



## Fuller e o debate com Hart sobre a tese da separação entre o direito e a moral

### Lon Fuller and the debate with Hart about the thesis of separation between law and morals

Maria Clara Gama Madureira\*

44

**Resumo:** Este artigo pretende apresentar a teoria do direito natural procedimental (ou formal) de Lon Fuller e seu debate com H. L. A. Hart sobre a separação entre o direito e a moral, uma questão já antiga que os autores conseguem elaborar em termos contemporâneos. Embora Hart seja tido na maioria das vezes por vencedor do debate, sustenta-se que não é proveitoso desconsiderar o pensamento de Fuller, que propõe uma das mais sofisticadas teorias jusnaturalistas. Quanto à metodologia, trata-se de uma reflexão filosófica que se ocupa principalmente da obra-prima de Fuller, “The Morality of Law”, e dos artigos publicados por Hart e Fuller em 1958.

**Palavras-chave:** Fuller – Hart – Direito natural

**Abstract:** This article intends to present Lon Fuller’s theory of procedural (or formal) natural law and his debate with H. L. A. Hart about the separation between law and morals, an ancient question that the authors manage to elaborate on in contemporary terms. Even though Hart is most of the time seen as the winner of the debate, it holds that one should not disregard Fuller's thought, for he proposes one of the most sophisticated natural law theories. Regarding methodology, it is a philosophical reflection that works mainly with Fuller's *magnum opus*, “The Morality of Law”, and with the articles published by Hart and Fuller in 1958.

**Keywords:** Fuller – Hart – natural law

## 1. INTRODUÇÃO

\*Mestranda em Teoria e Filosofia do Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Recebido em 15/11/2022

Aprovado em 23/12/2022

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*





A obra do jusfilósofo Lon Fuller ainda é pouco debatida no Brasil, tanto que sua principal obra, “The Morality of Law”, não foi sequer traduzida para o português. Embora outra de suas obras, “O Caso dos Exploradores de Cavernas” (1976), tenha recebido uma tradução para o português e seja frequentemente lida por estudantes ingressantes no curso de Direito, estudos aprofundados de seu pensamento no Brasil ainda são pouco comuns. Por isso, este artigo se propõe a sintetizar alguns dos principais aspectos de seu pensamento e de seu debate com H. L. A. Hart<sup>1</sup>.

Este é um trabalho teórico e jusfilosófico. Em primeiro lugar, será realizada uma breve exposição do pensamento de Lon Fuller, com ênfase em “The Morality of Law”; depois disso, uma de seu debate com H. L. A. Hart, com vistas a situar os dois jusfilósofos dentro de um dos mais clássicos debates da Filosofia do Direito, o do jusnaturalismo em face do juspositivismo.

## 2. DIREITO, ESTADO DE DIREITO E MORALIDADE INTERNA DO DIREITO

Antes de tudo mais, é preciso pontuar que, em “The Morality of Law” (obra publicada pela primeira vez em 1964), são centrais os conceitos de *rule of law* (ou estado de direito, em português) e de *moralidade interna do direito*. Nessa obra, o autor argumenta que, para que um sistema de regras mereça a alcunha de “direito”, é necessário que elas estejam, ao menos em algum grau, em conformidade com essa moralidade. Do contrário, não subsistiria motivo para que as pessoas fossem fiéis às regras. Em suas palavras, “Quando essa reciprocidade é final e completamente rompida pelo governo, não resta nada em que fundamentar o dever do cidadão de observar as regras.”<sup>2</sup> (FULLER, 1969, tradução livre, p. 22)

À guisa disso, para que um sistema de regras esteja conforme às demandas da moralidade interna do direito, elas devem estar em compasso com oito requisitos que ele chama de *desiderata* (no singular: *desideratum*): “[...] a exigência de que as leis sejam gerais, publicamente promulgadas, claras, não-contraditórias, possíveis de se cumprir, relativamente constantes ao longo do tempo, não-retroativas e de que haja congruência entre os atos oficiais e a regra declarada.”<sup>3</sup> (FULLER, 1969, tradução livre, p. 22). Para Fuller, não apenas os

1 Trata-se tanto de uma síntese quanto de uma continuação do que foi estudado, sob orientação do Prof. Dr. Fábio Shecaira, ao longo da elaboração de meu trabalho de conclusão de curso (MADUREIRA, 2019).

2 No original: “When this bond of reciprocity is finally and completely ruptured by government, nothing is left on which to ground the citizen's duty to observe the rules.”

3 No original: “[...] the demands that law be general, publicly promulgated, clear, non-contradictory, possible to comply with, relatively constant through time, non-retroactive and that there be congruence between official action and declared rule.”



*desiderata*, mas também a própria noção de *ordem* já carrega um forte viés moral (FULLER, 1958, p. 644).

É relevante pontuar que, embora Fuller enfatize que não subsiste dever de obediência se as regras não estiverem de acordo com a moralidade *interna* do direito, o mesmo não é verdade se elas se desviam da moralidade *externa*. Em outras palavras, o julgador tem o dever de manter-se neutro e aplicar as regras postas, independentemente de considerá-las corretas ou não. A moralidade *externa*, portanto, não deve ser levada em conta no momento da aplicação do direito, justamente em decorrência do *desideratum* da congruência com as regras (FULLER, 1969, p. 132).

A questão é, em Fuller, que as noções de direito, estado de direito e moralidade interna do direito são intimamente concatenadas, razão pela qual seu pensamento se opõe de forma contundente à tese positivista de que direito e moral são coisas distintas. Para ele, inclusive, não haver um grau mínimo de conformidade com a moralidade interna do direito pode implicar que um dado conjunto de regras não possa ser tido por jurídico.

A isso, cabe acrescentar que, para a autor, haver ou não direito é uma distinção de grau: “[...] tanto estados de direito quanto sistemas jurídicos podem e de fato existem pela metade. Isso acontece quando o esforço propositivo necessário para trazê-los à existência plena foi só parcialmente bem-sucedido.” (FULLER, 1969, tradução livre, p. 122)<sup>4</sup>. À vista disso, torna-se plausível haver um sistema de regras por mais jurídico que outro:

Se direito é apenas um fato manifesto de autoridade ou poder social, logo, mesmo que ainda seja possível falar em justiça substantiva ou em injustiça de leis particulares, não se pode mais falar sobre o grau de legalidade que um dado sistema jurídico como um todo conquista; se somos consistentes com nossas premissas, não podemos, por exemplo, afirmar que o sistema jurídico do País X conquista uma medida maior de legalidade que aquele do País Y.<sup>5</sup> (FULLER, 1969, tradução livre, p. 147)

Em seu debate com Hart, ele desenvolve essa ideia quando busca compreender o quanto se preservou do sistema jurídico pretérito na Alemanha nazista: “Nós, em lugar disso, temos que pôr em questão o quanto de sistema jurídico sobreviveu à geral degradação e perversão de todas as formas de ordem social sob o domínio nazista, e que implicações morais esse sistema

4 No original: “[...] both rules of law and legal systems can and do half exist. This condition results when the purposive effort necessary to bring them into full being has been, as it were, only half successful”

5 No original: “If law is simply a manifested fact of authority or social power, then, though we can still talk about the substantive justice or injustice of particular enactments, we can no longer talk about the degree to which a legal system as whole achieves the ideal of legality; if we are consistent with our premises we cannot, for example, assert that the legal system of Country X achieves a greater measure of legality than that of Country Y.”



mutilado teve para o cidadão consciente forçado a viver sob ele.”<sup>6</sup> (FULLER, 1958, tradução livre, p. 646).

Por fim, ressalte-se que frequentemente classificam o jusnaturalismo de Fuller como direito natural formalista (RUNDLE, 2016, p. 499) ou direito natural procedimental<sup>7</sup>. John Gardner, contudo, diverge dessa forma de compreender; para ele, há uma grande diferença de substância, não só de forma, entre, por exemplo, uma lei clara e uma obscura (GARDNER, 2012, p. 199). Dessarte, ele entende ser melhor dizer que há um caráter *modal*, uma vez que se volta para o *modo* de criação do direito em vez de para seus fins (GARDNER, 2012, p. 205). Nas palavras do autor, “A moralidade interna do direito é só a moralidade do como, não a moralidade do porquê.”<sup>8</sup> (GARDNER, 2012, pp. 205-206).

### 3. O DEBATE ENTRE HART E FULLER

Esse debate, bastante comentado até hoje, teve início em 1957, em uma visita estendida de Hart à Universidade de Harvard, onde Fuller lecionava, e culminou na publicação de um artigo de cada autor na revista “Harvard Law Review” (RUNDLE, 2012, p. 51). O que se passou na ocasião é narrado por Nicola Lacey desta forma:

Há apenas meio século, talvez a mais importante escola de Direito do mundo anglófono foi palco de um debate entre os dois mais influentes teóricos do direito da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos. H.L.A. Hart, Professor de Ciências Jurídicas em Oxford desde 1953, e visitando Harvard para o ano acadêmico 1956-7, foi convidado para lecionar a anual Aula Holmes da escola de Direito. Hart usou essa oportunidade para enunciar, de forma sucinta e incisiva, o cerne da sua incipiente teoria juspositivista, apostando em ser sucessor de Jeremy Bentham e John Austin no século 20. Lon. L. Fuller, catedrático de Ciência Jurídica Geral em Harvard, e um homem que há muito trilhava um solitário caminho teórico como acadêmico e professor comprometido a explorar a moralidade do direito, e, portanto, não de forma infrequente acusado de “mexer o caldeirão das bruxas” da irracional teoria do direito natural, circulava para um lado e para o outro nos fundos da sala, “como um leão voraz”, e depois exigiu direito de resposta. (LACEY, 2008, tradução livre, p. 2)<sup>9</sup>

- 6 No original: “We have instead to inquire how much of a legal system survived the general debasement and perversion of all forms of social order that occurred under the Nazi rule, and what moral implications this mutilated system had for the conscientious citizen forced to live under it.” Ainda, é interessante recordar a conjuntura em que o debate entre os autores se deu: “No hay que olvidar que el debate se desarrolla a finales de los años cincuenta, el olor de la guerra es todavía intenso y las imágenes de los campos de concentración han revelado desde hace poco tiempo el horror que en nombre de la guerra (y según algunos, del derecho) se ha llevado a cabo. No tiene que sorprender, por lo tanto, que todos los ejemplos tengan que ver con la dimensión totalitarista del nazismo y con los retorcimientos que el derecho sufrió aquellos años”. (PORCIELO, 2019, p. 151)
- 7 “[...] esses princípios ou desiderata têm caráter formal ou procedimental, sendo largamente indiferentes quanto ao conteúdo das regras.” (AMATO, 2019, p. 348)
- 8 No original: “Law’s inner morality is only the morality of how, not the morality of why.”
- 9 No original: “Just over half a century ago, perhaps the premier law school in the English-speaking world provided the setting for a debate between the two most influential British and American legal theorists. H.L.A.





Do lado de Hart, o artigo publicado foi “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958), em que sustenta a tese de que há uma separação entre direito e moral (HART, 1958, p. 594); ao passo que a palestra de Fuller deu origem a “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart” (1958), uma réplica aos argumentos do outro.

Ressalte-se que, embora aqui se vá tratar eminentemente do debate do final dos anos 50, da maneira como ele se acha imortalizado nos dois artigos, a controvérsia entre ambos segue ainda por muito tempo. Andrea Porciello (2019, pp. 146-147) fala em *três fases* do debate Hart-Fuller, de que os artigos são a primeira, e que só chega a termo em 1969, com um adendo de Fuller a “The Morality of Law”, que leva o título de “A Reply to Critics”. Ademais, essa polêmica sobre a interação entre direito e moral ainda será sucedida por outra, na forma de debate entre Hart e Dworkin, de que o debate com Fuller pode ser concebido como um antecedente (AMATO, 2019, p. 336).

A divergência primordial entre Hart e Fuller, decorrente de suas noções de direito serem fundamentalmente conflitantes, diz respeito à popular tese juspositivista da separação entre o direito e a moral. Como, para Fuller, a moralidade interna do direito integra o conceito de direito (FULLER, 1969, p. 21), não há acordo com Hart, para quem basta que as regras do direito sejam formal e socialmente válidas<sup>10</sup>, independentemente de quaisquer juízos valorativos.

Fuller se mostra decepcionado pelo fato de o outro não reconhecer que o direito possui um fundamento de validade moral (FULLER, 1958, p. 639) e lamenta que ele não considere que haja uma obrigação de fidelidade ao direito: “[...] ele terá que se ocupar de perto com uma definição de direito que dê sentido à obrigação de fidelidade ao direito”<sup>11</sup> (FULLER, 1958, p. 639).

Pela perspectiva de Fuller, o fim último da filosofia do direito, em vez de ser responder *como* se dá o controle social, deveria ser explicar a razão (o *porquê*) pela qual as pessoas têm a obrigação de observar o direito (RUNDLE, 2012, p. 58). “Como e de quais maneiras deve o

Hart, Professor of Jurisprudence at Oxford since 1953, and visiting Harvard for the academic year 1956-7, was invited to give the Law School’s annual Holmes Lecture. Hart took this opportunity to enunciate, in economical and trenchant form, the kernel of his emerging theory of legal positivism, staking out his claim to be the 20th Century successor to Jeremy Bentham and John Austin. Lon L. Fuller, Carter Professor of General Jurisprudence at Harvard, and a man who had long ploughed a rather lonely jurisprudential furrow as a scholar and teacher committed to exploring the morality of law, and hence not infrequently accused of stirring the ‘witches’ cauldron’ of irrationalist natural law theory, paced up and down at the back of the room ‘like a hungry lion’, and later demanded a right to reply.”

10 O direito consistiria em “[...] fundamental accepted rules specifying the essential lawmaking procedures” (HART, 1958, p. 603).

11 No original: “he will have to concern himself more closely with a definition of law that will make meaningful the obligation of fidelity to law.”



direito ter uma reivindicação moral sobre nós, e como isso se relaciona com as condições que causam o surgimento do direito mesmo? O projeto positivista de Hart responde, ou pode responder, a essa questão, seja explícita ou implicitamente?”<sup>12</sup> (RUNDLE, 2012, tradução livre, p. 58). Para ele, ainda, não há como tratar de direito sem abordar a obrigação de ser fiel a ele (RUNDLE, 2012, p. 58). O que bem ilustra a tamanha relevância desse ponto é o próprio título do artigo: “Positivism and *Fidelity to Law*” [grifo meu]. Hart, no entanto, pouca importância dá ao assunto, mesmo porque não considera que haja qualquer obrigação moral de respeitar o direito.

Para Hart, é mais urgente pensar em um conceito de direito descritivo, e não apenas por uma questão de zelo metodológico, mas também porque não há como se certificar de que uma eventual mescla de direito com moral não possa se dar com uma má moral (RUNDLE, 2012, p. 60).

### 3.1 ALGUNS DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS DO DEBATE

Quatro temas de destaque no debate serão aqui pormenorizados: o primeiro, o argumento da “moralidade interna do envenenamento”; o segundo, a discussão sobre tese de Hart conhecida pelo nome de *the core and the penumbra*; o terceiro, a questão do direito na Alemanha nazista; o quarto, por fim, o “mínimo” de direito natural que Hart admite.

Sobre o primeiro deles, Hart, a quem Fuller censura sob justificativa de não ter dado muita atenção à sua noção de moralidade interna do direito (FULLER, 1958, p. 654), indica que não há um caráter propriamente moral nos *desiderata*, mas, sim, que são princípios que orientam a produção do direito a uma maior efetividade:

Se dissermos ao nosso vizinho: “Você não deve mentir”, isso certamente será um julgamento moral, mas devemos lembrar que o um envenenador poderia dizer “Eu deveria ter dado a ela uma segunda dose”. O ponto aqui é que decisões inteligentes, que nós opomos a decisões mecânicas ou formais, não são necessariamente a mesma coisa que decisões moralmente justificadas.<sup>13</sup> (HART, 1958, tradução livre, p. 613)

12 No original: “How and in what ways might law have a moral claim over us, and how might this relate to the conditions that cause law itself to come into existence? Does, or can, Hart’s positivist project answer this question, either explicitly or implicitly?”

13 No original: “We say to our neighbour, ‘You ought not to lie,’ and that may certainly be a moral judgment, but we should remember that the baffled poisoner may say, ‘I ought to have given her a second dose.’ The point here is that intelligent decisions which we oppose to mechanical or formal decisions are not necessarily identical with decisions defensible on moral grounds.”



Kristin Rundle põe em evidência esse caráter neutro que os *desiderata* parecem ter na visão de Hart:

Os ditos princípios “morais” da moralidade interna do direito, Hart argumentou, são, na verdade, nada mais do que auxiliares neutros para a efetividade da atividade de criar direito. Ou seja, de forma semelhante a uma “moralidade interna do envenenamento” – princípios que, quando seguidos, auxiliam o envenenador a envenenar bem –, observar os oito princípios de Fuller simplesmente faz com que o produto final legal seja mais efetivo na busca dos seus fins.<sup>14</sup> (RUNDLE, 2016, p. 501)

Nesse sentido, é sintomático que até mesmo Ronald Dworkin, um dos maiores nomes do que se convencionou chamar de pós-positivismo, alguém que admite que o direito possui um fundamento moral de validade – não sendo, portanto, defensor da tese da separação –, conteste o caráter moral dos *desiderata* de Fuller:

Eu não discuto, então, a proposição de que existe uma moralidade particularmente ligada ao direito e à sua aplicação. Eu dirijo do Professor Fuller apenas porque nego que os cânones abstratos que ele elaborou (que as leis devem ser claras, públicas, prospectivas, aplicadas da maneira como foram escritas etc.) sejam princípios dessa moralidade.<sup>15</sup> (DWORKIN, tradução livre, p. 637)

A formulações como essa, Fuller retruca que isso é o mesmo que inferir que é possível que o mal seja coerente, ideia de que diverge fortemente (RUNDLE, 2012, p. 60); como já dito neste artigo, para Fuller, a ideia de ordem possui, por si só, uma conotação positiva. Assim sendo, o autor “nega que normalmente possa ocorrer uma aderência aos *desiderata* [...] ao mesmo tempo em que o direito seja usado como instrumento para perpetrar graves injustiças, consubstanciadas no conteúdo das regras” (AMATO, 2019, p. 347).

Após isso, Hart traz à tona sua teoria denominada *the core and the penumbra* (FULLER, 1958, pp. 661), que admite alguma interação entre o direito e a moral. Ela reza que, pelo fato de a linguagem ser uma textura aberta, e o sentido de todas as palavras possuir um certo grau de vagueza e indeterminação, haveria, para os julgadores, um dado espaço de discricionariedade na elaboração das decisões. Dessarte, alguns casos estariam na *penumbra* do direito, em que

14 No original: “The so-called ‘moral’ principles of the internal morality of law, Hart argued, are actually nothing more than neutral aids to the effectiveness of the lawgiving task. That is, akin to an ‘internal morality of poisoning’ – principles that, when followed, aid the poisoner to poison well – observance of Fuller’s eight principles simply makes the end-product of law more effective in the pursuit of its ends.”

15 No original: “I do not quarrel, then, with the proposition that there is a morality particularly concerned with law and its enforcement. I differ with Professor Fuller only in denying that the very abstract canons he has produced (that laws should be clear, public, prospective, enforced as written, etc.) in and of themselves are principles of this morality.”



não haveria certeza sobre a decisão a ser tomada. Nessas situações, para Hart, os julgadores seriam obrigados a se voltar à moral, a fim de dar uma resposta ao caso:

Se temos alguma intenção de nos comunicar com os outros, e se, como nas mais elementares formas de direito, temos a intenção de que um tipo de comportamento seja regulado por regras, então as palavras que usamos em geral – como “veículo”, no caso em questão – devem seguir um padrão mínimo em que não haja dúvida sobre sua aplicação. Deve haver um núcleo de significado estabelecido, mas haverá, também, uma penumbra de casos discutíveis nos quais as palavras não são obviamente aplicáveis nem obviamente descartadas.<sup>16</sup> (HART, 1958, p. 607)

Dessarte, o posicionamento de Hart não é completamente sem nuances. Ele não sugere que não haja relação nenhuma entre direito e moral, ou que a tese da separação seja absoluta e intransponível. Nas palavras de Porciello, “Su posición oscila constantemente entre el tentativo de amortiguar las intransigentes tesis del veteropositivismo y el permanecerle siempre fiel, a pesar de algunos de sus credos” (2019, p. 160).

Não obstante, muito ainda o separa do empreendimento jusnaturalista de Fuller: “Ele não tolera que se ‘misture’ o direito com ideias do que o direito deveria ser; tolera, no máximo, uma antisséptica ‘interseção’.”<sup>17</sup> (FULLER, 1958, tradução livre, p. 630)

Para Hart, contudo, isso não compromete a tese da separação, já que os casos de penumbra são quase como se fossem lacunas no direito, como se não houve mesmo direito a aplicar. Por essa razão, surge a necessidade de se recorrer a elementos de fora, extrajurídicos, para solucioná-los (RUNDLE, 2012, p. 55). Muito embora os dois âmbitos interajam, isso, para o autor, não acarreta uma confusão conceitual entre eles.

Fuller, por sua vez, põe em dúvida a teoria da linguagem que influencia Hart (FULLER, 1958, p. 668), enfatizando que o trabalho de interpretação é muito mais complexo e intrincado do que Hart faz parecer, uma vez que as dificuldades que surgem, em geral, não dizem respeito a uma palavra apenas (FULLER, 1958, p. 666). Porciello esclarece:

Así pues, según da idea de Hart, la situación parece ser esta: o ninguna discrecionalidad o discrecionalidad total. La teoría interpretativa de Hart no conoce fundamentalmente medias tintas. [...]

Fuller sostiene, por el contrario, que el derecho no se comporta como un interruptor que pueda apagarse cuando nos apetece. O, si justo tenemos que definirlo con estos

16 No original: “If we are to communicate with each other at all, and if, as in the most elementary form of law, we are to express our intentions that a certain type of behavior be regulated by rules, then the general words we use – like ‘vehicle’ in the case I consider – must have some standard instance in which no doubts are felt about its application. There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out.”

17 No original: “He will tolerate no ‘merger’ of law and conceptions of what law ought to be, but at the most an antiseptic ‘intersection’.”





términos, tanto Fuller como después Dworkin dirían que el derecho sí es un interruptor, pero un interruptor que está siempre encendido, que nunca deja de iluminar el camino del intérprete en su camino hermenéutico. (PORCIELLO, 2019, pp. 159-160)

Nesse mesmo ponto de vista:

Por não considerar de forma sofisticada a função judicial, foi difícil para Hart traçar um caminho entre uma visão formalista de um lado e uma visão de ampla discricionariedade que chega a implicar, de fato, criação de direito pelo julgador.

Como vimos, Fuller, por outro lado, tinha um interesse antigo e profundamente enraizado no julgamento por um ponto de vista das instituições [...] Mas um artigo que articulando uma crítica do direito natural ao positivismo não era um bom veículo para apresentar essas aspectos das ideias de Fuller: sua visão sutil e distinta das formas de instituições jurídicas e sua percepção de que o design institucional, no direito como em qualquer outro lugar, faz diferença para o resultado; de que certas formas de processo institucional se prestavam à resolução efetiva de determinados tipos de questões.<sup>18</sup> (LACEY, 2008, tradução livre, p. 31)

O terceiro tema aqui a ser posto em destaque é a controvérsia sobre o direito à época da Alemanha nazista, à qual invocam o filósofo do direito alemão Gustav Radbruch, para quem a ênfase no juspositivismo havia tornado possível imiscuir os juristas nos crimes do regime – “Por meio de duas máximas, ‘Uma ordem é uma ordem’ e ‘uma lei é uma lei’, o nacional-socialismo forçou o vínculo de seus seguidores consigo mesmo, soldados e juristas respectivamente.”<sup>19</sup> (RADBRUCH, 2006, tradução livre, p. 1).

Fuller assente, desenvolvendo que o predomínio do juspositivismo e a tradição rigorosamente técnica da teoria jurídica alemã contribuíram para o esvanecimento da discussão da interação entre o direito e a moral (FULLER, 1958, pp. 658-659); por isso, põe em dúvida o quão jurídica se pode dizer que era a forma de controle social de que os nazistas se valiam (FULLER, 1958, p. 633), (FULLER, 1969, p. 21).

Hart, por sua vez, desacolhe, e pontua que postular teoricamente que uma dada forma de controle social é direito não se confunde com uma apologia de que é necessário observar suas prescrições. “Certamente a resposta liberal a qualquer uso sinistro do slogan ‘lei é lei’ ou

18 No original: “In the absence of any sophisticated account of the judicial role, it was difficult for Hart to carve out a path between a formalist vision on the one hand and a vision of broad discretion implying, in effect, judicial legislation on the other. As we have seen, Fuller, by contrast, had a long-standing and deep-rooted interest in adjudication as an institutional form [...] But a paper articulating a natural law critique of positivism was not a good vehicle for showcasing these broader aspects of Fuller’s ideas: his subtle and differentiated vision of forms of legal institution, and his sense that institutional design, in law as elsewhere, made a difference to outcome; that certain forms of institutional process lent themselves to the effective resolution of particular sorts of issue.”

19 No original: “By means of two maxims, ‘An order is an order’ and ‘a law is a law’, National Socialism contrived to bind its followers to itself, soldiers and jurists respectively.”



da distinção entre direito é moral é, ‘Muito bem, mas isso não encerra a questão. Direito não é moral; não se deve deixá-lo suplantar a moralidade.’”<sup>20</sup> (HART, 1958, tradução livre, p. 618)

Finalmente, o último ponto é a concessão de Hart a um mínimo de direito natural: em sua visão, todo sistema jurídico possui um mínimo de conteúdo coincidente, são certos aspectos muito básicos que possibilitam a vida em sociedade (RUNDLE, 2012, p. 56). Hart aclara isso por meio desta didática história:

[...] suponha que os homens se tornassem invulneráveis aos ataques uns dos outros, estivessem vestidos talvez como caranguejos gigantes com uma carapaça impenetrável e pudessem extrair do ar o alimento de que precisassem por algum processo químico interno. Em tais circunstâncias (cujos detalhes podem ser deixados para a ficção científica), regras que proibem o uso livre da violência e regras que constituem a forma mínima de propriedade [...] não seriam vistas como não-arbitrárias como nós as vemos, constituídos como somos para um mundo como o nosso. No momento, e até que tais mudanças radicais ocorram, regras assim são tão fundamentais que, se um sistema jurídico não as tivesse, não haveria sentido em haver quaisquer outras regras. Essas regras se justapõem aos princípios morais básicos que vedam o assassinato, a violência e o roubo; e assim podemos acrescentar à afirmação de que todos os sistemas jurídicos de fato coincidem com a moralidade em tais pontos vitais, a afirmação de que isso é algo necessário. E por que não chamar isso de necessidade “natural”?<sup>21</sup> (HART, 1958, tradução livre, p. 623)

Não obstante, em comparação à forma jusnaturalista de ver as coisas, esse mínimo de direito natural é bem pouco significativo; para Hart, da mesma forma que a teoria chamada *the core and the penumbra*, não é suficiente para promover uma verdadeira fusão conceitual entre moral e direito, como expõe a seguir:

[...] A teoria do direito natural, no entanto, [...] tenta levar o argumento muito mais adiante, ao afirmar que os seres humanos são igualmente devotados e unidos em sua concepção de fins (a busca do conhecimento, a justiça para com seus semelhantes) outros que o da mera sobrevivência, e que esses ditam um conteúdo adicional necessário para um sistema jurídico (além e acima do meu mínimo humilde) sem o qual ele seria inútil. É claro que devemos ter cuidado para não exagerar nas diferenças entre os seres humanos, mas parece-me que, acima desse mínimo, os propósitos que os homens têm para viver em sociedade são muito conflitantes e variados para tornar possível a extensão do argumento de que alguma justaposição mais completa de regras

20 No original: “Surely the truly liberal answer to any sinister use of the slogan ‘law is law’ or of the distinction between law and morals is, ‘Very well, but that does not conclude the question. Law is not morality; do not let it supplant morality.’”

21 No original: “[...] suppose that men were to become invulnerable to attack by each other, were clad perhaps like giant land crabs with an impenetrable carapace, and could extract the food they needed from the air by some internal chemical process. In such circumstances (the details of which can be left to science fiction) rules forbidding the free use of violence and rules constituting the minimum form of property [...] would not have the necessary nonarbitrary status which they have for us, constituted as we are in a world like ours. At present, and until such radical changes supervene, such rules are so fundamental that if a legal system did not have them there would be no point in having any other rules at all. Such rules overlap with basic moral principles vetoing murder, violence, and theft; and so we can add to the factual statement that all legal systems in fact coincide with morality at such vital points, the statement that this is, in this sense, necessarily so. And why not call it a ‘natural’ necessity?”



legais e padrões morais é “necessária” neste sentido.<sup>22</sup> (HART, 1958, tradução livre, p. 623)

Por fim, Amato traz à luz que não há um embate frontal acerca desse ponto, mas que a forma de ver as coisas de um ainda está bem distante da do outro:

Cabe ressaltar que Fuller não trata de rejeitar frontalmente a tese hartiana do “conteúdo mínimo de direito natural do direito positivo”. A determinação conteudística que Hart procura no direito natural ou na moral contrasta com o caminho teórico de Fuller, que busca um “conteúdo” formal ou procedimental associável à noção de direito natural. Aqui, a resposta direta de Fuller busca realçar o quanto tal concepção puramente formal de moralidade (“a moralidade inerente ao direito”) já restringe a iniquidade das regras jurídicas. (AMATO, 2019, p. 346)

#### 4. RECEPÇÃO

Ainda que Fuller seja ordinariamente considerado o perdedor do debate, atualmente, algumas interpretações recentes, como a de Nicola Lacey, põem isso em xeque:

Em essência, meu argumento será de que Fuller achava-se em inevitável desvantagem, não só porque ele estava meramente respondendo, e, portanto, trazido a uma batalha de cujo termo de adesão fora proposto por Hart, mas também por causa das muito diferentes metodologias e visões de mundo por meio das quais os homens abordavam questões de teoria jurídica. Por causa da prerrogativa de Hart de propor a agenda, os termos do debate são os da teoria jurídica analítica: e a recepção do debate, e isso é compreensível, tanto interpretou quanto avaliou o argumento de Fuller largamente segundo critérios internos a essa disciplina.<sup>23</sup> (LACEY, 2008, tradução livre, p. 4)

Nesse mesmo seguimento, Porciello:

Con esta premisa, aquí se quiere evidenciar que, prescindiendo de quien tiene o no razón y en parte estando de acuerdo con Lacey, la aportación de Fuller al debate ha sido habitualmente subestimada, sobre todo porque se ha desligado del marco teórico del proyecto de la eunomía del que hemos hablado en el primer capítulo; un marco, de tendencia socioeconómica que Fuller, probablemente, no ha mostrado de manera clara y completa en su diálogo con Hart porque era consciente de tener que rebatir a

22 No original: “[...] Natural-law theory, however, [...] attempts to push the argument much further and to assert that human beings are equally devoted to and united in their conception of aims (the pursuit of knowledge, justice to their fellow men) other than that of survival, and these dictate a further necessary content to a legal system (over and above my humble minimum) without which it would be pointless. Of course we must be careful not to exaggerate the differences among human beings, but it seems to me that above this minimum the purposes men have for living in society are too conflicting and varying to make possible much extension of the argument that some fuller overlap of legal rules and moral standards is ‘necessary’ in this sense.”

23 No original: “In essence, my argument will be that Fuller was at an inevitable disadvantage, not only because he was merely responding, and hence drawn into a battle whose terms of engagement were set by Hart, but also because of the very different methodologies and worldviews through which the two men approached questions of legal theory. Because of Hart’s agenda-setting position, the terms of the debate are those of analytic legal philosophy: and the reception of the debate has, understandably, both interpreted and evaluated Fuller’s argument largely in terms of criteria internal to that discipline.”



uno de los campeones de la filosofía analítica del siglo XX. Es como si Fuller hubiera tenido que "traducir" sus propios argumentos a un lenguaje adecuado a las exigencias argumentativas dictadas por Hart. Esto, como ha evidenciado Lacey, ha falseado el debate, poniendo a Fuller en una posición desventajada. (PORCIELLO, 2019, 149)

Já para Rundle, a forma com que Fuller organizou o artigo prejudicou-o. Em sua percepção, muitas vezes, ele haveria como ter sido mais didático, além de pecado por ser repetitivo. Apesar de ele mudar a ordem dos argumentos proposta por Hart, ela entende que ele não é especialmente bem-sucedido em reestruturar a linha de pensamento a seu favor (RUNDLE, 2012, p. 59). Nessa mesma esteira, ela destaca, citando uma carta de Hart ao filósofo Morton White, que este inclusive esnobou o artigo do outro por considerá-lo excessivamente extenso e pouco claro (LACEY, 2008, p. 8).

Não obstante, pura e simplesmente decretar Hart como o vencedor nada acrescenta a ninguém em conhecimento. Muito mais produtivo é tentar visualizar os argumentos de ambos situando-os dentro do contexto mais geral do pensamento integral deles, sem subestimar ou menosprezar o pensamento de um ou de outro. Ainda que seja legítimo tomar o partido de Hart, não é produtivo deixar que isso seja um obstáculo a se compreender Fuller em seus próprios termos, não só a partir da leitura de Hart de seu pensamento.

## 5. CONCLUSÃO

O debate entre os dois autores pode ser lido como uma remodelagem da já ancestral polêmica entre jusnaturalismo e juspositivismo. Como bem ressalta Porciello (2019, pp. 150-151), as teorias tanto de Hart quanto de Fuller têm o mérito de não serem inflexíveis e de fugirem dos simplismos, diferentemente de elaborações menos avançadas e com menos nuances, tais quais a de Austin e as dos jusnaturalistas pré-modernos.

O seu valor didático, dessarte, é enorme. Por meio desse debate, pode-se introduzir estudantes a um das mais longevas controvérsias da história jurídica, mas em termos contemporâneos. Finalmente, sublinhe-se que não apenas debruçar-se sobre o debate pode ser útil, mas o mesmo vale para o negligenciado pensamento de Fuller em geral: seu trabalho é muito mais que apenas “O Caso dos Exploradores de Cavernas”.

## BIBLIOGRAFIA



AMATO, Lucas Fucci. *Moralidade, Legalidade e Institucionalização: o Debate Hart-Fuller*. Revista de Direito, Viçosa, v. 11, n. 01, 2019, pp. 335-360. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/6368/pdf>>. Acesso em: 26 de outubro de 2021.

DWORKIN, Ronald. *The Elusive Morality of Law*. Villanova Law Review, v. 10, n. 4, 1965, pp. 631-639. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol10/iss4/3/>>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

FULLER, Lon. *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, 1958, pp. 630-672. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1338226>>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

FULLER, Lon. *The Morality of Law. Revised Edition*. New Haven: Yale University Press, 1969.

FULLER, Lon. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1976.

GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HART, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, vol. 71, n. 4, 1958, pp. 593-629. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1338225>>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

HART, H. L. A., 1964. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, 3ª. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LACEY, Nicola. *Out of the “Witches’ Cauldron”?: Reinterpreting the context and re-assessing the significance of the Hart-Fuller Debate*. LSE Law: Society and Economy Working Papers, 18, 2008, pp. 1-37. Disponível em: <<https://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series/2007-08/WPS2008-18-Lacey.pdf>>. Acesso em 26 de outubro de 2021.

MADUREIRA, Maria Clara Gama. *Direito e Estado de Direito: Uma Análise Crítica da Teoria de Lon Fuller*. Orientador: Fábio Perin Shecaira. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.



PORCIELLO, Andrea, 2016. *En los Orígenes del Neoconstitucionalismo: el Antipositivismo de Lon L. Fuller*. Tradução de Celia Díez Huertas, Lima: Palestra Editores, 2019.

RADBRUCH, Gustav. *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law*. Oxford Journal of Legal Studies, v. 26, n. 1, pp. 1–11, 2006. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3600538>>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

RUNDLE, Kristen. *Form's Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L Fuller*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2012.

RUNDLE, Kristen. *Fuller's Internal Morality of Law*. Philosophy Compass, v. 11, n. 9, 2016, pp. 499-506. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/phc3.12338>>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.