antes, a moralidade interna faz o direito possível;²⁷⁶ depois ela dita os critérios aspiracionais pelos quais o direito deve buscar alcançar a legalidade. Portanto, a moralidade interna é a pré-condição da existência do sistema jurídico. Hart concebe o direito inteiramente através da sua fonte formal (que se funda na convencionalidade de

²⁷⁰ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 267.

²⁷¹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 186.

²⁷² Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 186.

²⁷³ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 201.

²⁷⁴ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p.188. Essa passagem parece estar mais fiel na tradução espanhola: “(...) es esencial para la eficacia práctica del derecho alguna mínima adhesión a la moral legal” (p. 173).

²⁷⁵ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 187.

²⁷⁶ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 187. “(...) a primeira observação a ser feita é que a lei é uma pré-condição de bom direito”. Novamente, a tradução espanhola me parece melhor: “(...) la primeira observación que se necesita hacer es que el *derecho* es una condición previa del *buen derecho*.” (p. 172, grifei).

práticas sociais). Ele não o considera uma prática complexa que admite vários graus de êxito por meio de critérios aspiracionais da moralidade jurídica.²⁷⁷

Hart reconhece uma relação entre legalidade e justiça. Ambos compartilham que os padrões exigidos da conduta humana sejam por meio de regras.²⁷⁸ De fato, a avaliação da justiça do direito exige que ele oriente o comportamento por meio de regras publicadas. Mas a relação é mais profunda que isso. A moralidade interna ou a legalidade é a primeira condição necessária da justiça, embora ela não seja suficiente,²⁷⁹ pois ela não determina o conteúdo da justiça substantiva, mas sua forma: uma prática intencional guiada por uma moralidade de aspiração.

Mas por que Hart está convencido de que a legalidade tem uma neutralidade ética, de modo que a moralidade interna seja compatível até com iniquidades morais? Ele acredita, por exemplo, que a diferença entre o sistema jurídico inglês e o sistema jurídico da Alemanha nazista era “apenas” os fins imorais perseguidos.²⁸⁰ Seu erro pode estar na confusão entre uma deferência à autoridade constituída e a fidelidade ao direito.²⁸¹

A moralidade jurídica, no entanto, não é eticamente neutra: ela não aceita desvios da legalidade. E a legalidade é a forma de se garantir a proteção da dignidade do homem considerado agente responsável. Portanto, a moralidade interna protege a justiça e a dignidade humana, na medida em que violar seus critérios viola também esses objetivos substantivos.²⁸² Assim, não devemos confundir fidelidade ao direito com deferência à autoridade constituída. A fidelidade ao direito é a obrigação criada pela moralidade interna ao direito quando ela possibilita a reciprocidade entre o Estado e os cidadãos. A deferência à autoridade não exige tal contexto em que a reciprocidade é criada pela moralidade jurídica.

Por conseguinte, a acusação de Hart de que a moralidade interna é compatível com grandes iniquidades é falsa. A moralidade interna é eticamente neutra em relação a uma grande gama de fins substantivos: aqueles que não violam a legalidade. Mas os propósitos substantivo do direito injustos ou que desconsideram ou violam a dignidade ou a responsabilidade, conseqüentemente violam a legalidade. Sobre estes propósitos a moralidade interna não será neutra. Nesse sentido, ela declarará que uma lei ou um

²⁷⁷ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 189.

²⁷⁸ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 189.

²⁷⁹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 201.

²⁸⁰ Fuller, “Positivismo e fidelidade ao direito – Uma resposta ao professor Hart”, *op. cit.*, p. XXX

²⁸¹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 192.

²⁸² Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 195.

sistema jurídico cujos propósitos violam a justiça, a dignidade ou a responsabilidade não alcançaram o *status* de direito. Não porque violam a moralidade externa (embora também violem), mas porque confrontam a legalidade, ou seja, a própria moralidade interna.

CAPÍTULO 6: LON L. FULLER E A MORALIDADE DO DIREITO (Hart, 1965)

Em *Lon L. Fuller: A moralidade do direito*²⁸³ Hart faz uma breve análise sobre a tese da moralidade interna ao direito. Reconhece a originalidade e criatividade do autor nas suas afirmações sobre o que é certo e errado na teoria do direito, muito embora encontre dificuldade de enxergar argumentos firmes e claros em defesa de suas posições.²⁸⁴ E talvez, admite Hart, seus interesses e pontos de partidas na teoria do direito sejam tão diferentes que estão condenados a não compreender as teses um do outro.

Moralidade de dever e moralidade de aspiração

O livro de Fuller começa com uma contribuição à filosofia moral. Ele concebe a “moralidade como algo que compreende dimensões diferentes de avaliação”²⁸⁵ do comportamento humano. Em contraste, a moralidade tem uma dimensão de dever, que avalia em tom imperativo as condutas em proibidas e exigidas, e uma dimensão de aspiração, que avalia as condutas através de concepções de “vida boa”. A primeira trata, nesse sentido, de regras mínimas de moralidade, e a segunda, das mais altas excelências da moral.

Contudo, sua caracterização vincula os conceitos de moralidade de dever àquilo que é objetivo e “racionalmente encontrável”, enquanto a moralidade de aspiração àquilo que é “subjetivismo apropriado”.²⁸⁶ Isso não encontra amparo em outras afirmações. Fuller reconhece que os filósofos morais divergem sobre que tipo de avaliação moral, de dever ou de aspiração, determinadas condutas devem ser avaliadas (ou que Fuller chama de dificuldade da filosofia moral de indicar onde o dever cessa e a aspiração começa).

Após apresentar “insuficientemente”²⁸⁷, acusa Hart, as dimensões da moralidade, Fuller parte para o direito e introduz seu conceito de moralidade interna.²⁸⁸ Apresenta-

²⁸³ HART, H.L.A. Lon L. Fuller: A moralidade do direito. In: *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Júnior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 386-409 (Coleção Teoria e Filosofia do direito)

²⁸⁴ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 386.

²⁸⁵ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 389.

²⁸⁶ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 389.

²⁸⁷ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 389. “(...) não se torna claro, dadas essas concepções divergentes sobre o alcance do dever, de que modo o autor aplicaria sua caracterização inicial de racionalmente encontrável e não subjetivo.”

²⁸⁸ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 391. “É preciso observar que a força da palavra “interna” na designação predileta do autor busca enfatizar o fato de que essas formas de excelência jurídica derivam, não de princípios de justiça ou de outros princípios morais “externos” ligados aos objetivos

nos o rei Rex, que ao cometer oito tipos de erros na criação a administração de regras para governar seus súditos, não consegue criar direito. Correspondendo aos oito erros, Fuller indica oito “exigências da moralidade interna ao direito”.²⁸⁹ Essas exigências constituem princípios para promover a atividade que têm a intenção de submeter a conduta humana à governança das regras.²⁹⁰

Hart, então, apresenta sua principal crítica. Ele afirma que os princípios de legalidade postulados pela moralidade interna, que deveriam ser considerados como princípios de boa construção do direito,²⁹¹ são confundidos como forma de moralidade porque Fuller não consegue distinguir atividade intencional de moralidade.²⁹² Essa crítica à designação de Fuller dos oito princípios de legalidade ou de construção do direito como uma forma especial de moralidade se dá em razão de que isso leva a aplicação errada da distinção entre moral de dever e moral de aspiração aos oito princípios e a tomar a decisão equivocada de “condená-los” a serem uma moral de aspiração.²⁹³ O legislador que viola algum deles está apenas violando a moralidade de aspiração? A violação de um desses princípios parece, diz Hart, violar especialmente um dever moral.

Nesse sentido, a classificação dos princípios de legalidade como forma de moralidade confunde o mero fato de os princípios orientarem determinado fim (criação e administração do direito) com o fato deste fim possuir um valor moral ou representar um ideal sobre as mais elevadas capacidades humanas, como senso de bondade ou justiça (avaliação moral do direito).

O que faz de uma moralidade de aspiração uma moralidade não é o mero fato de ser orientada a um determinado fim por princípios indicativos não peremptórios, mas o fato de esse fim ser algum desenvolvimento ideal das capacidades humanas que se considera ser de valor supremo na condução da vida. Apenas se o propósito de sujeitar a conduta humana ao governo das regras, independentemente de seu conteúdo, fosse em si mesmo um valor último, haveria qualquer possibilidade de defender a possibilidade de

substantivos ou ao conteúdo do direito, mas que só se podem alcançar por meio de uma consideração realista do que é necessário para a execução eficiente do propósito de orientar a conduta humana por meio de regras.”

²⁸⁹ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 390.

²⁹⁰ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 391.

²⁹¹ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 394.

²⁹² Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 394. “Mas a objeção crucial à designação desses princípios de boa construção como moralidade, a despeito da qualificação de “interna”, é que ela perpetua uma confusão entre duas noções cuja separação é vital: as noções de atividade intencional e moralidade.”

²⁹³ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 394-395.

classificar os princípios de criação de regras como uma moralidade, e de discutir se essa seria uma moralidade de dever ou de aspiração.²⁹⁴

Fuller comete esse erro porque enxerga uma conexão entre a moralidade interna (princípios de construção) com a moralidade externa (justiça).²⁹⁵ Para ele, os princípios não são neutros em relação aos fins substantivos iníquos. Mas seus argumentos não sustentam, por exemplo, a incompatibilidade entre uma lei ser clara e má.²⁹⁶ “Não há, portanto, qualquer incompatibilidade especial entre leis claras e más. Leis claras são, portanto, eticamente neutras, embora não sejam igualmente compatíveis com objetivos vagos e com objetivos bem definidos.”²⁹⁷ Em outras palavras, na visão de Hart, Fuller não consegue demonstrar a não-neutralidade da moralidade interna em relação aos fins substantivos iníquos. O exemplo das leis racialmente discriminatória da África do Sul não demonstram que as leis violam a moralidade interna porque são injustas, mas porque sua vagueza viola a clareza exigida pelos princípios de legalidade.

Assim é a crítica de Hart à tese de Fuller sobre a moralidade do direito: tira os princípios de legalidade do âmbito da moralidade e os leva para o âmbito da eficácia. Logo, toda a argumentação de Fuller em defesa da relação entre o direito e a moralidade, tanto nessa natureza moral interna dos requisitos de legalidade, quanto da sujeição da moralidade externa à interna e, conseqüentemente do acompanhamento da justiça aos requisitos de legalidade, parece, para Hart, nessa perspectiva, não fazer sentido.

Ainda, as acusações de Fuller de que Hart desconsiderou os propósitos do direito. Sua análise, diz Hart, não é, contudo, excludente da análise dos propósitos de Fuller, mas

²⁹⁴ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 395.

²⁹⁵ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 395-396. “Não acredito que o autor tivesse caído nesse fosso que ele mesmo cavou se não fosse por sua convicção de que há conexões importantes, senão necessárias, entre a moralidade ‘externa’, que trata da justiça e do bem-estar humanos, e o que ele chama de ‘moralidade interna ao direito’. De fato, ele afirma, em um capítulo posterior, que a demonstração dessa conexão justifica o fato de ele considerar esses oito princípios uma ‘moralidade’. Ele me censura severamente por eu ter dito que o respeito ao princípio de legalidade é, infelizmente, ‘compatível com enormes iniquidades’; mas não consigo encontrar nenhum argumento convincente em defesa de sua alegação de que esses princípios não são neutros no que diz respeito a fins substantivos bons e maus.”

²⁹⁶ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 396. Ver o exemplo das leis racialmente discriminatórias da África do Sul.

²⁹⁷ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 396. De fato, seu principal argumento nesse campo me parece obviamente falacioso. Ele afirma que a simples exigência da moralidade interna ao direito – de que a lei seja expressa em termos inteligíveis – não é, como poderia parecer, “eticamente neutra”. Mas isso não ajuda em nada o argumento do autor: mostra apenas que o princípio de que as leis devam ser escritas de forma clara e inteligível é compatível com a busca de objetivos substantivos vagamente definidos, quer sejam moralmente bons, quer maus. Não há, portanto, qualquer incompatibilidade especial entre leis claras e más. Leis claras são, portanto, eticamente neutras, embora não sejam igualmente compatíveis com objetivos vagos e com objetivos bem definidos.

complementar.²⁹⁸ Hart alega, e Fuller discorda, que na união dos tipos de regras descrita por ele há um instrumento poderoso de análise do panorama do pensamento jurídico.²⁹⁹ Os pontos obscuros que a moralidade não é capaz de clarear podem ser explicados justamente por essa forma de análise.³⁰⁰

A crítica mais importante de Fuller diz respeito à regra de reconhecimento. Para Hart, a regra de reconhecimento é:

(...) uma regra que é, juridicamente, a última no sentido de que fornece uma série de critérios pelos quais, em última instância, avalia-se a validade das regras subordinadas do sistema. Esta regra, em si, não deve ser caracterizada como juridicamente válida ou inválida – embora possa ser objeto de crítica moral, explicação histórica ou sociológica e outras formas de exame. A existência de tal regra é manifesta no reconhecimento e uso do mesmo conjunto de critérios de validade jurídica pelos responsáveis pela criação, aplicação e implementação do direito e à conformidade geral com o direito assim identificado.³⁰¹

Para Fuller, Hart tenta responder juridicamente questões sociológicas sobre os fundamentos do direito. Mas o fato de que a regra de reconhecimento seja criada pela política ou pela prática social convencional, não exclui que ela seja uma regra.³⁰² A regra última que oferece os critérios para a identificação das demais regras do sistema pode

²⁹⁸ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 403. “Pois em meu livro tentei apresentar formas aprimoradas de descrever e de oferecer uma visão mais clara da estrutura jurídica dentro da qual se buscam tais “propósitos”. Assim, busquei esclarecer, em meu livro, muitas coisas que o autor, no dele, toma por dado. Entre elas, a noção de uma *regra*, que o autor deixa sem análise, mas que acreditei necessitar do mesmo tipo de discriminação, subdivisão e análise que o autor, em seu primeiro capítulo, acreditou ser necessário no caso de “moralidade”.

²⁹⁹ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 403.

³⁰⁰ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 403-404. “(...) ele me acusa de não ver que a ‘estrutura da autoridade, tão frequentemente apresentada com alarde como organizando o direito, é, ela mesma, um produto do direito’ ou (em outra versão) que ‘a autoridade estabelecia, que nos diz o que é o direito, é, ela mesma, produto do direito’. Mas a diferença entre mim e o autor não é que eu não veja este ponto ou que não concorde com ele, mas que, enquanto busco analisar de algum modo o que as frases citadas significam e como pode ser o caso de que, como diz Kelsen, ‘o direito regule sua própria criação’, o autor não oferece qualquer explicação. Em meu livro insisti que por detrás de toda autoridade legislativa (mesmo do supremo órgão legislativo de um sistema jurídico) deve haver regras que especificam a identidade e qualificação dos legisladores e aquilo que devem fazer para criar leis. Em contraste, a única contribuição do autor para esse tema é valer-se novamente de sua panaceia amplamente reutilizada (‘a capacidade de um parlamento de promulgar leis é, em si mesma, uma conquista do esforço intencional’) e a de nos alertar que o que temos aqui ‘não é simplesmente um *datum* da natureza’.”

³⁰¹ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 404.

³⁰² Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 405-406. “Alguns teóricos preferem chamar esse fenômeno de um fato político: trata-lo como o fato de que uma constituição existe nem tanto como um papel, mas como parte da vida da comunidade que vive sob um sistema jurídico. Em meu livro, ofereço razões para dizer que a propriedade dessa última descrição não exclui a classificação desse fenômeno como uma regra jurídica última que oferece os critérios para a identificação de regras subordinadas do sistema jurídico. (...) Considerei em meu livro se a insistência na terminologia de regras para descrever algo tão complexo, vago e fluido seria um erro, e decidi que não era.”

fundar-se num fato político ou sociológico e ainda sim, ser uma regra, porque estabelece o padrão (critérios) para a validade jurídica.

Finalmente, a alegação de Fuller de que a regra de reconhecimento *não pode* estar sujeita a disposições complementares, explícitos ou implícitos, de revogação de autoridades legislativas por “abusos”.³⁰³ Contudo, defende Hart, que a regra de reconhecimento pode ter qualquer conteúdo, inclusive, implícito ou explicitamente, de que a moralidade constitui um critério de validade jurídica.³⁰⁴ Muito embora as regras de reconhecimento não tomem essa forma, já que isso implicaria em demasiada indeterminação dos seus critérios. Fuller pode estar correto sobre a relação entre a moralidade e a obrigação de obedecer ao direito: uma lei moralmente iníqua pode permitir que se retire o reconhecimento da autoridade que a fez.³⁰⁵ Mas a regra de reconhecimento não faz essa pergunta, senão, tão-somente se uma lei é válida juridicamente conforme seus próprios critérios.

³⁰³ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 406.

³⁰⁴ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 406. “(...) no que diz respeito à ‘lógica’, ela poderia prover explícita ou implicitamente que os critérios que determinam a validade de leis subordinadas deveriam deixar de ser considerados como tais se as leis identificadas a partir deles se mostrassem moralmente objetáveis.”

³⁰⁵ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 407.

CAPÍTULO 7: UMA RESPOSTA ÀS CRÍTICAS (Fuller, 1967)

Finalmente, em *Uma réplica às críticas*³⁰⁶ Fuller responde Hart e outros críticos positivistas e encerra o debate.³⁰⁷ Ele estava certo de que há pouco a que se extrair nas refutações às réplicas. Mas o esforço de esclarecimento se fez necessário na medida em que sua resposta à revisão de Hart também respondia aos seus outros críticos.

Hart compreende que os “pontos de partida” dele e de Fuller são tão diferentes que seus interesses na teoria do direito fazem não se compreenderem mutuamente.³⁰⁸ Hart conclui que a diferença fundamental é a paixão de Fuller pela noção de propósitos.³⁰⁹ Mas, segundo Fuller, Hart é que sofre da *ilusão positivista* de ver algum tipo de ganho em tratar atividades intencionais como se não servissem a nenhum tipo de propósito.

Nesse sentido, Fuller aponta os “pontos de partida” do positivismo analítico,³¹⁰ para apresentar os erros de Hart. O termo analítico é, conforme Fuller, um estado de espírito intelectual que analisa seus objetos de maneira isolada e não se preocupa, portanto, com as relações que esses objetos guardam entre si.³¹¹ Existem cinco “pontos de partida” básicos do positivismo analítico: (1) ver o direito como uma projeção unilateral de autoridade, isto é, que emana da fonte autorizada e se impõe aos cidadãos; (2) a preocupação fundamental do positivismo analítico é com a fonte formal autorizada a produzir leis, e nada mais; (3) o legislador não desempenha nenhum tipo de papel especial na produção de leis; (4) se o legislador não exerce nenhum tipo de papel especial, nenhum tipo de moralidade especial está atrelada ao desempenho de suas funções; (5) existe uma separação clara entre o esforço direcionado à criação do direito e o que de fato nasce desse esforço.

³⁰⁶ Capítulo 5 adicionado na segunda edição de *A moralidade do direito* em 1967.

³⁰⁷ Hart pretendia apresentar respostas a Fuller, como sugeriu na introdução de seu “Pós-escrito” publicado postumamente, mas os textos encontrados estavam dedicados apenas a sua controvérsia com Dworkin.

³⁰⁸ Ver p. 67.

³⁰⁹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 226. “Eu acho que o que Hart está tentando transmitir é que eu dou muita importância ao propósito e que faria melhor se diminuísse essa importância em minha maneira de pensar. Na minha opinião, Hart não considera o propósito; ele sofre da ilusão positivista de que algum ganho – não declarado e não analisado – ocorrerá se tratarmos apenas, até onde conseguirmos, os acordos intencionais como se não tivessem propósitos.”

³¹⁰ O termo *Novos Juristas Analíticos* é cunhado por Summers. Ver SUMMERS, Robert S. “The New Analytical Jurists”. *New York University Law Review*, vol. 41, 1966, p. 861-896. Seus “integrantes” fizeram vários comentários críticos à tese da moralidade interna. Nesse sentido, a resposta de Fuller a Hart é simultaneamente uma resposta aos seus outros críticos do positivismo analítico.

³¹¹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 228.

Esses cinco pontos de partida do positivismo analítico o levam a ignorar a *dimensão social* em que um sistema jurídico está inserido.³¹² Existe, para Fuller, um elemento essencial para a criação de um sistema jurídico:³¹³ a relação de cooperação entre aqueles que criam o direito, especialmente os legisladores e os juízes que fazem e aplicam as leis, e aqueles que se submetem ao direito, isto é, os cidadãos. O positivismo ignora essa relação. Nesse sentido, o positivismo é incapaz de enxergar que aqueles que criam o direito desempenham um papel social importante que, em razão disso, devem observar os limites impostos pela moralidade se sua função especial.³¹⁴ Em outras palavras, o respeito a essa moralidade especial – a moralidade interna ao direito – é essencial para a criação de um sistema jurídico.

A defesa de que a preocupação deve ser não com o esforço intencional necessário para fazer o direito, mas com o direito que de fato emerge desse esforço, que sustenta o positivismo, é, talvez, a raiz dos outros pontos de partida. É ao lidar com a interação humana que o positivismo mais falha ao tentar traduzir a realidade, pois ele não é capaz de perceber como os empreendimentos e os compromissos concretizados por meio do esforço intencional se voltam para alcançar determinados propósitos.³¹⁵ E é assim que o direito funciona. O direito é uma atividade intencional que tem o propósito de sujeitar a conduta humana ao governo das regras, que por sua vez só pode ser alcançado através do respeito da moralidade especial que acompanha essa atividade de criar o direito. O positivismo é indiferente aos esforços humanos para criar o direito. Logo, ele é indiferente

³¹² Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 230. “Todos eles [“pontos de partida”] podem ser resumidos na observação de que o positivista não reconhece, no funcionamento de um sistema legal, nada que possa ser verdadeiramente chamado de *dimensão social*. O positivista vê o direito no ponto de seu despacho pelo legislador e, novamente, no ponto de seu impacto sobre a matéria jurídica. Ele não vê o legislador e o cidadão em interação um com o outro e, em virtude dessa falha, deixa de ver que a criação de uma interação efetiva entre eles é um ingrediente essencial da própria lei.”

³¹³ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 228. “[O positivismo] Não identifica como elemento essencial na criação de um sistema jurídico qualquer cooperação tácita entre legislador e cidadão”.

³¹⁴ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 229-230. “(...) uma vez que o legislador não é considerado como ocupante de um papel notável e limitado, nada que possa ser chamado de ‘representante da moralidade’ se liga ao desempenho de suas funções. O advogado comum está, naturalmente, sujeito a um código de ética que rege sua conduta em relação a clientes, colegas advogados, tribunais e o público. Esse código não é mera reafirmação dos princípios morais que regem a conduta humana em geral, mas estabelece padrões especiais aplicáveis à quitação de uma função social notável. Não há, no entanto, espaço na filosofia positivista para um código ético semelhante que regule o papel do legislador. Se o legislador promulgar o que Hart chama de leis ‘injustas’, ele peca, naturalmente, contra a moralidade comum, mas não há moralidade especial aplicável a seu próprio trabalho.”

³¹⁵ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 232. “Sugiro, portanto, que não é por acaso que os elementos de interação que criam e dão sentido à lei são deixados de lado e amplamente ignorados pelo positivista analítico. Não fosse assim, ele teria sérios problemas para manter os princípios básicos de sua fé.”

não só aos propósitos do direito, enquanto atividade intencional propositada, mas à moralidade intrínseca a essa atividade.

Mas afinal, os critérios de legalidade são um tipo de moralidade?

Um afastamento considerável dos princípios de legalidade, afirma Fuller, produz não só um direito ruim, mas algo que não pode ser chamado de direito.³¹⁶ Seus críticos parecem aceitar essa afirmação, inclusive o próprio Hart.³¹⁷ Essa concordância acaba porque Fuller defende que o conceito proibido de propósito deve responder o problema de quando um sistema jurídico viola os princípios de legalidade. Qual é a *finalidade* do direito de modo que ele não existe se não respeitar os princípios de legalidade?³¹⁸

A crítica de Hart e dos outros positivistas analíticos à moralidade interna ao direito é a de que Fuller confunde moralidade com eficácia. Assim, eles aceitam que algum respeito aos oito princípios da legalidade até podem ser essenciais para que as leis sejam eficazes, mas isso não implica que a natureza dos princípios seja moral. O exemplo de Hart compara a moralidade interna à atividade de legislar e administrar as leis e a “moralidade interna” de um atividade intencional censurável, como o envenenamento:

O envenenamento é, sem dúvida, uma atividade intencional, e reflexões sobre seu propósito podem mostrar que ela tem seus princípios internos (“evite venenos, não importa o quão letais, se seu formato, cor ou tamanho puder atrair a atenção”). Mas chamar esses princípios da arte do envenenador de “a moralidade do envenenamento” seria simplesmente obliterar a distinção entre a noção de eficiência para um propósito e aqueles julgamentos finais sobre as atividades e propósitos, dos quais se ocupa a moralidade em suas várias formas.³¹⁹

Mas o que seus críticos querem dizer com eficácia, especialmente aplicado à criação e administração de um sistema jurídico? Fuller apresenta um contra exemplo que mostra por que os princípios da legalidade são essencialmente de natureza moral e não dizem respeito apenas sobre a eficácia. Na década de 1960, a Rússia aprovou leis que

³¹⁶ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 234. “Em meu segundo capítulo, indiquei que um afastamento suficientemente grosseiro dos princípios de legalidade ali enunciados resultaria em algo que não era simplesmente uma lei ruim, mas absolutamente nenhuma lei.”

³¹⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 267. “Para que essa espécie de controle social funcione, as regras devem satisfazer a certas condições (...) Essas características do controle pela regra têm evidentemente uma relação íntima com as exigências da justiça que os juristas chamam de princípios de legalidade.” Ver pp. 49-50.

³¹⁸ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 236. “(...) devemos perguntar, de outra maneira, *para qual finalidade* o direito está sendo definido de forma que ele não possa ‘existir’ sem algum respeito mínimo pelos princípios da legalidade?”

³¹⁹ Hart, “Lon L. Fuller: A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 394. Ver também: Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 239.

puniam com a pena de morte aqueles que cometiam crimes econômicos. Essas leis foram aplicadas retroativamente, de modo que aqueles condenados foram sentenciados à morte por atos que não eram puníveis com a morte quando cometidos. O objetivo do Estado russo era diminuir os crimes econômicos que afetavam sua economia e, certamente, a aplicação retroativa dessas leis era eficaz porque mostrava a não tolerância desse crime. Os advogados e juristas russos que observaram nessas leis um afastamento grosseiro da legalidade não argumentariam que as leis eram ineficazes.

Por que Hart insiste em colocar os princípios de legalidade como uma questão de eficácia e não de moralidade? Isso se deve a duas razões. Primeiro, do ponto de vista moral, ele é indiferente à existência do direito. Segundo, ele enxerga a lei como uma projeção unilateral da autoridade do Estado que se impõe ao cidadão e não como um produto de uma interação de orientações objetivas e propositadas entre o cidadão e o Estado.³²⁰

Comumente, a tradição positivista se preocupou em estudar as relações entre o direito e a moralidade. Nenhum positivista negará as influências mútuas entre as regras jurídicas e as regras morais, ou que a moral oferece padrões de crítica para o direito, ou ainda que ela exerce influência na interpretação das leis. O que falta ao positivismo é a capacidade de reconhecer que o direito desempenha o papel de possibilitar a moralidade no comportamento humano e de que existe uma moralidade intrínseca à atividade de criar e administrar as leis:

Portanto, quando falamos da “neutralidade moral da lei”, não estamos nos referindo a que a existência e a administração consciente de um sistema jurídico não estejam relacionados com a realização de objetivos morais nos assuntos da vida. Se o respeito pelos princípios de legalidade é essencial para criar tal sistema, então, com certeza, não parece absurdo sugerir que esses princípios constituem uma moralidade especial de função ligada a cargo de legislador e administrador de leis.³²¹

A segunda objeção à moralidade interna se funda na presunção equivocada de que o direito é a projeção de autoridade originária do Estado e imposta ao cidadão.³²² Essa visão confunde duas formas de ordem social: o *direito* com a *diretriz gerencial*; ambas envolvem o controle do comportamento humano através da subordinação à autoridade.³²³ A diferença entre elas é que a diretriz gerencial é um tipo de gestão *aplicada* aos

³²⁰ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 243.

³²¹ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 245.

³²² Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 246.

³²³ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 246.

subordinados para servir a propósitos estabelecidos pelo superior; o direito, por sua vez, não estabelece leis para os cidadãos obedecerem e servirem aos propósitos dos legisladores e administradores, os cidadãos *seguem* as leis para a condução de suas próprias vidas.

O erro de Hart é conceber as leis através de um modelo gerencial.³²⁴ Portanto, como uma projeção unilateral de autoridade.³²⁵ Ao contrário, a concepção de Fuller é que, as leis são o produto de uma interação propositada entre cidadão e Estado.³²⁶ Logo, o direito é uma atividade intencional – que demanda critérios de morais para sua criação e administração.

³²⁴ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 259-260. “Para que um sistema normativo seja imposto a alguns pela força, é verdade que, como já enfatizamos ao discutir a necessidade e possibilidade das sanções, deve haver um número suficiente de pessoas que o aceitem voluntariamente. Sem essa cooperação voluntária, que cria a *autoridade*, o poder coercitivo do direito e do governo não pode ser instituído.”

³²⁵ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 256. Ver nota explicativa 209, sobre a diferença entre essa afirmação e a teoria do direito como comandos, de Austin, rejeitada por Hart.

³²⁶ Fuller, “A moralidade do direito”, *op. cit.*, p. 257. “Aqui, não há indícios de que a cooperação voluntária do cidadão deva ser acompanhada por um esforço cooperativo correspondente por parte do Estado. Na análise de Hart, não há reconhecimento de que a manutenção de um sistema legal em existência dependa do cumprimento de responsabilidades interligadas – do Estado para com o cidadão e do cidadão para com o Estado.

CAPÍTULO 8: O DIREITO COMO UMA PRÁTICA SOCIAL E COMO UMA ATIVIDADE INTENCIONAL

Os capítulos anteriores foram dedicados à exposição dos movimentos argumentativos do debate Hart-Fuller. Tentei identificar e apresentar os argumentos principais de cada *round* do debate. Seus ataques e suas defesas giram entorno de uma concepção sobre qual é a relação entre o direito e a moralidade, especialmente sobre a validade jurídica das regras e sobre a existência de um sistema jurídico. Hart defende uma relação contingente entre o direito e moralidade. A moral não é, embora ela possa eventualmente ser se for adotada pela regra de reconhecimento, um critério de validade jurídica das regras, de modo que a imoralidade não afeta a validade jurídica das regras ou a existência do sistema jurídico. Fuller, por sua vez, defende um tipo específico de relação necessária entre o direito e a moralidade. Existem critérios morais – princípios de legalidade – para fazer e administrar as regras, de modo que a violação dessa moralidade interna ao direito afeta não só a validade jurídica das regras, mas também a própria existência do sistema jurídico.

Contudo, embora Hart e Fuller adotem visões diferentes sobre a relação entre o direito e a moralidade, chegam a definições sobre o que é o direito, ao menos numa análise preliminar, bastante próximas. Para Hart, o direito é uma prática social que consiste na aceitação de uma regra de reconhecimento e no uso dela pelas autoridades para identificar os critérios de validade das demais regras jurídicas do sistema. Para Fuller, o direito é uma atividade intencional que consiste no empreendimento de submeter a conduta humana ao governo das regras. Estas, criadas em conformidade com aquilo que ele chama de moralidade interna ao direito, ou seja, critérios morais que permitem uma cooperação entre o Estado que cria e administra as regras e os cidadãos que se submetem a elas.

Os termos prática e atividade, intimamente preocupados com a noção de regra, remetem àquilo que é o ponto de partida de qualquer teórico do direito: o direito é um tipo específico de orientação ou de controle do comportamento humano através de regras. Mas a preocupação compartilhada entre os autores sobre padrão de comportamento guiado por regras termina quando nossa análise avança. O termo “social” que acompanha a prática de Hart e o termo “intencional” que acompanha a atividade de Fuller, indicam essa diferença fundamental. Novamente, nos remetem à relação entre o direito e a moralidade. Esse breve capítulo pretende explicar essa diferença, sobretudo como ela se relaciona com os argumentos defendidos no primeiro capítulo.

Hart e o direito como uma prática social convencional

Para Hart, o fundamento de um sistema jurídico é uma prática social que exige a identificação de regras primárias de obrigação através da *aceitação* e do *uso* dos critérios de uma regra secundária de reconhecimento.³²⁷ A regra de reconhecimento é aquela regra que fornece os critérios de validade jurídica das regras primárias de obrigação e das regras secundárias de julgamento e de alteração.³²⁸ Nos sistemas jurídicos modernos as regras de reconhecimento incluem várias fontes: constituição, atos legislativos e precedentes judiciais. Isso exige uma determinada hierarquização entre os critérios de validade. Nesse sentido, a aceitação desses critérios e o seu uso através da ordenação hierárquica, tanto pelas autoridades públicas quanto pelos indivíduos, marcam o direito como uma prática social complexa de identificação de regras por meio de uma regra de reconhecimento.

Essa prática social é, contudo, uma prática convencional. Os critérios incorporados pela regra de reconhecimento dependem da aceitação e do uso para a identificação das regras. Sendo assim, os direitos e as obrigações trazidos pelas regras não dependem de nenhum alinhamento com a moralidade,³²⁹ mas da mera aceitação convencional dos critérios de validade jurídica. A regra de reconhecimento até pode adotar critérios morais para verificar a validade jurídica das demais regras, mas isso ocorrerá através de um processo convencional que envolve a aceitação e o uso dos critérios, e não de um processo moral, que envolve um valor moral intrínseco dos critérios, que independe da aceitação e do seu uso.

Esta é a relação entre o conceito de direito como prática social e a relação entre o direito e a moralidade defendida por Hart. O direito é uma prática social, cuja relação com a moralidade é contingente, porque envolve uma prática convencional das autoridades e dos cidadãos de aceitar e de usar determinados critérios, incorporados pela regra de reconhecimento, para avaliar a validade jurídica de todas as outras regras. Assim, os direitos e as obrigações constituídos nas regras jurídicas nascem de uma prática social convencionalizada pelos membros da comunidade.

³²⁷ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 129. “(...) só podemos apresentar essas verdades [aquelas que a teoria das ordens coercitivas corretamente parte] e avaliar corretamente sua importância se supusermos um contexto social mais complexo no qual, para a identificação de regras primárias de obrigação, seja aceita e utilizada uma regra secundária de reconhecimento.

³²⁸ Hart, “O conceito de direito”, *op. cit.*, p. 130. “(...) dispõe de critérios válidos para a identificação de regras primárias de obrigação”, mas também para as regras secundárias de alteração e julgamento.

³²⁹ A crítica de Dworkin à teoria das regras sociais de Hart diferencia moralidade convencional de moralidade concorrente. Ver em Dworkin, “Modelo de Regras II”. In: *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2010.

Lon L. Fuller e o direito como uma atividade intencional moral

Para Fuller, o direito é a atividade intencional de submeter a conduta humana à governança das regras. Mas o direito é marcado pela moralidade interna, que impõe a essa atividade intencional critérios morais para a criação e administração das regras e do sistema jurídico. Assim, a moralidade interna, que constitui os princípios de legalidade do direito – e que penso ser adequado comparar com os critérios de validade jurídica de Hart – estabelecem um tipo de moralidade específica para a atividade de criar e administrar o direito. É ela que permite a cooperação entre o Estado e os cidadãos.

É nesse sentido que o direito é uma atividade intencional. Ainda que Hart e Fuller partam da ideia geral de regra que envolve prática e atividade, a relação entre o direito e a moralidade para cada um denotam uma diferença fundamental. Enquanto a prática social de Hart é convencional, a atividade intencional de Fuller é moral, pelo menos no sentido específico da moralidade interna.

Por conseguinte, o direito como uma atividade intencional, para Fuller, tem a moralidade como guia dessa atividade. A atividade intencional de submeter a conduta humana ao governo das regras deve observar os critérios da moralidade interna ou os princípios da legalidade. Nesse sentido, a atividade intencional de Fuller é moral, enquanto que a prática social de Hart é apenas convencional.

Considerações finais

Este trabalho teve como objetivo apresentar os movimentos argumentativos do debate entre Herbert Hart e Lon Fuller sobre a relação entre o direito e a moralidade, para apontar como suas concepções sobre essa relação levam aos seus respectivos conceitos do direito como uma prática social e do direito como uma atividade intencional. Tentei tratar do cerne do debate: seus principais argumentos, suas principais reações e respostas aos argumentos contrários, seus movimentos de recuo e de reelaboração. Enfim, procurei expor e analisar as principais questões que animaram e que moveram o debate, mas que não necessariamente estavam expressas nos textos.

Concluimos que embora os autores partam de um começo comum (o direito é um fenômeno de controle do comportamento humano através das regras), seus conceitos de prática social e de atividade intencional denotam suas concepções sobre a relação entre o direito e a moralidade. Para Hart, as regras são socias, portanto, os direitos e as obrigações existem em razão de uma prática social. A validade dessa prática se refere aos critérios que a regra de reconhecimento, que existe pela sua aceitação e pelo seu uso, adota. Seus

critérios podem, mas não precisam, se relacionar com valores morais. Para Fuller, as regras também são sociais, mas existem em razão de uma atividade intencional. E a validade da atividade intencional de criar e administrar regras jurídicas para submeter a conduta humana à governança das regras depende dos critérios de legalidade que são critérios morais – pelo menos no sentido da moralidade interna ao direito.

O debate Hart-Fuller é, sem dúvidas, um dos debates mais completos e complexos para a filosofia e a teoria do direito. O grande desafio que um trabalho expositivo sobre ele tem é o de apresentar cada rodada conforme seu próprio autor, e não como o seu crítico diz que é. Mas seu estudo constitui um possível começo para lidar com os problemas teóricos sobre a relação entre o direito e a moralidade e para lidar com os problemas que a prática jurídica enfrenta em razão dessa perplexidade.

REFÊRENCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito – Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas. *A breve história do positivismo descritivo*. O que resta do positivismo jurídico depois H. L. A. Hart? Itajaí: Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan-abr 2015.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2013.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Original: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge/London: Cambridge University Press, 2006.)

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Original: *Taking rights seriously*. London: Gerald Duckworth & Co. Ltd, 2005 (terceira impressão); publicado inicialmente em 1977.)

FULLER, Lon L. *A moralidade do direito*. Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. Revisão técnica de Amanda Dorth. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. (Original: FULLER, Lon L. *The morality of law*. Revised edition. New Haven: Yale University Press, 1967; publicado originalmente em 1964.)

_____. *American legal philosophy at mid-century*. Stanford: Journal of Legal Education, 1969. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/42890824>

_____. *Human interaction and the law*. Oxford: American Journal Jurisprudence, 1969.

_____. *Human purpose and natural law*. Notre Dame: Natural Law Forum, 1958; publicado originalmente em 1956.

_____. *Positivism and Fidelity to law: A reply to Professor Hart*. Cambridge: Harvard Law Review, vol. 71, n. 4, 1958.

GOLDSCHMIDT, Victor. “Tempo Histórico e Tempo Lógico na Interpretação dos Sistemas Filosóficos”. *in: A Religião de Platão*. Prefácio introdutório Oswaldo Porchat Pereira, Tradução de Ieda e Oswaldo Porchat Pereira. 2 ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

HART, H. L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. São Paulo: Elsevier, 2010 (Coleção Teoria e Filosofia do Direito). (Original: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.)

_____. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio Sette-Camâra. 2. ed. São Paulo: MWF Martins Fontes, 2009. (Original: *The concept of law*. Second Edition. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994; publicado originalmente em 1961.)

LOPES, José Reinaldo de Lima. Aula inaugural. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 110, p. 907-917, 2015.

_____. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. *In: STORKCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto. (orgs.). Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus editores, 2009.

_____. *Régua e compasso (ou metodologia para um trabalho jurídico sensato)*. Disponível

em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3934065/mod_resource/content/1/Regua%20e%20compasso%20revisto.pdf

MACEDO Jr. Ronaldo Porto. O método de leitura estrutural. *Revista da Escola de Direito de São Paulo*. São Paulo, v. 4, n. 2, mar. 2007.