

MORALIDADE, LEGALIDADE E INSTITUCIONALIZAÇÃO: O DEBATE HART-FULLER | *MORALITY, LEGALITY AND INSTITUTIONALIZATION: THE HART-FULLER DEBATE*

LUCAS FUCCI AMATO

RESUMO | O artigo aborda o debate sobre o vínculo conceitual entre direito e moral travado a partir de 1958 entre dois grandes expoentes da teoria do direito no século XX: H. L. A. Hart e Lon Fuller. São focadas principalmente duas controvérsias. De um lado, Fuller defendeu a tese de que alguns princípios de legalidade compõem uma moralidade inerente ao direito, de caráter formal e procedimental. Hart argumentou que se tratava apenas de regras técnicas, sem caráter moral. De outra parte, foi colocada em jogo a teoria hartiana da regra de reconhecimento como uma regra social. Se, para Hart, tratava-se de uma forma de autodefinição do sistema jurídico como uma união de regras primárias e secundárias, para Fuller não há caráter jurídico, de regra, envolvido, por exemplo, no fato político da transição (revolucionária) de um sistema jurídico a outro.

PALAVRAS-CHAVE | Positivismo jurídico. Moralidade do direito. Legalidade.

ABSTRACT | The paper approaches the debate on the conceptual linkage between law and morals that has taken place since 1958 between two great exponents of jurisprudence in the 20th century: H.L.A. Hart and Lon Fuller. Two controversies are here focused. On the one hand, Fuller defended the thesis that some principles of legality compose a morality inherent to the law, with a formal and procedural nature. Hart argued that these were only technical rules, without moral character. On the other hand, the Hartian theory of the rule of recognition as a social rule has been put into play. If, for Hart, it was a form of self-definition of the legal system as a union of primary and secondary rules, for Fuller there is no legal character, of a rule, involved, for example, in the political fact of the (revolutionary) transition from one legal system to another.

KEYWORDS | *Legal positivism. Morality of law. Legality.*

1. INTRODUÇÃO

Em 1958 a *Harvard Law Review* sediou uma polêmica entre dois grandes expoentes da teoria do direito na tradição anglófona: H. L. A. Hart, professor em Oxford, e Lon Fuller, professor em Harvard¹. Um foi naquela tradição o maior teórico do “positivismo analítico”, proposta de teoria do direito que buscava defini-lo metodologicamente sem referência a maiores controvérsias conteudísticas de cunho moral ou político. O outro, Fuller, foi um dos precursores da escola do “processo jurídico”, que influenciou grandemente o desenvolvimento posterior de teorias procedimentais da jurisdição (constitucional, inclusive) e mesmo de teorias que passaram a reivindicar uma vinculação conceitual necessária entre o direito e certos conteúdos de eficiência econômica ou moralidade política (princípios deontológicos ou políticas de bem-estar).

O debate entre Hart e Fuller, portanto, pode ser lido como um antecessor às polêmicas da teoria contemporânea do direito desencadeadas pela crítica de Dworkin a Hart, com o ulterior desenvolvimento de posições teóricas “pós-positivistas” (ou interpretativistas), positivistas exclusivistas ou positivistas inclusivistas. Para os interpretativistas, na linha de Dworkin (1986, cap. 2), o próprio conceito do que o direito é depende de um juízo moral de adequação e ajuste das razões argumentativas – a controvérsia sobre a definição do direito, em abstrato, é apenas mais geral do que o desacordo teórico entre concepções concorrentes sobre qual deve ser a decisão jurídica em dado caso. Para positivistas exclusivistas, como Raz (1985, p. 297), a autoridade de quem decide o direito é razão que prevalece sobre avaliações ou convicções substantivas sobre o dever-ser. Para positivistas inclusivistas, ou “moderados” – como na

1 Agradeço ao professor Ronaldo Porto Macedo Júnior pelas indicações bibliográficas e discussões sobre este debate teórico.

tese abraçada posteriormente por Hart (2007, pp. 312-6) no pós-escrito da edição de 1994 a *O conceito de direito* (o livro é de 1961) –, valores e princípios morais substantivos podem vir a ser reconhecidos pelo próprio sistema jurídico como critérios decisórios e razões avaliatórias de conduta. O debate de que tratamos ainda é travado em outros termos. Mas caminha sobre o mesmo problema das linhas divisórias ou interseções possíveis entre direito e moral. E continua alvo de grande interesse (ver e.g. CANE, 2010).

Este artigo apresenta inicial e sumariamente as visões de Hart e de Fuller sobre direito e moral, para a seguir focar-se em seu objeto principal: uma análise de dois pontos da crítica de Fuller ao pensamento de Hart. O primeiro consiste na crítica à concepção hartiana de que os princípios da legalidade não têm caráter moral, não sendo, portanto, um elemento de vinculação necessária entre direito e moral. O segundo consiste na crítica de Fuller à teoria da regra de reconhecimento, especialmente quanto à polêmica sobre se tal regra implica uma *aceitação moral* do sistema jurídico ou da autoridade produtora do direito, particularmente quando há uma sucessão de sistemas jurídicos por meio de uma revolução ou golpe de Estado. Antes de analisar essas questões, o trabalho apresenta uma introdução sintética aos pensamentos de Hart e de Fuller a respeito das relações entre direito e moral. Como conclusão, apresenta possíveis vínculos do debate Hart-Fuller com a discussão anterior entre Hart e Devlin.

2. O PENSAMENTO DE HART SOBRE DIREITO E MORAL

Hart desenvolveu uma série de considerações sobre as relações – contingentes ou necessárias – entre direito e moral. Considerou, por exemplo (HART, 2007, cap. 8), os vínculos entre a ideia moral específica de justiça e seus usos em relação ao direito, o vocabulário compartilhado entre obrigações jurídicas e morais

e os caracteres distintivos de umas em relação às outras. Como não cabe analisar ponto a ponto essa série de considerações, destaco aqui duas afirmações centrais do pensamento de Hart sobre direito e moral. Em primeiro lugar, a afirmação de que o juízo jurídico de validade independe totalmente do juízo moral sobre o valor de determinada regra ou sistema jurídico. Em segundo lugar, destaco a conexão entre direito e moral postulada pela tese hartiana do “conteúdo mínimo de direito natural do direito positivo”.

O pensamento de Hart parte de uma revisão do que defenderam seus antecessores. Segundo distingue (HART, 1983, pp. 57-9), os positivistas utilitaristas afirmaram três ideias: a independência entre o juízo moral e a validade do direito posto; a possibilidade de autonomia analítica do estudo do direito, com um vocabulário definido e conceitos próprios; a teoria imperativa do direito, resumido à forma *comando geral do soberano (acima do direito) com ameaça de sanção / hábito de obediência dos outros membros da sociedade (subordinados ao direito)*. Hart refuta a última asserção (especialmente HART, 2007, caps. 2 e 4), mas aceita as duas primeiras.

Sobretudo, quanto à primeira questão, assume a distinção entre o que o direito é e o que *deve ser*; acrescenta que “o que o direito deve ser” inclui não apenas juízos morais, mas quaisquer juízos críticos (de base moral ou não) sobre o direito posto (HART, 1983, p. 69). Quanto aos juízos morais, estes não são meramente subjetivos, mas reconhecer que podem ser racionalmente elaborados e controlados não implica considerar que leis injustas não são leis (HART, 1983, p. 84). Assim, Hart (1983, pp. 49-87 e 123-44) busca uma alternativa a dois pólos teóricos: de um lado, os realistas, para quem a indeterminação do direito é tal que o juiz pode incluir em sua decisão ou argumentação qualquer juízo pessoal sobre valores, apelando para o direito (e assim elegendo arbitrariamente uma das interpretações possíveis); de

outra parte, os teóricos que defendem que “o direito como é” só é produzido (e só pode ser descrito) à luz concepções de como “o direito deve ser”. Essas duas posições são refutadas pela teoria de Hart sobre a decisão jurídica: tal decisão se desenvolveria parcialmente determinada pelas regras, já que estas vinculam e seu conteúdo é basicamente determinado, embora possam elas conter zonas de indeterminação e “penumbra”.

Em alguns casos há “penumbra”; nestes, a aplicação do direito é muitas vezes descrita não como uma criação, mas como um “reconhecimento de algo que espera por reconhecimento”, isto é, como elaboração de um sentido presente potencialmente no direito a ser aplicado (HART, 1983, p. 87). Nesses casos, pode haver uma aproximação entre o que o direito é e o que *deve ser*, os meios jurídicos se aproximam dos fins jurídicos – o que não implica uma moralização do direito, mas um juízo reflexivo propriamente jurídico (HART, 1983, pp. 69 e 86). A redução da incerteza aqui se dá por um juízo crítico sobre o direito (“à luz de fins, objetivos e políticas” e, não necessariamente, de princípios morais), assume Hart (1983, pp. 69-71). Quando se faz um juízo moral sobre o direito, aceitando-se o potencial cognitivo da moralidade, pode-se reconhecer a injustiça de uma lei, mas daí não decorre que o direito perca sua validade por atentar à moral (HART, 1983, pp. 82-4).

O segundo ponto do pensamento de Hart sobre direito e moral a se destacar é sua aceitação específica de algo como uma “moralidade” que vincula o direito positivo – tal moralidade é expressa no que Hart (2007, pp. 208-9) entende como núcleo de bom senso nas visões jusnaturalistas. São pretensões normativas que: (a) decorrem da aceitação da sobrevivência como um objetivo universalmente compartilhado pelos seres humanos; e (b) levam a uma determinação – parcial, mas *substancial* – do *conteúdo* do direito.

Quanto ao conteúdo dessas pretensões, a teoria assume

como incontroverso que a sobrevivência é o fim humano desejado (empiricamente) por todos, independentemente de qualquer pressuposto metafísico mais exigente de que os homens desejem sobreviver por ser este seu fim pré-determinado naturalmente (a). Ademais, a assunção da sobrevivência como um valor sobre o qual pode repousar o vínculo necessário entre direito e moral justifica-se pelo pressuposto de que “nossa preocupação reside nos arranjos sociais para conseguir uma existência continuada e não nos de um clube de suicidas” (HART, 2007, p. 208).

Quanto às implicações que decorrem logicamente do reconhecimento do valor da sobrevivência para a determinação de um conteúdo mínimo de todo direito positivo (b), Hart agrega mais um fator: certos fatos evidentes sobre a condição humana (“truísmos”) que, associados à pretensão de garantir a sobrevivência, reclamam regras jurídicas com determinados conteúdos. Assim, a vulnerabilidade física das pessoas exige regras que proíbam ou restrinjam o uso da violência, do que decorre – dentre outras regras – “o preceito mais característico do direito e da moral: *Não matarás*” (HART, 2007, p. 211, destaque no original). A igualdade aproximada das pessoas e seu altruísmo existente, mas limitado, exigem regras que conformem “um sistema de abstenções mútuas e de compromisso, que está na base quer da obrigação jurídica, quer da moral” (HART, 2007, p. 211). A escassez dos recursos demanda algo como as instituições da propriedade e do contrato. Já a compreensão e força de vontade limitadas exigem alguma “organização para a coerção daqueles que tentariam então obter as vantagens do sistema, sem se sujeitarem às suas obrigações” (HART, 2007, p. 214).

3. A TEORIA JURÍDICA DE FULLER

Fuller (1958, pp. 636-8) apresenta alguns elementos do que virá a chamar de “moralidade interna” do direito quando parte

das asserções: 1) de que o bem é mais coerente do que o mal; 2) de que a proteção contra uma “moralidade imoral” é mais efetiva em uma teoria não positivista do direito; 3) de que o direito pode abrigar o mal, não por explicitá-lo, mas apenas sob a justificativa de que a lei é válida e deve ser aplicada independentemente de seu valor moral (a tese positivista); 4) de que, em contextos de grande injustiça, o direito é a última salvaguarda, pois não pode explicitar essas injustiças como um valor ou um estado de coisas que assim deve ser; 5) de que o reconhecimento da moralidade do direito não torna o direito pior: pelo contrário, o aperfeiçoa e alinha às necessidades sociais e econômicas; 6) de que a relação entre moralidade e direito é diferente do conflito entre comandos contraditórios – jurídicos ou “morais” – que clamam autoridade.

Fuller (1958, p. 644) dá o exemplo de uma monarquia absoluta que, pelo direito, faz promessas de recompensas e sanção, clamando autoridade à sua vontade como fonte única da lei. Se os comandos forem tão arbitrários que frequentemente punem a obediência e prestigiam a desobediência, a própria “fidelidade ao direito” fica comprometida e não há uma ordem jurídica em funcionamento. Há aí injustiças (*i.e.* imoralidades) graves que comprometem a própria juridicidade dos “comandos”. Assim, por exemplo (FULLER, 1969, p. 645), uma das exigências da “moralidade do direito” é de que as normas sejam claras e sem ambiguidade, de modo que seja possível as obedecer.

Decorre que o juiz, ao interpretar o direito, seja a jurisprudência, sejam leis, não apenas busca responder o que o direito é, mas em grande medida dirige seu raciocínio pelo que o direito deve ser (FULLER, 1958, pp. 647-8). Aqui surge um ponto de comparação com Dworkin (1966, p. 1001), para quem o juiz remete suas escolhas a um consenso que não se identifica com uma pesquisa empírica de opiniões, mas depende da construção interpretativa do sentido (favorável ou desfavorável) que a comunidade política confere a determinada prática.

A noção mais conhecida a respeito do pensamento de Fuller é sua definição de oito princípios formais que constituiriam “a moralidade que torna o direito possível” (FULLER, 1969, pp. 33-94): 1) generalidade; 2) promulgação (informação); 3) prospectividade (não retroatividade); 4) clareza (sobre o reconhecimento do cumprimento ou descumprimento das normas – *compliance*); 5) Não-contradição (das prescrições); 6) possibilidade (do que é prescrito); 7) constância (consistência); 8) congruência (entre condutas e deveres proclamados a àquelas relativos). Esses princípios foram recepcionados pelo pensamento jurídico como parâmetros de legalidade, patamares formais para um “estado de direito” ou império do direito (*rule of law*). Esses parâmetros são um dos eixos da polêmica com Hart aqui tratada.

Justamente no livro *A moralidade do direito*, publicado inicialmente em 1964 e originário de palestras na Yale Law School em 1963, Fuller apresenta tais parâmetros e defende que a neutralidade moral do direito não pode significar que a realização operacional do sistema jurídico independa de objetivos morais; pelo contrário, o direito é uma forma de realização da moral (FULLER, 1969, p. 206). A “moralidade que torna o direito possível” é sua moralidade interna, mas o respeito a esta (à “legalidade” ou “juridicidade”) é uma questão de moralidade atrelada ao papel social dos agentes que produzem a lei (o legislador e o juiz, tipicamente). Respeitar a moralidade que torna o direito possível (e constitui o *rule of law*), ademais, depende de que o órgão produtor do direito (por exemplo, o Estado) respeite os valores que constituem a moralidade substantiva ou externa do direito (FULLER, 1969, pp. 223-4). O positivismo confundiria a realização do direito como uma atividade dotada de propósito com um cálculo utilitarista de eficácia. Fuller (1969, p. 229), em resposta, propõe uma teoria interacional do direito, que extrai o sentido dessa prática do propósito de submeter a conduta humana

ao governo de regras e que se fundamenta na observação da interdependência de papéis (por exemplo, o legislador e o cidadão), diferenciados e sustentados por expectativas mútuas – apenas a reciprocidade das expectativas permite ao direito, como um “empreendimento cooperativo”, cumprir sua função de “criar uma interação ordenada entre cidadãos e fornecer sinalizações de direcionamento confiáveis para a ação autodirigida” (FULLER, 1969, p. 229).

Construindo, Fuller (1969, p. 47) apresenta o princípio da equidade, ou do tratamento igual (*fairness*), como pertencente à moralidade externa do direito – portanto, como um postulado que, mesmo não seguido, não descaracteriza um sistema jurídico enquanto tal. Esse princípio é apresentado em contraste com o requisito da generalidade das leis, sem o qual sequer haveria regras, mas apenas decisões *ad hoc* sobre como deve ser ou deveria ter sido. A generalidade, para Fuller, é distinta da impessoalidade das leis, do requisito de terem como destinatário classes gerais, e não indivíduos (pré-)determinados. Este consiste no tratamento igual. Mas pode haver um sistema de *regras gerais* ou de *princípio gerais de conduta* “dirigido a um único indivíduo nominado, regulando sua conduta com outros indivíduos nominados” (FULLER, 1969, p. 47).

Fuller (1969, pp. 42-3) afirma que a “moralidade interna do direito” abrange tanto a moralidade do dever quanto a moralidade da aspiração. A moralidade do dever tem relevância secundária, porém: resume-se basicamente ao conteúdo do direito que ajuda a garantir as condições mínimas da vida social – trata-se dos deveres negativos, sancionados criminalmente, de não matar, não enganar, não difamar, não prejudicar (aproximadamente, o “direito natural mínimo” de Hart). De outro lado, há os deveres que o direito reconhece nas relações entre indivíduos, basicamente por meio de contrato e responsabilidade civil.

Os requisitos da moralidade interna do direito constituem

a própria identidade de um sistema jurídico: são predicados (publicidade, estabilidade, generalidade, consistência, etc.) que, se não realizados em grau funcional, obstam a própria existência de um direito objetivo. “Por causa da qualidade afirmativa e criativa dessas demandas, a moralidade interna do direito preste-se mal a realizar-se por meio de deveres, sejam morais ou jurídicos” (FULLER, 1969, pp. 42-3). Logo, “a moralidade interna do direito é condenada a permanecer largamente uma moralidade de aspiração e não de dever” (FULLER, 1969, p. 43). Trata-se sempre de uma questão de grau na realização dos requisitos da “legalidade”; daí ser uma moralidade aspiracional.

4. O DEBATE HART-FULLER: DUAS QUESTÕES

São analisadas duas críticas de Fuller dirigidas a Hart: a crítica à concepção meramente técnica ou “gerencial” dos princípios da legalidade, que lhes refuta conteúdo moral; a crítica à regra de reconhecimento, como conceito que, para Fuller, procuraria inutilmente descrever em termos jurídicos as expectativas de legitimidade sobre as quais se assenta um sistema jurídico.

As duas questões são relevantes por dois tipos de justificação: (i) a importância da crítica a um conceito-chave da teoria do oponente; (ii) a importância em termos do entendimento do (tipo de) vínculo entre direito e moral postulado pelos autores. Quanto ao aspecto (i), a primeira crítica de Fuller a Hart coloca em xeque, a partir da réplica hartiana, o potencial explicativo do conceito de “moralidade interna do direito”. Sobre tal conceito se assenta o essencial da teoria de Fuller sobre o(s) vínculo(s) entre direito e moral (ii). Já a crítica de Fuller à “regra de reconhecimento” permite esclarecer em que medida essa criação conceitual de Hart – que não é periférica na construção de sua teoria do direito, antes o contrário (i) – implica ou não um

pressuposto moral do sistema jurídico (ii).

4.1. Diretrizes de eficácia ou moralidade interna?

A crítica de Fuller à concepção hartiana dos princípios de legalidade é talvez a principal questão do debate Hart-Fuller do ponto de vista da teoria do último e das diferentes construções conceituais em jogo sobre o vínculo entre direito e moral. Isso porque o debate sobre se os princípios da legalidade conformam uma espécie de moralidade é a chave para se aceitar ou rejeitar o cerne da teoria de Fuller (a ideia de moralidade “interna” ou “inerente” ao direito) e pode levar a reconhecer uma espécie de vínculo necessário entre moral e direito (diferente do vínculo propugnado por Hart em sua teoria do “conteúdo mínimo de direito natural do direito positivo”).

O debate seguiu basicamente os seguintes termos: 1) n’O *conceito de direito* (de 1961) Hart considerou que os princípios de legalidade poderiam ser chamados de “moralidade interna do direito”, mas que eles seriam compatíveis com grande iniquidade; 2) Fuller, n’A *moralidade do direito* (de 1964), rebateu Hart, procurando mostrar como os requisitos formais que compõem a “moralidade que torna o direito possível” restringem a possibilidade de grandes iniquidades, embora sejam estes princípios formais, e não contedudísticos; 3) ao resenhar o livro de Fuller em 1965, Hart replicou que os princípios de legalidade apenas poderiam ser concebidos em termos de eficácia da produção do direito, mas não de moralidade; 4) Fuller, notadamente na sua “Réplica aos críticos”, inserida na segunda edição d’A *moralidade do direito*, de 1969, rebateu a crítica de Hart de que os princípios da legalidade seriam apenas diretrizes em termos da eficácia da regulação jurídica; para Fuller, a concepção de Hart apenas demonstra o “gerencialismo” da teoria deste.

Passemos ao primeiro tempo do debate², isto é, à tese de Hart que será criticada por Fuller. No capítulo 9 d’*O conceito de direito*, ao tratar de argumentos a favor da “negação de que as regras iníquas são direito”, Hart (2007, pp. 222-3) traz como primeiro argumento hipotético aquele de que haveria um vínculo necessário entre os princípios de legalidade e a justiça. Seguir esses princípios da legalidade (como a imparcialidade processual e a não retroatividade, a inteligibilidade, a publicidade, a generalidade e a possibilidade de cumprimento das regras) garantiria que um sistema jurídico sempre fosse minimamente justo, ainda que apenas por uma aplicação justa (correta, equitativa) de leis (substancialmente) injustas. Tais princípios são “exigências de justiça” e, “se isto for aquilo que a conexão necessária entre o direito e a moral significa, podemos aceitá-lo. É infelizmente compatível com iniquidades muito sérias” (HART, 2007, p. 223). A crítica é dirigida explicitamente a Fuller e à concepção de uma “moral interna do direito”.

Cabe ressaltar que Fuller não trata de rejeitar frontalmente a tese hartiana do “conteúdo mínimo de direito natural do direito positivo”. A determinação conteudística que Hart procura no direito natural ou na moral contrasta com o caminho teórico de Fuller, que busca um “conteúdo” formal ou procedimental associável à noção de direito natural. Aqui, a resposta direta de Fuller busca realçar o quanto tal concepção puramente formal de moralidade (“a moralidade inerente ao direito”) já restringe a iniquidade das regras jurídicas.

2 A rigor, a tese de Hart criticada por Fuller seria ela mesma já uma réplica de Hart a Fuller. Porém, a afirmação hartiana de que a obediência aos princípios da legalidade é compatível com grande injustiça independe da referência a esses princípios como uma espécie de moralidade. O debate que interessa aqui, sobretudo, é o que se inicia a partir da crítica de Fuller a Hart – ao acentuar a restrição das injustiças que tais princípios já promovem –, com a sucessiva a resposta de Hart (de que os aqueles princípios são regras de eficácia) e a réplica de Fuller.

Fuller não considera que a moralidade “interna”, “formal” e “procedimental”, seja absolutamente inócua quanto à limitação dos possíveis conteúdos do direito. Essa moralidade, é bem verdade, não determina o conteúdo da legislação quanto a matérias moralmente controversas, como a poligamia, a tributação progressiva da renda ou a subjugação das mulheres (FULLER, 1969, p. 96); tampouco abrange ou determina a impessoalidade, a imparcialidade e a equidade (*fairness*), princípios que pertencem “à moralidade externa do direito” (FULLER, 1969, pp. 46-7). Ainda assim, Fuller (1969, p. 154) nega que normalmente possa ocorrer uma aderência aos *desiderata* (clareza, congruência entre ação oficial e conduta exigida, publicidade, não retroatividade, generalidade, não contradição, constância da regra, possibilidade da conduta exigida) ao mesmo tempo em que o direito seja usado como instrumento para perpetrar graves injustiças, consubstanciadas no conteúdo das regras.

Assim, n’A *moralidade do direito* Fuller (1958, pp. 636-8) corrobora as afirmações que realizara, como a de que, em contextos de grande injustiça, o direito é a última salvaguarda, pois não pode explicitar (e de modo coerente) essas injustiças como um valor ou um estado de coisas que assim deve ser. Daí que Fuller (1969, p. 154) veja a afirmação de Hart (de que os princípios da legalidade são compatíveis com grande iniquidade) como uma “negação explícita de qualquer interação possível entre as moralidades interna e externa do direito [...]”. Sobretudo, Fuller (1969, p. 168) reafirma que “a aceitação dessa moralidade [interna, consubstanciada nos princípios de legalidade] é uma condição necessária, embora não suficiente, para a realização da justiça”. Ademais, para Fuller (1969, pp. 155-6), “o direito é uma condição do bom direito” e “alguma aderência mínima à moralidade do direito é essencial para a eficácia prática do direito”.

A réplica de Hart será, então, no sentido de reconhecer

os princípios da legalidade como uma condição de eficácia do direito, mas lhes denegar o caráter moral. Para Hart (1983, pp. 350-1), a designação daquilo que seriam princípios da legalidade ou juridicidade como uma “moralidade” (inerente ao direito) confunde duas noções: toda atividade dotada de propósito pode ser guiada por princípios de eficácia – tanto a preparação de um veneno quanto a produção do direito, assim, podem seguir diretrizes de boa técnica; mas apenas o que diz respeito a “valores últimos” (ou ao “valor último” do “desenvolvimento ideal das capacidades humanas”) mereceria ser qualificado como “moral”. Já que os princípios para a realização do (bom) direito (como um “empreendimento de sujeitar a conduta humana ao governo de regras”, segundo Fuller, 1969, pp. 106 e 122) não se cingem ao nível dos “valores últimos” com os quais se preocupa a moral, chamar tais princípios de “moralidade” seria descabido. Isso é certo sobretudo quando Fuller (1969, pp. 96-106) reconhece que esses princípios ou *desiderata* têm caráter formal ou procedimental, sendo largamente indiferentes quanto ao conteúdo das regras – do que Hart (2007, p. 223) concluíra ser a “moralidade inerente” ao direito “compatível com iniquidades muito sérias”. Ademais, Hart (1983, p. 252) acrescenta o exemplo de que o requisito da clareza do direito não evitaria conteúdos moralmente repulsivos: “Não há então qualquer incompatibilidade especial entre leis claras e o mal. Leis claras são assim eticamente neutras, embora não sejam igualmente compatíveis com fins vagos ou bem definidos”.

Em sua “Resposta aos críticos”, Fuller (1969, pp. 200-24) tratou de refutar a defesa hartiana de conceber os princípios da legalidade como meios para a eficácia do direito desprovidos de caráter moral. Essa refutação fundamenta-se na defesa, por parte de Fuller (1969, p. 201), de que os positivistas, inclusive Hart, assumem certos “pontos de partida” que os impedem de aceitar sua teoria da “moralidade inerente ao direito”.

A crítica de Fuller consiste em mostrar que o modelo “gerencial” de Hart e a negação de que os *desiderata* da “moralidade interna do direito” tenham valor moral compõem um mesmo defeito da teoria hartiana. Fuller entende que a rejeição hartiana da “teoria do comando” de Austin não é suficiente para superar os “pontos de partida do credo positivista”. A teoria de Austin identificava o direito às ordens emanadas do soberano regularmente (habitualmente) obedecidas, sob ameaça de sanção (cf. HART, 2007, caps. 2 e 4). Para Fuller (1969, pp. 215-6, nota 29), o que Hart rejeitou nesta teoria foi: (1) colocar a eficácia do direito como dependente da ameaça de sanção, e não da aceitação da autoridade; (2) pressupor a comunicação direta (por “ordens” ou “comandos”) entre o soberano e o súdito. Mas a rejeição desses dois pressupostos não traria por si só uma distinção clara entre direito e “controle gerencial”. As ordens gerenciais também podem ser comunicadas de forma não direta, bem como repousam na disposição em aceitar voluntariamente a autoridade. “O ponto crucial em distinguir direito de controle gerencial repousa em um compromisso da autoridade jurídica em aceitar e executar suas próprias regras anunciadas ao julgar as ações de um sujeito de direito” (FULLER, 1969, p. 216, nota 29).

A teoria de Hart não reconheceria tal distinção – e, por isso, repousaria o conceito de direito em uma visão gerencialista – por reafirmar a visão tipicamente positivista, segundo a qual o direito é uma “projeção unidirecional de autoridade, emanando de uma fonte autorizada e se impondo sobre o cidadão” – o que a impediria de reconhecer uma “dimensão social” no funcionamento do direito, qual seja: a “interação” entre o produtor do direito (*lawgiver*) e o cidadão, ambos desempenhando “papéis sociais complementares”, com uma “moralidade do papel social” que vincula a cada um no desempenho de suas funções (FULLER, 1969, pp. 192-3).

A posição de Fuller, portanto, pode ser assim sintetizada:

(i) o direito, sendo o empreendimento de submeter a conduta ao governo de regras, desempenha um papel na realização da moralidade (FULLER, 1969, p. 205); (ii) a existência do direito pressupõe a fidelidade a certos princípios que garantem a integridade do direito (em diferentes graus), mas são moralmente neutros quanto à “moralidade externa”, substancial (FULLER, 1969, p. 206); (iii) a realização do direito depende desses princípios e eles “constituem uma especial moralidade de papel social que é atribuída à função do produtor e administrador do direito” (FULLER, 1969, p. 206); (iv) essa moralidade pressupõe a rejeição da visão do direito como uma “projeção unidirecional de autoridade”, reclamando que o direito seja concebido como um empreendimento cooperativo entre os órgãos de governo e os cidadãos (FULLER, 1969, p. 207).

Os dois passos finais desse percurso argumentativo de Fuller tornam sua teoria da “moralidade inerente ao direito” mais plausível do que ela aparece diante da crítica de Hart. Mas, a despeito dos esclarecimentos que tanto Fuller quanto Hart fazem a respeito da noção ou conceito de “moral” ou “moralidade”, resulta insolúvel um juízo definitivo sobre a questão de se a “moralidade interna do direito” é mesmo moral ou apenas um conjunto de diretrizes de técnica jurídica. Assim, não parece procedente aceitar sem qualificações quaisquer dos lados do debate – a discussão permanece com patologias de linguagem não sanadas.

Se concebermos a moral de uma perspectiva mais empírica ou sociológica, esta aparecerá como uma atitude interna de aceitação de certos padrões de conduta – tipicamente, aqueles padrões tradicionais de um dado grupo ou mesmo de uma certa função ou profissão. Nesse sentido, é convincente o recurso de Fuller de conceber os princípios da legalidade como uma “moralidade” dos “produtores de direito”. Em uma atitude conceitual diametralmente oposta, identificando a moral a juízos

mais exigentes quanto à boa vida, como o faz Hart, resta evidente que os princípios da legalidade, como regras de carpintaria, são diretrizes técnicas, mas não exigências morais. Inclusive, a adoção da concepção hartiana de moralidade corroboraria a rejeição de uma moralidade inerente aos princípios do direito na linha de dois argumentos formulados por Dworkin (1965, esp. pp. 674-6): (1) desobedecer a qualquer parâmetro em si (e os *desiderata* são parâmetros para a produção do direito) pode ser repreensível moralmente, o que não significa que os parâmetros são eles mesmos normas morais; (2) mesmo se fossem normas morais, o que Fuller requer é apenas a coincidência do “comportamento” de produção do direito com os parâmetros definidos (que tornam a produção do direito eficaz), o que independe de uma adesão moral a tais parâmetros (obedecê-los por acreditar no seu valor moral, segui-los como regras e razões intrinsecamente boas, independentemente de motivação estratégica). O que decorre desses dois argumentos é que não haveria em si uma necessária moralidade (interna) do direito, uma orientação valorativa necessária que torna o direito possível.

Um ponto lacunoso deixado por este debate diz respeito à extensão das concepções de direito e moralidade aqui tratadas para uma situação de pluralismo jurídico. É falso afirmar que a teoria de Hart, por reduzir o direito a um comando estatal, não deixaria qualquer espaço ao reconhecimento de outras ordens jurídicas (não estatais) convivendo em um mesmo espaço, ao mesmo tempo. Isso porque, primeiramente, Hart define o direito não a partir do comando do soberano, mas da aceitação (uso) de regras sociais, as quais são qualificadas como jurídicas por padrões costumeiros de entendimento consolidados em um grupo de autoridades oficiais (que tipicamente é estatal, mas pode não o ser). O positivismo jurídico como um todo, diz Waldron (2010, p. 141, nota 26), aceita como fonte do direito não apenas a legislação, mas também o costume (ainda que

em posição subordinada e subsidiária, no mais das vezes). É certo, porém, que Hart não se preocupou em desenvolver o tema do pluralismo jurídico. Do lado de Fuller, embora a pluralidade de ordens jurídicas fosse albergada por sua concepção de direito como empreendimento realizado de maneira horizontal (“interacional”) em diversas frentes – isto é, pela ordem estatal, mas concomitantemente também por vários “sistemas jurídicos em miniatura” –, o pluralismo jurídico seria, como assinala Waldron (2010, pp. 151-4), um obstáculo à manutenção de alguns princípios da legalidade ou *desiderata* da “moralidade inerente do direito” (generalidade, não contradição, etc.), quando considerada a filiação de cada pessoa a várias ordens jurídicas (que podem exigir condutas contraditórias, regras que são seguidas pela “oficialidade” de um sistema, mas não pela dos outros, etc.).

4.2. Endosso moral da autoridade ou regra de reconhecimento?

Da mesma forma que a aceitação ou rejeição do caráter moral consubstanciado nos princípios da legalidade é central para o acolhimento ou refutação do cerne da teoria de Fuller, a crítica que Fuller dirigiu à teoria da regra de reconhecimento afeta, uma vez corroborada, um dos pilares da teoria hartiana, isto é, um dos pontos de inovação de sua construção conceitual, em oposição à tradição precedente (outros pontos são a ideia de sistema jurídico como “união de regras primárias e secundárias”, a defesa da descrição por um “ponto de vista externo moderado” e o reconhecimento de uma “textura aberta da linguagem”). Igualmente, o debate sobre a “regra de reconhecimento” é uma das chaves para a polêmica com Fuller em termos do(s) vínculo(s) entre direito e moral, pois o fechamento do sistema jurídico pela regra de reconhecimento, como uma regra social, é uma hipótese sobre a fundamentação da autoridade – é preciso então considerar se tal teoria da regra de reconhecimento é compatível

com as afirmações de Hart (2007, p. 219) de que (1) um sistema jurídico precisa repousar não só na coerção, mas em alguma medida de aceitação voluntária (“ponto de vista interno”), e de que (2) tal aceitação *independe* de endosso moral.

Na visão de Fuller (1969, pp. 137-8), a regra de reconhecimento é postulada por Hart como uma regra que confere poder, que expressa a aceitação de certa autoridade como fonte do direito. Essa regra não poderia (na interpretação fulleriana de Hart) conter limitações ao exercício do poder por tal autoridade, de forma que a autoridade “legalmente” constituída não pode ser “legalmente” revogada. Para Fuller, essa explicação não convence, pois Hart estaria aplicando noções jurídicas (a começar pelo conceito de regra) a uma situação que está fora do campo do direito, qual seja: a sustentação a um sistema jurídico, que para Fuller repousaria sempre em “aceitações e expectativas tácitas” que corroboram o sentido de que tal sistema é correto (*right*), mas que não podem ser expressas em termos de obrigação ou capacidade. Tal sustentação de um sistema jurídico por expectativas acerca de sua correção (moral) seria, para Fuller (1969, pp. 138-40), uma questão sociológica, empírica, antes que jurídica, normativa.

Tal crítica é reiterada ao ser aplicada ao problema da “persistência do direito”, um dos quais a regra de reconhecimento visa a resolver. Se um rei sucede a outro em conformidade com as leis de sucessão, o direito anterior continua a vigor. Mas se, por um golpe de Estado, um rei sucede a outro sem obedecer “as regras aceitas de sucessão”, todo o direito que era validado a partir do nível secundário da regra de reconhecimento (como uma regra social, não válida mas *aceita*) deixa de valer? Para Fuller (1969, p. 142), o conceito de regra de reconhecimento deixa de oferecer resposta plausível a essa questão da dependência da validade do direito em relação ao reconhecimento da autoridade produtora das regras. Em face dessa situação, Hart teria que

apelar para a ficção de que, se o rei golpista não disser nada sobre o direito anterior, ele tacitamente o recepcionou (revalidou).

A resposta de Hart a Fuller principia por enfatizar o caráter jurídico da regra de reconhecimento, no sentido de que esta abrange a variedade de critérios que são usados pelas autoridades no discernimento de qual é o direito válido. “A existência dessa regra é manifesta no reconhecimento e uso do mesmo conjunto de critérios de validade jurídica pelos oficiais produtores, aplicadores e executores do direito e na conformidade geral ao direito assim identificada” (HART, 1983, p. 359). Não se trata de um fato puramente político, nem de regras do mesmo tipo que as positivadas nem de costumes ou convenções usuais – porém não deixa de ser uma *regra*; com “textura aberta”, é certo, mas a única que responde corretamente à questão de qual é o direito válido em dado sistema jurídico, incluindo critérios hierarquicamente arranjados que fazem referência às fontes oficiais do direito (HART, 1983, pp. 359-60). Assim, para Hart (1983, p. 361), a identificação do direito válido por referência à regra de reconhecimento é plenamente *distinguível* da questão da obediência à autoridade, de se uma lei é tão moralmente repugnante que merece ser desrespeitada e a autoridade que a põs merece ter seu “reconhecimento” desconfirmado.

De outro lado, Hart (1983, pp. 362-3) defende sua teoria da regra de reconhecimento para explicar especificamente o caso da persistência do direito após a autoridade que o produziu haver sido tirada do poder. Essa persistência da validade de todo o corpo de regras anteriores é explicável não a partir de hábitos de obediência à autoridade, mas da referência aos critérios atualmente aceitos para a identificação do direito válido, critérios estes que constituem a própria regra de reconhecimento e que fazem referência ao órgão aceito como produtor do direito, e não à pessoa que o ocupe. Após uma revolução, tais critérios são colocados sob incerteza, mas tão logo tribunais,

legisladores e outros oficiais desenvolvam uma prática uniforme de reconhecimento, de aplicação de certos critérios para a identificação do direito válido, tem-se uma nova regra de reconhecimento, sobre a qual também repousa o direito anterior – que estava sob outra regra de reconhecimento, mas que tenha sido identificado como válido pelos novos critérios estabilizados.

Acredito que tal resposta de Hart é suficiente para refutar a acusação de Fuller. Por um lado, mostra que a insistência em tratar juridicamente a questão da sucessão de ordens jurídicas não é cognitivamente inócua. Em vez de deixá-la à parte da teoria do direito, como mero fato político de golpe ou revolução, Hart procura mostrar como o próprio sistema jurídico é afetado por tal fato empírico, traduzindo-o em termos de critérios jurídicos – de práticas de reconhecimento do direito válido que, uma vez afetadas por uma alteração de poder “irregular” (que foge às “regras sucessórias”), são empiricamente revistas pelos órgãos produtores e aplicadores do direito, de modo que novos critérios são ou podem ser estabilizados no sistema. Há aqui uma explicação plausível sobre os processos de desinstitucionalização e (re)institucionalização sob a ótica do sistema jurídico.

Essa resposta realça também as pretensões *descritivas* da teoria de Hart e sua coerência com a posição de separar o direito “como é” do direito “como deve ser” (objeto de sua ampla discussão sobre o positivismo e a separação entre direito e moral – HART, 1983, pp. 49-87). Aceitemos ou não tal pressuposto, é fato que na resposta a Fuller ele é de grande utilidade argumentativa, permitindo a Hart esclarecer como a “aceitação” da “autoridade” produtora do direito *não* representa um endosso moral da ordem jurídica ou da pessoa ou órgão que a produz – Fuller, na sua crítica à regra de reconhecimento, parece haver fundido tais dimensões. Finalmente, a resposta de Hart é coerente com o que propugnou acerca do caráter moral da autoridade n’*O conceito de direito* (HART, 2007, pp. 218-9): 1) o reconhecimento de um

dever ou obrigação de seguir a regra independe do juízo moral que o “usuário” do direito faça a respeito do sistema a que está submetido; 2) a obediência a tal sistema pode se dar pelos mais diversos motivos, do interesse estratégico ao medo da punição, não dependendo unicamente de que os cidadãos creiam no *valor* do sistema jurídico ou da autoridade que o produz.

Há, porém, quem argumente que os pontos centrais e mais inovadores da teoria do direito de Hart (recusa das teorias do comando e da soberania, defesa do ponto de vista “externo moderado”, teoria das regras a partir de sua prática linguística, distinção entre regras primárias e secundárias) permaneceriam incólumes mesmo se Hart houvesse enfrentado o dogma positivista da separação entre direito e moral. O reconhecimento de que haja uma conexão criterial entre legalidade (ou juridicidade) e direito e de que os princípios da legalidade tenham significado moral não contradiz a negação de Hart de que o direito simplesmente “reproduza demandas da moralidade”, mas tal reconhecimento afetaria a defesa de uma separação total entre direito e moral (WALDRON, 2008, pp. 1168-9). Essa separação pode ser refutada em referência ao conteúdo moral de certas regras ou, como no caminho preferido por Fuller, pelo reconhecimento de uma moralidade inerente à juridicidade *formal*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em polêmica anterior com Patrick Devlin, Hart sustentara uma posição de minimalismo moral e apresentara uma distinção relevante. Quanto ao minimalismo, tornara-o evidente quando, referindo-se a Devlin, Hart (1963, pp. 51-2) afirmara que a ideia de que a sociedade partilha *alguma* moralidade é evidente; a de que a sociedade é idêntica a uma “teia moral” que ela se deu em certo momento e de que afetar um valor desta teia faz a sociedade desmoronar é um absurdo. Por isso, a moralidade teria que dizer

respeito a alguns aspectos essenciais da vida social, e não a todos. Tal juízo é corroborado quando, em resposta a Fuller, Hart (1983, p. 351) preceituou que a moral diz respeito apenas a “valores últimos”, ou ao “desenvolvimento ideal das capacidades humanas”, tomado como o “valor último”.

Quanto à distinção apresentada por Hart (1963, pp. 17-24), esta segundo ele remonta aos utilitaristas do século XIX: trata-se da diferença entre moralidade positiva e moralidade crítica. A primeira seria aquele conjunto de juízos normativos “convencionais”, empiricamente “aceitos” e compartilhados. A segunda diz respeito à elaboração de um raciocínio de avaliação sobre a moralidade convencional. No debate com Devlin, Hart (1963, pp. 28-9) criticou como conservadorismo derivar orientação normativa de crítica ética a partir da moral convencional. Já a moral crítica seria aquela ilustrada pelo princípio do dano de John Stuart Mill (2003, p. 150), segundo o qual a liberdade individual só poderia ser limitada quando um indivíduo causasse dano físico a outro (por oposição à visão eudaimonista/ paternalista de que o Estado ou o direito deveriam promover o bem do indivíduo). Esse princípio de Mill pode ser visto como o estopim da argumentação de Devlin, a qual, entretanto, buscou desenvolver exigências morais mais densas, que acabaram por afastá-lo de uma concepção tão “libertária” quanto a de Mill. Daí que boa parte da argumentação de Devlin (1965, esp. cap. 6) tenha buscado justificar que os vícios morais também devam ser punidos.

A transição do debate Devlin-Hart ao debate Hart-Fuller foi marcada também por uma mudança das distinções conceituais que se colocaram como eixos do debate. No segundo deles, duas passam a ser as grandes distinções, ambas colocadas por Fuller: a diferença entre uma moralidade de aspiração e uma moralidade de dever e a diferença entre a moralidade externa e a moralidade interna do direito. Quanto ao primeiro par, houve críticas e réplicas, mas o vínculo entre direito e moral construído

por Hart (o “conteúdo mínimo de direito natural”) permanece como um exemplo de moralidade de dever, enquanto os *desiderata* da legalidade ou juridicidade colocados por Fuller são, em grande medida, exemplo de uma moralidade aspiracional (FULLER, 1969, pp. 41-4). A distinção mais relevante para as questões que aqui foram discutidas diz respeito ao segundo par: moralidade externa e moralidade interna do direito. Para Hart, a segunda não seria propriamente “moral”; nesse juízo, Hart manteve-se coerente em conceber como moral apenas julgamentos de valor mais exigentes e relativos a questões de conduta e boa vida.

REFERÊNCIAS

CANE, Peter (Ed.). **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Oxford: Hart, 2010.

DEVLIN, Patrick. **The enforcement of morals**. London: Oxford University Press, 1965.

DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the enforcement of morals. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 75, n. 6, pp. 986-1005, 1966.

DWORKIN, Ronald. Philosophy, morality, and law: observations prompted by professor Fuller’s novel claim. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 113, pp. 668-690, 1965.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969.

FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, pp. 630-672, 1958.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon, 1983.

HART, Herbert L. A. **Law, liberty and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1963.

MILL, John Stuart. On liberty. *In*: _____. **Utilitarianism and On liberty**. 2 ed. Malden: Blackwell, 2003. pp. 88-180.

RAZ, Joseph. Authority, law and morality. **The Monist**, Oxford, v. 68, n. 3, pp. 295-324, 1985.

WALDRON, Jeremy. Legal pluralism and the contrast between Hart's jurisprudence and Fuller's. *In*: CANE, Peter (Ed.). **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Oxford: Hart, 2010. pp. 135-155.

WALDRON, Jeremy. Positivism and legality: Hart's equivocal response to Fuller. **New York University Law Review**, New York, v. 83, n. 4, pp.1135-1979, 2008.

Recebido em | 11/02/2019

Aprovado em | 28/02/2019

Revisão Português/Inglês | Mauro Luis Thobias

SOBRE O AUTOR | ABOUT THE AUTHOR

LUCAS FUCCI AMATO

Pós-doutorando. Doutor e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Estágio doutoral “sanduíche” como visiting researcher na Harvard Law School, Cambridge, Estados Unidos. Estágio pós-doutoral como academic visitor na University of Oxford (Centre for Socio-Legal Studies), Reino Unido. Professor colaborador no Programa de Pós-Graduação em Direito da USP. Email: lucasfamato@gmail.com.