

### 3 O Direito e sua Moralidade

#### 3.1 Jusnaturalismo e Juspositivismo: uma abordagem histórica

Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, define o Direito como “uma ordenação heterônoma das relações sociais baseada numa integração normativa de fatos e valores”<sup>60</sup>.

Deste conceito, pode-se extrair que o Direito surge das relações sociais, ou melhor, surge dos valores e costumes de uma dada sociedade e com ela evolui.

Nas Sociedades Arcaicas ou Primitivas já existia Direito, um Direito baseado nos laços de consangüinidade, nos hábitos sociais, nas crenças e tradições, conforme explica Wolkmer.<sup>61</sup>

Gilissen, por sua vez, afirma que os direitos arcaicos eram oriundos dos costumes – Direitos Consuetudinários – e eram marcados por algumas características em comum, *verbi gratia*: não eram codificados ou escritos, pois as sociedades desconheciam a escrita; variavam bastante de comunidade para comunidade e eram bastante numerosos; eram “relativamente diversificados”, ou seja, possuíam muitas diferenças e ao mesmo tempo muitas semelhanças; eram altamente impregnados de fatores e crenças religiosas; e por fim, eram “direitos em nascimento”, ou seja, distinguia-se mal o que era e o que não era jurídico<sup>62</sup>.

Nas Sociedades Antigas, concomitantemente ao surgimento da escrita e da evolução do Estado, nascem as primeiras codificações do Direito, e, segundo Gilissen, as codificações, de cunho jurídico, mais antigas surgem cerca de 3000 a.C. nas civilizações egípcias e mesopotâmicas e posteriormente difundem-se pelas regiões limítrofes, como Elam, Fenícia, Israel, Creta e Grécia<sup>63</sup>.

Em relação aos primeiros códigos da Antiguidade – Código de Ur-Nammu, Hammurabi, Manu, Sólon, Lei das XII Tábuas etc. – Wolkmer afirma que eram eles, uma mistura de prescrições de cunho civil, religioso e moral, onde

---

<sup>60</sup> DINIZ, 2008, P.148

<sup>61</sup> WOLKMER, 2009

<sup>62</sup> GILISSEN, 2008

<sup>63</sup> GILISSEN, 2008

na Grécia, há de se ressaltar a obra dos filósofos Platão e Aristóteles, que além de escreverem sobre política e criarem a base do Direito Público Moderno, escreveram sobre justiça – o escopo fundamental do Direito – e criaram a base do Direito Romano.<sup>64</sup>

Já os Romanos, durante a República e mormente na fase do Império, criaram diversas codificações e regularam as mais variadas matérias, além de criarem a Ciência do Direito, vez que foi em Roma onde surgiram as primeiras escolas de Direito, dentre elas a Escola do *ius commune*, uma escola Jusnaturalista, ou seja, uma escola do *jus gentium*, advinda das idéias de filósofos gregos, dentre eles Aristóteles, que trabalhava a justiça natural e que se contrapunha às escolas do *jus civile*, equivalente às escolas positivistas, conforme explica Bobbio<sup>65</sup>.

Durante o Período Medieval o Direito se desenvolveu através de fundamentos e objetivos de cunhos religiosos e, a Igreja Católica, que dominava as mentes e os corpos dos fiéis, submeteu a todos aos seus devaneios de crueldade criando Instituições de Direito, como a Santa Inquisição, capaz de julgar, condenar e executar a qualquer cidadão que ousasse dizer que não acreditava em Deus, ou que a Santa Igreja estava errada em determinado ponto, tudo em nome de uma justiça divina que se pautava em métodos cruéis e desumanos de execução judicial, conforme demonstra Michel Foucault no início de sua obra "Vigiar e Punir", onde expõe uma típica execução Católica<sup>66</sup>.

Após este longo período de escuridão, com o advento das grandes navegações, o movimento da reforma protestante, o distanciamento e posteriormente a cisão entre Igreja e Estado e por fim, com a ascensão da burguesia e sua chegada ao Poder através das grandes revoluções burguesas, o Direito passou por uma reformulação gigantesca, deixando de se pautar em motivações e fins religiosos e passando a se orientar por motivações racionais e humanas, bem como regular matérias de todos os tipos e interesses sociais, tais como: economia, comércio, tributos, política, direitos naturais – liberdade, igualdade, fraternidade etc. – matérias de direito penal, civil e outras<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> WOLKMER, 2009

<sup>65</sup> GILISSEN, 2008

<sup>66</sup> FOUCAULT, 2008

<sup>67</sup> LOPES, DOS SANTOS, 2010

Atualmente temos uma mudança estrutural que modificou a sociedade atual, a partir do final do século XX como conta Stuart Hall, transformações ocorridas que dão novas identidades pessoais, o autor fala em deslocamento ou descentração dos indivíduos tanto de seu lugar no mundo social e cultural quanto de si mesmo, preferiu chamar de “crise de identidade”<sup>68</sup>.

Jean-François Lyotard afirma que se vive hoje a cultura pós-moderna, palavra usada no continente americano por sociólogos e críticos que designa o estado de cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência <sup>69</sup>e que, conforme explica Jürgen Habermas, pauta-se na quebra dos paradigmas das sociedades modernas e em uma determinação pós-metafísica, fundada, por sua vez, em um modelo dialógico de “ética da discussão” <sup>70</sup>

### O Jusnaturalismo

Norberto Bobbio define o jusnaturalismo como a corrente do Direito que tem a convicção de que “uma lei para ser lei, deve ser conforme a justiça” e completa dizendo que “a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo de modo universalmente válido” <sup>71</sup>.

Já Ronald Dworkin, em Império do Direito, afirma que as teorias jusnaturalistas “sustentam que os juristas seguem critérios que não são inteiramente fatuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que proposições jurídicas são verdadeiras” e, segundo o próprio Dworkin, as correntes mais radicais do Jusnaturalismo afirmam que Direito e Justiça são coisas idênticas <sup>72</sup>.

Norberto Bobbio, em O Positivismo Jurídico – pautando-se em um critério histórico-social, divide a doutrina jusnaturalista em três fases: Jusnaturalismo Clássico, Jusnaturalismo Medieval e Jusnaturalismo Moderno<sup>73</sup>.

Já o Jusnaturalismo Clássico é aquele que se desenvolve através das idéias dos filósofos gregos, como Platão e Aristóteles que buscam uma justiça universal baseada em uma razão natural – *naturalis ratio* – e que posteriormente é adotado pelas escolas do *ius gentium*, em Roma.

<sup>68</sup> STUART HALL, 2005

<sup>69</sup> LYOTARD, 2006

<sup>70</sup> HEBERMAS, 2007

<sup>71</sup> BOBBIO, 2007, p.35

<sup>72</sup> DWORKIN, 2003, p.44

<sup>73</sup> BOBBIO, 1999

Bobbio afirma que para Aristóteles, “o direito natural é aquele que tem em toda parte (pantachoû) a mesma eficácia” e que prescreve ações “cuja bondade é objetiva”, ou seja, trata-se de um direito justo e universal <sup>74</sup>

Por outro lado, o Jusnaturalismo Medieval é aquele que se desenvolve no período medieval e é extremamente pautado em fundamentos religiosos e caracteriza-se por pregar um Direito Universal, geral (genérico) que tenha como escopo fundamental a busca por uma justiça dentro dos liames do cristianismo, ou melhor, da Igreja.

Dentre as obras de Direito Natural desta época, destacam-se as do filósofo católico Santo Tomás de Aquino que definia a *lex naturalis*, como: “Participatio legis aeternae in reionali creatura” – aquilo a que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional<sup>75</sup>.

Conforme explica Hugo Grócio, citado por Norberto Bobbio, Jusnaturalismo Moderno ou Racional é aquele que busca através de uma justa razão atingir os ideais de moral e justiça respeitando a natureza racional do homem <sup>76</sup>.

Neste mesmo sentido, Luís Roberto Barroso afirma que o Jusnaturalismo Moderno é aquele que se desenvolve através das ideias dos filósofos racionalistas do século XVI e que se pauta em uma “lei ditada pela razão”, dando-se ênfase a natureza e a razão humana, o que “é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII”<sup>77</sup>.

Decorre que, o Jusnaturalismo Moderno pauta-se em um Direito Consuetudinário, embasado sob a ótica da Justiça aos olhos dos filósofos racionalistas enquanto escopo fundamental do Direito, uma justiça comum derivada dos costumes e valores da sociedade.

Miguel Reale, em *Filosofia do Direito*, trabalha o Jusnaturalismo sob a ótica de duas teorias: a Transcendente e a Transcendental. Segundo Reale, a Teoria Transcendente concebe o Jusnaturalismo “como um arquétipo ideal, uma realidade ontológica válida em si mesmo”, ou seja, um sistema perfeito que independe de qualquer outra coisa para existir, pois é auto-suficiente.

---

<sup>74</sup> BOBBIO, 1999, p.17

<sup>75</sup> BOBBIO, 1999, p.20

<sup>76</sup> BOBBIO, 1999

<sup>77</sup> BARROSO, 2009, p.236

Já a Teoria Transcendental restringe a esfera de ação do Jusnaturalismo “ao plano deontológico, em correlação e funcionalidade necessária com o plano da experiência histórica do Direito”, ou seja, restringe o Jusnaturalismo a um plano de valores sociais historicamente estabelecidos e necessariamente tutelados pelo Direito <sup>78</sup>.

Norberto Bobbio compila, de modo geral, os principais critérios que caracterizam o Jusnaturalismo, de modo que, pode-se afirmar que os Direitos Naturais são universais, ou seja, válidos para todos e em todos os lugares; imutáveis, ou seja, válidos em qualquer tempo; de cognição racional, ou seja, conhecidos através da razão humana; produzidos pela natureza, ou pela razão humana ou ainda por Deus ou qualquer outra entidade divina; objetivamente bons, ou seja, estabelecem aquilo que é bom para a sociedade, ou melhor, aquilo que é justo; e por fim, não são indiferentes aos comportamentos regulados, ou seja, eles os valoram <sup>79</sup>.

Este, em sua Teoria Geral do Direito, critica veementemente o Jusnaturalismo, pois, para ele, não existe um direito que seja válido em todos os lugares e em todos os tempos, pois as concepções sociais são mutáveis, de modo que, o que é bom e justo hoje não era ontem e não será amanhã, bem como, o que é justo para uma sociedade de cultura oriental pode não ser para uma sociedade de cultura ocidental etc.

Critica também, afirmando que é impossível existir um ordenamento jurídico completamente justo, ou seja, que não contenha regras injustas e, nesse mesmo sentido, afirma que na ceara jurídica “vale como direito também o direito injusto” <sup>80</sup>.

Na linha evolutiva da História, após a cisão entre Igreja e Estado e a ascensão dos Soberanos, na prática, pouca coisa mudou, os comerciantes continuaram a se submeter de forma extremada aos governantes, as atrocidades contra o ser humano não diminuíram, os nobres e o clero continuaram a ter privilégios, em suma, a realidade social se quedou inerte.

Tudo isso despertou movimentos revolucionários, principalmente da classe burguesa, que com o apoio do iluminismo, se organizou em busca de poder

---

<sup>78</sup> REALE, 2002, p. 590

<sup>79</sup> BOBBIO, 1999

<sup>80</sup> BOBBIO, 2007, p. 36

político, liberdade (comercial), igualdade (legal) e de muitos outros direitos defendidos pelos jusnaturalistas<sup>81</sup>.

Nesse sentido, conforme afirma Luís Roberto Barroso, “a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de idéias jusnaturalistas”<sup>82</sup>.

Ainda segundo Barroso, os iluministas e os jusnaturalistas estiveram juntos no movimento de codificação do Direito, durante o século XVIII, “cuja maior realização foi o Código Civil Francês: o Código Napoleônico”, o que, entretanto, concluída a Revolução Francesa, com a codificação dos direitos em diversos países da Europa, o Jusnaturalismo se viu – conforme explica José Reinaldo de Lima Lopes, citado por Barroso, “domesticado e ensinado dogmaticamente”, ou seja, a codificação, grosso modo, “cortou as pernas” do Jusnaturalismo limitando-o e impedindo-o de se desenvolver livremente como até então se desenvolvia e, por fim, o “substituiu” por uma nova doutrina : o Positivismo Jurídico<sup>83</sup>.

O advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu, e, paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica<sup>84</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio, Tercio Sampaio Ferraz Junior, pautando-se nas ideias de Nicolas Luhmann, afirma que a constitucionalização dos Direitos Naturais, ou ainda, dos Direitos Fundamentais, não só “os positivou”, mas provocou gradativamente sua trivialização, o que, conseqüentemente, gerou uma indiferença em relação as suas próprias diferenças<sup>85</sup>.

### **O positivismo Jurídico**

O Positivismo Jurídico é a corrente do Direito que reduz o direito a norma jurídica, ou seja, que acredita que não há direito além do texto normativo e que

---

<sup>81</sup> LOPES, DOS SANTOS, 2010

<sup>82</sup> BARROSO, 2009, p.237

<sup>83</sup> BARROSO, 2009, p. 238

<sup>84</sup> BARROSO, 2009, p.238

<sup>85</sup> FERRAZ JR, 2003

aquilo que nele está escrito é justo, pois a justiça para o Positivismo Jurídico consiste no preenchimento do Dever Ser.

Assim, toda vez que a conduta humana (Ser) está de acordo com a prescrição legal (Dever Ser), esta conduta é boa e é justa, entretanto, quando esta conduta está em desacordo com a prescrição legal, ou seja, quando ela contraria a lei, ela é uma conduta má e injusta <sup>86</sup>.

Nesse sentido, conforme explica Hans Kelsen: o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa traduz que ela corresponde a uma norma objetivamente válida, e o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é má traduz que tal conduta contraria uma norma objetivamente válida, o valor “bom” e o desvalor “mal” valem em relação às pessoas cuja conduta assim é apreciada ou julgada, e até em relação a todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida (devendo ser) pela norma objetivamente válida, independente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta <sup>87</sup>.

Norberto Bobbio, em Teoria Geral do Direito, conceitua o Direito Positivo como “a doutrina que reduz a justiça à validade” afirmando que para esta corrente do Direito “só é justo o que é comandado, e pelo fato de ser comandado” <sup>88</sup>.

Já em O Positivismo Jurídico, Bobbio afirma que o Direito Positivo esteve presente em diversos períodos da história das sociedades, como se apresenta a seguir, uma vez que segundo o renomado autor, o Direito Positivo já se encontrava no pensamento clássico e foi motivo de muita discussão, principalmente na Grécia e em Roma.

Já na Roma Antiga, o Direito Positivo, lá chamado de *jus civile*, referia-se as estatuições do *populus*, ou seja, do povo, dos cidadãos e caracterizava-se por ser limitado e posto por um determinado povo, não necessariamente o mesmo, já que Roma dominava outros povos, além disso, para os romanos, o Direito Positivo era sujeito à mudanças, ab-rogações e derrogações, pois estabelecia aquilo que era útil, podendo uma lei ser útil hoje e não mais amanhã <sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> LOPES, DOS SANTOS, 2010

<sup>87</sup> KELSEN, 2003

<sup>88</sup> BOBBIO, 2007, p.38-39

<sup>89</sup> BOBBIO, 1999

Em relação ao pensamento medieval, Bobbio afirma que o Direito Positivo fora discutido por diversos escritores medievais, tais como teólogos, filósofos e canonistas.

Nesse sentido, Abelardo, citado por Bobbio, afirma que a característica fundamental do Direito Positivo é a de ser posto pelos homens, o que ele chama de *Lex humana* <sup>90</sup>.

Dentre os pensadores modernos, Glück, citado por Bobbio, afirma que “chama-se direito positivo, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas”<sup>91</sup>.

Já em sua Teoria Geral do Direito, Bobbio discorre sobre o Positivismo Jurídico de Thomas Hobbes e afirma que segundo o Contratualista “não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, vale dizer, fora do comando do soberano”, onde afirma ainda que, para Hobbes, “não existe justo por natureza, mas apenas um justo por convenção” e que “a justiça e a injustiça nascem juntamente com o direito positivo” e diz ainda que “onde há justiça significa que há um sistema constituído de direito positivo”<sup>92</sup>.

As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei, onde ninguém pode fazer as leis, a não ser o Estado, pois estamos sujeitos unicamente ao Estado; e as ordens devem estar expressas por sinais suficientes, pois, de outro modo, ninguém saberia como obedecer a elas<sup>93</sup>.

Dentre as escolas positivistas dos últimos séculos, a de mais destaque é a Escola de Exegese, escola doutrinária do século XIX, seguida, principalmente, na França por diversos autores de renome, tais como: Melville, Blondeau, Bugnet, Delvincourt, Huc e outros <sup>94</sup>. Acerca da doutrina da Escola de Exegese, Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, afirma tratar-se de uma doutrina que identificava a totalidade do direito positivo com a lei escrita, entendendo que a função específica do jurista e do julgador era ater-se com rigor absoluto ao texto

---

<sup>90</sup> BOBBIO, 1999

<sup>91</sup> BOBBIO, 1999, p.21

<sup>92</sup> BOBBIO, 2007, p.39-41

<sup>93</sup> HOBBS, 2009, p. 188

<sup>94</sup> LOPES, DOS SANTOS, 2010

legal e revelar seu sentido, aplicando-o, mecanicamente, mediante a lógica dedutiva.

Essa doutrina ultralegalista proclamou que a lei deve ser a única fonte das decisões jurídicas; logo, toda solução jurídica não podia ser mais do que a conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor, o enunciado de um fato concreto <sup>95</sup>.

A doutrina da Escola de Exegese possui diversas características, dentre as quais, destacam-se o fato de focar-se exclusivamente na lei; possuir uma concepção estritamente estatal do direito; e interpretar a lei baseando-se na intenção do legislador <sup>96</sup>.

Dentre os autores do Positivismo, Hans Kelsen é, sem dúvidas, o que possui mais destaque no mundo jurídico – jurista austríaco, mudou-se para os Estados Unidos em razão da Segunda Guerra Mundial.

Kelsen foi um dos principais expoentes da doutrina sistemática e formalista do direito, doutrina esta “que conduz à visualização do Direito como uma pirâmide, ou seja, estrutura hierárquica de normas jurídicas, sistema apto a solucionar o caso concreto sem a ingerência de outros elementos”, ou seja, sem a influência, ou interferência de outras instituições e, ou ciências, como: a filosofia, a sociologia, a psicologia, a política etc.

Este, em sua Teoria Pura do Direito, afirma que o Direito exige uma teoria pura, uma teoria positiva do direito, que se proponha a garantir um conhecimento exclusivamente dirigido ao direito, um conhecimento puro, que exclua “tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”, ou seja, um conhecimento que exclua todos os outros, tais como a sociologia, a filosofia, a ética, a psicologia, a teoria política, para que com estas não se confunda, nem se misture, e onde o juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo”, que implica em dizer que a conduta real (fática) é “boa”. <sup>97</sup>

Já “o juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que

---

<sup>95</sup> DINIZ, MARIA HELENA, 2008, p. 400

<sup>96</sup> LOPES, DOS SANTOS, 2010

<sup>97</sup> KELSEN, 2003, p. 1

corresponde à norma, é um juízo de valor negativo”, o que implica em dizer que a conduta real é “má”<sup>98</sup>.

Nesse sentido, Kelsen afirma que “uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida”<sup>99</sup>, acreditando, o mesmo, que o Positivismo jurídico conduzia ao bem, à justiça, àquilo que era bom, pois para ele “bom” era o Ser fático que estava em conformidade com o Dever Ser jurídico, como se verifica na seguinte afirmação: “...o conceito de “bom” não pode ser determinado senão como “o que deve ser”, o que corresponde a uma norma, onde, se definimos Direito como norma, isto implica que o que é conforme ao Direito é um bem”<sup>100</sup>.

Vale ressaltar, também, a importante contribuição do professor Herbert Hart para a doutrina do Direito Positivo, mormente para seu desenvolvimento no sistema common Law. Hart elaborou uma teoria positivista “moderada”, ou nas palavras do autor “soft positivism”, que atribui ao magistrado certa discricionariedade para desviar-se do texto legal e decidir com base em princípios morais, entretanto, estes princípios devem, anteriormente, ser incorporados ao ordenamento jurídico<sup>101</sup>.

Nada obstante, Ronald Dworkin afirma que o positivismo desenvolvido por Hart, não se difere essencialmente do positivismo tradicional e, muito menos, consegue superar seus problemas<sup>102</sup>.

Luís Roberto Barroso observa que, apesar de algumas variações, o Positivismo Jurídico teve seu ápice no normativismo de Hans Kelsen.

Barroso assinala, de modo simplificado, algumas das características principais do Positivismo Jurídico, sendo elas: “a aproximação quase plena entre Direito e norma”; a fixação da estatalidade do Direito, ou seja, de uma ordem jurídica advinda do Estado; a auto-suficiência do ordenamento jurídico, que contém definições conceituais e elementos satisfatórios e adequados para a resolução de todos os casos concretos, fáticos, inexistindo qualquer lacuna; o formalismo, que submete o Direito à sua formação, ou seja, ao legislador, sem

---

<sup>98</sup> KELSEN, 2003, p. 19

<sup>99</sup> KELSEN, 2003, p. 21

<sup>100</sup> KELSEN, 2003, p.75

<sup>101</sup> HART, 2001

<sup>102</sup> DWORKIN, 2003

vinculá-lo a qualquer conteúdo; e por fim “o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão”<sup>103</sup>.

Crítica, assim, incisivamente o Positivismo Jurídico por diversos motivos, dentre eles, por acreditar que os ideais positivistas de objetividade e neutralidade são impossíveis de se materializarem, ou seja, de se tornarem efetivos e reais.

Mais do que isso, Barroso lembra que foi justamente o Positivismo jurídico que legitimou os regimes ditatoriais mais cruéis do último século, dentre eles a ditadura fascista italiana e a nazista alemã.

Segundo o renomado Constitucionalista, esses regimes promoveram e propagaram a barbárie e a crueldade em nome da lei, afirmando ainda que, “até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas”.

Por fim, conclui que, sem excluir os movimentos filosófico-jurídicos que dele divergiam, “a decadência do positivismo jurídico é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”<sup>104</sup>.

Crítica semelhante faz Haradja Torrens. A jurista afirma que o paradigma positivista enfrenta sua crise em detrimento de não encontrar soluções para determinados problemas jurídicos de alta relevância, principalmente em relação aos julgamentos das crueldades realizadas pelo Estado Alemão que foram levadas ao Tribunal de Nuremberg logo após o fim da Segunda Guerra. A autora critica também, a incapacidade do legislador acompanhar de forma célere e eficiente a velocidade da evolução técnico-científica nas últimas décadas, principalmente nas sociedades “pós-industriais”, ou “pós-modernas”<sup>105</sup>.

Apesar das árduas críticas ao modelo positivista, é consenso que, por causa do positivismo, o Direito avançou muito enquanto Ciência e, justamente, a partir da moldura de Hans Kelsen é que se pôde pensar nas complexas noções de sistema jurídico e entender que neste mundo existe uma linguagem que não pode ser desprezada pelo intérprete ou operador do Direito<sup>106</sup>.

Nesse sentido, encaixa-se perfeitamente a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior, que encerra seu artigo “por que ler Kelsen hoje” da seguinte maneira: a obra de Kelsen ainda o mantém vivo, suas implicações para a ciência jurídica,

---

<sup>103</sup> BARROSO, 2009, p. 241

<sup>104</sup> BARROSO, 2009, p.241-242

<sup>105</sup> TORRENS, 2004

<sup>106</sup> LOPES, DOS SANTOS, 2010

para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas, que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos, onde em seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas.

Ao contrário do que se supõe, seu espírito polêmico nunca revelou um obstinado, tanto que, em diversas ocasiões e até mesmo no fim da vida, não teve medo de enfrentar suas próprias convicções, mudando-as quando as percebia insustentáveis racionalmente <sup>107</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Norberto Bobbio dedicou uma obra inteira somente para reexaminar a obra de Kelsen à luz das críticas que lhe eram e são feitas.

Bobbio comunga da ideia de que Kelsen foi um dos mais significantes contribuidores do direito, em muitas de suas áreas, tais como, Teoria do Direito, Direito Constitucional e Direito Internacional e, por isso, não pode ser ignorado ou “crucificado”, como se sua obra se resumisse apenas à sua Teoria Pura e, pior, como se sua Teoria Pura fosse a fonte dos problemas da humanidade, ou a legitimadora das leis nazistas, o que não é uma verdade <sup>108</sup>.

O Positivismo jurídico, assim como o Jusnaturalismo, não deixou de existir, entretanto, nas últimas décadas, vive uma decadência teórico-científica, uma progressiva superação por uma nova doutrina, o pós-positivismo jurídico, paradigma pós-moderno do direito, que ascende aproximando Direito, Justiça e Moral.

A partir da segunda metade do século passado, inicia-se um movimento de “superação” do Positivismo Jurídico, movimento este que busca incorporar ao ordenamento jurídico, valores morais, princípios políticos, fundamentos sociológicos, filosóficos, em suma, que visa incorporar ao Direito tudo aquilo que se entende como importante para se avaliar as relações sociais e principalmente as relações jurídicas, de modo que se possa garantir “Justiça” ao caso concreto. Este movimento recebe o nome de Pós-positivismo Jurídico <sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> FERRAZ JR, 1981

<sup>108</sup> BOBBIO, 2008

<sup>109</sup> LOPES, DOS SANTOS, 2010

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”<sup>110</sup>, ou seja, uma reaproximação do Direito com os valores, com a Ética, visando o escopo fundamental do Direito, que é a Justiça.

Existem diversas nomenclaturas e até mesmo “correntes doutrinárias” deste novo sistema, dentre elas destacando-se: Direito pautado em Princípios Fundamentais e Constitucionais; Direito Superador da Lei; Direito extra legem, Direito contra legem, Direito conforme a Natureza das Coisas; e Direito Supra legal.

Contudo, insta destacar que todas elas possuem um ponto em comum, que é a busca da valoração do Direito, busca da Justiça, pois para esta corrente, o ordenamento jurídico possui lacunas, possui falhas e pode conter disposições que criem situações fáticas injustas e é justamente quando isso acontece que o intérprete deve utilizar-se desses métodos para conseguir atingir a justiça<sup>111</sup>.

Segundo Barroso, os valores sociais mais relevantes “materializam-se em princípios, que passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente, em sua evolução histórica, alguns já constavam na Carta Maior, entretanto, também evoluíram e, em alguns casos, “sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito”.

Há também, os novos princípios, que foram incorporados recentemente, ou pelo menos, “passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça”<sup>112</sup>.

Conforme explica Barroso, com a superação do positivismo, a Constituição deixa de ser vista como o ápice de uma pirâmide normativa sistemática e formalista e passa a ser vista como o ápice de um sistema jurídico aberto de princípios e regras, que se recheia de valores jurídicos extralegais que visam atingir a justiça e por em prática os direitos fundamentais<sup>113</sup>.

Uma idéia herdada de Ronald Dworkin, que afirmava que uma proposição jurídica decorre de forma direta dos valores e princípios e que deveriam buscar a

---

<sup>110</sup> BARROSO, 2001, p.19

<sup>111</sup> LOPES, DOS SANTOS, 2010

<sup>112</sup> BARROSO, 2001, p.20

<sup>113</sup> BARROSO, 2001

melhor justificação moral possível, conforme explica Haradja Torrens <sup>114</sup>. Como demonstra Barroso, há casos em que estes princípios constitucionais colidem, onde o interprete deve buscar harmonizá-los, “deve, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição” <sup>115</sup>.

Por sua vez, José Gomes Canotilho ensina que princípios jurídicos fundamentais são “os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”<sup>116</sup>.

Já Humberto Ávila afirma que as regras, assim como os princípios, possuem uma dimensão de peso e que podem sim ser ponderadas em face ao caso concreto, “mediante um processo de ponderação de razões” <sup>117</sup>.

Deste modo, pode-se concluir que o pós-positivismo consiste na superação do positivismo legalista, pois não busca a justiça da lei, mas a justiça do direito, que é muito maior do que uma prescrição legal, justamente porque não se pode separar o Direito da Justiça, bem como não se pode reduzir a justiça ao simples preenchimento de um dever ser, nem reduzir o Direito a uma simples norma jurídica.

### **3.2 O Direito em Lon Fuller**

#### **O conceito de Direito**

A originalidade do conceito de Direito em Lon Fuller é a proposta de um jusnaturalismo procedimental, como meio de assegurar o bom Direito, a partir do elemento humano. Em realidade, combina com o processo interno com os fins externos, permeados por um sentido moral.<sup>118</sup> Não agrada aos positivistas,

---

<sup>114</sup> TORRENS, 2004

<sup>115</sup> BARROSO, 2001, p.22

<sup>116</sup> CANOTILHO, 1995, p. 171

<sup>117</sup> ÁVILA, 2010, p. 54

<sup>118</sup> SUMMERS, 1984, p.2

evidentemente, mas também não parece muito ortodoxo aos jusnaturalistas, por dar a impressão de “desprezar” o conteúdo. Gostaríamos de destacar o entendimento acentuadamente humano do direito que este autor veicula, 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>119</sup> Lon Fuller define o Direito como: “o empreendimento de submeter a conduta humana ao governo de regras<sup>120</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. 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 racionalidade.

Ainda que Robert Summers, biógrafo do referido 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.

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.

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 fiabilidade 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

<sup>119</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>120</sup> “Is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules”( Ibidem)

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

subestimar a natureza humana, mas ajudá-la a apontar para o alto, onde, na verdade, o destaque do elemento humano traz à tona a reciprocidade entre quem governa e quem obedece o governo de homens para homens, e, portanto, a moralidade que legitima o poder e, para enfrentar esse problema, Fuller sublinha a necessidade da boa formação jurídica e ética do profissional do direito, que deveria ir aos porquês sua ciência para poder melhor praticá-la.<sup>122</sup>.

Para ele, o Direito não se encontra somente nos livros, mas nas ações e no comportamento. Se as palavras de um sistema estão somente no papel, o Direito não pode ser efetivado, e por sua vez a lei não pode somente funcionar porque dizemos que existe. É preciso sustentar a ação pela razão, como também não se pode dizer que há ordem simplesmente porque o declaramos. É preciso conciliar palavra, tarefa e ação<sup>123</sup>.

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: “O advogado modela-se por sua concepção do Direito, e, pela extensão de sua influência, esculpe a sociedade em que vive<sup>124</sup>”.

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>125</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>126</sup>.

O sistema jurídico será o produto de um esforço comum dirigido a um fim e a comunicação, no qual se definem os valores e propósitos que conduzem à ordem social, sendo, nesse sentido destaca, juntamente com a finalidade e a legalidade a partir da moralidade interna, a alteridades, também por ele denominada generosidade, que propicia a comunicação e torna o direito possível, e, o governo de regras, que para ele não é nem *rutilais* nem *self-help*, não abrange,

---

<sup>122</sup> FULLER, 1969b, p.19.

<sup>123</sup> FULLER, 1987, p.8.

<sup>124</sup> FULLER, 1940, p.4 (tradução livre)

<sup>125</sup> FULLER, 1949, p. 695

<sup>126</sup> FULLER, 1969a, p. 27

portanto, somente o particular, mas a sociedade como um todo, partindo da interação humana e fortalecendo-a, ao assegurar a confiabilidade<sup>127</sup>.

Na verdade, essas regras não somente estabelecidas pelos homens, mas obedecem a um padrão externo universal e são legitimadas por serem aceitas como certas, onde há um sentido mais estendido de “jurídico”, como bem afirma Fuller que necessitamos perceber e entender as forças morais e psicológicas que subordinam o Direito e lhe dão eficácia nas relações humanas.<sup>128</sup>

Sem essa base, afirma Fuller, não haveria Direito consuetudinário, nem Direito internacional e nem paz, bem como não se poderia entender o Direito decretado separado desse embasamento<sup>129</sup>.

Muitos entendem que 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>130</sup>

Por outro lado, ainda que o Direito toque as ações humanas, não exaure toda a conduta moral, o que parece-nos que não acentuou tanto a preocupação pela moralidade externa para que sua teoria não fosse confundida com uma defesa religiosa.<sup>131</sup>

De qualquer forma, também concluímos que sua visão moral do direito se atém à expectativa de condutas jurídicas específicas, que se referem às relações entre os homens em sociedade. Até mesmo por seu respeito à liberdade, não tange ao 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, e esta moralidade é intrínseca ao Direito, por fortalecer e

<sup>127</sup> SIMMONDS, 2007, p. 162

<sup>128</sup> FULLER, 1940, p.90

<sup>129</sup> FULLER, 1969, p. 1-3

<sup>130</sup> FULLER, 1969b, p.96

<sup>131</sup> FULLER, 1964, p.110

assegurar o sistema e não algo externo a ele, que dificultará sua eficácia, como afirmara Hart sublinhando que uma avaliação moral do Direito entorpeceria seu fim por tratar de uma realidade que não lhe compete<sup>132</sup>.

Para Fuller, pelo contrário, a qualidade do direito dependerá de sua moralidade interna, e só dessa forma será possível de submeter efetivamente a conduta humana às regras propostas. 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>133</sup>.

Assim, tomando como empreendimentos, Fuller 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 sendo um governo nem somente de regras e nem de juízes, simplesmente, mas uma composição natural<sup>134</sup>, a partir de descobertas racionais, e não de uma vontade imposta. Logo, para Fuller, a submissão às regras do Direito, dentro das expectativas humanas, poderia ser livremente aceita.

### **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>135</sup>e, para explicá-la, Fuller comenta que lamenta as doenças atuais dos sistemas jurídicos, nos quais 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 de regras de convivência e que deve haver um processo para que estas possam ser declaradas com autoridade, porém,

---

<sup>132</sup> FULLER, 1969b, p. 154

<sup>133</sup> WINSTON, 2001, p.8

<sup>134</sup> FULLER, 1964, p.157

<sup>135</sup> FULLER, 1969b, p.96

esse processo não é tão simples<sup>136</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>137</sup>, para que haja autoridade<sup>138</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.

Já com relação ao Direito natural substantivo, este é tratado de modo incidental. Na verdade, 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, já que o Direito não tem a tarefa de salvar almas e, portanto, não se refere à lei divina como suporte da lei humana, pelo menos não em termos de “não considera Direito o que não está de acordo com a lei divina”, como em Blackstone<sup>139</sup>.

Fuller, então, 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>140</sup>, e não através de um formalismo intelectual<sup>141</sup>.

Seu enfoque é, portanto, mais abrangente, não se restringindo a um elemento somente, tal como o sociólogo, político, jurídico ou decisionista<sup>142</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>143</sup>.

---

<sup>136</sup> FULLER, 1958, p. 68 et seq

<sup>137</sup> FULLER, 1987, p.97

<sup>138</sup> FULLER, 1964, p. 157

<sup>139</sup> WINSTON, 2001, p. 33

<sup>140</sup> FULLER, 1987, p. 53

<sup>141</sup> BRESNAHAN, James Francis. *The methodology of “natural law” ethical reasoning in the theology of Karl Rabner, and its supplementary development using the legal philosophy of Lon L. Fuller*. Ann Arbor: University Microfilms, 1972, p. 609.

<sup>142</sup> WINSTON, 2001, p. 32

<sup>143</sup> FULLER, 1964, p. 146

Por outro lado, se o Direito deseja promover a ordem e a paz, não deve ser completamente indiferente ao conteúdo<sup>144</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>145</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 de Fuller, 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.

Ele 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>146</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>147</sup>.

Fuller 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, sendo, para ele, 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, o que, por sua vez, “esse comportamento não necessita evidenciar o mal que evita ou o bem que promove, mas dele podemos inferi-los”<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> SUMMERS, 1984, p.1

<sup>145</sup> FULLER, 1940, p. 91

<sup>146</sup> FULLER, 1969a, p.1-2

<sup>147</sup> Ibidem, p.10

<sup>148</sup> “(...) express itself not in a succession of words, but in a course of conduct”.( Ibidem, p.44)

Por sua vez, 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>149</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>150</sup>? É a questão intrigante para os filósofos do Direito: Direito positivo x Direito natural<sup>151</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, 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>152</sup>, já que entende o Direito como um sistema.

Nele, o Direito não é, portanto, regra positiva produzida pelas cortes, padrões sociológicos de comportamento, ficção kelseniana<sup>153</sup>, já que entende que não se pode divorciar essencialmente e definitivamente aspirações éticas e práticas ou reduzir o Direito ao puro fato<sup>154</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”, onde 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 ofuscaria essa

---

<sup>149</sup> Ibidem ( tradução livre)

<sup>150</sup> Ibidem, p.45

<sup>151</sup> Ibidem, p.112 et seq.

<sup>152</sup> Ibidem, p.96

<sup>153</sup> FULLER, 1940, p.53 e p.66

<sup>154</sup> Ibidem, p. 99

clareza, essa separação acaba ofuscando, sim, o entendimento integral do Direito<sup>155</sup>.

Fuller coloca seu desinibido interesse no lado ético do direito. É evidente que fatos morais permeiam as relações de negócios e as relações sociais<sup>156</sup>, afinal, 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, e ele, 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 a moral e o jurídico.<sup>157</sup>

Assim, 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, e sua teoria do Direito parece apresentar-se como um jusnaturalismo original, que destaca a conexão entre Direito e moral, 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>158</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>159</sup>: um caminho 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>160</sup>.

Portanto, podemos concluir que em Fuller o Direito natural se apresenta simplesmente como racionalidade natural, materializada no procedimento, 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, e, 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.

---

<sup>155</sup> FULLER, 1969b, p.137 et seq.

<sup>156</sup> FULLER, 2001, p.62

<sup>157</sup> Ibidem, p.67

<sup>158</sup> FULLER, 1987, p.96

<sup>159</sup> FULLER, 1969b, p. 96

<sup>160</sup> Ibidem, p.97

Para Fuller, 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>161</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>162</sup>.

Parece-lhe que Hart quer dar um encaixe jurídico a algo que é sociológico. e, no fundo, a regra de reconhecimento encerra um argumento contrário à persistência do Direito, já que os homens mudam mais facilmente de denominação do que de leis, numa passagem mágica do mundo pré-jurídico para o jurídico. Antes apenas deveres, após regra de reconhecimento, poder<sup>163</sup>.

Este, como os demais comentários de Fuller sobre o positivismo, baseiam-se principalmente em uma aversão por tornar o Direito uma empresa técnica, que não respeite sua vocação antropológica, ou seja, o serviço de humanos para humanos, construtivamente 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>164</sup>

### **A moralidade em Lon Fuller**

Fuller 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. As origens e os efeitos sociais das relações jurídicas se assentam em princípios básicos e fins morais<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> FULLER, 1964, p. 147 et seq.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> FULLER, 1964, p.156-157

<sup>164</sup> Ibidem, p.111.

<sup>165</sup> FULLER, 1964, p. 169-170

Por outro lado, a difusão do conceito de “mentalidade jurídica” acabou por separá-los intencionalmente, ou regá-los ao reino “meta-jurístico”<sup>166</sup>, já que esta é considerada verdadeira, na medida em 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>167</sup>.

Não é possível separar exatamente o Direito da moral, mas pode-se dizer o que é jurídico e o que não é a partir dela, afirma Winston, onde o mesmo comenta que não se pode dizer que a justiça seja mero resultado de uma aplicação técnica e a moralidade é essencial para manter qualquer sistema jurídico, especialmente por destinar-se a homens, e, portanto, livres por natureza<sup>168</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>169</sup>: um padrão moral.

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 dos deveres<sup>170</sup>.

Fuller afirma que aquilo que o Direito é ou pode ser está condicionado pelo seu propósito de governar as condutas humanas por meio de regras, e a estes princípios, Fuller chama de *moralidade interna do direito e*, a moralidade interna é procedimental, e não uma moralidade substancial.

Esta moralidade, por sua vez, é interna porque reside na própria forma que o direito pressupõe para poder existir. Então a moral da história de Fuller é a moralidade interna do direito e esta moralidade, auxilia a formação do homem em sociedade, onde ele ajuda a buscar os bens apropriados ao homem, mais do que os econômicos, já que o seu escopo principal é a comunicação, o que pressupõe desenvolver disposições morais<sup>171</sup>. Essa moralidade já se fez presente nos costumes: forma-se um costume e este é um modelo para as decisões, pois no

---

<sup>166</sup> FULLER, 1969b, p.119

<sup>167</sup> FULLER, 1964, p.15-16

<sup>168</sup> WINSTON, 1994, p.397

<sup>169</sup> WINSTON, 2001, p.50

<sup>170</sup> FULLER, 1964, p. 30-32

<sup>171</sup> WINSTON, 2001, p.21

fundo incorpora princípios que o recomendaram como verdadeiros e justos e, portanto, merecem presumidamente a sanção da lei<sup>172</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>173</sup>.

Para Fuller Direito e moral estão intrinsecamente entrelaçados, o que o faz adepto do direito natural, porém, diferentemente dos jusnaturalistas mais clássicos, de um direito procedimental e regular<sup>174</sup>.

Se prestarmos atenção em nossa sociedade, poderemos quase caracterizar analogamente cada fenômeno como Direito primitivo, ou seja, enraizado em base comum<sup>175</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.

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>176</sup>, e, conseqüentemente, à consecução dos fins.

No que se refere às decisões judiciais, Fuller sustenta que há uma diferença entre julgar uma pessoa e julgar seus atos e, desta feita, um homem se faz através de inúmeras decisões de como atuar em cada decisão específica, e, 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>177</sup>.

Quanto aos padrões, afirma que um advogado poderia prever o pensamento do juiz, e, quanto à decisão propriamente dita, afirma que se racional e moral, não deveria nem mesmo ser acompanhada de excessivas explicações,

---

<sup>172</sup> FULLER, 1987, p.43-46

<sup>173</sup> FULLER, 1940, p.67

<sup>174</sup> MARCONDES, Danilo e STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de Filosofia do Direito*. ed. Zahar, 2015

<sup>175</sup> FULLER, 1987, p.44

<sup>176</sup> FULLER, 1969b, p.97

<sup>177</sup> FULLER, 1969a, p.34

evitando também abrir a porta à revisão judicial e a possíveis relativismos<sup>178</sup>, como já acentuado<sup>179</sup>.

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>180</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, onde os homens têm facilmente medo de exercitar a liberdade e 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>181</sup>.

Como disse Winston, a teoria da ação humana de Fuller é radicalmente moral, simplesmente por humana, e o Direito, como ciência humana, não pode tratá-la de modo diverso<sup>182</sup>.

### **Moralidade do Direito e Liberdade**

Lon Fuller destaca a liberdade humana, entendendo-a como uma potencialidade. Sua visão quanto a esta capacidade é positiva em todos os sentidos, tanto para quem opera o Direito quanto para o seu destinatário, principalmente, seja individual ou coletivo<sup>183</sup>.

Para o autor, também a chave da moralidade radica na liberdade, como em Tomas de Aquino. Podemos dizer que sua tese se coaduna com o entendimento da virtude moral, com base natural, perseguida e aperfeiçoada livremente, mas sua conclusão parece partir de uma base mais empírica: qual seria a concepção da

---

<sup>178</sup> FULLER, 1969b, p.56-58

<sup>179</sup> FULLER, 2001, p.72

<sup>180</sup> FULLER, 2001, p.121-122

<sup>181</sup> WINSTON, 2001, p.36-37

<sup>182</sup> WINSTON, 2001, p.9

<sup>183</sup> WINSTON, 2001, p.397

natureza humana necessária para tornar válido um ideal? Fuller "escorrega para a metafísica pela porta de trás", através da experiência<sup>184</sup>.

Fuller entende o ser humano como agente moral livre e responsável e afirma que não é possível mostrar-se indiferente à sua capacidade de autodeterminação, assim, não se pode atuar sobre ele, e a visão do homem está implícita na moralidade jurídica, e qualquer afastamento da moralidade interna do Direito é uma afronta a dignidade humana<sup>185</sup>, sua visão de liberdade traz consigo a contrapartida da responsabilidade: assumir os atos livremente realizados. Por que moral? Pela responsabilidade.<sup>186</sup>

Desta feita, é obrigação do legislador orientar a conduta moral, e não somente ordenar pessoas a fazer algo, e assim promove a autonomia, pois os mandatos são dirigidos a cidadãos livres e responsáveis, e 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 pode 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>187</sup>

Para ele, o agente livre está sujeito ao erro e essa capacidade de equivocarse no conhecimento moral pode também confirmar a própria existência da liberdade. As equivocações cognitivas são abundantes, principalmente quando não se quer entender<sup>188</sup>.

Por que é preciso explicar o comportamento animado e não o inanimado? Os inanimados não erram, mas os legisladores sim<sup>189</sup>! Tendo em vista a natureza relacional do ser humano, este buscará as formas de organização social. Busca-se esclarecer um poder para governar, e que possa, por sua vez, veicular a solução das disputas e as negociações e acordos entre as partes interessada, porém, isso

<sup>184</sup> AQUINO, Tomás de. *Comentário a la ética a Nicómaco de Aristóteles*. Pamplona: EUNSA, 2001, p.127 et seq.

<sup>185</sup> FULLER, 1964, p.177

<sup>186</sup> FULLER, 1987, p.3-5

<sup>187</sup> FULLER, 1964, p.177 et seq.

<sup>188</sup> FULLER, 1987, P.69

<sup>189</sup> Ibidem, p.113

não quer dizer tornar todo o Direito puramente público, mas perceber a capacidade humana de autoconduzir-se.<sup>190</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, esquecer-se de que o homem é um agente livre e responsável<sup>191</sup>.

O conceito de Fuller sobre a liberdade não coaduna com a idéia de uma liberdade individualista, mas como a boa escolha, a escolha certa, em termos aristotélica. Equivale, de certa forma, a uma prática bem entendida de que a obediência a uma lei que nos prescrevemos é liberdade, e, entende que a lógica do sistema não se apoia em sanções, mas no que é apropriado ao homem sensato (*reasonable man*), 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<sup>192</sup>.

Em tese, saberíamos responder a um extraterrestre sobre nossas regras de trânsito, se efetivamente são razoáveis e promovem a ordem, e, por esse motivo não é favorável a definição de lei a partir de sanções, pois entende uma definição pela imperfeição.

E nunca há infração? 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? 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.

A especial afinidade entre Direito e moralidade assegura a liberdade, onde, 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 a nos tornarmos o que somos e a definir o que deveríamos ser com relação aos demais.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> FULLER, 1949, p.695

<sup>191</sup> FULLER, 1964, p.177

<sup>192</sup> WINSTON, 1994, p.403

<sup>193</sup> SUMMERS, 1984, p.33-41