

Angela Vidal da Silva Martins



A MORALIDADE DO DIREITO  
COMO CONDIÇÃO DE LIBERDADE EM  
LON FULLER

**LEX** MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ANGELA VIDAL DA SILVA MARTINS

**A MORALIDADE DO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE LIBERDADE  
EM LON FULLER**

Porto Alegre

2012

ANGELA VIDAL DA SILVA MARTINS

**A MORALIDADE DO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE LIBERDADE  
EM LON FULLER**

Dissertação apresentada à Universidade Federal do Rio Grande Do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luis Fernando Barzotto

Porto Alegre

2012

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Luis Fernando Barzotto, meu orientador, pelas luzes, apoio, clareza, confiança, exemplaridade, exigência, e pelas tão oportunas indicações para concluir a redação do texto definitivo.

Agradeço especialmente ao Prof. Humberto Ávila, Prof. Giovani Saavedra, Prof. Juan Bautispte Etcheverry e ao Prof. Elton Somensi pelas excelentes e profundas observações que fizeram para melhorar a qualidade do texto, e, especialmente, pela delicadeza com que o fizeram.

Agradeço a Prof. Kristen Rundle (London School of Economics and Political Sciences), ao Prof. John Finnis (Oxford University) e ao Prof. Kenneth Winston (Harvard University) pela solicitude em receber-me em suas respectivas universidades e pelos diálogos que mantivemos, fundamentais para o encaminhamento deste estudo.

Agradeço a Rosmari de Azevedo, Denise Dias de Souza, Fabiane Dias Pacheco Borges, Alexandre Mörschbacher, Elisangela Silva, Anderson Kovalsky, Fernanda Fassina, Juliane Rings Zaleski, e toda equipe do PPGD, pelos inumeráveis serviços que nos prestam para tornar possíveis nossos estudos.

Agradeço aos professores e colegas da Pós-Graduação, com quem tanto aprendi nesses anos, e, em especial, a Roberta Dhremer de Miranda, por seu decisivo incentivo.

Agradeço a meus pais, a quem devo o amor ao Direito e à justiça, e aos quais dedico este trabalho.

Agradeço aos meus irmãos e irmãs sempre tão presentes, e a todos os membros da minha tão querida Família pelo apoio constante.

Agradeço principalmente a Deus por tantos dons e graças que envolveram esse trabalho, a começar da saúde para poder realizá-lo.

*“Ama et fac quod vis”*

Santo Agostinho

## RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade procurar demonstrar que a moralidade do Direito pode favorecer a liberdade, e, conseqüentemente, a comunicação social, a partir da proposta de Lon Fuller. Para tal, optamos primeiramente, por dá-lo a conhecer, através de sua biografia e escritos, pois, além de tratar-se de um autor ainda pouco divulgado em nosso país, esse passo pareceu-nos facilitar a compreensão de sua teoria. Em seguida, definimos antropologicamente os conceitos de moralidade e liberdade a partir do realismo jurídico, que entendemos servir de base filosófica para o autor. Após delinear sua postura com relação ao Direito, entramos no cerne da questão a ser confirmada a partir de seus escritos: se há um vínculo entre moralidade e Direito; se promovê-lo favorece a liberdade ou a limita, e se contribui efetivamente para a ordenação social fundamentada na comunicação, a partir de relações livres. Por fim, concluímos com uma breve avaliação crítica e uma sugestão prática para a formação dos estudantes de Direito, de forma a tornar efetiva sua teoria, já que esta sempre foi uma preocupação majoritária para o autor.

Palavras-chave: Moralidade – Liberdade – Direito - Comunicação

## ABSTRACT

The present work has the purpose of demonstrating that the morality of Law can favour freedom, and, consequently, the social communication, in the studies of Lon Fuller. For this target, we opted to show him off through a brief biography and writings, because this step seemed to us a way of making his comprehension easier, and also because the author is still not much known in our country. Following, we bring up the anthropological concepts of morality and freedom from the juridical realism, for it seems to be the author's philosophical basis. After outlining his concept of Law, we get to the central point of the question to be confirmed through his writings: if there is any link between morality and Law; if promoting this link help freedom or constraint it, and if it really contributes to a social order based on communication, departing from free relations. Ending, we conclude with a brief critical valuation and a practical suggestion for the education of Law's students, which has always been a major concern for the author.

Key-words: Morality- Freedom – Law - Communication

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>A. LON FULLER .....</b>	<b>10</b>
<b>A.1. Biografia .....</b>	<b>10</b>
<b>A.2. Obras.....</b>	<b>16</b>
<b>A.3. Aproximação ao objeto de estudo .....</b>	<b>21</b>
<b>A.4. Evolução .....</b>	<b>21</b>
<b>B. CONCEITOS DE MORALIDADE E LIBERDADE .....</b>	<b>24</b>
<b>B.1. A moralidade no realismo jurídico .....</b>	<b>24</b>
<b>B.2. A liberdade no realismo jurídico .....</b>	<b>25</b>
<b>C. O DIREITO EM LON FULLER .....</b>	<b>28</b>
<b>C.1. Conceito de Direito .....</b>	<b>28</b>
<b>C. 2. O Direito natural em Fuller .....</b>	<b>35</b>
<b>C.3. Meios e fins no Direito.....</b>	<b>42</b>
<b>C.4. Comunicação e Direito .....</b>	<b>46</b>
<b>D. A MORALIDADE DO DIREITO.....</b>	<b>49</b>
<b>D.1. A moralidade em Lon Fuller .....</b>	<b>49</b>
<b>D.2. Moralidade do dever e moralidade de aspiração.....</b>	<b>52</b>
<b>D.3. A moralidade interna do Direito: os oito <i>desiderata</i> .....</b>	<b>56</b>
<b>D.4. A moralidade interna do Direito e sua aplicação prática .....</b>	<b>63</b>
<b>D.5. A moralidade externa do Direito.....</b>	<b>68</b>
<b>D.6. A relação entre moralidade interna e externa do Direito .....</b>	<b>78</b>
<b>D.7. Moralidade interna, moralidade externa e comunicação .....</b>	<b>81</b>
<b>E.MORALIDADE DO DIREITO E LIBERDADE.....</b>	<b>84</b>
<b>E.1. Moralidade e liberdade em Lon Fuller .....</b>	<b>84</b>
<b>E.2. Moralidade interna do Direito e liberdade .....</b>	<b>87</b>
<b>E.3. Liberdade e ordem social .....</b>	<b>89</b>
<b>F. MORALIDADE, LIBERDADE, DIREITO E COMUNICAÇÃO .....</b>	<b>97</b>
<b>F. 1. Moralidade, liberdade, Direito e comunicação.....</b>	<b>97</b>
<b>F.2. Moralidade, liberdade e o <i>rule of Law</i>.....</b>	<b>101</b>
<b>F.3. Oposições.....</b>	<b>104</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>108</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>113</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve sua mais remota origem em uma preocupação com a formação de estudantes de Direito, nos quais se pode, em geral, constatar certa falta de motivação mais profunda, que possa sustentar, a longo prazo, uma prática profissional adequada.

A teoria de Lon Fuller, que também nasceu e se fortaleceu na Academia, em busca de um entendimento claro da natureza do Direito, apresenta um caminho original, profundo e prático para que o Direito cumpra efetivamente o seu papel, através de uma proposta jusnaturalista procedimental. Nela, parte do elo entre moralidade e Direito, apresentando-o como condição de liberdade - não sob a ótica “liberal”, mas com um sentido mais transcendente -, e como garantia da comunicação social.

As relações entre moralidade, Direito, liberdade e comunicação, se corretamente dispostas e entendidas poderiam oferecer uma fundamentação mais sólida para a atividade profissional, ao sublinhar a excelência própria da natureza humana a partir de seu livre arbítrio - e principalmente através deste -, servindo-se do Direito como instrumento.

Seus escritos versam continuamente sobre essas relações, porém de forma assistemática, própria de seu modo peculiar de trabalhar, e que exigem de seu leitor certo esforço para compreender e unificar seus brilhantes *insights* com relação à realidade que lhe exasperava em termos de ideal e prática. De acordo com a Professora Kristen Rundle, da *London School of Economics and Political Sciences*, suas propostas não deveriam ser lidas como um *check list* formal, já que à primeira vista, podem se apresentar como tal, mas entendidas a partir da pessoa, como agente livre e receptor do Direito, e da importância das boas relações que o Direito deveria promover e garantir <sup>1</sup>.

O Professor John Finnis da *Oxford University* também oferece conclusões semelhantes sobre o jusnaturalismo procedimental de Fuller. Tendo lhe servido de bibliografia básica quando lecionava Filosofia do Direito para os primeiros anos, afirma que o livro *The Morality of Law* contribuía para que os alunos estivessem criticamente preparados, e não ideologicamente deformados. Quanto à moralidade em Fuller, comenta que não se trata de algo dogmático, mas racional e relacional, que sustenta a *communicatio*, não concebida sob o aspecto formal e analítico, mas no sentido de *dealing* (trato), ou melhor, de *interpersonal relationship* (relação interpessoal) <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Entrevista, LSE, UK: 1-II-2011.

<sup>2</sup> Entrevista, *Oxford University*, UK: 3-II-2011.

A grande contribuição do autor à teoria do Direito - ainda pouco explorada e divulgada em nosso país - tem sido redescoberta e resituada em outros países como os Estados Unidos, Inglaterra e Holanda, por especialistas como o Professor Kenneth Winston, da *Kennedy School of Government*, J. Witteveen, Robert Summers, Nicola Lacey e os já mencionados ao longo desta introdução, já que à sua época foi pouco compreendido e praticamente reduzido a um debate, quando sua proposta era muito mais abrangente <sup>3</sup>.

O cerne desta pesquisa segue a linha destes autores, procurando aprofundar no elo entre moralidade e liberdade, a partir das propostas de Lon Fuller, cuja teoria não nega sua raiz aristotélica <sup>4</sup>, tomando a relação (*relationship*) não só como princípio, mas como fim do Direito.

A teoria de Fuller parece-nos, ainda, de extrema relevância para nosso país, já que, em palavras do Prof. Humberto Ávila <sup>5</sup>, promove um profundo respeito pelo destinatário do Direito e, conseqüentemente, a segurança jurídica. Nesse sentido, citou o recente julgamento conjunto das ADC 29 e 30 e da ADI 4578, onde podemos visualizar claramente aspectos importantes da teoria de Fuller. Para evidenciar, transcrevemos o pronunciamento do Ministro Cezar Peluso, grifando o que se relaciona mais diretamente com o que vamos tratar neste estudo:

Ao se manifestar pela irretroatividade da lei, o Presidente da Corte argumentou que, ao atingir fatos passados, ocorridos antes da vigência da norma, o Direito não estaria levando em consideração o ser humano em sua dignidade, porque absteria dele sua capacidade de se autoadministrar. Tratando-se de fato acontecido no passado, ele considerou que o cidadão não teria possibilidade factual de eleger comportamentos com base em lei futura. De acordo com o ministro, as leis servem para orientar os homens no seu comportamento, e o que eles devem fazer para viver em sociedade. Mas a lei em discussão se estende para atos já praticados no passado. É como se a norma estivesse tratando os agentes sujeitos desses atos já praticados como incapazes. Além disso, o ministro Cezar Peluso disse entender que editar uma lei para apanhar fatos pretéritos pode atingir pessoas certas, que tiveram determinadas atitudes. De acordo com o ministro, a norma deixa de ser lei geral, e passa a ser confisco de cidadania, porque o Estado retira do cidadão parte de sua esfera jurídica de cidadania <sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Em palavras da Prof. Rundle: “*Lon L.Fuller was something of an outsider within the intellectual climate of mid-century legal philosophy, which during his time came to be increasingly dominated by the legal positivist jurisprudence of H.L.Hart. Indeed, among contemporary legal philosophers, Fuller remains mostly known as the natural lawyer who apparently lost the debate about the connection between law and morality to his analytically superior opponent, with the consequence that his contribution to legal philosophy has often been cast in terms that suggest he offers little to enlighten the enduring debates of the discipline.*” (RUNDLE, Kristen. *Forms Liberate*. Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, p.1).

<sup>4</sup> WINSTON, Kenneth. *Introduction*. In: FULLER, Lon. *The Principles of Social Order*. Selected Essays revised and edited by Kenneth Winston. Oxford: Hart Publishing, 2001, p.18.

<sup>5</sup> Não literais, em 2-III-12. (UFRGS)

<sup>6</sup> (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200493&caixaBusca=N> – acesso em 2-III-12)

Trataremos especialmente do vínculo entre a teoria de Fuller e a segurança jurídica, que segundo o citado professor, incorpora o que Fuller entende como essencial para o Direito: liberdade, ação, responsabilidade e respeito.

Como objetivo decorrente, o estudo visa poder chegar a servir de luz e orientação para estudantes da área, já que só a partir de uma compreensão mais profunda da moralidade do Direito, poderão exercer a profissão com maior liberdade e responsabilidade, dentro dos limites inerentes a esse exercício, e promovê-la, tendo em conta que a ignorância contrapõe-se a um reto uso dessa capacidade. Deste modo, um possível risco de formalismo ou utilitarismo poderia ser substituído por reflexão e ação moral e relacional, contribuindo para fortalecer as relações sociais, ao secundar a constante preocupação jurídica em todos os tempos referentes aos problemas permanentes da raça humana <sup>7</sup>, presente pelo menos entre aqueles que também visualizam a responsabilidade de seu decisivo papel profissional, definido poética e praticamente por nosso autor, como “*arquitectos da ordem social*” <sup>8</sup>, e, derivado, possivelmente, de certa concepção da *determinatio* aquinense <sup>9</sup>.

À primeira vista, poderia até mesmo dar a impressão de que a teoria do autor apresenta uma proposta jurídica ingênua. Porém, adentrando em sua proposta, percebemos que Fuller não ignora os problemas políticos; a escassez; a discórdia; a dissimulação e a falibilidade humana, mas oferece uma solução otimista, e, ao mesmo tempo, plausível, por realista.

Esclarecemos, por fim, dois pontos fundamentais sobre o trabalho, com base nas conclusões provenientes da entrevista com a Professora Rundle: a teoria de Lon Fuller não é uma proposta fechada, mas um ponto de partida para a reflexão jurídica, ou seja, como chegar à profundidade das relações que promove o Direito, partindo de certa ordem racional e moral. Ao mesmo tempo, por seu peculiar “pragmatismo”, se é que podemos assim qualificar sua postura jusnaturalista procedimental, aponta-nos a maçaneta da porta, a partir de sua concepção sobre a moralidade interna do Direito. Convidamos, pois, a abri-la, ou pelo menos entreabri-la, através deste estudo, sob o enfoque escolhido e de acordo com uma interpretação possível <sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> FULLER, L. *O caso dos exploradores da caverna*. São Paulo. LEUD, 2003. Pós-facio.

<sup>8</sup> WINSTON, Kenneth. *Legislators and liberty*. *Law and Philosophy*, v. 13, n. 3, *Special Issue on Lon Fuller*, p. 389-418, 1994. Disponível em: <<http://www.fstor.org>>. p. 394.

<sup>9</sup> CONTRERAS AGUIRRE, Sebastian. *Lei natural: determinación y derecho positivo*. *Veritas*, Valparaíso, n. 25, p. 39-54, sep. 2011.

<sup>10</sup> Tendo em conta o que comenta Nigel Simmonds sobre o arquétipo de Fuller: “*represents only a provisional way-station upon a longer journey towards moral wisdom*.” (SIMMONDS, Nigel. *Law as a moral idea*. Oxford: Oxford University, 2007, p. 160)

## A. LON FULLER

### A.1. Biografia

Para melhor compreendermos o pensamento do autor a partir de seu contexto histórico, formação profissional e produção acadêmica, pareceu-nos apropriado apresentar uma breve biografia, antes de penetrar no tema central, já que também evidencia o quanto Fuller foi um ser moral.

Lon Luvois Fuller nasceu em 15 de junho de 1902, em Hereford, Texas. Em 1906, mudou-se para a Califórnia. Apesar de uma origem modesta, seu pai chegou a ser presidente do *Central National Bank*. Sua mãe morreu quando era ainda muito pequeno e foi educado pelo pai e pela madrasta <sup>11</sup>.

Sobre sua infância, relata:

Eu passei a maior parte de minha infância e juventude em uma área deserta totalmente dependente da água trazida do Rio Colorado através de muitas milhas de areia árida. Ainda que esta área – O Vale Imperial, no sudeste da Califórnia – é considerada uma das mais produtivas dos Estados Unidos, tem somente duas polegadas de chuva por ano, parecendo que toda ela caía em uma só torrente. A maioria de minhas mais vívidas memórias de infância está diretamente ou indiretamente conectada com irrigação e enchentes. Por algum tempo vivemos, ou pensávamos que vivíamos sob a ameaça de que o Colorado poderia decidir derramar-se sobre o Vale em vez de desembocar seguramente no Golfo da Califórnia. As mais feias cicatrizes de seu comportamento passado se encontravam em todo nosso redor, interrompendo os campos férteis com pequenas terras ruins. Posso lembrar ser impressionado com pouca idade por um uma sonora palavra estrangeira relativa a uma estranha e importante pessoa, o “zanjero” (mestre da água). Nunca cheguei a ver um “zanjero”, mas o imaginava como um tipo de figura bíblica, dividindo as águas e aquietando os alarmados fazendeiros cujas colheitas podiam ser destruídas em poucos dias por falta de umidade. Em tudo isso, não havia nada que remotamente sugerisse tirania ou governo autocrático. Pelo contrário, havia um forte senso de comunidade como nunca tinha experimentado desde então. As questões políticas sob as mais sérias discussões eram aquelas que afetavam a irrigação do Distrito, e cada um tinha um senso de participação nos assuntos que o envolviam. Nós éramos todos, partes uns dos outros, e sabíamos disso <sup>12</sup>.

A visão armazenada e gravada da realidade que o cercava permite já vislumbrar sua veia jurídica e preocupação pela ordem social da comunidade.

Em 1926, casou-se com Florence Gail Thompson, colega de Faculdade e companheira da vida intelectual, com quem teve dois filhos, Francis Brock e Cornelia. Esteve casado com

---

<sup>11</sup> LACEY, Nicola. *Out of the 'Witches' Cauldron? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate*. In : LACEY, Nicola. *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 9.

<sup>12</sup> FULLER, 2001, p. 208-209. (Tradução livre)

ela até sua morte em 1960, acompanhando-a em uma dura enfermidade - inclusive em detrimento de sua própria atividade profissional -, que lhes requisitou uma mudança para o Arizona, em busca de um clima mais ameno. Voltou a casar-se, com Marjorie – “Marnie” – Chappell, com quem passou o resto de sua vida <sup>13</sup>. Tinha como *hobbies* a culinária, a carpintaria, jardinagem e fotografia <sup>14</sup>. Gostava de música e em especial, de óperas. Lia muito, também em francês e alemão <sup>15</sup>. Em sua vida, podemos confirmar como a leitura potencializou sua criatividade.

Formou-se em Direito e Economia pela *Stanford Law School*. Parece que seu pai desejou para o filho a educação que lhe faltara <sup>16</sup>, e ainda que visasse para ele a advocacia militante, Fuller optou ostensivamente pela carreira acadêmica <sup>17</sup>.

Como professor de Teoria de Direito, passou pelas Faculdades de Direito de Oregon, Illinois e Duke até ingressar na *Harvard Law School*, onde lecionou Contratos e Jurisprudência desde 1939; assumindo a *Pound's Chair*, como catedrático de *General Jurisprudence*, em 1948<sup>18</sup> e aposentando-se em 1972. Ainda que seja destacada sua contribuição para o Direito Contratual, matéria em que era considerado especialista <sup>19</sup>, é mais amplamente enquadrado e conceituado na categoria de filósofo do Direito, onde realmente oferece sua grande contribuição.

Desde seus primeiros anos de vida profissional apresentava preocupações filosóficas e acadêmicas, iniciando sua produção com a publicação de três artigos sobre as ficções jurídicas <sup>20</sup>, já incluindo restrições aos excessos do realismo <sup>21</sup> jurídico americano, seguidos de um bom número de artigos sobre ética jurídica <sup>22</sup>.

Foi também um influente teórico da racionalidade judicial, como comprovamos no “Caso dos Exploradores da Caverna” <sup>23</sup>.

Segundo seus comentaristas tinha um temperamento forte, apaixonado, porém tímido<sup>24</sup>. Era generoso, franco e parece que também suscetível, porém, geralmente conciliador, sabendo pedir desculpas quando necessário <sup>25</sup>.

---

<sup>13</sup> LACEY, 2011, p. 9.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>15</sup> SUMMERS, Robert. *Lon L. Fuller*. Stanford: Stanford University, 1984, p.4.

<sup>16</sup> LACEY, 2011, p. 10.

<sup>17</sup> SUMMERS, 1984, p. 3.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>19</sup> WINSTON, 2001, p. 25.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Termo não empregado, evidentemente, no sentido que atribuímos a ele neste estudo.

<sup>22</sup> WINSTON, 2001, p. 343 et seq.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>24</sup> LACEY, 2011, p. 17.

Os colegas o relembram com afeto e respeito, como um homem modesto e amistososo; uma pessoa dotada de uma tremenda energia e imaginação <sup>26</sup>. Adicionamos alguns adjetivos recolhidos na obra de Nicola Lacey sobre seu caráter, a partir da correspondência guardada em Harvard: “O homem que emerge das cartas é cordial, impulsivo, até mesmo um pouco volátil; dado a expressões diretas frequentemente levedadas por um senso de humor; um caçador da verdade, certamente, e um forte e desconfiado adversário, quando percebia que tinha sido injustamente tratado, ou com alguma falta de respeito” <sup>27</sup>. Concluimos com a interessante definição da autora: “Fuller era em todos os sentidos um animal político” <sup>28</sup>.

Nesse sentido, comprovamos também *strictu sensu* essa tendência. Pertenceu a inúmeras associações com as quais colaborava ativamente, muitas vezes em cargos de direção, tais como a *International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*; a *American Society of Political and Legal Philosophy*, a *Association of American Law Schools*, etc. <sup>29</sup>. Foi membro convicto do Partido Democrata, porém, livremente, mudou de posição, atuando na primeira campanha de Richard Nixon, seu ex-aluno, pertencente ao Partido Republicano. Na segunda eleição à qual concorreu, não tomou parte, explicando que tinha se determinado a não mais se dedicar a esse tipo de atividade por distrair-lhe da vida acadêmica <sup>30</sup>.

Defendendo sua teoria em um contexto majoritariamente positivista e utilitarista, foi largamente criticado, parecendo sair derrotado <sup>31</sup>, tanto por sua forma de refutar <sup>32</sup> quanto pela falta de uma compreensão mais profunda e completa de sua proposta.

Comenta o Prof. Winston, mais adiante seu editor, - já conhecido do autor desde a supervisão de sua dissertação doutoral sobre justiça e regras jurídicas, na Universidade de Columbia - que foi crescendo em admiração e credibilidade em suas posturas, ao comprovar através de um grupo de estudos semanal na *Harvard Law School*, o respeito que inspirava como Professor, pela seriedade de seu compromisso com uma concepção moral do Direito, que auxiliava o amadurecimento profissional, e pela grande preocupação que demonstrava com relação à formação profissional de seus alunos <sup>33</sup>. Nesse sentido, trabalhou eficazmente

<sup>25</sup> “I see I was mistaken”; “I’m sorry if I seemed to imply bad faith throughout [...]” (Lacey, 2011, p. 18).

<sup>26</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 17. (Tradução livre)

<sup>28</sup> Ibidem, p. 12. (Tradução livre)

<sup>29</sup> SUMMERS, 1984, p. 11.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>31</sup> Rotulado de “an “irrationalist” natural lawyer”. LACEY, 2011, p. 17.

<sup>32</sup> “Fuller’s difficulty in bringing his wide-ranging into an intellectual synthesis may have fed his sensitivity to criticism...a hypersensitivity” (Ibidem).

<sup>33</sup> WINSTON, 2001, *Acknowledgments*.

durante alguns anos no *Law School's Committee on Legal Education*, revendo currículos, métodos, etc.<sup>34</sup>.

Era um professor popular; vigoroso, porém gentil. O decano Griswold assim coloca: “seus padrões eram elevados, mas o terror nunca foi um elemento em seu método. Fuller representava uma aproximação mais humana e aberta, o que não era comum em sua era”<sup>35</sup>.

Entre seus colegas da Academia encontramos Henry Hart, Walter Barton Leach, Karl Llewellyn, Erwin Nathaniel Grishold, e entre seus alunos, Ronald Dworkin. Acrescentamos, ainda que, como generoso operador, ajudou a conseguir uma posição adequada para Kelsen, quando chegou à América, como refugiado político<sup>36</sup>.

Durante a Segunda Guerra Mundial, Fuller, bem como muitos de seus colegas procuraram outra ocupação devido ao declínio de estudantes na *Harvard Law School*. Após tentativa fracassada de conseguir uma posição no Governo Federal em Washington, incorporou-se ao prestigioso *Boston Law Firms of Ropes, Gray, Best, Coolidge and Rugg* como advogado de empresas em questões trabalhistas. Terminada a guerra, voltou a se dedicar integralmente à docência<sup>37</sup>.

Entre 1947 e 1959, foi frequentemente convocado para exercer a função de árbitro em questões trabalhistas. É provável que esta experiência tenha alimentado seu interesse pela mediação como processo autoritativo e eficaz para a resolução de conflitos, aos quais preferia até mesmo denominar simplesmente de problemas: “*problem solving instead of the fashionable dispute resolution*”<sup>38</sup>.

Marco importante em sua trajetória acadêmica é o que se denominou de “*Hart-Fuller Debate*”, iniciado em 1957, a partir de uma visita de Herbert Hart à *Harvard Law School*, promovida pelo próprio Fuller. Transcrevemos integralmente citação de Nicola Lacey – ex-professora de Direito Penal e Teoria do Direito na *London School of Economics and Political Sciences*, e atualmente *Research Senior Fellow* do *All Souls College* -, que analisou com profundidade o material em sua colaboração ao já citado estudo, publicado em torno dos 50 anos dessa discussão acadêmica:

---

<sup>34</sup> Seus escritos sobre o tema, tais como: *On Legal Education*, in WINSTON, 2001, p. 293 et seq.; *What the Law Schools can contribute to the Making of Lawyers*, in *Journal of Legal Education I*, p.189-204.; *The lawyer as an Architect of Social Structures*.(Ibidem, pág. 285 et seq.); *Philosophy for the Practicing Lawyer* (Ibidem, p. 305 et seq.), etc., confirmam a efetividade dessa paixão.

<sup>35</sup> LACEY, 2011, p. 11. (Tradução livre)

<sup>36</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 10 e WINSTON, 2001, p. 141.

<sup>38</sup> Ibidem, *Editor's Note for Mediaton – Its Forms and Functions*, p. 141.

Há aproximadamente um pouco mais da metade de um século talvez, a Número Um das Escolas de Direito do mundo de fala inglesa ofereceu o palco para um debate entre seus dois mais influentes teóricos da filosofia do Direito. HLA Hart, professor de Jurisprudência em Oxford desde 1953, e visitante em Harvard no ano acadêmico de 1956-57, foi convidado para ministrar a *Law School's annual Holmes Lecture*. Hart aproveitou essa oportunidade para enunciar de forma curta e forte, o âmago de sua emergente teoria positivista, apresentando-se de maneira a ser considerado, no século vinte, o sucessor de Jeremy Bentham e John Austin. Lon. L. Fuller, Catedrático de Jurisprudência em Harvard, um homem que tinha arado um longo e solitário sulco jurídico como acadêmico e professor comprometido em explorar a moralidade do Direito, ia de lá para cá no fundo da sala como um leão faminto, e mais adiante pediu direito à réplica. Como responsável pela visita de Hart, e um homem de fina sensibilidade e não menor amor próprio, Fuller deve ter sentido um sopro de ofensa pessoal bem como uma frustração intelectual diante da despreocupada exoneração do Direito natural tradicional. Sejam quais forem as origens de seus sentimentos, há suficiente evidência de que Fuller ressentiu-se fortemente com a palestra de Hart; e isso o estimulou a produzir uma contraproposta defensiva através de uma formulação distinta do Direito natural através da qual se tornou famoso. O resto, como dizem, é história <sup>39</sup>.

Nesse capítulo, denominado *Out of the "Witches" Cauldron?*, a autora reinterpreta o debate – *Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate* -, evidenciando os motivos pelos quais a teoria de Fuller encontrou poucos simpatizantes à sua época, e destacando principalmente com relação aos autores, a reputação de que gozavam pela aceitação - ou não! - da teoria no mundo anglo-saxão, ou mesmo, no caso de Hart, pela leitura gerada para refutá-la. A Prof. Lacey comenta que até mesmo assessando a *internet* no mundo atual (91.000 contra 49.000 visitas), poderíamos concluir que Hart “ganhou a guerra”, às custas do próprio Fuller, o qual, promovendo o debate em Harvard, terminou, de certa forma, por projetá-lo mais rapidamente <sup>40</sup>. Por isso, como diz a Professora Lacey, “Eu revisito a história” <sup>41</sup> para poder interpretar adequadamente a postura de Fuller em toda sua extensão, comentando seu “eclipse” em um debate analítico onde Hart impunha as questões, respondidas, por sua vez, com critérios internos e, talvez, de forma pouco clara e sem “economia” na expressão; e atribuir-lhe o devido reconhecimento, que muitas vezes só se corrobora a longo prazo <sup>42</sup>, ainda que à sua época, o Prof. Leo Strauss tenha-lhe afirmado: “Seu argumento é melhor do que o dele” <sup>43</sup>. Finalizamos o que se refere ao debate com duas curiosidades sobre o trato pessoal dos oponentes, que evidenciam também a amizade entre eles. Uma apreciação de Hart sobre o querido Lon: “Ele era um pouco desafiador. Não conseguia manter-se calmo na argumentação. Mas eu gostava dele e ele de

<sup>39</sup> LACEY, 2011, p. 1-2. (Tradução livre)

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> “*The salience to Fuller's reputation of his role as Hart's natural law opponent marginalizes some important strengths of his scholarship.*” (*Ibidem*, p. 5).

<sup>43</sup> SUMMERS, 1984, p. 10. (Tradução livre)

mim”.<sup>44</sup> E uma resposta de Fuller a Hart devido a cortes sofridos em um texto deste que ia ser publicado pela *Harvard Law Review*:

Lamento o que fizeram, ainda que tenha que confessar que esse tipo de coisas tem se tornado padrão com relação aos artigos escritos por autores americanos. Se tivesse perto poderia ter salvo a “presa”. Tivesse imaginado que tomariam essas liberdades com teu texto, ter-lhes-ia enfrentado.  
Envie minhas melhores lembranças à tua esposa e aceite meus desejos de um felicíssimo Natal para ambos<sup>45</sup>.

O fato é que iniciaram uma boa amizade, comprovada através das cartas conservadas junto com os artigos de *Lon Fuller* na Biblioteca da *Harvard Law School*, onde encontramos referências tais como “Eu apreciaria muito um bate papo contigo”, de Fuller para Hart, ou deste para aquele, solicitando um encontro em Oxford: “Adoraria falar contigo!”<sup>46</sup>

No que se refere à sua formação filosófica, Fuller se interessava especialmente pela metafísica aristotélica, onde iniciou-se, praticamente, de forma autodidata. Apesar de seu amor pela filosofia, considerava seu saber insuficiente, embora fosse incansável em seus estudos. Sobre esse ponto, escreve jocosamente: “os filósofos pensavam que eu era um maravilhoso advogado e os advogados que era um maravilhoso filósofo.”<sup>47</sup>

Não podemos deixar de inserir em sua biografia a preocupação pela boa ordem social, com a qual sonhava desde o final dos anos 40. Seus estudos sobre o tema evidenciam sua cultivada base econômica, sociológica e antropológica<sup>48</sup>. A teoria que formulou a partir deles versa sobre princípios, meios e fins da ordem social e foi denominada *Economics*. Porém, não conseguiu concluí-la integralmente<sup>49</sup>.

Ainda que tenha escrito vários ensaios, pôde completar somente sete obras, deixando material para uma seleção póstuma recompilada e editada por Kenneth Winston.

Em nosso país, tornou-se conhecido a partir de 1976 pela tradução do livro “O Caso dos Exploradores de Cavernas”, obra amplamente utilizada por professores de nossa área, principalmente na cadeira de “Introdução à Ciência do Direito”, para estimular a reflexão acadêmica.

Em seus últimos anos, sofreu um período de declínio cognitivo, morrendo de um raro câncer no dia 8 abril de 1978. Sua viúva, Marnie Fuller solicitou a Kenneth Winston que

<sup>44</sup> LACEY, 2011, p. 7. (Tradução livre)

<sup>45</sup> Ibidem, p. 8. (Tradução livre)

<sup>46</sup> Ibidem, p. 41. (Tradução livre)

<sup>47</sup> Ibidem, p.17. (Tradução livre)

<sup>48</sup> WINSTON, 2001, p. 141.

<sup>49</sup> WINSTON, 2001, p. 61.

ordenasse seu material pessoal e o disponibilizasse para os arquivos da *Harvard Law School*. Como comenta o professor de Ética da *Kennedy School of Government*, foi durante a elaboração do trabalho requisitado pela Sra. Fuller, que pôde perceber com maior profundidade o que Lon Fuller agregou sobre o lugar do Direito na sociedade e as dimensões morais das relações que coordena <sup>50</sup>.

Seus escritos passaram por um período de hibernação após sua morte, mas nos últimos anos um número crescente de acadêmicos tem retomado suas idéias <sup>51</sup>, tanto pela reflexão sobre as relações entre moral e Direito que oferece, quanto pela plausibilidade de sua aplicação prática.

Passamos a visitar brevemente suas obras, situando-as no tempo e em seu contexto jurídico – ainda que mais adiante nos dediquemos especialmente a algumas delas, articulando-as devidamente -, o que nos permitirá constatar algo da evolução do pensamento do autor com relação ao tema abordado neste trabalho, dentro da globalidade de seus escritos.

## A.2. Obras

Obras do autor em sequencia cronológica <sup>52</sup> :

1. *The Law in Quest of Itself* (1940)
2. *Basic Contract Law* (1947)
3. *The Problems of Jurisprudence* (1949)
4. *The Case of the Spelunceans Explorers* (1949)
5. *The Morality of Law* (1964)
6. *Legal Fictions* (1967)
7. *Anatomy of the Law* (1968)
8. *The Principles of Social Order* (póstuma, 1981).

Passamos a glosá-las brevemente:

1. *The Law in Quest of Itself* (Chicago: The Foundation Press, 1940)

---

<sup>50</sup> WINSTON, 2001, p. 1-2.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Esclarecemos que alguns autores consideram obras do autor propriamente ditas somente os itens 2, 4, 5 e 7. Optamos, porém, em destacar também os ensaios editados individualmente ou recompilados.

A obra versa sobre a importância do conceito do Direito para o advogado, no sentido de que o significado definirá o comportamento: “O advogado modela-se por sua concepção do Direito, e, pela extensão de sua influência, esculpe a sociedade em que vive”<sup>53</sup>.

Ao longo da obra vai já alertando quanto aos perigos que vê no positivismo; no realismo jurídico americano; em uma falsa sociologia<sup>54</sup> e nas ideologias; e acentua a necessidade de que os profissionais de Direito, se efetivamente desejam promover a paz e a ordem, devam “se preocupar com o conteúdo do Direito. Não depende somente de sua fiel adesão às regras promulgadas, mas também dos desejos dos leigos em aceitar essas regras como essencialmente certas”<sup>55</sup>.

Conclui que essa atitude moral<sup>56</sup> diante da ordem social é própria do reino da autonomia, onde se faz necessária a convicção do correto<sup>57</sup>.

Acrescentamos a título de curiosidade uma interessante observação de Robert Summers a propósito desta publicação:

Para a surpresa de Fuller, *The Law in Quest of Itself* foi objeto de várias publicações. Posteriormente, escreveu para Llewellyn que antes de ministrar as palestras, seu trabalho não era “nem citado nem discutido”, mas depois delas, foi amplamente “louvado e condenado”. Pensava que “se queremos ser ouvidos em um tumulto, [...] temos que gritar”. Mas não demonstrava nenhum desejo de ser ouvido no tumulto em uma carta anterior a Llewellyn, escrita logo após as *Rosenthal Lectures*: “Eu pretendo de agora em diante dedicar-me especialmente aos contratos. Meu livro significa uma espécie de adeus à jurisprudência”. Estava completamente equivocado<sup>58</sup>.

## 2. *The Problems of Jurisprudence (Temporary Edition. Brooklyn: The Foundation Press, 1949)*

Através dessa obra o autor procura chamar a atenção sobre a profundidade das questões jurídicas e a necessidade de partir de princípios comuns para promover a comunicação e a cooperação<sup>59</sup>. Ao longo da obra vai demonstrando que, seja qual for a concepção sobre o Direito – analítica, histórica, metafísica ou pragmática -, será sempre necessário ter em conta a comunidade: “o interesse comum pode não dizer tudo, mas isso não

<sup>53</sup> FULLER, Lon. *The law in quest of itself*. Chicago: The Foundation Press, 1940, p. 4. (Tradução livre)

<sup>54</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 90. (Tradução livre)

<sup>56</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 134.

<sup>58</sup> SUMMERS, 1984, p. 6. (Tradução livre)

<sup>59</sup> FULLER, Lon. *The problems of jurisprudence*. Brooklyn: The Foundation Press, 1949, p. 695.

quer dizer que não diga nada”<sup>60</sup>, opondo-se a certo “sabor de individualismo”<sup>61</sup> no que se refere à defesa de direitos. Como não se trata de algo matemático<sup>62</sup>, mas de “equilíbrio”<sup>63</sup>, é preciso atender também ao que oferece “padrão externo para todos os homens de todos os tempos”, e que pode ser denominado “direito natural”<sup>64</sup>, para encontrar a solução a ser aceita como certa, e, portanto, “legitimável”<sup>65</sup>.

Nesta obra, já começa a acentuar mais claramente o valor da comunicação<sup>66</sup>, porém, mais concretamente, nas relações trabalhistas<sup>67</sup>.

3. *The case of the Speluncean Explorers (62 Harvard Law Review 616/645. Cambridge, 1949)*

Como já adiantado, esta obra se destina à formação dos graduandos.

Através de um quase hipotético<sup>68</sup> caso de homicídio, expõe as diferentes posições dos juízes de uma suposta Suprema Corte, e os valores que os movem, levando a perceber a complexidade que envolve as decisões judiciais e a responsabilidade dos operadores do Direito<sup>69</sup>. Tocaremos essa obra com mais profundidade ao longo deste trabalho.

4. *The Morality of Law (New Haven: Yale University Press, 1964)*

Nessa obra encontra-se o coração de nosso trabalho e, a ela dedicaremos vários outros momentos. Fazemos, por agora, somente uma breve apresentação: o livro foi baseado em aulas ministradas na *Yale Law School* em abril de 1963 - ainda que as ultrapasse -, e, portanto, publicado em estilo expositivo e argumentativo, e, ao mesmo tempo, em tom natural e informal, próprios de uma sala de aula. Como comenta o autor, “o resultado é uma certa incongruência entre forma e substância”<sup>70</sup>, que, porém, consegue tocar “os problemas jurídicos de forma ampla”<sup>71</sup>.

---

<sup>60</sup> FULLER, 1949, p.696. (Tradução livre)

<sup>61</sup> “*flavour of individualism*” in *Ibidem*, p. 700.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 696.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 698.

<sup>64</sup> *Ibidem*. (Tradução livre)

<sup>65</sup> *Ibidem*, p.702.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 721.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 734 et seq.

<sup>68</sup> SUMMERS, 1984, p. 8.

<sup>69</sup> FULLER, 2003, p. 9-10.

<sup>70</sup> FULLER, L. *The morality of law*. New York: Fawcett, 1964. p. 7. (Tradução livre)

<sup>71</sup> Fuller to James Buchanan, 8 January, 1964. (LACEY, 2011, p. 30).

Inclui nela, como apêndice, o discutido problema do denunciante invejoso – *The Problem of the Grudge Informer* –, que, bem analisado, é uma amostra de sua preocupação pela moralidade externa <sup>72</sup>.

Acrescentamos, por fim, duas curiosidades, sendo uma, em relação à dedicatória da mesma, destinada a sua esposa: “reconhecendo a real contribuição de minha esposa Marjorie, devo emprestar um conceito de outro autor: pode não entender o que significa, mas sabe o que significou” <sup>73</sup>. E, para completar, a que se refere a uma interessante menção de John Jay Osborn - o famoso autor da série *The Paper Chase* -, sobre o livro:

O que salvou meu curso de Direito, penso eu, foi análogo ao que os cursos de “Direito e Literatura” fazem hoje com os estudantes de Direito. Li o livro “A Moralidade do Direito” do Professor Fuller. Ainda que aquele livro seja, em geral, filosófico e sociológico, argumenta, através da narrativa, etc....deu-me esperança de que houvesse outra maneira de pensar o Direito. No final do primeiro ano, fui ao escritório de Fuller para pedir para trabalhar com ele como assistente em pesquisa. Perguntou-me porque queria trabalhar com ele. Disse-lhe: porque o senhor é um gênio. Por que seu livro “A Moralidade do Direito” é a única coisa que faz sentido nesta Faculdade de Direito <sup>74</sup>.

##### 5. *Legal Fictions* (Stanford: Stanford University Press, 1967)

Essa obra dedica-se a analisar as diferentes ficções jurídicas, relacionando teoria e fatos.

Penetra nas ficções instituídas <sup>75</sup>, como, por exemplo, a adoção; bem como nas presunções processuais e estatutárias <sup>76</sup>. Citamos alguns exemplos, tais como: “presume-se que todo cidadão conheça o Direito” <sup>77</sup>; “o julgamento é a submissão de uma controvérsia através do consentimento das partes” <sup>78</sup>, ou, as doenças “*supostamente*” originadas no serviço <sup>79</sup>, etc.

A exposição manifesta sua preocupação nos ajustes com relação à verdade: “mudar os fatos para que possam adequar-se à teoria” <sup>80</sup>. Teme o “como se” (*as if*): “Como podemos chegar ao certo através do possível ? ” <sup>81</sup>.

<sup>72</sup> FULLER, 1964, p. 203 et seq.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 8. (Tradução livre)

<sup>74</sup> LACEY, 2011, p. 11. (Tradução livre)

<sup>75</sup> FULLER, Lon. *Legal fictions*. Stanford: Stanford University, 1967, p. 38.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 92. (Tradução livre)

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 135. (Tradução livre)

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 106. (Tradução livre)

Não é que se oponha à sua utilização, mas chama a atenção para sua “*deverification*”<sup>82</sup>, no sentido de não promover um afastamento efetivo do real, nem servir a interesses pessoais <sup>83</sup>. A obra permite vislumbrar algo de sua postura realista.

6. *Anatomy of the Law* (New York: Frederick A. Praeger Publishers, 1968)

Essa obra toca igualmente nosso tema, portanto, será destacada mais adiante. No momento, só enfocamos os problemas jurídico-filosóficos para os quais o autor busca respostas satisfatórias, tais como o Direito como dimensão da vida humana, e, conseqüentemente, a importância do elemento humano no Direito; as fontes do Direito e sua integridade; a responsabilidade ao legislar, etc. <sup>84</sup>.

No final dessa obra, encontramos uma interessante análise filosófica sobre Direito natural e positivismo jurídico <sup>85</sup>.

7. *Basic Contract Law* (primeira edição em 1947, West. Publishing Company. St.Paul. Concluída em 1972)

Obra prática, escrita em parceria - primeiramente com Robert Braucher e depois, com Melvin Aron Eisenberg – e destinada à discussão de casos no âmbito do Direito Contratual. Fica patente também nesta obra sua preocupação pelos princípios que regem os contratos <sup>86</sup>; por seus limites <sup>87</sup> e, principalmente, pela confiança e boa fé <sup>88</sup>, que, no fundo, encerram elementos morais. Essa obra encontra-se atualmente na décima edição. Situamos o escrito em 1972, quando foi republicado com Eisenberg. Nas edições mais recentes, vem acompanhada do *casebook*.

8. *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller* (Durhan: Duke University Press,1981)

---

<sup>82</sup> FULLER, 1967, p. 7.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>84</sup> Fuller, Lon. *Anatomy of the law*. Westport: Greenwood, 1987. p. 1.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 112 et seq.

<sup>86</sup> FULLER, L.; EISENBERG, M.A. *Basic Contract Law*. St. Paul, MN: Thomson West, 2006. p 26; p. 611, etc.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 12; p. 213, etc.

A obra reúne o material recompilado por Kenneth Winston, abrangendo não só princípios, e possíveis formas da ordem social, mas seus estudos sobre a formação jurídica, bem como sobre ética e responsabilidade profissional <sup>89</sup>. Esses ensaios servirão de base para os próximos itens de nosso trabalho. Daí a brevidade da referência.

### **A.3. Aproximação ao objeto de estudo**

Pela exposição anterior sobre sua bibliografia podemos concluir que, com exceção do *Basic Contract Law*, todas as obras, até mesmo o *Legal Fictions*, tangem, de certa forma, o tema escolhido.

Desde seus primeiros escritos, fica clara sua preocupação pela formação dos alunos para que efetivamente desempenhem o papel transcendente que lhes cabe na ordem social, porém, podemos perceber que, em termos de moralidade e liberdade, ela se manifestará mais ostensivamente em três obras: *The Morality of Law*, *Anatomy of the Law* e na recompilação denominada *The Principles of Social Order*. O Caso dos Exploradores de Cavernas seria uma concretização dessa preocupação, sem, porém, apresentar – aparentemente –, um posicionamento. Ainda que o autor não trabalhasse de forma metódica, mas reagindo com brilhantes “*insights*” à realidade que lhe exasperava em termos de ideal e prática, procuramos, ao menos, ordenar o conjunto de idéias a respeito do tema, que terminaram por compor seu legado. Por outro lado, a leitura global de suas obras pode tornar-se, de certa forma, repetitiva, pois, em geral, giram em torno de suas preocupações centrais, porém com *nuances* novas e/ou mais profundas. Nesse sentido, optamos também por não incluir citações similares encontradas em vários artigos lidos na *Harvard Law School Repository* (“*My Philophophy of Law*”; “*What the Law Schools can contribute to the making of Lawyers*”, “*Freedom – A Suggested Analysis*”), etc., de forma a não estender-nos demasiadamente, tornando mais conciso o trabalho.

### **A.4. Evolução**

A possível evolução do pensamento de Lon Fuller que se pode inferir de sua obra, e que passamos a expor muito brevemente, pela própria evidência da sequência de seus escritos, parece-nos ser a seguinte: já no início da atividade acadêmica, dedica-se a oferecer soluções

---

<sup>89</sup> WINSTON, 2001, p. 300 e seq.

práticas para viabilizar um ensino mais profundo: não só métodos e técnicas, mas fazer pensar, relacionando causas e efeitos. Em seus ensaios, como *On teaching Law*, de 1950, começa a se perguntar e questionar seus próprios colegas sobre qual é o fim do Direito; para que servem os advogados, etc., acentuando que a tarefa de formar juristas não se resume a informar, nem ensinar regras, mas em treinar homens para que pensem como advogados, ajudando a ter disciplina intelectual - o que supõe pensar anteriormente nos objetivos -, e estimulando o pensamento produtivo. Para isso, propunha o desafio de conseguir ter a mente “livre” de condicionamentos sociais: concursos, notas, vaidade de demonstrar conhecimento, etc. Nessa ocasião, já começa a descer aos fundamentos morais, o que pressupõe primeiramente, colocar os instintos sob controle <sup>90</sup>. Ir a fundo quer dizer refletir no que significa o certo. Os valores vêm à tona, devendo comprovar os princípios que tornam possível a plenitude da vida em sociedade e a realização da capacidade humana. Sugere abrir novamente os portões da ética e da metafísica para iluminar o Direito, o que seria uma conquista para todo o mundo, e não só para a educação jurídica norte-americana <sup>91</sup>.

Essa preocupação não é algo impessoal, que tange somente o Direito, mas relaciona-se intrinsecamente com a prática acadêmica. Anima os professores a se interessarem de verdade por seus alunos, sugerindo com simplicidade: “*o melhor meio de parecer interessado neles e interessar-se por eles!*” <sup>92</sup>.

A vocação acadêmica, com vertente filosófica, logo emerge, regada por muito estudo, capacidade de observação e preocupação ética. Nasce “*The Law in Quest of Itself*”, um estudo mais profundo, já precedido por outros ensaios escritos a partir dos anos 40 <sup>93</sup>. O elemento moral vai se destacando, frente aos perigos apresentados pelo positivismo, realismo jurídico, etc., bem como algo da integridade pessoal do profissional do Direito.

A preocupação com os princípios através dos quais o Direito pode tornar-se efetivamente um instrumento de comunicação social acentua-se no *The Problems of Jurisprudence*.

A moralidade será, obviamente, o objeto do *Morality of Law*, ainda que mais acentuada em termos procedimentais no sentido de determinar um conjunto de normas de conduta. Na sequência, *Anatomy of the Law* dissecará o Direito, à luz do elemento humano, complementando de forma prática *The Morality of Law*.

---

<sup>90</sup> FULLER, L. *On Teaching Law*. Cambridge: *Harvard Law School Repository*, 1950, p. 39.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 41. (Tradução livre)

<sup>93</sup> “*On Teaching Law*”; “*Objectives of Legal Education*”, “*My Philosophy of Law*”, etc. (WINSTON, 2001, p. 344).

Por fim, os ensaios contidos no *The Principles of Social Order*, que abrangem diversos momentos de sua produção, e, em especial, sua preocupação com meios e fins do Direito, torna patente a referência à liberdade como base da boa ordem e fruto do Direito <sup>94</sup>. Sobre a liberdade, não chegou a sistematizar e concluir seu projetado estudo <sup>95</sup>.

Já familiarizados com a vida e o pensamento de nosso autor, podemos penetrar nos conceitos que desejamos relacionar em nossa pesquisa.

---

<sup>94</sup> De qualquer forma, gostaríamos de esclarecer que o tema da moralidade, da liberdade e da comunicação aparecem entrelaçados em suas diversas obras e ensaios, ainda que não especificamente ressaltados.

<sup>95</sup> SUMMERS, 1984, p. 10.

## B. CONCEITOS DE MORALIDADE E LIBERDADE

### B.1. A moralidade no realismo jurídico <sup>96</sup>

Em Lógica e Linguística, estudamos a diferença entre palavra e conceito; signo e significado, etc. Esta breve parte do trabalho se dedica a iluminar-nos para que falemos ao longo dele a mesma “língua”.

O conceito de moralidade, como tantos outros, sofreu alterações a partir do contexto filosófico moderno <sup>97</sup>. Daí a idéia já exposta de precisar os conceitos básicos deste trabalho de acordo com o sentido que os empregaremos - ainda que certamente bastante familiares -, para facilitar a reta compreensão do texto.

Para tal, aderimos a uma conceituação com base aristotélica que nos pareceu passível de sustentar a idéia de uma moralidade interna - ainda que não vise diretamente à defesa de conteúdos objetivos ou de um código da natureza -, tendo em conta a simpatia do autor por essa proposta <sup>98</sup>, e a abertura que oferece à interpretação de sua teoria <sup>99</sup>.

Classificando os atos próprios da natureza humana a partir da filosofia realista, teríamos:

a) atos do homem – os que se relacionam às suas funções físicas e sob os quais não haveria um comando voluntário, como, por exemplo, a digestão;

b) atos humanos – aqueles que se originam da racionalidade, e nos quais, portanto, interagem a inteligência e a vontade, como, por exemplo, conhecer, refletir, decidir, amar, etc. Os atos humanos seriam classificados como atos livres, pois dependem de opções voluntárias. Inseridos dentro de uma ordem moral natural, comportariam retidão frente a ela -, distinta da bondade ontológica (do ser) -, e conseqüente responsabilidade pelos mesmos <sup>100</sup>: “o louvor e a censura são conferidos somente às ações voluntárias” <sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> Referimo-nos ao realismo jurídico clássico, distinto do realismo americano, “que embora seja uma perspectiva tão antiga quanto os juristas romanos, foi praticamente substituída pelo subjetivismo (direito como o direito subjetivo) ou pelo normativismo (o direito como norma), que é hoje a perspectiva dominante.” (HERVADA, Javier. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Prólogo, p. XVII).

<sup>97</sup> BOCHENSKI, I. M. *A filosofia contemporânea ocidental*. São Paulo: Ed. Herder, 1962, p. 25.

<sup>98</sup> “[...] shares a kind of Aristotelian commitment to self-development as a central ingredient of the good life”. WINSTON, 1994, p. 400.

<sup>99</sup> SIMMONDS, 2007, p. 157.

<sup>100</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de filosofia*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 140.

<sup>101</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Edipro, 2002, Livro III, p. 87.

Essa ordem moral natural sugere o bem conveniente à natureza humana através da razão prática <sup>102</sup>, que pode, por sua vez, orientar a vontade a autodeterminar-se a ele, através do reto uso de sua liberdade.

Podemos afirmar que a vontade sofre uma indeterminação, que será atualizada a cada momento pela racionalidade, e que, por sua vez, indicará o bem concreto em cada caso, iluminada por sua ordem moral natural. Esses passos não se dão sem dificuldades teóricas e práticas, superáveis através das virtudes - hábitos operativos bons -, tais como, em nosso caso especialmente, a prudência e a justiça.

A moralidade pode, portanto, ser conceituada como a qualidade do agir humano frente à sua própria natureza - entendida como princípio de operações de sua essência -, e que, conforme tal comporta racionalidade, liberdade e alteridade, a partir de sua relacionalidade. Em palavras de Javier Hervada, expoente do moderno realismo jurídico:

Deixamos registrado que a natureza humana exige algumas determinadas condutas, porque a pessoa humana, por sua dignidade e pelos fins que lhe são próprios, nem pode agir totalmente como quer nem pode ser tratada segundo o livre arbítrio dos outros. Na realidade moral há coisas que são corretas em si e coisas que são más em si. Como a arte do Direito e a política têm por objeto certas relações que pertencem à ordem moral – são aspectos da realidade moral -, os seus princípios valem igualmente para a ordem moral, política e para o Direito, ainda que sob aspectos diferentes. Se a realidade moral é uma só, embora nela possamos distinguir aspectos, a lei que a rege é, conseqüentemente, única: enquanto é canal ou caminho de realização pessoal, é lei moral; enquanto é regra ou medida do Direito, é lei jurídica; enquanto direciona a sociedade para o bem comum, é lei da *polis* ou lei política <sup>103</sup>.

Tomamos, portanto, como base deste trabalho o conceito de moralidade a partir de uma ordem real existente e palpável <sup>104</sup> - ainda que não necessariamente cumprida devido à sua dependência da liberdade humana -, não só porque nos parece evidente, mas por que é a concepção em que entendemos apoiar-se nosso autor. Dessa forma, partimos já do entendimento de que só podem ser morais os atos livres.

## **B.2. A liberdade no realismo jurídico**

<sup>102</sup> RODRIGUEZ LUÑO, Angel. *Ética general*. Pamplona: EUNSA. 2004, p. 234.

<sup>103</sup> HERVADA, 2006, p. 144-145.

<sup>104</sup> “O grande diferencial do homem em relação às demais espécies é que ele sabe o valor da vida, não pelo instinto de autopreservação, mas pela razão, pelo conhecimento racional, e tal valoração é que lhe dá o contorno da necessidade de convivência social e das regras que lhe permitirão tal convivência”. (MARTINS, Ives Gandra. *Uma breve introdução ao direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 13).

A liberdade ontológica do ser racional consiste em poder discernir intelectualmente o que lhe é mais conveniente e autodeterminar-se a ele, através, portanto, da atualização de suas faculdades anímicas: a inteligência e a vontade.

Trata-se de uma liberdade constitutiva, transcendental e real: o ser humano não somente tem liberdade, mas é livre. Em palavras de Ricardo Yepes, a liberdade “não está atada a uns poucos objetos, tem uma amplidão irrestricta de possibilidades. É atividade inquieta pela inclinação de autorrealizar-se, sendo causa de si mesma na ordem das operações para alcançar o fim de sua própria natureza”<sup>105</sup>. Essa liberdade, porém, não é absoluta, nem em termos individuais – pois é uma liberdade situada, ou seja, dependente do bem proposto pela natureza – nem em termos coletivos, já que, necessariamente exercida na *polis*, será limitada positivamente pela liberdade dos demais na consecução do bem comum<sup>106</sup>.

A liberdade humana, portanto, não é indeterminada, ou seja, o bem ao qual deve orientar-se lhe é conatural, mas não de forma determinista: o homem enquanto ser radicalmente livre está em suas próprias mãos<sup>107</sup>. O que lhe caracteriza é seu livre arbítrio rumo ao bem que lhe é naturalmente proposto. Não optar por ele é um sinal de liberdade, mas não a liberdade propriamente dita, pois esta se mede pela qualidade dos vínculos gerados pelas opções livres<sup>108</sup>.

Quanto mais excelente o bem, maior a liberdade. Recorrendo a um exemplo, talvez simplório, mas gráfico, é mais livre um estudante que levanta para chegar a tempo na primeira aula do que aquele que não tem forças para sair da cama.

Há, portanto, uma profunda conexão entre liberdade e projeto vital<sup>109</sup>. É valor e tarefa moral: o bem humano é seu “para que” – liberdade para -, que, por sua vez, define os seus “de” – liberdade de -, rumo a própria autorrealização<sup>110</sup>. Daí sua relação com a verdade e com a responsabilidade, ainda que bastante fragilizada na atualidade, onde, frequentemente, a razão prática é sufocada pela lei do gosto e conseqüentes justificativas morais.

---

<sup>105</sup> YEPES; ARANGUREN, 2001, p. 124.

<sup>106</sup> “cuando se habla de la naturaleza social del hombre, se hace mención correctamente a las carencias humanas que sólo pueden ser satisfechas en comunidad. Entre esas carencias se encuentra la necesidad de hacer el bien a los demás. Como afirma San Tomás de Aquino “ El hombre es naturalmente un animal político. Por eso, no basta que sea provisto en su deseo para si, sino también que pueda proveer a los demás.” (BARZOTTO, Luis Fernando. *El bien del orden: el derecho positivo como condición de la moral en Tomás de Aquino*. In: *Derecho y moral en el debate iusfilosofico contemporaneo*. Arequipa: Yovera, 2010a. p. 93).

<sup>107</sup> YEPES; ARANGUREN, 2001, p. 122

<sup>108</sup> “Sin libertad, ningún bien es humano, pero sin bien, la libertad es algo vacío. La libertad es libertad de conducta, de conducirse a si mismo, y el conducirse plantea por fuerza la pregunta del “hacia donde”, es decir, la pregunta acerca del bien humano que se ha de afirmar y del mal humano que se ha de negar”: (RODRIGUEZ LUÑO, 2004, p. 204).

<sup>109</sup> YEPES; ARANGUREN, 2001, p. 129.

<sup>110</sup> RODRIGUEZ LUÑO, 2004, p. 205.

Gostaríamos de enfatizar, ainda que já esboçado, que, dado ao caráter relacional da natureza humana, no conceito de bem se encontra sempre incluído o outro, e nesse sentido, só a liberdade poderia potencializar a amizade como decisão, entrega, permanência e compromisso, e, em conseqüência, uma sólida base de comunicação.

Em termos de realismo jurídico, poderíamos afirmar que o Direito apóia e potencializa a liberdade humana, na medida em que procura promover a reta convivência entre os homens<sup>111</sup>. A visão realista, tanto quanto veremos na proposta de Fuller, não compartilha uma concepção negativa do Direito em termos de liberdade, mas uma afirmação desta através daquele instrumento. Tão natural é para o homem viver em sociedade quanto organizar-se livremente<sup>112</sup>. O Direito seria uma manifestação dessa racionalidade da organização social, tanto mais eficaz quanto ciente da grandeza da natureza humana, bem como de suas deficiências. Seus limites são sinalizações para evitar, de fato, o que poderíamos chamar de uma liberdade negativa, ou seja, um uso impróprio dessa faculdade<sup>113</sup>. Por outro lado, tendo em conta o caráter relacional da natureza humana, o Direito, se afetado pela ótica individualista pós-moderna, no que se refere à concepção de liberdade, dificilmente a entenderá de forma positiva. Sua relação com ela será heterônoma e limitadora. O que poderia ser integração passa a ser domínio<sup>114</sup> e o que aquele naturalmente poderia assegurar-lhe passa a ser violentamente reivindicado. Se um princípio imanente, e não transcendente, sustenta a concepção de liberdade e, conseqüentemente do Direito, este lhe roubará seu papel de catalizador de relações verdadeiramente livres.

Como veremos adiante, nosso autor parece compartilhar essa postura realista e positiva com relação à conexão entre liberdade e Direito, ainda que a exponha com um sentido mais prático<sup>115</sup>. Partindo dessa concepção, o autor afirma que o Direito pode dirigir certos tipos de realizações, - e não meramente, evitar atos indesejáveis -, promovendo uma liberdade afirmativa e criativa<sup>116</sup>.

Passamos agora ao coração de nosso trabalho, ou seja, à contribuição de Lon Fuller para o entendimento prático desses conceitos na teoria do Direito.

---

<sup>111</sup> HUIDOBRO, Joaquim García. *Uma loucura razoável*. São Paulo: Editora Quadrante, 2009, p. 124.

<sup>112</sup> BARZOTTO, 2010a, p. 96.

<sup>113</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo. Editora Unisinos, 2006, p. 536.

<sup>114</sup> BLASI I BIRBE, Ferran. *La etica de cada dia*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2001, p. 39.

<sup>115</sup> “*affirmative freedom is the presence of some form of social order that will carry individual choice over into the larger process of society.*” (WINSTON, 1994, p. 406).

<sup>116</sup> FULLER, 1969b, p. 42.

## C. O DIREITO EM LON FULLER

### C.1. Conceito de Direito

A originalidade do conceito de Direito do autor é a proposta de um jusnaturalismo procedimental, como meio de assegurar o bom Direito, a partir do elemento humano. Em realidade, combina o processo interno com os fins externos, permeados por um sentido moral<sup>117</sup>. Não agrada aos positivistas, evidentemente, mas também não parece muito ortodoxo aos jusnaturalistas, por dar a impressão de “desprezar” o conteúdo. Neste tópico, gostaríamos de destacar o entendimento acentuadamente humano do Direito que veicula o autor, e que, se corretamente aplicado, pode auxiliar a tarefa de facilitar a boa ordem, cumprindo eficazmente seu papel dentro de seus limites morais, já que compreende bem o quanto o âmbito moral ultrapassa o jurídico<sup>118</sup>.

Lon Fuller define o Direito como: “o empreendimento de submeter a conduta humana ao governo de regras”<sup>119</sup>. “Distintamente da maioria das teorias modernas, essa concepção trata o Direito como uma atividade e vê o sistema jurídico como um resultado de um esforço intencional”<sup>120</sup>.

Nessa definição podemos vislumbrar os principais elementos de sua concepção: o elemento humano e a racionalidade, dos quais derivam a moralidade, a liberdade e a relacionalidade. Ainda que Robert Summers, biógrafo do autor, identifique no jusnaturalismo de Fuller quatro tópicos distintos: racionalidade, propósito (fins), regras não somente dependentes de fontes e uma moralidade interna que não sustenta qualquer fim<sup>121</sup>, preferimos a classificação mencionada, pelo enfoque que empreendemos sobre sua teoria e que, por sua vez, parece também englobar os elementos destacados por Summers. Passamos a identificar esses tópicos a partir das explicações oferecidas pelo autor:

#### 1. O Elemento Humano<sup>122</sup> e a Racionalidade:

---

<sup>117</sup> SUMMERS, 1984, p. 2.

<sup>118</sup> “*though these natural laws touch one of the most vital of human activities they obviously do not exhaust the whole of man’s moral life.*” (FULLER, 1964, p. 110).

<sup>119</sup> “*is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules.*” (Ibidem)

<sup>120</sup> FULLER, 1969b, p. 106. (Tradução livre)

<sup>121</sup> SUMMERS, 1984, p.1.

<sup>122</sup> Lon Fuller refere-se ao “*Human Element*” como o “*indispensable ingredient in any just and humane legal system.*” (FULLER, 1987, p. 40)

Na formulação de sua teoria do Direito, Fuller toma a natureza humana tão qual se apresenta -, o que torna sua tese acessível <sup>123</sup> - em sua dimensão racional e relacional, bem como em seus limites e fragilidades. O Direito é para Fuller uma dimensão da vida social, à qual não nega a possibilidade de ser entendido como a mais alta conquista da civilização e fundamento da dignidade humana <sup>124</sup>. Porém, visto de outro âmbito, mostra que pode ser considerado confissão da própria perfídia: dizer que o homem tem que colocar um limite para si mesmo, já que é a única criatura que tem como possibilidade trair a própria natureza voluntariamente <sup>125</sup>.

Em sua tarefa de facilitar a ordenação da conduta humana, Fuller partirá da racionalidade em produzir o Direito - já que entende que o elemento racional na organização social é um dos critérios para discernir o que é Direito -; aplicá-lo e torná-lo eficaz por compreensível e plausível.

Nesse sentido, quando se refere à natureza humana, não se destaca como um defensor dos direitos inalienáveis protegidos pelos vários sistemas que evocam o Direito natural. Como salienta Robert Summers, ainda que não tenha definido com precisão o conceito de natureza no qual se apóia, parece partir de uma certa compreensão metafísica aliada a uma constatação empírica e sociológica. Cabe ao Direito secundá-la, principalmente em termos de liberdade e relacionalidade. Para Fuller, no que se refere aos fundamentos, o sistema jurídico apóia-se, não na coerção ou na autoridade – se ficarmos somente com a coerção ou com a autoridade, o Direito positivo subestima a capacidade social do cidadão <sup>126</sup> - mas em algo mais profundo, a partir da razão e da prática social, que envolve percepções, sentimentos, convenções e não, propriamente regras: os denominados *middle-level principles*, ou seja, em princípios de Direito natural referentes à conduta, racionalmente identificados pelo homem sensato (*reasonable man*) -, que também se manifestam nas expectativas implícitas <sup>127</sup>. E como meio para viabilizar o empreendimento, recorrerá ao procedimento que torna possível um corpo de homens falarem juridicamente com uma só voz <sup>128</sup>.

Dessa forma, para explicar a relação do Direito com a natureza humana, oferece um método de análise mais amplo e livre, que entende ser naturalmente seguido, mas que, ao mesmo tempo, empurra a razão ao mais distante ponto que possa alcançar, procurando

---

<sup>123</sup> SUMMERS, 1984, p. 15.

<sup>124</sup> FULLER, 1987, p. 3

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> FULLER, 1969b, 192-193.

<sup>127</sup> WINSTON, 2001, p. 5.

<sup>128</sup> “*procedure that will enable a body of men to speak legally with one voice.*” (FULLER, 1969b, p. 148).

demonstrar que o que se opõe à razão, em termos de natureza, não é lógico <sup>129</sup>. Se o Direito percorre o caminho correto, confirmando o natural no racional, a presunção de que o que é Direito é certo é perfeitamente aplicável <sup>130</sup> sendo, ao mesmo tempo, uma reação natural aceitá-lo <sup>131</sup>. Pode, portanto, oferecer, não somente a direção - *direction giving* -, mas a direção certa <sup>132</sup>.

Por outro lado, Fuller não ignora a fragilidade humana na consecução da ordem jurídica: o sistema jurídico deveria ser uma corrente firme, com autoridade em cada elo, para eliminar incertezas a partir de um propósito. Mas dependerá de decisões humanas em cada nível, passíveis de falibilidade por corrupção, falta de bom senso, etc. Não pode, porém, prescindir desse elemento, já que é um sistema de homens para servir os próprios homens. E nesse sentido, também não pode subestimar a natureza humana, mas ajudá-la a apontar para o alto <sup>133</sup>.

O autor não sublinha, portanto, que a fragilidade esteja presente somente no destinatário do Direito. Explica, por exemplo, que atualmente se concebe o acerto como o que brota da decisão das cortes, à medida que se posicionam nas controvérsias:

E se erram ou são indolentes? Estamos sob a Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que é? (...) O rei não pode errar (...) E seus oficiais? O Direito é o que é - o jardim com seus problemas - e começa, por exemplo, quando as cortes não aplicam ou não entendem as leis em vigor. (...) A Presidência poderia prestigiar o Judiciário e remover quem não julga de acordo com a lei. Porém quem guarda o guardião? (...) Em quem se deposita a confiança? <sup>134</sup>

Apresenta o caso do juiz que decidia por suborno. Deve-se julgar novamente? E os demais votos emitidos? Em primeiro lugar, é preciso um conjunto de pessoas íntegras para interpretar e decidir <sup>135</sup>. Por isso pergunta-se também sobre o Direito entendido como comando geral advindo de autoridade: mas quem tem esse poder? <sup>136</sup> O destaque do elemento humano traz à tona a reciprocidade entre quem governa e quem obedece – governo de homens para homens -, e, portanto, a moralidade que legitima o poder. Interpreta Holmes – “o Direito é a profecia do que as cortes farão de fato, e nada mais pretensioso” <sup>137</sup> – de forma

<sup>129</sup> FULLER, 1969b, p. 7-9.

<sup>130</sup> conhecer o “*purpose*”: “*whys and therefores of the rules*” possibilita o “*whole hearted and understanding acceptance*” (WINSTON, 2001, p.6).

<sup>131</sup> SIMMONDS, 2007, p. 67.

<sup>132</sup> SUMMERS, 1984, p. 1.

<sup>133</sup> FULLER, 1969b, p. 19.

<sup>134</sup> FULLER, 1987, p. 11 et seq. (Tradução livre)

<sup>135</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>136</sup> FULLER, 1964, p. 136.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 120. (Tradução livre)

jusnaturalista, no sentido de que pressupõe certa ordem, não, como é claro, positivista, mas principalmente como ordenação segundo uma expectativa natural. Se essa ordem é respeitada, das cortes não deveríamos nos proteger <sup>138</sup>.

Para enfrentar esse problema, o autor sublinha a necessidade da boa formação jurídica e ética do profissional do Direito, que deveria ir aos porquês de sua ciência para poder melhor praticá-la. Comenta que não se pode compreender e empregar as regras dos ramos do Direito sem entender o que é o Direito. É como um jardineiro que aprende os nomes das plantas, mas não conhece os efeitos do sol e da sombra; do frio; do calor, etc. Para aprender no jardim do Direito, é preciso fixar-se não em um jardim depois de um furacão ou seca, mas vendo porque o mesmo tipo de plantas cresce ou não cresce em diferentes locais. E como Aristóteles, “se olhamos a doença, não o fazemos de forma mórbida, mas para entender a saúde!” <sup>139</sup> Para o autor, o Direito não se encontra somente nos livros, mas nas ações e no comportamento. É doutrina e jurisprudência, sendo que aquela está determinada pela possibilidade de ação efetiva. Se as palavras de um sistema estão somente no papel, o Direito não pode ser efetivado. A lei não pode somente funcionar por que dizemos que existe. É preciso sustentar a ação pela razão. Não se pode dizer que há ordem simplesmente porque o declaramos. É preciso conciliar palavra, tarefa e ação <sup>140</sup>.

A racionalidade, portanto, não supõe somente um propósito plausível – fins e valores, não metafóricos ou indeterminados, mas observáveis e passíveis de atribuição racional <sup>141</sup> - e seu conhecimento técnico, mas a reflexão e a profundidade em sua aplicação: não é para “questõezinhas” particulares; não é para mudanças rápidas, não é somente para administrar...”<sup>142</sup>. Seu raciocínio não permite acomodar-se na segurança oferecida por algo forjadamente imposto, mas instiga a ir além, oferecendo a contribuição livre e responsável na consecução do justo político <sup>143</sup>. *Common reason* e *common right* vão unidos em Fuller <sup>144</sup>. Nesse sentido, apóia-se tanto na virtude da prudência, como nas razões morais <sup>145</sup> distanciando-se da racionalidade formalista <sup>146</sup>. Podemos afirmar que, em Fuller, a racionalidade é natural e moral.

---

<sup>138</sup> FULLER, 1987, pág. 4-5.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>141</sup> SUMMERS, 1984, p. 19.

<sup>142</sup> FULLER, 1987, p. 110.

<sup>143</sup> SIMMONDS, 2007, p. 146.

<sup>144</sup> “(...) judges are compelled, for example, to develop some rule for dealing with contradictory enactments, this rule derived not “from any positive law, but from the nature and reason of the thing.” (FULLER, 1969b, pág. 101-102).

<sup>145</sup> SUMMERS, 1984, p. 62 et seq.

<sup>146</sup> FULLER, 1940, p. 4.

Para Fuller, portanto, a concepção de Direito não se desvincula do agente. Em sua obra, demonstra, de fato, o quanto nossas crenças sobre o Direito afetam o Direito, ou, em linguagem do autor, como já destacado: “O advogado modela-se por sua concepção do Direito, e, pela extensão de sua influência, esculpe a sociedade em que vive”<sup>147</sup>.

## 2. Relacionalidade

Tomando o elemento humano em sua constituição relacional, Fuller entende que os homens “não podem viver e trabalhar juntos sem um princípio de organização que resolverá os conflitos e promoverá a ação cooperativa”<sup>148</sup>, estando o Direito para regular a relação entre os homens: todo o direito tem origem numa relação entre pessoas - envolvendo também uma generalidade de coisas -, que geram as demais relações pelo Direito reguladas, principalmente aquelas do homem com o próprio homem<sup>149</sup>. O sistema jurídico será o produto de um esforço comum dirigido a um fim – a comunicação -, no qual se definem os valores e propósitos que conduzem à ordem social. Nesse sentido destaca, juntamente com a finalidade e a legalidade a partir da moralidade interna, a alteridade, também por ele denominada generosidade, que propicia a comunicação e torna o Direito possível<sup>150</sup>.

O governo de regras, que para Fuller não é nem ritualismo nem *self-help*. Não abrange, portanto, somente o particular, mas a sociedade como um todo<sup>151</sup>, partindo da interação humana e fortalecendo-a, ao assegurar a confiabilidade<sup>152</sup>.

## 3. Moralidade

Essas regras não são somente estabelecidas pelos homens, mas obedecem a um padrão externo universal e são legitimadas por serem aceitas como certas<sup>153</sup>. Quem age de conformidade com essas regras age direito. Há um sentido mais estendido de “jurídico”. Afirma Fuller que necessitamos perceber e entender as forças morais e psicológicas que subordinam o Direito e lhe dão eficácia nas relações humanas. Sem essa base não haveria

---

<sup>147</sup> FULLER, 1940, p. 4. (Tradução Livre).

<sup>148</sup> FULLER, 1949, p. 695.

<sup>149</sup> FULLER, 1969a, p. 27.

<sup>150</sup> FULLER, 1964, p. 197-199.

<sup>151</sup> “*the necessities of democratic government and of human nature itself*”. (FULLER, 1969b, p. 102)

<sup>152</sup> SIMMONDS, 2007, p. 162.

<sup>153</sup> FULLER, 1940, p. 90.

Direito consuetudinário, nem Direito Internacional e nem paz. Não se poderia entender o Direito decretado separado desse embasamento <sup>154</sup>.

O autor comenta que desde os primeiros estudos sobre o Direito, positiva ou negativamente, constata-se uma conexão entre moralidade jurídica e Direito natural <sup>155</sup>. Muitos entendem o Direito natural como algo ligado diretamente a crenças religiosas, sendo sua compreensão cabível somente para um crente, ao que Fuller contrapõe-se acentuando que o Direito natural tomado em sentido jurídico não se refere a condutas condenáveis por Deus, pois este não é o seu âmbito de atuação. Trata-se de algo, pelo contrário, muito terrestre:

São como as leis naturais da carpintaria, ou pelo menos, como aquelas leis respeitadas pelo carpinteiro que deseja que a casa que está construindo permaneça firme e sirva ao fim desejado por aqueles que nela habitam <sup>156</sup>.

Por outro lado, ainda que o Direito toque as ações humanas, não exaure toda a conduta moral <sup>157</sup>. É nesse sentido que, em sua versão procedimental do Direito natural, não busca diretamente os escopos substantivos das regras jurídicas, que deverão ser assegurados através de instituições, mas não deixa de tocá-los de perto, ao procurar traçar um projeto para construir e administrar o Direito de tal forma que este possa ser eficaz. Não, talvez um projeto para engenheiros, como comenta Finnis <sup>158</sup>, mas para arquitetos da ordem social, que respeitam as regras para edificar uma estrutura segura.

Parece-nos que não acentuou tanto a preocupação pela moralidade externa para que sua teoria não fosse confundida com uma defesa religiosa <sup>159</sup>. De qualquer forma, também concluímos que sua visão moral do Direito se atém à expectativa de condutas jurídicas específicas <sup>160</sup>, que se referem às relações entre os homens em sociedade. Até mesmo por seu respeito à liberdade, não tange o que relega à consciência de cada um. A moralidade externa do Direito em Fuller só tocaria o que abrange certo senso de colaboração, a partir da moralidade interna, que, por sua vez, está para servir o agente livre <sup>161</sup>.

A moralidade proposta por Fuller é intrínseca ao Direito, por fortalecer e assegurar o sistema e não algo externo a ele, que dificultará sua eficácia, como afirma Hart sublinhando que uma avaliação moral do Direito entorpeceria seu fim por tratar de uma realidade que não

---

<sup>154</sup> FULLER, 1969a, p. 1-3.

<sup>155</sup> FULLER, 1964, p. 109.

<sup>156</sup> FULLER, 1969b, p. 96. (Tradução livre)

<sup>157</sup> FULLER, 1964, p. 110.

<sup>158</sup> FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 302.

<sup>159</sup> "They are not higher laws" (FULLER, 1964, p. 110).

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> FULLER, 1969b, p.153 et seq.

lhe compete <sup>162</sup>. Para nosso autor, pelo contrário, a qualidade do Direito dependerá de sua moralidade interna. Só dessa forma será passível de submeter efetivamente a conduta humana às regras propostas.

#### 4. Liberdade:

O conceito de Direito de Fuller está vinculado ao entendimento antropológico do ser humano como sujeito livre e responsável. Como afirma a Prof. Kristen Rundle, está comprometido com a visão interativa: “sob o Direito, a posição do sujeito não é a de um servo pronto para fazer aquilo que lhe digam” <sup>163</sup>. É, pelo contrário, uma condição social em que este povo é respeitado como uma comunidade de agentes, sustentados pela forma clara com que as leis são criadas e comunicadas.

Fuller, portanto, concebe o elemento humano, como agente moral, que, em sua atuação livre, deve ter em conta, tanto a ética como a responsabilidade profissional e social<sup>164</sup>.

Tomado como empreendimento, também vê o Direito atuando em diversas vertentes: um mesmo sistema jurídico atinge vários ângulos (matrimônio, contratos, etc.), e estes, por sua vez geram outras formas tais como, por exemplo, a mediação. Essa visão baseia-se na concepção de que Lon Fuller entende o Direito como ordem fundamentada na liberdade. O sistema organiza-se no básico, e, também na trajetória, assegura a liberdade. Não é um governo nem somente de regras e nem de juízes, simplesmente, mas uma composição natural<sup>165</sup>, a partir de descobertas racionais, e não de uma vontade imposta <sup>166</sup>. Sublinha constantemente que o Direito destina-se a agentes inteligentes, atendendo especialmente ao elemento da vontade <sup>167</sup>. Logo, para Fuller, a submissão às regras do Direito, dentro das expectativas humanas, poderia ser livremente aceita.

Para conjugar estes elementos de forma prática - racionalidade, relacionalidade, moralidade e liberdade -, propõe oito requisitos a serem observados para embasar e sustentar os distintos projetos humanos <sup>168</sup> e resolver as questões jurídicas através de uma estrutura

---

<sup>162</sup> FULLER, 1969b, p. 154.

<sup>163</sup> RUNDLE, 2012, p. 2.

<sup>164</sup> WINSTON, 2001, p. 8.

<sup>165</sup> FULLER, 1964, p.157.

<sup>166</sup> FULLER, 2001, p. 112.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 28-29.

<sup>168</sup> SIMMONDS, 2007, p. 145.

competente. A esse conjunto de exigências denominou a moralidade interna do Direito <sup>169</sup>, que será objeto particular de nosso estudo.

## C. 2. O Direito natural em Fuller

Fuller pergunta-se se sua proposta de uma moralidade interna do Direito guarda alguma relação com a longa tradição jusnaturalista. A resposta é um enfático e qualificado sim, ainda que represente uma variação procedimental do Direito natural <sup>170</sup>.

Para explicá-la, o autor comenta que lamenta as doenças atuais dos sistemas jurídicos, onde encontramos complexidades e antinomias ocultas, que nos conduzem ao ceticismo. Essa atitude com relação ao Direito existe, não no que se refere a ele mesmo – que é tão claro –, mas em relação à maneira com que o empreendemos. Os homens entendem que necessitam regras de convivência e que deve haver um processo para que estas possam ser declaradas com autoridade. Porém, esse processo não é tão simples <sup>171</sup>, já que não é mera forma técnica, mas protagonizado pelo ser humano. Logo, para Fuller, o Direito deverá ater-se especialmente a esse processo, respeitando-o – como as coisas devem ser feitas e não somente o que deve ser feito <sup>172</sup> -, para que haja autoridade <sup>173</sup>.

Nesse sentido, o Direito natural em Fuller se refere mais apropriadamente às leis naturais próprias do empreendimento jurídico, ao qual compete, como já explicitado, submeter a conduta humana ao governo de regras <sup>174</sup>.

E com relação ao Direito natural substantivo? É tratado de modo incidental. Em realidade, como expõe, não deveria haver juízos totalmente neutros, ainda que a moralidade jurídica não atinja todos os atos morais. Por exemplo, em termos jurídicos, não caberia condenar atos imorais privados <sup>175</sup>, já que o Direito não tem a tarefa de salvar almas. Portanto, não se refere à lei divina como suporte da lei humana, pelo menos, não em termos de “não se considera Direito o que não está de acordo com a lei divina”, como em Blackstone <sup>176</sup>. Fuller se aproxima da natureza como as ciências naturais penetram em seu objeto. Daí o caráter realista de sua proposta, que se atém à realidade naturalmente – “*the way things are*” <sup>177</sup>, e não

---

<sup>169</sup> FULLER, 1964, p. 46 et seq.

<sup>170</sup> FULLER, 1969b, p. 96.

<sup>171</sup> FULLER, 1958, p. 68 et seq.

<sup>172</sup> FULLER, 1987, p. 97.

<sup>173</sup> FULLER, 1964, p. 157.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 147, citando o homossexualismo.

<sup>176</sup> WINSTON, 2001, p. 33.

<sup>177</sup> FULLER, 1987, p. 53.

através de um formalismo intelectual<sup>178</sup>. Seu enfoque é, portanto, mais abrangente, não se restringindo a um elemento somente, tal como o sociológico, político, jurídico ou decisionista<sup>179</sup>.

Entende que a moralidade interna e a externa interagem, porém, dentro de certos limites. Daí sua preocupação com a neutralidade do operador do Direito no que se refere às suas próprias concepções morais. Este deveria submeter-se ao que se entende por certo, e se não, é provável que tenha havido uma falha anterior no que se refere à moralidade interna<sup>180</sup>.

Por outro lado, se o Direito deseja promover a ordem e a paz, não deve ser completamente indiferente ao conteúdo<sup>181</sup>. Por isso, não pode somente depender da fiel aderência dos advogados às regras promulgadas, mas também da liberdade e do desejo do cidadão de aceitá-las como essencialmente certas. O Direito tem que ser - ou pelo menos parecer! – bom<sup>182</sup>. Esse conteúdo, porém, restringe-se, em Fuller, ao que afeta diretamente a vida social, respeitada a liberdade dos que a compõem.

Para entender o conceito do autor, é preciso não desvinculá-lo de sua origem e de seu entorno permeado pelo *common law*, que, de certa forma, foi providencial para seu aprofundamento no que entendia por Direito natural. Uma das questões que surgia paralelamente ao conceito de Direito positivo era a do Direito costumeiro, e, se, de fato, poderia ser chamado de Direito. Comenta a visão dos antropólogos que afirmam que seria uma denominação imprópria, já que não se pode aplicar uma concepção entrelaçada com noções de explícito ordenamento social a normas de conduta que vêm à existência sem a ajuda de um legislador<sup>183</sup>.

Porém, Lon Fuller discorda, afirmando que não podemos entender o Direito ordinário – decretado -, se não entendemos o Direito costumeiro. E este pode ser melhor descrito como uma linguagem de interação, que, muitas vezes, definimos como um código de conduta não escrito<sup>184</sup>.

O autor aprofunda no papel do Direito implícito – que, em sua concepção, guarda uma relação direta com o que concebe como natural -, e do Direito elaborado na história jurídica.

---

<sup>178</sup> BRESNAHAN, James Francis. *The methodology of "natural law" ethical reasoning in the theology of Karl Rahner, and its supplementary development using the legal philosophy of Lon L. Fuller*. Ann Arbor: University Microfilms, 1972. p. 609.

<sup>179</sup> WINSTON, 2001, p. 32.

<sup>180</sup> "A judge faced with equally plausible interpretations of a statute might properly prefer that which would bring its terms into harmony with generally accepted principles of right and wrong." (FULLER, 1964, p. 146).

<sup>181</sup> "the validity of law depends on the quality of its content ." (SUMMERS, 1984, p.1)

<sup>182</sup> FULLER, 1940, p. 91.

<sup>183</sup> FULLER, 1969a, p.1-2.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 10.

Comenta que o antropólogo Maine afirma que há sempre a consciência de lei e Direito: “está no ar: a maneira com que as coisas são feitas”<sup>185</sup>. Explica que, com o progresso, esse papel deixa de ser tácito, buscando “especialistas” para solucionar conflitos. Com a escrita vêm os códigos e assim uma maior rigidez para os costumes e possíveis modificações. A partir do Direito Romano, acentua-se a idéia de uma forma a ser repassada para os novos povos. O elemento comum dos diferentes sistemas jurídicos fazia pensar na perda de um código da natureza - um prévio estado de excelência – e ao mesmo tempo em um instinto de continuidade e integração, de algo, que por sua vez, já estava lá desde o início<sup>186</sup>.

Para Fuller, a divisão entre Direito implícito e elaborado não é quimicamente pura. O Direito implícito não se expressa em uma sucessão de palavras, mas na sequência de uma conduta<sup>187</sup>. Por sua vez, “esse comportamento não necessita evidenciar o mal que evita ou o bem que promove, mas dele podemos inferí-los”<sup>188</sup>.

O Direito implícito serve como base natural para a legislação: “Temos que admitir que as regras surgiram de certa necessidade percebida por aqueles que primeiramente modelaram sua conduta através delas”<sup>189</sup>.

Fuller reconhece que o Direito pode chegar à existência por declarações incorporadas em leis. Porém, pede atenção para essa passagem: até onde a tarefa é encontrar o Direito (*law finding*) e até onde é elaborar o Direito (*law making*)?<sup>190</sup> É a questão intrigante para os filósofos do Direito: Direito positivo x Direito natural<sup>191</sup>. De qualquer forma, deixa clara a necessidade de que aquele se apóie no dado, ou seja, no encontrado<sup>192</sup>.

Por essa razão critica Austin:

Para Austin todas as leis consistem, diretamente ou indiretamente, em regras estabelecidas por um poder soberano que goza do hábito da obediência por parte de uma determinada sociedade. O estatuto, promulgado por uma autoridade legislativa, acomoda-se facilmente a este modelo, sem aparente atrito. O papel do juiz já apresenta certa dificuldade. Isto ocorre, por exemplo, no sistema britânico onde grande parte do Direito tem sua origem em decisões judiciais e não derivam nem remotamente de leis promulgadas. O fato curioso é que em “elaborar esse Direito os juízes nunca dizem que estão elaborando alguma coisa, mas que estão aplicando uma lei que já estava implícita em alguma lei anterior ou na natureza da sociedade humana”. A solução de Austin foi ignorar o que dizem os juízes identificando o ato de encontrar a lei com o de elaborá-la<sup>193</sup>.

---

<sup>185</sup> FULLER, 1987, p. 53-54.

<sup>186</sup> Ibidem.

<sup>187</sup> “...express itself not in a succession of words, but in a course of conduct”. (Ibidem, p. 44)

<sup>188</sup> Ibidem. (Tradução livre)

<sup>189</sup> Ibidem. (Tradução livre)

<sup>190</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 112 et seq.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 45. (Tradução livre)

E conclui: o Direito revela-se como as forças da natureza expõem-se <sup>194</sup>. A conduta que torna-se direito implícito encerra uma razão para que seja seguida.

Nesse sentido, sobre os problemas que se referem à hermenêutica jurídica, acentua que não devem ser solucionados através do dicionário, mas principalmente pela compreensão dos cidadãos. A interpretação não quer somente tirar do estatuto o que o legislador queria dizer, mas aplicá-lo de acordo com as demandas sociais. Por isso, se pode dizer que um estatuto nunca pode ser considerado integralmente concluído. Em possíveis contradições, recorrerá a princípios, mas não aleatoriamente <sup>195</sup>: princípios somados à empresa de colaboração ao longo do tempo com a participação de vários juízes. Por isso, as sentenças, pelo menos no *common law* são explicativas, também sobre fatos, e não só no que se refere aos princípios, tendo em vista a prevista articulação posterior. O problema do sistema — a justiça decide de forma parecida casos parecidos — reside em saber transcender o caso para chegar à essência do princípio, ainda que de forma distinta, em se tratando de Direito codificado ou de *common law*:

Esta é uma requisição da própria justiça. Em sua mais rudimentar expressão, a justiça exige decisões similares para casos similares. Sendo que dois casos nunca são exatamente iguais, não se pode atuar com justiça ao não ser que se possa definir o que constitui uma semelhança essencial. Mas para discernir o que é essencial e o que não é na decisão do caso, é preciso recorrer a princípios que transcendem sua imediata aplicação; são estes princípios gerais que unem os elementos do Direito em um sistema coerente de pensamento <sup>196</sup>.

Portanto, não caberia como apropriada, nem a aderência direta aos precedentes, nem a desconsideração das decisões anteriores, criando novos padrões <sup>197</sup>.

Em sua postura jusnaturalista, Fuller concebe como fontes do Direito, em linhas gerais, o Direito elaborado (códigos, regras, estatutos, etc.); o Direito implícito (costumes), ao que destaca como base natural e não somente sociológica; as decisões judiciais, os princípios<sup>198</sup>, e no que se refere explicitamente ao *common law*, sublinha a sua utilização em singular, englobando normas, princípios, padrões, máximas, preceitos, mas não *common laws*<sup>199</sup>, já que entende o Direito como um sistema.

Sua teoria se opõe, principalmente, às seguintes escolas:

---

<sup>194</sup> “*Law displays itself as the forces of nature display themselves.*” (FULLER, 1987, p. 50)

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 57 et seq.

<sup>196</sup> “*This is a requirement of justice itself. In its most rudimentary expression, justice demands the like decision of like cases. Since no two cases are ever exactly alike, one cannot act justly unless one is able to define what constitutes an essential likeness. But to discern what is essential and what is not in the decision of a case, one must have resort to principles that transcend their immediate application; it is these general principles that bind the elements of law into a coherent system of thought.*” (*Ibidem*, p. 94). (Tradução livre)

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 57 et seq.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 43 et seq.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 96.

a) escola realista americana, incluindo Holmes, Cardozo, e Llewellyn, por reduzir o Direito a uma ciência prática, desprezando seu embasamento filosófico. O simplista “olhe e veja precisamente o que é; reconheça e só”, no sentido de apenas constatar a realidade social para regulá-la, sem aprofundar nela, pode levar a conseqüências atroz, se não a curto, pelo menos a médio e longo prazo <sup>200</sup>. O Direito para Fuller, não só representa a regra da razão, mas a do bom senso. É a profissão daqueles que querem pensar além, sem encerrarem-se em moldes artificiais <sup>201</sup>.

b) opõe-se ao positivismo de diversas formas: critica Austin por entender o Direito como um comando político superior, que não daria conta do particular com justiça <sup>202</sup>, combatendo a verticalidade imperativa através da horizontalidade própria da reciprocidade. Critica também outras teorias como a de Hoebel, que vincula o Direito à coerção e à força de quem pode exercê-la. Explica que seria como definir a ciência pelos aparelhos que utiliza <sup>203</sup>. Kelsen, por sua vez, em seu entender, reduz a essência do Direito à pirâmide do poder do Estado, abstraindo seu propósito. Lamenta as conseqüências dessa proposta para a filosofia do Direito <sup>204</sup>. Comenta que o Direito, reduzido ao simples exercício do poder – ainda que hierarquicamente organizado – poderia até garantir o “não contraditório”, mas acaba por negar todo o resto <sup>205</sup>. Questiona ainda as teorias que definem o Direito como ordem pública. Mas de que tipo? É como definir a essência pelo resultado <sup>206</sup>.

No que se refere ao “O Conceito de Direito” de Hart, não deixa de destacá-lo como brilhante contribuição para a literatura jurídica, manifestando, porém, sua plena discordância, ao criticar especialmente a regra de reconhecimento, que dificulta a derrogação de um poder abusivo, arbitrário e ilegítimo <sup>207</sup>. Como, de fato, a grande maioria não tem noção de estrutura jurídica e critérios de validade, e também desconhece a diferença entre regras que concedem poderes das que geram deveres, na prática, sua aplicação se torna impossível, principalmente quando a coisa pública muda com frequência <sup>208</sup>. Parece-lhe que Hart quer dar um encaixe jurídico a algo que é sociológico. No fundo, a regra de reconhecimento encerra um argumento contrário à persistência do Direito, já que os homens mudam mais facilmente de dominação do que de leis. Algo de cunho hobessiano, pois o reconhecimento, em verdade, vai para o

---

<sup>200</sup> FULLER, 1969a, p. 2.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>202</sup> FULLER, 1964, p. 111.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>204</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>205</sup> Ibidem.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>207</sup> Ibidem, p. 147 et seq.

<sup>208</sup> Ibidem.

soberano, e este, uma vez livre de limites, termina por reduzir a lei à sua vontade. Uma passagem mágica do mundo pré-jurídico para o jurídico. Antes apenas deveres, após regra de reconhecimento, poder <sup>209</sup>. Este, como os demais comentários sobre o positivismo, baseiam-se principalmente em sua aversão por tornar o Direito uma empresa técnica, que não respeite sua vocação antropológica, ou seja, o serviço de humanos para humanos, constitutivamente livres: “a imparcialidade do Judiciário demonstra o quanto este deve se ajustar à natureza humana e, ao mesmo tempo, aplicar a lei ao humano a partir de um humano, a partir da natureza e da razão” <sup>210</sup>.

Em Fuller, o Direito não é, portanto, regra positiva produzida pelas cortes; padrões sociológicos de comportamento; ficção kelseniana <sup>211</sup>, já que entende que não se pode divorciar essencialmente e definitivamente aspirações éticas e práticas ou reduzir o Direito ao puro fato <sup>212</sup>.

c) critica o cientificismo, explicando que as ciências naturais cultivam a habilidade de prever e controlar os fenômenos naturais ou pelo uso dos instrumentos, ou para chegar à generalidade. Conta com os erros e acertos dos anteriores, em busca da verdade. Daí, a possibilidade da fidelidade científica que trata de realidades, em geral, necessárias <sup>213</sup>. Mas o mesmo critério não pode ser adequadamente aplicado onde a liberdade impera. Como reitera Finnis, citando Fuller “os juristas tendem a considerar a legalidade em termos de “ou isto-ou-aquilo”, ou “branco ou negro.” <sup>214</sup> A ciência, no Direito, está vinculada ao elemento humano que comporta algo mais do que o movimento material. Critica também o empirismo pela rejeição do propósito, pois para Fuller há uma conexão entre o descritivo e o normativo, ou seja, o que é e o que deveria ser <sup>215</sup>.

Podemos concluir com relação às suas oposições mais ostensivas, que o Direito essencialmente positivista, totalmente separado de sua moralidade interna, não seria Direito para Fuller, por “desalmado”. A tentativa de separar o inseparável – ou seja, a moral do Direito –, através de esforços analíticos, parece-lhe infrutífera. Comenta que a própria natureza não apresenta a nós o ser e o dever ser em nítidas partes separadas e que o cientificismo puro obnubila a verdade do Direito. Ainda que digam os positivistas que seu primeiro objetivo é promover um pensamento claro no Direito, e que, misturar Direito e moral

---

<sup>209</sup> FULLER, 1964, p. 156- 157.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 111. (Tradução livre)

<sup>211</sup> FULLER, 1940, p. 53 e p. 66.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>213</sup> FULLER, 1964, p. 135.

<sup>214</sup> FINNIS, 2000, p. 321. (Tradução livre)

<sup>215</sup> “*what is and what shoul be.*” (SUMMERS, 1984, p. 16).

ofuscaria essa clareza, essa separação acaba ofuscando, sim, o entendimento integral do Direito <sup>216</sup>. Coloca seu desinibido interesse no lado ético do Direito. É evidente que fatos morais permeiam as relações de negócios e as relações sociais <sup>217</sup>. Se o Direito é fruto do modo como as pessoas se comportam, como podemos dizer que não se comportam bem, a não ser a partir de certa objetividade racional? No fundo, a razão, o costume, os acordos e o poder coercitivo é que interagem para modelar as relações entre os homens <sup>218</sup>.

Concebe o positivismo como um apóstolo escrupuloso do Direito elaborado, e o cientificismo jurídico como “abjuração metafísica” <sup>219</sup>. Contra os excessos do realismo jurídico apresenta seu *secular natural law*. Ainda que não haja uma exposição completa de sua teoria sobre o Direito <sup>220</sup>, deixa bem claro o quanto temia que o Direito servisse de instrumento utilitarista através de regras impostas para serem obedecidas, sem preocupação com o que denominava o bom Direito.

Por fim, no que se refere às suas oposições, Robert Summers pontualiza mais concretamente três alvos objetivados à sua época: o positivismo britânico e europeu; o método formalista de interpretação e aplicação do Direito nos Estados Unidos e o instrumentalismo pragmático de cunho sociológico, em vigor também em seu país <sup>221</sup>.

Fuller consegue relacionar Direito, vida social e vida política, quando afirma que uma concepção instrumental é incompatível com o estado de Direito. É sustentar a distância entre o moral e o jurídico <sup>222</sup>. O Direito em Fuller não só atinge a moral, através de sua moralidade interna, mas aí se alicerça e atua, sempre dentro dos limites traçados por esta <sup>223</sup>.

Sua teoria do Direito parece apresentar-se como um jusnaturalismo original, que destaca a conexão entre Direito e moral <sup>224</sup>, unindo o porto ao lugar de embarque, bem como o elemento artístico, porém limitado, como o do poeta no uso de sua língua, no que se refere ao papel do jurista <sup>225</sup>. Ainda que proponha certa forma, esta brota da moral. Daí a definição de seu Direito natural procedimental como “*some variety of natural Law*” <sup>226</sup>: “um caminho

---

<sup>216</sup> FULLER, 1969b, p. 137 et seq.

<sup>217</sup> FULLER, 2001, p. 62.

<sup>218</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>219</sup> FULLER, 1987, p. 113.

<sup>220</sup> Ibidem.

<sup>221</sup> SUMMERS, 1984, p. 2.

<sup>222</sup> WINSTON, 2001, p. 5.

<sup>223</sup> “*They have nothing to say on such topics as the study of Marx, the worship of God...*” (FULLER, 1969b, p. 96)

<sup>224</sup> WINSTON, 2001, p. 27.

<sup>225</sup> FULLER, 1987, p. 96.

<sup>226</sup> FULLER, 1969b, p. 96.

natural pelo qual um sistema de regras para governar a conduta humana deve ser construído e administrado se quer ser eficaz e ao mesmo tempo permanecer o que se propõe a ser ”<sup>227</sup>.

Portanto, podemos concluir que em Fuller o Direito natural se apresenta simplesmente como racionalidade natural, materializada no procedimento<sup>228</sup>. Porém, em se tratando de Direito natural, ainda que procedimental, este não pode ser reduzido a mera técnica, pelo protagonismo moral que exige de seus agentes. Metafisicamente, ainda que o autor não tenha se apoiado expressamente nesse conceito, poderíamos dizer que o Direito para Fuller é, praticamente, forma substancial – tal como a alma está para o corpo - para a ordem social.

Como afirma Nigel Simmonds, sua concepção do Direito pode ser enriquecida pela experiência, tendo como norte a fidelidade - não à regra de reconhecimento – mas à consecução de um ideal prático que torna viável a ordem social, a partir da moralidade: a comunicação<sup>229</sup>.

Passamos agora a tratar mais profundamente sobre os elementos que compõem sua concepção do Direito, e que, segundo o autor, devem ser bem coordenados, já que o empreendimento de submeter a conduta humana a regras não deve ser imposto, mas alcançado<sup>230</sup>.

### **C.3. Meios e fins no Direito**

Para Fuller a idéia de meios e fins no Direito tem uma especial importância para a compreensão deste, já que trata de uma determinação racional e moral.

Partindo da racionalidade, entende que a ordenação social é movida por fins, e estes por meios plausíveis. Começamos pelos fins vagamente percebidos, para entendê-los melhor através dos meios projetados<sup>231</sup>. Há uma liberdade aberta dentro do que possibilitam os meios e os fins e através dessa união de recursos intelectuais e programáticos, os homens podem entender melhor seus próprios fins<sup>232</sup>.

Assim acontece no Direito, que começa pela comunicação (*relationship*), mas não como um fim explicitamente concebido. A partir dos meios que elege, compreende melhor o

---

<sup>227</sup> FULLER, 1969b, p. 97. (Tradução livre)

<sup>228</sup> FULLER, 1987, p.116-117.

<sup>229</sup> SIMMONDS, 2007, p. 189.

<sup>230</sup> FULLER, 1969b, p. 150.

<sup>231</sup> BRESNAHAN, 1972, p. 624.

<sup>232</sup> Ibidem.

fim e os valores que lhes permeiam. E nesse sentido, poderia até começar pelo interesse, mas se retamente conduzido, chega a desembocar em uma comunidade de amizade <sup>233</sup>.

Nos ensaios *Human Purpose and Natural Law* e *Human Interaction and the Law*, o autor procura demonstrar que toda atuação humana parte de fins e meios, e estes, por sua vez, referem-se a valores. O problema que caberia ao Direito enfrentar seria procurar reconciliar fato e valor na interpretação do comportamento humano. Os propósitos também vão se tornando mais claros através da experiência jurídica <sup>234</sup>: “Se queremos prever de forma racional o que farão as cortes efetivamente, devemos nos perguntar o que estão tentando fazer” <sup>235</sup>.

Sugere didaticamente, como exemplo, a observação dos meios que um guri coloca para abrir um marisco. Comenta que observando sua ação, sabemos dizer que meio é bom ou ruim: mão, alavanca, etc. <sup>236</sup> Há um fim em vista e buscamos os meios adequados. Mas questionamos também a ação em si: abrir para comer o marisco, vender, maltratar, etc., ou seja, o Direito não servirá a qualquer fim. Nesse sentido, citamos o comentário de Hart sobre a moralidade do Direito em Fuller: se aplicamos a sua proposta em um processo de envenenamento, este poderia ser considerado correto? <sup>237</sup> Não, pois serviria a um fim inadequado. Nesse sentido, Fuller apresenta a analogia: se em um determinado local os médicos costumam envenenar seus pacientes, não se pode dizer que este disponha de um sistema de saúde <sup>238</sup>.

Na racionalidade e moralidade próprias do Direito, não se pode separar fins e meios, o que seria contrário à responsabilidade <sup>239</sup>.

O Direito deve facilitar a consecução dos fins, de forma que sejam atingidos, como um lápis deveria escrever <sup>240</sup>, porém, não tem uma função meramente gerencial, mas também de servir a fins que valham a pena <sup>241</sup>. Será, portanto, meio para fins. Nesse sentido suas regras sempre apresentam um propósito e com relação a este devem ser avaliadas: o significado de uma regra parte de um propósito, ou de um conjunto de propósitos <sup>242</sup>. Apresenta o exemplo

---

<sup>233</sup> FULLER, 1949, p. 721.

<sup>234</sup> FULLER, 2001b, p. 231.

<sup>235</sup> FULLER, 1969b, p. 106, citando Holmes. (Tradução livre)

<sup>236</sup> FULLER, 1958, p. 69.

<sup>237</sup> SIMMONDS, 2007, p. 76.

<sup>238</sup> SUMMERS, 1984, p. 39.

<sup>239</sup> WINSTON, 1994, p. 396.

<sup>240</sup> WINSTON, 2001, p. 11.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 16 et seq.

<sup>242</sup> SUMMERS, 1984, p. 21.

da lei que não permitia estacionar veículos no parque. Se um *jeep* da Segunda Guerra Mundial aí fosse colocado como memorial, não se enquadraria dentro do propósito da lei <sup>243</sup>.

Para tal, deve procurar entender integralmente as ações, sem separá-las de seu contexto, conciliando também fato/valor nas relações meios/fim. As faculdades racionais interagem na escolha dos meios, rumo ao fim, e, portanto, considerá-los analiticamente poderia dificultar o entendimento <sup>244</sup>.

Fuller critica o positivismo por não ater-se aos fins, através do empobrecimento da regra de reconhecimento de Hart <sup>245</sup> ou da concepção kelseniana do Direito que trata de dados não propositivos <sup>246</sup>. Comenta que há quem afirme que a validade de fins e valores não é algo racionalmente demonstrável e que não deveriam entrar em jogo no juízo da ação. O que se comprova, porém, é que um meio sem um fim não tem sentido <sup>247</sup>. Chega a comentar que um conselho de um amigo ao qual apresentamos um problema seria valioso se nos levasse a refletir sobre os fins e meios que nos movem <sup>248</sup>. Analogicamente, poderíamos aplicar essa idéia às questões éticas e jurídicas, em busca da solução mais adequada dentro do possível e de regras plausíveis <sup>249</sup>.

Expõe ainda o perigo do funcionalismo, que poderia obstruir o entendimento das aspirações morais que envolvem o Direito <sup>250</sup>. As funções estão para tornar eficazes os propósitos, e, estes, para veicular seus próprios valores.

Sendo múltiplos os fins <sup>251</sup>, podem ser classificados: é diferente, por exemplo, o propósito de uma lei do propósito de legislar; os fins podem ser específicos ou gerais, etc. Também há diferença de grau entre os fins das leis e os valores que as originam, como, por exemplo, leis que estabelecem preços e leis que tratam de horas de trabalho <sup>252</sup>.

Destacamos ainda, como supracitado, que os fins são condutores de valores: para estabelecer os meios, precisamos do fim, o que acontece em moral e Direito – por trabalharem com valores e com agentes livres -, diferentemente das demais ciências físicas, que vão do

---

<sup>243</sup> SUMMERS, 1984, p. 21-23.

<sup>244</sup> FULLER, 2001, p. 66 et seq.

<sup>245</sup> FULLER, 1969b, p.142.

<sup>246</sup> “*mere purposeless datum.*” (SUMMERS, 1984, p. 6).

<sup>247</sup> WINSTON, 2001, p. 5.

<sup>248</sup> FULLER, 1958, p.73.

<sup>249</sup> “*followable rules.*” (SUMMERS, 1984, p. 67)

<sup>250</sup> “*We must indeed go further and participate vicariously in the whole purposive effort that goes into creating and maintaining a system for directing human conduct by rules. If we are to understand that effort, we must understand that many of its characteristic problems are moral in nature.*” (FULLER, 1969b, p. 106-107)

<sup>251</sup> Sua teoria, em termos comparativos, estaria mais de acordo com Radbruch (*fox*), com relação ao pluralismo de fins do que com Isaiah Berlin (*hedgehog*), que trata de um único fim. (SIMMONDS, 2007, p. 74).

<sup>252</sup> WINSTON, 2001, p. 51-54.

particular para o geral <sup>253</sup>. É preciso acertar os fins para escolher os meios <sup>254</sup>. Por outro lado, determinados os fins, devem-se buscar os meios corretos. Há um nexo entre meios e fins, e o Direito deve favorecer os meios adequados para a consecução dos fins que lhe são propostos.

Fuller não aceita que a discussão sobre fins e meios seja relegada aos filósofos, separando ciência e ética, pois isso não se dá na realidade <sup>255</sup>. Explica graficamente a prática judicial, relacionando meio e fim, a partir de outra situação hipotética: imagina um inventor que morreu antes de terminar sua obra e deixou em testamento a continuidade desta. É necessário definir o fim: o juiz deve levar adiante o intento do legislador identificando e perseguindo seu propósito, e, ao mesmo tempo, solucionando os problemas remanescentes - lacunas da lei - dentro dessa moldura <sup>256</sup>. O Direito, portanto, serve fins práticos e não uma dedução de axiomas <sup>257</sup>.

O autor também não limita o horizonte humano, como Hart ou Hobbes, a uma “suposição tácita de que o fim próprio da atividade humana é a sobrevivência”. Para Fuller, a sobrevivência é somente uma condição necessária para o desenvolvimento de outros fins. Cita São Tomás, muito oportunamente: “Se o maior objetivo de um capitão fosse preservar seu navio, ele nunca sairia do porto” <sup>258</sup>.

Podemos afirmar que há, em Fuller, certa transcendência com relação aos fins e aos meios, pois partem e aportam na relacionalidade, e, nesse sentido, o Direito é todo meio para fins <sup>259</sup>, pois tem a responsabilidade de criar as formas da ordem, através de seus profissionais, concebidos - como já anteriormente acentuado -, como arquitetos das estruturas jurídicas. O advogado, por exemplo, oferece o instrumento jurídico como moldura para os negócios entre as partes. Sua missão não é apenas técnica, mas de serviço. Não é só meio para um fim isolado <sup>260</sup>, pois, dessa maneira, vai arquitetando a ordem social.

A compreensão fullericiana de fins e meios no Direito nos leva à conclusão de que envolve uma preocupação teleológica e valorativa, própria de uma teoria moral, ainda que visando efeitos práticos <sup>261</sup>. Nesse sentido, preocupa-se mais diretamente em que o Direito seja meio idôneo, através de sua moralidade interna, para que se atinjam os fins desejados <sup>262</sup>.

---

<sup>253</sup> FULLER, 2001, p. 63.

<sup>254</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>255</sup> Ibidem, p. 69-70.

<sup>256</sup> FULLER, 1969a, p. 24.

<sup>257</sup> SUMMERS, 1984, p. 16.

<sup>258</sup> FULLER, 2001, p. 70.

<sup>259</sup> SUMMERS, 1984, p.74 et seq.

<sup>260</sup> WINSTON, 2001, p. 13.

<sup>261</sup> FULLER, 2001, p. 114.

<sup>262</sup> Não visa diretamente o “*substantive natural law, with the proper ends to be sought through legal rules.*” (FULLER, 1969b, p. 98)

Resumimos o exposto em quatro tópicos:

1. O Direito, por racional e moral, serve a fins, através de meios plausíveis: “Para a consecução do Estado de Direito, este deve refletir ou incorporar um propósito inteligente e um mínimo de meios adequados.”<sup>263</sup>;
2. Esses propósitos englobam noções do que deveria ser, e, portanto, de valores<sup>264</sup>;
3. Não se refere a fins sociais genéricos e nem a fins últimos, mas aos arranjos práticos próprios da ordem social<sup>265</sup>;
4. Por estarem permeados pela moralidade, ainda que não intencionem diretamente o bem (*goodness*) ou a justiça substantiva (*substantive justice*), dificilmente não contribuem para tal, pois em refletir para saber o que fazer e como fazer, unem valor e ser em uma integridade (*be and ought to be*)<sup>266</sup>.

Entre os fins que o Direito pode servir, há um especialmente destacado por Fuller: a comunicação. Vejamos em que sentido o Direito pode promovê-la.

#### C.4. Comunicação e Direito

O Direito parte da relação entre os agentes em sociedade, e para facilitá-la dentro do papel que lhe cabe, necessita apoiar-se, em primeiro lugar, em certos padrões, que, por sua vez, não compõem simplesmente uma estrutura formal, mas principalmente moral, pois, só dessa maneira poderiam promover verdadeiramente a comunicação humana, auxiliando a iniciar, manter e preservar a integridade dos canais de comunicação pelos quais os homens transmitem o que percebem, sentem e desejam<sup>267</sup>.

Até mesmo para explicar o Direito, Fuller parte da analogia com a linguagem, que para ele “consiste em certos padrões de som que os homens emitem com suas línguas. Suas formas são estabelecidas por costume e tradição”<sup>268</sup>. E podem ser entendidas por que significam conceitos comuns. Quando as observamos, não entendemos somente para que servem, mas podemos ir além, percebendo através delas o desejo de comunicação. O mesmo ocorre no que se refere às formas do Direito.

---

<sup>263</sup> SUMMERS, 1984, p. 16. (Tradução livre)

<sup>264</sup> Ibidem, p. 16 et seq.

<sup>265</sup> “*these substantive and instrumental purposes are notions of what ought to be, at least in the eyes of those who bring the law into being.*” (Ibidem, p. 16).

<sup>266</sup> Ibidem.

<sup>267</sup> FULLER, 1969b, p.186.

<sup>268</sup> FULLER, 1969a, p. 3. (Tradução livre)

As relações que promove o Direito originam expectativas interativas estáveis tanto no que se refere a papéis e funções como a atos específicos. Uma linguagem de interação contém não só um vocabulário de ações, mas também, uma gramática básica que organize essas ações dentro de padrões significativos <sup>269</sup>. A padronização cabe em qualquer sistema, com base e objetivo na comunicação, mas não é tão simples como gramática e lógica, pelo elemento da liberdade <sup>270</sup>. Comunicação e persuasão pressupõem um contexto de princípio compartilhado<sup>271</sup>.

O diálogo que promove o Direito pode dar-se direta ou indiretamente, porém, só será eficaz na medida em que esses padrões são respeitados. Esses padrões geram a legalidade, que, por sua vez, promove a justiça, e esta, o convívio.

Geralmente o Direito se expressa em ordens gerais que são publicadas, mas não supõem comunicação direta entre o legislador e o sujeito <sup>272</sup>, ainda que o Direito dependa indiretamente dessa comunicação <sup>273</sup>, para oferecer a estrutura adequada para as relações humanas <sup>274</sup>.

O Direito divide, pelo menos meios, senão fins, experimentando também a reciprocidade, tema que está especialmente presente na teoria de Fuller <sup>275</sup>, onde a sujeição a regras não se refere somente aos governados, mas também aos que governam, através da moralidade interna. Nesse sentido, comenta Finnis sobre Fuller:

A ideia do império do Direito se baseia na opinião de que uma certa classe de interação entre governante e governado, que implique reciprocidade e justiça processual, é muito valiosa por si mesma; não é simplesmente um meio para outros fins sociais, e não pode ser sacrificada levemente por esses outros fins. Não é somente uma técnica de administração em um programa de “controle social” ou de “engenharia social” <sup>276</sup>.

Através do Direito, Fuller entendia que se poderia promover uma comunicação aberta, baseada na racionalidade e relacionalidade, onde é possível:

adquirir e dividir conhecimento; facilitar os esforços para coordenar empresas comuns; reconciliar diferenças e alcançar entendimento mútuo; herdar conquistas de nossos antepassados e expandir as fronteiras de nossas vidas <sup>277</sup>.

---

<sup>269</sup> FULLER, 1969a, p. 2.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 3-5.

<sup>271</sup> BRESNAHAN, 1972, p. 612.

<sup>272</sup> FULLER, 1964, p. 59 et seq.

<sup>273</sup> FULLER, 1949, p. 721.

<sup>274</sup> WINSTON, 1994, p. 394.

<sup>275</sup> BRESNAHAN, 1972, p. 626.

<sup>276</sup> FINNIS, 2000, p. 302. (Tradução livre)

<sup>277</sup> FULLER, 1964, p. 201. (Tradução livre)

Se entendermos que o termo da comunicação é o outro, ou seja, que não há comunicação só porque verbalizamos algo, se não for corretamente entendido, podemos compreender o profundo papel da moralidade do Direito no que se refere à comunicação, e conseqüentemente à boa ordem e a paz, pelo respeito que promove <sup>278</sup> nas relações que sustenta. Passamos a aprofundar nesse tema para entender quais seriam esses padrões, que segundo Fuller, asseguram e promovem a comunicação.

---

<sup>278</sup> FULLER, 1940, p. 90.

## D. A MORALIDADE DO DIREITO

### D.1. A moralidade em Lon Fuller

O autor demonstrava grande insatisfação com a literatura existente sobre a relação entre moralidade e Direito, pois identificava duas deficiências básicas: falha ao atribuir o conceito de moralidade ao Direito, e a abundância de definições de Direito, que dificultam entender a real relação entre ambos. Por outro lado, a difusão do conceito de “mentalidade jurídica” acabou por separá-los intencionalmente - ou relegá-los ao reino “*meta-juristic*”<sup>279</sup> -, já que esta é considerada verdadeira, à medida que consegue não relacionar o Direito com a moral. O que propõe Fuller não é nem a separação total nem a união, mas o engenho de relacioná-los e distingui-los<sup>280</sup>. Não é possível separar exatamente o Direito da moral, mas pode-se dizer o que é jurídico e o que não o é a partir dela<sup>281</sup>.

Em sua obra, a Prof. Rundle procura evidenciar o vínculo entre Direito e moralidade no pensamento do autor, expondo que ao articular o conteúdo e interrelacionar os princípios do Direito, Fuller permanece comprometido com a visão de que são morais em sua natureza. Eles veiculam um “ethos” jurídico que oferece expressão prática ao traço moralmente significativo que distingue governo de leis de governo de homens: um compromisso em respeitar o sujeito como um agente que emerge do pressuposto de que será tomado como tal para que possa obedecer as regras<sup>282</sup>.

Nesse sentido comenta que não se pode dizer que a justiça seja mero resultado de uma aplicação técnica. A moralidade é essencial para manter qualquer sistema jurídico, especialmente por destinar-se a homens, e, portanto, livres por natureza<sup>283</sup>.

Há um vínculo necessário entre moralidade jurídica e Direito positivo, sendo o Direito pré-condição de bom Direito. As origens e os efeitos sociais das relações jurídicas se assentam em princípios básicos e fins morais<sup>284</sup>. Em conversa com Kelsen, Fuller afirma que o princípio da não contradição não é somente lógica no Direito. Há algo mais profundo que o sustenta<sup>285</sup>: um padrão moral.

---

<sup>279</sup> FULLER, 1969b, p. 119.

<sup>280</sup> FULLER, 1964, p.15-16.

<sup>281</sup> WINSTON, 2001, p. 57.

<sup>282</sup> RUNDLE, 2012, p. 141 et seq.

<sup>283</sup> WINSTON, 1994, p. 397.

<sup>284</sup> FULLER, 1964, p.169-170.

<sup>285</sup> WINSTON, 2001, p. 50.

Essa vocação moral do Direito é continuamente constatada em seus institutos, como, por exemplo, a idéia de pena como punição, correção e purificação, que carrega consigo uma carga moral: oferecem-se remédios para o descumprimento de deveres <sup>286</sup>.

A moralidade do Direito auxilia a formação do homem em sociedade. Em realidade, ajuda a buscar os bens apropriados ao homem, mais do que os econômicos, já que seu escopo principal é a comunicação, o que pressupõe desenvolver disposições morais <sup>287</sup>.

Essa moralidade já se faz presente nos costumes: forma-se um costume e este é um modelo para as decisões, pois no fundo incorpora princípios que o recomendaram como verdadeiros e justos e, portanto, merecem presumidamente a sanção da lei <sup>288</sup>.

O costume pode criar obrigação, não pela repetitividade, mas pela vontade e idoneidade do objeto. O homem é capaz de distinguir o bem do mal e regulá-lo para que a ordem jurídica da convivência decorra de valores que a transcendam e auxiliem a gerar o Direito <sup>289</sup>.

Se prestarmos atenção em nossa sociedade, poderemos quase caracterizar analogamente cada fenômeno como Direito primitivo, ou seja, enraizado em base comum <sup>290</sup>.

Sobre essa base Fuller edificou as estruturas morais que compõem sua teoria da boa ordem e dos arranjos (organização) sociais eficazes, que se aproxima de uma quase sociologia moral, e que praticamente pode acertar o que dirá a lei, que está para servir os fins que a mente apresenta.

Concorda com os partidários do realismo americano no que se refere às regras latentes nas decisões judiciais, mas diverge de uma identificação total entre ambos, pelo temor ao relativismo. Apresenta um contra pragmatismo com base não só em uma harmonia entre fatos e regras, mas nos antecedentes <sup>291</sup>.

Para Fuller, portanto, os princípios morais não são vagos, relativos, manipuláveis ou infláveis, mas estáveis, concretos e eficazes, no sentido de oferecerem garantia a seus destinatários com relação ao procedimento radicado na moralidade <sup>292</sup>, e, conseqüentemente, à consecução dos fins.

---

<sup>286</sup> FULLER, 1964, p. 30-32.

<sup>287</sup> WINSTON, 2001, p. 21.

<sup>288</sup> FULLER, 1987, p. 43-46.

<sup>289</sup> FULLER, 1940, p. 67.

<sup>290</sup> FULLER, 1987, p. 44.

<sup>291</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>292</sup> Por exemplo, crítica a postura sobre retroatividade no Direito de Somló por ignorar essa radicalidade: “*Es kann somit bloss ein Rechtsinhaltsprinzip sein, das die rückwirkende Kraft von Rechtsnormen ausschliesst, nicht ein Voraussetzungsprinzip.*” (FULLER, 1969b, p. 97).

Apresentamos alguns aspectos práticos de sua teoria que evidenciam seu entendimento moral do Direito.

Em seus escritos sobre o Direito Contratual (*Basic Contract Law* e o Apêndice *Casenote legal briefs*), é interessante perceber o elemento moral frequentemente destacado: a boa fé <sup>293</sup>; a confiabilidade de alterações orais; elementos implícitos “jurídicos” e implícitos de fato <sup>294</sup>; obrigações morais a partir de promessa e sua validade <sup>295</sup>; remédios justos para as violações de contratos <sup>296</sup>; elementos objetivos e subjetivos do contrato <sup>297</sup>, etc.

No que se refere às decisões judiciais sustenta que há uma diferença entre julgar uma pessoa e julgar seus atos. Um homem se faz através de inúmeras decisões de como atuar em cada situação específica. A tarefa do juiz é determinar da melhor forma possível o ato ou atos que o réu cometeu e então medi-los com relação às prescrições legais. Julga-se a ação, não o homem <sup>298</sup>. Quanto aos padrões, afirma que um advogado poderia prever o pensamento do juiz <sup>299</sup>. E quanto à decisão propriamente dita, afirma que se racional e moral, não deveria nem mesmo ser acompanhada de excessivas explicações, evitando também abrir a porta à revisão judicial e a possíveis relativismos <sup>300</sup>, como já acentuado.

Tratando da arbitragem, uma das formas que concebe como de ordem social, afirma: o árbitro pode apoiar sua decisão em patamares não requisitados pelas partes? Os árbitros são guiados pelo sentido comum e devem ir além do fato, agindo, porém, em geral, dentro das expectativas das partes <sup>301</sup>.

Fuller comenta, ainda, que muito do que foi escrito hoje parece assumir que nossa sociedade não é capaz de funcionar pela combinação do senso moral individual e do controle social, através das ameaças do Direito promulgado pelo Estado <sup>302</sup>. Os homens têm facilmente medo de exercitar a liberdade. Preferem que lhes dêem fórmulas feitas para tudo: é um paradoxo, mas muitas vezes os homens exigem a norma renunciando a liberdade, por temor a arriscar-se. Seria muito cômodo ignorar a moral para decidir juridicamente, porém, o resultado já não seria Direito, mas adestramento de animais <sup>303</sup>. A teoria da ação humana em Fuller é radicalmente moral, simplesmente por humana, e o Direito, como ciência humana,

---

<sup>293</sup> FULLER, 2006, p. 352-372.

<sup>294</sup> Ibidem.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 21-25.

<sup>297</sup> Ibidem, p. 234-254.

<sup>298</sup> FULLER, 1969a, p. 34.

<sup>299</sup> FULLER, 2001, p. 72.

<sup>300</sup> FULLER, 1969b, 56-58.

<sup>301</sup> FULLER, 2001, p.121-122.

<sup>302</sup> WINSTON, 2001, p. 36-37.

<sup>303</sup> FULLER, 1964, p. 109-110.

não pode tratá-la de modo diverso<sup>304</sup>. Se um regime é considerado “Estado de Direito”, só o é em virtude de sua aproximação a um arquétipo intrinsecamente moral<sup>305</sup>.

Conclui a Prof. Rundle acertadamente que, para Fuller, a forma do Direito é significativamente, conceitualmente e salientemente moral, conectando a moralidade de dever e a moralidade de valor<sup>306</sup>. Passamos a avaliar esses conceitos.

## D.2. Moralidade do dever e moralidade de aspiração

O autor inicia sua obra *The Morality of Law* tratando dessas duas “moralidades”, como denomina<sup>307</sup>, pois a compreensão desse tópico guarda uma profunda relação entre moral e Direito.

Explica a moralidade de aspiração como a proposta pela filosofia grega no que se refere à excelência e à vida virtuosa, onde a projeção ultrapassa o mero dever: é um desafio para a perfeição. Parte do cume e condena ao que fica aquém. A moralidade do dever, pelo contrário, parte da base e traça as regras necessárias sem as quais a ordenação da sociedade é impossível. Oferece como exemplo de moralidade de dever os dez mandamentos do Antigo Testamento<sup>308</sup>.

Para distinguí-las graficamente, compara a moralidade do dever à Gramática, e a de aspiração à boa expressão literária<sup>309</sup>. O Direito seria a gramática, que se atém às suas regras, mas que pode potencializar a boa escrita.

Em seguida, o autor exemplica, expondo a questão sobre os jogos de azar à luz de ambas as moralidades. O Direito poderia condená-los pelos males econômicos e sociais que causam, e a moralidade de aspiração, por subestimar as capacidades humanas. De qualquer forma, o argumento de racionalidade que oferece a moralidade de aspiração não deixa de servir ao Direito para auxiliar o ser humano a não se entregar à sorte, ainda que não seja esta a razão que o mova diretamente<sup>310</sup>.

Na escala moral, há um ponto em que se decola para a aspiração, ainda que seja difícil estabelecê-lo, por não evidente. De qualquer forma, para definir o mal não é preciso conhecer o perfeito bem. A partir de Platão, explica que cada ação deve ser considerada com relação à

---

<sup>304</sup> WINSTON, 2001, p. 9.

<sup>305</sup> SIMMONDS, 2007, citando Fuller in *Law as Moral Idea*, pág. 81.

<sup>306</sup> RUNDLE, 2011, Capítulo 1, p. 4.

<sup>307</sup> FULLER, 1964, p. 17.

<sup>308</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>309</sup> Ibidem.

<sup>310</sup> FULLER, 1964, p. 21-22.

perfeição. Sem a concepção do ideal da excelência humana, não temos padrões, nem para estabelecer deveres nem para abrir novos horizontes para as capacidades humanas. Porém, Fuller entende que esse conhecimento do bem, com relação ao dever, não necessitaria ser entendido em termos de perfeição, pois esta supõe diferentes concepções. Quanto ao mal, este é mais fácil de ser identificado, mas se o evitamos, podemos nos projetar à perfeição. Como exemplo, cita o mandamento “Não matarás”, entendendo que este não parece referir-se à vida perfeita <sup>311</sup>. Mas se for respeitado, a moralidade de aspiração poderá ser realizada, ainda que não seja esta o intuito direto do preceito <sup>312</sup>.

O autor explica que, ordinariamente, não atuamos idealizando a perfeição. Voltando à analogia com a gramática, afirma que ao recorrermos à linguagem, não estamos pensando em seu melhor uso, ainda que percebamos algumas corrupções que devem ser combatidas <sup>313</sup>. Aplica essa analogia ao Direito, explicando que podemos saber o que é injusto, sem ter uma noção profunda do que seria a perfeita justiça <sup>314</sup>.

Conclui que realmente não é fácil determinar onde começa a moralidade de aspiração. Porém, essa dificuldade deve ser enfrentada, “para criar as condições que permitam ao homem projetar-se para cima. Realmente, é muito melhor do que pregá-lo numa parede declarando fim à articulação de seu bem maior” <sup>315</sup>.

Explica que há ainda uma má compreensão da diferença entre ambas, sendo que alguns afirmam que a moralidade do dever se atém à vida social e a de aspiração à vida privada, no que se refere à própria consciência ou a Deus. Esclarece o erro, a partir da relacionalidade:

Isto é verdade somente no sentido de contrapor deveres óbvios às mais altas aspirações individuais. Porém isso não significa que o elo social seja rompido nessa ascensão. A postura clássica a respeito da moralidade de aspiração é a que propõem os filósofos gregos. Eles tomavam como certo que o homem, como um animal social deve encontrar a boa vida em uma vida compartilhada com os demais. Se formos excluídos da herança da linguagem, do pensamento, e da arte, nenhum de nós poderia aspirar nada mais do que uma existência puramente animal. Uma das mais altas responsabilidades da moralidade de aspiração é preservar e enriquecer essa herança social <sup>316</sup>.

Entender sua relação supõe também aplicar o correto vocabulário: por exemplo, o que seria um juízo de valor em termos de aspiração ou de dever; o que seria a retidão moral em

<sup>311</sup> “*Thou shalt not kill*” implies no picture of the perfect life”. (Ibidem, p. 23)

<sup>312</sup> Ibidem, p. 23-24.

<sup>313</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>314</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>315</sup> Ibidem, p. 25. (Tradução livre)

<sup>316</sup> FULLER, 1964, p.25. (Tradução livre)

termos de aspiração e com relação ao dever, etc. Essa aplicação requer discernimento, pois o sentido pode não ser evidente <sup>317</sup>.

Sendo a moralidade própria do Direito a que se refere ao dever, esta traz consigo a idéia de reciprocidade. Fuller oferece, como exemplo, outro mandamento: “Não julgueis e não sereis julgados” <sup>318</sup>. Porém, não entende a reciprocidade em termos de interesse pessoal, mas sob o prisma da regra de ouro <sup>319</sup>. Se uma sólida teoria de valores não permeia o relacionamento humano, o que poderia ser serviço será necessariamente domínio e poder <sup>320</sup>. E nesse sentido, ainda acrescenta mais dois requisitos: a igualdade e a reversibilidade do dever <sup>321</sup>. Por outro lado, o dever não pode sufocar a moralidade fundamentada na liberdade, absolutizando-se. Em geral, há obrigação, a não ser que haja algum motivo específico e relevante de escusa <sup>322</sup>. É preciso estar atento para não transformar tudo em dever nem substituir a excelência por uma rotina de atos obrigatórios e perfeccionistas <sup>323</sup>.

Uma medida de resolução pode vir da moralidade de aspiração contida na Bíblia: moralidade de dever, no Antigo Testamento significa amar teu próximo como a ti mesmo. No Novo Testamento perguntamos a Jesus quem é o próximo e Ele nos explica plasticamente através da parábola do bom samaritano, o que nos leva a concluir que devemos alargar a comunidade a cada oportunidade. A moralidade de aspiração não nos fala imperativamente, mas em termos de conselho ou encorajamento. No fundo, sustentamos as relações através de uma moralidade de aspiração, que abrange a comunidade humana. “Se a repudiamos, repudiamo-nos a nós mesmos” <sup>324</sup>.

E onde terminaria a moralidade do dever para dar vazão à de aspiração? O que importa não é a constatação exata, mas a compreensão do instrumento de medida do Direito, ou seja, o dever em primeiro lugar, e não a perfeição, tornando seu reconhecimento possível <sup>325</sup>. A moralidade do dever resulta em penas e a de aspiração, em recompensas, que admitem menos métodos e ampla margem. Por exemplo, cabe ao Direito determinar a pena a partir de um erro identificado, e não, avaliar a perfeição. Porém para ser moral deve ser minucioso no devido processo jurídico <sup>326</sup>. Assim se mantém a integridade do domínio do Direito <sup>327</sup>.

---

<sup>317</sup> Ibidem, p. 26 et seq.

<sup>318</sup> “*Even in the midst of the exalted appeals of the Sermon of the Mountains there is a repeated note of sober reciprocity. “Judge not that ye be not judged.”* (Ibidem, p. 32)

<sup>319</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>320</sup> Ibidem.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>322</sup> Ibidem, p. 40-43.

<sup>323</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>324</sup> Ibidem, p. 56. (Tradução livre)

<sup>325</sup> Ibidem, p. 42-43.

<sup>326</sup> Ibidem, p. 43.

As regras não governam as condutas, mas as racionalizam e acabam definindo o que somos como cidadãos <sup>328</sup>. Nesse sentido, o Direito pode auxiliar a base para a excelência, ainda que não a busque diretamente. Por exemplo, o egoísmo pode ser canalizado, o que melhora a liberdade <sup>329</sup>; os princípios oferecem algo da aspiração, por isso, não convém perder-se em pequenezes, em termos de Constituição, para não desmerecer ou banalizar os valores <sup>330</sup>, ou, por outro lado, ir além do que cabe ao Direito, etc.

Nosso autor apresenta a analogia com a arquitetura, música ou a culinária: há regras básicas que podem ser desempenhadas com beleza, ainda que busquem a utilidade. Assim se entrelaçam a moralidade de dever e a de aspiração. A moralidade do dever poderá dar um sentido coerente e direção ordenada aos valores, sem uma hierarquia estrita <sup>331</sup>. A moralidade de aspiração, por sua vez, aponta para a perfeição, mais do que para o compromisso <sup>332</sup>. Por outro lado, sem essa aspiração, podemos ser tomados pela ameaça da dissimulação, até em nível de princípios, já que as relações humanas não estão livres dela <sup>333</sup>.

A história confirma a procura de ideais de liberdade, paz e justiça e seria fanatismo negá-los <sup>334</sup>. Em seus estudos de antropologia, percebia também que nas sociedades primitivas, buscava-se mais um mediador do que um juiz. Isso se explica pelo desejo da solução concreta aliada ao ideal de justiça, e não à justiça estrita, o que é também aspiração <sup>335</sup>.

Fuller não separa a razão da vontade, unindo moralidade do dever e de aspiração; teoria e prática; moral e Direito, tendo sempre como tela de fundo sua concepção do Direito como um empreendimento humano <sup>336</sup>. Logo, não separa a moralidade do dever da moralidade de aspiração nessa tarefa. O Direito pode partir do dever visando a justiça, mas pode também aperfeiçoar-se nessa tarefa e promover através dela a perfeição. Por isso, concebe sua moralidade interna principalmente como moralidade de aspiração <sup>337</sup>. Comenta que não se pode parar no que deve ser evitado, pois há um senso de comunidade, que ultrapassa a fronteira do dever. Por outro lado, afirma que a moralidade do dever não pode ser

<sup>327</sup> Ibidem.

<sup>328</sup> WINSTON, 2001, p. 7.

<sup>329</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>330</sup> Ibidem, p.7.

<sup>331</sup> FULLER, 2001, p. 72.

<sup>332</sup> FULLER, 1964, p. 28-29.

<sup>333</sup> Ibidem, p. 133 et seq.

<sup>334</sup> Ibidem, p. 68 et seq.

<sup>335</sup> WINSTON, 2001, p. 141.

<sup>336</sup> “see law as essentially ‘purposive’ because aimed at subjecting human conduct the guidance and control of general rules, which is of really philosophical interest because it is dependent for its success on the energy, insight, intelligence, and conscientiousness of those who conduct it, and fated, because of this dependence, to fall always somewhat short of a full attainment of its goal” (BRESNAHAN, 1972, p. 614).

<sup>337</sup> FULLER, 1964, p. 54.

um *container* vazio. O ser humano atua por várias metas, porém, deve ser guiado por um fim mais elevado <sup>338</sup>. Se a racionalidade busca iluminar a vontade rumo ao bem, o dever traz, de certa forma o germe da aspiração, já que as virtudes guardam entre si uma unidade, como vasos comunicantes <sup>339</sup>. Os próprios requisitos de juridicidade revelam uma íntima conexão entre esta e a justiça, por exemplo. Dessa forma, a legalidade poderá afastar do abismo do erro e conduzir às alturas da perfeição <sup>340</sup>. Podemos dizer que enquanto uma visa fazer o bem a outra visa fazer as coisas bem, e assim se completam.

Logo, o Direito pode partir da base e projetar-se, segundo um ideal de legalidade <sup>341</sup>, através de sua moralidade interna, e, conseqüentemente promover a virtude, em termos de aspiração, sem, porém, objetivá-las diretamente <sup>342</sup>.

Concluimos com o autor que a aspiração na moralidade interna do Direito é a perfeição na moralidade básica da vida social <sup>343</sup>.

Passamos a explicar quais os meios de que dispõe o Direito para a consecução desse ideal.

### **D.3. A moralidade interna do Direito: os oito *desiderata***

A moralidade que torna o Direito possível <sup>344</sup>: esta é a proposta de Fuller com relação ao Direito. Uma moralidade que permeia seu processo <sup>345</sup> e forja uma estrutura competente para sustentar as diferentes formas de organização social, bem como para enfrentar suas patologias <sup>346</sup>.

Sua proposta é tão empírica quanto conceitual <sup>347</sup>. Explica que os homens percebem a necessidade de submeter algumas condutas humanas à lei e entende que essa empresa terá uma lógica interna. É por isso que, em diferentes sociedades, encontramos esse respeito ao Direito <sup>348</sup>. Essa lógica interna não é algo técnico. Nesse sentido, exclui-se, evidentemente, por exemplo, a proposta de Hart sobre regras primárias e secundárias, para dizer o que é ou

---

<sup>338</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>339</sup> SIMMONDS, 2007, p. 74 et seq.

<sup>340</sup> FULLER, 1964, p. 54.

<sup>341</sup> Ibidem.

<sup>342</sup> SUMMERS, 1984, p. 72.

<sup>343</sup> “*Aspiration in inner morality of Law is perfection in the basic morality of social life .*” (FULLER, 1969b, p. 42)

<sup>344</sup> “*The morality that makes the Law possible*”. (Ibidem, 1969b, p. 33)

<sup>345</sup> FULLER, 1964, p. 46.

<sup>346</sup> WINSTON, 2001, p. 27.

<sup>347</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>348</sup> FULLER, 1964, p. 164.

não é Direito, pois partem de fontes diferentes, ou seja, o dado, em Fuller, e o posto, ou “imposto”, em Hart <sup>349</sup>. Para Fuller, a moralidade interna é algo natural e racional, que parte do sentido comum.

Consiste em oito pontos básicos que devem estar presentes em qualquer processo jurídico, com relação às suas regras <sup>350</sup>:

1. Generalidade (regras aplicáveis a todos, contrapondo-se às decisões *ad hoc*)
2. Publicidade (tornar as regras públicas de conhecimento de todos os cidadãos)
3. Prospectividade (as regras não devem ser retroativas)
4. Clareza (estabelecer regras compreensíveis)
5. Consistência (as regras não devem solicitar ações contraditórias)
6. Perfectibilidade (não devem exigir condutas além das efetivas possibilidades dos cidadãos)
7. Durabilidade (devem permanecer relativamente constantes através dos tempos)
8. Congruência (deve haver harmonia entre as regras declaradas e administradas, ou seja, entre a lei promulgada e sua efetiva aplicação).

Fuller explica cada uma dessas prerrogativas a partir do célebre governante Rex, em suas inúmeras tentativas de acertar, que, ora, não estabelece regras; ora suspende os códigos, dando aos sujeitos a capacidade de legislar e a ele próprio, a de julgar, apesar da falta de preparação e padrão; em seguida, prepara sozinho um novo código, que não dá a conhecer, permitindo o reinado da ignorância da lei. Mais adiante, não respeita o princípio da anterioridade, ou oferece regras obscuras, incompreensíveis e inconsistentes. Posteriormente, pune crimes que extrapolam a sensatez com regras duras, como não tossir, etc. Forjando um novo código, percebe que se passou tanto tempo que as regras já não se acoplavam à realidade. Assume novamente o poder, mas não se submete às regras promulgadas ao administrá-las. Enquanto os cidadãos desgostosos prepararam uma revolução, Rex morre e assume o poder Rex II, que “substitui os advogados por psiquiatras e relações públicas para que as pessoas pudessem ser mais felizes!” <sup>351</sup>

Esses pressupostos são internos ao Direito e constituem a conexão entre Direito e moralidade em Fuller. Ainda que simples, protegem o sistema e possibilitam o devido

---

<sup>349</sup> FULLER, 1969b, p. 134-137.

<sup>350</sup> FULLER, 1964, p. 59 et seq.

<sup>351</sup> FULLER, 1964, p. 53. (Tradução livre)

processo jurídico, destacado especialmente em Fuller, no que se refere à sua concepção de Estado de Direito <sup>352</sup>.

Passamos a fazer algumas breves considerações sobre cada um dos *desiderata*:

1. A generalidade implica, primeiramente, em estabelecer regras gerais – “*there must be rules*” <sup>353</sup> - segundo padrões racionais (*reasoned generality*). De preferência, não devem ser excessivamente extensas e minuciosas, ou regular cada situação particular, sufocando. Evitará principalmente as lacunas em termos de princípios gerais. Por outro lado, estes também não podem ser arbitrários e pouco relacionados ao sistema, devendo assegurar a neutralidade da corte <sup>354</sup>. Esse *desideratum* garante a unidade e a integridade do sistema, protegendo-o das dificuldades que pode acarretar o casuísmo.

2. O requisito da publicidade estabelece que é preciso dar a conhecer as regras através de sua publicação, ainda que esta, simplesmente, não seja causa da legalidade <sup>355</sup>. É preciso atuar por regras conhecidas <sup>356</sup>. Não se pode ordenar a conduta de alguém se este desconhece o ordenamento. “O que adiantaria uma constituição perfeita e bem elaborada que não fosse dada a conhecer ao cidadão?” <sup>357</sup> A promulgação afasta a possibilidade de alegar a ignorância da lei, ainda que efetivamente nem todos a leiam. De qualquer forma, mesmo nesse caso, Fuller afirma:

Em muitas atividades os homens observam a lei, não porque a conhecem diretamente, mas porque seguem os padrões estabelecidos por outros que consideram melhor informados do que eles mesmos. O conhecimento do Direito de poucos geralmente influencia indiretamente a ação de muitos <sup>358</sup>.

3. A prospectividade pressupõe que as leis não devem retroagir. O requisito é claro, em termos de dirigir a conduta humana através de regras: ordenar condutas de hoje, que serão editadas amanhã é um ato vazio. Não é que seja mal Direito. É que não é Direito de forma alguma <sup>359</sup>.

O *overruling* seria considerado, em geral, extraordinário, pois há dificuldades em verifi-

---

<sup>352</sup> FULLER, 1969b, p. 109.

<sup>353</sup> Não significa que “*there must be rules of some kind, however fair or unfair they may be*”. (Ibidem, p. 47)

<sup>354</sup> Ibidem.

<sup>355</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>356</sup> Ibidem, p.51.

<sup>357</sup> Ibidem, p. 116-117. (Tradução livre)

<sup>358</sup> FULLER, 1969b, p.51. (Tradução livre)

<sup>359</sup> Ibidem, p. 53.

car intenções ou inadvertências ilegais. Talvez se aplicasse para curar irregularidades formais<sup>360</sup>, ou no caso de *no law* ou *bad law*, e que também pode servir de correção para o futuro. Mas há boa restrição nesse sentido. No fundo, uma lei somente poderia valer retrospectivamente, em casos excepcionais, e de forma benéfica<sup>361</sup>.

Nesse sentido, a irretroatividade protege a interpretação:

se em cada dúvida que se levanta sobre o sentido da regra, o juiz pudesse declarar um vácuo legal a eficácia de todo o sistema de regras prospectivas estaria seriamente prejudicada<sup>362</sup>.

Este *desideratum* guarda uma relação mais profunda com o problema do *due process of law* e com o princípio da legalidade, já que garante outros dois *desiderata*: “que as leis sejam dadas a conhecer àqueles afetados por ela e que sejam capazes de obedecê-la.”<sup>363</sup>

Exemplifica que dado o teor do Direito envolvido, a retroatividade seria ainda menos inteligível no Direito Penal, porém a aceitava o Estado Nazista ou Stalinista, comprovando sua antijuridicidade. O mesmo ocorreria com o Direito Tributário, que descansa no princípio da anterioridade. A irretroatividade também é sinal de reciprocidade<sup>364</sup>. Para Fuller a prospectividade não é somente uma aspiração à perfeição, mas um caminho claro para evitar e “reconhecer as mais óbvias indecências”.<sup>365</sup>

4. A clareza do Direito seria um dos mais desejados ingredientes da juridicidade, ainda que, atualmente esta esteja mais ligada à autoridade. É manifestação da responsabilidade dos legisladores com relação ao respeito devido à moralidade interna do Direito. Porém, colocar um alto nível para a clareza legislativa não quer dizer condenar as regras a não vincularem suas conseqüências legais à boa fé ou ao cuidado devido. Para facilitar o bem, devem incorporar também o senso comum. Não se pode expressar o Direito em termos ininteligíveis. Nesse sentido, expõe o autor:

Hoje em dia há uma forte tendência a identificar o Direito, não com regras de conduta, mas com a hierarquia de poder ou comando. Essa visão – que confunde fidelidade ao Direito com a deferência pela autoridade estabelecida – leva facilmente à conclusão de que enquanto os juízes, policiais e advogados podem infringir a legalidade, os legisladores não, exceto se transgredirem alguma explícita restrição constitucional a seu poder. Porém, é óbvio que uma legislação obscura e incoerente torna a legalidade insustentável para qualquer um, ou pelo menos, insus-

---

<sup>360</sup> FULLER, 1969b, p.57.

<sup>361</sup> Ibidem.

<sup>362</sup> Ibidem. (Tradução livre)

<sup>363</sup> Ibidem, p. 54. (Tradução livre)

<sup>364</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>365</sup> Ibidem, p. 62.

tentável sem uma desautorizada revisão que, por si mesma já prejudica a legalidade <sup>366</sup>.

Fuller segue explicando que este requisito é contraditório no positivismo, “pois reconhecer que as leis podem variar em clareza levaria ao reconhecimento posterior de que as leis podem ter graus de eficácia variados e que o estatuto pouco claro é, em realidade, menos lei do que aquele que é claro” <sup>367</sup>.

O autor toca também o tema dos possíveis exageros em termos de clareza. No que se refere ao excesso, cita Aristóteles, afirmando que não podemos querer ser mais exatos do que o assunto que estamos tratando permite. E quanto à falta de clareza, expõe o pensamento de Hayek:

Podemos escrever sobre a história do declínio do Estado de Direito..em termos da progressiva introdução de fórmulas vagas na legislação e jurisdição, e do aumento da arbitrariedade e incerteza, com o conseqüente desrespeito ao Direito <sup>368</sup>.

Este requisito permite, portanto, o cumprimento exato da regra tanto por parte do cidadão como do Judiciário. Como cumprir ou descumprir se não é clara?

Por fim, chama a atenção para um importante ponto: o *desideratum* de clareza seria também incompatível com objetivos iníquos. “Como propor claramente a torpeza?” <sup>369</sup>

5. A consistência sustenta que não deve haver contradição. É preciso conciliar consistência e coerência. Dessa forma, evita-se exigir comportamentos contraditórios, e por sua vez, a própria desobediência material, já que o impossível não obriga. Oferece exemplos, tais como exigir o pagamento de um imposto no dia primeiro de janeiro e tratar-se de feriado, ou dar permissão ao agente público para inspeccionar o local de trabalho, porém somente com a autorização do dono. Devem-se impedir as incompatibilidades <sup>370</sup>, porém incluí-las conscientemente seria um absurdo repugnante, tal como exigir que se atravessasse um rio sem se molhar <sup>371</sup>.

Esse requisito lógico evita as inconveniências: aquilo que ofende outras leis. Nesse sentido a clareza também facilita a verificação da coerência <sup>372</sup>.

---

<sup>366</sup> FULLER, 1969b, p. 63. (Tradução livre)

<sup>367</sup> Ibidem. (Tradução livre)

<sup>368</sup> *The Road to Serfdom* (1944), p.78 (Ibidem, p.65). (Tradução livre).

<sup>369</sup> Ibidem, p.63. (Tradução livre)

<sup>370</sup> ... “*incompatibilities – things that do not go together or do not go together well.*” (FULLER, 1969b, p. 69).

<sup>371</sup> Ibidem.

<sup>372</sup> Ibidem.

6. A perfectibilidade parte de um princípio interno da obediência, distinto dos demais requisitos referentes à adesão externa, que se refere à capacidade de orientar uma conduta humana efetivamente propositiva dentro de suas possibilidades naturais <sup>373</sup>.

A boa legislação deve oferecer possibilidade de obediência, pois traça princípios orientativos para esforços humanos, e não sobrehumanos. O esforço do legislador, por sua vez, também não deve ser sobrehumano: tentará sujeitar a conduta humana a regras, tendo presente os erros sem intenção; as inadvertências, etc. Essa tarefa supõe ainda, não sobrecarregar o indivíduo com responsabilidades acima do seu poder, como por exemplo, os abusos atuais com relação aos crimes econômicos, sociais, ambientais, etc. <sup>374</sup>.

Esse requisito evita também a manipulação, a exploração, os atos perniciosos, etc.

Por outro lado, requer compaginar a generalidade com o caso concreto, para que se possam aplicar corretamente as exigências jurídicas. Fuller oferece como exemplo o de um louco que rouba uma bolsa: pode não ser responsabilizado pelo ato, mas isso não significa que deva ficar com o objeto <sup>375</sup>. Dessa forma, este *desideratum* oferece também uma base sólida para a efetiva consecução da justiça.

7. A constância do Direito gera segurança através dos tempos. Este *desideratum* demanda que as regras não mudem com demasiada frequência <sup>376</sup>. Se nos apoiamos no senso comum, as mudanças de lei não se dão com tanta facilidade <sup>377</sup>. A inconstância legislativa causará necessariamente problemas com relação à retroatividade <sup>378</sup>. Deve haver cautela na verificação do que caiu em desuso, através da revisão, confirmação e compreensão <sup>379</sup>. O espaço de tempo para a reconsideração também deve ser razoável, a não ser que cause algum prejuízo social, e sempre, projetando os efeitos da mudança <sup>380</sup>.

Dessa forma, em palavras de Luis Fernando Barzotto sobre este aspecto da teoria de Fuller, o Direito cumpre sua função estabilizadora, como instrumento, não de transformação social, mas de conservação social <sup>381</sup>.

8. A congruência é, para Fuller, o *desideratum* mais complexo, pois exige a harmonia

---

<sup>373</sup> FULLER, 1969b, p.70 e seq.

<sup>374</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>375</sup> Ibidem, p.73.

<sup>376</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>377</sup> Ibidem, p. 79-80.

<sup>378</sup> FULLER, 1969b, p.80.

<sup>379</sup> SUMMERS, 1984, p. 21.

<sup>380</sup> FULLER, 1964, p. 81.

<sup>381</sup> Aula Graduação UFRGS, nov/2011.

entre o Direito e as ações daqueles a quem cabe administrá-lo. Nela também se encontram vários elementos do devido processo jurídico.

Por outro lado, este requisito promove a reciprocidade, que para Fuller é crucial no entendimento do Direito, em todos os sentidos. Não é possível obedecer a algo que não é obedecido pelos responsáveis pelo mandato, ou por sua veiculação. A confiança no sistema também se apóia na autoridade moral <sup>382</sup>.

Deve haver congruência entre ações oficiais e o Direito declarado. Pode ameaçá-la a interpretação errada; a falta de compreensão do que é necessário para manter a integridade de um sistema legal; indiferença; suborno; preconceito; desejo de poder pessoal; etc. <sup>383</sup>. Porém, manter a congruência depende principalmente de uma boa interpretação. Devemos ter presente que quando interpretamos não olhamos apenas uma intenção, mas um ato corporativo. As intenções privadas são irrelevantes <sup>384</sup>. O que podemos atender é a intenção da lei. Às vezes, a fidelidade à lei é confundida com uma atitude passiva por parte do juiz, e atuar criativamente é identificado com ir além da sua tarefa de intérprete <sup>385</sup>. O relator legislativo deve estar atento à possível interpretação para a correta aplicação. O problema vital da interpretação não é somente dizer o que o legislador queria dizer, mas aplicar a lei corretamente. Nesse sentido, afirma Fuller:

A juridicidade requer que os juízes e oficiais apliquem o Direito, não de acordo com suas fantasias ou com sua forçada literalidade, mas conforme princípios de interpretação que são apropriados à sua posição com relação à totalidade da ordem jurídica <sup>386</sup>.

Preocupa-se também especialmente com a manipulação do Direito através de seus detentores. Contra a tirania expõe: até que ponto de fato o monarca absoluto era absoluto? Quem está no poder também pode ser influenciado pelos seus interesses ou pelos interesses de outros. Através da congruência garante-se certa imparcialidade na consecução do Direito, bem como, a conformidade com determinados padrões de conduta. Em palavras de Fuller: “Estar

---

<sup>382</sup> FULLER, 1964, p. 52.

<sup>383</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>384</sup> “*Speaking of the Statute of Frauds, Lord Nottingham Said in Ash v. Abdy, 3 Swanston 664 (1678), “ I had some reason to know the meaning of this law; for it had its first rise from me.” Cf. “ If Lord Nottingham drew it, he was the less qualified to construe it, the author of an act considering more what he privately intended than the meaning he has expressed”.* Campbell’s Lives of the Lord Chancellors of England, 3 (3d ed. 1848), 423 n. (FULLER, 1969b, p. 86)

<sup>385</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>386</sup> FULLER, 1969b, p. 82. (Tradução livre)

no topo da cadeia de comando não isenta o legislativo de respeitar as demandas da moralidade interna do Direito. Pelo contrário, intensifica essa responsabilidade”<sup>387</sup>.

Este *desideratum* fortalece especialmente a segurança jurídica.

Em resumo, a moralidade interna do Direito, em Fuller, é uma proposta procedimental composta basicamente por esses oito pressupostos, que possibilitam ao Direito cumprir seu papel eficaz e adequadamente.

Após a breve incursão pelos *desiderata*, podemos fazer mais algumas considerações sobre sua aplicação.

#### **D.4. A moralidade interna do Direito e sua aplicação prática**

Fuller qualifica a juridicidade de arte prática, principalmente no que se refere ao correto desenvolvimento dos *desiderata*, sendo que os diversos ramos do Direito dependerão mais ou menos de cada um deles. Citando Aristóteles, complementa: “É fácil conhecer os efeitos do mel, do vinho, etc., mas como aplicá-lo como remédio só cabe ao conhecimento do médico.”<sup>388</sup> O mesmo acontece com relação às leis e aos juristas.

A virtude do jurídico deriva de uma ordem conscientemente construída, administrada e submetida a escrutínio. Há um compromisso com a própria consciência legislativa<sup>389</sup>. Por isso, afirma Fuller que sua teoria parte do ponto de vista daqueles que estão ávidos por conhecer a natureza de sua responsabilidade e enfrentar corretamente as respectivas dificuldades<sup>390</sup>.

Para entender sua proposta não basta uma análise semântica de cada *desideratum*, mas uma apreciação moral<sup>391</sup>. Nesse sentido, o papel da filosofia do Direito é fundamental para o entendimento do que é legalidade como razão de eficácia, a partir da moralidade interna como condição essencial de poder do Direito. Analogamente, sugere o exemplo de um carpinteiro, comentando que quanto melhor forem as ferramentas das quais possa dispor, melhor a construção. A primeira condição seria a boa formação do carpinteiro; em segundo lugar, as próprias ferramentas, ou seja, a moralidade interna, e por isso, a necessidade de saber manejá-las. E, por último, o fim, que deve servir a um objetivo socialmente reto<sup>392</sup>.

---

<sup>387</sup> FULLER, 1969b, p. 64 (Tradução livre)

<sup>388</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>389</sup> FULLER, 1964, p. 170.

<sup>390</sup> FULLER, 1969b, p. 93.

<sup>391</sup> SIMMONDS, 2007, p. 67-68.

<sup>392</sup> FULLER, 1964, p. 68.

Porém, nenhuma concentração de inteligência, intuição, boa vontade, por melhor estrategicamente localizada que esteja pode assegurar o sucesso do empreendimento de sujeitar a conduta humana a regras, tendo em conta o elemento da liberdade. Daí, a necessidade de, pelo menos, estabelecer bases sólidas a partir do que seria próprio dessa mesma conduta <sup>393</sup>. Não haverá, portanto, juridicidade propriamente dita, atendendo-se somente às fontes formais. Muito pelo contrário. Essa pseudolegalidade simplista será fonte de sérias patologias sociais <sup>394</sup>.

É preciso conhecer e aplicar corretamente os elementos da moralidade interna, combinando e recombinaando seus arranjos <sup>395</sup>, para matizar a intensidade e a necessidade em cada caso, e, de preferência, com certo grau de aspiração.

Resta ainda o problema referente aos limites de uma ação jurídica efetiva <sup>396</sup>. Talvez a moralidade interna do Direito não devesse ser chamada moralidade: sua aceitação é necessária, mas não suficiente para a realização da justiça. Não basta também para garantir a alteridade ou solidariedade. Por outro lado, deve promover, mas não substituir o agente livre em suas decisões, ou manipulá-las, como vemos, por exemplo, na história, a onipotência legislativa do Estado Nazista, ou de Estados tentando convencer as pessoas a acreditarem em Deus, ou tentando aboli-lo, bem como o casamento e a família, etc.

Para cumprir sua função, a moralidade interna do Direito não deve ir além de seus próprios domínios: preservar a integridade do Direito no momento de sua exequibilidade; garantir, na medida do possível, que sigam a lei homens justos e capazes, investidos de independência para que não sejam influenciáveis; atingir também o âmbito mais extenso e baixo da pirâmide do Direito, ou seja, os órgãos de execução e advogados de acusação, que, se corruptos, danificam o Direito em larga escala; garantir a supervisão pelas cortes, o que não significa desconfiança nas qualidades dos que se encontram abaixo, nem dependência, já que a hierarquia pode acentuar a forma de comunicação, fomentando que cada instância cumpra seu papel com independência para não ruir todo sistema; não recorrer a meios infra-humanos, como, por exemplo, a tortura para arrancar confissões, e assim por diante <sup>397</sup>.

---

<sup>393</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>395</sup> FULLER, 1969b, p.104.

<sup>396</sup> J. Bresnahan sobre o pensamento do autor: “[...] concerned with what is not yet completely understood about the goodness or badness of human activity [...]” apóia-se sobre a moralidade interna que pressupõe um princípio de ordem moral transcendente, a ser respeitada. (BRESNAHAN, 1972, p. 616-617).

<sup>397</sup> FULLER, 1969b, p. 19.

Como comenta Fuller, os oitos pressupostos não o são por serem aceitos pelos juízes, mas por derivarem de uma ordem natural <sup>398</sup>. São “compromissos” que tendem a tornar as regras jurídicas <sup>399</sup>. São notas conclusivas, e não exaustivas. Não deveriam estar tão sujeitas a críticas, pois não envolvem conteúdos morais substantivos, mas uma forma moral de atuação<sup>400</sup>. Comprometer-se com elas é passar de um sistema não ordenado para um sistema com princípios jurídicos <sup>401</sup>, que parte da moralidade e da racionalidade e garante a relacionalidade <sup>402</sup>.

É um meio para atingir os fins relativos à ordenação social, mas, em alguns casos não tem sido bem compreendida em termos de moralidade. Fuller explica essa má interpretação:

Acredito que derive de uma concepção errada da relação entre moralidade e formas sociais. Atualmente, correntes convergentes de ética filosófica obstruíram praticamente a noção de uma moralidade institucional ou procedimental. Entre as influências que se entrecruzam nesse trabalho destrutivo podemos mencionar filosofias aparentemente diversas como o utilitarismo ou teorias emotivas e relativas sobre as preferências morais, ou a solitária ética solipsista de Kant, imparcialmente legislando para toda humanidade, incluindo ele mesmo. O que falta em todas essas filosofias é uma simples visão dos seres humanos confrontando uns aos outros nos contextos sociais, ajustando-se reciprocamente em suas relações, negociando, votando, argumentando diante de algum árbitro, e talvez até mesmo relutantemente decidindo lançarem-se à sorte <sup>403</sup>.

Podemos afirmar ainda que, na prática, a moralidade interna para Fuller é a base do devido processo jurídico <sup>404</sup>.

Perguntamo-nos se essa moralidade interna proposta pelo autor é somente aplicável à lei ou às demais fontes do Direito? Fuller afirma que a organização social promove múltiplas relações e que há várias fontes que sujeitam a conduta humana a regras: “*rules of lots of kinds*”. A moralidade interna também poderia servir-lhes de orientação e garantir-lhes a eficácia própria, dentro de seu âmbito. Entendemos, portanto, que os oito *desiderata* podem atingir as regras originadas a partir das diferentes fontes de Direito, ou ainda ao que Fuller denomina de “*quasi-rules*” <sup>405</sup>. Por outro lado, segundo Luis Fernando Barzotto, também poderíamos chegar a esta conclusão, a partir de Aristóteles que afirma ao tratar da equidade que o juiz deve “decidir como o legislador teria ele mesmo decidido” <sup>406</sup>, o que significa não

---

<sup>398</sup> WINSTON, 2001, p. 54.

<sup>399</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>400</sup> FULLER, 1969b, p. 90.

<sup>401</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>402</sup> Ibidem, p. 94 et seq.

<sup>403</sup> FULLER, 2001, p. 220.

<sup>404</sup> FULLER, 1969b, p.110.

<sup>405</sup> FULLER, 1969b, p.124 et seq.

<sup>406</sup> ARISTÓTELES, 2007, livro V, p. 173.

só buscar os fins do legislador, mas os meios, submetendo-se também aos oito *desiderata*, e assim, as demais fontes do Direito.

Kenneth Winston, o mencionado editor de Fuller, apresenta um estudo prático em uma cultura diferenciada - a moralidade interna do *Han Feizi* -, onde procura demonstrar essa dependência mutual e interativa do Direito e da moral no cotidiano do advogado e de seus colaboradores, a partir do contexto chinês confuciano <sup>407</sup>, onde os comandos do soberano desejam iluminar e conseguir o bem comum <sup>408</sup>. Nesse sentido, defendem que a autoridade do Direito se baseia na autoridade do legislador, e esta, na ordem impessoal que cria. Aqueles que apóiam as forças benevolentes da natureza atraem a confiança do povo <sup>409</sup>. Esse estatuto resume assim os pressupostos: publicidade, clareza, prospectividade e perfectibilidade (ordens possíveis); generalidade (impessoalidade em governar por regras, ainda que pelas pessoas, visando os fins comuns, e indiretamente os individuais, e zelando pela integridade da ordem social); coerência (classes de atos a serem evitados ou realizados bem delineados) e congruência (autoridade que se submete à regra) <sup>410</sup>. Fala de um certo *rule by law* que garante o *rule of law*, através desses *desiderata* <sup>411</sup>. E discorre sobre sua aceitabilidade: quando uma lei é promulgada, o legislador espera que seja cumprida; ao elaborá-la, tem um compromisso e o sujeito acredita nele, se razoável <sup>412</sup>; a definição pragmática envolve um elemento teleológico que combina o real com o ideal, criando a expectativa deste <sup>413</sup>; a clareza supõe tratar os sujeitos como agentes morais, e de acordo com a sua natureza humana, que todos, em realidade, amam respeitar <sup>414</sup>. Está ainda presente a constância, pois se os comandos mudam com frequência levam à ruína. Essa moralidade facilita o combate ao egoísmo pelo compromisso com o outro <sup>415</sup>. A limitação para o legislador através da moralidade interna do Direito garante também o respeito pleno ao cidadão, e dessa forma comprova-se que o bom Direito se confirma não só na criação, mas em sua aceitação <sup>416</sup>.

Fuller também procura comprovar a partir da História, que, em momentos de crise, como, por exemplo, na Inglaterra do século XVII, onde surge o *Bonham's Case*, o recurso é a moralidade interna, ou seja, os procedimentos e práticas jurisdicionais. Nesse conhecido caso,

---

<sup>407</sup> WINSTON, Kenneth. *The chinese internal morality of law*. Cambridge: Harvard: 2006, p. 314-315.

<sup>408</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>409</sup> Ibidem, p. 344.

<sup>410</sup> Ibidem, p. 318.

<sup>411</sup> Ibidem, p. 329.

<sup>412</sup> Ibidem, p. 325.

<sup>413</sup> Ibidem, p. 332.

<sup>414</sup> Ibidem, p. 338.

<sup>415</sup> Ibidem.

<sup>416</sup> FULLER, 1969b, p. 40-41.

o Dr. Thomas Bonham da Universidade de Cambridge é proibido de exercer a medicina em Londres por não ter o certificado do *Royal College of Physicians*. Foi julgado pelo próprio *Royal College*, a quem competia essa tarefa, e condenado à prisão. O médico, por sua vez, moveu uma ação por falso aprisionamento. Coke defendeu sua causa, não com base no direito à liberdade, mas no fato de que o *Royal College* não podia ser juiz e parte ao mesmo tempo. Prezava também este caso por ter fortalecido a imparcialidade do Judiciário <sup>417</sup>.

O autor comenta, ainda, que estes *desiderata* devem ser especialmente aplicados no Direito Constitucional, onde qualquer revisão deve ser muito bem conduzida <sup>418</sup>.

Podemos concluir, a partir do exposto, que a moralidade interna proposta por Fuller é uma condição para o Direito <sup>419</sup>, que fortalece o elo entre moralidade e normatividade. Trata de uma forma procedimental da lei natural, que garante os propósitos, a partir dela: representa certas atuações “compulsivas” contidas no que seria esperado nas diferentes formas do homem se organizar <sup>420</sup>.

Essa proposta chegou a ser denominada por Summers de “*Technological*” *Natural Law*, pois envolve “certas leis ímplicas ao fazer leis” <sup>421</sup>, e, segundo esse autor, engloba três elementos básicos: o que poderia ser chamado de reta razão; princípios gerais referentes aos processos que envolvem as relações humanas e sua comunicação, e a determinação objetiva da boa ordem das relações humanas, bem como de seus limites <sup>422</sup>.

A moralidade interna projeta para cada processo jurídico os mecanismos e princípios morais que devem ser respeitados <sup>423</sup>, facilitando a comunicação, que vai além, mas parte de um mínimo de justiça.

Questiona-se, por fim, se essa proposta guarda alguma relação com a moralidade externa ou substantiva, já que parte do elemento humano tomado em sua integridade constitutiva (racionalidade e relacionalidade) <sup>424</sup>.

Em um papel encontrado no escritório do autor estava escrito que a parte tolerante da ética não se encontra nos fins substantivos que buscamos, mas em sustentar a integridade das formas de ordem pelas quais os atingimos <sup>425</sup>. Passamos a analisar essa afirmação no que se refere à moralidade externa do Direito.

---

<sup>417</sup> Ibidem, p. 99-100.

<sup>418</sup> Ibidem, p.104.

<sup>419</sup> SIMMONDS, 2007, p. 81.

<sup>420</sup> SUMMERS, 1984, p. 73.

<sup>421</sup> Ibidem.

<sup>422</sup> Ibidem.

<sup>423</sup> WINSTON, 2001, p. 42.

<sup>424</sup> BRESNAHAN, 1972, p. 620.

<sup>425</sup> WINSTON, 2001, p. 8.

### D.5. A moralidade externa do Direito

No Capítulo de *The Morality of the Law* referente aos objetivos substantivos do Direito, Fuller afirma que o reconhecimento de que a moralidade interna do Direito pode sustentar e dar eficácia a uma variedade de fins substantivos não quer dizer que qualquer objetivo substantivo possa ser adotado como compromisso com a legalidade. E a partir dessa afirmação, passa a analisar, em termos gerais, a forma com que a moralidade interna e a externa interagem no Direito <sup>426</sup>. Vejamos como trata o tema nesse e em outros escritos.

Fuller fala de um princípio moral global <sup>427</sup>. Comenta que desde crianças dizemos: “Eu não devo fazer isso!” <sup>428</sup>. Percebemos que não só os seres inanimados, mas também nós guardamos certo padrão de conduta <sup>429</sup>.

Algumas de suas afirmações, se analisadas com profundidade, não podem conduzir a uma distância do Direito natural substantivo: é legitimado o que é aceito como certo <sup>430</sup>; as normas de respeito ao trabalhador e as de Direito Internacional <sup>431</sup>; leis injustas não são leis em sentido pleno <sup>432</sup>; fala de razão e *Fiat*; de homens e ideais no Direito e que a ordem moral não é invenção, mas descobrimento, etc. <sup>433</sup> Seu padrão é o da natureza: “Eu não posso ver que padrão pode ser aplicável em julgamentos éticos que não o padrão que mantém a natureza humana como ela seria se pudesse resolver suas desarmonias e superar suas imperfeições” <sup>434</sup>.

Esses padrões relacionam-se com os valores que o Direito veicula. Como afirma audazmente J. Bresnahan - embora muitos afirmem que Fuller não queria significar exatamente isso -, o autor entende que há uma dimensão normativa em cada ação humana e que não há descrição jurídica ou de qualquer outra atividade humana que ao menos implicitamente não envolva valores <sup>435</sup>. O direito é forma (*shell*), mas não pode ficar preso nela (*stucked*), pois é muito mais abrangente. Nós decidimos, mas há valores morais que

---

<sup>426</sup> FULLER, 1964, p. 168.

<sup>427</sup> BRESNAHAN, 1972, p. 617.

<sup>428</sup> “*I am not supposed to do that.*” (FULLER, 1987, p.78)

<sup>429</sup> *Ibidem*, p. 57-58.

<sup>430</sup> FULLER, 1940, p. 91.

<sup>431</sup> FULLER, 1949, p. 734.

<sup>432</sup> SUMMERS, 1984, p. 72.

<sup>433</sup> WINSTON, 2001, p. 3.

<sup>434</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>435</sup> Os termos utilizados em inglês que melhor expressam essa citação são: “*mean*” para significar e “*value-free*” quando menciona os valores normativos e prescritivos que subjazem nas decisões livres. (BRESNAHAN, 1972, p. 618).

sustentam nossas decisões. A filosofia auxilia a conhecer esses padrões, mas não necessita “vendê-los”, como na propaganda <sup>436</sup>.

Apresentamos alguns exemplos que parecem demonstrar que, pelo menos, o autor tinha presente a moralidade externa.

No que se refere à filosofia do Direito, Fuller comenta que deve penetrar a substancia do Direito, ajudando a definir papéis no sistema jurídico, e facilitando assim o combate de falhas, tais como as que penetram por caprichos, e são aprovadas para satisfazer facções, até mesmo com a convicção de que não serão aplicadas. Auxiliará também a atenção aos crimes “sem vítima”, como, por exemplo, a prostituição <sup>437</sup>.

Quanto ao Direito Penal, afirma que deve atender à dimensão da pena, não no sentido de solucionar o instinto de vingança, ou como ato ritual de expiação pelo culpado, mas para reforçar o senso comum dos atos errados. Daí a necessidade dos órgãos não serem corruptos, pois gerará mais confusão pela incoerência de culpar sendo culpado <sup>438</sup>. Deve ainda promover o bem efetivo, como, por exemplo, estabelecendo um seguro mais alto para quem infringe as leis de trânsito. Nesse sentido, fala também da falsa idéia da pura reabilitação através da pena, pois entende necessário o conceito de punição, que subtende a idéia de erro e responsabilidade <sup>439</sup>.

Quando toca o tema de fontes do Direito, não no sentido mais estrito (estatuto, precedentes, costumes, etc.), mas de forma ampla, ou seja, Direito positivo ou natural, ou com outro enfoque, Direito elaborado ou Direito implícito, afirma que o se quer saber de fato não é que lei se sobrepõe à outra, mas qual delas é realmente a lei verdadeira <sup>440</sup>.

E no que se refere às decisões das cortes expõe que há, pelo menos, expectativa de senso comum e da concepção ordinária de decência. Cita o exemplo de Wittgenstein no que se refere a ensinar um jogo para as crianças: esta implícita a idéia de que não se trata de um jogo de apostas <sup>441</sup>.

Sobre o Direito natural Fuller pergunta: onde encontrá-lo? O Direito natural deriva ou de Deus, ou da natureza humana ou da natureza. O Direito natural são essas normas estáveis, necessárias e adequadas que regulam o comportamento de todos os seres humanos. Qualquer que seja a fonte, não nos impede de constatá-lo. É válido para todos, em geral, da mesma

---

<sup>436</sup> FULLER, 1950, p. 45.

<sup>437</sup> FULLER, 1969a, p. 21-22.

<sup>438</sup> FULLER, 1987, p. 27.

<sup>439</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>440</sup> SUMMERS, 1984, p. 22-23.

<sup>441</sup> FULLER, 1987, p. 62.

forma, e pode ser discernido pela razão ou reflexão. Não é revelação, mas razão <sup>442</sup>. Mantém acesa a fé na capacidade da razão humana de atingir o natural. Poderíamos rejeitar dizendo que os povos são diferentes, mas afirma que os princípios, não. Partem de alvos distintos, mas que podem compartilhar a mesma base, tendo em conta o que é fixo e o que pode variar <sup>443</sup>. Há uma expectativa ética, não tão vinculada à pessoa, mas ao que se espera de cada homem. Dessa forma o Direito julga impessoalmente: julga o ato, não a pessoa, conforme o padrão esperado <sup>444</sup>.

E segue expondo: concordamos que essas regras nascem de determinada necessidade, para fazer o bem ou evitar o mal. No fundo, aplica-se uma regra que já era implícita na natureza da sociedade humana, ainda que se afirme que todo Direito é Direito elaborado e que não poderia simplesmente ter nascido e crescido. Temos que encontrar o Direito real através dos fatos da vida, pois atrás destes há algo de conscientemente tecido no costume <sup>445</sup>. Essa observação dos fatos não é precipuamente sociológica, como em Durkheim, mas uma análise a partir da natureza, onde a liberdade se destaca.

Podemos afirmar que há Direito implícito no que é elaborado e elementos elaborados no Direito implícito. Ainda que se conte com a perfídia humana ao legislar, a democracia em sua origem buscará guiar-se de forma verdadeira e justa a partir do Direito costumeiro. Comportamentos padrões antecipam-se ao que se espera: há uma reciprocidade de expectativas <sup>446</sup>. Será que o *common law* e o *judge made law* não afirmam somente o Direito implícito? Será que o Direito codificado antecede e o implícito só o confirma, ou vice-versa? Ou seja, há uma relação real e profunda entre ambos. Em verdade, parece que a regra está lá e só tem que ser descoberta <sup>447</sup>. A decisão, embora assinada, pode ser classificada como um ato pessoal? <sup>448</sup> Os juízes expressam algo mais do que eles: o Direito. Como afirma Blackstone, agem de acordo com algo pré-existente, do qual são depositários, mas não em termos formais <sup>449</sup>, concluindo que: “Se for contra a regra ou Direito ou até mesmo contra o direito divino, o juiz não vai contra a lei, pois, de fato, nunca houve lei.” <sup>450</sup>

Pode haver maior “racionalidade” em um sistema prévio, porém não completa a resposta pela falta de sensibilidade às necessidades sociais. Deve haver uma opinião geral

---

<sup>442</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>443</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>444</sup> FULLER, 2001, p. 96.

<sup>445</sup> FULLER, 1987, p. 44-45.

<sup>446</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>447</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>448</sup> FULLER, 1987, p. 88.

<sup>449</sup> Ibidem,

<sup>450</sup> Fuller citando Blackstone in Ibidem, p. 89. (Tradução livre)

como base – não, porém vaga e relativa, o que leva a aceitação absurdas, tais como a que se refere ao assassinato do pai para fazê-lo feliz na eternidade ou ao roubo do erário público para a minha própria felicidade...<sup>451</sup> - e um retorno das decisões à sociedade, pela transcendência social<sup>452</sup>. É preciso justificar atos; esclarecer princípios; dar explicação sobre o mal a evitar; fundamentar bem o que se deve ou não fazer, o que não se identifica, porém, com uma exortação para atuar bem, pois este não é o papel próprio da moralidade do Direito<sup>453</sup>. A natureza do Direito independe de suas fontes. No fundo os homens são guiados por crenças acertadas e não pelo *fiat* legislativo. Como já exposto, a validade do Direito depende da qualidade de seu conteúdo e não apenas do autoritarismo de suas fontes<sup>454</sup>. A legislação molda a moralidade<sup>455</sup>. “O caminho é o início de todos os seres e a medida do certo e do errado. Assim, o legislador iluminado mantém-se atado ao início para poder entender a origem de todos os seres, e preocupa-se com essa medida para conhecer a fonte do bem e do mal.”<sup>456</sup> O legislador é guiado pelo padrão objetivo de certo e errado. Dessa forma, as regras nos conduzem ao que sua razão dita<sup>457</sup>.

Outras questões que levanta transparecem também essa preocupação: a equidade não seria um remédio transcendente diferente dos códigos que solucionam completamente? A moralidade oferece essa elasticidade<sup>458</sup>. A possibilidade de *overruling* é também, de certa forma, uma demonstração de uma realidade substantiva<sup>459</sup>.

O direito material está ainda presente na maneira como trata o valor dos precedentes: não se baseia somente na luz sobre o caso específico, mas o que poderíamos abarcar além dele<sup>460</sup>. Perdemos o hábito de pensar o que deveria ser e nos atemos somente ao que é<sup>461</sup>. Fuller toca na importância de avaliar o trabalho de outras gerações em analisar e discutir os problemas jurídicos, não só por uma questão prática, mas ética<sup>462</sup>. E conclui que as respostas podem ser encontradas à medida que voltamos a nos simpatizar com a escola do Direito natural. É conveniente que as cortes de Justiça, em seu dever de administrar o Direito,

---

<sup>451</sup> FULLER, 1987, p. 113.

<sup>452</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>453</sup> FULLER, 1964, p. 89.

<sup>454</sup> SUMMERS, 1984, p. 1.

<sup>455</sup> WINSTON, 2006, p. 318.

<sup>456</sup> “*The way is the beginning of all beings and the measure of right and wrong. Therefore the enlightened ruler holds fast to the beginning in order to understand the wellspring of all beings, and minds the measure in order to know the source of good and bad.*” (WINSTON, 2006, p. 332)

<sup>457</sup> Fuller, 1940, p. 53.

<sup>458</sup> FULLER, 1987, p. 86.

<sup>459</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>460</sup> Ibidem, p. 49 et seq.

<sup>461</sup> FULLER, 1987, p. 49.

<sup>462</sup> Ibidem, p. 112 et seq.

alegrem-se em aceitar aquelas decisões que já têm a seu favor o prestígio e a autoridade de longa aceitação. Não se trata, no entanto, de aceitar meramente o que os outros decidiram antes. É preciso questionar o porquê, e ir além: não só o que dizem, mas o que não dizem. Só uma sociedade pode ter regras impostas pelo alto, bem como buscar novas regras articuladas por preferência. Podemos também entender a regra na exceção, ou seja, quando ela falta. Interpretamos as ações dos demais dentro de padrões normais <sup>463</sup>. As ações que constroem o Direito podem ser quase consideradas como palavras. O problema central da interpretação é saber “quando ler um ato”. Algo não se torna uma obrigação legal ou moral simplesmente pela repetição de atos <sup>464</sup>, mas por um senso de obrigação, criando expectativas futuras e passando a atingir a comunidade <sup>465</sup>. Recusam-se, habitualmente, costumes julgados repugnantes e insensatos pelas cortes <sup>466</sup>. Se, muitas vezes, os estatutos não necessitam interpretação é por que estão claros na cabeça de qualquer cidadão sensato <sup>467</sup>.

O problema do denunciante invejoso inspirado no nazismo – reconstituído alegoricamente no exemplo do governo *purple shirt* - levanta também a questão de uma moralidade mais profunda: por que devem ser condenados, se atuaram de acordo com a lei de então? Podemos condená-los simplesmente pelo que condenamos neles, ou seja, sua atitude? O julgamento criminal *ex post facto* é uma demonstração desse possível descompasso entre o jurídico e o moral. Por outro lado, ressalta a importância de não deixar que a sociedade simplesmente absorva o fato, pois ficaria uma lacuna ou deformação a ser transmitida às próximas gerações <sup>468</sup>.

Podemos ainda trazer à tona a legislação vigente na África do Sul à época de nosso autor, que condena a preconceituosa classificação por raça. Nesse sentido, o *apartheid* seria um destruição arbitrária sob o engodo de “direito” <sup>469</sup>.

“O Caso dos Exploradores de Cavernas” pode servir também como exemplo de certa preocupação pela moral externa do Direito, por mais que se atenha a questões de legalidade, já que a discussão básica refere-se à licitude de tirar uma vida em uma determinada circunstância. A tensão entre o Direito positivo e o Direito natural é muito bem evidenciada nos votos dos membros da Suprema Corte em um caso de homicídio deliberado <sup>470</sup>, envolvendo questão de sobrevivência: pedir clemência ao Executivo para não ferir a letra da

---

<sup>463</sup> FULLER, 1987, p. 112 et seq.

<sup>464</sup> Ibidem.

<sup>465</sup> Ibidem.

<sup>466</sup> Ibidem.

<sup>467</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>468</sup> FULLER, 1964, p. 207.

<sup>469</sup> FULLER, 1969b, p. 234-236.

<sup>470</sup> SUMMERS, 1984, p. 8.

lei ou seu espírito<sup>471</sup>; inocentar os réus com base em uma interpretação “racional” da lei <sup>472</sup>; apresentar a possibilidade de um estado de natureza, sem, porém chegar a uma conclusão, com abstenção de voto <sup>473</sup>; aplicar ao caso o princípio da territorialidade, com a condenação dos réus, optando por uma decisão simplista ao descarregar a responsabilidade no Legislativo <sup>474</sup>; decidir de forma emocional e com base na opinião pública, inocentando os réus a partir da compreensão do ser humano que se defende <sup>475</sup>, ainda que no caso a presumida “defesa” seja posterior, já que o ato foi efetuado deliberadamente.

Ao longo da obra, chama a atenção sobre as conseqüências de uma determinada decisão: “Não podemos olhar somente para os efeitos imediatos da decisão. É preciso pensar nas implicações a longo prazo, e ministrar a justiça, mesmo que não seja popular a decisão. Casos graves têm seu valor moral, lembrando as pessoas de sua responsabilidade com relação à lei.” <sup>476</sup> Um dos juízes suspira por um melhor sistema jurídico “se nossos antepassados tivessem aprofundado em princípios, filosofia, psicologia natural, com uma base mais racional e compreensível...” <sup>477</sup> Outro afirma que “o estatuto reflete um sentimento profundo da convicção humana de que assassinato é errado e que alguma coisa deveria ser feita à pessoa que o cometesse”<sup>478</sup> Por fim, na postura do juiz Handy, ainda que expressa com certa carga sentimental – talvez propositadamente, por apresentar um perigo com respeito à fragilidade dessa concepção, se mal conduzida - clama pelo governo de homens para homens:

É questão de tratar com as pessoas e sua humanidade. Pessoas são governadas não por palavras no papel ou teorias abstratas, mas por outras pessoas. Eles são governados bem quando os governantes entendem os sentimentos e concepções das massas. Eles são mal governados quando esse entendimento não está presente. O judiciário é propenso a perder o contato com o homem comum. Dissecamos de tal modo os fatos que os tornamos complicados. Existem naturalmente algumas regras fundamentais que devem ser aceitas, se o jogo deve continuar. Quando essas concepções são aplicadas para este caso, sua decisão torna-se, como já disse, muito simples <sup>479</sup>.

O perigo seria perder os padrões de raciocínio e esquecer que esses padrões não lançam nenhuma dúvida sobre o mundo externo <sup>480</sup>. No caso, a hermenêutica consistente

---

<sup>471</sup> FULLER, 2003, p. 22.

<sup>472</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>473</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>474</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>475</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>476</sup> Ibidem, p. 54. (Tradução livre)

<sup>477</sup> Ibidem, p. 55. (Tradução livre)

<sup>478</sup> Ibidem, p. 51. (Tradução livre)

<sup>479</sup> FULLER, 2003, p. 56-58. (Tradução livre)

<sup>480</sup> Ibidem, p. 64.

apoiar-se-ia ainda na opinião de 90% da população, que condenaria o ato – seria irreal e abstrato dizer que não se cometeu crime algum! – aplicando-se, porém, uma pena simbólica<sup>481</sup>.

Entre acadêmicos, levanta-se a questão sobre qual dos cinco juízes da Corte em questão seria Fuller. A nosso ver, parece que nenhum, ou, quando muito, representaria algo da preocupação de cada um, pois evidenciam “questões que estão dentre os problemas permanentes da raça humana”<sup>482</sup>, ainda que ironicamente critique os posicionamentos positivistas. Nossa opinião se baseia em uma linha intrigante da referida obra, no trecho em que os exploradores tentam elucidar a consciência rumo ao ato que pensavam levar a cabo, e, a seguir, em tese, rompe-se a comunicação. O escrito diz: “Após isso, nenhuma mensagem foi recebida de dentro da caverna e assumiu-se, erroneamente, que as baterias do comunicador dos exploradores haviam-se extinguido [...]”<sup>483</sup>, o que pode ser interpretado no sentido de que provavelmente já haviam optado pelo homicídio e não desejavam ser censurados. O que dá a impressão é que o autor defenderia a lei natural, segundo a regra de ouro, sendo indulgente quanto à pena. Dessa forma, defenderia a vida; não deformaria os conceitos sociais e demonstraria a correta aplicação da justiça em um *hard case*.

Essa compreensão da dimensão moral externa fortaleceu-se em Fuller com as atrocidades veiculadas pelo Terceiro *Reich*, concordando com Gustav Radbruch quando afirmava que essa experiência deveria nos tornar a todos jusnaturalistas<sup>484</sup>. O Direito deveria garantir o certo ao tocar as questões morais, senão o Direito Nazista poderia ser considerado Direito<sup>485</sup>, o que Fuller evidencia também, ao se contrapor ao que afirma Friedmann, relacionando Direito a ordem pública e a um eficaz sistema de coerção, o que repugna nosso autor<sup>486</sup>. Como evidencia a Prof. Rundle, “a campanha legal dos nazistas contra os judeus na Alemanha e em muitos outros lugares era flagrantemente racista, preconceituosa e um crime contra a humanidade em todos os sentidos.”<sup>487</sup>

Conclui-se, portanto, com Bresnahan, que em Fuller o Direito deve ser considerado uma ação humana e, portanto, sempre intencional, e bem sucedido ou não, de acordo com sua congruência com esses propósitos, não só em como são explicitados pelos homens de uma

---

<sup>481</sup> FULLER, 2003, p. 59-61.

<sup>482</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>483</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>484</sup> RUNDLE, Kristen. *The impossibility of an exterminatory legality: law and the Holocaust*. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, n. 59, 2009. p. 68.

<sup>485</sup> FULLER, 1964, p. 122.

<sup>486</sup> “*That distinguish Mark (use of coercion or force) is not recognized in this volume*”. (FULLER, 1969b, p. 108) Destaque nosso.

<sup>487</sup> RUNDLE, 2009, p. 67. (Tradução livre)

sociedade de um determinado tempo, mas também por que esses propósitos emergem no próprio processo da criação do Direito, como atividade humana. Sendo a moralidade humana, não podemos privá-la deste adjetivo <sup>488</sup>. Comenta ainda a visão de Fuller de que as falhas ou sucessos na construção do Direito nos levam a conclusões sobre os desejos e tipos de conteúdo que podem de tal forma violar a humanidade básica do ser humano que não podem ser considerados Direito. Se não se pode chamar de humano, não se pode chamar de Direito <sup>489</sup>. Ao analisar, portanto a experiência jurídica, não se deveria separar forma (*law-engendering*) do conteúdo (*substantive aims*) <sup>490</sup>: explica, por exemplo, que o assassinato é proibido, em primeiro lugar, por ser errado, e não somente por ser uma ameaça à riqueza da vida em comunidade <sup>491</sup>.

Nesse sentido interpretamos a explicação de John Finnis sobre a legitimidade de um poder cujos fins fossem ruins, em Fuller: “uma tirania entregue a fins perniciosos não tem razão suficiente por si mesma para submeter-se à disciplina de atuar coerentemente por meio de exigentes processos de Direito, supondo que o sentido racional de tal autodisciplina é o valor da reciprocidade, equidade e respeito pelas pessoas.” <sup>492</sup> E vice-versa: a ideologia que sustentasse um pseudo Estado de Direito não poderia garantir todos os aspectos do bem comum, nem tão pouco, sua substância <sup>493</sup>. Portanto, seria errado afirmar que os oito *desiderata* propostos por Fuller poderiam ser igualmente aplicáveis para fins moralmente bons e fins moralmente maus <sup>494</sup>.

O Professor da Columbia University, Kent Greenawald <sup>495</sup> comenta que talvez o seu contexto não estivesse preparado para entendê-lo nesse sentido. De acordo com o Prof. Finnis, para um leitor profundo, fica evidente que Fuller aponta mais longe do que os oito *desiderata*, pois trabalha em função do agente livre e de sua comunicação com seu meio. O problema para Fuller é a relação (*relationship*). A forma no Direito está para assegurá-la. Fuller ilumina o entendimento do fim do Direito. É um instrumento para melhorar a relação, mas não em termos utilitaristas. Porém, sua originalidade, estudada superficialmente, pode não ser entendida em toda sua profundidade. Preocupa-se com a solução certa, mas não pragmática

---

<sup>488</sup> BRESNAHAN, 1972, p. 619.

<sup>489</sup> Ibidem.

<sup>490</sup> Ibidem.

<sup>491</sup> FULLER, 1969 a, p. 21.

<sup>492</sup> FINNIS, 2000, p. 301. (Tradução Livre)

<sup>493</sup> Ibidem, p. 302. (Tradução livre)

<sup>494</sup> Ibidem.

<sup>495</sup> GREENAWALD, Kent. *Diálogo*, Brasília, 16-VI- 2011.

nem formal, e chega bem perto dela <sup>496</sup>. De fato, sua causa instrumental atinge, de certa forma, a exemplar e a final.

“Fuller foi o homem certo para o tempo errado”, segundo a Prof. Rundle <sup>497</sup>. Sua compreensão do Direito substantivo não tinha um caráter dogmático, mas de valores sustentáveis através de sua moralidade interna <sup>498</sup>. Ao referir-se a ela, poderia parecer à primeira vista, que Fuller objetiva unicamente o procedimento, tendo em conta o entorno positivista e pragmático onde se desenvolveu <sup>499</sup>, porém sua proposta serve de tela de talagarça para a valoração natural: só dentro de um entorno moral é que se pode entender a moralidade externa intrínseca a certos institutos, como, por exemplo, o da legítima defesa, bem como a referente a certos crimes como o narcotráfico, etc. Muitos afirmam que não se pode forçar a moral pelo Direito. Em tese, realmente não, tal como, por exemplo, arrancar de alguém uma promessa. De fato, a força até mesmo diminuiria a carga moral. Porém, segundo o autor, há áreas em que esse “clichê” não é sustentável: a lei acaba garantindo a atuação moral do homem, não só por que defende uma forma, mas algo mais profundo. Porém, os erros a serem prevenidos a partir dessa profundidade nada têm a ver com pecados. É melhor o Direito deixar os pecados sossegados. Ainda que inicie a obra sobre a moralidade do Direito transcrevendo uma citação cujo autor desconheceu e que lhe ficou gravada - *Die Sünde ist ein Versinken in das Nichts* (O pecado é um naufrágio no nada) - <sup>500</sup>, ou seja, com uma definição filosófica de pecado, ao qual carece entidade, pois lhe corresponde não ser (uma negação da natureza e da liberdade), e nessa mesma obra, lamentando-se de que as palavras pecado e virtude sejam pouco aplicadas na modernidade, novamente evidencia que o intuito moral no Direito é mais restrito, embora dele inseparável <sup>501</sup>.

Transcrevemos as conclusões de Nicola Lacey a respeito deste ponto crucial do trabalho de Fuller: “[...] Fuller estava determinado a trazer sua preocupação moral e procedimental unidas”. Oferece-nos o “absolutamente persuasivo *insight*” de que a forma era inseparável da substância (no sentido de que a forma ajudava a perfilar o conteúdo) e que as formas procedimentais são esculpidas por valores <sup>502</sup>.

---

<sup>496</sup> FINNIS, Entrevista, Oxford, UK, 3-II-2011.

<sup>497</sup> “*The right man for the wrong time*”, Interview, LSE, 2-II-2011.

<sup>498</sup> FULLER, 1964, p. 183-185.

<sup>499</sup> “*Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart y Raz publicaron, todos ellos, severos repudios de lo que entendían que era la teoría de la ley natural; Fuller se desligó cuidadosamente de esa teoría en sus formas clásicas.*” (FINNIS, 2000, p. 51).

<sup>500</sup> FULLER, 1964, p. 15.

<sup>501</sup> Ibidem, p. 32-33.

<sup>502</sup> LACEY, 2011, p. 31-32. (Tradução livre)

Duncan Kennedy fala também dessa vertente substantiva em Fuller, quando trata do escrito *Consideration and Form* ao escrever ele próprio sobre *Form and Substance in Private Law Adjudication*: “A obra de Fuller denominada *Consideration and Form* originou um esquema para a análise de questões contratuais baseado em múltiplas considerações formais e substanciais....”, que Kennedy classifica como formais, substantivas e institucionais <sup>503</sup>.

A teoria de Fuller não visa nem acentuar o homem moral de Kant, nem, por outro lado, preconizar uma neutralidade absoluta para a moralidade interna com relação aos objetivos externos, ainda que esta não vise diretamente àqueles <sup>504</sup>. Seu temor a uma proposta como a de Hart vai desde a margem de iniquidade com que opera até a possibilidade de uma indiferença brutal com relação à verdadeira justiça <sup>505</sup>. Abrange normatividade e legitimidade através do devido processo moral-legal. Ambos se complementam <sup>506</sup>, ou mesmo se identificam. É evidente, portanto, que algumas características das leis têm importância moral. A moralidade do Direito só seria neutra se não envolvesse padrões morais <sup>507</sup>. Há um espírito como no Direito Canônico, que dá vida à lei <sup>508</sup>.

Concluimos com o autor que a moralidade interna, como meio e estrutura, é neutra em si – ainda que esse adjetivo pareça inadequado ao substantivo moralidade – e não visa diretamente os objetivos externos que sustenta, porém, através de sua proposta contribui indiretamente para fins convenientes: “seria possível perseguir os mais iníquos fins e preservar um genuíno respeito pelos princípios de legalidade?” <sup>509</sup> Este é o centro do debate entre Fuller e Hart, que tocaremos mais adiante, já que se fosse totalmente indiferente aos fins externos, a moralidade interna, despida desse nome, teria seu lugar na teoria positivista <sup>510</sup>.

A moralidade, em realidade, é uma integridade <sup>511</sup>, e parece-nos que Fuller as separa para unir. Sua teoria se volta mais para as características morais formais do Direito, do que para o Direito substantivo, porém afirmando que a experiência da moralidade interna desemboca na preocupação pela justiça <sup>512</sup>. Seria uma plataforma para obter o bom Direito <sup>513</sup>. Como afirma Nigel Simmonds, diferenciar não é negar <sup>514</sup>.

---

<sup>503</sup> KENNEDY, Duncan. *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form"*. Heinonline – 100 Colum. L. Ver. 94 a 175. Cambridge, 2000. p. 100. (Tradução livre)

<sup>504</sup> FULLER, 1964, p. 167-168.

<sup>505</sup> Ibidem, p. 169-170.

<sup>506</sup> WINSTON, 2001, p. 2-8.

<sup>507</sup> FULLER, 2001, p. 89.

<sup>508</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>509</sup> FULLER, 1964, p. 169. (Tradução livre)

<sup>510</sup> SIMMONDS, 2007, p. 72.

<sup>511</sup> FULLER, 1964, p. 199.

<sup>512</sup> SIMMONDS, 2007, p. 71.

Em resumo, entendemos que a moralidade interna em Fuller trabalha em um patamar distinto da moralidade externa. Seus fins, portanto, são distintos dos objetivos desta última, como, em geral - servindo-nos de uma analogia acadêmica -, os objetivos de um aluno de Graduação diferem dos que almeja um aluno da Pós. Porém, isto não quer dizer que não possam guardar certa relação. Aprofundemos nela, para entender essa peculiaridade moral na teoria do Direito de Fuller.

#### **D.6. A relação entre moralidade interna e externa do Direito**

Em sua obra *The Morality of Law*, Fuller inaugura o capítulo “*The Substantive Aims of Law*” com a seguinte citação de Kant:

Não devemos esperar que uma constituição seja boa, porque os que a realizam são homens morais. Pelo contrário, é por causa de uma boa constituição que podemos esperar que a sociedade seja composta por homens morais<sup>515</sup>.

O autor segue explicando que não se pode traçar uma linha definida entre moralidade interna e externa, como no caso da moralidade de dever e da aspiração, pois em termos gerais interagem<sup>516</sup>. Porém, o que deseja deixar claro é que a moralidade que propõe não visa diretamente os fins substantivos, com relação aos quais, mantém certa neutralidade. Isto não quer dizer que a moralidade interna possa servir a qualquer fim, como afirma Hart<sup>517</sup>.

Entendemos que Fuller projeta essa afirmação em dois sentidos que acabam por se unir: em primeiro lugar, no que se refere à liberdade do ser humano com relação às suas próprias concepções morais, e, em segundo lugar, o que fere o sentido de colaboração social<sup>518</sup>. Porém, essas projeções podem se unir quando algo relativo à moral pessoal transcende seus limites e se torna socialmente pernicioso. Poderíamos oferecer como exemplo - ainda que controvertido -, os *skinhead*: caso fossem pacíficos, e simplesmente manifestassem uma opinião política, deveriam ser respeitados, ainda que a um determinado juiz pudesse repugnar moralmente essa postura. Caso, porém, começassem a afetar a paz social, o Direito não lhe poderia ser indiferente.

<sup>513</sup> FULLER, 1964, p. 170.

<sup>514</sup> SIMMONDS, 2007, p. 71-72.

<sup>515</sup> FULLER, 1969b, p.152. (Tradução livre)

<sup>516</sup> “...the internal and external moralities of law interact”. (Ibidem, p. 153)

<sup>517</sup> “It is unfourtunately compatible with very great iniquity”. (FULLER, 1969b, p.154, citando o referido autor)

<sup>518</sup> FULLER, 1969b, p. 153-155.

Nosso autor, todavia, parece mais preocupado com que, primeiramente, haja Direito, para que se chegue ao bom Direito <sup>519</sup>. O Direito possui vários degraus de sucesso e não pode falhar no primeiro. Se atacamos diretamente a ilegalidade em termos de conteúdo, será difícil manter a legalidade interna nas ações que a sustentam <sup>520</sup>, o que acaba por afetar o conteúdo.

Para Fuller, esse primeiro estágio da legalidade já é justiça <sup>521</sup>. E a afinidade continua, à medida que a regra articulada e dada a conhecer, permite aprofundar em suas raízes e princípios julgando a justiça a partir do propósito. Como afirma, a moralidade interna do Direito lhe parece uma condição necessária, ainda que não suficiente, para a realização da justiça substantiva <sup>522</sup>.

Ainda que a moralidade interna seja neutra com respeito a uma série de questões éticas, “não pode ser neutra em sua visão do homem”, pois ao procurar submeter sua conduta, deve entendê-lo como um agente responsável, capaz de compreender regras, segui-las e responder por suas faltas. Se nos distanciamos deste ponto indispensável para a correta compreensão da relação entre Direito e moral, afrontamos a dignidade humana <sup>523</sup>.

Fuller centra a teoria na moralidade interna - e nela radica seu respeito pela natureza humana -, sem visar a multiplicidade de fins substantivos aos quais pode servir o Direito. De qualquer forma, a base de respeito da qual parte, parece facilitar um correto encaminhamento para que os fins sejam efetivamente adequados, guardados os limites da ação jurídica. A moralidade interna do Direito pode servir de plataforma segura para se discutir a justiça material.

O autor entende, portanto, que as formas que propõe podem conduzir à realização de certos valores e que a falha em respeitá-las favorece diversos erros morais. Oferece, como exemplo, o conhecido caso americano *Robinson v. California* referente à adição às drogas, comentando que se nele a moralidade interna tivesse sido respeitada (a clareza do estatuto) -, não seria necessário questionar a justiça substantiva (falta de proporção entre a ofensa e a pena) <sup>524</sup>.

Apresentamos ainda, como exemplo já mencionado neste trabalho, o enfoque sob o qual Fuller analisa o Terceiro *Reich*, para explicar a relação entre as duas moralidades: o autor identifica várias falhas conscientes do regime nazista com relação à moralidade interna, como a retroatividade das normas ou principalmente a falta de publicidade, para não atrair a crítica

---

<sup>519</sup> “*Much of the world today needs law more than it does good Law.*” (FULLER, 1969b, p. 156).

<sup>520</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>521</sup> *Ibidem*.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>523</sup> *Ibidem*.

<sup>524</sup> FULLER, 1969b, p. 105.

estrangeira <sup>525</sup>, já que se dadas a conhecer poderiam julgar sobre a injustiça que veiculavam<sup>526</sup>. Fuller percebia o quanto o nazismo instrumentalizou o Direito para perseguir seus opositores <sup>527</sup>, progressivamente, desde as leis anti-semitas até a exterminação legalizada, que servem, em primeiro lugar como evidência das conseqüências que podem ocasionar a amoralidade positivista<sup>528</sup>. Entende também que há uma falha básica em começar a deixar de tratar os judeus como livres e responsáveis, despersonalizando-os. Porém, em toda sua argumentação, especialmente presente no debate com Hart, Fuller acentua o quanto o Direito deve ser construído sobre o direito (*Law built on law*), ou seja, que não teria sido necessário chegar ao conteúdo moral, ainda que o repugnasse <sup>529</sup>, se fossem respeitados antes, os requisitos da moralidade interna. Assim expõe:

Se a jurisprudência alemã tivesse se preocupado mais com a moralidade interna do Direito, não teria sido necessário invocar os argumentos puramente substantivos, como os apresenta Radbruch. Assim, onde alguém seria tentado a dizer: “ Isso é tão mal que não poderia ser chamado Direito”, poderia dizer, ao invés: “ Isto é um produto de um sistema tão alheio à moralidade do Direito, que não merece ser chamado Direito <sup>530</sup> .

Fuller comprova através do estudo sobre o Holocausto a afinidade entre a observância dos requisitos da moralidade interna e a moralidade substantiva dos fins perseguidos, ainda que este não seja o ponto central de sua proposta <sup>531</sup>. O regime nazista falhou em vários pontos relacionados à moralidade interna do Direito, mas principalmente no que se refere à congruência e sua relação com o Direito natural concebido por Fuller: o agente a ser submetido às regras tinha o mero dever de obedecer.

Por outro lado, ao tratar sobre os fins substantivos do Direito, Fuller não se referia especificamente ao bem ou ao mal, mas ao que é próprio da natureza: “é bom o que potencializa a natureza humana; é mal o que a impede de realizar-se.” <sup>532</sup> Concluimos a partir do exposto que a compreensão da relação moralidade interna-externa no autor se assenta sobre as seguintes bases jusnaturalistas:

---

<sup>525</sup> “the nazis knew that a formal and published legal enactment would invite foreign criticism”. (Ibidem, p. 158)

<sup>526</sup> Ibidem, p.158

<sup>527</sup> RUNDLE, 2009, p. 65.

<sup>528</sup> Citando Hart; “ the existence of law is one thing, its merit or demerit, another.” (Ibidem, p. 77).

<sup>529</sup> “...when all these things have become true of a dictatorship, it is not hard, for me at least, to deny to it the name of law” (citação de Fuller in Ibidem, p. 83.)

<sup>530</sup> Ibidem, p. 84. (Tradução livre)

<sup>531</sup> “ the idea that there is some affinity between the form and the moral substance of law is not the main point that Fuller sought to advance about the moral quality of legality, even if the two are linked, in his thought, in important ways.” (Ibidem,p. 105)

<sup>532</sup> “That is good which advances man’s nature; that’s bad which keeps him from realizing it.” (SUMMERS, 1984, p. 68).

1. A concepção de que toda pessoa tem o direito natural de ser reconhecida como agente livre e responsável <sup>533</sup>.
2. A realização do Direito natural substantivo se efetiva principalmente no plano social, respeitado o que se expõe em 1 <sup>534</sup>.

E nesse sentido acentua:

Se fosse questionado a respeito de um princípio central ao qual poderíamos denominar de direito natural substantivo – Direito Natural com letras maiúsculas – o encontraria na ordem: abra, mantenha e preserve os canais da comunicação pelos quais os homens transmitem uns aos outros o que sentem, percebem, e desejam. Nesse sentido a moralidade de aspiração oferece mais do que um bom conselho e um desafio à excelência. Fala com a voz imperativa o que estamos acostumados a ouvir na moralidade de dever. E se os homens a escutarem, essa voz, diferentemente da moralidade de dever, poderá ser ouvida através dos limites e barreiras que hoje podem separar os homens uns dos outros <sup>535</sup>.

Não se restringe, portanto, a um mínimo conteúdo de um Direito natural substantivo, mas aponta para uma meta mais profunda e abrangente <sup>536</sup>. Passamos a aprofundar nela.

#### **D.7. Moralidade interna, moralidade externa e comunicação**

Para Fuller, a comunicação não é somente um meio de permanecer vivo, mas uma maneira de estar vivo <sup>537</sup>. Nesse sentido, podemos entender a moralidade interna do Direito como forma substancial, que dá a vida, sustentando as ações, relações e fins do Direito.

Podemos, de fato, encontrar um elo entre a comunicação e cada *desideratum*:

1. Generalidade: esse pressuposto parte, não da indiferença, mas do diálogo com interesses e padrões gerais, como medida de igualdade. É abrir o canal da comunicação <sup>538</sup>.
2. Publicidade: esse requisito é o canal de comunicação em si, que possibilita, como já comentamos julgar, aceitar ou recusar <sup>539</sup>.

---

<sup>533</sup> RUNDLE, 2009, p. 106.

<sup>534</sup> FULLER, 1969b, p. 186.

<sup>535</sup> FULLER, 1964, p. 202.

<sup>536</sup> FULLER, 1969b, p. 184.

<sup>537</sup> “*Communication is something more than a means of staying alive. It is a way of being alive.*” (Ibidem, p. 186)

<sup>538</sup> “*open up*” (Ibidem).

<sup>539</sup> “*channels of communication*” (Ibidem).

3. Prospectividade: este *desideratum* permite a projeção da comunicação, expandido-a, a partir da base oferecida <sup>540</sup>.
4. Clareza: o cânon mencionado é condição de verdadeira e eficaz comunicação. Só assim se pode perceber o que se deseja <sup>541</sup>.
5. Consistência: esta exigência é modelo da correta racionalidade da comunicação <sup>542</sup>.
6. Perfectibilidade: este requisito exige compreensão de capacidades e limites. É base de justiça e excelência na comunicação <sup>543</sup>.
7. Durabilidade: este *desideratum* possibilita manter os canais de comunicação e desenvolvê-los <sup>544</sup>.
8. Congruência: este requisito permite a consciente e deliberada coordenação de esforços nas distintas relações <sup>545</sup>.

A comunicação, que de certa forma, identifica-se com a moralidade externa, é o resultado da correta aplicação da moralidade interna, e tanto a partir dela, bem como através dela, pode ser incrementada, desde acentuar o que é excludente da comunidade até aspirar ao fortalecimento desta, enriquecendo-nos com essa conquista e legando-a às gerações que nos seguirão <sup>546</sup>.

Sublinhamos, por fim, que, como exposto, ambas as moralidades interagem, e sua distinção analítica só se apresenta em tese:

A distinção entre as moralidades externa e interna do Direito é, evidentemente, uma ferramenta de análise e não deve ser considerada como um substitutivo para o exercício de julgar. Já padeci para demonstrar que ao longo do espectro ocupado por essas duas moralidades podem surgir áreas intermediárias em que elas coincidem <sup>547</sup>.

À sua época, muitos duvidaram de que a conformidade com os “dogmas” da morali-

---

<sup>540</sup> “*expand*” (Ibidem).

<sup>541</sup> “*desire/reach understanding*” (Ibidem).

<sup>542</sup> “*meaningful contact*” (Ibidem).

<sup>543</sup> “*perceive*” (Ibidem).

<sup>544</sup> “*maintain*” (Ibidem).

<sup>545</sup> “*preserve the integrity*” (Ibidem, p. 186).

<sup>546</sup> “*enrich the lives of those who come.*” (Ibidem).

<sup>547</sup> FULLER, 1969b, p. 132. (Tradução livre)

dade interna tornariam o Direito puro em termos substantivos <sup>548</sup>, o que também não era uma ilusão para Fuller, pois este entendia bem sobre a dependência da liberdade humana nessa consecução, o que comprovava empiricamente em seus estudos antropológicos, sociológicos, econômicos, políticos, etc. Por esse motivo, esclarece que não há um elo necessário entre a moralidade interna e a externa, no sentido de garantir a justiça substantiva do Direito, como uma equação matemática <sup>549</sup>. Mesmo o mais benevolente e justo regime pode falhar nessa relação <sup>550</sup>. Passamos a analisar mais detidamente como Fuller entende a liberdade humana no Direito e a partir dele.

---

<sup>548</sup> SUMMERS, 1984, p. 36-39.

<sup>549</sup> SIMMONDS, 2007, p. 70.

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 78-79.

## E. MORALIDADE DO DIREITO E LIBERDADE

### E.1. Moralidade e liberdade em Lon Fuller

Lon Fuller destaca a liberdade humana, entendendo-a como uma potencialidade. Sua visão dessa capacidade é positiva em todos os sentidos, tanto para quem opera o Direito quanto para o seu destinatário principalmente, seja individual ou coletivo <sup>551</sup>.

Para o autor, também a chave da moralidade radica na liberdade, como em Tomás de Aquino. Podemos dizer que sua tese se coaduna com o entendimento da virtude moral, com base natural, perseguida e aperfeiçoada livremente <sup>552</sup>. Mas sua conclusão parece partir de uma base mais empírica: qual seria a concepção da natureza humana necessária para tornar válido um ideal? Fuller “escorrega para a metafísica pela porta de trás”, através da experiência<sup>553</sup>.

Entende o ser humano como agente moral livre e responsável e afirma que não é possível mostrar-se indiferente à sua capacidade de autodeterminação <sup>554</sup>: não se pode atuar sobre ele. A visão do homem está implícita na moralidade jurídica, e qualquer afastamento da moralidade interna do Direito é uma afronta à dignidade humana <sup>555</sup>.

Sua visão de liberdade traz consigo a contrapartida da responsabilidade: assumir os atos livremente realizados. Por que é moral? Pela responsabilidade <sup>556</sup>. É obrigação do legislador conduzir a conduta moral, e não somente ordenar pessoas a fazer algo <sup>557</sup>. Assim promove a autonomia, pois os mandatos são dirigidos a cidadãos livres e responsáveis.

Exemplifica essa liberdade vinculada à responsabilidade e, conseqüentemente, à moralidade, desde explicar as regras de comportamento, evidenciando a diferença entre o ato de tossir na igreja do ato de cochichar; o fato do Direito distinguir intenção de impulso; o desejo do Direito Penal de provar o erro, o que pode conduzir à reabilitação, também no plano social; não poder acusar em caso fortuito, pois é o homem o centro da ação; fomentar a responsabilidade pessoal com relação ao uso de drogas; utilizar o Direito Tributário como meio de consertar costumes, etc.<sup>558</sup>.

---

<sup>551</sup> WINSTON, 1994, p. 397.

<sup>552</sup> AQUINO, Tomás de. *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Pamplona. EUNSA, 2001, p. 127 et seq.

<sup>553</sup> WINSTON, 2001, p. 327.

<sup>554</sup> FULLER, 1987, p. 3-5.

<sup>555</sup> FULLER, 1964, p. 177.

<sup>556</sup> WINSTON, 2001, p.3.

<sup>557</sup> Ibidem, p. 51-52.

<sup>558</sup> FULLER, 1964, p. 177 et seq.

O agente livre está sujeito ao erro e esta capacidade de equivocarse no conhecimento moral pode também confirmar a própria existência da liberdade. As equivocções cognitivas são abundantes, principalmente quando não se quer entender <sup>559</sup>. Por que é preciso explicar o comportamento animado e não o inanimado? Os inanimados não erram, mas os legisladores sim!<sup>560</sup>

Tendo em conta a natureza relacional do ser humano, este buscará as formas de organização social. Busca-se estabelecer um poder para governar, e que possa, por sua vez, veicular a solução das disputas e as negociações e acordos entre as partes interessadas <sup>561</sup>. Porém, isto não quer dizer tornar todo o Direito puramente público, mas perceber a capacidade humana de autoconduzir-se <sup>562</sup>.

Fuller critica o behaviorismo de Skinner, que apesar de aplicar a ciência aos homens e lembrar que agem segundo regras - dadas certas condições atuarão de certa forma – esquece-se de que o homem é um agente livre e responsável <sup>563</sup>.

Sua percepção da liberdade e da responsabilidade do ser humano desemboca tanto na iniciativa privada quanto no pluralismo <sup>564</sup>. Porém, partindo de uma concepção empírica e realista, entende com profundidade e flexibilidade a necessidade de limites para a atuação livre. Os limites à liberdade são concebidos por ele como limites morais, sem perder o enfoque positivo. E, por essa razão afirma que é preciso resolver algumas questões, além do problema de limitar: quem está envolvido na comunidade moral? Quem é contado como um membro dela? Este é um problema de todos os filósofos morais. Em comunidades ligadas por interesses comuns não é difícil traçar um código. Porém quem está incluído nele? Não seria somente o caso da moralidade do dever, que envolve um grupo com interesses identificáveis, mas abrange também a moralidade de aspiração de uma comunidade que vive com explícita ou implícita reciprocidade incorporada em suas formas de organização. Os limites do Direito auxiliam e promovem os demais limites morais <sup>565</sup>.

A regulação do Direito não é vista como um mal inevitável, mas como um bem necessário, ao promover e assegurar as relações humanas <sup>566</sup>. O império do Direito não é uma ferramenta neutra de direção administrativa, como afirma Finnis, citando Fuller <sup>567</sup>. A análise

---

<sup>559</sup> FULLER, 1987, p. 69.

<sup>560</sup> FULLER, 1987, p. 113.

<sup>561</sup> FULLER, 1949, p. 695.

<sup>562</sup> WINSTON, 2001, p. 22.

<sup>563</sup> FULLER, 1964, p. 177.

<sup>564</sup> WINSTON, 2001, p. 8.

<sup>565</sup> FULLER, 1964, p. 197.

<sup>566</sup> FULLER, 2001, p. 72.

<sup>567</sup> FINNIS, 2000, p. 320.

de Fuller sobre os limites do império do Direito tinha mais sentido subjacente do que estavam dispostos a admitir seus críticos, que não podiam ver em tal análise mais do que uma pretensão “lógica” ou “histórica”<sup>568</sup>. Ao determinar algum limite na liberdade pessoal – o constrangimento é a outra cara da liberdade – favorece a autorrealização<sup>569</sup>. A segurança e a igualdade que promovem esses limites são, para Fuller, objetivos secundários<sup>570</sup>.

Sua concepção se opõe à de Bentham, por exemplo, explicando com simplicidade que a ausência de limites representaria uma deterioração do significado de liberdade. A vida sem limites seria “libertarianismo”<sup>571</sup>.

O conceito de Fuller sobre a liberdade não se coaduna com a idéia de uma liberdade individualista, mas como a boa escolha - a escolha certa -, em termos aristotélicos. Equivale, de certa forma, a uma prática bem entendida de que a obediência a uma lei que nos prescrevemos é liberdade<sup>572</sup>. Entende que a lógica do sistema não se apóia em sanções, mas no que é apropriado ao homem sensato (*reasonable man*)<sup>573</sup>, e, que, até mesmo uma regra que parece indiferente, como, por exemplo, não ultrapassar pela esquerda, é uma regra que não nos leva diretamente a obedecê-la pela razoabilidade, mas pode servir de orientação razoável para evitar trombadas, etc., e, portanto, pode ser seguida livremente, pois facilita o bem. Em tese, saberíamos responder a um extraterrestre sobre nossas regras de trânsito, se, efetivamente são razoáveis e promovem a ordem<sup>574</sup>.

Por esse motivo, não é favorável à definição de lei a partir de sanções, pois entende uma definição pela imperfeição. E se nunca há infração?<sup>575</sup> Essa observação é um indício da visão da lei como instrumento favorável à liberdade. A liberdade positiva é a realização efetiva da verdadeira natureza. É virtude ou racionalidade? Certo moralmente ou logicamente justificável?<sup>576</sup> Logicamente justificável porque moralmente certo. Quais são os valores que se devem preservar? O que dá sentido à liberdade? A verdadeira liberdade é fazer a coisa certa. E este é o fim do Direito: o homem é capaz de distinguir o bem do mal, pelo menos em termos de comunidade, e regulá-lo para que a ordem jurídica traduza as expectativas cabíveis<sup>577</sup>. A especial afinidade entre Direito e moralidade assegura a liberdade<sup>578</sup>.

---

<sup>568</sup> FINNIS, 2000, p. 301.

<sup>569</sup> FULLER, 2001, p. 73.

<sup>570</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>571</sup> WINSTON, 1994, p. 399.

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 403.

<sup>573</sup> FULLER, 1969a, p. 12.

<sup>574</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>575</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>576</sup> WINSTON, 1994, p. 400.

<sup>577</sup> SUMMERS, 1984, p. 33-41.

<sup>578</sup> WINSTON, 2001, p.10.

Nesse sentido, também acentua a liberdade, mais do que justiça, pois a justiça vem de escolhas, ou seja, da virtude, e esta, do bom uso da liberdade <sup>579</sup>.

Dentro do entendimento do ser humano como sujeito inserido na comunidade, não nos parece correta a afirmação de que a liberdade em Fuller é mera afirmação de direitos e garantia de independência, sendo os deveres e obrigações impostas pelo Direito, sua contrapartida <sup>580</sup>. A liberdade para Fuller, muito pelo contrário, é quase que uma contribuição social: é a presença de uma forma de ordem social que inserirá as escolhas individuais em um processo social mais amplo <sup>581</sup>.

Passamos a analisar a relação entre moralidade interna do Direito e liberdade, para depois relacioná-la com a ordem social.

## **E.2. Moralidade interna do Direito e liberdade**

A nosso ver, em termos de Filosofia Moral aplicada ao Direito, o que mais se destaca na teoria de Fuller é a concepção de liberdade dos agentes envolvidos nas relações jurídico-sociais. Penetrando em sua teoria, podemos entender melhor o quanto a moralidade interna não só protege, mas potencializa a liberdade. Repassemos brevemente cada pressuposto:

1. Generalidade: o fato de haver leis permite ao ser humano sujeitar-se ao governo de regras, autodeterminando-se a ele. Por outro lado, onde há lei há liberdade, no sentido de que podemos também projetar a conduta do outro e resolver mais livremente os conflitos dentro de determinados padrões, contando com a oportuna proteção jurídica. Essa liberdade é também assegurada através de regras, na medida em que se estabelecem limites para o que é juridicamente relevante, evidenciando melhor os limites da ação privada, e as zonas de conduta opcional que são resguardadas pela lei <sup>582</sup>. A liberdade no Direito, só pode existir a partir deste *desideratum*.
2. Publicidade: sem o conhecimento da regra é impossível submeter-se a ela. Onde há ignorância não pode haver liberdade. A raiz do exercício de liberdade é primeiramente

---

<sup>579</sup> WINSTON, 1994, p. 402.

<sup>580</sup> WINSTON, 1994, p.402..

<sup>581</sup> Ibidem, p. 407.

<sup>582</sup> SIMMONDS, 2007, p. 142.

o conhecimento intelectual <sup>583</sup>. Este *desideratum* é um direito básico e essencial, se se deseja governar homens livres.

3. Prospectividade: a liberdade consiste em poder se projetar a um futuro possível, através de uma escolha voluntária. Para tal, requer conhecer a extensão e conseqüências da conduta para a qual se dirige, fomentando também sua responsabilidade <sup>584</sup>. Este *desideratum* é uma garantia da liberdade.
4. Clareza: tendo em conta que o ato livre é racional, quanto mais clara é a regra, mais fácil torná-la objeto de uma ação propositiva <sup>585</sup>, conjugando melhor fins e meios, através da virtude da prudência. Este *desideratum* pode favorecer especialmente o bom uso da liberdade.
5. Consistência: se a ação livre supõe uma escolha, seu objeto deve ser determinado e possível. Em caso de contradição e perplexidade, a liberdade é praticamente anulada, por faltar-lhe *ratio agibilium* <sup>586</sup>. Este *desideratum* protege a liberdade de não se submeter à regra, caso lhe falte este requisito.
6. Perfectibilidade: o requisito de não ordenar o impossível garante a liberdade do agente de agir dentro de seus próprios limites naturais, e não ser exigido além de suas capacidades. Promovendo escolhas plausíveis, este *desideratum* pode gerar novas relações livres e novas possibilidades, a partir delas.
7. Durabilidade: a constância de regras no tempo gera confiança, promovendo um acréscimo de relações livres <sup>587</sup>, sólidas e estáveis. Este *desideratum* contribue especialmente para a liberdade social.
8. Congruência: este requisito é um dos mais importantes no que se refere ao acréscimo de liberdade do agente inversamente proporcional à restrição de quem administra a regra <sup>588</sup>. Porém, tendo em conta a visão positiva de Fuller com relação à liberdade, podemos entender a reciprocidade que gera esse requisito, como uma escolha livre por

---

<sup>583</sup> HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural*. EUNSA: Navarra, 1998, p. 32.

<sup>584</sup> SIMMONDS, 2007, p. 142.

<sup>585</sup> SUMMERS, 1984, p. 28.

<sup>586</sup> RHONHEIMER, 2007, p. 319.

<sup>587</sup> FULLER, 2001, p. 325.

<sup>588</sup> SIMMONDS, 2007, p. 142.

parte do operador, já que também a ele cabe atuar com discernimento dentro dos limites da regra. Este *desideratum* fomenta a responsabilidade de quem governa.

Como no caso da relação entre moralidade interna e externa, ou moralidade do dever e de aspiração, os oito *desiderata* são apenas uma plataforma para um exercício muito mais amplo da liberdade, promovida e assegurada juridicamente. Vejamos o que estes cânones podem embasar.

### **E.3. Liberdade e ordem social**

Em seu ceticismo com relação ao individualismo <sup>589</sup>, Fuller concebe a ordem social como uma interação entre os homens a partir de sua liberdade. É preciso procurar entender as expectativas envolvidas nessa interação e promover as devidas formas de ordenação social que possibilitem atingi-las.

Sua concepção de liberdade social tem raízes aristotélicas e opõe-se ao paternalismo estatal <sup>590</sup>. O governo pode ser uma fonte, mas não a única <sup>591</sup>. É advogado de um governo limitado, e não de um mínimo de governo, estabelecendo os limites para a consecução dos fins, dos genuínos fins compartilhados <sup>592</sup>. Muito controle empobrece <sup>593</sup>. Reclama do excesso de intervenção do governo na natural organização da sociedade, ainda que o Direito seja indispensável. Se entendermos o poder não como incidental, mas como um resultado desejado, este é o primeiro significado de liberdade social <sup>594</sup>.

É a liberdade, portanto, que origina os fundamentos interativos do Direito promulgado. Há os que questionam se haveria de fato, expectativas interativas entre legisladores e legislados, entendendo melhor o Direito como um instrumento de controle social. Muitas vezes, na concepção do autor, essa noção iria unida à noção da necessidade do Direito devida à deformação moral do homem. Para Fuller, a autoridade e o Direito não são entendidos como limites para o ser humano, mas, considerados como guia para a realização

---

<sup>589</sup> “Fuller acknowledged that the single most important influence on his thinking about freedom was Michael Polanyi, who rejects “the individualist formula of liberty” in favour of a “more positive conception” in WINSTON, 2001, pág. 17, em contraposição à posição de Frank Knight e Friedrich Hayek, de raiz hobessiana onde os impedimentos externos com relação à liberdade são causados diretamente por outros seres humanos. (Ibidem, p. 16).

<sup>590</sup> WINSTON, 1994, p. 399 et seq.

<sup>591</sup> Ibidem, p. 407.

<sup>592</sup> Ibidem, p. 413.

<sup>593</sup> Ibidem, p. 401 et seq.

<sup>594</sup> Ibidem, p. 406.

do bem comum e conseqüentemente do bem particular, e vice-e-versa, se respeitarem a moralidade básica em que está enraizado. A autoridade não é, portanto, algo contrário à liberdade, pois pode ser livremente aceita ou buscada. Por outro lado, não é somente uma prerrogativa do Direito. Oficiais, chefes, pais, etc., também gozam de autoridade. Por ser algo natural não poderia ser incompatível com o livre arbítrio <sup>595</sup>.

Porém, prestamos excessiva atenção ao imperativo em detrimento da compreensão de seu sentido. Este, se corretamente compreendido, acentua a liberdade em seu cumprimento. E, por sua vez, essa compreensão acentua a interação, que permanece sempre viva, ainda que muitos desejem relegá-la à periferia <sup>596</sup>.

O cidadão normal não anda com um código certificando-se de que o governo atua de acordo com suas regras, e vice-e-versa. Mas não se pode negar a atuação do intelecto e das intenções do agente na consecução dessas regras, ainda que não inferida diretamente. Dessa forma, o sistema jurídico não se resumirá simplesmente no exercício da autoridade para a manutenção da ordem social, mas poderá nortear o cidadão na busca de seu próprio bem <sup>597</sup>. O ordenamento jurídico facilita a direção, como a sinalização auxilia a estrada <sup>598</sup>.

O Direito é, portanto, uma estrutura de oportunidades, não de proibições. As formas e restrições que tornam possível nossas vidas são criadas por nós, e, por outro lado, ajudam-nos a nos tornarmos o que somos e definir o que deveríamos ser com relação aos demais <sup>599</sup>. Devemos entender o Direito de uma forma mais ampla, englobando os sistemas menores, que também estão submetidos à moralidade: do mesmo modo que o homem é limitado por seu físico, também o é pela moralidade das formas sociais, mas isso não quer dizer que seu físico não o ajude a chegar longe <sup>600</sup>.

Na nota do editor relativa ao ensaio denominado *Human Interaction and the Law*, Kenneth Winston comenta que em seu debate com Hart sobre as regras primárias e secundárias, Fuller deixa claro o quanto estas sufocam a liberdade de recorrer a outras alternativas de ordenação social, fomentando a procura do Judiciário para todo tipo de solução <sup>601</sup>. Pelo contrário, devem-se respeitar as formas espontaneas de ordem social, desde o mercado, o trabalho científico, etc., frutos de interesses individuais engajados naturalmente,

---

<sup>595</sup> FULLER, 1969b, p. 23.

<sup>596</sup> FULLER, 1969a, p. 21.

<sup>597</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>598</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>599</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>600</sup> FULLER, 1964, p. 193.

<sup>601</sup> WINSTON, 2001, p. 231-232.

através de motivos profissionais tais como: lucros, direito, descobertas, etc. Motivos que não são nem totalmente impessoais nem totalmente pessoais.

O Direito não pode sufocar a iniciativa em jaquetas apertadas, e, por outro lado, é evidente que não poderá prever todas as interações possíveis <sup>602</sup>. Deve olhar a proposta do ponto de vista dos que propõem. Se os legisladores substituem suas idéias, vão minar a iniciativa e a responsabilidade. Os sonhos liberais de falta de limites e estruturas também falham em encaminhar a realidade das decisões humanas. Os legisladores devem respeitar os objetivos emergentes dos cidadãos e serem responsivos a eles <sup>603</sup>. É um trabalho moral no qual a perseguição de padrão incentiva e compromete a inteira responsabilidade do indivíduo. Este já não é somente responsável por uma instituição, mas preocupa-se com toda a ordem social, salvaguardando-a <sup>604</sup>, tendo em conta que os atos humanos repercutem, de certa forma, no âmbito social <sup>605</sup>.

A proposta de Fuller não deseja transformar tudo em “extra-jurídico”, mas aumentar a concepção do que é juridicamente relevante <sup>606</sup>, evidenciando a diferença de grau nas relações e estabelecendo certa continuidade entre o privado e o público. Assim, podemos construir molduras de todo tipo para a colaboração humana <sup>607</sup>.

Através da liberdade social podem-se promover as ações propositivas dos membros da comunidade e favorecer que possam atuar segundo suas escolhas <sup>608</sup>. As potências e capacidades que possui uma pessoa não são abstratos e dependem de condições materiais - e de caráter – para tornar suas escolhas socialmente efetivas. A visão acertada não conceberá o limite como um constringimento à liberdade, mas como distribuição de liberdade <sup>609</sup>.

Para fomentar a liberdade na ordem social, é preciso aplicar também o conceito de moralidade jurídica ao plano institucional, pois a sede de poder pode levar à manipulação através das instituições <sup>610</sup>. Não são só regras: “desculpe, mas tenho que seguir as regras” é burocracia. Autoridade do Estado ou normas sociais – tudo garantido por regras! – parece mais fácil! <sup>611</sup>. Mas pode-se perder a riqueza da liberdade e da racionalidade, atendendo-se somente ao que é reconhecido pelas cortes como Direito, sob a rubrica de autoridade ou

---

<sup>602</sup> FULLER, 1969a, p. 26.

<sup>603</sup> WINSTON, 1994, p. 416.

<sup>604</sup> Ibidem, p. 407.

<sup>605</sup> FULLER, 1964, p. 25.

<sup>606</sup> FULLER, 1940, p. 130.

<sup>607</sup> WINSTON, 1994, p. 394.

<sup>608</sup> Ibidem, p. 400.

<sup>609</sup> Ibidem, p. 401.

<sup>610</sup> FULLER, 1964, p.192.

<sup>611</sup> FULLER, 2001, p. 171. (Tradução livre)

poder<sup>612</sup>. Como já comentado, por ter apalpado pessoalmente os problemas relativos à necessidade de água e irrigação em sua infância, escreve, a partir desses fatos, em seu ensaio *Irrigation and Tyranny* sobre poder e reciprocidade, afirmando que mesmo no poder despótico, deveria haver consciência de alguma correspondência <sup>613</sup>. O crescimento moral é uma forma de combater o despotismo <sup>614</sup>, pois ao atuar com liberdade se pode identificar melhor o que a limita.

Por outro lado, o correto entendimento das forças sociais promove sua naturalidade<sup>615</sup>. O legislador pode abraçar o coro moral a partir de um desejo de respeitar uma ordem natural. Assim não há perigo de manipulação <sup>616</sup>. O Direito pode universalizar certas regras, mas não deixa de dar margem a outras formas de organização social onde as características pessoais são mais levadas em conta <sup>617</sup>.

Os limites devem permitir liberdade de ação em busca das próprias metas <sup>618</sup>, fomentando a utilização dos recursos disponíveis com prudência <sup>619</sup>. Valorizava o compromisso entre os atores e as instituições, com base na liberdade e na responsabilidade, que muitas vezes pode surpreender, indo além do devido <sup>620</sup>.

Em seus vários escritos, apresenta diversas conseqüências práticas a partir de uma ordem social constituída na moralidade e na liberdade. Passamos a glosar alguns deles.

Parece que sua atração pelo Direito contratual derivava dos fundamentos interativos deste ramo, que considerava um primo próximo do Direito consuetudinário pelo elemento consensual, onde se legalizam as relações de reciprocidade e seus princípios <sup>621</sup>. As regras não derivariam do contrato, mas seriam “originadas” por este. Um contrato serve o Direito entre as partes <sup>622</sup>. A flexibilidade dessa área seria um demonstrativo da relação entre Direito, liberdade e ordem social. Os contratos apresentam elementos tácitos e decisões conscientes mescladas com Direito elaborado. É *script* somado à improvisação, que chega a unidade pela coerência na atuação das partes <sup>623</sup>. Acentuam a liberdade na medida em que permitem, pelo

---

<sup>612</sup> FULLER, 2001, p. 173.

<sup>613</sup> FULLER, 2001, p. 207.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>615</sup> WINSTON, 2006, p. 343.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>617</sup> FULLER, 2001, p. 162.

<sup>618</sup> FULLER, 1969a, p. 34.

<sup>619</sup> FULLER, 1964, p. 193-194.

<sup>620</sup> FULLER, 1969a, p. 32.

<sup>621</sup> FULLER, 2001, p. 196.

<sup>622</sup> SUMMERS, 1984, p. 124-128.

<sup>623</sup> FULLER, 1987, p. 76.

menos, um mínimo de brecha ajustável – *to fit!* – em cada caso <sup>624</sup>. Estabelece-se uma moldura para a circulação <sup>625</sup>. As partes que negociam um contrato acabam por se tornar pequenos legisladores, e o seu Direito - o contrato -, pequenas miniaturas de lei. Guardam especial conexão com o Direito natural: autonomia combinada com limites <sup>626</sup>. Acentua o respeito à liberdade em sua consecução: seria repugnante o fato de uma parte assinar um contrato imposto sem ler <sup>627</sup>; em primeira instância, poderíamos dizer que quando surgem controvérsias, seria possível resolvê-las como homens justos e razoáveis, sem referir-se ao contrato, ou seja, através de negociações; é dada às partes, ainda, a possibilidade de buscar conselhos para resolver pequenos conflitos ou entraves <sup>628</sup>; as expectativas tácitas do contrato não devem ser violadas, por exemplo, ouvindo as partes separadamente <sup>629</sup>; etc.

É favorável às formas de ordenação não governamentais, bem como à existência de *Boards of censors*, em modelos semelhantes ao *Ombudsman*, que podem ser eficazes na medida em que não visem supervisionar a moral privada, mas sim, detectar abusos e deficiências no governo <sup>630</sup>.

Dá grande importância ao costume: deve ser considerado não só sociologicamente, mas juridicamente, observando se o fato deve ser transformado em Direito, a partir do uso reiterado e a referida convicção de obrigatoriedade, ainda que possa haver costumes com significado normativo, mas não explicitados em regras escritas <sup>631</sup>. Porém, compromisso não quer dizer contrato escrito. O princípio legal inflado pode afetar o princípio do compromisso<sup>632</sup>.

Outra grande função da ordenação social livre é a eficiente distribuição de bens e serviços que podem proporcionar as formas jurídicas.

Toca também o tema da democracia, frisando seu elo com o certo e com a liberdade, e, ao mesmo tempo, alertando para o perigo das ideologias, que acabam por possuir as mentes, usando as idéias como armas para os próprios interesses <sup>633</sup>: a legislação é meio para os fins compartilhados <sup>634</sup>. A verdadeira democracia descansa em decisões por juizes imparciais e pelo voto de um eleitorado ou corpo representativo. Esquemas arquitetônicos das instituições

---

<sup>624</sup> FULLER, 1987, p. 77.

<sup>625</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>626</sup> FULLER, 2001, p. 188.

<sup>627</sup> FULLER, 1969a, p.18.

<sup>628</sup> FULLER, 2001, p. 188 et seq.

<sup>629</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>630</sup> FULLER, 1964, p. 191.

<sup>631</sup> SUMMERS, 1984, p. 21.

<sup>632</sup> FULLER, 2001, p. 89.

<sup>633</sup> FULLER, 1940, p. 123.

<sup>634</sup> WINSTON, 1994, p. 413.

legais não podem ser impostos por decisões jurisdicionais ou administrativas, pois podem propor *standards* exatos, mas sufocantes! Percebemos a ineficácia, por exemplo, de planos institucionais muito delineados com relação à economia. As instituições têm sua própria integridade e devem ser respeitadas se são eficazes. Podem se autogerir com liberdade lidando com suas controvérsias. Oferece como exemplos, entre outros, um colégio que reprovava e pais que achavam o procedimento injusto, propondo submeter a decisão à uma junta de professores para minimizar o estigma; o caso da greve em uma prisão em que o representante do governo comparece para diálogo, sem ceder com relação à lei, mas conversando sobre algumas expectativas; o bônus que adquire juridicidade; flexibilização e mudança de interesses, etc. <sup>635</sup> É necessário entender a aplicabilidade de critérios distintos, dentro de seu contexto social, e aceitá-los, se corretos.

O diálogo com a jurisdição também encerra a noção de moralidade e liberdade, o que transparece em algumas de suas afirmações: é permitido às partes explicarem-se e apresentar provas, de forma diversa da postura diante de um juiz de futebol <sup>636</sup>; pedir aumento de salário para o chefe não é uma ação de reconhecimento de direitos, mas para o árbitro sim; as cortes são como relógios parados e têm que ser chacoalhados para funcionar <sup>637</sup>; trata ainda dos problemas policêntricos, que envolvem diferentes ângulos de visão da estrutura, citando Michael Polanyi em sua obra *The logic of Liberty*, a respeito da senhora que deixou seu acervo para o *Metropolitan* e para a *National Gallery*, a ser dividido em partes iguais. Até a intuição servirá de elemento para iluminar essa fração <sup>638</sup>, etc.

Com relação à propriedade, entende que limites e poderes são os dois lados da mesma moeda. A liberdade para os proprietários pode significar limite para o não proprietário. Deveria usar para sua própria residência ou para os *homeless*? <sup>639</sup> Não se pode forçar, mas fomentar atitudes sociais <sup>640</sup>.

Porém, no que se refere ao Direito Penal é bem mais estrito: Direito quase paralelo pode ocorrer nos contratos, mas não no crime, onde há valores transcendentais em jogo, como a vida <sup>641</sup>.

Ainda que defenda a ordenação social livre, isso não quer dizer que admita qualquer forma de organização social: há formas parasitárias e formas pervertidas de ordem social.

---

<sup>635</sup> FULLER, 1987, p. 83.

<sup>636</sup> FULLER, 2001, p. 108.

<sup>637</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>638</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>639</sup> WINSTON, 1994, p. 402.

<sup>640</sup> FULLER, 2001, p. 221.

<sup>641</sup> FULLER, 1987, p. 109.

Como os fungos, as formas parasitárias podem ser boas ou ruins <sup>642</sup>. É preciso identificá-las para evitar envenenamentos, examinando tudo o que podemos fazer ou não <sup>643</sup>.

Visando uma melhor organização social, Lon Fuller projetou a teoria denominada *Eunomics* - a teoria da boa ordem e da organização social eficaz <sup>644</sup> - à qual dedicou quase 25 anos, a partir de um Capítulo do *The Problems of Jurisprudence* -, aprofundando em arranjos sociais viáveis <sup>645</sup>.

Em sua teoria, a idéia dos processos jurídicos está ligada à idéia de processos sociais, envolvendo as relações que originam os acordos. Entre as principais formas de organização, encontram-se para Fuller, a adjudicação, a mediação, os contratos, a negociação, a legislação, o costume, a administração, a propriedade e a eleição, com princípios de legalidade próprios para cada caso <sup>646</sup>.

Nela, os princípios da associação humana - reciprocidade ou ambições comuns - podem ser melhor assegurados pela lei, porém sem sufocar: sem legalismo rastejante (*creeping legalism*), e com flexibilidade (*lee-way*) para perseguir seus objetivos <sup>647</sup>.

A economia é também entendida como um nexos que auxilia a expandir a liberdade para formar diversas comunidades de propósitos <sup>648</sup>. Entende que é preciso fomentar a liberdade na alocação de recursos econômicos <sup>649</sup>.

Duncan Kennedy, do *Critical Legal Studies*, elogia, paradoxalmente, a proposta fullariana em termos de liberdade e ordem social <sup>650</sup>. Paralelamente, foi também considerado libertário, porém essa concepção é incompatível com uma liberdade sustentada pela moralidade <sup>651</sup>.

Há quem afirme ainda que a teoria propugnada por Fuller só poderia funcionar dentro de um sistema capitalista <sup>652</sup>. Se assim for, seu capitalismo parece *sui generis*, já que fomenta a preocupação social. Sua proposta visa suscitar a capacidade de fazer algo desejado pelo outro, como um *self-chosen interest*. O outro não é um limite, mas uma afirmação. Procura manter vivo nas mentes humanas a reciprocidade que deve delinear a vida em sociedade. Ao

---

<sup>642</sup> FULLER, 2001, p. 136.

<sup>643</sup> FULLER, 1949, p. 718.

<sup>644</sup> “estudo da boa norma” ou “ciência da boa ordem” e das ordenações realizáveis (WINSTON, 2001, p. 62).

<sup>645</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>646</sup> *Ibidem*, p. 106 e p. 188.

<sup>647</sup> WINSTON, 2001, p. 81.

<sup>648</sup> FULLER, 1964, p. 40.

<sup>649</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>650</sup> KENNEDY, 2000, p. 1 et seq.

<sup>651</sup> WINSTON, 2001, p. 16-17.

<sup>652</sup> Termo utilizado de forma pejorativa (cfr. SIMMONDS, 2007, p. 80-82).

promover as partes, fortalecendo as relações, promove o todo <sup>653</sup>. Até mesmo a palavra *rule* – que carrega consigo certa conotação negativa - parece ter um sentido mais positivo em Fuller, já que denominamos regra de ouro ao que não é Direito e envolve uma doação pessoal livre<sup>654</sup>.

Ao longo deste estudo vamos comprovando que a liberdade, entendida como qualidade moral, é base e topo na teoria de Fuller. Como afirmamos no início, o autor não desconhece as dificuldades que supõem as divergências no diálogo social. Porém, entendemos o quanto sua teoria contribui para promovê-lo adequada e eficazmente, através do Direito, a partir da liberdade.

Passamos a relacionar os elementos próprios de uma ordem social livre em Fuller.

---

<sup>653</sup> FULLER, 2001, p. 105.

<sup>654</sup> Ibidem, p. 164.

## F. MORALIDADE, LIBERDADE, DIREITO E COMUNICAÇÃO

### F. 1. Moralidade, liberdade, Direito e comunicação

Nosso trabalho objetivou demonstrar através de Fuller que a moralidade no Direito é condição de liberdade, e, conseqüentemente, que acentua a comunicação, pelo caráter relacional da natureza humana.

A moralidade deve ser um elemento intrínseco ao Direito, pois o empreendimento de governar por leis envolve o respeito pelas pessoas como agentes morais <sup>655</sup>. Sua atuação deve dar-se dentro das restrições impostas pela moralidade <sup>656</sup>. Não se deve fugir da moral como uma avestruz, escondendo-se atrás de meras formas: não nos podemos guiar pelo medo da desordem ou pela incerteza da moral, ou, talvez, pela imperfeição em seu cumprimento. É preciso procurar entendê-la e aplicá-la, dentro dos limites jurídicos, ou seja, não é o que o Direito visa como ideal moral, ou ordem, ou ideal de justiça, mas como veículo de liberdade: as instituições jurídicas devem ser veículos de liberdade, da perspectiva do cidadão normal <sup>657</sup>. A liberdade, sim, que pode ser o ideal, pois contribui para atingir as metas sociais; para a satisfação humana, e, através da responsabilidade colocada nas mãos de cada indivíduo, contribui para seu próprio aperfeiçoamento. Há quem entenda que dar margem à espontaneidade natural seria promover a desordem <sup>658</sup>. Com a ordem espontânea, a atividade humana é coordenada, mas não dirigida diretamente. Sujeitamo-nos então a leis que se adequam a todos, levando à harmonia e ao equilíbrio <sup>659</sup>.

A definição de liberdade deve ser entendida dentro de um contexto extenso que inclui a definição da natureza humana e as limitações à ela inerentes nos processos e instituições sociais. O Direito pode restringir de certa forma a liberdade, mas torna possível a realização das escolhas. As restrições são canalizadores da vida em sociedade. E nem as sentimos! Sentimo-nos à vontade em nossa couraça <sup>660</sup>. Às vezes, uma ação que parece negativa quer afirmar uma positiva. Além do mais, qualquer escolha restringe outras escolhas <sup>661</sup>. Toda regra pode ser entendida como uma escolha <sup>662</sup>. A autoridade complementa a liberdade <sup>663</sup>. O

<sup>655</sup> WINSTON, 2006, p. 346.

<sup>656</sup> FULLER, 1964, p.192.

<sup>657</sup> WINSTON, 2001, p. 315-316.

<sup>658</sup> FULLER, 2001, p. 318.

<sup>659</sup> WINSTON, 2006, p. 338.

<sup>660</sup> “*We fell easy in our harness*” (FROST, Robert. In: FULLER, L. *The Principles of Social Order*. Selected Essays revised and edited Kenneth Winston. Oxford: Hart, 2001b, p. 321).

<sup>661</sup> *Ibidem*, p. 322-323.

<sup>662</sup> KENNEDY, 2000, p. 1.

cidadão deve ter uma participação significativa nas molduras que regulam suas interações, dando-lhes continuidade <sup>664</sup>. Dessa forma, é possível não somente tornar as escolhas individuais efetivas, mas também torná-las socialmente responsáveis <sup>665</sup>.

Há um fundo aristotélico nessa compreensão: a justiça se dá entre livres e iguais <sup>666</sup>. No entendimento de Fuller, os agentes são livres através da voluntariedade atualizada, e iguais através da reciprocidade <sup>667</sup>.

Para Fuller, Direito e moral coexistem dentro de seus respectivos limites. Podemos buscar as formas jurídicas também para as relações de amor, de trabalho, etc. (matrimônio, universidade, etc.) para que, faltando o cumprimento, possamos acudir ao devido processo. Porém, não só para ter direitos, mas para agir direito <sup>668</sup>.

As concepções sobre o certo e o errado podem ser significativamente esculpidas pelo Direito. Os juízes criam, de fato, um corpo de moralidade comum <sup>669</sup>. Nos dizeres de André Franco Montoro, ao referir-se ao “Caso dos Exploradores de Cavernas”, aceitar as normas jurídicas estabelecidas como inexorável imposição dos detentores do poder é negar ao jurista outra tarefa que não seja a de executor mecânico das mesmas, o que significa desnaturar o Direito e, mais do que isso, traí-lo <sup>670</sup>. As cortes não são expectadores passivos, mas participantes ativos <sup>671</sup>.

Aos advogados cabe o dever de veicular a moralidade através do Direito <sup>672</sup>. Os arquitetos da ordem social tornam possíveis as relações, especialmente as coletivas, através de certos limites. Dessa forma, encerram um valor positivo que a idéia de uma liberdade negativa não possui <sup>673</sup>. Centra-se, portanto, na relação que promove, e não no limite, que, de fato, a torna possível <sup>674</sup>. A palavra código seria apropriada na medida em que deriva de uma combinação livre, que envolve não simplesmente uma negação - a proibição de certas ações -, mas abre horizontes em relação às boas ações que servem de orientação para novas ações

---

<sup>663</sup> YEPPE, ARANGUREN, 2001, p. 135.

<sup>664</sup> WINSTON, 1994, p. 418.

<sup>665</sup> Ibidem, p. 417.

<sup>666</sup> AQUINO, 2001, p. 319.

<sup>667</sup> WINSTON, 2001, p. 81.

<sup>668</sup> FULLER, 2001, p. 98.

<sup>669</sup> FULLER, 1940, p. 137.

<sup>670</sup> FULLER, 2003, p. 10. Prefácio.

<sup>671</sup> FULLER, 2001, p. 117.

<sup>672</sup> WINSTON, 1994, p. 396.

<sup>673</sup> Ibidem, p. 399.

<sup>674</sup> Podemos ainda equiparar a idéia ao que expõe Hayek citando Robert Frost: “boas cercas fazem bons vizinhos” no sentido de que as limitações positivas do Direito acentuam as boas relações. In HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade. Uma nova formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política*, Vol. I, p.125. Ed. Visão: São Paulo, 1985.

interativas. Não se exaure no formalismo e legalismo do Direito posto: é um empreendimento jurídico moral, por tornar possíveis as aspirações <sup>675</sup>.

Será que podemos compartilhar os sonhos de Marx e Tolstói imaginando um mundo sem as muletas de regras? Antes de outras ciências era o Direito a oferecer o norte. Até os filósofos buscam aí seus limites, e não somente sua mente! <sup>676</sup> Descer do *plateau* para o Direito, porém, é, talvez, sair de uma pseudoliberalidade para a responsabilidade, mas, paradoxalmente, há mais liberdade no senso de direção. No fundo, o Direito está imerso na própria corrente da vida. E até a linguagem encontra nele muitas de suas raízes, como, por exemplo, justo, coisa, etc. <sup>677</sup>. Para exemplificar esse senso jurídico, Lon Fuller conta uma experiência pessoal de adolescência, em que junto com outros colegas, constituíram uma sociedade literária, e expulsaram um membro, Wilber, sem o devido processo legal, o que lhe ficou gravado, pois não agiram de forma correta <sup>678</sup>.

Tanto o Direito quanto o bom Direito, portanto, são vistos como conquistas colaborativas em constante renovação, sem um falso engessamento. O bom Direito supõe a fidelidade a algo mais profundo do que regras formais <sup>679</sup>. Há um padrão para a ação legislativa <sup>680</sup>, que gera confiabilidade e segurança <sup>681</sup>. Sem o princípio da legalidade que oferece a moralidade, o estado de Direito seria um engano vazio (*empty sham*) <sup>682</sup>. Dessa forma, o Direito não somente evita atos prejudiciais, mas garante a realização dos cidadãos. Por outro lado, o império do Direito assentado sobre a moralidade e a liberdade desenvolve o desejo de reciprocidade entre governante e governado <sup>683</sup>, bem como o trato (*communicatio, dealing*) nas relações interpessoais.

O ideal apontado por Fuller assemelhe-se *mutatis mutandis* àquele exposto por Ives Gandra em seu livro *Uma Breve Introdução ao Direito*: “O grande desafio do Direito regulador da vida em sociedade é permitir a convivência do homem com um mínimo de atritos e o máximo de tolerância, na busca de uma ordem social justa.” <sup>684</sup> Diríamos que em Lon Fuller, o Direito não só facilita a comunicação, mas parte dela e a promove. A ordem social justa é uma consequência. Comenta que se não está presente a tolerância, a discussão é

---

<sup>675</sup> FULLER, 1964, p. 25.

<sup>676</sup> FULLER, 1987, p. 3.

<sup>677</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>678</sup> FULLER, 2001, p. 84.

<sup>679</sup> SIMMONDS, 2007, p. 189.

<sup>680</sup> WINSTON, 1996, p. 397.

<sup>681</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011a, p. 181-182.

<sup>682</sup> FULLER, 1969a, p. 35.

<sup>683</sup> FINNIS, 2000, p. 301.

<sup>684</sup> MARTINS, 2010, p. 26.

inútil<sup>685</sup>, pois em seu respeito pela liberdade, defende o bom pluralismo. Porém, não pára na tolerância, mas visa a somatória de luzes.

O Direito oferece, para tal, as linhas básicas: uma “moldura” que facilita a convivência. Como já exposto, podemos afirmar que normalmente nossas ações mais firmemente dirigidas aos demais não chegam ao nível de uma decisão de consciência, como não pensamos nas regras gramaticais ao falarmos, a não ser que sejam violadas. Tanto como a linguagem, o Direito oferece a pauta para a comunicação<sup>686</sup>. Por outro lado, dá razões para a comunicação<sup>687</sup>, e pode ser considerado uma ferramenta para abrir e cultivar a integridade de seus canais<sup>688</sup>.

Porém, o objetivo de manter a comunicação, através da moralidade e da liberdade do Direito, é efetivamente mais transcendente<sup>689</sup>. Promove um senso de responsabilidade (*trusteeship*) pelo bem do grupo<sup>690</sup> e uma base de confiança<sup>691</sup>. Facilita o combate ao individualismo e ao utilitarismo, que, segundo Fuller, não se preocupa com a felicidade de ninguém<sup>692</sup>, pois onde entra o *ego* como fim, a relação torna-se mais difícil. Conclui que é possível buscar o melhor para o outro, e até mesmo dar o melhor e receber o pior<sup>693</sup>. Nesse sentido, a lei, com efeito, fomenta a amizade dos homens entre si<sup>694</sup>, conforme afirma São Tomás de Aquino, e esta, por sua vez, “pode determinar o indeterminado da lei, plenificando seus vazios e dizendo o que foi silenciado.”<sup>695</sup>

Para tal, o regime deve também ser causa exemplar, não devendo, portanto, veicular seus próprios interesses; perseguir um objetivo que lhe parece bom, fanaticamente, ou manipular ideologicamente, pois, se buscam resultados determinados, não ajudam as pessoas a constituírem-se a si mesmas na comunidade<sup>696</sup>. Dessa forma, geram uma atitude moral, fomentando um reino de ordem autônoma, convicta de sua certeza essencial onde se entrelaçam a moralidade e a liberdade como base da comunicação<sup>697</sup>.

---

<sup>685</sup> FULLER, 2001, p. 220.

<sup>686</sup> FULLER, 1969a, p. 2-3.

<sup>687</sup> FULLER, 1964, p. 201- 202.

<sup>688</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>689</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>690</sup> FULLER, 1969a, p. 32.

<sup>691</sup> WINSTON, 2001, p.81.

<sup>692</sup> FULLER, 2001, p. 221.

<sup>693</sup> FULLER, 1987, p. 83.

<sup>694</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito. Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010b. p. 116.

<sup>695</sup> Ibidem.

<sup>696</sup> FULLER, 2001, p. 190.

<sup>697</sup> FULLER, 1940, p. 134.

Por sua vez, a comunicação saudável parte da confiança e gera segurança. Vejamos os efeitos práticos da teoria de Fuller em termos de segurança jurídica.

## F.2. Moralidade, liberdade e o *rule of Law*

Como afirma, Fuller o Direito pode ajudar a modelar a conduta e não, pelo contrário, assustar até à impotência <sup>698</sup>.

A segurança jurídica que o compromisso com os oito *desiderata* gera, pode criar o clima adequado para o desenvolvimento individual e social, a partir do Direito, consolidando o Estado de Direito.

De fato, a proposta de Lon Fuller praticamente identifica o *rule of law* com o sistema jurídico que respeita os cânones que propõe <sup>699</sup> - e não com uma correta burocracia <sup>700</sup> -, garantindo a liberdade, segurança <sup>701</sup> e o devido processo jurídico <sup>702</sup>.

O Prof. Humberto Ávila assim descreve esse elo em sua recente obra sobre o tema, onde tomamos a liberdade de grifar a relação com a teoria de Fuller:

Com efeito, esses ideais parciais que compõem o ideal maior da segurança jurídica constituem os pressupostos para a realização do ser humano: sem um ordenamento jurídico minimamente inteligível, estável e previsível, o homem não tem como se autodeterminar, plasmando o seu presente e planejando o seu futuro com liberdade e autonomia. Sem essas condições, portanto, o homem não tem como se definir como um sujeito autônomo e digno. A segurança jurídica constitui, assim, o pressuposto jurídico para a realização da dignidade humana. Em razão disso, pode-se afirmar que a dignidade humana é um fundamento indireto da segurança jurídica. Sem esta última, a dignidade humana, como participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, fica severamente restringida <sup>703</sup>.

Aprofundando em vários aspectos da teoria de Fuller, relacionados ao Estado de Direito e a segurança jurídica, encontramos na obra supracitada cada *desideratum*, dos quais oferecemos apenas uma amostra, já que no escrito, encontram-se amplamente articulados:

- a) refere-se à degradação que pode ocasionar a retroatividade e o “brutal absurdo de mandar alguém fazer alguma coisa ontem” <sup>704</sup>.

<sup>698</sup> “*shape the conduct/frighten into impotence*. (FULLER, 1969b, p. 40)

<sup>699</sup> SUMMERS, 1984, p. 28-30

<sup>700</sup> FULLER, 1969b, p. 214.

<sup>701</sup> SIMMONDS, 2007, p. 101.

<sup>702</sup> No julgamento citado na introdução, por exemplo, afirma o Ministro Peluso que se não se dá à pessoa o direito de ser ouvida ela é transformada em objeto.

(<http://www.stj.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200493&caixabusca> – acesso em 2-III-12)

<sup>703</sup> ÁVILA, 2011a, p. 225.

<sup>704</sup> Citando Fuller a partir da obra “*The morality of Law*”, in AVILA, 2011a, p.476.

(...) se o princípio da dignidade humana exige que se estabeleçam condições para que o homem, de maneira responsável, livre e racional, possa desenvolver sua personalidade, a eficácia retroativa simplesmente é contrária àquele, pois o impede de decidir e de reagir.

Além disso, um homem racional adota condutas, examinando as conseqüências ligadas a várias alternativas comportamentais. Algumas dessas conseqüências são atribuídas pelo ordenamento jurídico. A ação individual, portanto, pode mudar em razão das conseqüências atribuídas aos comportamentos <sup>705</sup>.

E conclui mais adiante:

Daí se dizer que respeitar a autonomia do indivíduo envolve respeitar a sua aptidão para planejar, e essa, por sua vez, requer o respeito pela aptidão do indivíduo de se apoiar no Direito para a sua ação. Esse respeito impede, assim, que o Direito seja algo diverso do que ele efetivamente era no momento em que a ação foi praticada <sup>706</sup>.

- b) pontualiza sobre a congruência, que gera reciprocidade e que permite antecipar o agir alheio <sup>707</sup>;
- c) o conhecimento das regras vigentes através da publicidade e as expectativas que cria, geram, por sua vez, segurança como resultado da idéia de Direito <sup>708</sup>. Assim, também se orientam as escolhas dentro do quadro normativo que se conhece <sup>709</sup>;
- d) a clareza normativa assegura a cognoscibilidade do conteúdo <sup>710</sup>, de modo que as regras possam atuar sobre a vontade <sup>711</sup>;
- e) consistência e coerência garantem a harmonia entre as normas e a calculabilidade de suas conseqüências <sup>712</sup>;
- f) combate o estímulo a atos contrários ao Estado de Direito que atingem o requisito da perfectibilidade <sup>713</sup>;
- g) a estabilidade do ordenamento como um todo <sup>714</sup> produz confiabilidade;
- h) a generalidade gera igualdade e previsibilidade <sup>715</sup>.

O *rule of Law* que resulta da conjugação dos requisitos da moralidade interna do Direito redonda diretamente no bem do agente livre. Transcrevemos mais uma citação do referido professor:

<sup>705</sup> Ávila, 2001a, p. 226.

<sup>706</sup> Ibidem, p. 227.

<sup>707</sup> Citando Fuller a partir da obra *Anatomy of the Law*, in Ibidem, p. 106.

<sup>708</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>709</sup> Ibidem, p. 231 e 476.

<sup>710</sup> Ibidem, p. 320.

<sup>711</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>712</sup> Ibidem, p. 321.

<sup>713</sup> “estimular o descumprimento de contratos, encorajar práticas econômicas inaceitáveis...etc.”, citando Brian Z. Tamanaha a partir da obra *Law as a means to end – Threat to the Rule of Law* (Ibidem, p. 537):

<sup>714</sup> Ibidem, p. 342.

<sup>715</sup> Ibidem, p. 235.

O princípio de segurança jurídica é, por assim dizer, a face jurídica da dignidade humana, que, ao exigir a visibilidade da respeitosa transição do passado ao presente, e do presente ao futuro, impede que o Direito se volte contra quem nele confiou e que com a sua contribuição agiu. Ele estabelece, assim, as condições temporais e aplicativas de funcionamento do Direito, sem as quais este último não respeita o contribuinte como ser humano e como cidadão e, por isso, deixa de ser instrumento de civilidade no trato e de decência na atuação<sup>716</sup>.

E no que se refere ao conteúdo material do *rule of Law* podemos concluir a partir do que expõe Robert Summers:

Fuller via uma importante relação entre perseguir dedicadamente propósitos procedimentais em um determinado sistema e a qualidade dos objetivos substantivos perseguidos nesse sistema. Mais especificamente, a seu ver um saudável Estado de Direito gera um são, ou pelo menos inofensivo direito substantivo. Como ele mesmo expõe: “ Se fizermos as coisas do modo certo, é provável que façamos a coisa certa.” (*If we do things the right way, we are likely to do the right thing*)<sup>717</sup>.

Concorda também com Summers o Prof. Humberto Ávila para quem a segurança jurídica não é meramente formal, mas material ou substancial:

Como o ideal de cognoscibilidade depende de perspectivas subjetivas e de critérios fornecidos pelos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade. A realização da segurança jurídica não é independente do conteúdo das normas: só são satisfeitas as exigências de segurança jurídica quando as normas possuem qualidades indispensáveis à realização de determinados conteúdos<sup>718</sup>.

Em Fuller esse conteúdo se identifica especialmente com a liberdade e a comunicação.

Destacamos, por fim, que a autoridade no *rule of Law* concebido por Fuller é também moral - não simplesmente formal -, fundamentando-se principalmente na prática acertada dos oito *desiderata*. Por outro lado, a justiça reinante no Estado de Direito também não é fruto de um exercício técnico, mas uma conseqüência indireta da moralidade interna do Direito<sup>719</sup>.

Como já comentado, a riqueza dessa teoria enfrentou certa contradição positivista; um voluntário rechaço relativista ou utilitarista<sup>720</sup>, e a compreensão mais pragmática, a partir de uma concepção negativa de liberdade ou de um entendimento pontual e limitado de suas afirmações. Passamos a abordar algumas dessas oposições.

<sup>716</sup> ÁVILA, 2001a, p. 669.

<sup>717</sup> SUMMERS, 1984, p. 30. (Tradução Livre)

<sup>718</sup> ÁVILA, 2011a, p. 298.

<sup>719</sup> SIMMONDS, 2007, p. 197.

<sup>720</sup> FULLER, 1969b, p. 187 et seq.

### F.3. Oposições

Gostaríamos de trazer o próprio Lon Fuller para responder às oposições de maior entidade que lhe foram apresentadas, já que dedica o capítulo final das mais recentes edições do *The Morality of Law* a responder a essas críticas, nos aspectos em que foram formuladas<sup>721</sup>.

Inicia essa contestação falando de sua paixão pelo propósito que gera a ação humana. Percebe-se que a racionalidade em Fuller não é racionalização relativista<sup>722</sup>. Condena a tendência analítica a ignorar ou ajustar o que não ocorre: analisar as ações no Direito como se não servissem a nenhum propósito<sup>723</sup>. Critica especialmente a Austin por não discernir nenhum elemento de cooperação e interação entre legisladores e cidadãos e a Kelsen, por desprezar o real papel moral que desempenham, e sua dimensão social<sup>724</sup>. Na teoria de Fuller, o que mantém vivo o Direito é o esforço propositivo das partes envolvidas e a maneira que procuram interpretar os propósitos mútuos<sup>725</sup>.

A filosofia analítica também pode falhar em termos da compreensão de contextos por excessiva estratificação da linguagem, sem entender efetivamente os conceitos que veiculam. Nesse sentido, também Fuller sofreu má interpretação<sup>726</sup>, e, por isso, destaca especialmente a necessidade de entender o significado e as ações, mas do que as palavras formalmente consideradas<sup>727</sup>, exortando o entendimento antropológico<sup>728</sup>, e concluindo que: “no momento em que os filósofos do Direito pararem de se preocupar com construções de modelos conceituais para representar o fenômeno jurídico, desistirão de seus intermináveis debates sobre definições, e passarão a analisar os processos sociais que constituem a realidade do Direito”<sup>729</sup>.

Destacamos brevemente o *Hart-Fuller Debate*<sup>730</sup>, onde Fuller procura demonstrar que a força do poder vinculante do Direito é a moralidade e não o significado das palavras.

A partir do questionamento do Direito Nazista ser ou não qualificado de Direito, contra as afirmações baseadas na regra de reconhecimento, que sustentavam que se tratava de

<sup>721</sup> Nesse sentido, difere das críticas já apresentadas no início desse trabalho, por se tratar de uma réplica: FULLER, Lon. *A reply to critics*. In *The Morality of Law*, New Haven: Yale University, 1969b. p.187-239.

<sup>722</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>723</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>724</sup> *Ibidem*, p. 191-193.

<sup>725</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>726</sup> *Ibidem*, p.196.

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>728</sup> Fala de uma *applied anthropology*: “how much of our written law is in reality unwritten.” (*Ibidem*, p. 232).

<sup>729</sup> *Ibidem*, p. 242. (Tradução livre)

<sup>730</sup> *Harvard Law Review* 58. (*Appointments*)

um comando imperativo, com validade independente, onde o papel do legislador é periférico e inserido em uma estrutura mais complexa, Fuller reafirma sua postura jusnaturalista de que o Direito não é um conceito moralmente neutro, a partir dos oito *desiderata*, onde se encontra a reciprocidade; a avaliação do conteúdo, pelo menos em termos de liberdade do agente e sentido de comunidade; há um papel de destaque para o legislador e para o juiz, etc. Entre outros *desiderata* já mencionados neste trabalho, Fuller demonstra, ao combater a regra de reconhecimento, a inconsistência do regime em termos constitucionais, onde progressivamente a lei e vontade do Führer vão se identificando. Novamente, a partir da moralidade interna, procura evidenciar como se poderia ter corrigido um conteúdo nocivo.

Quanto aos autores atuais de maior destaque, parece-nos que sua teoria seria incompatível com as concepções dworkinianas, pelo relativismo de cunho político, onde o que se chama Direito pode não o ser por falta de um real respeito pelos princípios de legalidade<sup>731</sup>; com as habermasianas, pela utopia do consenso e sua generalização<sup>732</sup>; com as materialistas, por se chocarem com o conceito de liberdade e verdadeira relacionalidade<sup>733</sup>; com o utilitarismo, por abafar a racionalidade jurídica e transformar meios em fins<sup>734</sup>, e, ainda com relação ao neoconstitucionalismo, pois embora favorável à correta discricionariedade do juiz, não parece caber em Fuller a instrumentalização de princípios<sup>735</sup>, já que em sua teoria, estes são sólidos, claros e concretos. Nesse sentido, citamos novamente o Prof. Humberto Ávila, que entende que segundo a concepção de Fuller, à qual adere, há elementos no Direito que são necessários e vinculados à razão. Portanto, não podem ser ponderados e afastados, em razão de princípios colidentes<sup>736</sup>.

No que se refere a seu conceito de liberdade, como já afirmado, opõe-se a vários conceitos negativos, como o de Tocqueville que entende que segundo “a noção moderna e democrática de liberdade, cada homem que tenha recebido da natureza as luzes necessárias para conduzir-se, adquire ao nascer um direito real e imprescritível de viver independente de seus semelhantes [...]”<sup>737</sup>. Enquanto luz natural há semelhança na proposta, mas não

<sup>731</sup> Argumentação que consta também na citada *Reply to Critics* (FULLER, 1969b, p. 198-200).

<sup>732</sup> SOMENSI DE OLIVEIRA, Elton; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010, p. 61 et seq.

<sup>733</sup> TRIGO, 2010, p. 63-65.

<sup>734</sup> FULLER, 1969b, p. 197.

<sup>735</sup> BARRETO, 2009, p. 144 et seq.

<sup>736</sup> A articulação de sua concepção pode ser encontrada em: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011b, p. 126.

<sup>737</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *El Estado Social y la Política de Francia antes y después de 1789*. Madri: Alianza, 1994. p.138.

quanto à independência. Em realidade, a teoria de Tocqueville refere-se a “liberdades”, o que em Fuller está englobado na interação liberdade-responsabilidade.

Seu conceito de liberdade também é radicalmente oposto ao de John Stuart Mill, para o qual cada indivíduo é lei para si mesmo, ou ao de Hume onde a moralidade é algo inteiramente relativo ao sentimento de cada um <sup>738</sup>, afastando-se ambos, da idéia de uma verdadeira moralidade comum <sup>739</sup>.

Com relação ao já citado Isaiah Berlin, que concebe o ser livre como o não ser obstruído e ser capaz de fazer o que se deseja fazer, e, ser absolutamente livre, encontrar um estado onde ninguém poderia opor-se aos desejos de alguém, contrapõe-se no sentido de que a idéia de liberdade veiculada pelo referido autor traz consigo um conceito negativo: exige-la é exigir que dentro de certa esfera não se proíba o que se quer fazer. Em Fuller, pelo contrário os limites não são negações e podem ser aceitos voluntariamente. Porém, em algo concordam: para Berlin, a liberdade não é um fim em si mesmo, mas meio para outras metas, afirmando que obtê-la simplesmente seria “alcançar um espaço que, sem os fins que vale a pena perseguir em si mesmos, permaneceria vazio” <sup>740</sup>.

Podemos afirmar, por fim, que a teoria sobre a liberdade em Fuller não se coaduna nem com um Direito que não cria, nem acolhe, nem garante fins éticos, como o de um Estado maquiavélico ou, o próprio de um positivismo puro ou do libertarianismo; nem com um Direito que visa fins morais absolutos, desde a Roma de Nero, passando pela Idade Média, até à China de Mao, ou mesmo, a ditadura do relativismo.

Para Fuller, o Direito não cria os fins morais dos cidadãos, mas dá-lhes vida e garantias, objetivando como fim a liberdade pessoal de cada membro da comunidade, para os quais, por sua vez, a liberdade será meio para obter os seus mais variados fins, tendo em conta a riqueza que encerra a racionalidade e relacionalidade do ser humano. Concluimos com Rafael Gomez Pérez, a partir de Fuller, que:

Se o Estado, através do Direito, garante a liberdade pessoal de todos cumpre seu fim ético supremo e, por isso, o mais rico e denso em determinações. O progresso político deveria ser visto não de forma negativa, onde o exercício da liberdade de um impede o exercício da liberdade de outro, mas de forma positiva, onde o exercício da liberdade de um potencializa o exercício da liberdade de outros. Tarefa histórica, difícil, laboriosa, mas possível <sup>741</sup>.

<sup>738</sup> DEBUCHY, Felix. *Ganar tu libertad*. Rosario: Ediciones Logo, 2010, p. 312.

<sup>739</sup> Michael Polanyi, “*Freedom of the individual to do as he pleases, so long as he respects the other fellow’s rights to do likewise, plays only a minor part in this theory of freedom*” (WINSTON, 2001, p. 18).

<sup>740</sup> DEBUCHY, 2010, p. 315.

<sup>741</sup> GOMÉZ PÉREZ, Rafael. *Represión y libertad*. Pamplona: EUNSA, 1975, p. 182.

Dessa forma, o Direito poderá ser visto realmente como “uma facilidade que permite aos homens viver uma vida satisfatória em comum.”<sup>742</sup> Porém, como afirma Fuller essa “*facilidade*” só se efetiva se aqueles que a devem instalar tomam essa tarefa – empreendimento! (*enterprise*) - com responsabilidade, o que quer dizer, em primeiro lugar, desempenhá-la da forma certa<sup>743</sup>.

---

<sup>742</sup> Fuller cita seu colega Henry M. Hart: “(He) offers us a refreshing reorientation in our usual ways of thinking and talking about law when he reminds us that law may be regarded as a facility enabling men to live a satisfactory life in common.” (FULLER, 1969b, p. 223).

<sup>743</sup> FULLER, 1969b, p. 223.

## CONCLUSÃO

A finalidade deste trabalho consistiu em evidenciar que a moralidade do Direito é condição de liberdade, tanto para o agente em particular quanto para a comunidade, servindo-se da teoria de Lon Fuller como meio para aprofundar nessa realidade.

Como afirma Kenneth Winston, Fuller traz uma iluminação prática à dimensão moral do Direito. Aprofundou na relação entre Direito e moral, não de uma maneira inteiramente metafísica, mas factual – antropológica – conectando os inescapáveis deveres morais de seus agentes<sup>744</sup>. Se realmente houvesse uma separação entre Direito e moral, esta relação não seria continuamente revisada<sup>745</sup>. O Direito faticamente apresenta fundamentos morais, estruturas morais e fins morais, ainda que não assumidos como objetivo direto, ou ideal. Estudando esses componentes, Fuller amadurece o entendimento dessa relação ao trazer à tona o valor liberdade, que será acentuado e fortalecido pela moralidade do Direito<sup>746</sup>, ainda que seu *insight* não chegasse a ser integralmente formalizado<sup>747</sup>.

Aceita princípios incondicionais, mas não de forma acrítica e subjetiva, mas como fruto de uma reflexão imparcial sobre as intuições morais elementares. Em Fuller, constatamos que aceitar normas básicas de conduta moral quer dizer, entre outras coisas, que o acordo que resulta do debate não é o último fundamento da ética, pois um fundamento passível de discussão deixa de ser fundamento<sup>748</sup>.

A moralidade em Fuller é uma orientação fundamental ao bem; o homem, um ser moral; a inteligência prática, razão moral, que pode ser completada. A partir da moralidade, demonstra confiança na liberdade humana. Seu conceito é filosófico, mas não confessional<sup>749</sup>. É simplesmente real e aberto, a partir da convergência de valores comuns. Nesse sentido, como afirma Robert Summers:

Fuller é qualificado como um jusnaturalista. Ainda que rejeitasse a visão religiosa da razão objetiva, abraçou outras versões da tese da objetividade, normalmente de forma enfática. Acreditava que o raciocínio em algumas questões podia estar objetivamente fundamentado na natureza humana (.....) Fuller não desenvolveu em

<sup>744</sup> Em Fuller podemos encontrar certa noção de natureza pré-cristã e de razão-retidão, nos moldes de Cícero, bem como da percepção dos valores morais da filosofia prática de São Tomás de Aquino. (cfr. *Prudentia Iuris*, n. 72. *Número Especial de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana*, p. 109-114 e p. 121).

<sup>745</sup> WINSTON, 2001, p. 3.

<sup>746</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>747</sup> FULLER, 2001, p. 58.

<sup>748</sup> AYLLÓN, José Ramón. *Mitologias modernas*. São Paulo: Quadrante, 2011, p. 46-47.

<sup>749</sup> De qualquer forma, em sua retidão e abertura é capaz de descobrir toda a riqueza jurídica oferecida por São Tomás de Aquino, onde encontra seus oito *desiderata*. (FULLER, 1969b, p. 242).

nenhum sentido o que queria dizer com o termo natureza humana (*man's nature*), e seus escritos sobre esse ponto não são muito extensos. Porém, ofereceu ilustrações específicas em defesa de seu entendimento da correta ordenação das relações humanas, e que essa ordem poderia ser descoberta pela razão objetiva, tendendo fortemente para um lado. E mais do que encontrar a decisão, é tomá-la no sentido correto, o qual para Fuller seria o do bem comum <sup>750</sup>.

Sua moralidade da reciprocidade é ontológica: o Estado de Direito supõe regras com fundamento *in re* <sup>751</sup>. Senão, manipulam-se os agentes, que passam a bonecos irracionais. Em sua teoria temos uma experiência da substância ainda que não estruturada. A lei delinea-se através da razão e dos fatos sociais previsíveis. Fuller nos leva à reflexão suscitada por Juan B. Etcheverry:

Banhados no niilismo pósmoderno, somos chamados a uma avaliação crítica da tese sobre a objetividade dos critérios morais aos que faz referência o Direito. O problema do relativismo afeta ainda, na medida em que aí a justificação moral nem teria sentido. A base moral sólida evita a arbitrariedade ou o autoritarismo, podendo assim obrigar e justificar suas decisões. E a linguagem poderia cumprir melhor o seu serviço, pois os conceitos são objetivos <sup>752</sup>.

A teoria de Fuller, ainda que natural, abrange desafios para sua consecução. Por onde começar? Fuller oferece um meio, enfatizado também no final da obra de Kenneth Winston <sup>753</sup> e na de Robert Summers <sup>754</sup>: a boa formação jurídica <sup>755</sup>.

Fuller exemplica: se queremos construir um asilo, é preciso primeiro formar carpinteiri-

<sup>750</sup> SUMMMERS, 1984, p. 68.

<sup>751</sup> Como ele mesmo afirma no final da obra "*The Morality of Law*" (FULLER, 1969b, p. 242), São Tomás de Aquino também reconheceu e lidou com os oito *desiderata*, citando Lewys: "*Fuller's eight elements were set forth explicitly or implicitly in T. Aquinas, SUMMA THEOLOGICA (circa 1250). Aquinas emphasize: the rule element, "law is a rule and measure of acts, a rule of reasons", Aquinas, Summa Theologica, in THE GREAT LEGAL PHILOSOPHERS, 56, 57 (C. Morris ed. 1959); promulgation, "in order that a law obtain the binding force which is proper to a law, it must needs be applied to the men who have to be ruled by it. Such application is made by its being notified to them by promulgation. Wherefore promulgation is necessary for the law to obtain its force," id. at 60; and, by implication, the need for comprehensible and consistent rules, see id. On too frequent changes in the law he noted: Human law is rightly changed, in so far as such change of law is of itself conducive to the common weal. But, to a certain extent, the mere change of law is of itself prejudicial to the common good: because customs avails much for the observance of laws....Consequently, when a law is diminished, insofar as custom is abolished. Wherefore human law should never be changed, unless, in some way or other, the common weal be compensated according to the extent of the harm done in this respect. Id, at 77. On the possibility of performance Aquinas states: "Wherefore laws imposed on men should also be in keeping with their condition, for...law should be possible both according to nature, and according to the customs of the country". Id. At. 74. Finally, we can infer that Aquinas believed that the law in action should comport with law in books, since he stressed that "it is better that all things be regulated by law, than left to be decided by judges". Id., at. 71. ("The High Court", 19 *Western Reserve Law Review*, 528-643)In Fuller, 1969b, p. 242..*

<sup>752</sup> ETCHEVERRY, Juan B. *Objetividad y determinación del derecho: un diálogo con los herderos de Hart*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 243.

<sup>753</sup> FULLER, 2001, p. 293 et seq. e p. 305 et seq.

<sup>754</sup> SUMMMERS, 1984, p. 137 et seq.

<sup>755</sup> WINSTON, 2001, p. 269.

ros<sup>756</sup>. Comenta que muitas vezes ensinamos técnicas para os estudantes e não o estudo da história dos princípios. Em vez de perguntar qual a regra, deveríamos perguntar qual a natureza do problema; qual o procedimento a ser escolhido e as normas sociais envolvidas, buscando a conciliação; a relação e o mútuo respeito; a confiança e entendimento que permitem enfrentar as contingências, sem recorrer antecipadamente às prescrições formais estabelecidas<sup>757</sup>.

Nesse sentido, Fuller exalta o papel da Filosofia nessa formação de maneira pragmática: dar uma direção significativa e efetiva para o trabalho de juizes, legisladores, advogados e professores de Direito<sup>758</sup>. Se não oferece resposta para suas questões, então a filosofia é um malogro. Nesse sentido, nossa filosofia tem sido deixada de lado, em primeiro lugar, pela concepção de Direito, como técnica do poder estatal; ou, por encará-lo como algo puramente científico, perdendo muito de sua vida a partir dos fatos, devido à carência de uma visão mais aberta. A última razão deriva de uma falsa ruptura (*severance*) entre o problema dos fins e dos meios. O advogado passa a ser um *expert* em prever e influenciar as formas pelas quais o poder estatal será exercido<sup>759</sup>. É preciso contar com a contribuição da filosofia, para resolução de problemas, orientando estudantes para saber ordenar e planificar legalmente as variadas relações. Não se deseja com isso promover discussões cósmicas, mas a reflexão. É necessário um despertar filosófico para retornar às eternas questões dos princípios e harmonizá-las com o Direito. Não é questão de ser filósofo, mas de ter uma filosofia, e não estar à mercê de valores subjetivos pré-fabricados. Servir o cliente e o interesse público é o que satisfaz<sup>760</sup>. Assim a filosofia reinará, em regime democrático!<sup>761</sup> Os que não ostentam o nome de filósofos dizem entender a realidade como um todo, mas, filosoficamente, também temos que nos concentrar em cada parcela da realidade. O papel da filosofia do Direito não é somente instrumental, mas estrutural e deveria estar animado pelo desejo de buscar aqueles princípios pelos quais as relações em sociedade podem ser reta e justamente ordenadas. Não se pode traçar somente padrões de comportamento jurídico, desprezando o resto como não

---

<sup>756</sup> FULLER, 1964, p. 170.

<sup>757</sup> FULLER, 2001, p. 161.

<sup>758</sup> Parece que confirma o que afirma Ives Gandra Martins: “*Filosofia e Direito, a meu ver, são dois irmãos siameses, que não se podem separar, pois a Filosofia, ao buscar a dimensão maior do homem, influencia necessariamente a conformação do Direito, nada obstante a linguagem e o campo próprio de suas indagações, técnicas de abordagem e âmbito de atuação.*” (MARTINS, 2010, p. 219).

<sup>759</sup> FULLER, 1969b, p. 228.

<sup>760</sup> FULLER, 2001, p. 313.

<sup>761</sup> *Ibidem*.

científico, metafísico ou preferência pessoal. “Porém há mentes que não se renderam a esta “ortodoxia metodológica”! <sup>762</sup>

Oferece como exemplo o desinteresse dos estudantes da União Soviética, à sua época, por seu caldo de cultivo paradoxalmente individualista, além de racionalista, legalista, ou, melhor dizendo, niilista. Infelizmente não é só russa a atitude, como comenta <sup>763</sup>.

O recurso a livros traz também a sabedoria prática que evidencia o elo, entendendo os sistemas como um todo, não somente como um conjunto de regras que cabem em uma mão. Por isso, é preciso estudar duramente. “Injustiças são feitas não com os punhos, mas com os cotovelos”<sup>764</sup>. Articulação e princípios necessitam estudo! <sup>765</sup>

Dessa forma, os jovens advogados entrariam no mercado de trabalho, preparados para cumprir o seu papel: o fim do judiciário é ser um meio para a justiça, sendo o advogado o arquiteto dessa estrutura <sup>766</sup>. E nesse sentido teria suficiente formação para contribuir para tal: não é o que podemos fazer legalmente, mas o que deveríamos fazer considerando todas as coisas <sup>767</sup> - ou como afirma Kenneth Winston, todos os fatores<sup>768</sup> -, e preservando a força moral das decisões <sup>769</sup>.

O advogado seria, portanto, como comenta Fuller, a partir da resposta da filha pequena de um amigo seu, “*um homem que ajuda as pessoas*”. E podemos completar: a serem livres e assim, nos dizeres de Fuller, alargar o serviço à comunidade a cada oportunidade <sup>770</sup>.

Como professor, Lon Fuller foi - como desejava que fosse o Direito -, uma vela de ignição (*spark plug*) e não um isolador. Podemos aplicar ao seu empreendimento acadêmico as palavras de Luis Fernando Barzotto: “A atividade questionadora no interior da Universidade deve obedecer à dinâmica descrita por Guimarães Rosa nos seguintes termos: “Vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais é só a fazer maiores perguntas”. A atividade de pesquisa deve levar toda a comunidade universitária a fazer as maiores perguntas, as perguntas radicais, constitutivas da natureza humana.” <sup>771</sup>

Concluimos com Robert Summers que a teoria jurídica contemporânea vai-se associando à filosofia do Direito, e ainda que, pelo menos na Inglaterra o positivismo reina

<sup>762</sup> FULLER, 1964, p. 290-291. (Tradução livre)

<sup>763</sup> FULLER, 1987, p. 5.

<sup>764</sup> FULLER, 2001, p. 303.

<sup>765</sup> FULLER, 1987, p. 98 e p. 105.

<sup>766</sup> WINSTON, 1994, p. 394.

<sup>767</sup> WINSTON, 2001, p. 294.

<sup>768</sup> Ibidem.

<sup>769</sup> Ibidem, p. 282-283.

<sup>770</sup> FULLER, 1964, p. 198.

<sup>771</sup> BARZOTTO, Luis Fernando, 2000, p. 76.

soberano, apesar do renascimento recente do interesse pelo *natural Law*, bem como de teorias do Direito mais sociológicas, levantam-se profundas questões, para as quais a regra de reconhecimento ou, principalmente, o recurso à forma sem referência a regras substantivas, vai se tornando insatisfatória <sup>772</sup>. É uma utopia pensar que, por um lado, um sistema pode ser mesmo altamente compreensivo e determinado, com regras que regulem quase todas as situações, e que, por outro, os juízes não precisem, em geral, ir além do significado pleno de suas palavras, pois não há nenhuma relação entre Direito e moral. Um mínimo de conteúdo moral, como respeitar a segurança, etc. também seria ainda insuficiente. A teoria do Direito americana hoje está dividida: um pesadelo, um sonho nobre ou a utopia da certeza <sup>773</sup>. A proposta de Lon Fuller apresenta uma solução bem mais completa, através de um Direito natural secular e racional, que atinge integralmente, não só a anatomia do Direito, mas sua alma <sup>774</sup>.

Por sua aportação e dedicação, concluímos o trabalho, com um fim paralelo, onde Fuller deixa de ser meio: esperamos com este estudo ter despertado o interesse por uma teoria bem fundamentada e prática, que desejamos, nos dizeres de Nicola Lacey, possa encontrar uma maior prosperidade, agradecendo a Lon Fuller, a quem não faltam méritos pela contribuição prestada <sup>775</sup>.

Parece-nos que a ele também poderíamos aplicar as seguintes palavras: “sua proposta jurídica tem um fundamento que o fará sobreviver ao tempo e às modas: a fidelidade à natureza humana e à realidade do mundo.” <sup>776</sup>

---

<sup>772</sup> R.S.; ATIYAH, H. P. S. *Form and substance in anglo-american law. a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford: Claredon, 2001, p. 257.

<sup>773</sup> Ibidem, p. 259-260 e p. 262.

<sup>774</sup> SUMMERS, ATIYAH, 2001, p. 261.

<sup>775</sup> LACEY, 2011, p. 42.

<sup>776</sup> BRAGA, Marta. Lições de Gustavo Corção. São Paulo. Quadrante, 2010. p. 6.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Pamplona. EUNSA, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. São Paulo: Edipro, 2002.

AVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011a.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*, 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.

AYLLÓN, José Ramón. *Mitologias modernas*. São Paulo: Quadrante, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009

BARZOTTO, Luis Fernando. *El bien del orden: el derecho positivo como condición de la moral en Tomás de Aquino*. In: *DERECHO y moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*. Arequipa: Yovera, 2010a.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010b.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ros e Hart*. São Leopoldo. Ed. Unisinos, 2000.

BAUMAN, Zigmund. *A modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BLASI I BIRBE, Ferran. *La ética de cada día*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2001.

BOCHENSKI, I. M. *A filosofia contemporânea ocidental*. São Paulo: Ed. Herder, 1962.

BRESNAHAN, James Francis. *The methodology of "natural law" ethical reasoning in the theology of Karl Rahner, and its supplementary development using the legal philosophy of Lon L. Fuller*. Ann Arbor: University Microfilms, 1972.

CHAVEZ-FERNANDEZ, José, *Derecho y moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*. Arequipa: Grafica Yovera, 2010.

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University, 2004.

CONTRERAS AGUIRRE, Sebastian. *Lei natural: determinación y derecho positivo*. Veritas, Valparaiso, n. 25, p. 39-54, sep. 2011.

DEBUCHY, Felix. *Ganar tu libertad*. Rosario: Ediciones Logo, 2010.

- DUARTE, Écio Ramos e POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Ed. Landy, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ESTRADA, Laura. *Revisión y recuperación del contenido del nombre “naturaleza”*. *Prudencia Iuris*, vol. 72, Buenos Aires, , 2011.
- ETCHEVERRY, Juan B. *Objetividad y determinación del derecho: un diálogo con los herederos de Hart*. Granada: Editorial Comares, 2009.
- FAZIO, Mariano. *De la persona humana a la aldea global*. Rosario: Ediciones Logos, 2009.
- FINNIS, J. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Natural law*. New York. New York University, 1991. v. 1.
- FLETCHER, George P. *Basic concepts of legal thought*. Oxford: Oxford University, 1996.
- FULLER, L. *Anatomy of the law*. Westport: Greenwood, 1987.
- \_\_\_\_\_. *O caso dos exploradores da caverna*. São Paulo: LEUD, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Human interaction and the law*: heionline, 14. J. Juris. Harvard: Harvard Law School, 1969a.
- \_\_\_\_\_. *Human purpose and natural law*: heionline, 3 Nat. L.F. Cambridge: Harvard Law School, 1958.
- \_\_\_\_\_. *The law in quest of itself*. Chicago: The Foundation Press, 1940.
- \_\_\_\_\_. *The morality of law*. New York: Fawcett, 1964.
- \_\_\_\_\_. *The Principles of Social Order*. Selected Essays revised and edidet Kenneth Winston. Oxford: Hart, 2001b.
- \_\_\_\_\_. *The problems of jurisprudence*. Brooklyn: The Foundation Press, 1949.
- \_\_\_\_\_. *On Teaching Law*. Cambridge: Harvard Law School Repository, 1950.
- \_\_\_\_\_. *A reply to critics*. In *The Morality of Law*. New Haven: Yale University, 1969b.
- FULLER, L.; EISENBERG, M.A. *Basic contract law*. St. Paul, MN. Thomson West, 2006.
- GOMEZ PEREZ, Rafael. *Deontologia jurídica*. Pamplona: EUNSA, 1993.

\_\_\_\_\_. *Repressão y libertad*. Pamplona: EUNSA, [1975].

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *The dialectics of secularization*. São Francisco: Ignatius, 2005.

HART, H.L. *The concept of law*. Oxford: Oxford University, 1994.

HAYEK, Friedrich A. *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. I e II. Editora Visão: São Paulo, 1985.

HERVADA, Javier. *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*. Parte Especial. Pamplona: EUNSA, 1998.

\_\_\_\_\_. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HUIDOBRO, Joaquim García. *Uma loucura razoável*. São Paulo: Quadrante, 2009.

KENNEDY, Duncan. *Form and substance in private law adjudication*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, p. 1685-1778, 1976.

\_\_\_\_\_. *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form"*. Heinonline – 100 Colum. L. Ver. 94 a 175. Cambridge, 2000.

LACEY, Nicola. *Out of the Witches Cauldron? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate, in The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Edited by Peter Cane. Oxford: Hart-Publishing, 2011.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Bauru: EDUSC, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve introdução ao direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTR, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manual esquemático de filosofia*. São Paulo: Ltr, 2000.

MILLAN PUELLES, A. *Persona humana y justicia social*. Madrid: Rialp, 1962.

POZNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUINTANA, Eduardo Martín. *La percepción de los valores morales*. *Prudencia Iuris*, Buenos Aires, v. 72, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RHONHEIMER, Martin. *La Filosofía Política di Thomas Hobbes: coerenza e contradizioni di un paradigma*. Milano: Armando Editore, 1997.

\_\_\_\_\_. *La perspectiva de la moral: fundamentos de la ética filosófica*. Madrid: Ediciones Rialp, 2007.

RICOUER, Paul. *Soi-même comme un autre*. Éditions du Seuil, 1990.

RIVAS PALA, Pedro. *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*. Pamplona: Arandazi, 2007.

RODRIGUEZ LUÑO, Angel. *Ética general*. Pamplona: EUNSA, 2004.

ROJAS, Enrique. *El hombre light: una vida sin valores*. Madrid: Temas de Hoy, 1993.

RUNDLE, Kristen. *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

\_\_\_\_\_. *The impossibility of an exterminatory legality: law and the Holocaust*. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, n. 59, 2009.

SANGUINETI, Juan Jose. *Lógica*. Pamplona: EUNSA, 2007.

SIMMONDS, Nigel. *Law as a moral idea*. Oxford: Oxford University, 2007.

SOMENSI DE OLIVEIRA, Elton; TEIXEIRA, Anderson.(Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

SUMMERS, R.S.; ATIYAH, H. P. S. *Form and substance in anglo-american law. A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford: Clarendon, 2001.

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

TOCQUEVILLE, Alexis. *El Estado Social y la Política de Francia antes y después de 1789*. Madrid: Alianza, 1994.

TRIGO, Tomás. *En busca de una Ética Universal: un nuevo modo de ver la ley natural*. Pamplona: EUNSA, 2010.

WINSTON, Kenneth. *Introduction and Editor's Notes*. In: FULLER, Lon. *The Principles of Social Order. Selected Essays revised and edited Kenneth Winston*. Oxford: Hart, 2001.

\_\_\_\_\_. *Legislators and liberty*. *Law and Philosophy*, v. 13, n. 3, Special Issue on Lon Fuller, p. 389-418, 1994. Disponible em: <<http://www.fstor.org>>.

\_\_\_\_\_. *The chinese internal morality of law*. Cambridge, Harvard: 2006.

YEPES, Ricardo; ARANGUREN, Javier. *Fundamentos de antropología*. Pamplona: EUNSA, 2001.