

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GABRIEL ALVES PESSOA**

**APROXIMAÇÕES ENTRE LON FULLER E RONALD DWORKIN EM UMA  
TERCEIRA TEORIA: UMA PROPOSTA DE LEITURA PRAGMATISTA**

**BELO HORIZONTE**

**2026**

**GABRIEL ALVES PESSOA**

**APROXIMAÇÕES ENTRE LON FULLER E RONALD DWORKIN EM UMA  
TERCEIRA TEORIA: UMA PROPOSTA DE LEITURA PRAGMATISTA**

**PROFESSOR DOUTOR THIAGO LOPES DECAT  
ORIENTADOR**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito.

**BELO HORIZONTE**

**2026**

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

P475a Pessoa, Gabriel Alves  
Aproximações entre Lon Fuller e Ronald Dworkin em uma terceira teoria  
[manuscrito] : uma proposta de leitura pragmatista / Gabriel Alves Pessoa. -  
2026.

208 f.

Orientador: Thiago Lopes Decat.  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 204-208.

1. Direito natural - Teses. 2. Positivismo jurídico - Teses. 3. Pragmatismo -  
Teses. 4. Direito - Filosofia - Teses. I. Decat, Thiago Lopes. II. Universidade  
Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 340.12



## ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO GABRIEL ALVES PESSOA

Realizou-se, no dia 10 de fevereiro de 2026, às 13:30 horas, em Plataforma Virtual, pela Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *APROXIMAÇÕES ENTRE LON FULLER E RONALD DWORKIN EM UMA TERCEIRA TEORIA: UMA PROPOSTA DE LEITURA PRAGMATISTA*, apresentada por GABRIEL ALVES PESSOA, número de registro 2024657111, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Thiago Lopes Decat - Orientador (UFMG), Prof(a). Thomas da Rosa Bustamante (UFMG), Prof(a). Gilberto Morbach Junior (USP).

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada, tendo obtido a nota: 90 pontos.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2026.

Prof(a). Thiago Lopes Decat ( Doutor ) Nota: 90pontos

Documento assinado digitalmente  
**gov.br** THIAGO LOPES DECAT  
Data: 12/02/2026 12:00:49-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Thomas da Rosa Bustamante ( Doutor ) Nota: 90 pontos

Documento assinado digitalmente  
**gov.br** THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE  
Data: 12/02/2026 10:41:19-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Gilberto Morbach Junior ( Doutor ) Nota: 90 pontos

Documento assinado digitalmente  
**gov.br** GILBERTO MORBACH JUNIOR  
Data: 10/02/2026 16:15:49-0300  
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

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

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

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

À Larissa, meu amor, por tudo.

Dedico-lhes.

## AGRADECIMENTOS

Ao querido Professor Doutor Thiago Lopes Decat pela orientação e pelas lições. Pelas correções atentas e por sua dedicação com a minha formação. Sem suas contribuições este trabalho não teria sido possível.

Ao Professor Doutor Thomas da Rosa Bustamante, pela sua disposição e por suas análises críticas, sempre construtivas. Ao Professor Doutor Gilberto Morbach, por ter aceitado o convite de compor a banca e por contribuir generosamente com a evolução desta dissertação. E ao Professor Doutor Leonardo Gomes Penteado Rosa, que me orientou na graduação e que me ajudou a descobrir um propósito na filosofia e na educação, especialmente por meio do desafio e do estímulo intelectual da leitura de textos difíceis de teoria e de filosofia do direito.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gérias, por contribuir à minha formação como pesquisador, e por me orgulhar em ser mineiro.

À Universidade Federal de Lavras, onde eu me graduei em Direito, que também contribuiu para a minha formação, e que também me enche de orgulho de ser mineiro, e somado em ser lavrense.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa que possibilitou que esta pesquisa pudesse ser realizada. Sem esse apoio, o trabalho não teria sido possível.

Aos amigos que fiz durante a Pós-Graduação e que me ajudaram e compartilharam essa fase da minha vida. Ao querido Victor Rangel pela amizade e por compartilhar as angústias e as alegrias da vida acadêmica, à Bárbara Ronsoni e ao Fred Fagundes, ao Renan Coimbra e à Lyah Barros, meus amigos de sala de aula, de grupo de pesquisa, de eventos acadêmicos e de cafés. Aos colegas que estavam no doutorado e me ajudaram com a sua experiência e amizade. Ao Wendell Garcez, ao Lunare Amorin e ao Robson Valadares, e especialmente aos queridos Pedro Nobuyuki, pela disponibilidade acadêmica, e ao Rangel Francisco, pela ajuda na nova cidade, pelas conversas esclarecedoras e pela disponibilidade acadêmica e pessoal.

Ao meu querido amigo Artur Magalhães, pela amizade desde a graduação.

Aos meus amigos que estão comigo desde muito antes do mestrado e que se mantiveram presentes mesmo à distância. Ao Marcelo e à Thais Boari, meus amigos inseparáveis. Ao Gabriel Henrique, que mais uma vez me ajudou muito com reparos técnicos no meu computador, sem o qual seria impossível terminar este texto, e ao João, por ser um excelente ouvinte, ambos meus compadres. Ao Ítalo e ao Tales, meus amigos de infância que a vida colocou de volta na fase adulta. E à Thais Moratta, minha amiga e cunhada, pela amizade e pelos cafés.

À minha família, pelo apoio incondicional. À minha mãe, Alessandra, pelo amor, pelo carinho e pelo cuidado ofertado. Por fazer tanto, com tão pouco e de tão longe. Às minhas irmãs, Isabella e Noah, por me ensinarem muito sobre responsabilidade, cuidado e amor.

À Larissa, meu amor, por tornar a minha vida mais leve e cheia de amor.

Os meus sinceros agradecimentos.

## RESUMO

Esta dissertação pretende traçar relações entre dois grandes autores da teoria do direito do século XX: Lon Fuller e Ronald Dworkin. Assumi o pressuposto, muito aceito na literatura, de que Ronald Dworkin é um autor que superou o debate entre direito natural e positivismo jurídico e cuja teoria constitui uma terceira teoria alternativa. E aceitei a proposta de leitura que pretende descrever essa terceira teoria de Dworkin como pragmatismo filosófico. Neste sentido, pretendi defender a aproximação entre Fuller e Dworkin, demonstrando que a teoria do direito de Fuller, geralmente lida como jusnaturalista, é melhor, se lida como Dworkin, como uma teoria pragmatista. O primeiro capítulo expõe argumentos importantes da teoria de Fuller, enquanto o segundo capítulo faz isso com a teoria de Dworkin. Os capítulos um e dois, expositivos das teorias de Fuller e Dworkin, tratam de textos nos quais os autores desenvolveram seus principais argumentos sobre teoria do direito, especialmente em tom crítico ao positivismo jurídico. O terceiro capítulo pretende rejeitar as críticas de Dworkin a Fuller (feitas anteriormente às formulações teóricas mais substantivas de Dworkin) e aproximar os autores, evidenciando características comuns às suas teorias e que permitem classificar ambos como pragmatistas filosóficos.

Palavras-chave: Direito Natural; Positivismo Jurídico; Pragmatismo Filosófico.

## ABSTRACT

This master thesis aims to trace the relationship between two major authors of 20th-century legal theory: Lon Fuller and Ronald Dworkin. I assumed the widely accepted premise in the literature that Ronald Dworkin is an author who transcended the debate between natural law and legal positivism, and whose theory constitutes a third alternative theory. I accepted the proposed reading that describes this third theory of Dworkin as philosophical pragmatism. In this sense, I intended to defend the approximation between Fuller and Dworkin, demonstrating that Fuller's legal theory, generally understood as a natural law theory, is better understood, as also is Dworkin's, as a pragmatist theory. The first chapter presents important arguments from Fuller's theory, while the second chapter does the same with Dworkin's theory. Chapters one and two, which present the theories of Fuller and Dworkin, deal with texts in which the authors developed their main arguments on legal theory, especially in a critical tone towards legal positivism. The third chapter aims to reject Dworkin's criticisms of Fuller (previously made regarding Dworkin's more substantive theoretical formulations) and to bring the authors closer together, highlighting common characteristics in their theories that allow both to be classified as philosophical pragmatists.

Key-words: Natural Law; Legal Positivism; Philosophical Pragmatism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>CAPÍTULO 1. LEVANDO LON FULLER A SÉRIO</b> .....	17
<b>Introdução</b> .....	17
<b>Seção 1. O debate Fuller-Nagel sobre Fato e Valor</b> .....	18
1.1. Direito Natural e Propósito Humano .....	18
1.2. Sobre a Fusão de Fato e Valor: Uma Resposta ao Professor Fuller .....	22
1.3. Uma Tréplica ao Professor Nagel .....	25
<b>Seção 2. O debate Hart-Fuller sobre Direito e Moral</b> .....	30
2.1. Positivismo e Separação entre o direito e a moral .....	30
2.2. Positivismo e Fidelidade ao Direito: Uma Resposta ao Professor Hart .....	37
<b>Seção 3. <i>Economics</i> e os Princípios e as Formas de Ordenação Social</b> .....	49
3.1. Introdução .....	49
3.2. A Teoria Eunômica: Meios e Fins .....	59
3.3. Princípios e Formas de Ordenação Social .....	62
<b>Seção 4. De <i>The Law in Quest of Itself</i> a <i>The Morality of Law</i></b> .....	82
4.1. O Direito em Busca de Si Mesmo .....	82
4.2. A Moralidade do Direito .....	97
<b>CAPÍTULO 2. RONALD DWORKIN: DE <i>TAKING RIGHT SERIOUSLY</i> A <i>LAW'S EMPIRE</i></b> .....	110
<b>Introdução</b> .....	110
<b>Seção 1. Do Modelo de Regras I ao Modelo de Regras II</b> .....	111
1.1. O Modelo de Regras .....	111
1.2. Regras Sociais e Teoria do Direito .....	121
<b>Seção 2. Casos Difíceis</b> .....	133
<b>Seção 3. Direito como Integridade</b> .....	146
3.1. Introdução .....	146
3.2. Conceitos de Interpretação .....	155
3.3. A Teoria do Direito Revisitada .....	163
3.4. Direito como Integridade .....	166
<b>CAPÍTULO 3. APROXIMAÇÕES ENTRE FULLER E DWORKIN</b> .....	181
<b>Introdução</b> .....	181

<b>Seção 1. Dworkin <i>contra</i> Fuller</b> .....	181
<b>1.1.</b> A Crítica de Dworkin a Fuller .....	181
<b>1.2.</b> A Resposta de Fuller aos Críticos .....	188
<b>1.3.</b> Fortalecendo um argumento de Fuller: expectativa de expectativas .....	192
<b>Seção 2. Fuller <i>com</i> Dworkin</b> .....	195
<b>2.1.</b> As críticas ao positivismo jurídico e compartilhamento de características .....	195
<b>2.2.</b> A terceira teoria: pragmatismo filosófico .....	198
<b>CONCLUSÃO</b> .....	201
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	204

## INTRODUÇÃO

Até a primeira metade do século XX, a agenda filosófica da teoria do direito de matriz anglo-saxã foi muito marcada pela disputa entre positivistas jurídicos e jusnaturalistas. O debate, ainda não superado completamente, gira em torno da definição conceitual da relação entre direito e moralidade. Por um lado, os positivistas acreditam que não existe relação conceitual necessária entre direito e moral. Nesse sentido, a moralidade não é nem um critério necessário de validade para as regras jurídicas, nem de existência para o sistema jurídico. Para os jusnaturalistas, por sua vez, a relação entre direito e moral é conceitualmente necessária. Assim, em geral, a moralidade é um critério tanto de validade para as regras jurídicas quanto de existência para o sistema jurídico. No entanto, especialmente a partir da segunda metade do século XX, a teoria do direito analítica tomou novos rumos que perduram até hoje. Desde então, as diferenças muito marcadas entre positivistas jurídicos e jusnaturalistas têm sido cada vez mais amenizadas e os caminhos intermediários têm sido cada vez mais explorados. Dessa forma, os filósofos do direito contemporâneos, na recuperação e revisita aos clássicos da teoria do direito e diante dos novos desafios do direito, têm buscado construir mais pontes do que muros entre os autores das diferentes tradições filosóficas (Rundle, 2012, p. 11-12).

Nesse sentido, um dos filósofos do direito mais importantes, cuja extensa produção acadêmica coincide com essa virada da teoria do direito é Ronald Dworkin. Alguns afirmam que Dworkin não pode ser enquadrado em nenhuma categoria, e que é infrutífero tentar rastrear suas origens e influências (Guest, 1997, p. 6-7). Esta é uma afirmação que rejeito. Outros, que Dworkin foi responsável por introduzir uma “terceira teoria” entre o positivismo jurídico e a teoria do direito natural (Postema, 2011, p. 448). Esta é uma afirmação que aceito. Suas críticas ao positivismo muito contribuíram para o surgimento de um novo caminho, situado entre o direito natural não abraçado e o positivismo jurídico rejeitado. A influência da sua teoria do direito persiste até os nossos dias e nos convida a repensar os rótulos rígidos estabelecidos no debate tradicional da teoria do direito. Nessa perspectiva, existe uma proposta de leitura pragmatista de Ronald Dworkin (Decat, 2014, p. 23) que constitui uma tentativa de definir essa “terceira teoria” entre positivismo e jusnaturalismo. Esse não é o pragmatismo instrumentalista que Dworkin rejeitou. É um pragmatismo filosófico em sentido amplo, centrado na primazia da prática ou atividade na explicação filosófica (Brandom, 2011, p. 56). Conforme o filósofo pragmatista Robert Brandom, é a ideia de que se deve compreender o saber *que* como uma espécie de saber *como* (Brandom, 2011, p. 9). No vocabulário brandomiano mais apropriado à

teoria do direito, é “[...] um comprometimento com a prioridade explicativa das normas implícitas como correções (*proprieties*) da prática em relação às normas explícitas como regras ou princípios”<sup>1</sup> (Brandom, 2011, p. 9). Em outras palavras, o pragmatismo filosófico em sentido amplo é a compreensão e a explicação do que é explícito por meio do que está implícito, e do que está implícito pelo seu papel na relação de explicitação com o que está explícito. Neste caso, a explicação do direito explícito em regras e princípios jurídicos positivados por meio princípios morais implícitos nas práticas sociais. Essa proposta de leitura pragmatista de Dworkin surge porque ele confere prioridade à atividade interpretativa da prática do direito sobre a prática semântica, isto é, sobre seu conteúdo. Logo, é por meio da atividade prática de interpretação do direito, que torna o que está implícito nas práticas sociais explícito nas regras e princípios positivados, que o conteúdo dos conceitos e das proposições jurídicas é então definido. Dessa forma, Dworkin é um antipositivista porque aceita que o direito só pode ser compreendido por meio de princípios morais implícitos nas práticas sociais, contudo, ele não adota uma posição jusnaturalista porque esses princípios morais que dão sentido ao direito são frutos da prática social, isto é, são construídos e constituídos socialmente, ao contrário da moralidade universal e transcendente do direito natural clássico.

Mas antes de Ronald Dworkin desafiar o positivismo jurídico com sua terceira teoria alternativa, outro autor igualmente difícil de se enquadrar exatamente nas categorias tradicionais da teoria do direito, havia desafiado a compreensão do direito defendida pelos positivistas. Ele, Lon Fuller é lembrado entre nós principalmente por seu debate com H. L. A. Hart, e por sua aparente derrota sobre a conexão entre o direito e a moralidade para seu oponente “analiticamente superior” (Rundle, 2012, p. 1). Embora ele nunca tenha reivindicado qualquer conexão *conceitualmente* necessária entre o direito e a moralidade (Rundle, 2012, p. 4), suas trocas com Hart foram lidas da perspectiva do “vencedor” do debate. Nesse sentido, Fuller hoje é mais conhecido como um “guardião moderno” do direito natural (Rundle, 2012, p. 7). Fuller de fato se auto declarou um jusnaturalista procedimental (Fuller, 1967, p. 96). Contudo, sua preocupação não com os “[...] fins substantivos das normas jurídicas, mas com a maneira pelas quais um sistema de normas destinado a regular a conduta humana deva ser construído e administrado”<sup>2</sup> (Fuller, 1967, p. 97) o afasta suficientemente da teoria tradicional do direito natural e o coloca numa paisagem intelectual muito mais útil à filosofia do direito contemporânea do que ele realmente foi considerado até agora. Além de a leitura de Fuller ter

<sup>1</sup> No original: “[...] a commitment to the explanatory priority of norms implicit as proprieties of practice to norms explicit as rules or principles.”

<sup>2</sup> No original: “[...] substantive aims of legal rules, but with the ways in which a system of rules for governing human conduct must be constructed and administered”.

sido frequentemente feita pela ótica de Hart, que limitou o foco do debate e das suas contribuições, seus demais escritos ficaram fora do interesse da filosofia do direito. E lá está o melhor que Fuller tem a oferecer (Rundle, 2012, p. 19).

Por conseguinte, proponho uma releitura que resgata Fuller de uma relação estreita com o direito natural, como frequentemente ele tem sido lido, para realocá-lo em uma terceira teoria, como Dworkin usualmente é apresentado. Minha hipótese é que a melhor leitura de Fuller, como já foi defendido com Dworkin, é pela terceira via de uma teoria do direito comprometida com o pragmatismo filosófico. Proponho, nesse sentido, as seguintes questões-problema para este trabalho de pesquisa: (1) Como as críticas ao positivismo de Fuller e de Dworkin aproximam os dois autores? (2) Eles compartilham elementos ou características comuns? (3) Se sim, justificam a aproximação de Fuller com Dworkin na “terceira teoria” identificada como pragmatismo filosófico? O objetivo principal dessa pesquisa, portanto, é relacionar Fuller e Dworkin a partir da noção de que existe uma “terceira teoria” entre o direito natural e o positivismo jurídico.

É necessário, então, primeiro compreender o interesse teórico de Fuller. Ele está interessado no estudo de um tipo de ordem justa, imparcial, viável e respeitosa à dignidade humana (Fuller, 1981, p. 47). O tipo de estudo adequado para esse tipo de ordem é o que ele chama de *Eunomics*: a ciência, teoria ou estudo da boa ordem e dos arranjos sociais viáveis (Fuller, 1954, p. 477). Aqui, somos apresentados à sua ideia de que a filosofia social é uma espécie de arquitetura social, isto é, responsável por construir o design institucional de nossas instituições e práticas sociais. O direito, como parte dessa arquitetura social mais geral é uma das formas de ordenação social, composto de, pelo menos, cinco processos jurídicos em sentido amplo, a saber, legislação, adjudicação, contrato, mediação e direção gerencial. Cada um desses processos jurídicos é dotado de uma estrutura específica e guiado por um conjunto de princípios morais específicos, que Fuller chama de moralidade interna, que determinam o design institucional das formas de ordenação social, especialmente por meio de regras e princípios explícitos.

É nesse sentido que a concepção de direito de Fuller é uma concepção moral num sentido importante para o pragmatismo filosófico. Ele pressupõe que regras e princípios morais implícitos (moralidade interna) nas práticas sociais constituem a estrutura de regras e princípios jurídicos explícitos. Portanto, é nesses termos que Fuller pode ser lido como um pragmatista – e aqui a minha hipótese se especifica. A compreensão de regras jurídicas explícitas só é possível a partir da concepção de fundo de princípios morais implícitos nas práticas sociais, ou seja, da moralidade interna à prática. Esses princípios morais orientadores e constitutivos do design

institucional de nossas práticas e instituições sociais (que inclui práticas e instituições jurídicas) não são, todavia, princípios morais metafísicos, universais, gerais ou relacionados à natureza humana, como defende a teoria jusnaturalista clássica, mas princípios morais construídos e constituídos socialmente. Portanto, defendo que Lon Fuller é um pragmatista, como já foi defendido com relação a Dworkin. Ele é um antipositivista, mas não pode ser um jusnaturalista clássico em razão disso – embora, como Dworkin, defenda argumentos alinhados à teoria do direito natural – porque as bases da sua moralidade interna são sociais e não transcendentais. Assim, é possível afirmar que os dois autores guardam relações entre si.

Procedo da seguinte forma. No primeiro capítulo exponho a teoria do direito de Fuller. Começo apresentando seu debate com o positivista lógico Ernest Nagel sobre fato e valor e em seguida apresento seu famoso debate com o positivista jurídico H. L. A. Hart sobre direito e moral. Depois, apresento sua Teoria Eunômica, conforme o livro *The Principles of Social Order* (1981), organizado e publicado postumamente, que reuniu artigos publicados e não publicados de Fuller. Por fim, exponho os argumentos de *Law in Quest of Itself* (1940) e de *The Morality of Law* (1964), com o objetivo de demonstrar o afastamento de Fuller da teoria clássica do direito natural, que o levou a afirmar ser defensor de uma versão procedimental. No segundo capítulo exponho a teoria do direito de Dworkin. Começo apresentando suas primeiras críticas ao positivismo jurídico em “The Model of Rules” (1967) e em seguida trato de “Social Rules and Legal Theory” (1972), no qual Dworkin remodelou alguns de seus argumentos. Depois trato de “Hard Cases” (1975), quando pela primeira vez Dworkin adota uma posição mais propositiva e oferece um argumento alternativo ao positivismo jurídico na tentativa de evitar o problema da discricionariedade. Finalmente, encerro apresentando os argumentos de Dworkin em *Law’s Empire* (1986). Acredito que os capítulos um e dois oferecem um panorama geral da evolução e dos elementos centrais das teorias do direito de Lon Fuller e de Ronald Dworkin, especialmente em relação às suas posições críticas ao positivismo jurídico. Os dois primeiros capítulos são fundamentalmente expositivos e têm o objetivo de fornecer a base para o terceiro capítulo, no qual (1) analiso se e como as críticas de Fuller e Dworkin os aproximam, (2) identificando os elementos comuns e se (3) é justificado afirmar que eles se aproximam por se inserirem em uma terceira teoria e se podemos afirmar que, para Fuller, essa terceira teoria é o pragmatismo filosófico, como foi defendido anteriormente em relação a Dworkin. Antes de fazer essas avaliações no capítulo três, no entanto, apresento as Críticas que Dworkin teceu a Fuller em 1965 e as Respostas que Fuller apresentou em 1969.

O objeto desta pesquisa é teórico (Gustin, Dias, Nicácio, 2020, p. 41). Proponho uma aproximação entre Fuller e Dworkin por meio de uma terceira teoria, alternativa ao direito

natural e ao positivismo jurídico. Para isso, utilizo uma leitura de Dworkin que o apresenta como pragmatista filosófico (Decat, 2014, p. 23). Acredito que Fuller, como Dworkin, pode ser incluído nessa terceira teoria pelas mesmas razões. Desse modo, primeiro reconstruo a teoria do direito de Fuller. Depois, reconstruo a teoria do direito de Dworkin. Finalmente, ofereço uma avaliação das razões que os aproximam. O objetivo é identificar elementos centrais em suas teorias que os aproximam, especialmente nas suas críticas ao positivismo jurídico, para demonstrar que Fuller pode ser aproximado de Dworkin por meio do pragmatismo filosófico. Dada a natureza teórica da pesquisa destinada a formular ou rever teorias, conceitos e argumentos, (Gustin, Dias, Nicácio, 2020, p. 83) utilizo uma metodologia que é, em primeiro lugar, analítica e descritiva, e em segundo, interpretativa e avaliativa. Nesse sentido, adoto o método estrutural – como *método de leitura* auxiliar da metodologia – para a leitura da bibliografia selecionada (Macedo Júnior, 2008, p. 5-6 e 11). Toda a bibliografia primária foi citada conforme as publicações originais de Lon Fuller e Ronald Dworkin. Optei por traduzi-las no corpo do texto e oferecer a citação original em inglês em notas de rodapé. A bibliografia secundária cuja publicação original é em inglês também foi traduzida por mim no corpo do texto e acompanha a citação original em notas de rodapé. São as citações de Herbert Hart, Stephen Guest, Kristen Rundle, Kenneth Wiston, Gerald Postema e Robert Brandom. Já a bibliografia de Thiago Decat foi originalmente publicada em português, enquanto que a citação de Niklas Luhmann foi originalmente publicada em alemão. Neste último caso, optei por citar conforme a obra traduzida para o português.

## CAPÍTULO 1: LEVANDO LON FULLER A SÉRIO

### Introdução

Lon L. Fuller foi um influente filósofo e jurista norte americano do século XX. Nasceu em 1902, no Texas. Cursou Economia e Direito na Universidade de Stanford e foi Professor de Teoria do Direito na Universidade de Harvard entre 1940 e 1972. Faleceu em 1978, em Massachusetts. Lon Fuller se tornou conhecido especialmente pelo debate com o Professor H. L. A. Hart sobre a relação entre o direito e a moralidade.

Este capítulo pretende cumprir uma função dupla. Em primeiro lugar, trata dos textos mais importantes de Fuller, nos quais ele critica o positivismo jurídico e indica sua posição próxima do direito natural, mas de uma teoria jusnaturalista diferente da tradição clássica. Fuller defende uma teoria do direito natural procedimental e não substantiva. Argumento no terceiro capítulo que sua posição se afasta do direito natural e vai em direção a terceira via do pragmatismo filosófico. Em segundo lugar, este capítulo cumpre o papel de apresentar e introduzir o pensamento de Lon Fuller de maneira sistemática ao leitor brasileiro.

Na primeira seção, abordo o debate ocorrido na década de 1950 entre Lon Fuller e o filósofo analítico e defensor do positivismo lógico, Ernest Nagel, sobre a separação entre fato e valor. Na segunda seção, trato do debate pelo qual Fuller se tornou mais conhecido. Trata-se do debate entre ele e o positivista jurídico H. L. A. Hart, que ocorreu entre o fim da década de 1950 e se estendeu pela década de 1960, sobre a separação entre direito e moralidade. Na terceira seção, exploro o conceito de *Economics*, desenvolvido, mas não concluído, por Fuller, conforme textos organizados e publicados postumamente por Kenneth Wiston em *The Principles of Social Order*, de 1981. Além disso, analiso os princípios e as formas da ordenação social, que conforme Fuller, contrariam o pensamento positivista em pelo menos dois sentidos. O primeiro sentido é que existem formas de ordenação social que não dependem de instanciação oficial, isto é, nascem espontaneamente das interações humanas e de suas acomodações recíprocas. O segundo sentido é que mesmo aquelas formas de ordenação social de instanciação oficial, especialmente legislação e adjudicação, têm limitações implícitas que Fuller chama de moralidade interna. A quarta e última seção trata de dois livros de Fuller: *The Law in Quest of Itself* (1940) e *The Morality of Law* (1964). Os dois livros são fundamentalmente críticos ao positivismo jurídico e marcam a evolução do pensamento de Fuller. No primeiro, ele está mais próximo do direito natural como tradicionalmente entendido, e, no segundo, mais distante,

defendendo um direito natural procedimental que é possível afirmar ser secular e não metafísico.

### **Seção 1. O debate Fuller-Nagel sobre a separação entre *Fato e Valor***

Em 1956 Fuller publicou o texto “Human Purpose and Natural Law”<sup>3</sup> no qual ele defendeu a união entre ser e dever ser na interpretação de comportamentos humanos intencionais. Ernest Nagel, em 1958, criticou a ideia de Fuller em “On the Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller”.<sup>4</sup> No mesmo ano, Fuller apresentou sua tréplica em “A Rejoinder to Professor Nagel”.<sup>5</sup>

#### 1.1. Propósito Humano e Direito Natural

Fuller inicia seu artigo deixando claro o que não está fazendo. Ele não está apresentando uma “teoria do direito natural.” Sua preocupação é apresentar um problema e uma solução, ainda que incidental e imperfeita. Ademais, o autor aponta que, ainda que as teorias do direito natural frequentemente tentem lidar desajeitadamente com esse problema, o positivismo comumente apenas o ignora (Fuller, 1956, p. 697). O problema surge na tentativa de reconciliação entre, de um lado, a dicotomia aceita entre fato e valor, e de outro, a interpretação intencional do comportamento humano. A tese de Fuller é de que

[...] quando aceitamos todas as consequências que fluem de uma visão que trata a ação humana como direcionada a objetivos, a relação entre fato e valor assume um aspecto inteiramente diferente daquele implícito no suposto “truísmo” que, nada do *que é* se segue quanto ao que *deveria ser*<sup>6</sup> (Fuller, 1956, p. 697).

Relembremos o exemplo de Fuller. Observamos um menino em uma atividade com um determinado objeto, mas não podemos saber seu propósito em relação à atividade ou ao objeto. Quando descobrimos o propósito do menino, podemos compreender as atividades que ele

<sup>3</sup> Fuller, Lon. “Human Purpose and Natural Law”. Pennsylvania: The Journal of Philosophy, vol. 53, n. 22, 1956, p. 697-705. Republicado em: “Human Purpose and Natural Law”. Natural Law Forum, vol. 28, 1958, p. 68-76.

<sup>4</sup> Nagel, Ernest. “On the Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller”. Natural Law Forum, paper 29, 1958, p. 77-82.

<sup>5</sup> Fuller, Lon. “A Rejoinder to Professor Nagel.” Natural Law Forum, paper 30, 1958, p. 83-104.

<sup>6</sup> No original: “[...] when we accept the full consequences that flow from a view which treats human action as goal-directed, the relation between fact and value assumes an aspect entirely different from that implied in the alleged ‘truism’ that from *what is* nothing whatever follows as to *what ought to be*.”

estava realizando e os porquês de suas ações que observamos. A descoberta de seu propósito ilumina as suas ações. Logo, a interpretação de eventos do comportamento humano (fato) que trate o que observamos como intencional (valor) demonstra que fato e valor se fundem. Nesse sentido, a visão de que os valores são algo estranhos a uma explicação puramente factual não se sustentará. Isso ocorre porque se podemos prever que a atividade do menino será abandonada, é porque sabemos que, julgada a luz do seu próprio propósito, ela não é uma boa maneira de alcançá-lo, isto é, carece de valor (Fuller, 1956, p. 698).

É possível que este ponto seja contestado da seguinte forma. É uma falácia afirmar que um elemento de valor é intrínseco a fatos, pois quando observamos, por exemplo, o menino na sua atividade, a observação dos eventos físicos, a percepção do propósito dele e a nossa aceitação provisória desse propósito como um padrão de valoração ocorrem simultaneamente, “[...] de modo que o que é, em princípio distinto, é aqui misturado, criando assim a ilusão de que fato e valor de alguma forma se fundiram”<sup>7</sup> (Fuller, 1956, p. 699). Esse argumento, contudo, ignora o fato de que, quando lidamos com uma ação intencional projetada no tempo, a estrutura desse evento não está em um estado de coisas simultâneo, mas em uma sequência de acontecimentos, “[...] que só pode ser entendida se participamos de um processo de avaliação pelo qual o ruim é rejeitado e o bom retido”<sup>8</sup> (Fuller, 1956, p. 699).

Esse argumento, antecipa Fuller, pode sofrer a objeção de que confunde a questão do valor último com a questão de selecionar os meios mais eficazes para a realização um propósito imediato. Não seria necessário, diriam os críticos, para compreender e descrever uma ação intencional, participar de um ato de avaliação. Mas um curso de ação proposital poderia ser verdadeiramente compreendido simplesmente pela percepção de um propósito imediato perseguido? Como deveríamos lidar com a mudança de um propósito para outro sem qualquer participação do observador na avaliação que produziu a mudança? (Fuller, 1956, p. 699).

Voltemos ao exemplo. A atividade do garoto com aquele determinado objeto ganhou um acréscimo de significado quando Fuller nos revelou que ele pretendia abrir uma concha de uma espécie de molusco. Quando Fuller descreveu a série de atos do garoto (cutucar, forçar e colocar fogo) em relação ao objeto, disse que eram direcionados a um único propósito: abri-lo. No entanto, teria sido melhor, sugere Fuller, falar de um amontoado de propósitos relacionados. Se disséssemos ao garoto que ele poderia observar o molusco em um aquário próximo e ele largasse a concha e corresse para lá, diríamos que houve uma ruptura na continuidade de suas

---

<sup>7</sup> No original: “[...] so that what is in principle distinct is here blended, thus creating an illusion that fact and value have somehow merged.”

<sup>8</sup> No original: “[...] which can be understood only if we participate in a process of evaluation by which the bad is rejected and the good retained.”

ações ou que ele apenas encontrou uma forma melhor de alcançar o seu verdadeiro propósito? O ponto é que para entender um curso de ação qualquer, um único propósito não é suficiente. Há sempre propósitos em interação. Entendemos uma ação intencional realizada por uma pessoa por causa da nossa natureza humana compartilhada – incompleta e em desenvolvimento (Fuller, 1956, p. 700). Fuller dá o famoso exemplo de Wittgenstein para demonstrar como o significado de qualquer propósito é dependente de outros propósitos latentes em interação com ele: “Alguém me diz: ‘Mostre um jogo para as crianças.’ Eu os ensino a jogar dados, e o outro me diz: ‘Eu não quis dizer esse tipo de jogo.’ A exclusão do jogo de dados deve ter vindo à sua mente quando ele me deu a ordem?”<sup>9, 10</sup> (Fuller, 1956, p. 700).

Podemos observar o problema que enfrentamos na tentativa de aplicar a separação entre fato e valor no propósito humano na relação entre meios e fins. Há duas formas opostas de lidar com os problemas sobre meios e fins. A primeira diz que a seleção de um meio eficaz para a realização de um determinado fim é uma atividade que envolve a capacidade humana de raciocínio e de análise para alcançá-lo; ou seja, a atividade é um meio para um fim. A outra afirma que essa atividade tem um fim último que não pode ser determinado por análise ou observação, mas que de alguma forma se projeta sobre os acontecimentos; isto é, a atividade é um fim em si mesmo. Essas duas linhas de pensamento podem coexistir, desde que não sejam aplicadas a um processo de decisão. Quando precisamos tomar uma decisão sobre um curso da ação humana, “meios e fins não mais se organizam em conjunto, mas se movem em círculos de interação.” Fuller sugere que parte do dilema sobre meios e fins é um problema de linguagem. A linguagem é adequada para descrever uma ação projetada unilateralmente, mas não para lidar com a interação (Fuller, 1956, p. 700-701).

A verdadeira raiz do problema entre meios e fins é muito mais profunda. Fuller acredita que a questão que devemos enfrentar não é a de oferecer soluções, mas de decidir como devemos nos comportar diante da ausência de uma solução. Aqui, Fuller identifica duas formas de lidar com essa falta de solução para o problema entre meios e fins com as duas teorias do direito. A primeira, atribuída ao positivismo, defenderá que “A validade dos fins humanos e dos ‘valores’ não é uma questão para demonstração racional.”<sup>11</sup> Ou seja, o “valor” ou o “dever ser” não tem fundamentação racional. A outra, atribuída ao direito natural, defenderá que “Como no processo de decisão os meios e fins interagem, é impossível atribuir de antemão limites precisos

<sup>9</sup> Wittgenstein, *Philosophical Investigations* 33 (1953).

<sup>10</sup> No original: “Someone says to me: ‘Show the children a game.’ I teach them gaming with dice, and the other says, ‘I didn’t mean that sort of game.’ Must the exclusion of the game with dice have come before his mind when he gave me the order?”

<sup>11</sup> No original: “The validity of human ends and ‘values’ is not a matter for reasoned demonstration.”

para o papel da razão.”<sup>12</sup> Ou seja, embora não se possa demonstrar os limites da fundamentação racional do “valor” ou do “dever ser”, eles são racionalizáveis. Essa última tese afirma a realidade de um processo que Fuller chama de “[...] articulação colaborativa de propósitos compartilhados.”<sup>13</sup> (Fuller, 1956, p. 702). A teoria do direito natural manteve viva a fé nesse processo. A fé é justificada? Para Fuller, temos evidências de que sim:

[...] na história do *common law* temos um exemplo que ensina como uma instituição social pode derivar sua integridade e vitalidade do mesmo espírito de consulta que anima a discussão de dois amigos compartilhando um problema. O *common law* não é obra de um juiz, mas de muitos, colaborando ao longo do tempo. Ao longo de sua história, a implementação de suas regras foi aprimorada e refinada. Ao mesmo tempo, as próprias regras têm sido frequentemente revisadas para possibilitar uma implementação efetiva delas. Embora se diga que o *common law* é construído sobre precedentes, não há formulação verbal controladora do significado de qualquer precedente em particular. O que o tribunal disse em um caso anterior está sempre sujeito a reinterpretação à medida que surgem novas situações. O alcance do precedente é determinado não apenas à luz do fim em vista perseguido pelo tribunal que o decidiu, mas à luz de fins fora de vista porque não despertados na consciência ativa pelos fatos do caso decidido. O problema colocado pelo exemplo do jogo da criança de Wittgenstein é tão familiar ao *common law* que dificilmente parece novidade. E, exceto por lapsos ocasionais no literalismo, sua resposta sempre foi: “Não, ele não quis dizer esse tipo de jogo”.<sup>14</sup> (Fuller, 1956, p. 703).

A rejeição da união entre fato e valor na interpretação do comportamento humano intencional é a rejeição da própria realidade da articulação colaborativa de propósitos compartilhados. Ela é sentida tragicamente no fracasso em continuar os trabalhos que analisam e discutem as várias formas de ordenação social.<sup>15</sup> Fuller usa esse termo amplamente para “incluir regras, procedimentos e instituições – todas as formas, em suma, em que as relações dos seres humanos entre si são submetidas a uma ordem formal, seja por consentimento, hábito ou comando”<sup>16</sup> (Fuller, 1956, p. 704).

<sup>12</sup> No original: “Since in the process of decision means and ends interact, it is impossible to assign in precision advance limits the role of reason.”

<sup>13</sup> No original: “[...] collaborative articulation of share purposes.”

<sup>14</sup> No original: “[...] in the history of the common law we have an example which teaches how a social institution may derive its integrity and vitality from the same spirit of consultation as that which animates the discussion of two friends sharing a problem together. The common law is not the work of any one judge, but of many, collaborating through time. In the course of its history the implementation of its rules has been improved and refined. At the same time, the rules themselves have often been revised to make possible an effective implementation of them. Though the common law is said to be built on precedent, there is no controlling verbal formulation of the meaning of any particular precedent. What the court said in a former case is always subject to reinterpretation as new situations arise. The scope of the precedent is determined not only in the light of the end-in-view pursued by the court that decided it, but in the light of ends then out of view because not stirred into active consciousness by the facts of the case being decided. The problem posed by Wittgenstein’s example of the children’s game is so familiar to the common law as hardly to seem novel at all. And, except for occasional lapses into literal-ism, its response has always been, ‘No, he did not mean that kind of game.’”

<sup>15</sup> Exponho, conforme Fuller, essas formas de ordenação social nas páginas 63-82 desta dissertação.

<sup>16</sup> No original: “[...] to include rules, procedures, and institutions, - all the ways, in short, in which the relations of human beings to one another are subjected to a formal ordering, whether by consent, habit, or command.”

Essas formas de ordenação social são vistas apenas como meios para realização de fins. Mas elas também são fins em si mesmas, em dois sentidos. Em primeiro lugar, nós mesmo enquanto seres racionais criamos essas formas de ordenação social, elas nos ajudam também a nos tornarmos o que somos, de modo que há uma mutua dependência entre nós e as formas de ordenação. Em segundo lugar, qualquer forma de ordem social contém sua própria “moralidade interna”, de modo que podemos julgá-la por seus próprios padrões (Fuller, 1956, p. 704).

## 1.2. Sobre a Fusão de Fato e Valor: Uma Resposta ao Professor Fuller

Ernest Nagel começa sua crítica identificando o que Fuller estava fazendo em seu texto, que embora não estivesse defendendo uma versão da teoria do direito natural, “[...] faz um apelo vigoroso ao desenvolvimento de padrões para avaliar as práticas e as regras do direito, com o objetivo de determinar e esclarecer a importância da ordem jurídica para a vida humana”<sup>17</sup> (Nagel, 1958, 77). Nagel concorda com Fuller que o direito, enquanto uma instituição social, não está isento de críticas morais e que esta é uma das principais tarefas da filosofia do direito. É, no entanto, notório que as filosofias do direito diverjam amplamente sobre a fonte e natureza dos padrões de avaliação do direito. Nesse sentido, Nagel afirma que a doutrina do direito natural, associada a uma visão que propõe padrões objetivos para a avaliação moral do direito, “[...] é apenas *uma* das muitas teorias que foram propostas a respeito da natureza dos padrões a serem utilizados”<sup>18</sup> (Nagel, 1958, 77).

Assim, embora Nagel concorde que o direito está sujeito à crítica moral e que os padrões para a crítica são indefinidamente amplos, sua crítica repudia qualquer compromisso, como consequência dessa crença, com o que ele considera serem princípios distintivos da doutrina do direito natural e expressa sua convicção de que essa doutrina não oferece uma boa base para avaliação do direito (Nagel, 1958, p. 77-78). Nagel procede sua crítica a Fuller da seguinte forma: (1) tenta demonstrar que a afirmação de Fuller sobre a fusão de fatos e valores é infundada; (2) que sua concepção implícita de comportamento proposital e história humana é no mínimo duvidosa; e (3) que suas premissas não são relevantes para sustentar suas conclusões (Nagel, 1958, p. 78).

A discussão de Fuller começa questionando o ditado que diz que “nada do *que é* decorre do *que deveria ser*.” Sua discordância é baseada na afirmação de que “em qualquer

<sup>17</sup> No original: “[...] make a vigorous plea for developing standards for evaluating the practices and the rules of the law, with the view to determining and clarifying the import of the legal order for human life.”

<sup>18</sup> No original: “[...] is just *one* of many theories that have been advanced concerning the nature of the standards to be used.”

interpretação de eventos que trate o que é observado como proposital, fato e valor se fundem.” Sua interpretação do ditado é bem compreendida? (Nagel, 1958, p. 78). A interpretação comum do ditado tem sido a seguinte: afirmações sobre o *que é* são irrelevantes para determinar o *que deveria ser*. Mas se Fuller questiona o ditado quando lido nestes termos, ele interpretou mal muitos escritores que criticou, afirma Nagel. Os positivistas, por exemplo, sustentam também “[...] que afirmações responsáveis sobre o que deveria ser devem ser apoiadas pelo estudo empírico das exigências físicas, biológicas e sociais da vida humana e da importância de várias instituições e regulamentações”<sup>19</sup> (Nagel, 1958, p. 78). Nesse sentido, embora defendam uma distinção entre o *que é* e o *que deveria ser*, julgamentos de valor não podem ser estranhos ao estudo do comportamento humano.

Fuller não está, no entanto, afirmando apenas que os juízos de fato são *relevantes* para determinar os juízos de valor. Sua tese é que não pode haver uma distinção nítida entre juízos de fato e juízos de valor quando nosso objeto é um comportamento humano proposital. É esta afirmação que Nagel pretende refutar (Nagel, 1958, p. 79). Primeiro, relembremos o exemplo de Fuller do garoto com sua concha. Ele afirma que quando compreendemos o propósito que o garoto perseguia nas ações que estava a realizar com o objeto, podemos ver o “elemento de valor” que nos permite avaliar a ação como boa ou má para alcançar o objetivo que o garoto pretendia. Agora, o que estamos fazendo ao caracterizar as ações do menino como boas ou más, afirma Nagel, é inevitavelmente descrever um fato. Devemos poder conseguir distinguir o que é um fato e o que é uma avaliação do fato com relação a um fim. Por exemplo, antes de um tribunal julgar uma pessoa por um crime, deve descrever, com o máximo de cuidado, os atos praticados pela pessoa, antes que o julgamento sobre esses atos relacionados ao crime possa ser realizado. Em síntese, Nagel acredita que Fuller não ofereceu “[...] quaisquer razões para sustentar que, ao discutir o comportamento proposital, a distinção entre julgamentos de fato e de valor se desfaça, ou que, em tais contextos, fato e valor se fundam”<sup>20</sup> (Nagel, 1958, p. 79).

Em segundo lugar, Nagel afirma que é uma tautologia a defesa de Fuller de que existe um elemento de valor intrínseco no comportamento proposital. Quando lidamos com o comportamento humano, uma das nossas preocupações, entre outras, é com o grau de eficácia com que um determinado conjunto de ações contribui para a realização de um objetivo assumido. Sempre que analisamos um conjunto de ações orientado a um objetivo, julgamentos

---

<sup>19</sup> No original: “[...] that responsible claims as to what ought to be must be supported by empirical study of the physical, biological, and social requirements of human life, and of the import of various institutions and regulations.”

<sup>20</sup> No original: “[...] any reasons for holding that in discussing purposive behavior the distinction between judgments of fact and of value breaks down, or that in such contexts fact and value merge.”

de valor ocorrerão em relação aos papéis desempenhados pelas ações e em relação ao grau de eficácia dessas ações em alcançar os objetivos. Assim, Nagel assume que “[...] parece logicamente truística, pois simplesmente explicita o que estamos fazendo quando estudamos comportamentos propositais ou outras formas de comportamento teleológico”<sup>21</sup> (Nagel, 1958, p. 80).

A segunda tese de Fuller criticada por Nagel é a tese de que a estrutura da ação proposital não é constituída de um conjunto de acontecimentos que visam apenas um propósito, mas por um conjunto de propósitos relacionados. A alternativa a uma concepção atomística de propósito humano deve ser essa proposta por Fuller de que todos os propósitos imediatos são elementos de um sistema de fins organicamente integrados? Para Nagel, essa visão é inacreditável e incompatível com a história humana. Existem evidências, é verdade, que demonstram que indivíduos e grupos se envolvem em processos colaborativos no qual objetivos comuns são estabelecidos e articulados. Mas não há evidências de que a vida total dos seres humanos seja reduzida a um processo no qual um propósito comum compartilhado é gradualmente desenvolvido. Nem mesmo a história do *common law*, como afirmou Fuller, pode operar por tal processo. Se um fim não está explicitamente presente na “consciência ativa” dos juízes, ele é um mito. A realidade é que os objetivos humanos são, na maior parte do tempo, concorrentes e conflituosos e a tarefa da teoria moral é fornecer padrões para ajudar a ajustar esses conflitos. Consequentemente, entende Nagel, que

[...] a mera existência de propósitos e metas não resolve a questão do que deve ser feito quando surge um problema moral. É principalmente por essa razão que a distinção entre o que é fato real e o que deveria ser é inevitável e útil quando se inicia a deliberação moral<sup>22</sup> (Nagel, 1958, p. 81).

A última tese questionada por Nagel é: como a afirmação sobre a fusão de fato e valor é relevante para a crença da possibilidade de uma avaliação moral objetiva do direito ou como essa fusão pode identificar os princípios a serem usados nessa avaliação? As normas de avaliação das regras jurídicas devem expressar os objetivos mais gerais do direito. Assim, essas normas de avaliação fornecem padrões de julgamento e diretrizes gerais para as normas e as práticas jurídicas. Mas implícita nessa concepção está a distinção entre fato e valor, ou seja, a distinção entre a descrição do *que é* a regra e a avaliação do *que ela deveria ser*; “[...] e não

<sup>21</sup> No original: “[...] seems to me logically truistic, for it simply explicates what it is we are doing when we are studying purposive or other forms of teleological behavior.”

<sup>22</sup> No original: “[...] the mere existence of purposes and goals does not settle the question as to what ought to be done when a moral problem arises.”

veja como, negando essa distinção, se pode esperar estabelecer a necessidade de tais padrões ou esclarecer sua natureza e função.”<sup>23</sup> A recusa da distinção entre fato e valor, portanto, não contribuiria para o problema sobre a natureza dos princípios na crítica moral do direito (Nagel, 1958, p. 82).

### 1.3. Uma Réplica ao Professor Nagel

Fuller começa sua réplica com um comentário sobre a sua expectativa de conhecer a visão de Nagel sobre o problema central de seu ensaio. Sua esperança de uma troca proveitosa com ele, no entanto, foi destruída, pois, como afirma Fuller, se deparou com uma interpretação errada de sua tese (Fuller, 1958, 83). Em “Human Purpose and Natural Law” Fuller afirmou que a polissemia do termo direito natural gerava uma dificuldade que ele não pretendia enfrentar. Nesse sentido, não teve a pretensão de oferecer uma versão do direito natural. Por essa razão, apenas restringiu sua análise a um problema relacionado à oposição entre o direito natural e o positivismo jurídico. Nagel recusou essa restrição. Ele presumiu que “[...] existe um conjunto único de crenças chamado ‘doutrina do direito natural’”<sup>24</sup> que pode ser seguramente deixado indefinido, e que ele está em posição de afirmar que essa doutrina indefinida “[...] não fornece uma base sustentável nem útil para avaliar o direito existente”<sup>25</sup> (Fuller, 1958, p. 84).

Fuller, então, deixa claro três proposições da doutrina do direito natural que ele não defende:

- 1) a noção de que as exigências do direito natural podem ser objeto de um pronunciamento autoritativo; 2) a noção de que existe algo chamado ‘o direito natural’ capaz de aplicação concreta como um código escrito; 3) a noção de que existe um ‘direito superior’ que transcende as preocupações desta vida, contra a qual as determinações humanas devem ser medidas e declaradas inválidas em caso de conflito<sup>26</sup> (Fuller, 1958, p. 84).

Se essa versão ainda se mantém dentro da teoria do direito natural, é uma versão que remonta à tradição aristotélica.

<sup>23</sup> No original: “[...] and I do not see how, by denying that distinction, one can hope either to establish the need for such standards or to clarify their nature and function.”

<sup>24</sup> No original: “[...] there is some single body of beliefs called ‘the natural law doctrine’”

<sup>25</sup> No original: “[...] supplies neither a tenable nor a useful basis for evaluating existing law.”

<sup>26</sup> No original: “(1) the notion that the demands of natural law can be the subject of an authoritative pronouncement; 2) the notion that there is something called ‘the natural law’ capable of concrete application like a written code; 3) the notion that there is a ‘higher law’ transcending the concerns of this life against which human enactments must be measured and declared invalid in case of conflict.”

A proposição que Fuller defende e é comum a todas as versões da teoria do direito natural é a seguinte: “[...] descobrir princípios de ordem social que permitirão aos homens alcançar uma vida satisfatória em comum”<sup>27</sup> (Fuller, 1958, p. 84). É essa a tese que une as várias escolas do direito natural e as distingue de visões rivais.

Em medidas variadas, pressupõe-se em todas as teorias do direito natural que o processo de descoberta moral é social e que existe algo semelhante a uma ‘articulação colaborativa de propósitos compartilhados’ pela qual os homens passam a compreender melhor seus próprios fins e a discernir mais claramente os meios para alcançá-los<sup>28</sup> (Fuller, 1958, p. 84).

O Professor Nagel rejeita a ideia de “articulação colaborativa de propósitos compartilhados”. Ele ressalva que as pessoas “se envolvem em um processo colaborativo pelo qual objetivos comuns são estabelecidos e articulados” (Nagel, 1958, p. 81). Mas Fuller acredita que eles não estão falando a mesma coisa quando Nagel fala sobre “articulação de objetivos comuns” e Fuller fala sobre “articulação de propósitos compartilhados.” Nagel não vê, como Fuller, que o esforço coletivo entre os membros de um grupo exerce uma função importante que é a de proporcionar uma melhor compreensão dos seus próprios fins através da partilha de insights e experiências, ou seja, da prática social compartilhada (Fuller, 1958, p. 84-85). Nagel, por um lado, rejeita o esforço coletivo de qualquer colaboração para uma melhor compreensão dos objetivos adequados de um grupo ou da sociedade como um todo e, de outro, critica a doutrina do direito natural por tentar formular “padrões objetivos para a avaliação moral do direito.” Segundo ele, a doutrina do direito natural é uma das muitas teorias éticas que oferecem “padrões objetivos” de avaliação moral, mas ele não identifica nenhuma teoria rival superior, nem como um padrão pode ser objetivo sem ser aprimorado por um esforço coletivo (Fuller, 1958, p. 85).

Uma das declarações de Nagel mais incômodas a Fuller é que é uma tautologia a defesa de Fuller de que existe um elemento de valor intrínseco no comportamento proposital. Para Nagel, quando lidamos com o comportamento humano, uma das nossas preocupações é com o grau de eficácia com que um determinado conjunto de ações contribui para a realização de um objetivo assumido. Logo, sempre que um sistema proposital está em jogo, julgamentos de valor ocorrerão sobre sua eficácia em relação ao cumprimento de seu objetivo (Nagel, 1958, p. 80).

---

<sup>27</sup> No original: “[...] discovering those principles of social order which will enable men to attain a satisfactory life in common.”

<sup>28</sup> No original: “In varying measure, it is assumed in all theories of natural law that the process of moral discovery is a social one, and that there is something akin to a ‘collaborative articulation of shared purposes’ by which men come to understand better their own ends and to discern more clearly the means for achieving them.”

Fuller reconhece a diferença entre proposições “descritivas” e “avaliativas.” Seu questionamento é se uma descrição do funcionamento de um sistema proposital pode ter sucesso excluindo sua avaliação. A resposta de Fuller é negativa. Seu exemplo do garoto com a concha demonstra que a descrição depende do elemento avaliativo. Só conseguimos descrever o que o garoto estava fazendo após compreendermos o objetivo do garoto com o objeto. O elemento de avaliação nos permitiu realizar uma descrição correta (Fuller, 1958, p. 86). Assim, para Fuller há duas questões relacionadas nas trocas entre ele e Nagel:

(1) É sempre possível fornecer uma descrição adequada e não avaliativa de qualquer objeto que seja ele próprio sujeito de uma avaliação? (2) Se for assim, a avaliação torna-se legítima (ou “competente”) apenas quando o seu objeto é identificado pela primeira vez por uma explicação não avaliativa?<sup>29</sup> (Fuller, 1958, p. 87).

Enquanto Nagel responde positivamente as duas questões, Fuller nega as duas. Nagel assume que sempre podemos apresentar dois tipos de explicação sobre uma ação proposital, uma descritiva e uma avaliativa, e que toda explicação avaliativa é um mero juízo acerca da explicação descritiva. Mas a questão é: a separação entre os dois tipos de explicação é sempre possível? E a descrição é sempre promovida pela exclusão da sua avaliação? O exemplo de Fuller nega essas duas perguntas. Mesmo se nosso interesse fosse o “fato puro”, isto é, as ações observáveis do garoto, vimos que a compreensão do seu propósito amplia nossa perspectiva de modo que passamos para uma posição de avaliador. Assim, não é verdade que a descrição é sempre promovida pela exclusão da avaliação, conseqüentemente, a separação entre descrição e avaliação não é sempre possível (Fuller, 1958, p. 88).

Nagel também ignora o tratamento que Fuller dá para a interação entre os variados propósitos e a sua capacidade de explicar o curso de conduta ao longo do tempo e as transições de uma ação para outra, determinados pelo julgamento sobre o que é adequado e o que não é para a realização do propósito (Fuller, 1958, p. 88-89). Nesse contexto, tal passagem é intocada pelas críticas de Nagel:

[...] quando lidamos com ações propositalis projetadas ao longo do tempo, a estrutura que observamos, recordamos e relatamos reside, não em qualquer estado instantâneo de coisas, mas em um curso de acontecimentos, que só pode ser compreendido se

---

<sup>29</sup> No original: “(1) Is it always possible to give an adequate non-evaluative account of any object that is itself the subject of an evaluation? (2) If so, does evaluation become legitimate (or ‘competent’) only when its object is first identified by such a non-evaluative account?”

participarmos de um processo de avaliação pelo qual o mal é rejeitado e o bem retido<sup>30</sup> (Fuller, 1956, p. 699).

A insistência de Nagel de que uma explicação descritiva pode sempre ser feita antes de uma consideração avaliativa é fruto da sua crença no positivismo lógico e no seu método de investigação empírico, de acordo com os quais a verdade de uma proposição é determinada pela observação ou pela experiência (Fuller, 1958, 89).

Por que é errado insistir na separação entre descrição e avaliação? Porque se não sobrepusermos duas perguntas, o que é uma determinada coisa e o que é uma determinada *boa* coisa nossa análise errará o alvo. O exemplo de Fuller aqui é retirado de *The Law in Quest of Itself* (1940) quando ele critica o positivismo por separar descrição e avaliação do direito. Se quisermos definir (descrição) o que é uma máquina a vapor sem considerar seu propósito, ou seja, o que faz dela uma boa máquina a vapor (avaliação), terminaremos com uma resposta sobre um conjunto de peças que compõem uma máquina a vapor, e não sobre o seu funcionamento correto. “No campo da atividade humana proposital, que inclui tanto as máquinas a vapor quanto o direito, o valor e o ser não são duas coisas diferentes, mas dois aspectos de uma realidade integral”<sup>31</sup> (Fuller, 1940, p. 10-11). O grande erro do positivismo lógico de Nagel, como o do positivismo jurídico é separar o direito que *é* do direito que *deveria ser*, é buscar um conceito *definicional* (Fuller, 1958, p. 89-90) quando ações humanas propositadas requerem conceitos *aspiracionais* (ou interpretativos).

A crença fundamental do positivismo é que o direito existe ou não, ou seja, é uma questão de fato, e nenhuma avaliação, isto é, valoração, pode determinar sua existência. Implícita a esta noção positivista está a ideia de que direito pode ser completamente injusto ou de alguma outra forma imoral sem deixar de ser um sistema jurídico. Mas como decidimos que algo é um sistema jurídico? Suponhamos que num sistema jurídico a aplicação oficial das regras não corresponde às regras promulgadas, ou que as regras são secretas, de modo que os cidadãos não sabem quais são os padrões que devem orientar suas condutas, ou que as regras são aplicadas retroativamente, de modo que as ações presentes estão sujeitas a regras futuras. Diríamos que houve um afastamento tão grande do ideal de um sistema jurídico que não chamaríamos nada produzido nestes termos de “direito” (Fuller, 1958, p. 91). Temos então a nossa resposta: um sistema jurídico é guiado pelo seu ideal.

<sup>30</sup> No original: “[...] when we are dealing with purposive action projected through time, the structure that we observe, recall, and report lies not in any instantaneous state of affairs, but in a course of happening, which can be understood only if we participate in a process of evaluation by which the bad is rejected and the good retained.”

<sup>31</sup> No original: “In the field of purposive human activity, which includes both steam engines and the law, value and being are not two different things, but two aspects of an integral reality.”

Esse ideal, no entanto, nunca é plenamente alcançado. Nenhum sistema jurídico é perfeito. Consequentemente, a “existência” de um sistema jurídico é sempre uma questão de grau e não pode ser medida em termos meramente descritivos. A avaliação da concretização do ideal de um sistema jurídico é o que nos informa sobre sua existência ou não existência (Fuller, 1958, p. 91-92).

Chegamos, assim, à crítica de Nagel a Fuller sobre os fins fora de vista e a articulação colaborativa de propósitos compartilhados. A ideia de Fuller é que “[...] ao resolver controvérsias e emitir diretivas, podemos operar dentro de uma estrutura de propósitos que condiciona nossas decisões, mesmo que apenas alguns desses propósitos sejam trazidos à consciência pelos fatos do caso em questão”<sup>32</sup> (Fuller, 1958, p. 95-96). Para Nagel, isso é um mito. Nossas ações não podem ser direcionadas e condicionadas por fim ou fins que não sejam conscientes. Se Nagel tivesse levado a sério o exemplo que Fuller tomou emprestado de Wittgenstein ele não abandonaria os fins fora de vista tão rapidamente. Digo a uma pessoa: “Mostre um jogo para as crianças.” O fato de que eu não excluí conscientemente o jogo de dados me impede de dizer com sinceridade: “Eu não quis dizer este tipo de jogo?” Para Fuller, não (Fuller, 1958, p. 96).

Relacionado a tudo isso está a discussão sobre a “articulação colaborativa de propósitos compartilhados”. Fuller oferece um exemplo de uma evolução de precedentes conforme casos não previstos de roubo, compra e venda vão surgindo ao longo da história institucional de um sistema jurídico (Fuller, 1958, p. 97-98). Ele conclui que isso demonstra como a comunicação e consideração entre os homens, por meio do enfrentamento de diferentes situações de fato, podem capacitá-los a compreender melhor o que todos estavam fazendo desde o início (Fuller, 98-99). Assim, a “articulação colaborativa de propósitos compartilhados” é um aspecto importante da história e do desenvolvimento do direito, de modo que a visão de Nagel tenta desmobilizar esse fundamental esforço coletivo de descobrir e articular os princípios que melhor promovem uma vida satisfatória entre os seres humanos (Fuller, 1958, p. 99).

A posição do Professor Nagel parece revelar uma teoria positiva da moralidade, conforme a qual, ele acredita, seu objetivo básico, e possivelmente único, é o de resolver conflitos sociais. Essa noção, aplicada ao direito, é intimamente associada ao positivismo jurídico. Fuller a considera não apenas falsa uma teoria como essa, que trata o direito e a moral como sendo voltados exclusivamente para a resolução de conflitos, mas também perigosa

---

<sup>32</sup> No original: “[...] to convey was that in disposing of controversies and issuing directives we may operate within a framework of purposes which conditions our decisions even though only certain of these purposes are called into consciousness by the facts of the case at hand.”

(Fuller, 1958, p. 102-103). Desse modo, a objeção de Fuller à visão de Nagel é que ela falsifica a relação entre os seres humanos e a realidade na qual eles estão condicionados a orientar suas vidas (Fuller, 1958, p. 104).

## Seção 2. O debate Hart-Fuller

O debate entre Lon Fuller e H. L. A. Hart é, sem dúvidas, o debate pelo qual Fuller é mais lembrado na literatura da teoria do direito. Em 1958, Hart publicou o artigo “Positivism and Separation of Law and Morals”.<sup>33</sup> Na sequência, Fuller publicou sua réplica no artigo “Positivism and Fidelity of Law – A Reply to Professor Hart”.<sup>34</sup> O debate é fruto de um período em que H. L. A. Hart palestrou em Harvard a convite do próprio Fuller. Os artigos deram início a uma disputa que se estendeu durante a década de 1960, com a publicação dos livros de Hart e de Fuller, respectivamente *The Concept of Law*<sup>35</sup> em 1961 e de *The Morality of Law*<sup>36</sup> em 1964, além de um artigo de Hart em 1965 no qual ele critica a ideia de moralidade interna de Fuller<sup>37</sup> e do capítulo final de Fuller dedicado a responder as críticas de Hart e de outros (dentre eles, Dworkin) na segunda edição de *The Morality of Law* em 1969.

### 2.1. O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral

Hart inicia seu artigo afirmando que defenderá a tese positivista de “vozes contemporâneas” que afirmam que o positivismo nega ou ignora “[...] que aquilo que é e aquilo que *deveria ser* estão de alguma forma indissociavelmente fundidos ou inseparáveis”<sup>38</sup> ou de que existe uma interseção entre direito e moral (Hart, 1958, p. 594). A insistência na separação entre o direito como ele é e o direito como ele deveria ser remonta da tradição positivista presente no pensamento dos filósofos de orientação utilitarista do final do século XXVIII e início do século XIX, especialmente de Jeremy Bentham e John Austin. Para eles, a teoria do

<sup>33</sup> Hart, H. L. A. “Positivism and Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.

<sup>34</sup> Fuller, Lon L. “Positivism and Fidelity of Law – A Reply to Professor Hart”. *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, p. 630-672, 1958.

<sup>35</sup> Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press. Second edition (with a new Postscript). 1994 (1st ed. 1961).

<sup>36</sup> Fuller, Lon, L. *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven: ale University Press. 1969 (1st ed. 1964).

<sup>37</sup> Hart, H. L. A. Book Reviews – *The Morality of Law* by Lon L. Fuller. *Harvard Law Review*, vol. 78, n. 6, p. 1281-1296, 1965. Posteriormente foi republicado como “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” em: Hart, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

<sup>38</sup> No original: “[...] what *is* and what *ought* to be are somehow indissolubly fused or inseparable”.

direito natural obscureceu essa distinção. Em contrapartida, acredita Hart, naquele momento (meados do século XX) em maior grau nos Estados Unidos e em menor grau na Inglaterra, considerava-se a separação entre direito e moralidade um erro. Mas por que houve essa reviravolta, se na obra de Bentham, por exemplo, é possível identificar elementos de estado de direito e de princípios para a sua defesa que o direito natural contemporaneamente acolheu? (Hart, 1958, p. 594-595).

Para Bentham, a confusão entre o direito e a moralidade levava para duas direções políticas opostas: o anarquista e o reacionário. O primeiro afirma que: “Este não deveria ser o direito, portanto, não é, e estou livre não apenas para censurá-lo, mas para ignorá-lo”,<sup>39</sup> o segundo argumenta que: “Este é o direito, portanto, ele é o que deveria ser”<sup>40</sup> (Hart, 1958, p. 598). Assim, a insistência destes utilitaristas positivistas na distinção pretendeu evitar dois perigos: o perigo de que o direito perdesse a sua autoridade diante de concepções do que ele deveria ser e o perigo de que o direito se tornasse imune às críticas.

É certamente um erro supor que a insistência nessa distinção proíba os utilitaristas de aceitar algumas considerações sobre a “intersecção entre o direito e a moral”. Em primeiro lugar, eles não negariam que o desenvolvimento de sistemas jurídicos seja profundamente influenciado pela moralidade da comunidade, de modo que o *conteúdo* de muitas regras jurídicas reflita padrões morais. Em segundo lugar, eles também não negariam que preceitos morais poderiam ser explicitamente inseridos no sistema jurídico (Hart, 1958, p. 598-599). O que os utilitaristas, como Bentham e Austin, queriam afirmar com a sua insistência nessa distinção era o seguinte. Na ausência de um preceito propriamente jurídico, o fato de uma norma violar padrões morais não implica que a norma deixa de ser uma regra jurídica válida, e inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não implica que ela seja uma regra jurídica (Hart, 1958, p. 599).

Bentham e Austin estavam preocupados com a distinção entre o direito como ele é e como deveria ser no caso de direitos específicos cujo significado não estava em disputa: queriam sustentar que mesmo moralmente ultrajantes, ainda eram direito. Nesse sentido, surgem duas objeções. A primeira afirma que uma análise de um direito cujo significado está em disputa faz emergir uma conexão essencial entre o direito e a moral. A segunda afirma que esta conexão essencial entre direito e moral existe não apenas na interpretação de regras

---

<sup>39</sup> No original: “This ought not to be the law, therefore it is not and I am free not merely to censure but to disregard it.”

<sup>40</sup> No original: “This is the law, therefore it is what it ought to be”.

jurídicas específicas, mas diz respeito ao sistema jurídico como um todo, pois o sistema deve satisfazer um mínimo moral (Hart, 1958, p. 600-601).

Antes de tratar das objeções, contudo, Hart tenta desfazer uma outra confusão. Os utilitaristas aliavam a sua insistência na separação entre o direito e a moral com outras duas doutrinas. Uma era a tese de que a natureza ou o conceito de direito só pode ser compreendida por um estudo puramente analítico dos conceitos jurídicos, ou seja, o esclarecimento do conteúdo semântico do vocabulário do direito. A outra é a teoria imperativa do direito. As três doutrinas formam a tradição utilitarista na teoria do direito, mas são três doutrinas distintas (Hart, 1958, p. 601). Hart, neste texto, sustenta a separação entre o direito e a moral e o estudo puramente analítico dos conceitos jurídicos, mas rejeita a teoria imperativista do direito. Ele usa a teoria de Austin do direito como comando para demonstrar a implausibilidade da teoria imperativista. A essência de um sistema jurídico, para Austin e outros utilitaristas, poderia ser descrita pela noção de comando suplementada pela noção de hábito de obediência (Hart, 1958, p. 602). O direito seria, então, uma ordem geral, acompanhada de uma ameaça, de uma pessoa ou grupo que habitualmente é obedecido pela sociedade, mas que habitualmente não a obedece. Nesses termos, o direito seria a ampliação da situação do assaltante armado, que ordena à vítima que entregue a bolsa, sob a ameaça de atirar. Esse esquema simples, baseado em comando, sanção e hábito obscurece alguns dos elementos mais característicos do direito.<sup>41</sup> Os legisladores não criam direito quando emitem comandos apoiados em ameaças de sanções e veem constituir-se em seu favor um hábito de obediência, mas quando eles obedecem a “[...] regras fundamentais aceitas especificando os procedimentos essenciais para a elaboração do direito”<sup>42</sup> (Hart, 1958, p. 603). O que falta aos utilitaristas é uma análise do que significa um grupo social e seus oficiais aceitarem tais regras fundamentais. Um outro defeito, mais radical, da teoria imperativista é o de não ser capaz de distinguir tipos distintos de regras jurídicas que exercem funções sociais diferentes. A ideia de comando tem uma estrutura muito próxima das normas de direito penal: “faça isso quer você queira ou não”. Mas existem outros tipos de regras jurídicas que não podem simplesmente serem obedecidas ou desobedecidas. Elas oferecem a possibilidade, dentro da estrutura coativa do direito, de as pessoas criarem e manterem relações de direitos e deveres entre si. Assim, a sua estrutura é: “se você quer fazer isso, eis o modo de fazê-lo” (Hart, 1958, p. 604). São as regras que permitem às pessoas celebrarem contratos, casamentos, testamentos e, de modo geral, negócios jurídicos para moldarem suas relações. No entanto, as normas que conferem poderes, embora distintas de comandos, não precisam ser

---

<sup>41</sup> Hart desenvolve esses argumentos nos capítulos 3 e 4 de *The Concept of Law*.

<sup>42</sup> No original: “[...] fundamental accepted rules specifying the essential lawmaking procedures.”

normas morais, nem é necessário que regras que conferem poderes sejam justas ou moralmente boas. Nada disso nos mostra que a insistência utilitarista na distinção entre a existência do direito e seus méritos é um equívoco (Hart, 1958, p. 606).

Hart então enfrenta a crítica norte-americana dos Realistas sobre a distinção entre o que o direito é e o que o direito deveria ser. Aqui ele introduz seu famoso exemplo de uma regra jurídica que proíbe veículos no parque. Há um núcleo de sentido estabelecido (*core of settled meaning*), afirma Hart, que nos diz que o conceito de automóvel é aplicável a certos objetos sendo, portanto, proibida a sua entrada no parque. Há também, contudo, uma zona de penumbra, admite ele, de casos discutíveis nos quais a aplicação do conceito de automóvel a alguns objetos abarcados por outros conceitos, como bicicletas, não são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartados.<sup>43</sup> Aqui, Hart afirma que “[...] ao aplicar regras jurídicas, alguém tem que assumir a responsabilidade de decidir que as palavras abarcam ou não o caso em pauta, como todas as consequências práticas que essa decisão envolve”<sup>44</sup> (Hart, 1958, p. 607).

A crítica feita pelo Realismo é direcionada ao Formalismo, que é o erro, na teoria do direito, que consiste em ignorar a existência de problemas de penumbra que exigem uma escolha *discricionária* dos juízes entre alternativas possíveis, aplicando em razão disto um raciocínio dedutivo.<sup>45</sup> A crítica Realista, no entanto, é de que nos casos de penumbra, o que torna a decisão judicial correta é algum conceito daquilo que o direito deveria ser, isto é, um julgamento moral sobre o que o direito deveria ser suplementa a interpretação do que o direito é (Hart, 1958, p. 608). Mas o erro do Formalismo de ignorar que os juízes têm não apenas casos de núcleo de sentido estabelecido para decidir, mas também de zona de penumbra ou de incerteza, demonstra que a distinção Utilitarista entre o direito e a moral é incorreta ou enganosa? Frequentemente, se dirá que o juiz acusado de cometer o erro de formalismo decidiu de forma “mecânica”, “automática” ou que fez “uso excessivo da lógica.” O erro do juiz acusado de formalismo, para o Realista, é que sua decisão fez uso de uma interpretação cega quanto a valores e consequências sociais (Hart, 1958, p. 610). Embora Hart concorde que uma decisão judicial completamente cega aos valores sociais não merece o status de decisão, e

---

<sup>43</sup> Em *The Concept of Law*, Hart desenvolve essa ideia dizendo que a linguagem geral usada para comunicar os padrões jurídicos tem uma *textura aberta* (Hart, 1994, p. 128), isto é, uma área de indeterminação, que exigirá do juiz ao aplicar o direito em alguns casos concretos uma *discricionarietà*, ou seja, fazer uma escolha entre alternativas possíveis (Hart, 1994, p. 128).

<sup>44</sup> No original: “[...] in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision.”

<sup>45</sup> Em *The Concept of Law*, Hart afirma que o Formalista “congela o sentido da regra” (“to freeze the meaning of the rule”) (Hart, 1994, p. 129).

questione se existam decisões nesses termos, mesmo na Inglaterra (Hart, 1958, p. 611) onde o formalismo era uma teoria bem aceita naquele momento, ele pergunta:

Mas de que modo o erro de se decidir casos de uma forma automática e mecânica e o acerto de se decidir casos com referência a propósitos sociais mostram que é equivocada a insistência utilitarista na distinção entre o que o direito é e o que deveria ser?<sup>46</sup> (Hart, 1958, p. 612).

A crítica Realista deveria ser reformulada no seguinte sentido. Para uma decisão judicial na zona de penumbra ser correta não deveria ser feito um julgamento moral, isto é, uma consideração sobre o que o direito deveria ser, mas que objetivos, políticas e propósitos sociais, que guiam a noção do que o direito deveria ser, deveriam eles mesmo ser considerados parte do direito. Assim, nos casos de penumbra, os juízes não exercem uma escolha criativa entre alternativas possíveis, porque a regra jurídica nunca é incompleta; seu sentido é sempre “descoberto” pelos juízes quando compreendem adequadamente os princípios implícitos – objetivos, políticas e propósitos sociais – nas regras (Hart, 1958, p. 612).

Esse *convite* para revisar a noção de regra, incluindo nela considerações dos vários objetivos e políticas obscurece a importante distinção entre casos de núcleo de sentido estabelecido e casos de zona de penumbra. Nestes últimos, de fato, alguma referência aos objetivos sociais guia a decisão. Mas para haver casos de penumbra deve haver casos em que algumas regras jurídicas não podem estar abertas a reconsiderações constantes à luz de objetivos e políticas sociais, afirma Hart. Se esses casos-padrão não existissem, não poderíamos rejeitar a tese Realista de que a decisão judicial é limitada por regras (Hart, 1958, p. 614-615).

A terceira crítica à separação entre o direito e a moral é um apelo de juristas alemães, especialmente Gustav Radbruch, que vivenciaram a perversidade do regime nazista. A importância dessa crítica é que ela consiste exatamente no que Bentham e Austin tinham em mente quando postularam a separação. Ou seja, a existência de direitos moralmente perversos (*morally evil laws*) (Hart, 1958, p. 616). Antes da ditadura nazista, relembra Hart, Radbruch era adepto do positivismo jurídico. Ele afirmou que a validade de um direito não poderia ser contestada em razão de ser moralmente mau, nem mesmo mostrando que o efeito de obediência ao direito seria mais perverso que o efeito de sua desobediência (Hart, 1958, p. 616). Talvez pela experiência do terror nazista, Hart admite que “[...] se os direitos atingiam um determinado grau de iniquidade, haveria então uma clara obrigação moral de resistir-lhes e de deixar de lhes

---

<sup>46</sup> No original: “But how does the wrongness of deciding cases in an automatic and mechanical way and the rightness of deciding cases by reference to social purposes show that the utilitarian insistence on the distinction between what the law is and what it ought to be is wrong?”

prestar obediência”<sup>47</sup> (Hart, 1958, p. 617). Após a ditadura, Radbruch concluiu que o positivismo jurídico (entendido como a insistência na separação entre o direito como é e o direito como deveria ser) contribuiu para as perversidades cometidas sob o nome de direito. Ele foi levado então a aceitar a doutrina de que um sistema jurídico não poderia obter validade se contrariasse princípios básicos da moral (Hart, 1958, p. 617). Embora Hart seja simpático a sua experiência horrível sob a ditadura nazista e ao seu apelo, Hart diz ser uma “ingenuidade” de Radbruch sua crença de que a validade do direito deve se conformar a requisitos morais. Pois, se uma lei moralmente iniqua não é válida, a moral deverá oferecer o teste final de validade de uma norma jurídica perguntando se ela deveria ser obedecida (Hart, 1958, p. 618). A crítica moral é uma ferramenta social importante para lidar com a iniquidade moral de regras jurídicas. Mas substituir o dilema moral “essa lei é tão perversa que não deve ser obedecida” por “essa lei é tão perversa que deixa de ser válida” causa mais confusão que clareza, acredita Hart.

Retomemos o exemplo de Hart. Os tribunais alemães do pós-guerra se depararam com casos em que, sob o direito nazista, determinadas ações moralmente ultrajantes eram juridicamente válidas, como, por exemplo, a da mulher que delatou o marido à ditadura por comentários privados críticos a Hitler, com o objetivo de se ver livre dele para se relacionar com outra pessoa. No entanto, embora sua ação tenha sido realizada conforme leis válidas, ela foi condenada pela privação da liberdade de seu marido. O tribunal sustentou que a lei era contrária à boa consciência e à justiça (Hart, 1958, p. 619). Nesse sentido, não tinha validade jurídica; não era direito. Hart discorda de como a decisão foi tomada. Uma lei não pode ser declarada inválida por sua iniquidade moral. Assim, condenar a mulher exigiria a adoção de uma lei penal retrospectiva. Certamente, esse tipo de lei é odioso, mas a punição da mulher impõe uma escolha entre dois males, deixá-la impune ou puni-la sacrificando um princípio jurídico importante. Declarar uma lei inválida por sua imoralidade apenas esconde essa escolha.

A distinção entre o que o direito é e o que o direito moralmente deveria ser ainda se mantém. Hart avalia, então, se a distinção faz sentido não para uma lei particular, mas para o sistema jurídico como um todo. Ou seja, se um sistema jurídico, para ser um sistema jurídico, deve atender algum padrão moral apenas com a declaração de fatos: por exemplo, que nenhum sistema jurídico que tenha falhado completamente nesse ponto jamais existiu, nem poderia se perpetuar; que a suposição, normalmente confirmada, de que um sistema jurídico busca algum tipo de justiça matiza completamente o modo pelo qual interpretamos normas específicas em casos particulares, e que se esta suposição, normalmente confirmada, não se confirmasse,

---

<sup>47</sup> No original: “[...] if laws reached a certain degree of iniquity, then there would be a plain moral obligation to resist them and to withhold obedience.”

ninguém teria qualquer motivo para obedecer a não ser o medo (e provavelmente, nem esse) e, menos ainda, é claro, qualquer obrigação moral de obedecer (Hart, 1958, p. 622).

A tese de que existe uma relação necessária entre um sistema jurídico e a moralidade repousa em fatos contingentes da natureza humana e do mundo em que vivemos. Assim, há de fato, uma sobreposição de regras jurídicas e regras morais básicas, mas isso ocorre por uma necessidade natural, uma vez que o conteúdo de um sistema jurídico, assim como o conteúdo de princípios morais, seria determinado, ao menos em parte, pelo fato destes sistemas normativos visarem a sobrevivência ou a manutenção de relações sociais viáveis. Se a natureza humana ou as condições externas fossem outras, ou evoluísse nesse sentido, a saber, o de permitir que seres humanos sejam invulneráveis a ataques, por exemplo, regras jurídicas e morais que proibem a violência e o homicídio perderiam o sentido. Esses fatos contingentes fazem com que exista uma sobreposição, ainda que mínima, entre o sistema jurídico e princípios morais básicos, mas

[...] acima desse mínimo, os propósitos que os homens têm para viver em sociedade são conflitantes e variados demais para permitir grande extensão do argumento de que alguma superposição mais completa entre regras jurídicas e morais seja “necessária” nesse sentido<sup>48</sup> (Hart, 1958, 623).

Essa razão não afasta, portanto, a distinção positivista entre o direito e a moral.

Por fim, Hart afirma que a distinção positivista entre o que o direito é e o que o direito deveria ser tem sido confundida com uma teoria moral na qual proposições sobre fatos pertencem a uma categoria oposta de proposições de valor (Hart, 1958, p. 625). Teorias morais contemporâneas afirmam que julgamentos sobre o que deveria ser (proposições de valor) não podem ser sustentados racionalmente como julgamentos sobre o que é (proposições de fato) porque julgamentos sobre o que deveria ser incluem elementos “não cognitivos” ou subjetivos como sentimentos, emoções e preferências. Contra essas teorias, outros sugerem, como o Professor Lon Fuller, que as divisões bem definidas entre o que é e o que deveria ser, entre fato e valor, entre meios e fins, estão equivocadas (Hart, 1958, p. 626). Hart sugere então que suponhamos que aceitemos a rejeição deste dualismo e neguemos que seja possível distinguir nitidamente declarações sobre o que é (fato) e sobre o que deveria ser (valor) e que juízos morais podem ser racionalmente defendidos. O que acontece com a relação entre o direito e a moral? Nada, acredita Hart. Embora possamos (se fosse verdade que a distinção é incorreta) demonstrar

---

<sup>48</sup> No original: “[...] 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.”

a iniquidade moral de determinadas regras jurídicas, isso não nos diz se uma regra jurídica é ou não direito. A prova de que princípios morais não são meras preferências subjetivas e podem ser racionalmente descobertos,

[...] não toca o fato de que há direitos que poderiam ter qualquer grau de iniquidade ou estupidez e ainda serem direito. E, inversamente, existem regras que têm todas as qualificações morais para serem direito e, contudo, não são direitos<sup>49</sup> (Hart, 1958, p. 626).

Hart encerra este arrazoado criticando o que considera ser o argumento central de Fuller – grande defensor do abandono da distinção entre declarações de fato e declarações de valor. Seu argumento, afirma Hart, gira em torno de questões sobre a interpretação de regras jurídicas em casos concretos, quando existe dúvidas quanto ao seu sentido (Hart, 1958, p. 627). Nenhum sistema jurídico pretende limitar a aplicação de suas regras às situações concretas pensadas pelos legisladores quando as criaram. Entretanto, quando regras jurídicas precisam ser interpretadas em novas situações, diferente do que pensa Hart, elas não são aplicadas conforme a escolha deliberada entre possíveis alternativas, mas de acordo com o propósito da regra interpretada, afirma Fuller.

Hart acredita que a relevância do ponto de Fuller para saber se é correto insistir na distinção entre o direito como ele é e o direito como ele deveria ser é muito pequena (Hart, 1958, p. 628). Seu defeito é acreditar que a interpretação de regras jurídicas não envolve uma escolha, como se o juiz estivesse “legislando”. Seu argumento seria reduzido a dizer que é enganoso distinguir o que a regra é e o que ela deveria ser considerando que o que ela deveria ser é uma escolha. Na “maioria dos casos de interpretação, falar de escolha entre alternativas, ‘legislação judicial’ ou mesmo ‘*fiat*’ (ainda que não *fiat* arbitrário), expressa melhor as realidades da situação”<sup>50</sup> (Hart, 1958, p. 629). Além disso, uma consideração sobre o “deveria” não tem uma relação necessária com a moral, pois, como Hart afirmou anteriormente, uma avaliação do que deveria ser feito não precisa ser sempre baseada na moralidade (o envenenador pode pensar: “Eu *deveria* ter lhe dado mais uma dose”).

## 2.2. Positivismo e Fidelidade ao Direito – Uma Resposta ao Professor Hart

<sup>49</sup> No original: “[...] untouched the fact that there are laws which may have any degree of iniquity or stupidity and still be laws. And conversely there are rules that have every moral qualification to be laws and yet are not laws.”

<sup>50</sup> No original: “[...] most cases of interpretation, the language of choice between alternatives, ‘judicial legislation’ or even ‘*fiat*’ (though not arbitrary *fiat*), better conveys the realities of the situation.”

Após a defesa de Hart da tese positivista da separação entre o direito e a moral e as suas críticas a Fuller em razão de sua defesa da tese da união entre declarações de fato e declarações de valor, Fuller se defende em “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”. Fuller inicia reconhecendo a contribuição de Hart para a literatura da filosofia do direito. Apesar disso, aponta para uma contradição interna de seus argumentos. Hart rejeita qualquer fusão, a não ser uma asséptica intersecção entre o direito e a moral, entre declarações de fato e declarações de valor, ou seja, entre o que é o direito e o que ele deveria ser (Fuller, 1958, p. 630). Às vezes ele parece dizer que a distinção existe, independentemente de como falamos ou pensamos. Outras vezes, que a distinção está em perigo, e devemos corrigir nossas formas de pensar e falar sobre ela para proteger um “[...] ‘ideal moral precioso’, aquele de fidelidade ao direito”<sup>51</sup> (Fuller, 1958, p. 630-631). Ou seja, para Fuller, não está claro se Hart trata sua distinção como uma declaração de fato, de algo que existe, ou como uma declaração de valor, de algo que deveria existir. Essa contradição, no entanto, é um caminho pouco produtivo para criticar Hart, considera Fuller.

Conforme avalia Fuller, as décadas que antecederam o debate foram pouco produtivas para a teoria do direito. O artigo de Hart, apesar das críticas que Fuller apresentará, abriu um novo e promissor caminho para um intercâmbio verdadeiramente proveitoso entre aqueles que discordam sobre a relação entre o direito e a moral. Aqueles que como Fuller, acreditavam que as teorias positivistas distorciam os propósitos da filosofia do direito, esperavam que os positivistas admitissem que “[...] suas definições de ‘o que o direito realmente é’ não são meras imagens de algum dado da experiência, mas postos de direção que orientam para a distribuição das energias humanas”<sup>52</sup> no direito (Fuller, 1958, p. 632). Nesse sentido, a virtude fundamental do artigo de Hart, de acordo com Fuller, é o “[...] reconhecimento explícito de ambos os lados de que um dos assuntos primordiais do campo é como podemos melhor definir e servir o ideal de fidelidade ao direito”<sup>53</sup> (Fuller, 1958, p. 632). Seu principal defeito, afirma Fuller, é não perceber e aceitar as implicações que a ampliação desse argumento acarreta. Isso fica manifesto na discussão sobre Gustav Radbruch e o regime nazista. Hart assumiu que o sistema jurídico sob a ditadura nazista preservou algo que merecia o status de direito, no sentido de que fizera significativo o ideal de fidelidade ao direito (Fuller, 1958, p. 633). Fuller não está acusando Hart de afirmar ou pensar que as leis nazistas deveriam ter sido obedecidas. Hart considerou

---

<sup>51</sup> No original: “[...] ‘precious moral ideal’, that of fidelity to law.”

<sup>52</sup> No original: “[...] that its definitions of ‘what law really is’ are not mere images of some datum of experience, but direction posts for the application of human energies.”

<sup>53</sup> No original: “[...] explicitly acknowledged on both sides that one of the chief issues is how we can best define and serve the ideal of fidelity to law.”

que a decisão de desobedecê-las apresentava um dilema moral genuíno que o ideal de fidelidade ao direito deveria perder. Mas esse juízo é imprudente, considera Fuller, se não há uma avaliação sobre o que significa “direito” sob um regime como o nazismo. Essas críticas serão apresentadas após uma análise de alguns problemas conceituais da teorização de Hart.

### 2.2.1. A Definição de Direito e de Moralidade

O que o direito é varia consideravelmente entre os autores dentro da escola positivista. Isso, no entanto, não é um problema para Hart. Por exemplo, para Austin, o direito é o comando de um soberano. Para Gray, o direito consiste nas regras aplicadas pelos juízes – antes disso, são meras fontes de direito (Fuller, 1958, p. 633). O que une as várias concepções positivistas é a tese da separação entre o direito e a moral. Seja para os assuntos mais cotidianos do direito, seja para a crise constitucional mais fundamental, se tudo o que a escola positivista tem a oferecer é, que “[...] independentemente de como você escolhe definir o direito, ele é sempre algo diferente da moral, seus ensinamentos”<sup>54</sup> não serão muito úteis (Fuller, 1958, p. 634). Se Hart pretende sustentar o ideal de fidelidade ao direito, precisará de uma definição de direito que dê significado para a obrigação de obediência ao direito (Fuller, 1958, p. 635).

Por outro lado, os positivistas querem preservar uma certa “integridade do conceito de direito” ao defenderem a separação entre o direito e a moral. Mas dedicaram pouca atenção àquilo que querem excluir de suas definições. Para Austin e Gray, por exemplo, a moral “[...] representa indiscriminadamente qualquer padrão possível mediante o qual a conduta humana pode julgar-se que não seja o próprio direito”<sup>55</sup> (Fuller, 1958, p. 635). Hart segue seus antecessores. Quando ele fala de moral, considera qualquer noção extrajurídica sobre o que “deve ser.” Seu tratamento do problema da interpretação judicial deixa isso evidente. Para ele, as regras jurídicas têm um núcleo de sentido estabelecido, dentro do qual a aplicação é feita de uma forma quase automática, e uma zona de penumbra, na qual uma aplicação não é nem completamente certa nem totalmente descartada. Na zona de penumbra o juiz legisla, guiado por suas noções sobre dever ser (Fuller, 1958, p. 635). O argumento de Hart dá um giro que se distancia do tom de seu pensamento quando adverte àqueles que desejam “[...] infundir mais moralidade ao direito”<sup>56</sup> (Fuller, 1958, p. 636) que existe algo que se pode chamar de

<sup>54</sup> No original: “[...] however you may choose to define law, it is always something different from morals, its teachings are not of much use to us.”

<sup>55</sup> No original: “[...] stands indiscriminately for almost every conceivable standard by which human conduct may be judged that is not itself law.”

<sup>56</sup> No original: “[...] to infuse more morality into the law.”

moralidade imoral, ou que padrões sobre o que deve ser não são necessariamente morais (como o envenenador que diz “eu *deveria* ter dado mais uma dose”). Para Fuller, a separação de Hart entre o direito e a moral consiste no desejo de separar o direito da diversidade de considerações subjetivas de como ele moralmente deveria ser. Quanto a isso, Fuller faz seis observações.

Primeiro, Hart assume que fins moralmente perversos podem ter tanta coerência e lógica interna quanto os fins moralmente bons. Aceitando a crença de que coerência e bondade têm mais afinidade que coerência e maldade, Fuller afirma que há “[...] uma incongruência considerável em qualquer concepção que prevê um futuro possível em que o *common law* ‘se desenvolverá de maneira pura de caso a caso’ para uma realização da mais perfeita iniquidade”<sup>57</sup> (Fuller, 1958, p. 636). Em segundo lugar, a separação entre o direito e a moral não protege o direito da “moralidade imoral”, apenas simplifica o problema. Terceiro, um juiz disposto a decidir conforme uma “moralidade imoral” não recorreria a um “direito superior”, mas à máxima positivista “[...] o direito é o direito.”<sup>58</sup> Quarto, em uma situação na qual o direito de um determinado Estado se baseasse em uma moralidade má ou prejudicial para nós ou o nosso grupo, esperaríamos estar protegidos nas demandas mais fundamentais da moralidade. Quinto, apesar da rejeição de Hart ao formalismo, sua teoria o leva necessariamente a essa direção (Fuller, 1958, p. 637). Sexto, o debate sobre a relação entre o direito e a moral não diz respeito entre, de um lado, o direito, e, de outro, perspectivas compartilhadas sobre o certo e o errado; trata-se, ao fim e ao cabo, do conflito entre dois pronunciamentos prescritivos sobre o comportamento que disputam a autoridade legítima, é o conflito entre um tipo de direito contra o outro (*one kind of law against another*) (Fuller, 1958, p. 638).

### 2.2.2. Os Fundamentos Morais de uma Ordem Jurídica

Hart rejeita a teoria imperativista do direito que afirma que o direito consiste em ordens apoiadas por ameaças. Sua conclusão é de que o fundamento do sistema jurídico não pode ser o poder coercitivo (*coercive power*), mas consiste em certas “[...] regras fundamentais aceitas que especificam os procedimentos essenciais de elaboração do direito”<sup>59</sup> (Fuller, 1958, p. 639). A teoria imperativista é uma das três doutrinas do utilitarismo na teoria do direito. As outras duas doutrinas, no entanto, são aceitas por Hart. São estas: (1) a insistência na distinção entre o

<sup>57</sup> No original: “[...] a considerable incongruity in any conception that envisages a possible future in which the common law would ‘work itself pure from case to case’ toward a more perfect realization of iniquity.”

<sup>58</sup> No original: “[...] law is law”.

<sup>59</sup> No original: “[...] fundamental accepted rules specifying the essential lawmaking procedures.”

que o direito é e o direito como ele moralmente deveria ser e (2) a tese de que o estudo do direito deve ser puramente analítico.

Fuller concorda com a rejeição de Hart da teoria imperativa do direito, mas esperava que a conclusão dele sobre o fundamento do sistema jurídico o levasse em outra direção. Ele esperava que Hart reconhecesse que a natureza das regras fundamentais que formam a estrutura dentro da qual ocorre a criação do direito força uma qualificação na sua teoria. Afinal, trata-se aqui de regras cuja eficácia deriva de uma aceitação geral que, em última instância, origina-se de uma percepção sobre o que é correto e necessário, e no entanto, no funcionamento cotidiano do direito, são tratadas e aplicadas como regras de direito. Portanto, nesse ponto, Fuller esperava de Hart uma confissão de uma “fusão” ou “intersecção” entre o direito e a moral (Fuller, 1958, p. 639). Hart, contudo, deixou intocada a natureza de suas regras fundamentais aceitas. Hart estava preocupado com os críticos do positivismo que pensaram que a refutação da teoria imperativista do direito implicava na refutação da tese da distinção entre o direito e a moral.

No entanto, Fuller sugere que o próprio Austin só não abandonou a ideia de ordens coercitivas como fundamento do ordenamento jurídico em favor de uma noção semelhante à de Hart de “regras fundamentais aceitas que especificam os procedimentos essenciais de criação do direito” porque, para ele, isto implicaria a perda da “distinção em branco e preto entre o direito e a moral” (Fuller, 1958, p. 640).

Pois se o direito é possível por meio de “regras fundamentais aceitas” – que, para Austin, devem ser regras, não de direito, mas de moralidade positiva – o que devemos dizer das regras que o poder legislativo promulga para regular sua própria legislação? [...] como distinguir entre as regras básicas cuja validade depende da aceitação e aquelas que são propriamente regras de direito, válidas mesmo quando os homens geralmente as consideram más ou imprudentes? Em outras palavras, como definir as palavras “fundamental” e “essencial” na própria formulação do Professor Hart: “certas regras fundamentais aceitas que especificam o procedimento essencial de elaboração do direito”?<sup>60</sup> (Fuller, 1958, p. 641).

Kelsen oferece uma solução para esse problema. Ele reconhece que antes de distinguir o direito da moralidade, “deve haver uma aceitação de algum procedimento básico mediante o qual o direito é criado” (Fuller, 1958, p. 641). É o que ele chama de norma fundamental: “[...] não tem validade por haver sido criada de certa forma, mas sua validade é suposta em virtude de seu conteúdo. É válida, então, como uma norma de direito natural [...] A ideia de um

<sup>60</sup> No original: “For if law is made possible by ‘fundamental accepted rules’ – which for Austin must be rules, not of law, but of positive morality – what are we to say of the rules that the lawmaking power enacts to regulate its own lawmaking? [...] how are we to distinguish between those basic rules that owe their validity to acceptance, and those which are properly rules of law, valid even when men generally consider them to be evil or ill-advised? In other words, how are we to define the words ‘fundamental’ and ‘essential’ in Professor Hart’s own formulation: ‘certain fundamental accepted rules specifying the essential lawmaking procedure’?”

direito positivo puro, tal como um direito natural, tem seus limites”<sup>61</sup> (Kelsen, 1949, p. 401). Diferente das regras fundamentais aceitas, que para Hart são fáticas, a norma fundamental de Kelsen é um símbolo que tenta incorporar a busca positivista por um teste claro e definitivo para identificar o direito.

Quando reconhecemos que o direito se torna possível somente em virtude de regras que não são direito, compreendemos que para um sistema jurídico ser efetivo ele “[...] requer não apenas a deferência respeitosa que demonstramos pelas disposições jurídicas comuns, mas também aquela convergência voluntária de esforços que dedicamos aos princípios morais nos quais temos uma crença ativa”<sup>62</sup> (Fuller, 1958, p. 642). Isso leva Fuller a concluir que, para um sistema jurídico ou uma constituição serem efetivos, estes devem ser, ao menos provisoriamente, aceitos não apenas como direito, mas como bom direito. Nesse sentido, o positivismo jurídico se mostra incapaz de servir ao ideal de fidelidade ao direito, pois, afirma Fuller, sua realização desse ideal envolve planejamento – ou seja, considerações sobre o que ele deve ser – exatamente o que o positivismo se recusa a fazer.

### 2.2.3. A Moralidade Própria do Direito

A tarefa de Hart de separar o direito e a moral pode ser reformulada na distinção entre ordem e boa ordem. Para Hart, o direito trata da ordem, pura e simples. Não se confunde com a boa ordem, como as demandas de moralidade e de justiça ou sobre noções de dever ser; nem com uma ordem ruim, compatível com imoralidades ou com injustiças (Fuller, 1958, p. 644). Hart pretende isolar o fenômeno jurídico, isto é, dizer que o direito não pode ser submetido como um objeto de avaliação sobre a sua moralidade ou imoralidade. Logo, não faz sentido, ou apenas é irrelevante, no que diz respeito à sua validade jurídica, dizer se o direito é moral ou imoral.

Mas ainda que fosse possível separar o direito (ordem) da moral (boa ordem), teríamos que aceitar que a noção de ordem tem seu próprio elemento moral, afirma Fuller (Fuller, 1958, p. 644). Para explicar a “moralidade da ordem” Fuller utiliza o seguinte exemplo. Um monarca pretende alcançar seus objetivos egoístas através das suas ordens emitidas aos seus súditos, as quais constituem o que podemos chamar de “direito” em seu reino. Ele certamente possui uma

---

<sup>61</sup> No original: “[...] is not valid because it has been created in a certain way, but its validity is assumed by virtue of its content. It is valid, then, like a norm of natural law [...] The idea of a pure positive law, like that of natural law, has its limitations.”

<sup>62</sup> No original: “[...] requires not merely the respectful deference we show for ordinary legal enactments, but that willing convergence of effort we give to moral principles in which we have an active belief.”

*moralidade externa* porque tem a autoridade para criar o direito fundada em atitudes morais que atribuem essa competência a ele. Contudo, esse monarca é descuidado e esquecido. Frequentemente pune a obediência e recompensa a desobediência e suas ordens são ambíguas de modo que não oferecem um padrão claro para os súditos orientarem seus comportamentos. Essas são falhas internas à produção e à administração das regras; inerentes à atividade de criar o direito. Logo, suas ordens não têm *moralidade interna* (Fuller, 1958, p. 645). Portanto, o monarca não consegue criar um sistema jurídico, nem mesmo um sistema jurídico moralmente ruim, baseado em seus desejos egoístas, pois embora tenha moralidade externa, ele não obedece a alguns dos pressupostos intrínsecos à atividade de criar, administrar e aplicar regras:

O direito, considerado meramente como ordem, contém, portanto, sua própria moralidade implícita. Essa moralidade da ordem deve ser respeitada se quisermos criar qualquer coisa que possa ser chamada de direito, mesmo um direito ruim. O direito por si só é impotente para trazer essa moralidade à existência. Até que nosso monarca esteja realmente pronto para enfrentar as responsabilidades de sua posição, de nada lhe adiantará emitir mais uma ordem fútil, desta vez dirigida a si mesmo e ameaçando-se com punição caso não se corrija<sup>63</sup> (Fuller, 1958, p. 645).

Em outras palavras, ainda que o monarca tenha autoridade para criar o direito, fundada em atitudes morais que lhe atribuem competência (*moralidade externa*) como a aceitação dos seus súditos de uma norma básica que declara que tudo o que o rei diz é o direito, se ele não aceitar as responsabilidades intrínsecas à atividade de administrar e aplicar regras (*moralidade interna*) nunca criará direito enquanto um sistema jurídico. Hart negligenciou completamente a noção de moralidade interna ao direito. Isso fez com que ele tratasse o direito como um dado que se projeta na experiência humana e não como um objeto de esforço humano (Fuller, 1958, p. 646). Quando assumimos esse elemento moral da ordem, a existência de um sistema jurídico se torna uma questão de grau. Reconhecer esse fato torna

[...] impossível descartar os problemas apresentados pelo regime nazista com uma simples afirmação: “Sob os nazistas, havia direito, mesmo que fosse um direito ruim.” Em vez disso, precisamos indagar quanto de um sistema jurídico sobreviveu à degradação e perversão generalizadas de todas as formas de ordem social que ocorreram sob o domínio nazista, e quais implicações morais esse sistema mutilado teve para o cidadão consciente forçado a viver sob ele<sup>64</sup> (Fuller, 1958, p. 646).

<sup>63</sup> No original: “Law, considered merely as order, contains, then, its own implicit morality. This morality of order must be respected if we are to create anything that can be called law, even bad law. Law by itself is powerless to bring this morality into existence. Until our monarch is really ready to face the responsibilities of his position, it will do no good for him to issue still another futile command, this time self-addressed and threatening himself with punishment if he does not mend his ways.”

<sup>64</sup> No original: “[...] impossible to dismiss the problems presented by the Nazi regime with a simple assertion: ‘Under the Nazis there was law, even if it was bad law.’ 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.”

Nesse sentido, a filosofia positivista não oferece qualquer mecanismo para promover o ideal de fidelidade ao direito. Especialmente para aqueles que ocupam e exercem cargos de responsabilidade institucionais dentro da própria ordem à qual devem fidelidade. Por exemplo, suponhamos que um juiz de primeira instância da Alemanha nazista se depare com a aplicação de uma lei secreta ou de uma lei penal retroativa. Certamente, ele não será ajudado se for lembrado que tem uma obrigação de obedecer ao direito (Fuller, 1958, 646-647). Nas palavras de Fuller:

Não está claro que é precisamente a insistência do positivismo em uma separação rígida entre o direito como ele é e o direito como deveria ser que torna a filosofia positivista incapaz de auxiliar nosso juiz? Não está também claro que nosso juiz jamais poderá alcançar uma resolução satisfatória para seu dilema a menos que encare seu dever de fidelidade ao direito em um contexto que também abranja sua responsabilidade de fazer do direito o que ele deveria ser? (Fuller, 1958, p. 647). [...] Nem creio que tal situação seja provável de surgir numa nação onde tanto o direito quanto o bom direito são considerados conquistas humanas colaborativas que necessitam de renovação constante, e onde os advogados ainda estão pelo menos tão interessados em perguntar “O que é o bom direito?” quanto em perguntar “O que é o direito?”<sup>65</sup> (Fuller, 1958, p. 648).

#### 2.2.4. O Problema de Restaurar o Respeito pelo Direito e pela Justiça após o Colapso de um Regime que não Respeitava Nenhum

Após a queda da ditadura nazista os tribunais alemães do pós-guerra enfrentaram um dilema: não era possível declarar nulas juridicamente todas as leis e decisões, nem era possível aceitar que as perversidades cometidas em nome daquilo que era chamado de direito se perpetuassem no novo governo: “[...] qualquer curso desse tipo teria contaminado um futuro indefinido com os venenos do nazismo”<sup>66</sup> (Fuller, 1958, p. 648). Este problema foi enfrentado dramaticamente nos casos dos informantes, pessoas que entregaram inimigos pessoais e cônjuges indesejados ao nazismo. Hart dá o exemplo da mulher que entrega o marido por críticas privadas ao governo de Hitler. Se as leis e decisões nazistas eram “direito”, então essas pessoas não eram culpadas por sua violação, já que haviam denunciado suas vítimas em processos que os nazistas chamavam de direito (Fuller, 1958, p. 649).

<sup>65</sup> No original: “Is it not clear that it is precisely positivism's insistence on a rigid separation of law as it is from law as it ought to be that renders the positivistic philosophy incapable of aiding our judge? Is it not also clear that our judge can never achieve a satisfactory resolution of his dilemma unless he views his duty of fidelity to law in a context which also embraces his responsibility for making law what it ought to be? [...] Nor do I think that such a predicament is likely to arise within a nation where both law and good law are regarded as collaborative human achievements in need of constant renewal, and where lawyers are still at least as interested in asking ‘What is good law?’ as they are in asking ‘What is law?’”

<sup>66</sup> No original: “[...] any such course would have tainted an indefinite future with the poisons of Nazism.”

Hart então sugere que a “solução menos objetável ao problema” seria uma lei penal retroativa. Sua solução, contudo, considera o informante um criminoso, ainda que ele afirme que o que ele fez era perfeitamente legal quando foi realizado. Todavia, Hart condena “[...] sem ressalvas, as decisões judiciais em que os próprios tribunais se comprometeram a declarar nulos algumas das leis nazistas ao abrigo das quais as vítimas do denunciante haviam sido condenadas”<sup>67</sup> (Fuller, 1958, p. 649). Hart estava realmente preocupado com o problema da fidelidade ao direito? A pergunta é cabível pois uma implicação necessária da sua solução penal retroativa seria a declaração pelos tribunais de nulidade das leis nazistas. Por conseguinte, Fuller defende os juízes alemães e oferece razões que sustentam porque suas decisões representavam não o abandono da obrigação de fidelidade ao direito, mas o seu respeito.

Hart parece supor que a única diferença entre o direito nazista e o direito de outros Estados, era que os nazistas utilizaram suas leis para alcançar fins considerados odiosos nesses outros países (Fuller, 1958, p. 650). A ditadura nazista cometeu aberrações jurídicas, como abuso de leis retroativas e o uso de leis secretas. Não é possível fazer uma análise de se os tribunais alemães do pós-guerra abandonaram ou respeitaram a obrigação de fidelidade ao direito sem considerar que, sob o nazismo, a moralidade interna ao direito, sem a qual o próprio direito não pode existir, foi completamente deteriorada (Fuller, 1958, p. 651).

Hart não criticou os tribunais alemães e Gustav Radbruch pelo que disseram ou fizeram (declarar as leis nazistas nulas e se recusar a aplicá-las), mas porque estes não teriam se dado conta de que estavam enfrentando um dilema moral, importante para os positivistas. Para Hart, o dilema não dizia respeito à questão se uma lei nazista era ou não direito, mas se deveria ser obedecido ou não. Mas a fuga de Hart do verdadeiro dilema pela afirmação “Isso é direito, mas é tão perverso que nos negamos a aplicá-lo” causa ainda mais confusão, já que se recusa aplicação de algo que se reconhece como direito (Fuller, 1958, p. 655). Nesse sentido, afirma Fuller:

Espero não estar sendo injusto com o Professor Hart ao dizer que não consigo encontrar uma maneira de descrever o dilema como ele o vê, a não ser usar palavras como as seguintes: Por um lado, temos um dado amoral chamado direito, que tem a qualidade peculiar de criar um dever moral de obedecê-lo. Por outro lado, temos o dever moral de fazer o que consideramos certo e decente. Quando somos confrontados com um direito que acreditamos ser completamente ruim, temos que escolher entre esses dois deveres. [...] Não creio que seja injusto com a filosofia positivista dizer que ela nunca atribui qualquer significado coerente à obrigação moral de fidelidade ao direito<sup>68</sup> (Fuller, 1958, p. 656).

<sup>67</sup> No original: “[...] without qualification those judicial decisions in which the courts themselves undertook to declare void certain of the Nazi statutes under which the informer's victims had been convicted.”

<sup>68</sup> No original: “I hope I am not being unjust to Professor Hart when I say that I can find no way of describing the dilemma as he sees it but to use some such words as the following: On the one hand, we have an amoral datum

A tese fundamental do positivismo nega qualquer possibilidade de uma relação entre a obrigação de obedecer ao direito e outras obrigações morais. Embora Fuller não adira a todos os comprometimentos jusnaturalistas de Radbruch (Fuller, 1958, p. 656), ele acredita que a reconstrução das instituições jurídicas da Alemanha deveria restaurar tanto o respeito pelo direito quanto o respeito pela justiça – e isso simultaneamente. Nesse sentido, o positivismo é incapaz de nos ajudar, pois:

Ao buscarmos a ordem, podemos nos lembrar significativamente de que a ordem em si não nos fará bem a menos que seja boa para alguma coisa. Ao buscarmos tornar nossa ordem boa, podemos nos lembrar de que a própria justiça é impossível sem ordem, e que não devemos perder a própria ordem na tentativa de torná-la boa<sup>69</sup> (Fuller, 1958, p. 657).

### 2.2.5. As Implicações Morais do Positivismo Jurídico

Fuller chega então na pergunta mais polêmica de seu artigo: se existe fundamento, como acredita Radbruch, para afirmar que a aceitação da filosofia positivista na Alemanha pré-nazismo facilitou o caminho para o regime. Para Hart, é claro, essa é a acusação mais repugnante contra o positivismo jurídico (Fuller, 1958, p. 657). Todavia, avalia Fuller, o ambiente intelectual na Alemanha pré-nazista era de destaque para a filosofia positivista (Fuller, 1958, p. 658). O positivismo jurídico adquiriu status de “ciência” enquanto a aderência às teorias do direito natural era vista como ingenuidade. Nesse sentido, os juristas alemães em geral consideravam o *common law* anglo-americano “[...] como um conglomerado confuso e sem princípios de direito e moral”<sup>70</sup> (Fuller, 1958, p. 659). Assim, afirma Fuller:

O positivismo jurídico alemão não apenas banuiu da ciência jurídica qualquer consideração sobre os fins morais do direito, como também era indiferente ao que chamei de moralidade interna do próprio direito. O jurista alemão estava, portanto, particularmente preparado para aceitar como “direito” qualquer coisa que se chamasse por esse nome, fosse impressa às custas do governo e parecesse vir “*von oben herab*”. À luz dessas considerações, não vejo absurdo nem perversidade na sugestão de que as atitudes predominantes na profissão jurídica alemã foram úteis aos nazistas. Hitler não chegou ao poder por meio de uma revolução violenta. Ele foi Chanceler antes de se tornar Líder. A exploração das formas jurídicas começou cautelosamente e tornou-se mais ousada à medida que o poder se consolidava. Os primeiros ataques à ordem estabelecida foram contra muralhas que, se eram guarnecidas por alguém, eram

---

called law, which has the peculiar quality of creating a moral duty to obey it. On the other hand, we have a moral duty to do what we think is right and decent. When we are confronted by a statute we believe to be thoroughly evil, we have to choose between those two duties. [...] I do not think it is unfair to the positivistic philosophy to say that it never gives any coherent meaning to the moral obligation of fidelity to law.”

<sup>69</sup> No original: “As we seek order, we can meaningfully remind ourselves that order itself will do us no good unless it is good for something. As we seek to make our order good, we can remind ourselves that justice itself is impossible without order, and that we must not lose order itself in the attempt to make it good.”

<sup>70</sup> No original: “[...] as a messy and unprincipled conglomerate of law and morals.”

guarnecidas por advogados e juizes. Essas muralhas caíram quase sem luta<sup>71</sup> (Fuller, 1958, p. 659).

As referências a um “direito superior” (“*higher law*”) pelos tribunais alemães do pós-guerra, tão incomodas a Hart e os positivistas como um todo, poderiam até ser evitadas. Bastaria afirmar que é a violação da moralidade interna ao direito que declara as leis nazistas nulas, e não um direito superior. Apesar da roupagem de forma jurídica, o regime nazista se afasta tão fortemente da moralidade da ordem, da moralidade interna ao próprio direito, que não pode ser um sistema jurídico (Fuller, 1958, p. 660).

#### 2.2.6. O Problema de Interpretação: O Núcleo e a Penumbra

Hart propõe uma teoria da interpretação judicial baseada em uma teoria sobre o significado linguístico. Para Fuller, a teoria de Hart tem a seguinte forma. A tarefa de interpretação é “[...] geralmente a de determinar o significado das palavras individuais de uma regra jurídica, [...] para determinar o alcance de referência de tal palavra, ou o conjunto de coisas para as quais ela aponta”<sup>72</sup> (Fuller, 1958, p. 662). A comunicação é possível, afirma Hart, porque as palavras têm um núcleo de significado que permite uma estabilização do significado das palavras. No exemplo clássico da regra que proíbe veículos no parque, o automóvel está no núcleo de significado do que é um veículo. Um juiz que aplica essa situação padrão não exerce nenhum papel criativo. No entanto, afirma Hart, as palavras também têm uma zona de penumbra que faz com que seu significado varie e não seja nem obviamente descartado, nem claramente aplicado (Fuller, 1958, p. 662). No exemplo da regra que proíbe veículos no parque a bicicleta se encontra na área de penumbra do significado linguístico do conceito de “veículo.” Um juiz que precisa decidir esse caso deve assumir um papel criativo e estabelecer, no sentido de estipular, se o significado de “veículo” abrange “bicicletas”. Se a interpretação de Fuller sobre Hart estiver certa, sua tese não se sustenta, pois Hart coloca os problemas de interpretação como uma procura por significado de palavras individuais.

<sup>71</sup> No original: “German legal positivism not only banned from legal science any consideration of the moral ends of law, but it was also indifferent to what I have called the inner morality of law itself. The German lawyer was therefore peculiarly prepared to accept as ‘law’ anything that called itself by that name, was printed at government expense, and seemed to come ‘*von oben herab*.’ In the light of these considerations I cannot see either absurdity or perversity in the suggestion that the attitudes prevailing in the German legal profession were helpful to the Nazis. Hitler did not come to power by a violent revolution. He was Chancellor before he became the Leader. The exploitation of legal forms started cautiously and became bolder as power was consolidated. The first attacks on the established order were on ramparts which, if they were manned by anyone, were manned by lawyers and judges. These ramparts fell almost without a struggle.”

<sup>72</sup> No original: “[...] commonly that of determining the meaning of the individual words of a legal rule, [...] to determine the range of reference of such a word, or the aggregate of things to which it points.”

Para Fuller, a tarefa de interpretação é diferente. O juiz deve interpretar a regra à luz de seu propósito ou fim; deve haver uma interseção entre o “ser”, a regra em si, e o “dever ser”, a regra segundo seu propósito (Fuller, 1958, p. 662). Quando aplicamos a regra a Fords e Cadillacs não é apenas porque são automóveis e automóveis são veículos, mas porque podemos ver claramente que *um dos* propósitos da regra era proibir a entrada desses tipos de veículos, seja para garantir a segurança ou a tranquilidade dentro do parque (Fuller, 1958, p. 663). É o propósito da regra que guia a interpretação; é ele que nos indica se, para os fins dela, determinados veículos são proibidos ou permitidos. É essa forma de interpretar, por recurso aos propósitos da regra, que é relevante ao ideal de fidelidade ao direito.

### 2.2.7. Os Fundamentos Morais e Emocionais do Positivismo

Segundo Fuller, o positivismo jurídico teme uma interpretação propositada (*purposive interpretation*) do direito e das instituições jurídicas, ou pelo menos que uma interpretação desse tipo possa ser levada muito longe (Fuller, 1958, p. 669). No entanto, admite Fuller, isso “[...] não deve nos induzir ao erro de pensar que o medo é totalmente injustificado ou que não reflete nenhum problema significativo na organização da sociedade”<sup>73</sup> (Fuller, 1958, p. 670). A fidelidade ao direito, por exemplo, *pode* tornar-se impossível se não aceitarmos responsabilidades mais amplas que acompanham uma interpretação propositada do direito. Assim, determinadas interpretações podem impor um propósito errado ou desvirtuar o propósito correto de uma regra, de modo a produzir problemas para a fidelidade ao direito. Fuller dá o exemplo da lei que diz que não deveríamos vender absinto. Se interpretamos a lei com o propósito de promover a saúde, alguém que afirma que o absinto é uma bebida saudável poderia interpretar a lei como um incentivo ao consumo da bebida.

Esse é um risco embutido na interpretação propositada: usar a interpretação baseada em um propósito errado ou desvirtuado para levar uma regra a qualquer caminho que se deseja. Como podemos evitá-lo? Para Fuller,

[...] a resposta está no conceito de *estrutura*. Uma lei ou uma regra de *common law* tem, explicitamente ou em virtude de sua relação com outras regras, algo que pode ser chamado de integridade estrutural. É isso que temos em mente quando falamos da “intenção da lei”, embora saibamos que são os homens que têm intenções e não palavras no papel. Dentro dos limites dessa estrutura, a fidelidade ao direito não

<sup>73</sup> No original: “[...] should not mislead us into thinking that the fear is wholly without justification, or that it reflects no significant problem in the organization of society.”

apenas permite, mas exige um papel criativo do juiz, mas além dessa estrutura não lhe permite ir.<sup>74</sup> (Fuller, 1958, p. 670).

A grande virtude da abordagem de Hart, acredita Fuller, é tornar explícita a preocupação do positivismo jurídico com a fidelidade ao direito. Não obstante, o medo positivista da interpretação propositada não é que ela leva a uma dissolução anárquica da fidelidade ao direito, mas que poderia levar exatamente na direção oposta. Fuller ilustra comparando duas leis, que ele afirma terem o mesmo propósito: aumentar a frequência na igreja. A primeira proíbe o jogo de golfe aos domingos de manhã (horário comum para essa prática esportiva e para encontros religiosos). A segunda obriga as pessoas a frequentarem a igreja nos domingos de manhã. Embora as duas leis possam ser problemáticas, a primeira cobra um custo menor da nossa dignidade, apesar da segunda ser mais honesta quanto aos fins que busca. Para Fuller, o medo positivista de uma interpretação propositada do direito é que ela estimule a substituição de normas do primeiro tipo por normas do segundo tipo (Fuller, 1958, p. 671). O problema da imposição de propósito (*impressed purpose*) não é ignorado por Fuller. Ele termina seu artigo afirmando:

Aguardo com expectativa o dia em que a filosofia jurídica possa se debruçar seriamente sobre questões desse tipo, e não simplesmente explorá-las para marcar pontos em favor de uma posição já assumida. O ensaio do Professor Hart parece-me abrir caminho para tal discussão, pois elimina da filosofia positivista uma pretensão que até então obscureceu todas as questões por ela abordadas. Refiro-me, é claro, à pretensão da neutralidade ética do positivismo. É por isso que posso dizer com toda a sinceridade que, apesar da minha discordância quase parágrafo por parágrafo com as opiniões expressas em seu ensaio, acredito que o Professor Hart fez uma contribuição duradoura para a filosofia jurídica.<sup>75</sup> (Fuller, 1958, p. 672).

### **Seção 3. A Teoria *Economics* e as Formas de Ordenação Social**

#### **3.1. Introdução**

---

<sup>74</sup> No original: “[...] the answer lies in the concept of *structure*. A statute or a rule of common law has, either explicitly, or by virtue of its relation with other rules, something that may be called a structural integrity. This is what we have in mind when we speak of ‘thintent of the statute,’ though we know it is men who have intentions and not words on paper. Within the limits of that structure, fidelity to law not only permits but demands a creative role from the judge, but beyond that structure it does not permit him to go.”

<sup>75</sup> No original: “I look forward to the day when legal philosophy can address itself earnestly to issues of this sort, and not simply exploit them to score points in favor of a position already taken. Professor Hart’s essay seems to me to open the way for such a discussion, for it eliminates from the positivistic philosophy a pretense that has hitherto obscured every issue touched by it. I mean, of course, the pretense of the ethical neutrality of positivism. That is why I can say in all sincerity that, despite my almost paragraph-by-paragraph disagreement with the views expressed in his essay, I believe Professor Hart has made an enduring contribution to legal philosophy.”

O livro *The Principles of Social Order*<sup>76</sup> de 1981 foi organizado e publicado postumamente por Kenneth Winston e reúne um conjunto de artigos e discursos, publicados e não publicados, de Lon Fuller (Wiston, 1981, p. 11). Trata, especialmente, sobre a ideia de *Eunomics* e a Teoria da Boa Ordem e dos Arranjos Sociais Viáveis, no primeiro capítulo, e sobre algumas das Formas e dos Princípios da Ordem Social, no segundo capítulo. O terceiro capítulo traz ainda alguns discursos de Fuller sobre filosofia, educação e prática jurídica – que não abordo neste trabalho. Sobre o capítulo primeiro e a teoria eunômica, Fuller trabalhou versões de seu texto nos cursos de teoria do direito na Harvard Law School entre o fim dos anos 1940 e o início dos anos 1960. Chegou a publicar uma “Seleção de Leituras Complementadas por Comentários” numa edição temporária em *The Problems of Jurisprudence* de 1949 onde ele afirmou ser uma apresentação provisória do tema (Fuller, 1949, p. 693). No entanto, o autor nunca concluiu o trabalho. Fuller tratou explicitamente da ideia de *Eunomics*, mas em uma seção muito breve do artigo “American Legal Philosophy at Mid-Century” de 1954. Kenneth encontrou entre os arquivos de Fuller o texto não publicado “Means and Ends”, que seria a introdução de sua Teoria Eunômica. Os ensaios que constam no segundo capítulo, sobre as Formas e os Princípios da Ordem Social, foram publicados ao longo da década de 1960. Optei por utilizar e citar os textos de acordo com o livro organizado por Kenneth Wiston em detrimento das publicações originais porque o trabalho de Wiston organiza e centraliza os principais textos que utilizo neste trabalho, embora eu indique onde e quando eles foram publicados pela primeira vez.

Na Introdução, escrita por Kenneth Wiston, ele afirma que o objetivo do volume é contribuir para um quadro mais abrangente da concepção geral de Fuller sobre o direito e suas instituições. O princípio organizador é a ideia de *Eunomics*, central para a teoria secular do direito natural de Fuller,<sup>77</sup> conforme afirma Wiston. A ideia de *Eunomics* distingue a preocupação da teoria tradicional do direito natural de derivar princípios morais substantivos a partir do conhecimento da natureza humana, da preocupação “procedimental” ou “secular” consistente em encontrar “[...] direitos naturais de ordem social, isto é, as compulsões e oportunidades necessariamente contidas em domínios particulares da realidade social objetiva,

---

<sup>76</sup> Fuller, Lon L. *The Principles of Social Order*. Edited with an introduction by Kenneth I. Wiston. Durham: Duke University Press, 1981.

<sup>77</sup> No último capítulo, argumento que a melhor interpretação de Fuller não é como um teórico do direito natural, ainda que o próprio Fuller afirme sua teoria como uma versão procedimental do direito natural (Fuller, 1969, p. 96), ou secular, como afirma Wiston (Wiston, 1981, p. 12).

em certas maneiras de organizar as relações dos homens uns com os outros.”<sup>78</sup> (Wiston, 1981, p. 12).

Para Wiston, Fuller foi influenciado e levado a refletir sobre a ideia de *Eunomics* por sua experiência prática como advogado e árbitro em disputas contratuais (a saber, relacionadas à adjudicação e à mediação, duas das diferentes formas de ordenação social discutidas a seguir), na qual ele percebeu que o advogado, como outros oficiais atuantes nos processos (em sentido amplo) das instituições jurídicas, atuam como arquitetos de mecanismos sociais que estruturam as relações humanas (Wiston, 1981, p. 12). A seguinte citação de Fuller,<sup>79</sup> utilizada por Wiston, é ilustrativa de sua posição:

O advogado elabora constituições, tratados, cartas, regulamentos, estatutos, contratos, testamentos e escrituras. Todos eles servem para impor formas nas relações dos homens uns com os outros. O advogado está constantemente estudando essas formas e descobrindo, por meio de análise reflexiva e experiência prática, quais resultados fluem de formas particulares de ordem.<sup>80</sup> (Fuller, 1954, p. 476-477).

Contudo, os problemas de design institucional foram negligenciados em razão do descrédito que a teoria do direito natural sofreu com o auge do positivismo jurídico, especialmente a partir de John Austin. Os positivistas enxergam o direito como um fenômeno moralmente neutro e instrumental, que emana da vontade de certos indivíduos licenciados sobre os demais membros da sociedade cuja obediência é imposta. Para Fuller, no entanto, isso distorce o papel dos legisladores, advogados e juízes, que

[...] frequentemente [devem] conformar sua própria atividade criativa a uma ordem externa do que impor uma ordem aos outros a qual eles devem se conformar. A ordem externa é moral e prática. Há princípios morais em jogo no esforço de canalizar a conduta humana para estruturas jurídicas, bem como na escolha entre a variedade de estruturas possíveis. E há restrições práticas – os limites dos recursos disponíveis, o estado da invenção social, características gerais da vida comunitária – que determinam a eficácia de diferentes estruturas na gestão de problemas sociais ou na obtenção de fins acordados. Assim, o trabalho do legislador é mais bem visto como um processo de descoberta fundamentada, em vez de pura invenção, das formas jurídicas apropriadas para introduzir tomada de decisão coerente e autoritativa em situações sociais particulares. É essa necessidade de ser responsivo às realidades externas, eu penso, que Fuller considerou ser o insight fundamental da teoria tradicional do direito natural.<sup>81</sup> (Wiston, 1981, p. 13).

<sup>78</sup> No original: “[...] natural laws of social order, that is, the compulsions and opportunities necessarily contained in particular domains of objective social reality, in certain ways of organizing men’s relations with one another.”

<sup>79</sup> Fuller, 1954. “American Legal Philosophy at Mid-Century – A Review of Edwin W. Patterson’s *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*”. *Journal of Legal Education*, vol. 6, n. 4, 1954, p. 457-485.

<sup>80</sup> No original: “The lawyer drafts constitutions, treaties, charters, by-laws, statutes, contracts, wills, and deeds. All of these serve to impose forms on men’s relations with one another. The lawyer is constantly studying these forms and discovering, by reflective analysis and practical experience, what results flow from particular forms of order.”

<sup>81</sup> No original: “[...] often conform his own creative activity to an external order than impose an order on others to which they must conform. The external order is both moral and practical. There are moral principles at stake in

No texto “Reason and Fiat in Case Law”<sup>82</sup> de 1946, Fuller ilustra a sua concepção do oficial do direito que conforma sua atividade criativa a uma ordem externa moral e prática no papel exercido especificamente pelo juiz. Ele imagina um grupo de pessoas naufragadas em uma ilha que designa um deles para ser o árbitro na resolução de suas disputas. Esse árbitro verá que sua tarefa contém restrições próprias da atividade de decidir casos. Suas decisões de hoje serão razão para as decisões futuras, ou seja, serão vistas como precedentes. Regras gerais emergirão da sua resolução de casos específicos e o grupo tomará essas regras como padrão para sua própria conduta. Assim, ele percebe que suas decisões devem refletir os objetivos e comprometimentos básicos do grupo. Conforme afirma, Wiston:

O ponto, eu acho, não é apenas que os padrões de tomada de decisão são derivados da comunidade, mas que o árbitro se vê como um agente, talvez um oráculo, dos propósitos do grupo. Essas são restrições comunitárias. E então o árbitro percebe que ele deve conformar suas decisões aos “princípios naturais subjacentes à vida em grupo”<sup>83</sup> (Wiston, 1981, p. 14).

A ideia de *Eunomics* que, conforme Fuller definiu, é a “[...] ciência, teoria ou estudo da boa ordem e arranjos viáveis”<sup>84</sup> (Fuller, 1954, p. 477) é uma alternativa de estudo à teoria do direito natural que pressupõe que “Existem direitos naturais de ordem social”<sup>85</sup> (Fuller, 1954, p. 473) que não envolve nenhum comprometimento com “fins últimos”, mas com aspectos da relação meios e fins e sua contribuição para o esclarecimento dos fins na análise dos meios disponíveis para alcançá-los. Para Wiston, existem três preocupações principais de Fuller na sua abordagem eunômica das instituições jurídicas. Em primeiro lugar, Fuller vê o surgimento de instituições jurídicas como respostas conscientes e racionais a situações problemáticas comuns a todas as sociedades. Isso implica uma preocupação com as origens e os efeitos sociais da ordem jurídica e, portanto, exige uma análise funcional das estruturas jurídicas. Em segundo lugar, Fuller vê as formas de ordenação jurídica constituídas por e dependentes de princípios

---

the effort to channel human conduct into legal structures, as well as in choosing among the variety of possible structures. And there are practical constraints – the limits of available resources, the state of social invention, general features of communal life – which determine the effectiveness of different structures in managing social problems or in achieving agreed upon ends. Thus the work of the lawmaker is better viewed as a process of reasoned discovery, rather than sheer invention, of the legal forms appropriate to introducing coherent and authoritative decision making into particular social situations. It is this necessity of being responsive to external realities, I think, that Fuller took to be the fundamental insight of traditional natural law theory.”

<sup>82</sup> Fuller, Lon L. “Reason and Fiat in Case Law”. Harvard Law Review, vol. 59, n. 3, 1946, p. 376-395.

<sup>83</sup> No original: “The point, I think, is not only that standards of decision making are derived from the community but that the arbiter sees himself as an agent, perhaps an oracle, of the group’s purposes. These are communal constraints. And then the arbiter realizes that he must conform his decisions to “the natural principles underlying group life”

<sup>84</sup> No original: “[...] the science, theory or study of good order and workable arrangements.”

<sup>85</sup> No original: “There are natural laws of social order.”

morais básicos que são independentes dos fins buscados por meio dessas formas. Assim, as estruturas jurídicas incorporam aspirações morais e definem relacionamentos morais. Em terceiro lugar, Fuller se concentra na questão da competência jurídica, isto é, a distinção de diferentes instituições jurídicas em propósito, estrutura e capacidade de resolver problemas substantivos. Isso implica em uma preocupação subsidiária com os limites de eficácia de diferentes instituições e as formas patológicas que elas são suscetíveis de gerar (Wiston, 1981, p. 14-15).

Nesse sentido, Wiston expõe o que ele considera ser o objetivo perseguido por Fuller com a introdução da ideia de *Eunomics*. Ele não pretende avaliar se o projeto eunômico de Fuller é uma teoria do direito natural, nem de conectar os vários ensaios que compõe o livro. Seu objetivo é tratar da alegação mais controversa de Fuller de que existe uma conexão necessária entre direito e moralidade para lançar luz às ideias de Fuller mal-compreendidas por seus críticos (Wiston, 1981, p. 15). Na primeira seção, deriva três requisitos de uma concepção de direito, visto que os críticos, em sua maioria positivistas, não compreendem o que está em jogo na escolha de concepções concorrentes de direito. Na segunda seção, apresenta a concepção de direito de Fuller, mostrando suas relações com a concepção de Hart. Na terceira seção, demonstra como a concepção de direito de Fuller esclarece sua tese da moralidade interna.

### 3.1.1. Critérios de uma Concepção de Direito

Wiston inicia sua argumentação comparando a concepção geral de Fuller sobre o direito com a posição do juiz imaginário Foster criado pelo próprio Fuller em seu famoso texto “The Case of the Spelucean Explorer” de 1949.<sup>86</sup> Nele, é relatado o julgamento imaginário de cinco homens acusados de cometer um homicídio canibal contra um companheiro espeleólogo em razão de terem ficado presos em uma caverna sem comida o suficiente para que sobrevivessem até que o resgate pudesse ser realizado. A posição do juiz Foster era de absolvição dos acusados. Primeiro, por causa das circunstâncias especiais do caso. Os homens não estavam sob o direito, mas sob um estado de natureza. Conforme afirma Fuller (através de Foster), o “[...] direito positivo se baseia na possibilidade de coexistência entre os homens na sociedade. Quando ocorre uma situação em que a coexistência se torna impossível, então a

---

<sup>86</sup> Fuller. *The Case of the Speluncean Explorers*. Harvard Law Review, vol. 62, n. 4 (feb., 1949), p. 616-645).

condição que respalda todos os nossos precedentes e disposições jurídicas deixa de existir”<sup>87</sup> (Fuller, 1949, p. 620). Então, complementa Wiston, “[...] o acusado deve ser julgado em termos de uma estrutura jurídica condizente com a sua situação”<sup>88</sup> (Wiston, 1981, p. 16). O segundo argumento de Foster admite que eles tenham violado uma expressão literal do direito. No entanto, uma compreensão adequada da lei que proíbe o homicídio “[...] deve ser interpretada de forma racional, à luz de seu propósito evidente”<sup>89</sup> (Fuller, 1949, p. 624). Se a condenação atual não é um motivo para impedir que casos semelhantes ocorram no futuro então o propósito da lei de homicídio não é proibir o homicídio em casos desse tipo.

Como a posição do juiz Foster reflete a concepção de direito de Fuller? Primeiro, o argumento de Foster sobre o estado de natureza nos revela que a regulamentação jurídica tem um ambiente próprio, aquele de coexistência humana em sociedade. Em outras palavras, a ordenação jurídica é dependente de circunstâncias materiais (Wiston, 1981, p. 17). De forma semelhante, na teoria do direito é comum os teóricos vincularem uma definição de direito a uma configuração institucional específica que exige uma sistematização dos fenômenos jurídicos ou enumeração de condições necessárias e suficientes para aplicação do conceito de direito. Fuller, todavia, evitou uma concepção definicional de direito. Para ele, uma concepção de direito deve considerar a diversidade histórica e cultural da regulamentação jurídica (Wiston, 1981, p. 17), isto é, a concepção deve ser *generosa*; não deve ser fechada, mas aberta.

Em segundo lugar, o argumento do juiz Foster sobre o propósito da lei de homicídio sugere que a regulamentação jurídica assume uma forma de projeção consciente para alcançar fins definidos, que Fuller chama de *propósito*. Diferente de uma abordagem positivista, que foca nas características estruturais do sistema jurídico e nos tipos e relações entre as regras jurídicas, Fuller encara a regulamentação jurídica como um empreendimento proposital para a resolução de problemas. Sua preocupação é o papel que o direito, enquanto produto de uma racionalidade prática, desempenha na interação humana e na organização social. Segundo Wiston,

Como John Dewey, ele [Fuller] via a principal virtude de a ordem jurídica consistindo em trazer inteligência para lidar com os assuntos humanos de forma organizada. Com essa orientação, o teórico jurídico se torna sensível às condições para a operação efetiva de instituições jurídicas, um tópico que Fuller explorou em muitos de seus ensaios. Além disso, com a tentativa de tornar claros os fundamentos do direito positivo nas realidades da vida em grupo, o teórico se torna consciente

<sup>87</sup> No original: “[...] positive law is predicated on the possibility of men's coexistence in society. When a situation arises in which the coexistence of men becomes impossible, then a condition that underlies all of our precedents and statutes has ceased to exist.”

<sup>88</sup> No original: “[...] the accused must be judged in terms of a legal framework befitting their situation”.

<sup>89</sup> No original: “[...] is to be interpreted reasonably, in the light of its evident purpose.”

das manifestações do direito em suas formas menos articuladas, pois é implícito ou emergente de padrões de conduta existentes.<sup>90</sup> (Wiston, 1981, p. 18).

Por fim, subjacente à toda posição do juiz Foster, existe uma noção de *normatividade*, qual seja, a sugestão de que parte do objetivo da regulamentação jurídica é promover a ordem moral. Conforme afirma Fuller, novamente através de Foster, “Se este tribunal declara que, de acordo com o nosso direito, esses homens cometeram um crime, então nosso direito será condenado no tribunal do bom senso”<sup>91</sup> (Fuller, 1949, p. 620). Em outras palavras,

[...] uma concepção de direito deve esclarecer a função das instituições jurídicas em conceder reconhecimento público aos princípios que são vinculantes para os indivíduos, uma função que os torna as agências sociais mais importantes por meio das quais condutas, decisões e regras adquirem legitimidade. Claramente, esse requisito pode ser atendido apenas por uma concepção normativa de direito, isto é, apenas se a fonte de legitimação for concebida como interna à própria regulamentação jurídica.<sup>92</sup> (Wiston, 1981, p. 18)

Este é o ponto de maior divergência entre Fuller e os positivistas. Como o direito torna certas formas de conduta não opcionais? Isto é, qual é natureza da normatividade do direito? O positivismo acredita que existe uma forma moralmente neutra de reconhecer as obrigações jurídicas, sem recorrer a conexões morais. Por exemplo, Austin oferece um relato político, ou seja, uma capacidade de criar obrigações jurídicas por imposição de sanção,<sup>93</sup> enquanto Hart oferece um relato sociológico, ou seja, uma adoção, por parte dos oficiais, de um ponto de vista interno em relação à regra de reconhecimento,<sup>94</sup> que estabelece os critérios de validade jurídica para as demais regras.

<sup>90</sup> No original: “Like John Dewey, he saw the principal virtue of legal order as bringing intelligence to bear on human affairs in an organized way. With this orientation the legal theorist becomes sensitive to conditions for the effective operation of legal institutions, a topic Fuller explored in many of his essays. Also, with the attempt to make plain the foundations of positive law in the realities of group life, the theorist becomes cognizant of manifestations of law in its less articulate forms, as it is implicit in or emergent out of existing patterns of conduct.”

<sup>91</sup> No original: “If this Court declares that under our law these men have committed a crime, then our law is itself convicted in the tribunal of common sense”.

<sup>92</sup> No original: “[...] a conception of law should clarify the function of legal institutions in granting public recognition to the principles that are binding on individuals, a function that renders them the most important social agencies through which conduct, decisions, and rules acquire legitimacy. Clearly this requirement can be met only by a normative conception of law, that is, only if the source of legitimation is conceived to be internal to legal regulation itself.”

<sup>93</sup> “Nisso, ele mostrou uma insensibilidade à dinâmica do recurso à força nas relações humanas, o que evoca demandas por sua justificação e, portanto, requer apoio de princípios aceitáveis de legitimação” (Wiston, 1981, p. 20). No original: “In this he showed an insensitivity to the dynamic of the resort to force in human relationships, which evokes demands for its justification and hence requires support from acceptable principles of legitimation.”

<sup>94</sup> “Nessa formulação, o caráter vinculante das regras jurídicas parece ser, direta ou indiretamente, autoimposto. Posteriormente, no entanto, Hart admite que para um sistema legal existir é necessário apenas que os funcionários, especialmente as autoridades do judiciário, adotem o ponto de vista interno. É suficiente para a maioria que eles simplesmente obedeçam aos funcionários. Aqui, as obrigações dos cidadãos comuns parecem resultar do que Fuller se refere como sendo uma projeção unidirecional de autoridade” (Wiston, 1981, p. 22). No original: “In this formulation, the binding character of legal rules appears to be, directly or indirectly, self-imposed. Subsequently,

Para Hart, o status normativo do direito, ou seja, a obrigação jurídica, é criada quando a maioria dos juízes aceita ou adota um ponto de vista interno sobre quais são os critérios de validade jurídica. É preciso adicionar, afirma Wiston, que os juízes não apenas concordam, mas consideram a concordância essencial para a sua aceitação. Logo, a concordância se torna uma razão para aceitação de critérios específicos. Esse passo nos obriga a perguntar se um acordo entre os juízes sobre um critério é uma boa razão; se o critério justifica o acordo. Nesse sentido, a explicação de Hart é incompleta. Não é capaz de distinguir dois sentidos em que um pronunciamento judicial pode ser autoritativo. Ele enxerga apenas que um pronunciamento judicial pode ser autoritativo por ser institucionalmente conclusivo, mas não que um pronunciamento judicial pode ser autoritativo porque o acordo entre os juízes é justificado:

Um pronunciamento judicial também pode ser autoritativo, no entanto, no sentido de ser bem fundamentado, isto é, baseado em razões sólidas. E mesmo que a questão da boa fundamentação possa ser debatida inteligentemente por funcionários e não funcionários, se um pronunciamento judicial é ou não bem fundamentado é uma questão jurídica que é essencial para determinar as obrigações jurídicas de um cidadão.<sup>95</sup> (Wiston, 1981, p. 23).

A sociologia descritiva de Hart o impede de encarar o direito como um fenômeno que deve ser justificado ou legitimado, o que por sua vez implica a incidência constitutiva de princípios morais. É precisamente isto o que a concepção de direito de Fuller promete ao considerar a dimensão moral do direito: explicar como as instituições jurídicas articulam e aplicam princípios morais relevantes.

### 3.1.2. A Concepção de Direito de Fuller

Hart identifica um “conteúdo mínimo do direito natural”, ou seja, truísmos sobre a natureza humana que fazem com que alguns tipos de regras muito básicas conectadas com a moralidade sejam necessárias, sob pena de as pessoas não terem nenhuma razão para obedecerem voluntariamente às regras jurídicas. Conforme Wiston, a forma geral do argumento de Hart é o seguinte: (1) dados certos objetivos (como a sobrevivência) e (2) dados certos fatos

---

however, Hart allows that for a legal system to exist it is necessary only that the officials, especially the judiciary, adopt the internal point of view. It is sufficient for the majority that they simply obey the officials. Here the obligations of ordinary citizens appear to result from what Fuller refers to as a one-way projection of authority.”

<sup>95</sup> No original: “A judicial pronouncement may also be authoritative, however, in the sense of being well founded, that is, based on sound reasons. And even though the question of well foundedness may be debated intelligently by officials and nonofficials alike, whether or not a judicial pronouncement is well founded is a /egal question that is essential for determining a citizen’s legal obligations.”

sobre a natureza humana (vulnerabilidade a ataques), (3) há razões para que qualquer ordem jurídica necessariamente inclua certas regras (proibição da violência) (Wiston, 1981, p. 24). Essa forma de argumentação, embora poderosa, não é tão restrita quanto pretende Hart. Os propósitos das pessoas de se associarem não se limita à sobrevivência ou a restrições negativas. Nem precisam de truísmos sobre a natureza humana, visto que necessidades sociais podem exigir que regras jurídicas tenham conteúdo específicos. Por fim, a conclusão de Hart não deve ser limitada pela inclusão de regras básicas cujo *conteúdo* é estabelecido por objetivos humanos básicos acrescidos de fatos sobre a natureza humana. Em vez disso, a conclusão deve ser mais geral:

[...] cada sociedade estabelecerá uma variedade de *mecanismos* processuais para criar, modificar e aplicar ou (em termos gerais) dar reconhecimento autoritativo a regras básicas e não básicas. Esses mecanismos constituirão agências públicas, formas institucionalmente garantidas de tomada de decisão para facilitar a interação social.<sup>96</sup> (Wiston, 1981, p. 25-26).

Com efeito, existe uma forma de racionalidade prática na ideia de Hart. A sua forma de argumentação pressupõe que os seres humanos têm a capacidade fundar uma ordem social construindo modelos de mecanismos processuais, como as suas limitadas regras básicas para organização mínima da vida social. Tais modelos, afirma Wiston, orientam o surgimento de práticas e instituições e fornece padrões para avaliar a implementação de seus mecanismos processuais (Wiston, 1981, p. 26). A partir deste ponto, no entanto, Fuller se afasta da interpretação de Hart e desta tese comum a ambos. No vocabulário de Fuller, esses modelos de ordenação são chamados de processos jurídicos ou sociais. Fuller identificou e se dedicou a expor cinco processos jurídicos particulares: adjudicação, mediação, legislação, contrato e direção gerencial. (Cada um deles é tratado na Subseção 3.3. deste trabalho). Como um modelo de ordenação social, cada processo jurídico tem dois elementos. O primeiro é uma estrutura determinada para a tomada de decisão socialmente eficaz. O segundo é um conjunto de princípios morais distintivos de cada processo (Wiston, 1981, p. 28). Além disso, cada processo corresponde ao tipo de problema que ele é mais adequado para lidar.

Nesse sentido, a concepção de direito de Fuller como um conjunto (que não é fixo nem taxativo) de modelos de ordenação atende aos três critérios de uma concepção de direito. Em primeiro lugar, a generosidade. Fuller tem uma visão ampla do direito e dos processos jurídicos.

---

<sup>96</sup> No original: “[...] each society will establish a variety of procedural mechanisms for creating, modifying, applying, or (generally speaking) giving authoritative recognition to basic and nonbasic rules alike. These mechanisms will constitute public agencies, institutionally guaranteed forms of decisionmaking for facilitating social interaction.”

Ele acredita que as diversas formas de relação humana exigem diferentes formas de regulamentação por meio da determinação dos processos jurídicos mais adequados. Em segundo lugar, está a orientação da concepção de direito de Fuller para a resolução de problemas. O direito é o produto da racionalidade prática na busca de soluções dos conflitos humanos. É, nesse sentido, sempre proposital. Isso não deve levar a conclusão de que a concepção de direito de Fuller é instrumental, porque conflita com sua visão de que o direito, por meio dos processos jurídicos que contém conjuntos de princípios morais, incorpora aspirações e relacionamentos morais (Wiston, 1981, p. 31). Finalmente, a concepção de direito de Fuller satisfaz o requisito da normatividade. Uma vez que os processos jurídicos contém princípios morais, os resultados particulares dos processos jurídicos adquirem legitimidade.

### 3.1.3. Aplicação à Legislação

Agora que compreendemos o sentido da afirmação geral de Fuller de que existe uma conexão necessária entre direito e moralidade, podemos compreender a sua alegação mais atacada: a de que o processo de legislação contém uma moralidade interna cuja violação pelos legisladores compromete o empreendimento de fazer direito por meio de regras. Na seção 2 desta dissertação, sobre o texto “Positivism and Fidelity to Law”, Fuller nos apresentou o exemplo do monarca Rex, que falhou na sua tentativa de criar leis por não atender aos critérios internos da legislação. Na seção 4 deste trabalho, veremos que esse exemplo é ampliado no livro *The Morality of Law*, no qual Fuller nos apresenta oito princípios ou cânones internos da legislação, também chamados de princípios de legalidade. O legislador só obtém sucesso no seu empreendimento de submeter a conduta humana às regras quando aceita que o processo de legislação tem uma moralidade interna própria dessa atividade e adere aos seus princípios.

Wiston acredita que os críticos de Fuller erraram por não entenderem o argumento de Fuller no contexto de sua concepção geral do direito. Em geral, os críticos não tentaram negar a existência de algum tipo de conjunto de princípios necessários para o sucesso do empreendimento legislativo ou suficiente para a existência do sistema jurídico. O que eles criticaram foi a natureza interna e moral dos princípios (Wiston, 1981, p. 35). A característica moral do processo de legislação consiste na existência de uma relação de reciprocidade entre o governo e o cidadão com relação à observância das regras (Fuller, 1969, p. 39). Os cidadãos têm a obrigação moral de obedecer ao direito e os legisladores têm a obrigação de governar bem (Wiston, 1981, p. 35). A reciprocidade, portanto, é o princípio moral que rege esse relacionamento moral. Nesse sentido, o propósito do processo de legislação é o de “[...] fornecer

um tipo especial de orientação à conduta dos cidadãos”<sup>97</sup> (Wiston, 1981, p. 36). O que os críticos de Fuller não perceberam, de acordo com Wiston, é que este processo segue uma estratégia liberal. Seu objetivo era tornar o exercício do poder legislativo impessoal, impondo requisitos formais à criação das leis (Wiston, 1981, p. 38). Através desse pensamento liberal, a legislação se torna um guia para a ação autodirigida dos cidadãos. As normas legisladas devem respeitar a dignidade de cada cidadão, tratando-o como um agente responsável, capaz de agir dentro do quadro normativo do direito.

Diante do reconhecimento do pensamento liberal na concepção de legislação, Wiston reconstrói o argumento de Fuller da seguinte forma: (1) O objetivo da regulamentação legislativa é fornecer bases para ações autodirigidas pelos cidadãos; (2) Regras legisladas que não cumprem esse propósito não são direito; (3) Regras que violam sistematicamente os oito cânones não podem funcionar como bases para ações autodirigidas e, portanto, não são direito; (4) Como as leis promovem a autonomia, governar pelo direito é tratar os cidadãos com respeito; (5) As condições que constituem o tratamento respeitoso de alguém constituem uma moralidade; (6) Portanto, os oito cânones constituem uma moralidade cuja violação sistemática frustra o esforço do legislador de fazer direito (Wiston, 1981, p. 39). A conexão entre direito e moralidade defendida por Fuller consiste, portanto, na qualidade moral da relação entre legislador e cidadão, que determina, de um lado, a legitimidade, e de outro, a obrigação de obediência ao direito.

### 3.2. Teoria Eunômica: Meios e Fins

Como visto até aqui, Fuller está interessado no estudo de um tipo de ordem justa, imparcial, viável e respeitosa à dignidade humana (Fuller, 1981, p. 47) e o tipo de estudo adequado para esse tipo de ordem é o que ele chama de *Eunomics*: “ciência, teoria ou estudo da boa ordem e arranjos sociais viáveis” (Fuller, 1954, p. 477). Seu propósito é examinar os princípios que fundamentam uma boa ordem social, sem, no entanto, se preocupar com questões sobre objetivos finais da existência humana. Essa alegação, reconhece o autor, pode levantar a seguinte objeção:

[...] a análise está de cabeça para baixo; parece começar com meios e concluir com os fins que eles servem. Começa perguntando: Quais são as maneiras abertas aos seres humanos para organizar suas relações mútuas de modo a atingir seus fins individuais e coletivos, quaisquer que sejam esses fins? Essa questão é perseguida longamente, e

---

<sup>97</sup> No original: “[...] to provide a special sort of guidance to citizens’ conduct.”

muitas distinções são feitas, antes que qualquer atenção séria seja dedicada ao problema se os fins buscados são os que devem ser alcançados. Julgamentos éticos são adiados até que uma estrutura tenha sido construída para eles por uma análise que pareça ser eticamente neutra. Nesse sentido, o livro parece exemplificar uma espécie de “direito natural tecnológico”, para usar um epíteto que foi aplicado a tentativas anteriores na mesma direção geral. Pode-se dizer contra esse procedimento que todo arranjo social ou prática institucional é um meio para algum fim. Não podemos passar adiante sua eficácia, nem determinar que forma ela deve tomar, até que saibamos precisamente qual é esse fim. É muito bom evitar absolutos, mas clareza sobre fins, mesmo que sejam apenas fins “de médio alcance”, é essencial em qualquer análise séria das formas de ordem social. E essa clareza sobre o fim exato buscado deve existir desde o início, pois sem ela não existe assunto nem para análise desinteressada nem para julgamento moral.<sup>98</sup> (Fuller, 1981, p. 49).

Em outras palavras, a objeção aponta para o erro de se buscar uma forma de ordenação social sem um objetivo previamente definido que a forma de ordenação deve buscar alcançar.

Fuller afastará essa objeção com a analogia da arquitetura. Para ele, *Eunomics* é uma forma de arquitetura social, ou seja, de construção do design das instituições e das formas de ordenação social. A arquitetura não é uma ciência, é uma arte prática cujo fim é satisfazer fins humanos, como beleza e utilidade. Contudo, é um erro pensar que porque seu propósito é satisfazer fins humanos, na arquitetura iniciamos primeiro definindo os fins (beleza e utilidade) para só depois lidarmos racionalmente com os meios para alcançá-los. Se aceitássemos a primazia dos fins arquitetônicos sobre as formas para chegar a seu sucesso, concluiríamos que se não pudéssemos definir seu propósito a arquitetura não existiria. Devemos saber o que é possível antes de discutir o que é desejável (Fuller, 1981, p. 50). O que Fuller sugere é uma autolimitação dos meios, algo como uma escolha racional dos meios adequados de acordo com as circunstâncias e contexto (os materiais disponíveis para construção são madeira e pedra, embora o aço seja mais fácil de trabalhar) (Fuller, 1981, p. 51), e alguma vaga concepção dos fins (desejamos uma construção durável, logo, a pedra é o material disponível adequado), que define a limitação dos meios adequados e permite um processo de descoberta e desenvolvimento tanto dos meios quanto dos fins arquitetônicos (Fuller, 1981, p. 52).

---

<sup>98</sup> No original: “[...] the analysis is upside down; it seems to begin with means and concludes with the ends they serve. It starts by inquiring, What are the ways open to human beings to arrange their mutual relations so as to achieve their individual and collective ends, whatever those ends may be? This question is pursued at some length, and a good many distinctions are taken, before any serious attention is devoted to the problem whether the ends sought are such as ought to be achieved. Ethical judgments are postponed until a framework has been constructed for them by an analysis that appears to be ethically neutral. In this sense the book seems to exemplify a sort of “technological natural law,” to use an epithet that has been applied to previous tentatives in the same general direction. It may be said against this procedure that every social arrangement or institutional practice is a means to some end. We cannot pass on its effectiveness, nor determine what form it should take, until we know precisely what that end is. It is all very well to eschew absolutes, but clarity about ends, even if they be only ends “of the middle range,” is essential in any serious analysis of the forms of social order. And this clarity about the precise end sought must exist at the outset, for without it there exists no subject matter either for disinterested analysis or for moral judgment.”

Como aplicamos essa análise na filosofia social? Os problemas importantes são aqueles de meios ou de fins? Se a preocupação adequada da filosofia social é com fins, enquanto os meios são assunto meramente técnico, como alguém pode assegurar as qualificações dos meios? (Fuller, 1981, p. 53). Aplicando essa análise na filosofia social, estamos tratando de instituições jurídicas, políticas, econômicas, bem como de arranjos sociais de ordenações mais simples de relações humanas. Um primeiro modo de pensar o problema da relação entre meios e fins é afirmar que o “[...] fim é uma condição necessária e suficiente para a compreensão de qualquer instituição”<sup>99</sup> (Fuller, 1981, p. 54). Contra essa forma de pensar devemos, de acordo com Fuller, estabelecer que os objetivos humanos não estão enfileirados em “estados finais”, eles se movem em círculos de interação:

Não devemos conceber uma instituição como um tipo de canal que direciona as energias humanas para um único destino. [...] Em vez disso, temos que ver uma instituição como algo ativo, projetando-se em um campo de forças interativas, remodelando essas forças de diversas maneiras e em graus variados. Uma instituição social faz da própria vida humana algo que ela não seria de outra forma. Portanto, não podemos simplesmente perguntar a ela: seu fim é bom e serve bem a esse fim? Em vez disso, temos que fazer uma pergunta ao mesmo tempo mais vaga e mais complicada – algo como isto: esta instituição, em um contexto de outras instituições, cria um padrão de vida que é satisfatório e digno das capacidades do homem?<sup>100</sup> (Fuller, 1981, p. 54-55).

Uma segunda forma de pensar assume que a filosofia social deve organizar os fins humanos em uma ordem hierárquica. Nesse sentido, os meios adequados são definidos pela ordem de preferência dos fins mais urgentes. Contudo, a organização hierárquica de fins não é adequada para lidar com problemas de arquitetura social. Basta complexificar as questões. Por exemplo, se o *Fim A* é mais importante que o *Fim B*, isso significa que a satisfação do *Fim A* seja sempre preferível sobre o *Fim B*, mesmo que isso signifique a satisfação incompleta do primeiro em detrimento da satisfação completa do segundo? (Fuller, 1981, p. 55).

Uma terceira forma equivocada de pensar afirma a “infinita flexibilidade dos arranjos sociais”. Ela supõe que as instituições sociais podem ser moldadas para atingir qualquer fim desejado. Nesse sentido, que a sua implementação é uma mera questão “técnica” (Fuller, 1981,

---

<sup>99</sup> No original: “[...] end is a necessary and sufficient condition for an understanding of any institution.”

<sup>100</sup> No original: “We should not conceive of an institution as a kind of conduit directing human energies toward some single destination. [...] Instead we have to see an institution as an active thing, projecting itself into a field of interacting forces, reshaping those forces in diverse ways and in varying degrees. A social institution makes of human life itself something that it would not otherwise have been. We cannot therefore ask of it simply, Is its end good and does it serve that end well? Instead we have to ask a question at once more vague and more complicated – something like this: Does this institution, in a context of other institutions, create a pattern of living that is satisfying and worthy of man’s capacities?”

p. 56). Contudo, embora essa forma presuma uma espécie de competência ilimitada, nas palavras de Fuller,

É preciso algo mais do que uma fricção da lâmpada do técnico para trazer à existência um procedimento social adequado para a solução de qualquer problema dado. E não devemos ignorar a possibilidade de que uma tarefa social específica possa acabar sendo, nas palavras de Michael Polanyi, incontrolável.<sup>101, 102</sup> (Fuller, 1981, p. 57).

A quarta forma equivocada assume que elementos formais da estrutura, do design institucional, devem ser encontrados em meios sociais e não em fins. Este modo de pensar expressa e atribui “à palavra valor o sentido de um objetivo moral” (Fuller, 1981, p. 57). No entanto, o conceito de valor não sugere nenhuma estrutura formal, nenhum meio de implementação de um design institucional específico.

É principalmente por essa razão que tenho objetado tão vigorosamente à visão de que as instituições são meros condutos inertes direcionando energias humanas, com muito desperdício de atrito no caminho, para certos estados finais desejáveis. Nossas instituições são parte do padrão de nossas vidas. A tarefa de aperfeiçoá-las fornece uma saída para os mais vigorosos impulsos morais.<sup>103</sup> (Fuller, 1981, p. 58).

### 3.3. Princípios e Formas da Ordenação Social

Nesta subseção analiso as cinco formas de ordenação social estudadas por Fuller: mediação, legislação, contrato, direção gerencial e adjudicação.

#### 3.3.1. Mediação

Em “Mediation – Its Forms and Functions”,<sup>104</sup> Fuller defende a mediação como processo autoritativo de resolução de problemas, contrariando a cultura jurídica de sua época, que relacionava a valorização do consenso entre as partes do problema como característica do

<sup>101</sup> Nota no original: Michael Polanyi. *The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders*. Chicago: University of Chicago Press, 1951, pp. 155.

<sup>102</sup> No original: “It takes something more than a rub of the technician’s lamp to bring into existence a social procedure apt for the solution of any given problem. And we must not overlook the possibility that a particular social task may turn out to be, in Michael Polanyi’s words, unmanageable?”

<sup>103</sup> No original: “It is chiefly for this reason that I have so vigorously objected to the view that institutions are mere inert conduits directing human energies, with much frictional waste en route, toward certain desirable end-states. Our institutions are a part of the pattern of our lives. The task of perfecting them furnishes an outlet for the most vigorous of moral impulses.”

<sup>104</sup> Publicado originalmente em: Fuller, Lon L. “Mediation – Its Forms and Functions.” *Southern California Law Review*, 1971, vol. 44, p. 305-339.

direito primitivo e a adjudicação como a característica do direito moderno (Wiston, 1981, p. 125). Fuller, todavia, defende que a mediação, enquanto processo institucional e jurídico de resolução de disputas, é preferível à adjudicação em contextos sociais de relações complexas de interdependência. Segundo Fuller, o processo adjudicativo, que recorre à figura do juiz enquanto agente institucional imparcial, é apenas uma das maneiras de colocar as relações humanas em uma ordem funcional e produtiva. Existem também outros processos, como a promulgação de leis (*statutory enactment*), ou seja, criação legislativa de regras jurídicas explícitas, ordenação contratual firmada entre e pelas próprias partes e acomodações tácitas equivalentes ao direito consuetudinário (*customary law*). De várias formas, esses processos de ordenação social interagem e se relacionam (Fuller, 1981, p. 127). No ensino jurídico, tradicionalmente alguns desses processos são privilegiados, como as regras criadas pela legislação e os contratos. No entanto, é pouco explorado o modo como os processos sociais pelos quais essas formas de “direito” (“*law*”) surgem. Nesse sentido, afirma Fuller, nos falta uma perspectiva adequada para avaliar a adequação das diversas formas de ordenação social no que diz respeito à resolução de determinados problemas (Fuller, 1981, p. 128).

Para Fuller, a tradição jurídica de sua época tinha uma tendência de assumir que o objetivo da mediação era meramente o trabalho de conscientização das partes sobre as “normas sociais” aplicáveis ao seu problema, e de persuasão delas para aceitarem tais normas (Fuller, 1981, p. 128). A diferença entre o juiz e o mediador, nessa visão, seria apenas a de que o juiz obriga as partes a se conformarem às normas, enquanto o mediador as convence de se conformarem. Mas a mediação não é apenas direcionada ao convencimento das partes de acatarem as normas, mas à ajuda para criar normas de modo a promover um relacionamento harmonioso. Se poderia sugerir, então, que a mediação é direcionada para a manutenção harmoniosa das relações sociais, por meio do acordo explícito ou pela aceitação recíproca das normas sociais (Fuller, 1981, p. 129). Contudo, isso não refletiria o real objetivo da mediação, já que ela se deve não apenas para manter, senão também para encerrar de forma harmoniosa, uma relação social. Se, pelos objetivos da mediação, chegamos a resultados tão opostos, como podemos derivar uma forma adequada para esse processo de ordenação social? Fuller imagina uma situação em que um empregador dono de uma fábrica e um sindicato que representa os trabalhadores estão prestes a iniciar negociações sobre os termos de um acordo coletivo de trabalho (*collective bargaining agreement*) (Fuller, 1981, p. 130). Desse exemplo, Fuller retira características que marcam a mediação como processo de ordenação social e o papel, função e objetivo da figura do mediador.

A mediação se torna relevante neste caso porque temos dois interesses que, embora conflitantes, são interdependentes. Os dois interesses devem ser mediados para alcançarem, juntos, a maior realização possível. Nesse sentido, a primeira característica relevante do caso é que deve haver apenas duas partes. A mediação não será efetiva para a resolução de um problema com três ou mais polos, apenas para uma díade. Se houvesse mais de dois interesses, a mediação não seria uma forma de ordenação social eficaz, mas um outro tipo de negociação que considera o princípio da maioria para escolher qual dos interesses deve prevalecer. A díade, é claro, não pode ser decidida assim (Fuller, 1981, p. 133).

A segunda característica é que as partes mantenham entre si uma dependência mútua, de modo que nenhuma delas pode decidir sem o consenso da outra. Cada uma das partes depende, para sua própria existência, de alguma colaboração da outra; só um *acordo* pode ser efetivo. Nem o empregador nem o sindicato podem chegar a uma decisão sem que se obtenha consenso com o outro lado. Nesse sentido, a mediação vai de encontro à ideia moderna de que toda ordem social deve ser imposta por algum tipo de “autoridade” (Fuller, 1981, p. 135). O papel do mediador é orientar a interação das partes para a ordem e a coerência de sua relação.

A terceira característica deste tipo de ordenação social é que a negociação envolve um elemento de troca econômica. Isso é claro no exemplo da negociação entre empregador e trabalhadores. Mas a discussão é mais ampla. Envolve um cálculo de “retorno” relativo. Cada parte cede um pouco e recebe uma cessão da outra. Cada parte oferece algo importante para a outra e recebe algo valioso em troca. Dessa forma, a função do mediador passa por ajudar cada parte a obter a maior concretização possível de seu interesse, cedendo o mínimo possível (Fuller, 1981, p. 135), de modo que as duas partes saiam satisfeitas com as “vantagens recíprocas” resultante da troca (Fuller, 1981, p. 137).

A quarta característica surge, então, desse esforço conjunto das partes para alcançar seus próprios objetivos por meio de objetivos compartilhados. Elas acabam por criar uma espécie de contrato, de constituição, um sistema de “freios e contrapesos”, que garante que a tarefa conjunta das partes as beneficie separadamente – e que o benefício de cada parte dependa dos esforços em conjunto. Quando as partes estão prontas para assumir a responsabilidade de submeter sua relação daí em diante a um procedimento formal, o objetivo do mediador é tornar esse acordo bem-sucedido.

Essas características da mediação que florescem do exemplo de Fuller apontam para a sua capacidade de reorientar uma relação entre duas partes, ajudando-as a (re)estabelecer a harmonia da relação, não por meio de regras formais, mas pela criação conjunta de regras internas à relação baseadas no “respeito mútuo, confiança e compreensão” com o objetivo de

alcançar vantagens recíprocas: “Com efeito, em vez de trabalhar para alcançar um relacionamento orientado por regras, ela pode direcionar seus esforços, pelo menos até certo ponto, exatamente na direção oposta”<sup>105</sup> (Fuller, 1981, p. 145). A função principal do mediador na negociação é, portanto, não garantir que as partes aceitem as regras postas, mas induzir a confiança mútua para que eles estabeleçam as suas próprias regras. Essa qualidade da mediação, enquanto processo de produção e restauração da ordem social, de “[...] reorientar as partes umas em relação às outras, não impondo regras, mas ajudando-as a alcançar uma percepção nova e compartilhada de seu relacionamento”<sup>106</sup> aparentemente sugere uma oposição à ideia de “direito feito pelo estado” (*state-made law*), já que o conceito de regra é central para o direito (Fuller, 1981, p. 146). O problema se torna crucial quando

[...] perguntamos, não qual papel a mediação deve desempenhar na criação do direito, mas até que ponto e em que aspectos ela deve participar da administração dos direitos. Uma resposta geral a essa pergunta é fácil: uma vez que um direito tenha sido devidamente promulgado, sua interpretação e aplicação cabem aos tribunais; os tribunais foram instituídos não para mediar disputas, mas para resolvê-las.<sup>107</sup> (Fuller, 1981, p. 147).

Assim, é evidente que o sistema de direito estatal (*system of state made-law*) prefere a arbitragem no lugar da mediação como instrumento de solução de problemas. Isso ocorre porque enquanto a mediação facilita a comunicação das partes para chegarem a um acordo consensual, a arbitragem se assemelha à estrutura adjudicativa, com a figura de um terceiro imparcial que decide – com força de decisão judicial – a solução para o conflito.

Portanto, “[...] não é na elaboração de regras jurídicas, mas em sua aplicação e administração que se pode perceber certa incompatibilidade entre os procedimentos da mediação e o estado de direito.”<sup>108</sup> (Fuller, 1981, p. 147). Segundo Fuller, a natureza dessa incompatibilidade está no fato de que enquanto o procedimento da mediação é direcionado para pessoas, o procedimento jurisdicional é direcionado para atos. Esta distinção foi obscurecida, acredita Fuller, pela sociologia moderna que usou indiscriminadamente o conceito de *norma social* para abranger tanto regras que atribuem consequências jurídicas ou sociais a atos, quanto

<sup>105</sup> No original: “In effect, instead of working toward achieving a rule-oriented relationship he might direct his efforts, to some degree at least, in exactly the opposite direction.”

<sup>106</sup> No original: “[...] to reorient the parties toward each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship”.

<sup>107</sup> No original: “[...] we ask, not what role mediation should play in creating law, but how far and in what respects it should enter into the administration of laws. A general answer to this question is easy: once a law has been duly enacted its interpretation and enforcement is for the courts; courts have been instituted, not to mediate disputes, but to decide them.”

<sup>108</sup> No original: “[...] not in the making of legal rules, but in their enforcement and administration that a certain incompatibility may be perceived between mediative procedures and the rule of law.”

“[...] preceitos que provocam disposições da pessoa, incluindo a disposição de responder a ‘expectativas de papel’ um tanto mutáveis e indefinidas.”<sup>109</sup> (Fuller, 1981, p. 148).

Com isso em mente, Fuller propõe um teste para a identificação do domínio apropriado para a mediação a partir de duas perguntas. (1) A relação será mais bem organizada por regras impessoais orientadas para atos? Se sim, a mediação não é adequada. (2) O problema analisado é passível de ser solucionado por meio de um processo de mediação? Devemos olhar aqui para duas limitações intrínsecas: se existem duas partes envolvidas e se existem interesses conflitantes que as partes podem alcançar de maneira eficaz por um esforço conjunto que garantirá benefícios recíprocos (Fuller, 1981, p. 148). A defesa de Fuller da mediação como processo que contribui para a ordem social se apresenta como parte da defesa de uma ordem social autônoma que surge da interação das relações humanas, que vai contra a tendência moderna do positivismo de converter toda forma de ordenação social em exercício de autoridade do Estado. Em conformidade com esta tendência, os processos de legislação, adjudicação e direção gerencial não são percebidos como processos interacionais distintos, mas como “exercícios unidirecionais do poder estatal.” (Fuller, 1981, p. 156). O contrato, por sua vez, não é visto como fonte do direito ou de ordem social, que nasce das interações entre as partes nas relações sociais, mas como algo que o Estado aplicará se uma delas deixar de cumprir com suas obrigações contratuais. Apenas a mediação pode resistir a essa tendência moderna de converter toda forma de ordenação social ao direito estatal – ao “poder” ou a “autoridade” (Fuller, 1981, p. 149).

### 3.3.2. Legislação

A seção “The Implicit Laws of Lawmaking” de *The Principles of Social Order* reproduz parte da seção “Implicit Elements in Made Law” do livro *Anatomy of the Law*<sup>110</sup> de 1968. Nela, Fuller faz uma breve introdução à legislação enquanto processo de ordenação social. Ele se aprofunda no estudo do processo da legislação especialmente em *The Morality of Law*. O exercício da função legislativa (*lawmaking*) é acompanhado das expectativas dos cidadãos sobre como e o que nascerá do esforço do legislador. Algumas dessas expectativas dizem respeito a “[...] *quem* pode legislar e por quais *regras* a autoridade legislativa deve proceder

<sup>109</sup> No original: “[...] precepts eliciting dispositions of the person, including a willingness to respond to some-what shifting and indefinite “role expectations.”

<sup>110</sup> Fuller, Lon L. *Anatomy of the Law*. Frederick A. Praeger Publishers: New York, Washington and London, 1968. O texto original, reproduzido em *The Principles of Social Order*, se refere às páginas 60-69.

para que possa fazer direitos (*make laws*) que vinculem o cidadão”<sup>111</sup> (Fuller, 1981, p. 159). Outras expectativas, no entanto, são implícitas. Não é necessário, por exemplo, que a constituição de uma nação recém-criada torne explícita em seus artigos que todas as leis do seu ordenamento jurídico devem ser promulgadas. A expectativa dos cidadãos é de que o conteúdo das leis que regem seu comportamento será acessível a eles. Fuller acredita, nesse sentido, que dizer isso é afirmar que o processo legislativo está sujeito a direitos implícitos (Fuller, 1981, p. 159). Isso, é claro, confronta com afirmações positivistas que insistem que todo o direito é o direito feito (*made law*).

Essa visão de que o poder legislativo não pode conter limitações implícitas, de que não há direitos implícitos para a legislação (criação de direitos explícitos por meio de regras) implica que, por exemplo, leis secretas sejam tão parte do direito quanto o conjunto de leis promulgadas. Em outras palavras, é negar que a legislação contém limitações implícitas internas à sua própria atividade de regular a conduta por meio de regras valida sistemas jurídicos, como por exemplo aquelas ignoradas pelas instituições da Alemanha nazista, que violaram completamente as expectativas dos cidadãos em relação ao poder legislativo (Fuller, 1981, p. 160).

Pode parecer que esse problema só atinge nações recém-criadas, com uma história institucional pouco desenvolvida e uma constituição pouco clara. Pode-se argumentar que em muitas nações as constituições já regulam e controlam a elaboração de regras por meio da legislação. E que onde existem essas constituições, nenhum tribunal precisaria recorrer a um “entendimento implícito sobre a natureza do direito” (Fuller 1981, p. 160). Mas tudo isso não procede. Fuller nos oferece pelo menos quatro razões para o fracasso da tentativa de resgatar o direito feito das dependências dos “direitos implícitos da legislação”.

Em primeiro lugar, é impossível que o legislador constitucional vislumbre todas as possíveis limitações jurídicas ao poder legislativo. Fuller oferece o exemplo anedótico do Império Romano, quando o Imperador Calígula no ano de 37 d.C. nomeou seu cavalo como cônsul. Seria absurdo exigir uma limitação explícita que proibisse essa nomeação. Não é possível que o legislador preveja todas as situações possíveis que o poder legislativo possa violar a expectativa dos cidadãos em relação ao direito, mas é necessário que o legislador assuma algumas noções de decência e sanidade jurídica que limitam a sua criação de regras (Fuller, 1981, p. 161). Portanto, algumas noções implícitas sobre os limites da legislação devem ser compartilhadas entre o legislador, que criam direitos por meio de regras, e cidadãos, que

---

<sup>111</sup> No original: “[...] *who can make law and by what rules the lawmaking authority must proceed if it is to make laws that will bind the citizen.*”

têm a obrigação de obediência ao direito e a expectativa de que o legislador exerça sua tarefa de modo que respeita a dignidade deles. Em segundo lugar, outra razão pela qual a legislação não pode ser controlada apenas por princípios explícitos é que, em alguns contextos, uma lei (*statute*) que pode parecer inconsistente com a ideia de direito, em outros contextos pode servir à causa da legalidade. Este é o caso da lei retroativa (Fuller, 1981, p. 161). Fuller acredita que a proibição de leis retroativas deve permanecer como uma exigência implícita e não como uma limitação explícita porque apesar de em geral ser um problema para o direito, pontualmente pode servir para promover a legalidade. Uma terceira razão para a legislação não ser limitada apenas explicitamente, mas também implicitamente, é que é impossível antecipar todas as possíveis situações de emergências e quais modificações das práticas normais podem ser necessárias para atendê-las (Fuller, 1981, p. 164). A quarta e última razão para a legislação não poder dispensar princípios implícitos é o fato de que antes de uma lei ser aplicada, ela precisa ser interpretada (Fuller, 1981, p. 164). Fuller acredita que a interpretação de uma lei não é a simples busca pelo significado que o legislador quis atribuir para ela. A interpretação, na verdade, é uma tarefa de encontrar e construir os propósitos implícitos da lei interpretada.

No caso de uma lei hipotética que proíbe a entrada de veículos em um parque, observamos que, ao determinar o efeito da lei, o tribunal teria que se perguntar: para que servem os parques, afinal? A resposta a essa pergunta deve ser, em grande parte, extraída do que podemos chamar de fontes implícitas, das atitudes e práticas da comunidade e de alguma concepção compartilhada do uso mais benéfico das áreas dos parques. As considerações que tornam inútil supor que uma lei possa ser dissociada da vida em desenvolvimento na qual é projetada aplicam-se com veemência à interpretação de constituições.<sup>112</sup> (Fuller, 1981, p. 165).

### 3.3.3. Contrato

A seção “The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally” foi publicada originalmente na terceira edição do livro *Basic Contract Law*,<sup>113</sup> de 1972. Neste texto, Fuller se preocupa em esboçar as funções específicas que o contrato desempenha nas relações humanas e os contextos sociais nos quais eles são adequados como forma de ordenação social (Fuller, 1981, p. 170) e inversamente, seus contextos inadequados.

---

<sup>112</sup> No original: “In the case of a hypothetical statute prohibiting vehicles from entering a park we noted that in determining the effect of the statute the court would have to ask itself: What are parks for anyway? The answer to this question must largely be drawn from what may be called implicit sources, from the attitudes and practices of the community, and some shared conception of the most beneficial use of park areas. The considerations that make it vain to suppose that a statute can be cut loose from the developing life into which it is projected apply with a vengeance to the interpretation of constitutions.”

<sup>113</sup> Fuller, Lon L; Eisenberg, Melvin Aron. *Basic Contract Law* – American Casebook Series. 3rd edition. Minnesota: West Publishing, 1972 (1st ed. 1946), p. 89-103.

Fuller começa listando nove princípios distintos de ordenação social.<sup>114</sup> São eles: legislação,<sup>115</sup> adjudicação, contrato, mediação, direção gerencial, coordenação de expectativas e ações que surge tacitamente da interação (direito costumeiro), propriedade, votação e sorteio (Fuller, 1981, p. 170-171). Essas são as formas básicas de ordenação social para Fuller, mas podemos pensar em outras formas combinatórias entre elas. Quando pensamos nos processos de ordenação social, podemos distinguir aqueles cuja ordem é vertical, que vem de cima para baixo, como o direito oficialmente declarado ou a adjudicação, e aqueles cuja ordem é horizontal alcançada por meio de ajustes recíprocos entre as partes que estão num mesmo plano, como o contrato (Fuller, 1981, p. 172). Isso, contudo, desconsidera que existe um elemento contratual em qualquer forma de ordenação social. Na legislação ou direito oficialmente declarado, por exemplo, se o legislador deseja que os cidadãos aceitem as regras declaradas e as usem para conduzir seu comportamento, deverão demonstrar algum respeito por suas expectativas ao criar e administrar as regras. O inverso também é verdadeiro. Um contrato pode ser firmado em um contexto tão grande de “desigualdade de barganha” que podemos dizer que não está em um plano horizontal, mas vertical (Fuller, 1981, p. 173). Assim, a diferença entre ordem imposta e ajuste recíproco pode ser, em certos casos, pouco útil para pensar as formas de ordenação social.

É importante lembrar que, no contexto em que Fuller escreve, a teoria do direito dominante é o positivismo jurídico. Neste contexto, ele acredita que existe uma suposição, que permeia o pensamento jurídico, de que todo tipo de ordenação social é, direta ou indiretamente, uma imposição vertical de ordem, uma projeção unilateral da autoridade do Estado para o cidadão (Fuller, 1981, p. 174). Assim, o contrato, como forma de ordenação social, seria uma mera fonte de direito que o Estado aplica quando há descumprimento contratual. Fuller, no entanto, acredita que o contrato, entendido como forma de ordenação social, não depende da noção positivista de que toda ordem é vertical. Ele acredita que o contrato é uma forma autônoma e espontânea dos seres humanos regularem suas relações sociais. Assim, Fuller passa para a análise do contrato como forma de ordenação social. Primeiro, ele define as circunstâncias em que o contrato é inadequado como forma de ordenação social. Fuller acredita que em alguns contextos sociais nos quais as relações são muito próximas, como a família ou

---

<sup>114</sup> Essa foi a última lista e mais ampla elaborada por Fuller (Wiston, 1981, p. 170). Nesta dissertação, todavia, trabalho com a lista “principal” identificada por Wiston, visto que Fuller dedicou a cada um desses princípios e formas de ordenação social pelo menos um texto. São eles: legislação, adjudicação, contrato, mediação e direção gerencial.

<sup>115</sup> Neste texto Fuller usa “officially declared law”, mas também usou “made law” e “lawmaking” para se referir à legislação. Muitas vezes ele usou “direito” (“law”) como sinônimo de “legislação”, o que indica que ele considera a legislação como a principal forma de ordenação social.

uma pequena comunidade, embora existam certas expectativas tácitas entre os membros – como eles devem se comportar de acordo como os outros esperam que eles se comportem – o contrato causaria mais mal do que bem para a manutenção das expectativas recíprocas (Fuller, 1981, p. 182). O contrato seria igualmente inadequado em situações sociais em que as duas partes se odeiam ou desprezam a relação um com o outro.

Desta forma, o contexto social adequado para o contrato é o de uma sociedade mais complexa, na qual os membros, em geral, não têm relações próximas entre si e precisam estabelecer relações comerciais (Fuller, 1981, p. 182). A virtude especial do contrato, nesse sentido, é aumentar a satisfação humana por meio de uma troca, como no caso em que A tem algo que B deseja e B tem algo que A deseja e a troca entre A e B garante o aumento da satisfação de ambos (Fuller, 1981, p. 1981, p. 184). Assim, o contrato exige negociação: resistência e colaboração. Isso explica por que o contrato é inadequado tanto para relações muito íntimas quanto para relações muito hostis (Fuller, 1981, p. 185). Se a função do contrato, portanto, é garantir que as partes lucrem com seu acordo – cada um abrindo mão do que menos valoriza para receber algo que mais valoriza (Fuller, 1981, p. 187) – seu princípio básico deve ser o ganho recíproco, alcançado por meio de condições de igualdade de negociação ou barganha.

#### 3.3.4. Direção Gerencial

“Irrigation and Tyranny”<sup>116</sup> foi publicado originalmente em 1965 e trata da forma de ordenação social que Fuller chamou de direção gerencial. A direção gerencial é uma ordem autoritativa e diretiva dada por um superior a um subordinado para a realização de tarefas ou fins determinados. O título faz alusão ao caso trabalhado no livro de Wittfogel,<sup>117</sup> ao qual Fuller dedica uma análise. A tese central do livro é que a irrigação normalmente é acompanhada de tirania (Fuller, 1981, p. 189). O interesse de Fuller neste trabalho sociológico e histórico se deve ao fato de que ele compartilha com o direito, a sociologia e a economia, certos problemas de método e teoria. Wittfogel não defende que o desenvolvimento e a prática da irrigação em sociedades agrícolas áridas e semiáridas faz surgir a ideia de tirania. A relação que Wittfogel encontrou entre irrigação e tirania, na verdade, é a seguinte. Para um sistema de irrigação ser bem-sucedido, é necessário construções em larga escala que apenas o governo é capaz de realizar. Nesse sentido, o governo cria e opera todo o sistema de represas, canais e aquedutos

<sup>116</sup> Fuller, Lon L. “Irrigation and Tyranny”. Stanford: Stanford Law Review, 1965, p. 1021-1042.

<sup>117</sup> Wittfogel, Karl A. *Oriental Despotism – A Comparative Study of Total Power*. New Haven: Yale University Press, 1957).

pelos quais a água é coletada e distribuída, ou seja, ele exerce um poder sobre toda a economia. É nesta situação que Wittfogel identificou a relação entre irrigação e tirania.

No entanto, para Fuller, esse domínio completo do governo sobre o manejo da água não demonstra, necessariamente, abuso ou tirania. É necessário demonstrar, para além da mera possibilidade, que o governo de fato abusa do seu monopólio sobre o gerenciamento da água, ou seja, que ele é tirânico. Fuller acredita que Wittfogel comete três erros básicos de método ao defender sua tese: (1) não difere poder real e poder formal; (2) não reconhece que os procedimentos institucionais de decisão social são limitados e dependentes do estado existente de invenção social; e (3) não reconhece que as tarefas ou responsabilidades específicas assumidas por uma determinada sociedade podem variar drasticamente nos efeitos que exercem sobre a capacidade de gestão (Fuller, 1981, p. 194).

Para Fuller, todo tipo de poder social, seja ele formal ou real, “[...] está sujeito a uma constituição implícita que limita seu exercício”<sup>118</sup> (Fuller, 1981, p. 195). Ele acredita que em toda situação de poder nas relações sociais, aquele que exerce o poder sempre deve preservar, para aquele sobre quem o poder é exercido um espaço de autodireção. Assim, em toda relação de poder há um elemento de reciprocidade, embora ela possa ser indesejável para quem exerce o poder e insuficiente para aquele sobre quem o poder é exercido. De qualquer forma, para Fuller, “[...] não existe poder absoluto”<sup>119</sup> (Fuller, 1981, p. 196).

Fuller, então, analisa alguns processos ativos de decisão social pelos quais deficiências e conflitos são equacionados e uma base estável para relacionamentos futuros é estabelecida para demonstrar que procedimentos institucionais de decisão social são limitados e dependentes do estado existente de invenção social (Fuller, 1981, p. 198). Ele analisa o sorteio e contrato como formas de ordenação social que poderiam ser respostas viáveis para o problema da alocação de recursos hídricos no exemplo da sociedade que depende de irrigação e, segundo Wittfogel, é levado ao governo tirânico. Embora sorteio e contrato sejam formas de ordenação social para nós, pode ser que para as sociedades analisadas por Wittfogel não fossem arranjos sociais possíveis (Fuller, 1981, p. 200). Segundo Fuller, a capacidade da humanidade de superar a tirania reflete tanto o desenvolvimento de formas sociais e institucionais alternativas ao despotismo quanto do desenvolvimento moral requerido para empregar tais alternativas (Fuller, 1981, p. 202).

Finalmente, Fuller encerra seu argumento tratando da dificuldade de gerenciabilidade das tarefas sociais, analisando a tarefa de distribuição dos recursos hídricos. De acordo com

---

<sup>118</sup> No original: “[...] is subject to an implicit constitution limiting its exercise.”

<sup>119</sup> No original: “[...] there is no such thing as total power”

Fuller, as sociedades analisadas por Wittfogel tenderam ao despotismo porque assumiram uma tarefa social muito difícil, em um momento muito embrionário de sua história. O estado de invenção social delas não disponibilizou os meios institucionais que poderiam facilitar a solução de seus problemas (Fuller, 1981, p. 205). Fuller conclui que, dada a dificuldade inerente dessa e de outras tarefas sociais, é explicável a concentração de habilidade gerenciais nas mãos de uma figura que tem a responsabilidade de decidir o que fazer com os recursos escassos (Fuller, 1981, p. 207).

### 3.3.5. Adjudicação

Das cinco formas de ordenação social reunidas em *The Principles of Social Order*, optei por tratar apenas da adjudicação de acordo com a sua publicação original em “The Forms and The Limits of Adjudication”<sup>120</sup> em razão de que Kenneth Wiston, organizador da primeira publicação como artigo em 1978 e da seção no livro de 1981 suprimiu parte importante da segunda seção, intitulada “The Two Basic Forms of Social Ordering”.

#### 3.3.5.1. Os problemas para os quais esse ensaio é endereçado

O tema deste ensaio é a adjudicação no sentido mais amplo. O termo, como foi usado por Fuller neste texto, inclui desde um pai assumindo o papel de juiz numa disputa entre seus filhos até o exercício mais formal do termo, como um Senado no caso de impeachment de seu presidente ou uma Suprema Corte que julga os poderes do seu governo (Fuller, 1978, p. 353-354). Como o termo adjudicação é usado aqui, sua aplicação não se restringe a tribunais que funcionam como parte de um governo estabelecido. Inclui órgãos adjudicativos que devem seus poderes ao consentimento expresso dos litigantes em um acordo. Também inclui tribunais que assumem poderes adjudicativos sem a sanção, seja de consentimento ou de poder governamental, como de Nuremberg (Fuller, 1978, p. 354).

Os problemas que são a preocupação deste artigo são sobre as *formas* e os *limites* da adjudicação. Ao falar de *limites*, Fuller levanta as seguintes questões: Que tipos de tarefas sociais podem ser adequadamente atribuídas a tribunais e outras agências adjudicativas? Quais suposições fundamentam a convicção de que certos problemas são inerentemente inadequados para a tarefa de adjudicação e devem ser deixados para o executivo ou o legislativo? (Fuller,

---

<sup>120</sup> Fuller, Lon L, Wiston, Kenneth. “The Forms and The Limits of Adjudication”. Harvard: Harvard Law Review, vol. 92, n. 2, 1978, p. 353-409. Este artigo, como livro *The Principles of Social Order*, foi organizado e publicado postumamente por Kenneth Wiston.

1978, p. 354). Ao falar de *formas* de adjudicação, Fuller se refere às maneiras pelas quais a adjudicação pode ser organizada e conduzida. As questões colocadas para consideração são: Quais são as variações permitidas nas formas de adjudicação? Quando sua natureza foi tão alterada que somos compelidos a falar de um “abuso” ou uma “perversão” do processo de adjudicação? (Fuller, 1978, p. 354-355)

Questões sobre as formas permissíveis e os limites apropriados de adjudicação provavelmente têm sido discutidas desde que algo equivalente a um poder judicial surgiu pela primeira vez. Nos EUA, afirma Fuller, a Suprema Corte excluiu de sua jurisdição certas questões designadas como “políticas”. Dificilmente se poderia dizer que essa exclusão se baseou em qualquer princípio explícito na Constituição. Ela se baseava, em vez disso, na convicção de que certos problemas, por sua natureza intrínseca, estão além dos limites apropriados da adjudicação. Como se verá, é no campo do direito administrativo que as questões tratadas aqui se tornam mais agudas (Fuller, 1978, p. 355).

O propósito de Fuller neste artigo é oferecer uma análise que pode ser útil para responder as questões levantadas anteriormente. Qualquer análise desse tipo não terá sentido se não se basear em algum conceito de “a verdadeira adjudicação” (Fuller, 1978, p. 355-356). Se não existe algo assim, se torna impossível distinguir os usos e abusos da adjudicação. Contudo, *infelizmente* qualquer sugestão de uma noção como “verdadeira adjudicação” vai contra a essência do pensamento moderno. A doutrina da essência tornou-se um sinal de analfabetismo filosófico. Mas devemos examinar criticamente as implicações dessa rejeição. Os advogados estão errados quando discutem quais tipos de disputa são adequados para a decisão de um tribunal? Os advogados trabalhistas se envolvem em uma mera simulação verbal quando discutem como uma arbitragem deve ser conduzida e que tipos de questões os árbitros podem decidir? Eles estão enganados ao acreditar que estão envolvidos em uma prática racional? Certamente, se a adjudicação está sujeita a uma análise fundamentada em um contexto particular, não há razão *a priori* para supor que o contexto não pode ser expandido para que a adjudicação se torne o objeto de uma análise mais geral (Fuller, 1978, p. 356).

Segundo Fuller, para Lindsay é quase impossível falar inteligivelmente sobre instituições sociais sem reconhecer que elas “existem *porque e na medida em que* os homens buscam certos objetivos ou ideais.”<sup>121, 122</sup> Certamente há uma boa quantidade de bobagem no processo de adjudicação. Nossa tarefa, afirma Fuller, é separar as bobagens do essencial. Se nessa tarefa temos de ser contra a uma crença moderna de que nada na sociedade ou nas relações

<sup>121</sup> Citação no original: Lindsay, A. D. *The Modern Democratic State*. London: Oxford University Press, 1943.

<sup>122</sup> No original: “exist because and insofar as men pursue certain goals or ideals.”

sociais é essencial, é um preço que temos que pagar para atingir esse objetivo (Fuller, 1978, p. 356-357). Sendo assim, Fuller começa sua investigação com uma tentativa de definir a “verdadeira adjudicação” ou a adjudicação como ela poderia ser se os ideais que a sustentam fossem realizados. Assim, estamos descrevendo um ideal de adjudicação, que nunca existe totalmente. Mas esse modelo inexistente nos ajudará a julgar a adjudicação como ela realmente é (Fuller, 1978, p. 357).

### 3.3.5.2. As Duas Formas Básicas de Ordenação Social

O aspecto mais óbvio da adjudicação é o de resolver disputas e controvérsias. A situação normal para se recorrer a adjudicação é quando as partes estão em desacordo em um ponto em que a ordem social é ameaçada. Fundamentalmente, a adjudicação é uma forma de ordenação social; uma forma de ordenar e regular as relações sociais. Se a adjudicação é uma forma de ordenação social, devemos vê-la em sua relação com outras formas de ordenação. Existem duas formas básicas de ordenação social, que permitem a existência das sociedades: *organização por objetivos comuns* e *organização por reciprocidade* (Fuller, 1978, p. 357).

Essas duas formas de ordenação social representam as formas básicas das pessoas em relações sociais garantirem vantagens para todos os participantes da relação. Duas pessoas compartilham um objetivo que nenhum deles poderia atingir sem a ajuda um do outro. Por exemplo, a união de esforços para remoção de uma pedra que boqueia uma estrada é uma *organização por objetivos comuns* (Fuller, 1978, p. 357-358). Ou, duas pessoas têm objetivos independentes que podem atingir através de uma troca. Por exemplo, dois fazendeiros trocam parte de suas safras de cebolas e batatas, deixando ambos em melhor situação econômica do que se não realizassem a troca. Esta é uma *organização por reciprocidade* (Fuller, 1978, p. 358)

Antes de aproximar essas formas básicas de ordenação da adjudicação, consideremos suas *formas e limites*. A reciprocidade pode adotar desde uma percepção tácita das vantagens de uma associação até uma explícita em um contrato ou tratado formal (Fuller, 1978, p. 358). A organização por objetivos comuns também adota variadas formas, que vai desde o pequeno grupo compartilhando e entendendo os mesmos objetivos; passa pela associação voluntária, como partidos políticos, que compartilha objetivos gerais e chega até uma grande associação de pessoas, como o Estado, no qual um ou alguns líderes perseguem objetivos em nome do grupo que não necessariamente são compartilhados por eles (Fuller, 1978, p. 358-359). Com relação aos *limites* das duas formas básicas de ordenação social, enquanto a organização por objetivos comuns o limite é o compartilhamento ou a busca de objetivos que melhora a situação

de todos os envolvidos, a organização por reciprocidade entra em jogo quando há uma troca que promove uma melhor situação para ambas as partes, embora cada parte receba algo diferente (Fuller, 1978, p. 359-360)

O que está sendo assumido nesta análise não é que os seres humanos em todos os momentos se comportem racionalmente, mas que é o núcleo racional das instituições humanas que é capaz de manter essas instituições viáveis e sólidas. Ao tentar extrair o “núcleo racional” que dá direção e constância às nossas instituições, devemos estar atentos a uma suposição tácita que iguala o comportamento racional ao avanço calculista do eu e vê tudo o que é nobre na natureza humana como essencialmente irracional. Essa suposição tende a se tornar particularmente operativa quando uma comparação é feita entre as duas formas básicas de ordenação social. O princípio da reciprocidade é considerado uma manifestação da natureza humana em seu humor mais egoísta e calculista. O homem é visto como sendo totalmente bom quando ele para de calcular, quando suas relações com seus semelhantes são totalmente dominadas pelo princípio de objetivos comuns ou “sociais” (Fuller, 1978, p. 360-361)

Esta é, afirma Fuller, uma visão perigosa da natureza humana e dos princípios que determinam uma organização sólida das relações do homem com seus semelhantes. Em primeiro lugar, uma relação de reciprocidade pode ser estabelecida por razões altruístas. Segundo, nenhuma organização social pode ser boa se for grosseiramente ineficiente. Terceiro, devemos olhar mais de perto para ver exatamente quais facetas da natureza humana as duas formas básicas de ordenação de fato trazem à tona. É verdade que em uma relação de reciprocidade cada parte deve se defender; de fato, isso é necessário para que todas as vantagens dessa forma de associação sejam obtidas. Ao mesmo tempo, deve-se perceber que esse relacionamento exige de cada parte que ele entenda o mais completamente possível como a outra parte é e quais são seus desejos (Fuller, 1978, 361-362).

Em uma relação de reciprocidade, no entanto, devemos saber, se quisermos obter o que queremos, o que o outro sujeito quer. Pashukanis discerniu a quintessência da moralidade capitalista no princípio ético proclamado por Kant, de que devemos tratar nosso semelhante como um fim em si mesmo e nunca como um mero meio. Pashukanis argumentou que é apenas em uma sociedade dominada pelo princípio da troca que tal preceito poderia ser atraente ou mesmo viável. Em uma sociedade moldada pelo princípio de objetivos comuns, todos os homens seriam meios para a sociedade e uns para os outros; nenhum homem seria tratado como um fim em si mesmo (Fuller, 1978, p. 362). Essas observações podem parecer uma digressão da adjudicação. Mas, uma vez que a análise apresentada neste artigo discerne uma conexão íntima entre a adjudicação e as duas formas básicas de ordenação social, Fuller considerou útil

prevenir desde o início os mal-entendidos mais óbvios que podem ocorrer no curso de sua discussão. Na sequência ele analisa a adjudicação em sua relação adequada com as duas formas básicas de organização social.

### 3.3.5.3. Adjudicação como uma Forma de Ordenação Social

Ao discutir reciprocidade e organização por objetivos comuns, vimos que essas duas formas de ordenação social se apresentam ao longo de uma escala que vai de associações básicas e informais até associações complexas e muito formais. Até certo ponto, a mesma coisa é verdadeira para a adjudicação. Fuller compara a adjudicação com as formas mais complexas de ordenação, que controlam explicitamente as relações sociais. O representante da organização por reciprocidade são os contratos e o da organização por objetivos comuns as eleições. Adjudicação, contrato e eleição são três maneiras de se chegar a decisões, de resolver disputas, de definir as relações dos homens uns com os outros. Cada uma dessas formas de ordenação social reside na maneira como a parte afetada participa da tomada de decisão. O contrato se dá pela *negociação*; a eleição pelo *voto*; e a adjudicação pela *apresentação de provas e argumentos racionais* (Fuller, 1978, p. 363)

O funcionamento adequado de cada um desses três tipos de ordenação social apresenta suas “condições ótimas,” que elevariam uma forma particular de ordem à sua expressão mais alta, e “condições essenciais”, sem as quais perderiam seu sentido. Os contratos exigem condições de livre manifestação da vontade, enquanto as eleições exigem que cada pessoa tenham um voto e que ele de fato seja contado (Fuller, 1978, p. 363-364). Quais são as condições ótimas e essenciais para o funcionamento da adjudicação? A característica distintiva da adjudicação reside no fato de que ela confere a parte afetada uma forma peculiar de participação na decisão, a de apresentar provas e argumentos fundamentados para uma decisão a seu favor. O que quer que aumente o significado desta participação eleva a adjudicação em direção à sua expressão ótima. O que quer que destrua o significado dessa participação destrói a integridade da própria adjudicação. Antes, será necessário lidar com certas objeções que podem ser levantadas contra esse ponto de partida, nomeadamente contra a proposição de que a “essência” da adjudicação reside no modo de participação que ela concede à parte afetada (Fuller, 1978, p. 364-365)

### 3.3.5.4. Adjudicação e Racionalidade

É possível afirmar que a essência da adjudicação não está na maneira como a parte afetada participa da decisão, mas no ofício do juiz. Desse ofício podemos deduzir certos requisitos, como a imparcialidade. O juiz deve estar disposto a ouvir ambos os lados, etc. A dificuldade, segundo Fuller, é que existem pessoas que são chamadas de “juízes” que ocupam cargos oficiais e se espera que sejam imparciais, mas que, no entanto, não participam de uma adjudicação em nenhum sentido relevante no sentido analisado. O que distingue os juízes que exercem adjudicação no sentido que estamos analisando de juízes de uma exposição ou árbitros esportivos, por exemplo, não é o cargo, mas que suas decisões não são alcançadas dentro de uma estrutura institucional que visa assegurar as partes uma oportunidade para a apresentação de provas e argumentos fundamentados. Se, por outro lado, começarmos com a noção de um processo de decisão no qual a participação da parte afetada consiste em uma oportunidade de apresentar provas e argumentos fundamentados, o ofício de juiz ou árbitro e a exigência de imparcialidade seguem como implicações necessárias (Fuller, 1978, p. 365-366). A adjudicação é, então, um dispositivo que dá expressão formal e institucional à influência do argumento fundamentado nos assuntos humanos. Ela assume um fardo de racionalidade não suportado por nenhuma outra forma de ordenação social. Uma decisão, produto de um argumento fundamentado, deve ser preparada para atender ao teste da razão. Essa maior responsabilidade em relação à racionalidade é uma vez a força e a fraqueza da adjudicação como uma forma de ordenação social (Fuller, 1978, p. 367). Exigimos de uma decisão adjudicativa um tipo de racionalidade que não exigimos dos resultados do contrato ou da votação.

Agora, se nos perguntarmos que tipos de questões são comumente decididas por juízes e árbitros, a resposta pode muito bem ser: “Reivindicações de direito”. Se, então, buscamos definir os limites da adjudicação, uma resposta tentadora seria que a província adequada dos tribunais é limitada a casos em que direitos são afirmados. A província adequada da adjudicação é fazer uma determinação autoritativa de questões levantadas por reivindicações de direito e acusações de culpa (Fuller, 1978, p. 368). Esta é uma maneira significativa de descrever os limites da adjudicação? Para Fuller, não. Na verdade, o que aqui se pretende afirmar é meramente uma implicação do fato de que a adjudicação é uma forma de decisão que define a participação da parte afetada como a de oferecer provas e argumentos fundamentados. Não é tanto que os adjudicadores decidam apenas questões apresentadas por reivindicações de direito ou de acusações de culpa. O ponto é que *o que quer* que eles decidam ou *o que quer* que seja submetido a eles para decisão, tende a ser convertido em uma reivindicação de direito ou uma acusação de culpa (Fuller, 1978, p. 369). Essa conversão é efetuada pela estrutura institucional dentro da qual tanto as partes quanto o adjudicador participam.

Por conseguinte, (1) a adjudicação é um processo de decisão que concede aos afetados provas e argumentos fundamentados. (2) O litigante deve, portanto, se essa participação for significativa, afirmar algum princípio ou princípios pelos quais seus argumentos sejam sólidos e suas provas relevantes. (3) Uma demanda pura se distingue de uma reivindicação de direito pelo fato de que esta última é uma demanda apoiada por um princípio; da mesma forma, uma mera expressão de descontentamento ou ressentimento se distingue de uma acusação pelo fato de que esta última repousa sobre algum princípio. Portanto, (4) questões julgadas perante um adjudicador tendem a se tornar reivindicações de direito ou acusações de culpa.

Se a análise de Fuller estiver correta, três aspectos da adjudicação que parecem apresentar qualidades distintas são, na verdade, todas expressões de uma única qualidade: (1) o modo particular pelo qual a parte afetada participa da decisão; (2) a demanda peculiarmente urgente de racionalidade que o processo de adjudicação deve estar preparado para atender; e (3) o fato de que a adjudicação encontra sua província normal e “natural” em julgar reivindicações de direito e acusações de culpa (Fuller, 1978, p. 370). Então, quando dizemos que uma parte que assina um contrato, ou vota em uma eleição, não tem o direito a nenhum resultado particular, estamos descrevendo o mesmo fato fundamental ao qual aludimos quando dizemos que a adjudicação tem que atender a um teste de racionalidade ou de princípio que não é aplicado a contratos e eleições. Fuller afirmou que não é correto dizer que o limite da adjudicação reside onde direitos são afirmados ou acusações de culpa são feitas, pois tal declaração envolve um círculo de raciocínio. Se, no entanto, considerarmos uma definição formal de direitos e culpa como um produto quase inevitável do processo de adjudicação, podemos chegar ao que é talvez a mais significativa de todas as limitações na província adequada da adjudicação. A adjudicação não é uma forma adequada de ordenação social nas áreas em que a eficácia da associação humana seria destruída se fosse organizada sobre “direitos” e “culpa” formalmente definidos. Sempre que a associação humana bem-sucedida depende da colaboração espontânea e informal, mudando suas formas de acordo com a tarefa em questão, essa adjudicação está fora de lugar, exceto quando pode declarar certas regras básicas aplicáveis a uma ampla variedade de atividades (Fuller, 19878, p. 371).

### 3.3.5.5. Adjudicação e o Estado de Direito

A adjudicação é institucionalmente comprometida com uma decisão racional; com uma decisão baseada em princípio. Mas qual é a fonte do princípio com base no qual o caso deve ser argumentado e decidido? De onde as partes e o adjudicador tiram suas respectivas razões?

Conforme Fuller, discussões sobre o “estado de direito” revelam uma diferença de opinião muito fundamental sobre essa questão da fonte do princípio. O que vem primeiro: tribunais ou regras? Todos concordam que os tribunais são essenciais para o estado de direito. O objetivo do estado de direito é substituir a violência por formas pacíficas de resolver disputas. Deve haver alguma agência capaz de determinar os direitos das partes em situações concretas de controvérsia. Além desse ponto, no entanto, o desacordo começa (Fuller, 1978, p. 372).

De um lado, os defensores da visão “primeiro tribunais, depois regras” veem a adjudicação como a fonte primária da ordem pacífica. Pode-se contar com os tribunais para decidir controvérsias aplicando leis e tratados ou desenvolvendo regras apropriadas aos casos derivados de princípios gerais de justiça e equidade (Fuller, 1978, p. 372). Os críticos dessa visão afirmam que ela assume que não pode haver problema ou controvérsia além dos limites da adjudicação e ignora o fato de que a adjudicação não pode funcionar sem algum padrão de decisão, seja imposto por autoridade superior ou aceito voluntariamente pelos disputantes. Sem algum padrão de decisão, a exigência de que o juiz seja imparcial torna-se sem sentido. Da mesma forma, sem tal padrão, a participação dos litigantes por meio de argumentos perde seu significado. Além disso, afirmam os críticos, é inútil supor que o vazio pode ser preenchido por contratos e tratados. Onde as palavras de um acordo têm um significado claro e óbvio, não é necessária adjudicação, a opinião pública é capaz de garantir seu cumprimento. A necessidade de recorrer à adjudicação surgirá precisamente nos casos em que o significado adequado do contrato estiver em disputa (Fuller, 1978, p. 373).

A réplica consiste na seguinte forma. A visão de que “primeiro os tribunais, depois as regras”, está errada porque está fundada em uma “ignorância grosseira da história”. Os dois grandes sistemas de direito que dominam o mundo hoje – *common law* e o *civil law* – tiveram suas origens em uma evolução caso a caso da doutrina. Mesmo hoje, quando ocorrem desenvolvimentos no *common law*, geralmente é apenas no final de uma série de casos que o princípio governante se torna claro. Nos países de *civil law*, os códigos dos quais os tribunais pretendem derivar seus princípios geralmente fornecem pouco além de um vocabulário para declarar resultados jurídicos. Ou seja, os tribunais existem antes, e as regras (e princípios) depois, desenvolvidas pela atuação daqueles (Fuller, 1978, p. 373-374).

Uma resposta menos comprometedora seria dada por Hayek, um verdadeiro defensor da escola de pensamento “primeiro o direito, então os tribunais.” Ele defende que os métodos caso a caso do *common law* são inconsistentes com o ideal do estado de direito. A conclusão parece seguir que precisamente aquelas nações frequentemente foram tidas como ideais de uma ordem interna pacífica e justa violam elas próprias o estado de direito por seus sistemas de adjudicação.

Hayek conecta o declínio do Estado liberal na Europa e a ascensão de filosofias totalitárias com o uso crescente de disposições vagas em códigos (Fuller, 1978, p. 374). Se excluirmos visões extremas como a de Hayek, há muito a ser dito de ambos os lados. Precisamos manter duas verdades importantes: (1) às vezes é possível iniciar uma adjudicação efetivamente sem regras definidas; nessa situação, uma evolução caso a caso do princípio jurídico frequentemente ocorre; (2) essa evolução nem sempre ocorre, e precisamos analisar melhor quais condições a promovem ou a impedem (Fuller, 1978, p. 374).

Fuller sugere que onde a adjudicação parece operar significativamente sem o suporte de regras formalmente declaradas ou aceitas antecipadamente, ela o faz porque extrai seu sustento intelectual das duas formas básicas de ordenação social. Ela fez isso historicamente com sucesso mais notável no campo cujo objetivo aceito é desenvolver um regime de reciprocidade ou troca (Fuller, 1978, p. 377). Mas a possibilidade de um desenvolvimento caso a caso do princípio não está de forma alguma confinada ao campo das transações comerciais. Por exemplo, as demandas de um sistema viável de federalismo não são de forma alguma imediatamente óbvias. Ao descobrir e articular gradualmente os princípios que farão o federalismo funcionar as cortes podem exemplificar o processo que Mansfield tinha em mente quando falou do “[...] direito trabalhando por si mesmo”.<sup>123</sup> Esse tipo de desenvolvimento – esse traçado gradual das implicações completas de um sistema já estabelecido – só pode ocorrer em uma atmosfera dominada pelo desejo compartilhado de fazer o federalismo funcionar.

Deve estar claro, acredita Fuller, que essa visão é diferente daquela visão sociológica que afirma que em uma sociedade suficientemente homogênea certos “valores” se desenvolvem automaticamente sem que ninguém direcione seu desenvolvimento. Nessa sociedade, as regras jurídicas desenvolvidas e aplicadas pelos tribunais refletiriam os “valores” predominantes. Mas na nossa discussão, não estamos falando de “valores” desencarnados, mas sobre propósitos humanos compartilhados ativamente (Fuller, 1978, p. 378). Se a concepção aqui apresentada por Fuller for sólida, segue-se que ao estender o “estado de direito” às relações internacionais, o direito e a comunidade de propósito devem se desenvolver juntas. Mas uma comunidade de propósito que consiste simplesmente em um desejo compartilhado de evitar destruição recíproca é muito empobrecida para fornecer uma base adequada para uma adjudicação significativa. Onde o único objetivo compartilhado é o negativo, não há nada que possa tornar significativo um processo de decisão que depende de provas e argumentos fundamentados. Um conjunto de princípios teria que derivar de um dos dois princípios básicos de ordem social

---

<sup>123</sup> No original, “[...] working it self pure”.

(reciprocidade ou objetivos comuns). Isso é essencial não apenas para promover “entendimento” e uma atmosfera de boa vontade, mas para criar uma comunidade de interesses da qual a adjudicação pode extrair sustento intelectual.

Resta um outro ponto importante sobre um possível obstáculo ao desenvolvimento do estado de direito. Há uma linha de pensamento que remonta a David Hume, segundo a qual há duas áreas para a operação da razão humana: a cognição factual e a implicação lógica. Em outras palavras, a mente humana trabalha observando fatos e testando hipóteses sobre eles ou traçando implicações lógicas de premissas. Para Hume, não há um meio termo entre essas formas de pensamento. Se em qualquer processo de decisão humana entra qualquer elemento que não seja rastreável a fato empírico ou implicação lógica, faltará o elemento racional.

A visão adotada por Fuller neste artigo é que a adjudicação é uma forma de ordenação social institucionalmente comprometida com a decisão racional. Isso decorre do modo único de participação que ela concede a parte afetada. Se combinarmos essa visão com a filosofia humeana, qual é o resultado? É evidente que quando a adjudicação procede por regras previamente estabelecidas, pelo menos um aspecto da tarefa do tribunal envolve algo semelhante à dedução lógica. Se esta é a única área significativa de racionalidade permitida à adjudicação, então ela pode atuar racionalmente apenas na medida em que aplica regras previamente estabelecidas. Essa parece ser a base sobre a qual Hayek chega à sua surpreendente conclusão de que todo o sistema de *common law* viola o estado de direito (Fuller, 1978, p. 380).

No entanto, segundo Fuller, há uma terceira área do discurso racional, não abraçada por fatos empíricos ou implicação lógica. Esta é a área na qual os homens buscam traçar e articular as implicações de propósitos compartilhados (Fuller, 1978, 381). A atividade intelectual que ocorre nesta área se assemelha à dedução lógica, mas também difere dela em aspectos importantes. Na dedução lógica, quanto maior a clareza da premissa, mais segura será a dedução. No processo de Fuller, a discussão geralmente prossegue de forma mais útil quando os propósitos, que servem como “premissas” são declarados de forma geral e mantidos em contato intelectual com outros propósitos relacionados ou concorrentes. O resultado final não é uma mera demonstração do que se segue de um propósito dado, mas uma reorganização e esclarecimento dos propósitos que constituíram o ponto de partida da investigação. Não importa como possamos definir esta terceira área, uma adesão rígida às visões humeanas é destrutiva de qualquer entendimento dos problemas da adjudicação. Ela não apenas falsifica as condições essenciais para a operação efetiva da adjudicação, mas desvirtua o significado de qualquer processo adjudicativo que esteja funcionando com sucesso.

#### Seção 4. De *O Direito em Busca de Si Mesmo* a *A Moralidade do Direito*

O livro *The Law in Quest of Itself*<sup>124</sup> de 1940 reúne três palestras de Lon Fuller na Faculdade de Direito da Universidade Northwestern em Chicago e marca suas primeiras críticas ao positivismo jurídico. Analisando este livro e *The Morality of Law*<sup>125</sup> de 1964 podemos notar uma nuance importante no pensamento de Fuller, que se afasta da teoria do direito natural clássica e se aproxima do que ele chama de teoria procedimental do direito natural – que eu argumento no último capítulo ser um movimento em direção ao pragmatismo filosófico, e não uma mera versão secular atualizada do direito natural clássico.

##### 4.1. O Direito em Busca de Si Mesmo

Fuller começa com uma citação de Hobbes em *Leviatã* (1651), na qual este adverte os filósofos sobre o que fazer quando seus pensamentos começarem a divagar: devemos nos perguntar qual o problema estamos tentando resolver (Fuller, 1940, p. 1). O filósofo do direito mais do que qualquer outro tem a necessidade de seguir este conselho. Este campo exige um esforço de orientação especial: “Ele exige não apenas que filosofemos sobre o direito, mas que filosofemos até certo ponto sobre nossa própria filosofia para ver o que é que estamos, em última análise, almejando.”<sup>126</sup> (Fuller, 1940, p. 2). Embora Fuller não tenha dúvidas de que existem muitas maneiras de definir a função da filosofia do direito, ele pensa que a mais útil delas é aquela que a concebe como uma “[...] tentativa de dar uma direção lucrativa e satisfatória à aplicação de energias humanas no direito.”<sup>127</sup> (Fuller, 1940, p. 2). De acordo com essa concepção pragmática da filosofia do direito, a tarefa do filósofo do direito é encontrar como os juristas práticos, como juízes, advogados, professores e estudantes, podem melhorar suas vidas profissionais. Nesse sentido, a função da filosofia do direito e a tarefa do filósofo do direito, acredita Fuller, estão relacionadas com as disputas jusfilosóficas (*jurisprudential disputes*) mais abstratas de definição adequada do direito (Fuller, 1940, p. 3). Por exemplo, escolher entre duas concepções conflitantes de direito, aquela que define o direito como padrão de comportamento da atuação dos juízes, ou aquela que define o direito como razão aplicadas

<sup>124</sup> Fuller, Lon L. *The Law in Quest of Itself*. Boston: Beacon Press, 1940.

<sup>125</sup> Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Revised edition. Yale University Press, New Haven, 1969 (1st. ed. 1964).

<sup>126</sup> No original: “It demands not only that we shall philosophize about the law, but that we shall to some extent philosophize about our own philosophizing to see what it is we are ultimately aiming at.”

<sup>127</sup> No original: “[...] attempting to give a profitable and satisfying direction to the application of human energies in the law.”

às relações humanas, exige não apenas uma disputa linguística sobre o que é o direito, mas um tipo diferente de responsabilidade dos juristas em relação ao direito. Dessa forma,

Se as definições de direito são meras palavras, são palavras que podem direcionar significativamente a aplicação das energias humanas e, na medida em que o fazem, não podem ser ignoradas em uma filosofia do direito que se preocupa com as realidades.<sup>128</sup> (Fuller, 1940, p. 4).

É com o problema abstrato de definição do direito, ou seja, com a escolha entre formas alternativas de aplicar energias no direito que Fuller lida nessas palestras, especificamente, com a escolha entre as direções oferecidas pelo direito natural e pelo positivismo jurídico. Por positivismo jurídico Fuller quer dizer “[...] aquela direção do pensamento jurídico que insiste em traçar uma distinção nítida entre o direito que *é* e o direito que *deveria ser*.”<sup>129</sup> (Fuller, 1940, p. 5). Fuller credita à atitude positivista um grau de “ceticismo ético”. Por direito natural Fuller entende como “[...] a visão que nega a possibilidade de uma separação rígida do *é* e do *deveria*, e que tolera uma confusão deles na discussão jurídica”<sup>130</sup> (Fuller, 1940, p. 5). Ele acredita que existem vários sistemas de direito natural, cuja fonte é variada (natureza das coisas, do homem, de Deus, etc.), mas o que justifica unir as várias escolas sob a rubrica comum é o fato de que elas aceitam uma união entre *é* e *deveria ser*. O jusnaturalista, acredita Fuller, não traça uma linha rígida entre direito e ética. Enquanto o positivista traça uma distinção entre *é* e *deveria* em prol do *é*, o jusnaturalista defende o *deveria* se recusando a traçar uma distinção nítida entre ele e o *é* (Fuller, 1940, p. 6). Como a escolha entre uma dessas direções se relaciona com a tarefa de escolher entre diferentes maneiras de aplicar nossas energias na definição de direito? Se, como afirma o positivista, existem dois caminhos distintos para o pensamento jurídico, um direcionado para o *é* e o outro direcionado para o *deveria*, que utilidade possível pode haver em seguir o caminho “fantasma” do direito natural, que pretende levar em ambas as direções ao mesmo tempo? A sugestão de Fuller é que a resposta a essas dúvidas está no fato de que a natureza não nos apresenta, como o positivista tão frequentemente supõe, o *é* e o *dever* em parcelas nitidamente separadas:

Se deve haver uma “distinção clara” entre eles, ela terá que ser trazida pelos esforços analíticos do positivista. Tal distinção pode servir como o fim legítimo de suas

<sup>128</sup> No original: “If definitions of law are mere words, they are words which may significantly direct the application of human energies, and to the extent that they do this they cannot be ignored in a legal philosophy which is concerned with realities.”

<sup>129</sup> No original: “[...] that direction of legal thought which insists on drawing a sharp distinction between the law that is and the law that ought to be.”

<sup>130</sup> No original: “[...] the view which denies the possibility of a rigid separation of the is and the ought, and which tolerates a confusion of them in legal discussion.”

atividades; não pode servir como seu ponto de partida. Uma ilustração bastante trivial será suficiente para mostrar, acredito, quão difícil é traçar uma linha nítida entre o *é* e o *deve ser* em qualquer campo tocado por energias humanas criativas. Se eu tentar recontar uma história engraçada que ouvi, a história como eu a conto será o produto de duas forças: (1) a história como eu a ouvi, a história *como ela é* no momento de sua primeira narrativa; (2) minha concepção do ponto da história, em outras palavras, minha noção da história *como ela deveria ser*. Ao recontar a história, não faço nenhuma tentativa de estimar exatamente a pressão dessas duas forças, embora esteja claro que suas respectivas influências possam variar. Se a história como ouvi foi, na minha opinião, mal contada, sou guiado em grande parte pela minha concepção da história como ela deveria ser, embora por inércia ou percepção imperfeita eu provavelmente repita voltas de frase que ficaram na minha memória da narrativa anterior. Por outro lado, se eu tivesse a história de um mestre contador de histórias, eu poderia me esforçar para reproduzir suas palavras exatas, embora minha própria concepção da maneira como a história deveria ser contada tenha que preencher as lacunas deixadas pela memória falha. Essas duas forças, então, se complementam na moldagem da história conforme eu a conto. É um produto do *é* e do *deve* trabalhando juntos. Não há como medir o grau em que cada um contribui para o resultado final. Os dois estão inextricavelmente entrelaçados, a ponto de podermos dizer que “a história” como uma entidade realmente abrange os dois. De fato, se olharmos para a história ao longo do tempo, sua realidade se torna ainda mais complexa. O “ponto” da história, que fornece sua unidade essencial, pode no curso da recontagem ser alterado. À medida que é trazido mais claramente através da habilidade de sucessivos contadores ele se torna um novo ponto; em algum momento indefinível a história foi tão melhorada que se tornou uma nova história. Em certo sentido, então, a coisa que chamamos de “a história” não é algo que *é*, mas algo que se torna; não é um pedaço duro da realidade, mas um processo fluido, que é tanto direcionado pelos impulsos criativos dos homens, por sua concepção da história como deveria ser, quanto é pelo evento original que desbloqueou esses impulsos. O *deveria* aqui é tão real, como uma parte da experiência humana, quanto o *é*, e a linha entre os dois se dissolve no fluxo comum de contar e recontar no qual ambos fluem.<sup>131</sup> (Fuller, 1940, p. 7-9).

Dessa forma, Fuller nos oferece uma razão para, no que diz respeito aos campos que exigem dos seres humanos o despendimento de energias criativas, abandonarmos a distinção

---

<sup>131</sup> No original: “If there is to be a ‘clear distinction’ between them it will have to be brought about by the analytical efforts of the positivist. Such a distinction may serve as the legitimate end of his activities; it cannot serve as his starting point. A rather trivial illustration will suffice to show, I believe, how difficult it is to draw a sharp line between the is and the ought in any field touched by creative human energies. If I attempt to retell a funny story which I have heard, the story as I tell it will be the product of two forces: (1) the story as I heard it, the story as it is at the time of its first telling; (2) my conception of the point of the story, in other words, my notion of the story as it ought to be. As I retell the story I make no attempt to estimate exactly the pressure of these two forces, though it is clear that their respective influences may vary. If the story as I heard it was, in my opinion, badly told, I am guided largely by my conception of the story as it ought to be, though through inertia or imperfect insight I shall probably repeat turns of phrase which have stuck in my memory from the former telling. On the other hand, if I had the story from a master raconteur, I may exert myself to reproduce his exact words, though my own conception of the way the story ought to be told will have to fill in the gaps left by faulty memory. These two forces, then, supplement one another in shaping the story as I tell it. It is a product of the is and the ought working together. There is no way of measuring the degree to which each contributes to the final result. The two are inextricably interwoven, to the point where we can say that ‘the story’ as an entity really embraces both of them. Indeed, if we look at the story across time, its reality becomes even more complex. The ‘point’ of the story, which furnishes its essential unity, may in the course of retelling be changed. As it is brought out more clearly through the skill of successive tellers it becomes a new point; at some indefinable juncture the story has been so improved that it has become a new story. In a sense, then, the thing we call ‘the story’ is not something that is, but something that becomes; it is not a hard chunk of reality, but a fluid process, which is as much directed by men’s creative impulses, by their conception of the story as it ought to be, as it is by the original event which unlocked those impulses. The ought here is just as real, as a part of human experience, as the is, and the line between the two melts away in the common stream of telling and retelling into which they both flow.”

positivista entre o *é* e o *deveria*. Assim é com o direito, acredita Fuller. Tanto leis criadas pelos legisladores quanto decisões tomadas pelos juízes são, como a atividade de contar uma história, um processo de se tornar (*process of becoming*) e não um segmento do ser (*being*) ou da existência<sup>132</sup> (Fuller, 1940, p. 10). A lei ou a decisão,

Ao ser reinterpretada, torna-se, em graus imperceptíveis, algo que não era originalmente. O campo de objetivos possíveis é preenchido com figuras sobrepostas, e a tentativa de traçar distintamente uma dessas figuras quase inevitavelmente cria um novo padrão. Ao se tornar mais claramente o que é, a regra do caso se torna o que anteriormente apenas tentava ser. Nesta situação, distinguir nitidamente entre a regra como ela é, e a regra como ela deveria ser, é recorrer a uma abstração estranha aos dados brutos que a experiência nos oferece.<sup>133</sup> (Fuller, 1940, p. 10).

A dificuldade do positivismo é não enxergar que a distinção julgada como auto evidente entre *é* e *deveria*, entre o *direito* e um *bom direito*, produz uma deterioração daquilo que ele mesmo pretende defender. Fuller dá o exemplo de distinguir o que é uma máquina de o que é uma boa máquina. Se temos um conjunto de engrenagens, rodas e pistões, a resposta para o que é uma máquina deve se sobrepor a resposta de o que é uma boa máquina. Uma máquina deve ser capaz de realizar a atividade para a qual ela foi criada. Nesse sentido, ela deve ser boa para algo; o que é uma máquina deve se sobrepor ao o que é uma boa máquina. Assim também é com o direito: “No campo da atividade humana proposital, que inclui tanto as máquinas a vapor quanto o direito, o valor e o ser não são duas coisas diferentes, mas dois aspectos de uma realidade integral”<sup>134</sup> (Fuller, 1940, p. 11). Fuller acredita que enquanto o positivista luta para “tornar clara” a distinção entre *é* e *deveria*, o jusnaturalista aceita que a “ofuscação” da qual ele é acusado é a marca da sua recusa de forçar a realidade a uma dicotomia inapropriada. A escolha entre as duas direções é uma escolha de como aplicar as nossas energias no direito (Fuller, 1940, p. 12).

Segundo Fuller, o mais afetado por essa escolha é o juiz. Seu dever principal é o de fidelidade ao direito existente ou ele tem um papel mais criativo? Quanto ao advogado, ele encontrará o suporte nas regras de direito (*rules of law*) ou nos propósitos por trás das regras? O professor de direito, por sua vez, encontrará o estímulo intelectual nos casos puros ou ele

---

<sup>132</sup> Essa posição de Fuller, como tentei demonstrar no capítulo 3, se aproxima da posição de Dworkin de que a reconstrução da história institucional das práticas político-jurídicas requer um elemento de avaliação, e não apenas de descrição do direito.

<sup>133</sup> No original: “By being reinterpreted it becomes, by imperceptible degrees, something that it was not originally. The field of possible objectives is filled with overlapping figures, and the attempt to trace out distinctly one of these figures almost inevitably creates a new pattern. By becoming more clearly what it is, the rule of the case becomes what it was previously only trying to be. In this situation to distinguish sharply between the rule as it is, and the rule as it ought to be, is to resort to an abstraction foreign to the raw data which experience offers us.”

<sup>134</sup> No original: “In the field of purposive human activity, which includes both steam engines and the law, value and being are not two different things, but two aspects of an integral reality.”

deve empreender uma investigação sobre os fundamentos éticos das regras? Igualmente, como o estudante deve orientar seus estudos? A resposta para essas questões depende de qual direção decidimos adotar. Assim, para garantir uma melhor compreensão da disputa entre direito natural e positivismo jurídico, Fuller procede revisando aquelas que considerava, até então, as principais escolas do positivismo jurídico: a teoria imperativa de Hobbes, a teoria analítica de Austin e a escola de Viena de Kelsen, além do realismo jurídico americano que se preocupou em definir o direito (Fuller, 1940, p. 17).

Para Thomas Hobbes, considerado o pai do positivismo, diferente dos positivistas posteriores, não havia incerteza quanto ao objetivo que sua teoria atribui ao direito e à associação dos indivíduos em uma comunidade política. Para ele, se observarmos os objetivos materiais e espirituais que os homens buscam atingir, veremos que os objetivos da paz e da ordem são uma pré-condição de todos os outros, de modo que tem prioridade sobre os demais (Fuller, 1940, p. 20). É nesse sentido que é afirmado que a teoria positivista de Hobbes se funda em uma base de direito natural. E como obtemos esse mínimo de paz e ordem, se os interesses dos homens inevitavelmente entram em conflito, de modo que no estado de natureza estão em guerra uns com os outros? É necessária uma autoridade terrena, na figura de um Soberano, com poder final de decisão, cuja vontade estabelece regras para a solução de disputas, isto é, cuja vontade cria o direito. Ele atua, então, com um tipo de razão artificial no lugar de uma razão natural (Fuller, 1940, p. 21). O Soberano evita que o homem seja o lobo do homem: para Hobbes, no estado de natureza os homens estão em permanente guerra uns com os outros porque, guiados pela razão natural, não conseguem criar o mínimo de paz e ordem. O Soberano artificialmente cria paz e ordem, exigindo obediência aos seus comandos, independentemente destas ordens serem irracionais e injustas. É notório que a concepção de soberania de Hobbes não é explorada analiticamente, mas justificada politicamente; “[...] não no lado positivista de sua teoria, mas no lado do direito natural”<sup>135</sup> (Fuller, 1940, p. 23). O problema da soberania, por sua vez, é para Fuller algo que os positivistas posteriores apenas ignoraram: “[...] não tentaram provar a necessidade de um poder soberano; eles presumiram isso.”<sup>136</sup> (Fuller, 1940, p. 24).

Passando aos sucessores de Hobbes, especialmente na figura de Austin, Fuller afirma que a teoria imperativa do direito seguiu o caminho analítico que Hobbes evitou, de modo que suas mudanças tornaram difícil reconhecer que deriva da compreensão hobbesiana. Essa complexificação de distinções e definições ocorreu de duas maneiras, segundo Fuller. A

<sup>135</sup> No original: “[...] not on the positivistic side of his theory, but on the natural-law side.”

<sup>136</sup> No original: “[...] not attempted to prove the need of a sovereign power; they have assumed it.”

primeira reflete o aumento da estrutura do Estado. Austin estava inserido em um contexto no qual o poder do soberano era limitado por freios e contrapesos, o que não era o caso de Hobbes (Fuller, 1940, p. 27). O segundo consiste no que podemos caracterizar como a tese fundamental do positivismo moderno: a distinção entre *é* e *deveria*. O que Hobbes via como um desiderato ético a ser alcançado (paz e ordem), era visto por seus sucessores como algo que existia independentemente dos objetos sobre os quais se pretendia teorizar: “Ao cortar assim a teoria da soberania de suas raízes de direito natural, eles pavimentaram o caminho para as discussões sutis e fúteis que cercam as teorias positivistas posteriores.”<sup>137</sup> (Fuller, 1940, p. 28-29). Assim, então, consolida-se a forma assumida pela teoria da soberania nas mãos dos juristas analíticos.

A questão de saber como o poder soberano deve ser identificado em uma sociedade foi respondida tão satisfatoriamente por Austin que os positivistas posteriores, em geral, aceitaram sua resposta sem objeções. Essa resposta foi, em resumo, dizer que o soberano é aquela pessoa ou grupo de pessoas que a sociedade tem o hábito de obedecer (Fuller, 1940, p. 30-31). Segue-se que, em última instância, o sistema jurídico se baseia no costume. Assim, se ocasionalmente algum comando do Soberano não é obedecido, ele não perde seu caráter de direito. Se perdesse, o teste para saber o que o direito *é* não seria mais factual – o que ordenou o Soberano? – mas exigiria uma noção do direito que *deveria ser* – em que grau a ordem deve ser obedecida? (Fuller, 1940, p. 33). O conceito de Soberano de Austin não sofreu, portanto, por parte de positivistas posteriores, até a data do texto de Fuller em análise, questionamentos, mudanças e revoluções que colocam a sua permanência e unidade em risco. Mais embaraçoso para o positivismo é o que Fuller chama de “O Problema do Soberano Inconsiderado” (Fuller, 1940, p. 34). A centralidade conferida ao conceito de soberania pretendeu introduzir unidade no sistema jurídico e tornar o positivismo viável. O Soberano terá, então, que ser extremamente criterioso na emissão de suas ordens. Não poderá emitir ordens que precisam considerar o que as normas *deveriam ser*, nem poderá permitir que suas ordens deixem lacunas (gaps) a serem preenchidas. Supondo, todavia, que os poderes jurídicos do soberano sejam, em certo sentido, limitados, a teoria do direito analítica tenta oferecer respostas (Fuller, 1940, p. 36). A questão das lacunas é a mais problemática. O positivismo jurídico quer “colmatar” o máximo de lacunas possíveis no sistema jurídico positivo, pois cada lacuna é um possível ponto de entrada para o direito natural e a ética<sup>138</sup> (Fuller, 1940, p. 38). A solução positivista vigente no século XIX, tanto no mundo

<sup>137</sup> No original: “In thus cutting the theory of sovereignty loose from its natural-law roots they paved the way for the subtle and futile discussions which surround later positivist theories.”

<sup>138</sup> Neste texto, Fuller está tratando de uma “tese geral do positivismo jurídico” anterior às análises de Kelsen e de Hart, por exemplo, que aceitam que alguma forma de discricionariedade judicial é inevitável na adjudicação do direito, uma vez que a natureza da linguagem é parcialmente indeterminada.

anglófono quanto continental, é dizer que as lacunas não existem visto que, no direito, o que o Soberano não proíbe, ele implicitamente permite. Assim, o juiz que decide o caso é o agente autorizado do Soberano; sua decisão é um comando indireto dele (Fuller, 1940, p. 39). Essa solução ainda mantém o positivismo vivo.

De posse destas considerações, Fuller faz uma analogia entre a teoria analítica do direito e a teologia. A teoria analítica lida com a trindade Direito-Estado-Soberano. Esses são três elementos ou três aspectos de uma mesma coisa? Essa disputa só existe, segundo Fuller, porque o positivismo lida “[...] com entidades conceituais sem referência aos fins que elas pretendem servir”<sup>139</sup> (Fuller, 1940, p. 41). Fuller voltará a essa analogia entre o positivismo geral (que inclui também tanto o realismo jurídico quanto a escola de Viena) e a teologia mais adiante.

Fuller inicia a segunda palestra concluindo que a dificuldade do positivismo está na noção de soberania. A sua função é clara: introduzir um princípio unificador, capaz de responder à pergunta “O que é o direito?” com a resposta simples “Aquilo que o Soberano diz que é”. Isso torna o positivismo jurídico possível: o direito se torna uma questão factual, que não precisa considerar o que ele *deveria ser*. Mas o que *é* – não a sua função – o Soberano? Isto é, qual é o conceito de Soberano? “É uma coisa real, um dado da natureza existindo à parte do pensamento dos homens? Ou é meramente uma maneira de ver o mundo dos fenômenos jurídicos possíveis? É uma realidade ou uma metáfora? Uma coisa ou um ponto de vista?”<sup>140</sup> (Fuller, 1940, p. 45). Segundo Fuller, Austin não foi capaz de responder a isso, e toda a sua obra é marcada por uma ambiguidade geral. Por um lado, Austin parece acreditar que o Soberano é uma pessoa ou grupo *determinado*, real. Por outro, ele parece admitir que o Soberano é uma interpretação, não uma descrição da realidade (Fuller, 1940, p. 46). O positivismo moderno, afirma Fuller, se dividiu inicialmente entre os dois flancos. O primeiro representa, para Fuller, o “realismo”, direção do positivismo que “[...] busca ancorar-se em algum dado da natureza, que considera que a busca do direito por si mesmo pode terminar com sucesso somente se terminar em alguma realidade externa tangível”<sup>141</sup> (Fuller, 1940, p. 47). Do outro lado, está a chamada Escola de Viena, fundada por Hans Kelsen. Deste lado, o positivismo não se baseia em uma realidade objetiva concreta, “[...] mas em uma premissa metodológica; não em um fato, mas em uma suposição”<sup>142</sup> (Fuller, 1940, p. 47).

<sup>139</sup> No original: “[...] conceptual entities without reference to the ends they are intended to serve”

<sup>140</sup> No original: “Is it a real thing, a datum of nature existing apart from men’s thinking? Or is it merely a way of viewing the world of possible legal phenomena? Is it an actuality, or a metaphor? A thing, or a point of view?”

<sup>141</sup> No original: “[...] seeks to anchor itself in some datum of nature, which considers that the law’s quest of itself can end successfully only if it terminates in some tangible external reality.”

<sup>142</sup> No original: “[...] but on a methodological premise; not on a fact, but on an assumption.”

Em 1909, com John Chipman Gray, a direção realista do positivismo jurídico foi sistematizada em *Nature and Sources of the Law*.<sup>143</sup> Ele assumiu que Austin falava de um Soberano real, mas para ele, “[...] os verdadeiros governantes da sociedade não podem ser um grupo ‘determinado’ de pessoas, mas são, de fato, um corpo mutável e anônimo”<sup>144</sup> (Fuller, 1940, p. 48). Assim como Hobbes supôs o Soberano no campo político, Gray supôs que o juiz era o Soberano no âmbito do direito. Assim, Gray definiu o direito como “[...] as regras estabelecidas pelos tribunais” (Fuller, 1940, p. 49). Logo, para ele, as leis eram meras fontes materiais de direito, que se tornavam direito de fato quando os juízes as estabeleciam. Existem dois problemas para a teoria realista de Gray. Primeiro, há situações em que os juízes estão em desacordo sobre quais regras devem regular casos específicos. Gray afasta-se do realismo ao concluir que, nesses casos, a Suprema Corte deve estabelecer as regras. Ou seja, ele se afasta da ideia de homens reais e recorre à ideia abstrata de hierarquia jurídica (Fuller, 1940, p. 50-51). O segundo problema da teoria realista de Gray foi ter definido o direito não como regras *aplicadas* pelos tribunais, mas como as regras “estabelecidas” por eles. É claro que as regras sobre os quais os juízes falam ou “estabelecem” não são necessariamente as mesmas regras com base nas quais eles agem. Esse problema pode ser suplementado pela sugestão de Holmes: identificar o “[...] critério do positivismo não no que os juízes *dizem*, mas no que eles *fazem*”<sup>145</sup> (Fuller, 1940, p. 52). De acordo com essa nova visão realista, o direito é uma generalização sobre como os juízes agem, como eles decidem; “[...] o direito consiste em padrões de comportamento judicial”<sup>146</sup> (Fuller, 1940, p. 53).

A crítica de Fuller contra essa nova visão realista é a seguinte: deveríamos estender nossa análise para o comportamento de todos os funcionários do estado para ter uma melhor compreensão do direito? Afinal de contas, existem outros funcionários importantes para o funcionamento do direito, cujo comportamento é guiado por regras. Parece ser exatamente a ordem normativa, o sistema de regras existentes antecedente aos comportamentos dos funcionários, que o realismo pretende eliminar do estudo do direito (Fuller, 1940, p. 54-55). Fuller nos lembra que um dos objetivos do positivismo é desenvolver um critério que nos permita traçar uma linha divisória entre aquilo que está apenas tentando se tornar direito e aquilo que conseguiu se converter em direito. O teste de Austin era, sinteticamente, “aquilo que

<sup>143</sup> Gray, John Chipman. *The Nature and Sources of Law* (2ed. 1921) 117.

<sup>144</sup> No original: “[...] the real rulers of society cannot be a “determinate” group of persons, but are in fact a shifting and anonymous body.”

<sup>145</sup> No original: “[...] criterion of positivism not in what judges *say*, but in what they *do*.”

<sup>146</sup> No original: “[...] the law consists in patterns of judicial behavior.”

o Soberano ordena é direito”. Os realistas, contudo, rejeitaram a figura do Soberano. Gray tentou substituí-lo pelo juiz: “Aquilo que o juiz estabelece é direito”. No entanto,

[...] a noção de que o direito reside nos significados de indivíduos particulares em situações particulares não pode oferecer nenhuma definição de positivismo, e nenhuma garantia contra um subjetivismo de critério relativista no qual a distinção entre o que é e o que deveria ser é perdida.<sup>147</sup> (Fuller, 1940, p. 56).

Fuller acredita que o positivismo realista absorveu os erros metodológicos do positivismo analítico de Austin. Ambos acreditam que assumir uma distinção implica em um tipo de dissecação permanente do assunto envolvido, de modo que se é possível apontar uma diferença entre o *Fato A* e o *Fato B*, conclui-se que “[...] esses dois fatos se enquadram em áreas nitidamente divididas e mutuamente exclusivas da realidade.”<sup>148</sup> (Fuller, 1940, p. 58). Fuller, todavia, não está interessado em criticar o movimento realista como um todo, mas em objetar ao espírito positivista do qual sua definição de direito é um sintoma (Fuller, 1940, p. 59-60). Ele está interessado, como visto, na questão de como o realismo direciona a aplicação de energias humanas no direito. Se o olharmos dessa forma, veremos que o programa realista é moldado por três suposições:

*Primeiro*, os realistas assumiram que uma rigorosa separação de *é* e *deveria* é possível, e que se pode estudar o direito isoladamente de seu contexto ético.<sup>149</sup> *Segundo*, eles assumiram que essa separação de *é* e *deveria* é algo tão obviamente desejável que não é necessário justificar o gasto de energia humana necessária para alcançá-la. *Terceiro* – e aqui devemos depender em maior grau da inferência – eles aparentemente assumiram que nada que valha a pena pode ser dito sobre o *deveria* até que o *é* tenha sido científica e exaustivamente mapeado. Essas suposições são, na minha opinião, falsas e, na medida em que foram levadas a sério, seus efeitos no pensamento jurídico americano foram prejudiciais.<sup>150</sup> (Fuller, 1940, p. 60-61).

<sup>147</sup> No original: “[...] the notion that the law lies in the meanings of particular individuals in particular situations can offer no definite criterion of positivism, and no assurance against a relativistic subjectivism in which the distinction between what is and what ought to be is lost.”

<sup>148</sup> No original: “[...] these two facts fall into sharply divided and mutually exclusive areas of reality.”

<sup>149</sup> Nota no original: This assumption runs through the whole realist literature. Llewellyn has remarked that perhaps Pound could be cited for all planks of the realistic platform with the possible exception of “the rigorous temporary severance of Is and Ought.” Some Realism about Realism (1931) 44 Harv. L. Rev. 1222, 1255, n.74. This observation – which, it should be said, was made somewhat casually – seems to constitute a recognition that the most distinctive contribution of the realist movement has been its insistence on a separation of the is and the ought.” Tradução: “Essa premissa permeia toda a literatura realista. Llewellyn observou que talvez Pound pudesse ser citado por todos os pilares da plataforma realista, com a possível exceção da ‘separação temporária rigorosa entre o Ser e o Dever Ser’. Some Realism about Realism (1931) 44 Harv. L. Rev. 1222, 1255, n.74. Essa observação – que, diga-se de passagem, foi feita de forma um tanto casual – parece constituir um reconhecimento de que a contribuição mais distintiva do movimento realista tem sido sua insistência na separação entre o ser e o dever ser.”

<sup>150</sup> No original: “*First*, the realists have assumed that a rigorous separation of is and *ought* is possible, and that one may study the law in isolation from its ethical context. *Secondly*, they have assumed that this separation of is and *ought* is something so obviously desirable that it is not necessary to justify the expenditure of human energy needed to achieve it. *Thirdly* – and here we must depend to a greater degree on inference – they have apparently assumed

Dessa forma, o movimento realista continuou e até mesmo reforçou a inclinação positivista, que conforme Fuller, restringiu o pensamento jurídico americano. O realismo jurídico deu sobrevida ao positivismo, dando-lhe uma aparência de modernidade e sofisticação e encorajando a recusa positivista à filosofia (Fuller, 1940, p. 62).

A teoria de Kelsen é considerada a via oposta ao realismo positivista. A objeção de Kelsen pode ser brevemente resumida da seguinte forma. Embora, como positivistas, estejamos interessados no direito *que é*, para a exclusão da questão sobre o que o direito *deveria ser*, esse direito existente é em si uma *norma* ou *dever*. Uma concepção de direito que é incapaz de acomodar adequadamente a existência de normas não tem valor para o positivismo, “[...] e esse é o defeito fatal na visão realista.”<sup>151</sup> (Fuller, 1940, p. 67). Se o direito fosse meramente comportamento, como saberíamos que estamos nos comportando mal sem uma norma ou dever? A teoria do direito analítica de Austin, por sua vez, não está sujeita a esta crítica. Ela produz *deveres*, mantendo o objetivo do positivismo em distinguir deveres jurídicos e não jurídicos por meio do teste “O que o Soberano ordenou?”. O que as pessoas fazem em resposta à existência do comando e do dever é irrelevante; o direito, mesmo se ineficaz e desobedecido, ainda é direito para esta concepção. A dificuldade de Austin, na verdade, é vincular seu teste a algum fato externo. O soberano é introduzido como elemento do conceito de direito para estabelecer um limite ao campo do direito, e ainda sim só pode ser definido em termos jurídicos. A teoria da soberania envolve uma petição de princípio que o positivismo tenta resolver (Fuller, 1940, p. 69).

A contribuição de Kelsen é desenvolver uma concepção aberta quanto a essa questão. Ele admite que o Soberano não é real. Mas admite também que ele torna o positivismo possível ao introduzir no sistema jurídico um princípio de unidade. Se essa unidade é indispensável para o positivismo, torna-se necessário pressupor uma norma fundamental que fornece um tipo de constituição para a ordem jurídica, afirma Kelsen; “Serão então direito as coisas que ocorrerem de acordo com esta norma básica presumida, e da qual derivará sua validade – a qual, obviamente, não possui nem barba nem cetro.”<sup>152</sup> (Fuller, 1940, p. 70-71). Com a adoção dessa visão, as dificuldades do positivismo geradas pela centralidade atribuída à figura do Soberano desaparecem. Agora, o sistema jurídico é visto como uma ordem hierárquica, cuja unidade

---

that nothing worthwhile can be said about the *ought* until after the *is* has been scientifically and exhaustively charted. These assumptions are, in my opinion, false, and to the extent that they have been taken seriously their effects on American legal thinking have been injurious.”

<sup>151</sup> No original: “[...] and this is the fatal defect in the realist view.”

<sup>152</sup> No original: “Those things will then be law which happen in accordance with, and derive their validity from, this assumed basic norm – which of course has neither a beard nor a sceptre.”

deriva da norma básica fundamental. Segundo Fuller, dois pontos de vista extremos guardam afinidades ocultas – como se saindo do meio termo, cada um fosse numa direção oposta até se encontrar no outro extremo. As visões realista e kelseniana se assemelham na rejeição da “impureza metodológica da escola dos juristas analíticos”<sup>153</sup>, que pretende explicar o fenômeno jurídico a partir da separação entre o mundo dos fatos e o mundo do direito por meio de um conceito que é comum a ambos (Fuller, 1940, p. 76). Diante da bifurcação à qual o positivismo chegou, após postular um objetivo descritivo-científico na teorização do direito e abandonar qualquer propósito ético, o realismo e a teoria kelseniana continuaram e concluíram sua diferenciação em relação à versão analítica do positivismo com uma observação bruta e com uma suposição bruta respectivamente: “[...] um termina com coisas que são verdadeiras, mas não significativas, o outro com coisas que são significativas, mas não verdadeiras; um se encontra deixado com a semente despojada do positivismo, o outro com a casca vazia.”<sup>154</sup> (Fuller, 1940, p. 77).

Fuller retoma então a relação entre a filosofia positivista e a teologia. Antes de Hobbes, a filosofia do direito era como o politeísmo. O direito e a moralidade não eram rigidamente separados como no positivismo moderno posterior a Hobbes, e ao menos quatro forças regulavam as reações humanas: Razão, Costume, Acordo e Poder Coercitivo (Fuller, 1940, p. 79). Não existia nenhum tipo de teste para definir um poder como superior, de modo que eles frequentemente se confundiam. A partir de Hobbes, no entanto, a Filosofia do Direito adota uma forma de monoteísmo. Agora, existe um poder supremo, na figura do Soberano. Razão, Costume, Acordo e Poder Coercitivo estão todos sob o domínio dele. Existem, de acordo com Fuller, muitos paralelos entre a teologia teórica a teoria analítica do direito. No primeiro, “temos a questão: ‘Se Deus é a causa de todas as coisas, quem então causou Deus?’”, ao passo que, no segundo, “temos a questão: ‘Se o Soberano define o que é o direito, como, então, pode haver uma definição jurídica de Soberano?’” (Fuller, 1940, p. 81). Segundo Fuller, o realismo jurídico se aproxima do panteísmo, no seu aspecto de teoria teológica que aproxima Deus do universo criado por ele. O positivismo busca uma força unificadora para o sistema jurídico que também articule uma definição clara de o que é o direito. Ele pensa ter encontrado essa força unificadora na figura do Soberano. Mas à medida que a investigação acerca do direito e sua conceituação evoluem, o realista percebe que esse ente não existe. Então ele traduz a função teórica unificadora instanciada pela ideia de Soberano num vocabulário pretensamente útil para

<sup>153</sup> No original: “[...] methodological impurity of the school of the analytical jurists”.

<sup>154</sup> No original: “[...] one ends with things that are true but not significant, the other with things that are significant but not true; the one finds itself left with the stripped seed of positivism, the other with the empty shell.”

esclarecer a maneira como direito funciona e foca no modo como os juízes se comportam ao decidirem. Ele termina, no entanto, com um teste tautológico: o direito é a maneira como os juízes se comportam, e a maneira como os juízes se comportam é o direito. A teoria kelseniana, por sua vez, é como aquelas religiões modernas e cautelosas, afirma Fuller, que dizem: “Não sabemos se existe um Deus, mas se houver, então, se Ele cumprir Seu propósito divino, Seus atributos terão que ser os seguintes.”<sup>155</sup> (Fuller, 1940, p. 83). Na teologia, assim como vimos na teoria do direito com o realismo jurídico e a escola de Viena, os opostos se encontram. Enquanto o panteísmo diz que o universo é Deus, o “como-se-ismo” (“*as-if-ism*”) religioso diz que Deus é apenas uma maneira de olhar para o universo (Fuller, 1940, p. 84).

Por fim, Fuller encerra retomando a questão do principal objetivo do positivismo. O positivismo jurídico quer traçar uma linha nítida entre o direito e a moralidade, entre o direito *que é* e o direito *que deveria ser* (Fuller, 1940, p. 84). Individualmente, os positivistas, como Kelsen, fizeram avançar “a busca do direito por si mesmo” (*the law in quest of itself*) (Fuller, 1940, p. 85). Mas a clareza na teoria do direito realmente avançaria se o positivismo pudesse atingir seu objetivo de distinguir direito e moralidade? A distinção não pode se justificar como um fim em si mesma. Ela deve servir para algo. Hobbes, ao contrário de seus sucessores, não pretendeu separar o direito do campo mais amplo da moral. Seu objetivo, garantir a paz e a ordem, exigia que o direito oferecesse uma razão artificial soberana à agência humana, ou seja, que o direito fosse obedecido ainda que contrário à razão natural ou à moralidade; “[...] seu positivismo estava firmemente ancorado no direito natural”<sup>156</sup> (Fuller, 1940, p. 87). Após Hobbes, o positivismo se tornou um mero exercício de esclarecimento linguístico, sem preocupação alguma com os propósitos que sustentam os conceitos jurídicos:

A natureza puramente formal e verbal das conclusões do positivismo jurídico é revelada na incapacidade do positivismo, em todas as suas formas, de lidar com o *conteúdo* do direito. O positivismo não apenas falhou em sua busca por algum critério definido do direito *que é*, mas também falhou em dizer algo significativo sobre o direito que ele assume “ser”. Mesmo dentro da estrutura de suas próprias premissas, ele permanece formal e estéril. Problemas urgentes como a atitude adequada do juiz em relação a leis e decisões anteriores são deixados sem resposta.<sup>157</sup> (Fuller, 1940, p. 88-89).

---

<sup>155</sup> No original: “We do not know whether there is a God, but if there is, then if He is to fulfil His divine purpose His attributes will have to be as follows.”

<sup>156</sup> No original: “[...] his positivism was firmly anchored in natural law.”

<sup>157</sup> No original: “The purely formal and verbal nature of the conclusions of legal positivism is revealed in the inability of positivism, in all its forms, to deal with the content of the law. Not only has positivism failed in its quest for some definite criterion of the law that is, but it has failed to say anything significant concerning the law which it assumes to ‘be.’ Even within the framework of its own premises it remains formal and sterile. Such pressing problems as the proper attitude of the judge toward statutes and previous decisions are left without answer.”

O positivismo moderno se vê, assim, para Fuller diante de um dilema. Se ele quiser ser útil, dizer algo significativo sobre o conteúdo do direito, deve abandonar a distinção entre direito e moralidade. Se aceitar ser útil, perderá sua própria integridade positivista.

A terceira e última palestra de Fuller começa com uma recapitulação. Ele passou as duas primeiras palestras expondo as tentativas positivistas de encontrar algum critério que separe o direito *que é* do direito *que deveria ser* e tentou demonstrar como a tentativa do positivismo de separar o direito de um objetivo ético ou prático definido torna a teoria jurídica pouco produtiva. Isso significa que Fuller está disposto a ir até o fim na direção oposta do direito natural? (Fuller, 1940, p. 99). É esta pergunta que Fuller responde na última palestra.

Primeiro, Fuller esclarece que qualquer elogio à teoria do direito natural (*natural law*) não se estende à doutrina dos direitos naturais e inalienáveis (*natural and inalienable rights*) (Fuller, 1940, p. 100). Este aviso de Fuller acontece em razão de uma associação de “direitos naturais” (“*natural rights*”) como centrais para a teoria do “direito natural” (“*natural law*”). Fuller também não defende nenhuma teoria do direito natural específica, embora reconheça na tradição jusnaturalista do passado um grande valor para o presente. Uma das qualidades, ignoradas pelo positivismo moderno, é que o “[...] direito é parte integrante de toda a civilização de uma sociedade, e que o trabalho frutífero no direito pressupõe uma familiaridade com as outras ciências sociais, como psicologia, economia e sociologia.”<sup>158</sup> (Fuller, 1940, p. 101-102). Mas, conforme Fuller, o principal valor das teorias do direito natural hoje não são os sistemas postulados, mas o tipo de pensamento jurídico utilizado (Fuller, 1940, p. 103). Em primeiro lugar, é o método que os homens seguem naturalmente, quando não são inibidos pela filosofia positivista. Em segundo lugar, quando a razão não é inibida pelo positivismo, ela se ancora nos direitos naturais (*natural laws*) subjacentes às relações humanas em sociedade. As restrições positivistas ao método jusnaturalista assumem não tanto crenças específicas, mas “atitudes emocionais”, de acordo com Fuller. Logo, não é só o direito natural que faz um apelo emocional. O positivismo faz seu próprio apelo ao sentimento de lealdade (*loyalty*) (Fuller, 1940, p. 105). Isso poderia implicar que tanto o positivismo quanto o direito natural são igualmente inaceitáveis. Mas não é isso que Fuller diz:

O advogado do direito natural não nos diz que está buscando reduzir o máximo possível do direito à razão; ele costuma afirmar que descobriu o princípio básico da justiça. O positivista não nos diz que está buscando promover o desiderato ético de paz e ordem, mas afirma ter descoberto o fato básico do direito além do qual toda pesquisa é inútil. Mas se quisermos ter ilusões, escolhamos entre elas inteligentemente

---

<sup>158</sup> No original: “[...] law is an integral part of the whole civilization of a society, and that fruitful work in the law presupposes a familiarity with the other social sciences, such as psychology, economics, and sociology.”

e selecionemos aquela fé que promete o maior sustento para nossas necessidades espirituais. A ilusão característica do direito natural é a crença de que não há limite para o que a razão humana pode realizar na regulação das relações dos homens na sociedade. A ilusão característica do positivismo é a crença de que a razão pode deliberadamente estabelecer um limite para si mesma e parar nesse limite. Nenhum desses projetos pode ser realizado. Sabemos de antemão que não podemos atingir nosso objetivo de uma ordem social fundada somente na razão. Mas sabemos igualmente bem que é impossível estabelecer antecipadamente um ponto de parada aquém de nossa meta além do qual todo esforço será em vão. A ilusão do direito natural tem pelo menos esta presunção a seu favor, que ela libera as energias das mentes dos homens e permite que eles realizem o máximo que puderem.<sup>159</sup> (Fuller, 1940, p. 109-110).

Portanto, a qualidade mais perigosa do positivismo jurídico, segundo Fuller, está no efeito inibidor sobre o desenvolvimento de uma ordenação espontânea das relações humanas. No campo da “[...] ordem autônoma que cerca o direito positivo, não pode haver divisão nítida entre a regra que é e a regra que deveria ser”<sup>160</sup> (Fuller, 1940, p. 112). Aqui, uma combinação de direito costumeiro e direito natural governa, de forma muito eficaz, as relações humanas. Essa ordem autônoma existe e está em constante processo de desenvolvimento. O julgamento moral do que é certo ou errado se modifica historicamente, mas não depende exclusivamente do que os grupos sociais dominantes adotam, mas sim do apelo da própria razoabilidade e capacidade da “atitude moral” de representar uma “competição de ideias” no qual as vencedoras conseguem concretizar desejos humanos conflitantes e estabelecer uma base social satisfatória para as relações humanas (Fuller, 1940, p. 113). Neste ponto, Fuller argumenta contra Kelsen, que afirma que o direito natural seria estático, enquanto sua própria visão positivista seria dinâmica. Segundo Fuller, para Kelsen o direito natural seria estático porque “[...] deriva a ordem jurídica, não de um princípio vago de constitucionalismo, mas de certas noções significativas de justiça”<sup>161</sup> que congelam a ordem jurídica dentro de uma moldura rígida (Fuller, 1940, p. 114). Todavia, Fuller acredita que essa visão ignora o fato de que ideias são

---

<sup>159</sup> No original: “The natural-law lawyer does not tell us he is seeking to reduce as much of the law as possible to reason; he customarily asserts that he has discovered the basic principle of justice. The positivist does not tell us he is seeking to promote the ethical desideratum of peace and order, but claims to have discovered the basic fact of law beyond which all research is useless. But if we are to have illusions, let us choose among them intelligently and select that faith which promises the most sustenance for our spiritual needs. The illusion characteristic of natural law is the belief that there is no limit to what human reason can accomplish in regulating the relations of men in society. The illusion characteristic of positivism is the belief that reason can deliberately set itself a limit and stop at this limit. Neither of these designs can be accomplished. We know in advance that we cannot reach our goal of a social order founded solely on reason. But we know equally well that it is impossible to set in advance a stopping place short of our goal beyond which all effort will be in vain. The illusion of natural law has at least this presumption in its favor, that it liberates the energies of men’s minds and allows them to accomplish as much as they can.”

<sup>160</sup> No original: “[...] autonomous order which surrounds the positive law there can be no sharp division between the rule that is and the rule that ought to be.”

<sup>161</sup> No original: “[...] derives the legal order, not from a vacant principle of constitutionalism, but from certain meaningful notions of justice.”

capazes de crescimento. A prova disso seria o processo de desenvolvimento do próprio *common law*:

Se alguém deseja ser místico, pode descrever esse processo em termos hegelianos como a dialética da história. Mas no final ele permanece tão óbvio e misterioso quanto o processo pelo qual uma anedota muda e geralmente melhora no curso de ser recontada.<sup>162</sup> (Fuller, 1940, 114).

A questão prática relevante, portanto, é se devemos reduzir as relações humanas a padrões hierárquicos puros conforme o positivismo jurídico ou se devemos cada vez mais tratá-las no campo do controle autônomo e não governamental. Segundo Fuller, parece “[...] que o presente é um momento para ampliar o campo da ordem autônoma”<sup>163</sup> (Fuller, 1940, p. 115). Parece, afirma Fuller, ser o momento de reconhecer que nossa estrutura social precisa ser mantida sob fundamentos mais fortes do que aqueles fornecidos pelo positivismo que apelam para o respeito ou a lealdade ao direito sem o apoio de nenhum princípio moral relevante que o direito esteja comprometido em promover.

Entre os múltiplos fatores que elevaram o positivismo jurídico como a filosofia dominante na teoria do direito – que inibe o crescimento do que Fuller chama de ordem autônoma – está a influência da concepção moderna de democracia (Fuller, 1940, p. 120). A justificativa para a democracia, conforme o pensamento positivista, consiste no ceticismo intelectual:

Não existe tal coisa como justiça. A razão humana é totalmente incapaz de regular as relações dos homens entre si. Algum princípio puramente arbitrário de ordem torna-se, portanto, necessário. Uma vez que o poder repousa, em última análise, na aquiescência dos governados, o princípio mais lógico do governo é o da regra da maioria, uma vez que isso oferece a base mais ampla para a ordem estabelecida. Deve-se notar o quão puramente negativa é essa concepção de democracia. Ela não adota a vontade comum de nenhuma noção de que ela esteja mais próxima da essência intrínseca das coisas do que a vontade de qualquer indivíduo em particular. A regra da maioria é preferida não porque é mais provável que seja correta, mas porque é mais provável que seja obedecida. A democracia não se baseia em uma afirmação, mas em uma negação de que o governo e o direito podem, no final, ser qualquer coisa, menos arbitrários.<sup>164</sup> (Fuller, 1940, p. 121).

---

<sup>162</sup> No original: “If one wishes to be mystic one may describe this process in Hegelian terms as the dialectic of history. But in the end it remains as obvious, and as mysterious, as the process by which an anecdote changes and generally improves in the course of being retold.”

<sup>163</sup> No original: “[...] that the present is a time to broaden the field of autonomous order.”

<sup>164</sup> No original: “There is no such thing as justice. Human reason is utterly incapable of regulating the relations of men among themselves. Some purely arbitrary principle of order becomes, therefore, necessary. Since power rests ultimately on the acquiescence of the governed, the most logical principle of government is that of majority rule, since this offers the broadest base for the order set up. It must be noted how purely negative this conception of democracy is. It does not adopt the common will from any notion that it is closer to the inner essence of things than the will of any particular individual. Majority rule is preferred not because it is most likely to be right, but

Em outras palavras, para Fuller essa é uma concepção negativa de democracia, que usa essa concepção porque favorece a obediência ao direito, e não pelo motivo certo, conforme ele pensa, que é promover um campo onde as ideias podem “[...] competir entre si pela posse da mente dos homens”<sup>165</sup> (Fuller, 1940, p. 123) – no qual as ideias podem se desenvolver por meio da ordem autônoma para garantir a melhor ordenação das relações humanas em sociedade. Essa atmosfera só pode existir se permitirmos novamente que a razão guie a nossa construção do design institucional de nossas instituições jurídicas e sociais (Fuller, 1940, p. 126).

Finalmente, Fuller encerra *The Law in Quest of Itself* apontando o porquê de o positivismo jurídico preferir a legislação como meio de reforma jurídica, enquanto ele acredita que a adjudicação é um caminho mais adequado. Isso também nos revela um tipo de responsabilidade moral que Fuller acredita que os juízes tenham. Durante as três palestras, Fuller deixou claro o que ele pensa ser o objetivo geral do positivismo jurídico e comum a todas as suas versões: preservar a distinção entre o direito que é e o direito que deveria ser. Nesse sentido, a legislação é o único tipo de reforma jurídica que não ameaça essa distinção, já que ela já se anuncia como tal. Na reforma judicial é difícil deixar claro se o juiz está anunciando uma nova regra ou apenas tornando explícitas suposições que já estavam implícitas (Fuller, 1940, p. 132-133). Logo, a reforma judicial não preserva a distinção positivista. A vantagem do processo judicial sobre o legislativo no que tange à reforma jurídica – desenvolvimento dos conceitos jurídicos – está na promoção que ela faz do que Fuller chama de ordem autônoma. Portanto, o juiz deve ver sua responsabilidade como uma tarefa ativa de ajudar a desenvolver a ordem jurídica (e moral), e não como uma atitude passiva que o positivismo adota vinculando o juiz apenas ao “direito existente” (Fuller, 1940, p. 138). Esta é a melhor garantia possível de que seu “[...] trabalho é ao mesmo tempo criativo e sólido, e que ele está desempenhando seu papel no processo eterno pelo qual funciona o *common law* de forma pura e se adapta às necessidades de um novo dia.”<sup>166</sup> (Fuller, 1940, p. 140).

#### 4.2. A Moralidade do Direito

Em *The Morality of Law*, publicado originalmente em 1964 e revisado em 1969 com o acréscimo do capítulo final dedicado à resposta aos críticos, Fuller avança seu argumento da

---

because it is most likely to be obeyed. Democracy is rested not on an affirmation, but on a denial that government and law can in the end be anything but arbitrary.”

<sup>165</sup> No original: “[...] compete with one another for the possession of men’s minds.”

<sup>166</sup> No original: “[...] work is at once creative and sound, and that he is playing his part in the eternal process by which the common law works itself pure.”

moralidade interna ao direito. Primeiro, se preocupa com a moralidade. Depois, trata da moralidade interna ao direito. Por fim, trata das relações entre as moralidades interna e externa e entre a legalidade, a justiça e os propósitos substantivos do direito.

#### 4.2.1. A Moral de Dever e a Moral de Aspiração

No primeiro capítulo, Fuller se dedica à definição da moral através da distinção de dois tipos de moralidade, porque ele acredita que a incerteza sobre a relação entre o direito e a moral está na falta de definição do conceito de moralidade. A moral pode ser dividida em moral de dever e moral de aspiração. A moral de aspiração diz respeito às realizações mais completas das faculdades humanas que apenas indicam o que deve ser feito ou não – classifica as ações em próprias e impróprias (Fuller, 1969, p. 5). A moral de dever diz respeito aos requisitos básicos da vida social que nos dizem o que fazer e não fazer – classifica as ações como certo ou errado (Fuller, 1969, p. 6). Podemos imaginar as duas moralidades em dois extremos opostos com o dever na base e a aspiração no topo. Entre elas há um “ponteiro imaginário” que indica o fim da pressão do dever e o começo do desafio da aspiração (Fuller, 1969, p. 10). Mas traçar essa linha divisória entre dever e aspiração é uma das tarefas mais difíceis da filosofia. Se o dever é colocado muito acima de sua esfera a obrigação sufocará os esforços mais elevados para a excelência humana. Se colocado muito abaixo relativiza-se os requisitos básicos da vida social. Portanto, indicar onde acaba o dever e inicia a aspiração exige manter o equilíbrio entre elas (Fuller, 1969, p. 29). Contudo, embora possamos divergir sobre onde o primeiro acaba e o segundo começa, concordaremos, afirma Fuller, sobre o que é dever sem definir exatamente o que é a aspiração. Assim, diz Fuller: “Podemos, por exemplo, saber o que é evidentemente injusto sem comprometermos a declarar em definitivo o que seria a justiça perfeita.”<sup>167</sup> (Fuller, 1969, p. 12).

#### 4.2.2. A moralidade que torna o direito possível

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

---

<sup>167</sup> No original: “We can, for example, know what is plainly unjust without committing ourselves to declare with finality what perfect justice would be like.”

#### 4.2.2.1. Os oito caminhos para o fracasso de fazer o direito

O exemplo de Fuller, novamente, é o de um rei que falha em construir um sistema jurídico porque não observou a moralidade interna ao direito, isto é, porque não respeitou os princípios internos à própria atividade de criar e de aplicar o direito. Estes requisitos são, para Fuller, sinônimos de princípios de legalidade (Fuller, 1969, p. 41). Rex subiu ao trono com a ambição de reformar o sistema jurídico de seu reino. Seu primeiro ato foi o de revogar todas as leis e de atuar como juiz nas controvérsias, para mais tarde elaborar um código baseado nos padrões de suas decisões. No entanto, não conseguiu lograr êxito. Depois de algumas centenas de decisões, não era possível identificar nenhum padrão coerente que pudesse ser generalizado para orientar o comportamento de seus súditos (Fuller, 1969, p. 34-35). Então ele decide escrever um código, mas mantém o conteúdo das regras em segredo. Seus súditos reagiram negativamente. Não estavam dispostos a ter suas controvérsias resolvidas por normas que não podiam saber quais eram. Rex decide desviar-se do desafio de prever o futuro através de regras gerais resolvendo os casos retroativamente. Novamente, seus súditos reagiram negativamente: precisavam saber antecipadamente o conteúdo das regras para agir de acordo com elas (Fuller, 1969, p. 35). Assim, Rex percebeu que não era possível escapar da tarefa de elaborar um código com regras gerais que se aplicariam nas controvérsias futuras. Ele elabora um e finalmente disponibiliza a seus súditos. Contudo, a linguagem era tão obscura que seus súditos não podiam compreender o que as regras exigiam (Fuller, 1969, p. 35-36). O código foi revisado, de modo que seu conteúdo foi mantido, mas com um acréscimo de clareza. Mas mais uma vez seus súditos reclamaram. A clareza permitiu identificar várias contradições entre as regras (Fuller, 1969, p. 36). Irritado, Rex revisa seu código mais uma vez, elimina suas contradições, mas endurece o trato com seus súditos, de tal modo que era impossível comportar-se de acordo com as novas regras (Fuller, 1969, p. 37). Novamente seus súditos indignaram-se, pois era impossível se comportar conforme as regras. As impossibilidades foram retiradas, mas uma crise econômica em seu reino fez com que as regras fossem frequentemente emendadas. Isso causou mais problemas, pois seus súditos não queriam regras que se alterassem com tanta frequência (Fuller, 1969, p. 37). Rex decide, por fim, voltar a julgar os casos de seus súditos. Mas a medida em que as decisões se tornaram disponíveis era perceptível que não havia relações entre suas decisões e as regras declaradas (Fuller, 1969, p. 38). Os fracassos de Rex como legislador e como juiz nos mostram, pelo menos, oito maneiras de fracassar na tentativa de criar e de manter um sistema jurídico: (1) o fracasso em criar regras gerais que resolverão as controvérsias futuras; (2) o fracasso em fazer o conteúdo das regras ser conhecido pelas partes

afetadas; (3) o abuso da legislação retroativa; (4) o fracasso em tornar as regras compreensíveis; (5) o fracasso em tornar as regras não-contraditórias; (6) exigir o impossível; (7) a alteração frequente das regras; e (8) a incongruência entre a regra declarada e sua aplicação real.

O fracasso completo em um desses oito erros produz não um sistema jurídico ruim, senão algo que não pode nem ser considerado de fato um sistema jurídico (Fuller, 1969, p. 39). Existe uma *reciprocidade* entre o Estado que cria o sistema jurídico e os cidadãos, submetidos às regras desse sistema (Fuller, 1969, p. 39-40). É essa reciprocidade que possibilita às regras criarem a obrigação de fidelidade ao direito. Quando há um fracasso completo em alguma dessas oito direções, essa reciprocidade é quebrada, de modo que a obrigação de fidelidade ao direito deixa de existir, pois já não há mais que se falar em direito. Mas a existência do direito não é afetada apenas pelo fracasso completo de alguma dessas oito formas de fracasso. Quando há um ataque geral à legalidade, isto é, quando há não o fracasso completo de algum dos oito erros, mas vários desses erros são cometidos, ainda que nenhum seja cometido completamente, é suficiente para se afirmar que um sistema jurídico não existe. Em outras palavras, nestas condições os elementos legaliformes residuais não são capazes de sustentar a obrigação de fidelidade ao direito (*obligation of fidelity to law*) (Fuller, 1969, p. 41). Isso aconteceu, por exemplo, na Alemanha sob a ditadura nazista. Ainda que nem todas as leis fossem secretas ou retroativas, ou ainda, que nem todas as decisões fossem contrárias às leis declaradas, o ataque geral aos princípios de legalidade, ou seja à moralidade interna, levou a ditadura nazista a nunca conseguir alcançar o status de sistema jurídico.

#### 4.2.2.2. A moralidade interna é uma moral de dever ou uma moral de aspiração?

No primeiro capítulo Fuller traçou uma diferença importante entre a moral de dever e a moral de aspiração. A moral de dever corresponde aos requisitos básicos da vida social, enquanto a moral de aspiração, às mais altas realizações da vida humana. A moralidade interna abrange tanto uma moralidade de dever quanto uma moralidade de aspiração (Fuller, 1969, p. 42). Mas em razão de ela ser a moral que torna o direito possível e de fazer isso por meio de, pelo menos, oito caminhos que levam à legalidade, devemos encará-la como um guia ou como uma direção para o esforço humano de criar o direito. Nesse sentido, a moralidade interna está “condenada” a ser uma moralidade mais de aspiração do que de dever (Fuller, 1969, p. 43), porque orienta o esforço humano direcionado a tipos específicos de realização e não somente nos adverte sobre condutas permitidas e proibidas. Com exceção do princípio de que as regras devem ser promulgadas, que deve ser encarado pelo legislador e pelo juiz como um dever, os

outros princípios devem ser encarados como uma exigência da nossa capacidade humana de realizá-los, isto é, como uma aspiração.

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

Os desideratos da moralidade interna ao direito, ou os princípios de legalidade, são, portanto, uma moralidade mais de aspiração do que de dever. Isso não significa, acredita Fuller, que devemos encará-los como uma tarefa utópica de realizá-los com perfeição, mas que devemos adotá-los como um padrão para avaliar a qualidade da legalidade. Pode ser necessário fazermos um cálculo econômico quando a moralidade interna e externa entrarem em conflito, ou quando os requisitos da moralidade interna conflitarem entre si (Fuller, 1969, p. 44). Com isso, Fuller cria um tipo de avaliação que permite dizer se um sistema jurídico existe ou não, ou seja, se o pretense sistema cria ou não a obrigação para as pessoas de serem fiéis ao direito. A seguir, analiso brevemente cada um dos requisitos em suas relações entre si e com a moralidade externa.

O desiderato da *generalidade* diz respeito à obviedade de que um sistema jurídico que pretende submeter a conduta humana à governança de regras deve ter regras gerais (Fuller, 1969, p. 46). Essa exigência não deve ser confundida com a ideia de que as regras devem ser voltadas a classes de pessoas e não a indivíduos específicos; esse é um princípio de equidade que diz respeito, nessa análise, à moralidade externa (Fuller, 1969, p. 47).

O desiderato da *promulgação* diz respeito ao dever do Estado de tornar as regras possíveis de serem conhecidas e o direito de os cidadãos poderem conhecer as regras que eles têm a obrigação de adotar como padrão para os seus comportamentos. Este requisito se relaciona com a eficácia das regras, que serão mais observadas se seu conteúdo for conhecido; isso não quer dizer que todos os cidadãos conhecerão todas as regras – seu direito de conhecer o conteúdo delas é independente. Algumas regras, inclusive, são observadas por poucos indivíduos bem-informados que influenciam o comportamento do restante do grupo (Fuller, 1969, p. 51).

Devemos considerar o desiderato da *não-retroatividade* no contexto típico de seu funcionamento: em geral, as regras devem ser prospectivas; as regras de hoje regulam as condutas de amanhã, e não as regras de amanhã regularão a conduta de hoje. Logo, primeiro deve haver regras, depois nós as aplicamos às nossas condutas. O comportamento deve se adequar ao padrão de uma regra que já existe, pois não será possível adequá-lo a uma regra que será promulgada depois da conduta. Ainda assim, mesmo nesse contexto de regras

presuntivamente prospectivas, haverá situações em que regras retroativas serão toleráveis e, às vezes, até desejáveis, quando consideradas do ponto de vista da própria legalidade (Fuller, 1969, p. 53). Fuller dá o exemplo de uma lei que exige que os casamentos tenham determinado selo para obterem validade jurídica (Fuller, 1969, p. 53-54). A lei, entretanto, não foi dada ao conhecimento, nem dos que desejam se casar, nem daqueles que realizam a cerimônia. Além disso, a produção dos selos não seria capaz de atender aos casamentos já marcados. É uma lei que não atende ao requisito da promulgação, além de exigir o impossível porque os poucos que sabem da existência dessa lei não conseguem obter o selo em razão de sua baixa produção. Ocorre que casamentos são realizados sem o novo selo, seja por desconhecimento da lei, seja pela falta de selos disponíveis. A decisão de adotar uma lei que valida retroativamente os casamentos realizados após a promulgação da lei dos novos selos é melhor para garantir a legalidade do que a decisão de invalidar todos os casamentos. A retroatividade pode ser, portanto, uma medida corretiva excepcional, com o objetivo de corrigir leis ou decisões que causam algum dano mais relevante à algum requisito da legalidade.

O desiderato da *clareza* diz respeito ao dever, especialmente do legislador, de fazer com que as regras sejam inteligíveis. Isso significa que o padrão de comportamento expresso na regra deve ser claro o bastante para tornar possível que as pessoas obedeçam às regras e realizem o ideal de fidelidade ao direito.

O desiderato da *não-contradição* diz respeito ao conflito entre regras, quando uma manda fazer algo que é proibido por outra regra. Essa contradição, contudo, não é lógica. Essas regras podem viver concomitantemente, embora possam frustrar a tentativa de submeter a conduta humana à governança das regras. A contradição que a legalidade pretende evitar, portanto, não é do tipo lógico, mas do tipo que causa ambiguidade quando exige simultaneamente dois comportamentos conflitantes entre si.

O desiderato de se *exigir o possível* diz respeito à possibilidade de obediência (Fuller, 1969, p. 70). Os padrões de comportamento impostos pelas normas devem ser possíveis de serem seguidos pelas pessoas submetidas a elas. O legislador não pode exigir mais do que as pessoas são capazes e ainda sim, parabenizar aqueles que apesar do esforço, não conseguiram alcançar os elevados níveis de exigência, como pode, por exemplo, fazer o professor. Isso porque o professor cumpre um papel diferente do legislador. O primeiro *deve* exigir mais de seus alunos pois seu objetivo pedagógico é expandir as capacidades intelectuais deles – sob pena de estabelecer em sala de aula um pacto de mediocridade. O segundo *deve* exigir o possível daqueles submetidos às regras porque, se exigir acima do que é possível obedecer, ou cometerá a injustiça de punir as pessoas por não cumprirem o que não era possível, ou fechará os olhos

para a desobediência daquilo que não era possível obedecer – ambos os caminhos confrontam com a legalidade e com o objetivo do direito de submeter a conduta humana ao governo das regras.

O desiderato da *constância do direito no tempo* pretende corrigir o mesmo problema de inconstância legislativa que a legislação retroativa causa (Fuller, 1969, p. 80). O problema da lei retroativa é tornar uma conduta passada, realizada de acordo com uma regra, uma conduta punível *hoje* através de uma lei atual. A inconstância ou a alteração frequente da lei é similar. Quando uma lei é modificada frequentemente, e não há tempo suficiente para que as pessoas conheçam e se adequem à mudança, elas agirão de acordo com a regra anterior, quando já há outra regra que estabelece um padrão conflitante. Este desiderato, segundo Fuller, não diz respeito a forçar a constância das leis mesmo diante da necessidade, criada pela alteração do contexto fático, de alteração legislativa, mas de buscar o equilíbrio entre a mudança frequente e nenhuma mudança.

Finalmente, a exigência de que deve haver *congruência entre a regra declarada e a ação oficial*. Este é o requisito mais complexo da moralidade interna ao direito porque exige que todas as instâncias de aplicação da regra, dos policiais aos tribunais superiores, estejam em conformidade com o que a própria regra estabelece. Mas a questão principal é em relação a interpretação da regra (Fuller, 1969, p. 82). Esse problema revela a natureza cooperativa da tarefa de manter a legalidade. O cidadão, ao interpretar o direito e aplicá-lo a sua conduta, quer preservar o sentido da regra. O legislador, por sua vez, deve ser capaz de antecipar os modos de interpretação de forma racional para manter o ambiente de expectativas estáveis. É, nesse sentido, uma dependência recíproca (Fuller, 1969, p. 91).<sup>168</sup>

#### 4.2.3. A Moralidade Interna e as Teorias do Direito

No terceiro capítulo, Fuller oferece um esclarecimento adicional sobre as relações entre seu argumento da moralidade interna ao direito e as teorias do direito predominantes, especialmente as teorias do direito natural e o positivismo jurídico. O primeiro passo de Fuller é aproximar sua teoria da moralidade interna do direito à teoria do direito natural (Fuller, 1969, p. 96). Mas que tipo de teoria jusnaturalista ela é? De um lado, a tradição clássica do direito natural é uma teoria sobre o direito natural *substantivo*, pois se preocupa “[...] com os fins

---

<sup>168</sup> Esse argumento de Fuller é muito bem desenvolvido pela teoria pragmatista de Robert Brandom em *A Spirit of Trust*, no qual Brandom afirma que status sociais são status normativos porque são instituídos por atitudes normativas de atribuição de responsabilidade e reivindicação de autoridade, que envolve o reconhecimento recíproco do outro como um outro eu (*self*), isto é, o reconhecimento do outro como um agente responsável.

adequados a serem buscados por meio de regras jurídicas”<sup>169</sup> (Fuller, 1969, p. 98). Por sua vez, a moralidade interna, segundo Fuller, é uma versão *procedimental* do direito natural, pois se preocupa não com os fins ou objetivos substantivos das regras jurídicas, “[...] mas com a maneira pelas quais um sistema de regras destinado a regular a conduta humana deve ser construído e administrado.”<sup>170</sup> (Fuller, 1969, p. 96-97). Diferenciar o direito natural de fins substantivos e o direito natural preocupado com procedimentos e instituições (Fuller, 1969, p. 102) nos oferece uma visão melhor sobre como Fuller emprega o termo “direito natural” na sua teoria. Argumentarei no capítulo terceiro que esse afastamento do direito natural substantivo é suficiente para dizer que Lon Fuller deixa o jusnaturalismo para uma terceira teoria entre o positivismo jurídico rejeitado e o jusnaturalismo não totalmente abraçado.

O direito, portanto, para Fuller, é o empreendimento que responde ao desafio de submeter a conduta humana à governança das regras (Fuller, 1969, p. 106). A moralidade interna do direito é o guia para enfrentar esse desafio; diz como deve ser feito. Devemos lembrar que a moralidade interna é uma moral de aspiração. Ela orienta a construção e a administração do direito orientando as ações às mais altas realizações das faculdades humanas. Esta ideia trata o direito como uma atividade ou como uma prática que depende de um esforço intencional (Fuller, 1969, p. 106). Nesse sentido, algumas teorias, especialmente teorias positivistas, se opõem ao conceito de direito proposto por Fuller em parte porque encaram o direito como uma prática neutra e não intencional. Para alguns positivistas, o direito não é uma prática dependente de engajamento ou propósito, mas um fato manifesto de poder ou autoridade. Essa visão, contudo, se preocupa em dizer que o direito é um tipo de ordem pública sem se preocupar com o tipo de ordem que ela expressa ou como ela se realiza (Fuller, 1969, p. 117-118). Logo, é uma visão incapaz de conceber a moralidade que é interna ao direito. Em outras palavras, os defensores de tal visão se preocupam com a estrutura formal do direito, mas negligenciam a atividade intencional que essa estrutura deve organizar (Fuller, 1969, p. 113).

#### 4.2.3.1. O Conceito de Direito de H.L.A Hart

Certamente, a crítica mais contundente de Fuller contra Hart está no seu quarto capítulo, segundo o qual, Hart teria desconsiderado a moralidade interna ao direito (Fuller, 1969, p. 133). A próxima subseção dedica-se à análise dessa crítica. Para melhor abordá-la é preciso antes,

---

<sup>169</sup> No original: “[...] with the proper ends to be sought through legal rules.”

<sup>170</sup> No original: “[...] but with the ways in which a system of rules for governing human conduct must be constructed and administered”

porém, tratar aqui de outro aspecto central da teoria hartiana: a regra de reconhecimento. O positivismo de Hart não recorre à ideia de um fato manifesto de poder ou de autoridade para explicar o conceito de direito. Pelo contrário, ele rejeita essa ideia e apresenta o direito como um conjunto de regras criados por fatos sociais convencionas. Por que isso é um problema? A conhecida distinção de Hart das regras que impõem deveres e regras que criam poderes pode ser muito útil, especialmente para nos mostrar as diferentes funções sociais que as regras exercem. Mas essa distinção é limitada. Há casos em que não será claro se ou quando uma regra impõe um dever ou cria um poder. Nesse sentido, Fuller vê com ceticismo a sugestão de Hart de que a distinção entre os tipos de regras é uma poderosa ferramenta de análise (Fuller, 1969, p. 136).

É na distinção nítida entre regras que impõem deveres e regras que outorgam poderes, aplicada à regra de reconhecimento, que está a crítica de Fuller. A regra de reconhecimento é, segundo Hart, a regra que estabelece os critérios de validade para todas as outras regras do sistema jurídico. Por esta razão, ela é a única regra cuja existência deriva da sua aceitação. Ela é, segundo a interpretação de Fuller, uma regra secundária que cria poderes jurídicos, a saber, os critérios de validade das demais regras.<sup>171</sup> Mas consideremos o caso de um rei, por exemplo, Rex, cuja palavra constitui a regra de reconhecimento de seu reino. Ele é deposto por manter as leis em segredo ou por abusar da retroatividade. Sua deposição é devida ao abuso do seu poder ou à violação de um dever? Este é mais um caso em que a distinção não ajuda. Uma regra que confere poder, como a regra de reconhecimento, traz consigo implícita ou explicitamente um dever de não-abuso. Isso derruba a distinção firme entre regras que impõem deveres e regras que conferem poderes. Mas Hart não consegue conceber que uma regra de reconhecimento tenha uma disposição adicional sobre a possibilidade de perder a autoridade no caso de seu abuso. E ele deve presumir, se quiser preservar não só a distinção, mas a ideia de regra de reconhecimento, que a autoridade legislativa cuja palavra constitui os critérios da regra de reconhecimento não pode ser juridicamente revogada pelos seus abusos (Fuller, 1969, p. 137-138).

Hart resgata o conceito de direito de uma identificação com o poder coercitivo. Mas um elemento importante escapou de sua análise. É o que Fuller chama de reciprocidade tácita

---

<sup>171</sup>Esta posição de Fuller, no entanto, já foi superada na literatura. As duas tipologias de Hart (regras primárias e regras secundárias e regras que impõem deveres e regras que outorgam poderes) não são, necessariamente, correspondentes ou coextensivas. Veja mais em: Decat, Thiago. “A chave para o Conceito de Direito: A noção de obrigação jurídica e a união entre regras primárias e secundárias: Comentários ao Capítulo V de O Conceito de Direito”, p. 150-161, in: Matos, Saulo de; Coelho, André; Bustamante, Thomas (orgs.). *Interpretando o Conceito de Direito*. Conhecimento: Belo Horizonte, 2023. Ver também: Postema, Gerald. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Berlin: Springer, 2011, p. 261-340.

(Fuller, 1969, p. 139). É necessário que os cidadãos possam ter expectativas legítimas de que os legisladores não violarão seus deveres. Esses deveres são aqueles impostos pela moralidade interna ao direito na criação e na administração de um sistema que pretende submeter a conduta humana à governança das regras. Embora modesto, esse conceito de direito tem um elemento muito significativo: a legalidade (Fuller, 1969, p. 147). Ver as regras como um empreendimento intencional, ao contrário da visão que insiste em tratar o direito como um fato manifesto de autoridade ou de poder social (Fuller, 1969, p. 145), permite visualizar, na medida em que a moralidade interna é respeitada, os graus de êxito para atingir o ideal de legalidade.

A visão positivista de direito criticada por Fuller não é capaz de estabelecer a gradação do sucesso de um sistema jurídico (Fuller, 1969, p. 148). Mas sua visão do direito como um empreendimento intencional permite encontrar as medidas do sucesso de um sistema jurídico. O sucesso é medido pelos graus de respeito pela moralidade interna ao direito, que constituem critérios de legalidade. Quando os homens tentam submeter a conduta humana ao controle das regras, percebem que existe uma lógica interna nesse empreendimento. Por isso o direito é uma prática social moralmente engajada, ao menos no sentido da moralidade interna, porque exige que demandas sejam cumpridas para que os objetivos, como o de sujeitar da conduta humana às regras, sejam atingidos (Fuller, 1969, p. 150-151). Quando aqueles que criam e administram o direito respeitam as demandas que esse empreendimento intencional exige, nasce aquela reciprocidade entre o cidadão e o legislador (e juízes e demais autoridades) que permite ao direito criar a obrigação de ser obedecido por aqueles submetidos a ele.

#### 4.2.4. Os Propósitos Substantivos do Direito

Finalmente, chegamos à crítica principal de Fuller a Hart. Como visto, ela consiste em acusar Hart de ignorar sistematicamente a moralidade interna e em involuntariamente demonstrar os problemas de excluí-la do direito. Fuller faz isso por meio de uma análise das relações entre a moralidade interna e a moralidade externa ao direito e entre a legalidade e a justiça. A moralidade interna ao direito é neutra em relação aos propósitos substantivos do direito. Contudo, embora ela seja indiferente a uma grande variedade de propósitos, não é indiferente a *qualquer* propósito (Fuller, 1969, p. 153). Alguns objetivos não podem ser adotados pelo direito sem comprometer a sua legalidade. Nesse sentido, a moralidade interna ao direito não pode ser neutra em relação aos propósitos substantivos que ferem a legalidade.

Entretanto, Hart não apenas desconsidera a importância da moralidade interna, mas enxerga nos seus elementos algo distinto de uma moralidade, bem como vê nas suas exigências

compatibilidade com *qualquer* propósito substantivo. Ele ignora qualquer interação possível (no sentido de constrações ou de relações de qualificação na escolha dos fins) entre a moralidade interna e externa. Assim, a moralidade interna seria compatível, para Hart, com os objetivos iníquos que o direito pode perseguir, respeitando apenas certas condições para o controle do comportamento humano por meio de regras:

Para que essa espécie de controle social funcione, as regras devem satisfazer a certas condições [...] Essas características do controle pela regra têm evidentemente uma relação íntima com as exigências de justiça que os juristas chamam de princípios de legalidade. Com efeito, um crítico do positivismo viu, nesses aspectos do controle através das regras, algo que configuraria um vínculo necessário entre o direito e a moral, e sugeriu que eles fossem chamados de “a moral interna do direito”. Mais uma vez, se é isso o que significa a ligação necessária entre o direito e a moral, podemos aceitá-la. Infelizmente, esse vínculo é compatível com grandes iniquidades.<sup>172</sup> (Hart, 1994, 207).

O problema com a afirmação de Hart é que o vínculo entre o direito e a moral criado pela legalidade não é compatível com “grandes iniquidades.” A moralidade interna ao direito é incompatível com os propósitos substantivos que violam a legalidade. Hart parece estar admitindo que um monarca ou um legislador que persegue os objetivos mais malignos poderá manter respeito genuíno pela legalidade (Fuller, 1969, p. 154). Esta ideia não parece ser verdadeira. Se os objetivos do direito forem iníquos, em algum grau haverá violação da moralidade interna – portanto, da própria legalidade.

É, portanto, impossível combinar um respeito verdadeiro pela legalidade com uma total indiferença pela justiça. As razões a seguir são extraídas das relações entre a moralidade interna (legalidade) e a moralidade externa (justiça). As interações entre a moral que torna o direito possível através dos critérios da legalidade e a moral que orienta os propósitos do direito à justiça substantiva demonstram a incompatibilidade da moralidade jurídica com “grandes iniquidades”. O objetivo de Fuller é demonstrar que a moralidade interna é uma pré-condição da justiça, que o direito viola sua própria moralidade interna quando fere condições de justiça e de dignidade e que a moralidade interna articula e mantém uma visão da natureza humana indispensável para o direito (Fuller, 1969, p. 168).

---

<sup>172</sup> No original: “If social control of this sort is to function, the rules must satisfy certain conditions [...] This means that, for the most part, those who are eventually punished for breach of the rules will have had the ability and opportunity to obey. Plainly these features of control by rule are closely related to the requirements of justice which lawyers term principles of legality. Indeed one critic of positivism has seen in these aspects of control by rules, something amounting to a necessary connection between law and morality, and suggested that they be called ‘the inner morality of law’. Again, if this is what the necessary connection of law and morality means, we may accept it. It is unfortunately compatible with very great iniquity.”

Alguma adesão à moralidade interna ao direito é necessária para a existência da prática do direito (Fuller, 1969, p. 156). Isso porque a moralidade interna não é algo que se adiciona à prática do direito para torná-lo mais eficaz. Ela é, ela própria, a condição essencial do direito. Antes, a moralidade interna torna o direito possível: “[...] o que precisa ser esclarecido é que o direito é uma pré-condição para o bom direito”<sup>173</sup> (Fuller, 1969, p. 155). Ela dita os critérios aspiracionais pelos quais uma prática tomada como direito deve buscar alcançar a legalidade. Portanto, a moralidade interna é a pré-condição da existência do sistema jurídico. Hart concebe o direito inteiramente através da sua fonte formal que se funda na convencionalidade de práticas sociais. Ele não o considera uma prática complexa que admite vários graus de êxito por meio de critérios aspiracionais da moralidade jurídica (Fuller, 1969, p. 157).

Hart reconhece uma relação entre legalidade e justiça. Ambos compartilham a busca de explicações teóricas que concebem os padrões que estabelecem exigências práticas para a conduta humana como tendo a natureza ou estrutura de regras (Hart, 1994, p. 155). De fato, a avaliação da justiça do direito exige que ele oriente o comportamento por meio de regras publicadas. Mas a relação é mais profunda. A moralidade interna ou a legalidade é a primeira condição necessária da justiça, embora no direito ela não seja suficiente, pois ela não determina o conteúdo da justiça, mas sua forma: uma prática intencional guiada por uma moralidade de aspiração. Mas por que Hart está convencido de que a legalidade tem uma neutralidade ética, de modo que a moralidade interna seja compatível até com grandes iniquidades morais? Ele acredita, por exemplo, que a diferença entre o sistema jurídico inglês e o sistema jurídico da Alemanha nazista era “apenas” o caráter imoral dos fins perseguidos por esta. Seu erro pode estar na confusão entre uma deferência à autoridade constituída e a fidelidade ao direito (Fuller, 1969, p. 160).

A moralidade jurídica, no entanto, não é eticamente neutra: ela não aceita desvios da legalidade. E a legalidade é a forma de se garantir a proteção da dignidade do homem considerado como agente responsável. Portanto, a moralidade interna protege a justiça e a dignidade, na medida em que violar seus critérios viola também esses objetivos substantivos (Fuller, 1969, p. 162). Assim, dizer que não devemos confundir fidelidade ao direito com deferência à autoridade constituída é esclarecer que a fidelidade ao direito é a obrigação criada pela moralidade interna ao direito quando ela possibilita a reciprocidade entre o Estado e os cidadãos. A deferência à autoridade não exige tal contexto em que a reciprocidade é criada pela moralidade jurídica.

---

<sup>173</sup> No original: “[...] that needs to be made is that law is a precondition of good law.”

Por conseguinte, a acusação de Hart de que a moralidade interna é compatível com grandes iniquidades é falsa. A moralidade interna é eticamente neutra em relação a uma grande gama de fins substantivos: aqueles que não violam a legalidade. Mas os propósitos substantivos do direito perverso (*evil law*) ou que desconsideram ou violam a dignidade ou a responsabilidade, constitutivamente violam a legalidade. Sobre estes propósitos a moralidade interna não será neutra. Nesse sentido, ela declarará que uma regra ou um sistema jurídico cujos propósitos violam a justiça, a dignidade ou a responsabilidade não alcançaram o status de direito. Não porque violam a moralidade externa, embora também violem, mas porque confrontam a legalidade, ou seja, a própria moralidade interna.

## CAPÍTULO DOIS: RONALD DWORKIN: DE *TAKING RIGHT SERIOUSLY* A *LAW'S EMPIRE*

### Introdução

Ronald M. Dworkin foi um importante filósofo e jurista estadunidense. Nasceu em 1931, em Massachusetts. Estudou Direito na Harvard Law School, foi assistente do famoso juiz Leander Hand, atuou como advogado no renomado escritório *Sullivan and Cromwell* e foi Professor na Universidade de Yale. Posteriormente, foi o sucessor de H. L. A. Hart como Professor de Teoria Geral do Direito na Universidade de Oxford. Acumulou o cargo de Professor Frank Henry Sommer de Direito e Filosofia na Universidade de New York. E depois de se aposentar em Oxford, ainda foi Professor de Teoria do Direito na Universidade College London. Dworkin faleceu em Londres, em 2013. Embora ele seja um dos autores contemporâneos de Teoria e Filosofia do Direito mais importantes de nosso tempo, também foi muito influente no campo da Filosofia Política, Filosofia Moral, Epistemologia Moral e Direito Constitucional, tendo sido muito ativo no debate público dos Estados Unidos. Este capítulo pretende apresentar os aspectos mais importantes da teoria do direito de Ronald Dworkin de maneira cronológica e evolutiva. Nesse sentido, pretende demonstrar uma continuidade entre a sua fase de crítica ao positivismo, especialmente até a publicação de *Taking Right Seriously* no ano de 1977, na qual Dworkin compilou diversos artigos publicados anteriormente, e a sua fase mais propositiva, especialmente com a publicação de *Law's Empire* no ano de 1986, no qual ele expôs e defendeu sua teoria alternativa do direito como integridade.

Na primeira seção, abordo os artigos “The Model of Rules” e “Social Rules and Legal Theory” – que se tornariam “The Model of Rules” I e II, respectivamente. No primeiro, Dworkin tece suas primeiras críticas ao positivismo jurídico, enquanto no segundo ele reage às críticas que os positivistas fizeram. Na segunda seção, trato do artigo “Hard Cases”. Neste texto, Dworkin continua suas críticas ao positivismo, com atenção especial à tese da discricionariedade e esboça uma teoria alternativa da decisão judicial. Na terceira seção, apresento os seus argumentos mais propositivos conforme desenvolvidas em *Law's Empire*. No último capítulo, exponho uma leitura pragmatista da teoria do direito como integridade de Dworkin, para então traçar relações entre seu pensamento e o de Lon Fuller.

## Seção 1. De “O Modelo de Regras I” ao “O Modelo de Regras II”

Em 1967, Ronald Dworkin publica seu famoso artigo “The Model of Rules”,<sup>174</sup> no qual ele critica o positivismo jurídico. Como reação, alguns positivistas responderam suas críticas, em especial, Joseph Raz no texto “Legal Principles and the Limits of Law”<sup>175</sup> de 1972. Em resposta, Dworkin publica o artigo “Social Rules and Legal Theory”,<sup>176</sup> também no ano de 1972. Dworkin republicou os dois textos como os capítulos dois e três do seu livro *Taking Rights Seriously*<sup>177</sup> de 1977, onde “The Model of Rules” se torna “The Model of Rules I” e “Social Rules and Legal Theory” se torna “The Model of Rules II”. Nesta seção analiso a mudança das críticas de Dworkin ao positivismo jurídico na passagem do primeiro para o segundo modelo de regras, como resultado das críticas que o texto de 1967 sofreu.

### 1.1. O Modelo de Regras

Dworkin inicia o texto afirmando que, embora juristas utilizem muito os conceitos de direitos jurídicos e obrigações jurídicas (*legal right and legal obligation*), a compreensão desses conceitos é muito frágil, pois temos dificuldades de dizer o que esses conceitos são (Dworkin, 1967, p. 14). Essas perplexidades conceituais com “o direito” e a “obrigação jurídica” (“*the law*” and “*legal obligation*”) se tornam ainda mais agudas nos casos concretos em que os tribunais precisam decidir o que esses conceitos são:

Essas turbulências apontam para uma doença crônica. Dia após dia, através do uso da força, mandamos pessoas para a prisão, tiramos o dinheiro delas, ou as levamos a fazer coisas que não desejam fazer, e, para justificar tudo isso, dizemos que essas pessoas infringiram o direito (*law*), deixaram de cumprir suas obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos jurídicos (*legal rights*) de outras pessoas. Mesmo nos casos mais claros (um assalto a banco ou uma quebra voluntária de contrato), quando estamos certos de que alguém tem uma obrigação jurídica e a infringiu, não somos capazes de oferecer uma exposição satisfatória do que aquilo significa ou por que aquilo autoriza o estado puni-lo ou coagi-lo. Podemos sentir que o que estamos fazendo é correto, mas enquanto não identificamos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente.<sup>178</sup> (Dworkin, 1967, p. 15).

<sup>174</sup> Dworkin, Ronald. “The Model of Rules”. *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, p. 14-46. Foi posteriormente republicado como “Is Law a System of Rules?” em: Summers, Robert (orgs.), *Essays in Legal Philosophy*. Berkeley, University of California, 1968.

<sup>175</sup> Raz, Joseph. “Legal Principles and the Limits of Law”. *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 823-854.

<sup>176</sup> Dworkin, Ronald. “Social Rules and Legal Theory”. *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 855-890.

<sup>177</sup> Ronald, Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press. 2ed with a appendix “A Reply to Critics”, 1978.

<sup>178</sup> No original: “These eruptions signal a chronic disease. Day in and day out we send people to jail, or take money away from them, or make them do things they do not want to do, under coercion of force, and we justify all of this by speaking of such persons as having broken the law or having failed to meet their legal obligations, or having

Quando perguntamos o que é o direito e o que são obrigações jurídicas estamos solicitando uma teoria sobre como utilizar esses conceitos e sobre os comprometimentos conceituais que o uso desses conceitos implica para nós (Dworkin, 1967, p. 15). Conforme afirma Dworkin, esses conceitos estão enraizados na estrutura de nossas práticas políticas e supomos, através deles, que o Estado tem autorização para punir e coagir as pessoas (Dworkin, 1967, p. 16). Nesse sentido, ele analisa a tentativa do positivismo jurídico de oferecer uma compreensão dos conceitos de “direito” e “obrigação jurídica”, com especial atenção para a teoria de H. L. A. Hart, com a intenção (aqui, ainda não anunciada) de avaliar se a compreensão positivista dos conceitos de direito e obrigação jurídica justificam o poder coercitivo do Estado de obrigar os cidadãos a obedecer ao direito.

Assim, ele identifica três teses centrais do positivismo jurídico. Em primeiro lugar, o direito é o conjunto de regras especiais da comunidade, que o poder público utiliza para avaliar o comportamento. Essas regras são identificadas por critérios que aferem a sua fonte, ou seja, que possibilitam um tipo de teste de *pedigree* para as regras, que nada tem a ver com o seu conteúdo. Em segundo lugar, e no mesmo sentido, dizer que o conjunto de regras é “o direito”, significa dizer que nos casos concretos em que não existem regras que se aplicam ao caso, o juiz ou a autoridade pública competente deverá “exercer sua discricionariedade” (“*exercising his discretion*”), criando ou complementando uma regra. Em terceiro lugar, como corolário das afirmações anteriores, entende-se que uma obrigação jurídica corresponde à incidência sobre um caso de uma regra jurídica válida. Se não existe uma regra jurídica válida, não existe uma obrigação jurídica. Portanto, quando um juiz exerce sua discricionariedade “ele não está aplicando (*enforcing*) uma obrigação jurídica quanto a essa questão” (Dworkin, 1967, p. 17-18). Essa é apenas, de acordo com Dworkin, a estrutura geral do positivismo. As várias teorias positivistas se distinguem sobretudo na explicação do teste fundamental de *pedigree* que identifica as regras jurídicas válidas.

Para Austin, por exemplo, o direito são as ordens coercitivas emanadas pelo Soberano habitualmente obedecido pelas pessoas e que habitualmente não obedece a mais ninguém. Nesse sentido, para ele, o direito é o conjunto de ordens gerais que ele profere aos seus súditos e a obrigação jurídica é a obediência exigida as suas ordens, sob ameaça de sanção. O teste fundamental de sua teoria é: O que o Soberano ordenou? (Dworkin, 1967, p. 18). Com o tempo,

---

interfered with other people's legal rights. Even in clear cases (a bank robber or a willful breach of contract), when we are confident that someone had a legal obligation and broke it, we are not able to give a satisfactory account of what that means, or why that entitles the state to punish or coerce him. We may feel confident that what we are doing is proper, but until we can identify the principles we are following we cannot be sure that they are sufficient, or whether we are applying them consistently.”

seu modelo, atrativo pela simplicidade, foi objeto de críticas porque não dava conta das complexidades das práticas jurídicas. Em primeiro lugar, porque nas nações modernas o controle político não era mais centralizado e contínuo, mas plural e mutável. Em segundo lugar, porque não oferecia um bom conceito de obrigação jurídica, visto que sua explicação da obrigação como sujeição à ameaça obscurece a diferença entre “ser obrigado a” e “ter a obrigação de”, entre compulsão psicológica e normatividade. Sem essa diferença, é impossível diferenciar a ordem do direito de se comportar ou não de determinada forma e a ordem do assaltante armado que ordena que uma pessoa lhe entregue a bolsa sob ameaça de uma arma.

O positivismo jurídico de Hart, por sua vez, é mais complexo e pretende corrigir os erros de Austin. Para Hart, o direito não é a ordem geral acompanhada de uma ameaça de sanção em caso de não conformidade, proferida por um Soberano habitualmente obedecido que não obedece a ninguém. Segundo Hart, não é nem a coercitividade o elemento central definidor do direito, já que existem regras sem sanção, nem a ideia de hábito de obediência, já que o que explica a persistência e a continuidade do direito, ou seja, uma ordem continuar a existir depois do desaparecimento de um Soberano e uma ordem ser direito antes mesmo de haver hábito de obediência a um novo Soberano, é o conceito de regra. Assim, o elemento central do direito, para Hart, é o conceito de regra, que ele distingue em regras primárias, que “[...] são aqueles que concedem direitos (*rights*) ou impõem obrigações (*obligations*) aos membros da comunidade”,<sup>179</sup> e as regras secundárias, que “[...] são aquelas que estipulam como, e por quem, tais regras primárias podem ser formadas, reconhecidas, modificadas ou extintas”<sup>180</sup> (Dworkin, 1967, p. 19). Logo, Hart oferece uma explicação melhor que Austin para a obrigação jurídica. Para ele, sua diferença entre regra e ordem corrige a falta de distinção entre “ser obrigado a” e “ter a obrigação de” ou ser compelido e ser obrigado (*obliged* e *obligated*). Portanto, estar sujeito a uma regra é estar sujeito a um padrão *normativo*, que determina para as pessoas formas corretas e incorretas de comportamento (Dworkin, 1967, p. 20).

Nesse sentido, Hart acredita que a autoridade de uma regra para criar uma obrigação tem duas possíveis fontes, e nenhuma delas é a capacidade de garantir a obediência por meio da força. Em primeiro lugar, uma regra é obrigatória porque o grupo a *aceita* como um padrão de conduta. Ou seja, as pessoas aceitam o padrão como um guia para a sua própria conduta e para a dos outros membros do grupo, além de parâmetro de crítica em caso de desvio. Em segundo lugar, uma regra pode ser obrigatória por ser criada por meio de uma regra secundária.

---

<sup>179</sup> No original: “[...] are those that grant rights or impose obligations upon members of the community.”

<sup>180</sup> No original: “[...] are those that stipulate how, and by whom, such primary rules may be formed, recognized, modified or extinguished.”

Aqui, temos o conceito de validade jurídica: uma regra jurídica é válida, apta para criar uma obrigação, se ela foi criada de acordo com os critérios das regras secundárias que regulamentam a criação de novas regras.

O conceito de direito de Hart é um desenvolvimento dessas ideias fundamentais. Quando uma sociedade primitiva, como ele chama, dotada apenas de regras primárias de obrigação, desenvolve o conceito de regras secundárias, criando uma forma de determinar por um teste a validade jurídica de todas as demais regras, por meio da regra secundária que Hart chama de regra de reconhecimento, nasce a ideia de direito enquanto um sistema jurídico (Dworkin, 1967, p. 21). A regra de reconhecimento é, portanto, o que torna possível o teste fundamental da teoria positivista de Hart. Sua teoria é mais sofisticada porque diferentemente de Austin, ele oferece uma explicação da autoridade fundada na aceitação dos membros da comunidade e porque ele reconhece que as diferentes comunidades adotam diferentes critérios para a regra de reconhecimento. No entanto, assim como Austin, Hart reconhece que as regras possuem limites imprecisos, que ele chama de textura aberta, e nesse sentido, ele admite que nos casos controversos os juízes decidem exercendo seu poder discricionário (Dworkin, p. 22).

A partir deste ponto, Dworkin inicia suas críticas ao positivismo jurídico de uma forma geral e à teoria de Hart de uma forma específica. Sua crítica consiste no reconhecimento do seguinte fato: “[...] quando juristas raciocinam ou debatem sobre direitos jurídicos (*legal rights*) e obrigações, particularmente naqueles casos difíceis [...] eles recorrem a padrões que não funcionam como regras”<sup>181</sup> (Dworkin, 1967, p. 22). Esses padrões Dworkin chama genericamente de princípios jurídicos. Eles são compostos de princípios estritos e políticas. Políticas, afirma Dworkin, são “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”<sup>182</sup> (Dworkin, 1967, p. 23). Princípios em sentido estrito, por sua vez, dizem respeito a qualquer “[...] padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>183</sup> (Dworkin, 1967, p. 23). O positivismo é um modelo de e para um sistema de regras que ignora o papel que os princípios desempenham nas decisões judiciais.

---

<sup>181</sup> No original: “[...] when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases [...] they make use of standards that do not function as rules”.

<sup>182</sup> No original: “[...] that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community”.

<sup>183</sup> No original: “[...] standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.”

Dworkin cita dois casos emblemáticos da jurisprudência norte-americana que demonstram que os princípios, e não as regras, foram fundamentais para a decisão. O primeiro deles é *Riggs vs. Palmer*. Um neto, sabendo que estava no testamento de seu avô, resolve assassiná-lo para receber a herança. Ele é descoberto e, na esfera penal, preso. Na esfera civil, no entanto, no que diz respeito a receber a herança, não havia nenhuma regra que proibisse o assassino de herdar de sua vítima. Dessa forma, a regra, ou a falta dela, levaria o assassino a receber a herança. Contudo, os juízes argumentaram que tanto os direitos (*laws*) quanto os contratos podem ser limitados na sua execução e no seu efeito por máximas fundamentais do *common law*. Assim, uma dessas máximas é que ninguém pode se beneficiar de seus crimes. O assassino, ao final, não recebeu a herança (Dworkin, p. 23-24). O segundo caso é *Henningsen vs. Bloomfield Motors*. Henningsen comprou um carro da empresa Bloomfield Motors por meio de um contrato em que a empresa se eximia de responsabilidade por acidentes causados por defeitos no carro, limitando sua responsabilidade apenas ao conserto do carro. Acontece um acidente causado por um defeito no carro e Henningsen pretende afastar a incidência desta cláusula do contrato, responsabilizando a empresa não apenas pelo conserto, mas também pelas despesas médicas do acidente. Não havia nenhuma regra que proibía a empresa de limitar sua responsabilidade por contrato. Todavia, o tribunal reconheceu a razão de Henningsen, proibindo a empresa de se eximir de sua responsabilidade por contrato, haja vista que uma responsabilidade especial deve ser atribuída àqueles cuja atividade empresarial envolve produção e venda de produtos perigosos (Dworkin, 1967, p. 24).

Tais exemplos visam deixar claro que os tribunais não usam apenas padrões do tipo regras para decidir. Nos casos difíceis, padrões do tipo princípios exercem um papel importante na decisão judicial. Como regras e princípios se diferenciam? Em primeiro lugar, eles se distinguem pela característica da orientação que oferecem. Regras são aplicáveis na modalidade tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*) (Dworkin, 1967, p. 25). Isto significa dizer que, se uma regra é válida, ou ela se aplica ou ela não se aplica ao caso. Se aplicável, ela determina conclusivamente a orientação jurídica para o caso. Princípios são diferentes, eles oferecem razões que direcionam o argumento para uma direção, mas não ditam nenhuma decisão particular (Dworkin, 1967, p. 26). Isto significa dizer que um princípio pode incidir em um caso, mas não o decidir. No entanto, ainda que ele não prevaleça em um caso, ele continua sendo um princípio do sistema, que em outros casos poderá ter mais força e ser decisivo. Essa primeira diferença nos revela outra. Os princípios têm uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Isso é constitutivo do conceito de princípio: ele é mais ou menos importante de acordo com as circunstâncias do caso e a depender de contra quais outros

princípios ele está disputando no caso. As regras não têm essa dimensão. Ou elas se aplicam ao caso ou não se aplicam ao caso – são *funcionalmente* importantes nesse sentido. Mas diferente dos princípios, quando aplicáveis, se conflitam entre si, uma deverá ser válida e a outra inválida (Dworkin, 1967, p. 27).

Depois que identificamos que os princípios exercem papel fundamental na decisão judicial, especialmente dos casos difíceis, devemos reconhecer que nosso conceito de obrigação jurídica deve dar conta deles. Podemos então, (a) tratar os princípios como regras, no sentido de que eles devem ser considerados quando juízes e juristas tomam decisões sobre obrigações jurídicas, ou podemos (b) negar que os princípios são obrigatórios como as regras e que quando os juízes os utilizam para tomar decisões nos casos difíceis eles estão indo “além do direito” (Dworkin, 1967, p. 29-30). A escolha de como tratar os princípios jurídicos, como padrões propriamente jurídicos, que fazem parte do direito, ou como padrões extrajurídicos, que auxiliam as decisões quando as regras são insuficientes ou ausentes para lidar com os problemas, trata-se de uma escolha entre dois *conceitos* de direito. Na primeira alternativa, os princípios são padrões obrigatórios para os juízes porque impõem a eles a tarefa de aplicar os direitos e obrigações preexistentes. Na segunda, porém, princípios são padrões não jurídicos que orientam aplicação *ex post facto* por meio de um ato de discricionariedade judicial (Dworkin, 1967, p. 31).

Assim, a segunda tese central do positivismo identificada por Dworkin no início, a tese de que quando um caso concreto não é coberto por uma regra jurídica específica o juiz deve exercer um poder discricionário, parece levar à segunda concepção, a de que os princípios são padrões extrajurídicos aplicados *ex post facto* discricionariamente. Para avaliar essa aparente relação, Dworkin avalia a doutrina do poder discricionário (*doctrine of discretion*) e discrimina os diferentes sentidos nos quais ele é usado (Dworkin, 1967, p. 31).

O conceito de poder discricionário só faz sentido em um tipo de contexto: quando alguém é, em geral, encarregado de tomar decisões sujeitas a padrões estabelecidos por uma autoridade específica (Dworkin, 1967, p. 32). Não faz sentido dizer que uma pessoa tem o poder discricionário de tomar uma decisão se não há parâmetros que restringem essa decisão. O poder discricionário é, então, uma escolha limitada por um padrão que restringe as escolhas possíveis. Esse conceito pode ter um primeiro sentido fraco (*weak sense*), quando, por exemplo, uma autoridade que toma uma decisão não pode tomá-la mecanicamente, mas deve usar sua capacidade de raciocinar e de julgar (Dworkin, 1967, p. 32). Pode ainda ter um segundo sentido fraco, por exemplo, quando a decisão de uma autoridade é uma decisão final e não pode ser alterada (Dworkin, 1967, 31-32). Mas há um sentido forte (*stronger sense*) de poder

discricionário. Significa que a autoridade não está limitada por nenhum tipo de padrão de autoridade que possa restringir sua decisão (Dworkin, 1967, p. 33). Isso não significa que a decisão não pode ser criticada. O poder discricionário no sentido forte não permite que o juiz ou a autoridade competente para decidir deixe de observar padrões de bom senso e equidade, mas é exercido nas circunstâncias em que a decisão não é controlada por um padrão fornecido pela autoridade específica (Dworkin, 1967, p. 34). Com isso em mente, Dworkin volta à doutrina positivista do poder discricionário do juiz, que diz que quando um caso não é abarcado por uma regra, o juiz deve decidir recorrendo ao seu poder discricionário. Agora, como os princípios são concebidos pelos positivistas? Como padrões jurídicos, que contém direitos e obrigações jurídicas preexistentes ou como padrões extrajurídicos, que aplicam direitos e obrigações jurídicas *ex post facto* discricionariamente?

Os positivistas afirmam que, se existe uma regra clara, o juiz não tem poder discricionário, mas se uma regra é vaga, isto é, se tem o que Hart chama de “textura aberta”, o juiz teria poder discricionário no primeiro sentido fraco. Em outras palavras, os positivistas reconheceriam que juízes devem formar seu próprio juízo sobre o que significam e como aplicar determinados padrões pouco claros (Dworkin, 1967, p. 34). Mas os positivistas não tratam a doutrina do poder discricionário dessa forma desimportante para a análise dos princípios. Hart afirma, segundo Dworkin, que quando o poder discricionário está em jogo ele não está vinculado a nenhum padrão, ou seja, Hart pensa que quando os juízes têm que decidir usando discricionabilidade, estão adotando a segunda concepção de princípio: padrões extrajurídicos que aplicam direitos e obrigações jurídicas *ex post facto* (Dworkin, 1967, p. 35).

Se os positivistas estiverem certos sobre sua última tese – a de que em todos os sistemas jurídicos existe um *teste* definitivo para identificar os direitos vinculantes (*binding law*), como a regra de reconhecimento de Hart – os princípios não poderão ser obrigatórios nesse sentido. Dworkin rejeitará a tese positivista do teste definitivo e argumentará a favor da primeira abordagem, que considera princípios como padrões propriamente jurídicos, que estabelecem direitos e obrigações preexistentes. Seu argumento é o seguinte: a não ser que alguns princípios sejam reconhecidos como obrigatórios, nenhuma ou muito poucas regras poderiam ser consideradas vinculantes para os juízes (Dworkin, 1967, p. 37).

Essa afirmação de Dworkin se baseia no fato de que, no modelo de *common law* norte-americano e inglês, não é incomum que regras sejam alteradas ou revogadas pelos juízes por meio de nova interpretação:

Se tribunais tivessem poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, então essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles, e então não haveria

direito no modelo positivista. O positivismo deve, portanto, argumentar que existem padrões, vinculantes para os juízes, que determinam quando um juiz pode revogar ou alterar uma regra estabelecida, e quando ele não pode.<sup>184</sup> (Dworkin, 1967, p. 38).

Nesse sentido, são os princípios que permitem a mudança ou extinção de uma regra jurídica. Em primeiro lugar, é necessário que o juiz considere que a mudança ou extinção promoverá um princípio. No caso *Riggs versus Palmer*, por exemplo, a alteração da lei de testamentos, que foi restringida porque não previa que os assassinos poderiam herdar de suas vítimas, foi implementada para garantir o princípio de que ninguém pode se beneficiar de seus crimes. Isso não significa que qualquer princípio possa alterar ou extinguir uma regra. Alguns princípios são importantes e outros são desimportantes. O que define isso é o contexto de sua aplicação, e não a preferência do juiz. Em segundo lugar, é necessário considerar que, da mesma forma que existem princípios que podem ensejar a mudança ou extinção de uma regra, também existirão princípios que ensejam a manutenção da regra. No caso *Riggs versus Palmer* um princípio de justiça estava envolvido na modificação da lei de testamentos: o assassino não merecia receber a herança; mas outros princípios “rivais”, como segurança jurídica, foram considerados.

Parte do erro positivista de ignorar a importância dos princípios no raciocínio jurídico, afirma Dworkin, é uma “tendência natural” de associar normas jurídicas (*laws*) e regras (*rules*) e de pensar “o direito” (“*the law*”) como um sistema de regras. Talvez seja uma confusão semântica, já que para falar de “uma norma” (“*a law*”), no sentido de regra jurídica, e “o direito” (“*the law*”), no sentido de sistema jurídico, mudamos apenas o artigo. Mas a razão principal, acredita Dworkin, é a longa tradição de educação jurídica que ensinou as regras como a parte mais importante do direito (Dworkin, 1967, p. 39).

Essas são as dificuldades de se adotar a segunda interpretação dos princípios jurídicos, que trata eles como padrões extrajurídicos a que os juízes recorrem discricionariamente para aplicar *ex post facto* quando as regras jurídicas não podem ajudar a chegar uma decisão. O que acontece se adotarmos a primeira interpretação dos princípios, que os trata como padrões jurídicos preexistentes? Deveremos, neste caso, abandonar a segunda tese positivista sobre a discricionariedade. Mas a primeira tese positivista – a tese de que o direito pode ser identificado por um teste supremo – ainda se sustenta? Dworkin começa analisando se a regra de

---

<sup>184</sup> No original: “If courts had discretion to change established rules, then these rules would of course not be binding upon them, and so would not be law on the positivists' model. The positivist must therefore argue that there are standards, themselves binding upon judges, that determine when a judge may overrule or alter an established rule, and when he may not.”

reconhecimento de Hart que identifica as regras jurídicas válidas também pode lidar com os princípios jurídicos (Dworkin, 1967, p. 41).

Para Hart, apenas a regra de reconhecimento é válida por sua aceitação; todas as demais regras jurídicas do sistema têm sua validade derivada dos critérios da própria regra de reconhecimento. Assim, de acordo com os critérios de validade da regra de reconhecimento, as regras jurídicas são criadas por instituições jurídicas competentes, como o legislativo e o judiciário. Mas a regra de reconhecimento não funciona para os princípios jurídicos como os dos casos *Riggs e Henningsen* (Dworkin, 1967, p. 41). Os princípios, diferentemente das regras, não são criados explicitamente, mas estão implícitos nas práticas sociais. Sua origem está no “sentido de adequação (*sense of appropriateness*) desenvolvido na profissão e no público ao longo do tempo” (Dworkin, 1967, p. 41). A maneira pela qual defendemos a existência dos princípios no sistema jurídico é pelo seu apoio institucional (*institutional support*), isto é, pelo papel que desempenham na argumentação nos casos concretos. Mas ainda que essa seja uma forma de reivindicar um princípio jurídico, é impossível formular um teste de validade para afirmar quando um princípio faz parte de um sistema jurídico. Quando argumentamos a favor de um princípio, argumentamos em favor de uma prática. Essa prática, enquanto um conjunto de padrões em transformação, desenvolvimento e mútua interação também é sustentado por outras práticas e isso dá a “nota de validade” para a obrigatoriedade dos princípios (Dworkin, 1967, p. 42). Assim, princípios jurídicos são obrigatórios não por serem válidos, mas por serem aceitos: “A nítida distinção de Hart entre aceitação e validade não se sustenta” (Dworkin, 1967, p. 42). Desse modo,

[...] embora os princípios se sustentem nos atos oficiais das instituições jurídicas, eles não têm uma conexão simples ou direta o suficiente com esses atos para enquadrar essa conexão em termos de critérios especificados por alguma regra mestra suprema de reconhecimento. Existe alguma outra via pela qual os princípios possam ser submetidos a tal regra?<sup>185</sup> (Dworkin, 1967, p. 42).

Segundo Hart, a regra de reconhecimento identifica não apenas as regras criadas por instituições jurídicas competentes, mas também regras criadas pelo *costume* (Dworkin, 1967, p. 43). Com isso, ele pretendia responder à questão de como regras jurídicas que nunca haviam sido criadas explicitamente por legisladores ou juízes eram tratadas como parte do direito antes

---

<sup>185</sup> No original: “[...] even though principles draw support from the official acts of legal institutions, they do not have a simple or direct enough connection with these acts to frame that connection in terms of criteria specified by some ultimate master rule of recognition. Is there any other route by which principles might be brought under such a rule?”

mesmo de um ato legislativo ou uma decisão judicial. Austin, por exemplo, afirmava que o costume só poderia ser considerado como parte do direito quando o soberano reconhecesse – tácita ou explicitamente. Hart, contudo, acredita que a regra de reconhecimento é capaz de identificar costumes como parte do direito antes mesmo que os tribunais o reconheçam, mas ele não enfrenta a dificuldade dessa afirmação para sua teoria, pois ele não apresenta os critérios que a regra de reconhecimento tem que empregar para “validar juridicamente regras costumeiras” (Dworkin, 1967, p. 43). A aplicação da regra de reconhecimento nas regras costumeiras é, portanto, um fracasso. Hart não pode usar a moralidade como critério para saber se uma regra costumeira é obrigatória, porque isso confunde regras morais e regras costumeiras, mas também não pode se perguntar se a comunidade considera a regra costumeira juridicamente obrigatória, porque isso confunde a própria distinção entre validade e aceitação da regra de reconhecimento. Para Dworkin, o tratamento de Hart do costume equivale a uma confissão de que existem regras jurídicas obrigatórias não por sua validade estabelecida por uma regra suprema, mas por sua aceitação como obrigatórias pela comunidade (Dworkin, 1967, p. 44).

Nesse sentido, não é possível adaptar a regra de reconhecimento de Hart para que ela seja capaz de lidar com os princípios. No entanto, mais uma possibilidade deve ser analisada antes de se descartar a tese positivista da regra suprema. Se nenhuma regra pode fornecer critérios para identificar os princípios de um sistema jurídico, por que não dizer que os princípios constituem uma regra de reconhecimento? Ocorre que, se nossa tarefa de identificar os direitos e as obrigações jurídicas válidas tivesse que ser feita enunciando o “conjunto completo dos princípios em vigor”, nossa tarefa seria como a de Sísifo. Os princípios são incontáveis, controversos e estão em constante transformação, de modo que seria impossível listá-los (Dworkin, 1967, p. 44-45). Dessa maneira, Dworkin conclui que se adotamos a primeira interpretação dos princípios, que trata eles como parte do direito, devemos rejeitar a primeira tese positivista do teste fundamental.

A última tese positivista sustenta que uma obrigação jurídica existe quando e somente quando uma regra jurídica estabelecida impõe uma obrigação jurídica correspondente (Dworkin, 1967, p. 45). Disso se segue que quando, num caso difícil, não há uma regra que estabeleça um direito ou uma obrigação jurídica preexistente, a obrigação só surge quando o juiz discricionariamente cria uma nova regra jurídica e a aplica *ex post facto*. Isso, é claro, não torna efetiva a obrigação jurídica. Se abandonarmos a tese positivista e tratarmos os princípios como parte preexistente do direito, teremos a possibilidade de que obrigações jurídicas possam ser impostas de forma preexistente por uma “constelação de princípios” (Dworkin, 1967, p. 45).

## 1.2. Regras Sociais e Teoria do Direito

Em “The Model of Rules” Dworkin argumentou pelo abandono do positivismo jurídico. Ele afirmou principalmente que a tese positivista do teste fundamental, que pretende reconhecer os padrões jurídicos obrigatórios em um sistema jurídico por meio da validade, está equivocada. Em um sistema jurídico complexo não é possível fazer uma distinção definitiva entre padrões jurídicos e morais – ou entre validade e aceitação (Dworkin, 1972, p. 855). Podemos resumir os argumentos de Dworkin da seguinte forma. A tese de que existe um teste fundamental para identificar o direito válido funciona apenas para as regras jurídicas criadas explicitamente pela legislação ou pelos tribunais. Mas os juristas e juízes, nos casos difíceis nos quais as regras não podem ajudar, usam outros tipos de padrões jurídicos nas suas argumentações – é o que Dworkin denomina de princípio jurídico. Esse fato coloca os positivistas diante de duas opções: (i) tratar os princípios como padrões extrajurídicos, que os juízes aplicam discricionariamente *ex post facto* ou (ii) tratar os princípios como padrões jurídicos, que contêm direitos (*rights*) e obrigações preexistentes, mas demonstrar que um teste fundamental é capaz de identificar os princípios obrigatórios, isto é, aqueles que fazem parte do sistema jurídico. Nenhuma das possibilidades pode ser bem-sucedida, acredita Dworkin (Dworkin, 1972, p. 855).

As críticas de Dworkin atraíram objeções dos defensores do positivismo jurídico. Joseph Raz, em “Legal Principles and the Limits of Law” teceu uma das principais críticas que Dworkin sofreu pelo seu “The Model of Rules”. Entre as críticas, de Raz e de outros, estão os seguintes pontos: (1) as críticas de Dworkin podem ser absorvidas pela teoria positivista; (2) se alguns princípios contam como direito e outros não, como requer seu argumento contra a tese do poder discricionário, deve haver um teste para o direito do tipo que Dworkin nega; (3) os argumentos de Dworkin sugerem a forma deste teste no apoio institucional; (4) o argumento de Dworkin contra o poder discricionário ignora o fato de que, pelo menos às vezes, os juízes têm poder discricionário para escolher quais são os princípios mais importantes para determinado caso concreto; (5) a distinção entre regras e princípios não se sustenta (Dworkin, 1972, p. 855-856). Subjacente às objeções específicas, está uma objeção geral que Dworkin acredita, seja endossada por Hart em *The Concept of Law*. A versão mais forte dessa objeção geral afirma que “[...] nenhum direito ou dever de nenhum tipo pode existir exceto em virtude de uma prática social uniforme que reconhece esses direitos e deveres”<sup>186</sup> (Dworkin, 1972, p. 857). Assim, no artigo “Social Rules and Legal Theory” de 1972 Dworkin responde as críticas recebidas pelo

---

<sup>186</sup> No original: “[...] no rights or duties of any sort can exist except by virtue of a uniform social practice of recognizing these rights and duties.”

artigo de 1967. Ele desenvolve a objeção geral na primeira seção, “Social Rules”, com especial atenção ao dever dos juízes de aplicar padrões particulares como parte do direito. Depois, remodela seus argumentos mostrando como eles dependem da rejeição dessa objeção geral.

Dworkin começa chamando a atenção para uma distinção entre dois tipos de conceitos que utilizamos para analisar nosso comportamento ou os dos outros. Às vezes dizemos que alguém deve (*ought*) ou não deve (*ought not*) fazer algo. Outras vezes dizemos que alguém tem uma obrigação (*obligation*) ou dever (*duty*) de fazer algo, ou que tem ou não o direito (*right*) de fazê-lo (Dworkin, 1972, p. 857). Os dois tipos de juízo se diferenciam pela sua força normativa. O primeiro é uma recomendação, ou seja, se alguém deve ou não fazer algo (*ought*), o descumprimento desse juízo normativo fraco acarreta poucas consequências sociais. O segundo é uma obrigação, isto é, se alguém tem ou não uma obrigação ou um dever (*obligation* ou *duty*), o descumprimento desse juízo normativo forte acarreta consequências sociais sérias.

O direito usa o segundo tipo de juízo normativo. Não recomenda que as pessoas devem (*ought*) fazer algo, mas diz o que elas têm a obrigação ou o dever (*obligation/duty*) de fazer. Da mesma maneira, o direito não aconselha os juízes e os demais oficiais do direito sobre como devem decidir, mas determina que eles têm um dever ou uma obrigação de reconhecer e aplicar determinados padrões em suas decisões – eles estão obrigados ou vinculados a esses padrões (Dworkin, 1972, p. 857-858). O que Dworkin pretende analisar é: por que os juízes têm tais deveres? Para isso, será necessário encarar um problema da filosofia moral: em que circunstâncias surgem os deveres e as obrigações? (Dworkin, 1972, p. 858). Hart oferece uma resposta para esse problema. Para ele, segundo Dworkin,

Os deveres existem quando existem as regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem quando as condições práticas para tais regras são atendidas. Essas condições práticas são atendidas quando os membros de uma comunidade se comportam de uma certa maneira; esse comportamento *constitui* uma regra social, e impõe um dever.<sup>187</sup> (Dworkin, 1972, p. 858-859).

Dworkin usa um exemplo para ilustrar a ideia de regra social de Hart. Se uma comunidade religiosa segue a seguinte prática: (a) os homens retiram o chapéu antes de entrar na igreja; (b) eles se referem à “regra” para justificar seu comportamento; (c) se um homem não segue a regra ele é criticado e pode até ser punido. Nessas circunstâncias, de acordo com Hart, a comunidade tem uma regra social, isto é, alguns comportamentos passam não apenas a ser

---

<sup>187</sup> No original: “Duties exist when social rules exist providing for such duties. Such social rules exist when the practice-conditions for such rules are met. These practice-conditions are met when the members of a community behave in a certain way; this behavior *constitutes* a social rule, and imposes a duty.”

recomendados, mas obrigatórios. Para Hart, a “[...] existência de uma regra social é, portanto, a existência de um dever, é simplesmente uma questão de fato”<sup>188</sup> (Dworkin, 1972, p. 859). Aplicando a análise de Hart ao dever judicial (*judicial duty*) temos que as condições práticas para o surgimento de uma regra social para identificar e aplicar certos padrões *como* direito são atendidas quando os juízes se comportam de uma determinada maneira. Se em uma comunidade (a) os juízes aplicam as regras estabelecidas pelo legislativo; (b) justificam essa prática por meio da “regra” de que os juízes devem aplicar as regras criadas pelo legislativo; e (c) quando algum juiz não segue a regra é criticado tanto pelos outros juízes quanto pela opinião pública; então essa comunidade tem uma regra social que determina que os juízes têm a obrigação ou o dever de seguir as regras criadas pelo legislativo (Dworkin, 1972, p. 859). Mas sua teoria não consegue dizer o porquê de os juízes terem esse dever.

Contra a teoria de Hart existe a seguinte objeção. Quando um sociólogo afirma a existência de uma regra, como a de não usar chapéus na igreja, ele “[...] apenas descreve o comportamento dessa comunidade a partir de um certo aspecto”<sup>189</sup> (Dworkin, 1972, p. 859). Para Hart, os membros da comunidade acreditam ter um dever, mas não que ele concorde com o dever. No entanto, quando um membro da comunidade afirma a existência de uma regra ele não quer apenas descrever o seu comportamento e os dos outros, mas avaliá-los. Ele não quer dizer que as pessoas acreditam ter um dever, mas que eles *realmente* têm aquele dever (Dworkin, 1972, p. 859). Tanto o sociólogo quando o membro da comunidade, estão recorrendo ao conceito de regra, mas há uma distinção entre as duas afirmações. O sociólogo afirma uma regra *social*, o membro afirma uma regra *normativa* (Dworkin, 1972, p. 860). A afirmação sobre a existência de uma regra social é verdadeira se um certo estado de coisas factuais de fato ocorre, se a comunidade se comporta daquela forma. A afirmação sobre a existência de uma regra normativa é verdadeira se um certo estado de coisas normativos ocorre, se a comunidade tem um dever e não apenas se supõe que tem. O juiz não afirma uma regra social, ele afirma uma regra normativa. Ele não afirma que ele e os demais juízes acreditam que devem seguir as regras do legislativo, ele afirma que de fato eles têm a obrigação ou o dever de segui-la. A existência da regra não depende da crença ou do comportamento, mas da existência da obrigação ou do dever. “Se assim for, então a regra social não pode, sem mais, ser a fonte do dever que ele acredita ter.”<sup>190</sup> (Dworkin, 1972, p. 860).

---

<sup>188</sup> No original: “[...] existence of the social rule, and therefore the existence of the duty, is simply a matter of fact.”

<sup>189</sup> No original: “[...] only to describe the behavior of that community in a certain respect.”

<sup>190</sup> No original: “If so, then the social rule cannot, without more, be the source of the duty he believes he has.”

Hart tentou antecipar essa objeção afirmando que as afirmações não são tipos diferentes de regras, mas atitudes diferentes em relação à regra social. A primeira atitude é a *existência* da regra social, isto é, o reconhecimento de que determinados comportamentos que constituem uma regra social estão satisfeitos. A segunda atitude é a *aceitação* da regra social, ou seja, além da regra social existir, ela é endossada pelos membros da comunidade que a adotam como guia para sua conduta e para julgar as condutas dos outros (Dworkin, 1972, p. 860). Assim, para Hart, quando um juiz invoca a regra de que os tribunais têm o dever (*duty*) de aplicar as regras criadas pelo legislativo, “[...] ele está adotando um ponto de vista interno em relação a uma regra social”<sup>191</sup> (Dworkin, 1972, p. 860). O dever existe não só porque existe uma prática social nesse sentido, mas porque a prática social justifica sua conformidade com a regra (Dworkin, 1972, p. 861). Dessa forma, Hart antecipou tanto uma teoria geral sobre os conceitos de obrigação e dever, quanto uma aplicação específica dessa teoria ao dever dos juízes de aplicar as regras criadas explicitamente pelo legislativo. A crítica de Dworkin, então, considera essa teoria, que ele denomina de teoria da regra social. Na sua versão forte, sempre que alguém afirma a existência de um dever, pressupõe-se a existência de uma regra social e a aceitação da prática social que a regra descreve. Na sua versão fraca, apenas às vezes quando alguém afirma a existência de um dever, pressupõe-se que exista uma regra social que estipula esse dever (Dworkin, 1972, p. 861). Para Dworkin, Hart não deixa claro qual versão ele adota, embora ele acredite que seja a versão forte. Mas a aplicação ao dever judicial, depende, claro, de qual versão ele adota. Se for a versão forte, os juízes que afirmam o dever de aplicar as regras criadas pelo legislativo como direito devem pressupor a existência de uma regra social nesse sentido. Se for a versão fraca, pode ser que não exista uma regra social que afirme esse dever e uma argumentação adicional será necessária (Dworkin, 1972, 861).

Segundo Dworkin, a versão forte não pode ser correta se se propor a explicar todos os casos em que as pessoas afirmam deveres. A teoria deverá admitir que existem algumas afirmações sobre uma regra normativa que não podem ser explicadas como invocação de uma regra social, pela razão de que não existe uma regra social correspondente (Dworkin, 1972, p. 861). Dworkin dá o exemplo do vegetariano, que afirma termos o dever de abdicar de uma alimentação carnívora, embora reconheça que não existe uma regra social que corresponde a esse dever. A versão forte da teoria da regra social, portanto, deve ser enfraquecida, pois existem deveres que não têm uma regra social correspondente. A versão mais fraca da teoria admite que nem sempre um dever existe em razão de uma regra social. Esse enfraquecimento não afeta a

---

<sup>191</sup> No original: “[...] he is taking an internal point of view towards a social rule”.

aplicação da teoria no dever judicial: os juízes, de fato, parecem seguir as mesmas regras ao decidir o que reconhecer como o direito que são obrigados a aplicar (Dworkin, 1972, 862). Mas a teoria não é plausível nem mesmo em sua forma atenuada, afirma Dworkin, pois mostra-se incapaz de reconhecer a distinção fundamental entre dois tipos de moralidade social: moralidade *concorrente* e moralidade *convencional* (Dworkin, 1972, 862). Uma comunidade exhibe uma moralidade concorrente quando a existência de um dever não depende do acordo sobre a regra como razão para afirmar a existência da regra. Uma comunidade exhibe uma moralidade convencional quando a existência de um dever depende do acordo sobre a regra como razão para afirmar a existência da regra. Tirar o chapéu ao entrar na igreja é um caso de moralidade convencional, pois se não houvesse um acordo sobre a existência da regra, não haveria dever. Não mentir, por outro lado, é um caso de moralidade concorrente, pois ainda que não houvesse um acordo sobre a existência da regra, existiria o dever de não mentir. Assim, a teoria da regra social se aplicaria apenas aos casos de moralidade convencional porque nos casos de moralidade concorrente a existência do dever não depende da existência de uma regra social, constituída por um estado de coisas factual, mas por uma regra normativa, constituída por um estado de coisas normativo (Dworkin, 1972, p. 863).

Esse enfraquecimento da teoria da regra social de Hart afeta também o problema do dever judicial. “É possível que ao menos uma parte daquilo que os juízes acreditam que devem fazer represente antes a moralidade concorrente do que a moralidade convencional”<sup>192</sup> (Dworkin, 1972, p. 863). Mas a teoria da regra social é inadequada até para casos de moralidade convencional. Isso porque ainda que “[...] as pessoas considerem uma prática social como parte necessária dos fundamentos para a afirmação de algum dever, elas ainda podem discordar sobre o escopo desse dever.”<sup>193</sup> (Dworkin, 1972, p. 863). O famoso exemplo de Dworkin da regra de tirar o chapéu ao entrar na igreja é ampliado para demonstrar seu ponto. Nessa comunidade religiosa o comportamento de (a) todo homem tirar o chapéu antes de entrar na igreja, (b) se referir à “regra” para justificar seu comportamento e (c) criticar aqueles homens que não retiram o chapéu ao entrar na igreja, constitui uma regra social. Mas a comunidade diverge se essa regra se aplica aos bebês do sexo masculino que usam gorros. Metade da comunidade acredita que a regra se aplica e se comporta dessa forma – tirando os gorros de seus bebês ao entrar na igreja. A outra metade acredita que a regra não se aplica aos bebês e não retira o gorro. A teoria da regra social de Hart diz que uma regra é constituída pelo comportamento em conformidade com

<sup>192</sup> No original: “It may be that at least some part of what judges believe they must do represents concurrent rather than conventional morality.”

<sup>193</sup> No original: “[...] people count a social practice as a necessary part of the grounds for asserting some duty, they may still disagree about the scope of that duty.”

ela. Nesse caso, a única regra que podemos afirmar a existência é a regra de que homens têm o dever de retirar o chapéu ao entrar na igreja; a teoria nada nos diz se a regra se estende aos bebês com gorros. Aqueles que sustentam a existência de um dever de tirar o gorro dos bebês ao entrar na igreja não estão afirmando a existência de uma regra social, porque não há comportamento que constitua tal regra. Eles estão afirmando a existência de uma regra normativa – um apelo além da prática (Dworkin, 1972, p. 866).

Se a teoria da regra social for revista dessa forma, a tese de Hart da regra social de reconhecimento não mais se sustentará. Se os juízes têm o dever de decidir os casos de uma maneira específica sem que haja uma regra social nesse sentido, a alegação de Hart de que a prática social dá conta de todos os deveres judiciais não poderá ser defendida (Dworkin, 1972, p. 866). O erro da teoria da regra social, portanto, é pensar a relação entre prática social e juízo normativo de maneira errada. De fato, juízos normativos pressupõem uma prática social como parte importante do próprio juízo – é o caso da moralidade convencional. Mas a teoria da regra social “[...] acredita que a prática social *constitui* uma regra que o juízo normativo aceita; na verdade, a prática social ajuda a *justificar* uma regra que o juízo normativo enuncia”<sup>194</sup> (Dworkin, 1972, p. 867). O fracasso da teoria da regra social decorre da tentativa de demonstrar que a prática social reflete o *conteúdo* da regra. A prática dos homens de tirarem o chapéu ao entrarem na igreja justifica a existência de uma regra normativa nesse sentido, não porque a prática constitui uma regra, mas porque ela fornece boas razões para se sustentar a existência de um dever. O dever judicial até pode ser um caso de moralidade convencional, isto é, que depende de como os juízes se comportam, admite Dworkin, mas eles deverão argumentar em favor da sua tese sem recorrer ao atalho da teoria da regra social (Dworkin, 1972, p. 868).

Os críticos de Dworkin alegaram que suas divergências com o positivismo jurídico não eram tão amplas. Dworkin argumentou que uma apresentação do direito deve reservar um lugar tanto para os princípios quanto para as regras, mas a teoria de Hart não parece negar esse fato (Dworkin, 1972, p. 868). Pode ser que Hart não pense em “regra” da maneira limitada que Dworkin sugeriu anteriormente. Dworkin afirma que se há um teste fundamental para o direito, ele deve ser complexo para incluir tanto os princípios quanto as regras. Novamente, a teoria da regra de reconhecimento de Hart não parece negar isso, segundo os críticos de Dworkin.

Onde está, então, a divergência (*dissagrement*)? (Dworkin, 1972, p. 868). Dworkin tentou negar a tese de Hart de que todo sistema jurídico tem um teste fundamental na forma de uma regra de reconhecimento que identifica o que conta como direito. Mas como ressaltou o

---

<sup>194</sup> No original: “[...] believes that the social practice constitutes a rule which the normative judgment accepts; in fact the social practice helps to justify a rule which the normative judgment states.”

Professor Sartorius, Dworkin não pode afirmar que tal teste não existe, já que faz parte de seu argumento que alguns princípios são parte do direito e outros não (Sartorius, 1971, p. 155). Se isso é verdade, deve haver um teste capaz de distinguir princípios incorporados ou não pelo direito. Dworkin aceita essa crítica. Nesse sentido, sua tese que nega a existência de um teste fundamental para o direito deve ser reformulada para negar que tal teste fundamental tão complexo possa ser expresso por uma regra de reconhecimento (Dworkin, 1972, p. 869).

Ele começa distinguindo três teses diferentes, relacionadas à ideia de um teste fundamental, recorrendo à distinção entre a descrição de um comportamento social por meio do conceito de uma regra social e a sustentação de uma posição normativa por meio do conceito de regra normativa (Dworkin, 1972, p. 869). A primeira tese sustenta que em todos os sistemas jurídicos existe, na comunidade de juízes e autoridades judiciárias, alguma regra *social* ou um conjunto delas que determinam os limites do dever de reconhecer regras e princípios como direito. Isso seria verdade se os juízes reconhecessem o dever de considerar direitos e obrigações nas decisões judiciais apenas se previstos naquelas regras e princípios criados explicitamente pelo legislativo, ou naquelas regras e princípios formulados pelos precedentes ou pelo costume. Além disso, nada mais estabelece o dever para o juiz de considerar padrões para suas decisões. A segunda tese sustenta que em todos os sistemas jurídicos existe uma regra ou princípio *normativo*, ou um conjunto deles, que constitui o dever de os juízes identificarem as regras ou princípios de direitos e obrigações mais específicos. A terceira tese sustenta que em todos os sistemas jurídicos a maioria dos juízes aceita *alguma* regra ou princípio normativo que orienta seu dever de considerar outros padrões como parte do direito.

A divergência entre Dworkin e Hart, portanto, diz respeito à primeira tese: Hart a defende e Dworkin a nega. É essa tese que faz Hart defender e Dworkin criticar que, “[...] padrões jurídicos podem ser distinguidos, em princípio e como grupo, de padrões morais e políticos.”<sup>195</sup> (Dworkin, 1972, p. 870). Se é verdade que em todo sistema jurídico o teste fundamental do direito é formulado a partir de uma regra social, então regras e princípios jurídicos podem ser distinguidos de regras e princípios morais. Mas se essa tese não se sustentar, a separação positivista entre direito e moralidade cai por terra.

O positivismo jurídico recorre à primeira tese sobre a regra social como constituidora do dever judicial porque ela exclui disposições controversas na concepção da obrigação jurídica e a necessidade de uma explicação que conecta padrões jurídicos com padrões morais. A segunda tese, sobre regras ou princípios normativos como constituidores do dever judicial,

---

<sup>195</sup> No original: “[...] legal standards can be distinguished in principle and as a group from moral or political standards.”

exige a defesa de “[...] princípios controvertidos de moralidade política”<sup>196</sup> (Dworkin, 1972, p. 870). Assim, a distinção de Dworkin das três teses afasta a objeção de Sartorius. Para este, se, como Dworkin acredita, existe o dever de identificar quais os princípios contam como direito e quais não – ou quais se aplicam ao caso em questão – segue-se que deve haver um teste fundamental para identificar o direito. Mas o que realmente se segue é uma defesa de uma teoria normativa a respeito de como os juízes devem (*must*) decidir nos casos difíceis (Dworkin, 1972, p. 871). Dworkin não está comprometido (*committed*) com a tese de que uma regra social estabelece os deveres, mas com uma teoria normativa dos deveres. Logo, ainda que alguns princípios contem como direito enquanto outros não, e faça parte da tarefa dos juízes identificar aqueles que fazem, isso não envolve um teste fundamental tal qual aquele da teoria da regra social. Envolve, na verdade, uma argumentação moral sobre o conceito de dever (Dworkin, 1972, p. 873). Portanto, o erro da primeira tese que afirma que deveres são constituídos de regras sociais, como o comportamento dos juízes, é pressupor equivocadamente que os deveres são incontroversos: se não há consenso entre os juízes, eles não têm nenhum dever de decidir de uma ou outra maneira. É verdade que os juízes podem ter dúvidas quanto ao seu dever de decidir de uma ou outra forma, mas isso não significa que eles acreditam não ter nenhum dever. Então, se nos casos controversos, quando não há uma regra social que indica qual é o dever por meio do comportamento dos juízes, eles ainda têm o dever de identificar o que o direito exige, a primeira tese se torna insustentável (Dworkin, 1972, p. 874).

Em “The Model of Rules” Dworkin afirmou que os princípios não podem ser capturados por uma simples regra social de reconhecimento. O positivista fica, então, entre duas possibilidades. Ou ele afirma que os princípios não são padrões jurídicos, porque os juízes não têm o dever, mas apenas o poder discricionário de aplicá-los nas decisões judiciais. Ou ele aceita que os princípios são padrões jurídicos, que os juízes têm o dever de aplicar, mas tem o ônus de demonstrar como uma regra social de reconhecimento mais complexa pode capturar tais princípios (Dworkin, 1972, p. 874). Joseph Raz combina as duas possibilidades. Ele acredita que os juízes têm poder discricionário, mas não o dever, de usar certos princípios em suas decisões judiciais. Mas acredita também que eles têm o dever de considerar alguns princípios reconhecidos por uma regra social de reconhecimento que ele chama de “costume judicial” (“*judicial custom*”) (Dworkin, 1972, p. 874-875). A regra de reconhecimento, para Raz, portanto, é uma prática social que considera, tanto as regras explícitas quanto os princípios que

---

<sup>196</sup> No original: “[...] controversial principles of political morality”.

constituem um costume judicial para uma determinada comunidade, como padrões jurídicos que os juízes têm o dever de considerar nas suas decisões.

Contudo, a objeção de Dworkin contra o argumento de Raz é que, em primeiro lugar, os princípios citados pelos juízes são controversos pelo menos em relação ao peso em que devem exercer em cada caso. Ou seja, se os princípios são controversos, uma regra de reconhecimento social não pode ser capaz de identificá-lo; devem ser identificados por uma regra de reconhecimento normativa – o que faz com que a separação positivista entre padrões jurídicos e padrões morais se desfaça. Em segundo lugar, o apelo a alguns princípios pode não resultar de uma prática social estabelecida. Assim, a noção de costume judicial de Raz não é capaz de oferecer uma distinção entre os princípios que contam e os que não contam como direito. Logo, Dworkin examinará o argumento de Raz de que “[...] os juízes, de fato, não têm o dever de dar efeito aos princípios que não sejam objeto de tal costume judicial”<sup>197</sup> (Dworkin, 1972, p. 875). Mas antes ele analisa como uma regra social de reconhecimento poderia ser adaptada para capturar os princípios.

Sartorius concorda com Dworkin sobre os juízes não terem poder discricionário nos casos difíceis. Ele acredita, no entanto, que é possível que uma regra social de reconhecimento incorpore os princípios – que orientam as decisões nos casos difíceis. A forma deste teste fundamental complexo, capaz de identificar todos os padrões jurídicos que fazem parte do direito, tanto as regras explícitas quanto os princípios implícitos, residiriam no conceito de Dworkin de “apoio institucional” (“*institutional support*”) (Dworkin, 1972, p. 1975). Dworkin então desenvolve sua doutrina do apoio institucional. Na tarefa de desenvolver um teste fundamental para o direito, primeiro, buscaríamos encontrar todas as regras jurídicas explícitas. Depois, perguntaríamos “[...] que conjunto de princípios, tomados como um todo, seria necessário para *justificar* a adoção das regras jurídicas explícitas e das regras institucionais que listamos.”<sup>198</sup> (Dworkin, 1972, p. 876). Nessa tarefa, cada juiz e jurista deveria desenvolver uma “teoria do direito” que descreve esse conjunto de princípios e atribui o seu peso. Nesse sentido, o teste teria a seguinte forma: um princípio é um princípio de direito se, de acordo com a melhor teoria do direito, oferecer a melhor justificação para as regras jurídica explícitas (Dworkin, 1972, p. 1976). Assim, a regra de reconhecimento ampliada pelo apoio institucional deixa de ser uma regra social, que por meio de critérios específicos, identifica os padrões jurídicos pelo pedigree, e passa a ser uma regra normativa, que identifica os padrões jurídicos pelo conteúdo:

<sup>197</sup> No original: “[...] judges in fact have no duty to give effect to principles that are not the subject of such a judicial custom.”

<sup>198</sup> No original: “[...] what set of principles taken together would be necessary to justify the adoption of the explicit rules of law and institutional rules we had listed.”

Se uma teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela estabelece devem tentar *justificar* as regras estabelecidas, identificando as preocupações e tradições políticas ou morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, de fato sustentam as regras. Esse processo de justificação deve levar o jurista a um aprofundamento na teoria política e moral, e muito além do ponto em que seria correto dizer que qualquer “teste” de “pedigree” existe para decidir qual das duas justificativas diferentes de nossas instituições políticas é superior.<sup>199</sup> (Dworkin, 1972, p. 877).

Dworkin não quer dizer com isso que não é possível encontrar fundamento para escolher entre uma teoria do direito em vez de outra. Pelo contrário. Uma vez que ele rejeita o poder discricionário (rediscutido adiante), ele pressupõe que argumentos persuasivos podem ser construídos para distinguir uma teoria como superior à outra. Esses argumentos, contudo, têm uma base na teoria política normativa, e “[...] que vão além da concepção positivista dos limites das considerações relevantes para decidir o que é o direito.”<sup>200</sup> (Dworkin, 1972, p. 878). O teste do apoio institucional, portanto, não permite que os juristas distingam o conjunto de padrões jurídicos do conjunto de padrões morais e políticos. A regra de reconhecimento só pode capturar os princípios se deixar de ser social para ser normativa – o que torna ela um problema e não uma solução para o positivismo.

Os juízes precisam ter poder discricionário? Em “The Model of Rules” Dworkin argumentou contra a tese positivista do poder discricionário que afirma que quando os juízes divergem sobre os princípios, não estão divergindo sobre o que conta como direito ou não, mas sobre como exercer seu poder discricionário. No texto original, Dworkin distinguiu três sentidos de discricionariedade. O primeiro sentido diz que alguém tem poder discricionário se seu dever de decidir for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes. O segundo sentido diz que alguém tem o poder discricionário se sua decisão for definitiva, ou seja, não puder ser revisada pois ela é a autoridade última. O terceiro sentido diz que alguém tem o poder discricionário quando seu dever de decidir não for orientado por padrões que impõem uma decisão específica (Dworkin, 1972, p. 879). O primeiro e o segundo sentido são fracos e inevitáveis. Decidir exige o exercício de uma capacidade de interpretação, ainda que a regra explícita estabelecida seja clara. Decidir também exige que em algum momento a decisão seja definitiva, ainda que possa ser falível. No entanto, o poder

---

<sup>199</sup> No original: “If a theory of law is to provide a basis for judicial duty, then the principles it sets out must try to justify the settled rules by identifying the political or moral concerns and traditions of the community which, in the opinion of the lawyer whose theory it is, do in fact support the rules. This process of justification must carry the lawyer very deep into political and moral theory, and well past the point where it would be accurate to say that any ‘test’ of ‘pedigree’ exists for deciding which of two different justifications of our political institutions is superior.”

<sup>200</sup> No original: “that go beyond the positivist’s conception of the limits of the considerations relevant to deciding what the law is.”

discricionário forte do terceiro sentido só pode ser verdadeiro se aceitarmos a versão forte da teoria da regra social – rejeitada por Dworkin no primeiro artigo – de acordo com a qual os deveres só podem ser gerados por regras sociais. Um juiz pode ter poder discricionário nos dois primeiros sentidos mas acreditar que seu dever de decidir não se limita a uma regra social; diferentemente, ele pode acreditar que seu dever inclui uma reflexão normativa sobre “[...] o que lhe é exigido pelas diversas considerações que ele considera pertinentes.”<sup>201</sup> (Dworkin, 1972, p. 879).

Joseph Raz não se convenceu pelos argumentos de Dworkin. Segundo Dworkin, Raz pensa que sua argumentação é: (i) os juízes não têm poder discricionário em relação a uma decisão quando todos concordam que um conjunto de princípios é decisivo; (ii) Às vezes, isso acontece mesmo quando nenhuma regra jurídica resolve o caso; (iii) Portanto, nunca é o caso de os juízes terem poder discricionário quando nenhuma regra resolve o caso. (Dworkin, 1972, p. 880). Mas não é essa a argumentação de Dworkin. Ele acredita que às vezes os juízes estão de acordo sobre um conjunto de princípios. Mas mesmo quando estão divididos sobre quais os princípios fazem parte do direito, eles acreditam que têm o dever e não o poder discricionário de decidir considerando o conjunto de princípios que melhor justifica a decisão. Por que então Raz ignora a distinção de Dworkin? Ele supõe que se os juízes têm poder discricionário no primeiro sentido – nenhuma regra social dita o resultado que os juízes devem chegar – então também devem ter o poder discricionário no terceiro sentido, ou seja, eles não têm o dever de decidir de uma forma específica (Dworkin, 1972, p. 880). Em outras palavras, Raz pensa que se um juiz não tem certeza quanto a decidir de uma ou outra forma, então ele deve estar certo de que tem poder discricionário para decidir de qualquer uma das formas. Quais argumentos podem sustentar sua tese? (Dworkin, 1972, p. 881).

O primeiro argumento é a tese de filosofia moral, já rejeita por Dworkin, de que os deveres não podem ser controversos. Ela só pode ser sustentada se a versão forte da teoria da regra social for verdadeira – e ela foi igualmente rejeitada por uma teoria normativa que nega que os deveres não podem ser controversos. O segundo argumento baseia-se na suposição de que todo sistema jurídico contém uma regra de decisão que estabelece que os juízes têm poder discricionário nos casos difíceis. Raz reconhece que os sistemas jurídicos inglês e norte-americano não têm essa regra. Não existe nem mesmo o “[...] início de uma regra social que converta o poder discricionário que requer julgamento no poder discricionário que exclui o

---

<sup>201</sup> No original: “[...] what is required of him by the varying considerations that he believes are pertinent.”

dever”<sup>202</sup> (Dworkin, 19872, p. 881). É um erro de Raz, portanto, desconsiderar os diferentes sentidos de poder discricionário conforme estabelecidos por Dworkin, ou de supor que o primeiro sentido de discricionariiedade leva ao terceiro.

Dworkin encerra reafirmando a sua defesa da distinção entre regras e princípios. Em “The Model of Rules” ele chamou a atenção para o fato de que esses dois tipos de padrões oferecem razões de tipos diferentes na argumentação jurídica. Seu objetivo era demonstrar que o raciocínio e a argumentação jurídica utilizam essa distinção para decidir casos jurídicos, especialmente os casos difíceis, e apontar que os padrões jurídicos do tipo princípios colocam o positivismo em dificuldade: não são padrões do tipo que podem ser capturados por uma regra de reconhecimento social. A distinção entre regras e princípios poderia até estar errada, mas isso não necessariamente corrige os erros do positivismo já apontados (Dworkin, 1972, p. 882).

Na distinção feita por Dworkin no artigo original, ele afirma que os princípios, diferentemente das regras, incidem mas não decidem. Isto é, eles oferecem razões, às vezes conflitantes e antagônicas, que inclinam a decisão para um ou outro lado, e o princípio ou o conjunto deles mais apropriado ao caso específico “empurra” a decisão para um dos lados. Os princípios, portanto, não são “válidos” como as regras. Eles conflitam entre si e continuam valendo mesmo quando não prevalecem nos casos específicos. Nesse sentido, Raz oferece uma objeção para afastar a distinção entre regras e princípios. Consiste em afirmar que regras também conflitam (Dworkin, 1972, p. 882). Raz oferece o exemplo de regras morais. As regras de que nunca se deve mentir e de que sempre se deve cumprir as promessas podem conflitar entre si, exigindo de nós que aceitamos ambas a escolher entre elas a mais importante segundo algum critério. Raz conclui que regras morais, como princípios, apontam uma direção mas não são decisivas. Dworkin concorda. Ele afirma que o “[...] o argumento ou a decisão moral consiste em apresentar razões a favor ou contra a moralidade de uma determinada conduta, em vez de recorrer a regras estabelecidas de antemão, seja por decisão social ou individual.”<sup>203</sup> (Dworkin, 1972, p. 883). O erro ou a confusão de Raz é não compreender que a moral é uma questão de princípios, e não de regras. Assim, a distinção se mantém.

O exemplo de Raz de regras jurídicas é igualmente confuso. Ele chama a atenção para o fato de regras jurídicas poderem conflitar dentro do sistema e que os juízes discricionariamente aplicam aquela que é mais importante para o caso. Por exemplo, a regra

---

<sup>202</sup> No original: “[...] beginnings of a social rule that converts the discretion that requires judgment into the discretion that excludes duty.”

<sup>203</sup> No original: “[...] moral argument or decision is a matter of giving reasons for or against the morality of a certain course of conduct, rather than appealing to rules set down in advance whether by social or individual decision.”

que proíbe a violência e a regra que permite a violência em legítima defesa. Raz acredita que elas estão em conflito entre si e que “[...] é necessário que o juiz pondere as regras e decida aplicar a mais importante, que sempre será a regra que permite a agressão em legítima defesa.”<sup>204</sup> (Dworkin, 1972, p. 884). A noção de conflito de Raz é um equívoco,

[...] uma regra que prevê uma exceção a outra regra não está em conflito com essa outra regra, pelo menos não da mesma forma que dois princípios conflitam. Seria tolo dizer que, quando um homem acusado de agressão prova legítima defesa, o juiz se depara com duas regras que puxam em direções opostas, as quais ele precisa, de alguma forma, ponderar para chegar à sua decisão. As duas regras, tomadas em conjunto, determinam o resultado de uma maneira que não exige que o juiz escolha entre elas ou determine sua importância relativa.<sup>205</sup> (Dworkin, 1972, p. 884-885).

Os argumentos de Raz não podem provar que a distinção entre regras e princípios está errada, nem que os defeitos do positivismo poderiam ser sanados *se* a distinção estivesse de fato errada.

## Seção 2. Casos Difíceis

Como justificar uma decisão judicial particular que não está amparada por uma regra jurídica de uma lei (*statute*) ou de um precedente (*precedent*)? Ou seja, como justificar uma decisão judicial em um caso difícil (*hard case*)? O positivismo jurídico responde essa questão com a teoria do poder discricionário. Trata o caso como se existissem direitos preexistentes, mas na verdade, em certos casos, os juízes legislam novos direitos jurídicos (*legal rights*) e os aplicam retroativamente. Nas seções anteriores vimos as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, enquanto um modelo de e para regras, e à tese da discricionariedade, entendido como uma das consequências desse modelo. Esta seção analisa a proposta alternativa de Dworkin no artigo de 1975, “Hard Cases”.<sup>206</sup> Meu objetivo é apresentar esse argumento para relacioná-lo com a teoria do direito como integridade, que analiso na seção seguinte. Pretendo analisar se e como o texto de 1975 marca a virada no pensamento dworkiniano que culmina no argumento apresentado em 1986, em *Law’s Empire*.

<sup>204</sup> No original: “[...] it is necessary for the judge to weigh the rules and decide to apply the more important, which will always be the rule that permits an assault in self defense.”

<sup>205</sup> No original: “[...] a rule that provides an exception to another rule is not in conflict with that other rule, at least not in the way in which two principles conflict. It would be silly to say that when a man accused of assault has proved a case of self defense, the judge is then faced with two rules pulling in opposite directions, which he has somehow to weigh against one another in reaching his decision. The two rules taken together determine the result in a manner which does not require the judge to choose between them, or to determine their relative importance.

<sup>206</sup> Dworkin, Ronald. “Hard Cases”. *Harvard Law Review*, vol. 88, n. 6, 1975, p. 1057-1109. Foi posteriormente republicado como quarto capítulo de *Taking Rights Seriously*.

Dworkin argumenta que os juizes, mesmo nos casos difíceis, têm o dever de encontrar os direitos jurídicos, e não de inventá-los e aplicá-los retroativamente. Segundo ele, embora as teorias da decisão judicial tenham se tornado mais sofisticadas, a adjudicação ainda estava à sombra da legislação (Dworkin, 1975, p. 1.058). O intuito dessa subordinação da adjudicação à legislação era uma defesa do Estado de Direito, isto é, uma limitação do poder político exercido por meio do direito. Os juizes devem aplicar os direitos criados por outras instituições, como as regras jurídicas criadas pelo legislativo. Mas na prática é impossível os juizes se limitarem ao direito explícito, pois as normas, decorram elas de leis ou precedentes, precisam ser interpretadas e reinterpretadas, seja por sua “textura aberta”, seja porque as relações sociais estão em constante desenvolvimento de modo que situações não previstas surgem o tempo todo. Essas razões levaram alguns a defender que os juizes estão autorizados a criar direitos nos casos difíceis, no sentido discricionário de inventá-los, como se fossem “legisladores delegados” (Dworkin, 1975, p. 1.058). Mas a defesa de que os juizes legislam quando seus julgamentos vão além das decisões políticas tomadas pelo legislativo ignora uma distinção fundamental que Dworkin expõe neste texto: a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política (Dworkin, 1975, p. 1.058-1.059).

Princípios e políticas são os fundamentos da justificação política. Enquanto os argumentos “[...] de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege alguma meta coletiva da comunidade como um todo”,<sup>207</sup> os argumentos “[...] de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.”<sup>208</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.059). Apesar da distinção, frequentemente eles atuam em conjunto para justificar uma decisão política. O legislador pode argumentar que uma decisão política que promove um direito individual ou social (argumento de princípio), como a criação de uma lei contra a discriminação de um determinado grupo, promove também um objetivo coletivo da comunidade, como o desenvolvimento econômico da comunidade (argumento de política). Inversamente, uma decisão que promove uma meta coletiva, como a criação de uma lei que promove subsídios para indústrias importantes, também pode promover ao mesmo tempo direitos individuais ou sociais, como a qualificação de que os subsídios devem ser igualitários para os fabricantes com capacidades diferentes.

---

<sup>207</sup> No original: “[...] of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole”.

<sup>208</sup> No original: “[...] of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.”

No caso do subsídio nós poderíamos dizer que os direitos conferidos são gerados por políticas e qualificados por princípios; e no caso da antidiscriminação eles são gerados por princípios e qualificados por políticas<sup>209</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.059).

Mas na adjudicação as decisões judiciais são sempre justificadas por argumentos de princípio, ainda que a lei tenha sido criada essencialmente por argumentos de política, porque a lei a torna uma questão de princípio (Dworkin, 1975, p. 1.060). Nesse sentido, o argumento de Dworkin é: a decisão política nos casos difíceis é justificada por argumentos de princípios, que promovem direitos individuais ou sociais, e não por argumentos de política, que promovem metas coletivas. Essa é a tese dos direitos de Dworkin: uma tese antiutilitarista porque não limita a decisão judicial aos efeitos sociais que ela é capaz de produzir e antipositivista porque não limita a decisão judicial ao direito criado explicitamente pela legislação.

Portanto, a tese dos direitos pretende ser uma explicação de “[...] como os juízes utilizam os precedentes nos casos difíceis”<sup>210</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.064), ou seja, como os juízes utilizam os princípios morais implícitos nas práticas sociais para decidir os casos controversos. Essa tese exige de Dworkin o desenvolvimento de sua reflexão em três direções (Dworkin, 1975, p. 1.065). Em primeiro lugar, uma distinção entre direitos individuais e metas coletivas. Em segundo lugar, uma teoria do papel do precedente e da história institucional na decisão dos casos difíceis. Em terceiro lugar, uma explicação de como os juízes devem utilizar argumentos de moralidade política para decidir quais são os direitos jurídicos em casos difíceis.

Um objetivo político (*political aim*) é uma justificação política genérica. Os argumentos de princípio que estabelecem direitos individuais (*individual right*) e os argumentos de política que estabelecem metas coletivas (*collective goals*) são espécies do gênero objetivo político (Dworkin, 1975, p. 1.067). O que então são direitos e metas para Dworkin e qual a diferença entre eles? Dworkin não está preocupado em dizer quais direitos as pessoas têm, mas em como descobrir que direitos uma teoria política específica pressupõe que existam. Um direito é um objetivo político individuado (*individuated political aim*). Uma meta é um objetivo político não-individuado (*nonindividuated political aim*) (Dworkin, 1975, p. 1.068). O primeiro estabelece uma oportunidade, recurso ou liberdade se o direito conta a favor de uma decisão política que promove ou protege esse conjunto de direitos, mesmo que nenhum outro objetivo político seja promovido ou que algum objetivo político seja deixado de lado. O segundo não

---

<sup>209</sup> No original: “In the subsidy case we might say that the rights conferred are generated by policy and qualified by principle; in the antidiscrimination case they are generated by principle and qualified by policy.”

<sup>210</sup> No original: “[...] how judges use precedent in hard cases”.

estabelece uma oportunidade, recurso ou liberdade para indivíduos determinados; as metas coletivas visam produzir um benefício geral para a comunidade como um todo.

Essa distinção leva Dworkin à defesa de sua tese antiutilitarista de que os direitos individuais ou sociais são trunfos, ou seja, prevalecem contra as metas coletivas:

Segue-se da definição de um direito que ele não pode ser superado por todos as metas sociais. Poderíamos, para simplificar, estipular que nenhum objetivo político seja considerado um direito, a menos que tenha um certo peso limite contra as metas coletivas em geral; a menos que, por exemplo, não possa ser derrotado pelo apelo a qualquer uma das metas comuns e rotineiras da administração política, mas apenas por uma meta de especial urgência.<sup>211</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.069).

Dworkin deixa claro que cada teoria política terá sua própria definição dos seus objetivos políticos (*political aim*), ou seja, de o que são os direitos e as metas para essas teorias. Cada objetivo político, seja um direito ou uma meta, terá seu peso atribuído por uma teoria política. O importante é que os direitos, de modo geral, devem prevalecer contra as metas.

Existem dois argumentos contra a distinção entre direitos individuais e metas coletivas. A tese antropológica e a tese utilitarista. A primeira afirma que “[...] os princípios que os membros de uma determinada comunidade consideram persuasivos são determinados, de maneira causal, pelas metas coletivas dessa comunidade”<sup>212</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.071). Em outras palavras, os direitos individuais são determinados pelas metas coletivas de uma sociedade. No entanto, afirma Dworkin, não há razão *a priori* para aceitar essa alegação mais do que há para aceitar a tese contrária de que as metas coletivas são determinadas pelos direitos individuais. A segunda não pretende afastar a distinção entre direitos e metas de maneira causal, mas afirmando que a força de um direito depende da capacidade dele de promover uma meta coletiva: “Uma forma popular dessa teoria, por exemplo, sustenta que um ato é correto se a aceitação geral de uma regra que exige esse ato puder melhorar o bem-estar médio dos membros da comunidade”<sup>213, 214</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.072). Uma teoria política pode prever, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, na hipótese de que a aceitação geral desse direito promoveria

---

<sup>211</sup> No original: “It follows from the definition of a right that it cannot be outweighed by all social goals. We might, for simplicity, stipulate not to call any political aim a right unless it has a certain threshold weight against collective goals in general; unless, for example, it cannot be defeated by appeal to any of the ordinary, routine goals of political administration, but only by a goal of special urgency.”

<sup>212</sup> No original: “[...] the principles the members of a particular community find persuasive will be causally determined by the collective goals of that community.”

<sup>213</sup> Nota no original: “Ver: Brandt, *Toward a Credible Form of Utilitarianism*. In: “Morality and the Language of Conduct” 107 (H. Castenada and G. Nakhnikian, eds. 1963).

<sup>214</sup> No original: “One popular form of that theory, for example, holds that an act is right if the general acceptance of a rule requiring that act would improve the average welfare of members of the community.”

a maior utilidade média da comunidade a longo prazo. Contudo, mesmo assim é possível distinguir direitos institucionais de objetivos coletivos dentro dessa teoria:

Se a teoria prevê que um funcionário de uma determinada instituição está justificado em tomar uma decisão política, e não justificado em se recusar a tomá-la, sempre que essa decisão for necessária para proteger a liberdade de expressão de qualquer indivíduo, independentemente do impacto da decisão sobre objetivos coletivos, a teoria prevê a liberdade de expressão como um direito. Não importa que a teoria estipule esse direito na hipótese de que, se todas as instituições políticas aplicarem o direito, dessa forma, um objetivo coletivo importante será de fato promovido. O que importa é o comprometimento com um esquema de governo que torne o apelo ao direito decisivo em casos particulares.<sup>215</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.072-73).

Nesse sentido, nem a tese antropológica nem a tese utilitarista conseguem afastar a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, em outras palavras, entre direitos e metas.

A tese dos direitos afirma que os juízes decidem os casos difíceis confirmando ou negando a existência de direitos concretos, ou seja, objetivos políticos bem definidos cujo peso é claro, em contraposição aos direitos abstratos, que são objetivos políticos gerais cujo peso ainda não é claro e deve ser definido por meio de avaliação no caso concreto e em comparação com outros objetivos políticos (Dworkin, 1975, p. 1.070). Os direitos concretos, todavia, devem possuir outras duas características: “[...] devem ser institucionais em vez de direitos fundamentais, e devem ser jurídicos em vez de alguma outra forma de direitos institucionais”<sup>216</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.078). O que significam essas distinções? Conforme Dworkin, os direitos institucionais são encontrados em todo tipo de instituição; são aqueles direitos próprios de uma instituição. No jogo de xadrez, por exemplo, o jogador que consegue um xeque-mate tem o direito à vitória. Em uma democracia, temos o direito de ver as leis democraticamente criadas por meio do processo legislativo serem corretamente aplicadas. No caso do xadrez, os direitos institucionais são estabelecidos pelas regras gerais do jogo ou pelas regras de um determinado torneio. Nesse sentido, o xadrez é uma instituição autônoma, isto é, seus direitos são apenas institucionais; são apenas aquelas regras que o jogo de xadrez estabelece. Em uma democracia, porém, a legislação é uma instituição parcialmente autônoma. Isso significa que suas regras não

---

<sup>215</sup> No original: “If the theory provides that an official of a particular institution is justified in making a political decision, and not justified in refusing to make it, whenever that decision is necessary to protect the freedom to speak of any individual, without regard to the impact of the decision on collective goals, the theory provides free speech as a right. It does not matter that the theory stipulates this right on the hypothesis that if all political institutions do enforce the right in that way an important collective goal will in fact be promoted. What is important is the commitment to a scheme of government that makes an appeal to the right decisive in particular cases.”

<sup>216</sup> No original: “[...] must be institutional rather than background rights, and they must be legal rather than some other form of institutional rights.”

são (sempre) suficientes para determinar quais são os direitos institucionais. Em outras palavras, os direitos institucionais não são estabelecidos apenas pelas regras explicitadas pelo processo legislativo democrático, mas “Espera-se que os cidadãos recorram a considerações gerais de moralidade política quando argumentam em favor de tais direitos”<sup>217</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.078). Ou seja, espera-se que os direitos institucionais em uma democracia não sejam apenas aqueles criados pelo processo legislativo, mas por referência à moralidade política implícita nas práticas sociais na qual a instituição está inserida.

A consequência de assumir que algumas instituições em uma democracia são apenas parcialmente autônomas é que os direitos institucionais reconhecidos por uma teoria política poderão divergir dos direitos fundamentais que a teoria política também reconhece (Dworkin, 1975, p. 1.079). Quanto mais autônoma a instituição é, maior é o dever institucional de um funcionário (especialmente na figura de um juiz) de não considerar a moralidade política fundamental para definir quais são os direitos institucionais. No xadrez, a autonomia é total: os direitos institucionais são aqueles estabelecidos pelas regras do jogo. Mas e nas instituições democráticas, nas quais a autonomia é parcial? Até que ponto existe um dever institucional de um juiz considerar ou não a moralidade política para estabelecer quais são os direitos institucionais? (Dworkin, 1975, p. 1.079). Como visto nas críticas de Dworkin à tese da discricionariedade, o juiz não é livre, no sentido da discricionariedade forte, para decidir sobre os casos difíceis por suas próprias convicções. Voltando ao exemplo de Dworkin, até em uma instituição autônoma como o xadrez, ao aplicar algumas regras em determinadas circunstâncias o árbitro deve fazer uma interpretação do que ela significa, como no caso do árbitro que teve que decidir se os sorrisos contínuos do mestre enxadrista Mikhail Tal na partida contra Bobby Fisher era uma irritação “não razoável” que merecia ser punida (Dworkin, 1975, p. 1.079). A decisão do árbitro no jogo de xadrez sobre quais são os direitos institucionais é restringida pela própria natureza xadrez. Pode-se objetar que o xadrez é apenas um jogo, mas fixar-se nisto é perder parte importante do sentido da analogia:

Cada instituição é classificada por seus participantes em uma categoria muito grosseira de instituição; é considerada um jogo, e não uma cerimônia religiosa, uma forma de exercício ou um processo político. Por essa razão, a definição do xadrez é que ele é um jogo, e não um exercício de habilidade digital. Essas convenções, exibidas em atitudes, condutas e na história, são decisivas. [...] É importante observar, no entanto, que as convenções se esgotam de uma maneira particular. Elas não são incompletas, como um livro cuja última página está faltando, mas abstratas, de modo que sua força total pode ser capturada em um conceito que admite diferentes

---

<sup>217</sup> No original: “Citizens are expected to repair to general considerations of political morality when they argue for such rights.”

concepções; isto é, em um conceito *contestado*.<sup>218</sup> O árbitro deve selecionar uma ou outra dessas concepções, não para suplementar a convenção, mas para aplicá-la. Ele deve *construir* o caráter do jogo colocando para si mesmo diferentes conjuntos de perguntas. Dado que o xadrez é um jogo intelectual, ele é, como o pôquer, intelectual em algum sentido que inclui a capacidade de intimidação psicológica? Ou é como a matemática, intelectual em algum sentido que não inclui essa capacidade? Este primeiro conjunto de perguntas pede que ele observe o jogo mais de perto, para determinar se suas características apoiam uma ou mais dessas concepções de intelecto. Mas ele também deve fazer um conjunto diferente de perguntas. Dado que o xadrez é um jogo intelectual de algum tipo, o que se segue sobre o comportamento razoável em uma partida de xadrez? A capacidade de intimidação psicológica, ou a capacidade de resistir a tal intimidação, é realmente uma qualidade intelectual? Essas questões o levam a analisar mais de perto o próprio conceito de intelecto.<sup>219</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.080-81).

Nesse sentido, devemos nos perguntar qual interpretação oferece um relato melhor da natureza do jogo de xadrez. Se o xadrez é um jogo intelectual que inclui a capacidade de intimidação e a capacidade de resistir a ela, como pôquer, então o sorriso de Tal não poderia ser punido; se o xadrez é um jogo intelectual que não inclui tal capacidade, então o sorriso de Tal constitui uma irritação “não razoável” e Fischer teria direito de ser declarado vencedor da partida. Analogamente, também é assim com o direito. A decisão do juiz sobre quais são os direitos institucionais é restringida pela própria natureza do direito. Aqui, Dworkin ainda não afirma que o direito é uma prática social argumentativa. Todavia, se a decisão de um caso difícil, que trata de um conceito *contestado*, é uma decisão sobre quais direitos as partes efetivamente têm, a fundamentação dos argumentos para a decisão envolve a *construção* da natureza do direito (Dworkin, 1975, p. 1.082), como vimos na construção da natureza do jogo de xadrez.

Na seção “direitos jurídicos” Dworkin trata do segundo ponto, sobre uma teoria do papel do precedente e da história institucional na decisão dos casos difíceis. Vimos que os direitos institucionais são direitos próprios de instituições. Os direitos jurídicos são espécies do gênero

<sup>218</sup> Nota do original: Ver: Gallie. “Essentially Contested Concepts”. 56 Proceedings of the Aristotelian Society 167, 167-68 (1955-56). Ver também: Dworkin, “The Jurisprudence of Richard Nixon”. New York Review of Books, May 4, 1972, at 27.

<sup>219</sup> No original: “Every institution is placed by its participants in some very rough category of institution; it is taken to be a game rather than a religious ceremony or a form of exercise or a political process. It is, for that reason, definitional of chess that it is a game rather than an exercise in digital skill. These conventions, exhibited in attitudes and manners and in history, are decisive. [...] It is important to see, however, that the conventions run out in a particular way. They are not incomplete, like a book whose last page is missing, but abstract, so that their full force can be captured in a concept that admits of different conceptions; that is, in a *contested* concept. The referee must select one or another of these conceptions, not to supplement the convention, but to enforce it. He must *construct* the game’s character by putting to himself different sets of questions. Given that chess is an intellectual game, is it, like poker, intellectual in some sense that includes ability at psychological intimidation? Or is it, like mathematics, intellectual in some sense that does not include that ability? This first set of questions asks him to look more closely at the game, to determine whether its features support one rather than the other of these conceptions of intellect. But he must also ask a different set of questions. Given that chess is an intellectual game of some sort, what follows about reasonable behavior in a chess game? Is ability at psychological intimidation, or ability to resist such intimidation, really an intellectual quality? These questions ask him to look more closely at the concept of intellect itself.

direitos institucionais. São os direitos – e os deveres – pelos quais a instituição do Estado regula o comportamento em sociedade, geralmente criados pela legislação e aplicados pelos tribunais. Nos casos difíceis a argumentação jurídica trata de conceitos contestados, que incluem conceitos substantivos da vida cotidiana do direito, como propriedade, contrato, liberdade de expressão e religiosa, etc. Mas Dworkin está preocupado com dois conceitos:

O primeiro é a ideia da “intenção” ou “propósito” de uma determinada lei ou cláusula estabelecida por lei. Este conceito fornece uma ponte entre a justificação política da ideia geral de que leis criam direitos e os casos difíceis que questionam quais direitos uma determinada lei criou. O segundo é o conceito de princípios que “subjazem” ou estão “embutidos” nas regras positivas do direito. Este conceito fornece uma ponte entre a justificação política da doutrina de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma forma e os casos difíceis nos quais não está claro o que essa doutrina geral exige. Esses conceitos juntos definem os direitos jurídicos como uma função, embora uma função muito especial, dos direitos políticos. Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico – se ele aceita, isto é, a autonomia proporcionada por suas distintas regras constitutivas e regulatórias – então, de acordo com a doutrina da responsabilidade política, ele deve aceitar alguma teoria política geral que justifique essas práticas. Os conceitos de propósito legislativo e princípios do *common law* são dispositivos para aplicar essa teoria política geral a questões controversas sobre direitos jurídicos.<sup>220</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.082-83).

Aqui somos apresentados à figura de Hércules, um juiz-filósofo com capacidades sobre-humanas para desenvolver uma teoria complexa sobre o que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, ou seja, uma teoria sobre a história institucional e o papel dos precedentes nas decisões de casos difíceis. Hércules deverá começar pela constituição. Imaginemos que uma constituição escrita determina que nenhuma lei será válida se institucionalizar uma religião (Dworkin, 1975, p. 1.083). Uma lei que garante ônibus gratuito para crianças de escolas paroquiais é aprovada. Essa lei institucionaliza uma religião? Este é um caso difícil; haverá argumentos convincentes favoráveis e contrários. Hércules deve começar primeiro se perguntando por que a constituição tem o poder de criar e destruir direitos. Sua resposta deverá considerar que a “[...] constituição estabelece um sistema político geral que

---

<sup>220</sup> No original: “The first is the idea of the ‘intention’ or ‘purpose’ of a particular statute or statutory clause. This concept provides a bridge between the political justification of the general idea that statutes create rights and those hard cases that ask what rights a particular statute has created. The second is the concept of principles that ‘underlie’ or are ‘embedded in’ the positive rules of law. This concept provides a bridge between the political justification of the doctrine that like cases should be decided alike and those hard cases in which it is unclear what that general doctrine requires. These concepts together define legal rights as a function, though a very special function, of political rights. If a judge accepts the settled practices of his legal system – if he accepts, that is, the autonomy provided by its distinct constitutive and regulative rules – then he must, according to the doctrine of political responsibility, accept some general political theory that justifies these practices. The concepts of legislative purpose and common law principles are devices for applying that general political theory to controversial issues about legal rights.”

é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade”<sup>221</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.083-84). Depois, Hércules deve se perguntar qual o sistema de princípios é estabelecido por essa prática equitativa do sistema político. Logo, ele deve oferecer uma teoria constitucional para a história institucional. Essa teoria poderia estabelecer, por exemplo, que uma lei capaz de causar grande tensão ou desordem social não deve ser criada ou que a lei é inválida não por tais efeitos, mas por violar o direito à liberdade religiosa. Hércules deverá dizer qual melhor harmoniza com o sistema constitucional e suas práticas estabelecidas (Dworkin, 1975, p. 1.084). Mas a melhor teoria constitucional ainda não será capaz de decidir casos concretos, visto que ainda existem conceitos contestados em disputa. A melhor teoria deverá estabelecer que uma religião não pode ser institucionalizada porque viola o direito à liberdade religiosa. (Lembremos, o direito é uma questão de princípios, não de políticas). Então Hércules deverá responder: o que é o direito à liberdade religiosa? Esse direito proíbe ou permite que os impostos sejam usados para garantir ônibus gratuito para crianças de escolas paroquiais?

A estrutura institucional de regras e práticas pode não ser suficientemente detalhada para descartar qualquer uma dessas duas concepções de liberdade religiosa, ou para fazer de uma delas uma justificativa claramente superior para essa estrutura. Em algum momento de sua carreira, Hércules deve, portanto, considerar a questão não apenas como uma questão de adequação entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política. Ele deve decidir qual concepção é uma elaboração mais satisfatória da ideia geral de liberdade religiosa.<sup>222</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.084).

Em outras palavras, Hércules deverá estabelecer a melhor concepção do conceito contestado de “liberdade religiosa”. Nesse sentido, Hércules está envolvido num projeto análogo ao árbitro do jogo de xadrez que tem que se perguntar qual a natureza do jogo para aplicar uma regra específica. Deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto coerente e complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema político. Sua teoria deve se referir à prática institucional e à moralidade política da comunidade. Por fim, deve elaborar as melhores concepções de conceitos contestados de que a teoria faz uso (Dworkin, 1975, p. 1085).

A teoria constitucional de Hércules deve ser capaz também de oferecer uma interpretação que melhor justifica as responsabilidades institucionais dos legisladores

<sup>221</sup> No original: “[...] constitution sets out a general political scheme that is sufficiently just to be taken as settled for reasons of fairness.”

<sup>222</sup> No original: “The institutional structure of rules and practice may not be sufficiently detailed to rule out either of these two conceptions of religious liberty, or to make one a plainly superior justification of that structure. At some point in his career Hercules must therefore consider the question not just as an issue of fit between a theory and the rules of the institution, but as an issue of political philosophy as well. He must decide which conception is a more satisfactory elaboration of the general idea of religious liberty.”

(infraconstitucionais) para criarem leis. Sua interpretação deve oferecer uma “[...] teoria política especial que justifique essa lei melhor do que qualquer teoria alternativa, à luz das responsabilidades mais gerais dos legisladores”<sup>223</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.086). Nesse sentido, a decisão em um caso difícil sobre determinada lei não diz respeito à busca do estado mental do que significava a lei para o legislador quando ele a criou, mas uma construção da lei à luz de uma teoria constitucional, isto é, dos princípios jurídicos que a sustentam, e à luz de uma teoria política, que estabelece as responsabilidades dos legisladores.

Mas e quando o caso em questão não está previsto em nenhuma lei? O conjunto de decisões estabelecidos pela tradição do *common law* pode dar a alguma das partes o direito a uma decisão favorável? (Dworkin, 1975, p. 1.087). Vimos no caso anterior que, no caso difícil quando uma lei aplicável está em jogo, isto é, existem conceitos contestados na lei, a resposta recorre a uma “teoria democrática geral” que oferece uma concepção do conceito à luz da teoria constitucional e política (Dworkin, 1975, p. 1.088). No presente caso, as práticas do precedente que Hércules agora deve justificar resistem a uma resposta simples. Será instrutivo Hércules começar com a seguinte resposta para aprender com seus erros. Quando os juízes estabelecem regras gerais por meio do desenvolvimento da tradição *common law* eles estabelecem as regras que acreditam que beneficiará a comunidade como um todo.

No caso das leis, a interpretação precisa de uma forma verbal canônica, ainda que vaga e imprecisa, capaz de limitar as decisões políticas. Ao encontrar em um precedente um arranjo canônico de palavras, Hércules usará a técnica de interpretação das leis para decidir se o caso novo é abrangido ou não pelo arranjo canônico. Não obstante, a influência do precedente nos casos posteriores não se limita à força de um arranjo de cânones:

Juízes e advogados não acreditam que a força dos precedentes se esgote, como aconteceria com uma lei, pelos limites linguísticos de alguma frase específica. [...] a decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, mesmo quando estas se situam fora da sua órbita específica.<sup>224</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.089).

É essa força gravitacional que Hércules deve justificar na sua teoria geral do papel do precedente na decisão dos casos difíceis. A força gravitacional do precedente é explicada por

---

<sup>223</sup> No original: “[...] a special political theory that justifies this statute, in the light of the legislature's more general responsibilities”.

<sup>224</sup> No original: “Judges and lawyers do not think that the force of precedents is exhausted, as a statute would be, by the linguistic limits of some particular phrase. [...] earlier decision exerts a gravitational force on later decisions even when these later decisions lie outside its particular orbit.”

um apelo “[...] para garantir a equidade no tratamento de casos semelhantes.”<sup>225</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.090). Para Dworkin,

Um precedente é o relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, como um pedaço da história política, fornece alguma razão para decidir outros casos de forma semelhante no futuro.<sup>226</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.090).

Se a equidade é o princípio que justifica a força gravitacional dos precedentes, ou seja, a força dos casos passados sobre os casos futuros, o argumento de que os juízes ao estabelecerem regras jurídicas por meio de precedentes o fazem de modo que produz um benefício para a comunidade como um todo está errado. Isso porque esse é um argumento de política que tem o objetivo de realizar uma meta coletiva, um objetivo político não-individuado, e a equidade exige um tratamento individuado. Portanto, quando Hércules definir a força gravitacional de um precedente “[...] deve levar em consideração apenas os argumentos de princípio que justificam esse precedente”,<sup>227</sup> pois eles são objetivos políticos individuados que podem ser distribuídos de forma equânime (Dworkin, 1975, p. 1.092). Ademais, para Dworkin, a conclusão de que a força normativa do precedente decorre dos argumentos de princípio que o sustentam aponta, por sua vez, para uma conclusão ulterior: “Como a prática judicial em sua comunidade pressupõe que casos anteriores têm uma força gravitacional geral, ele só pode justificar essa prática judicial supondo que a tese dos direitos se aplica em sua comunidade.”<sup>228</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.093).

Em outras palavras, direitos individuais são antiutilitaristas porque prevalecem frente às metas coletivas e são antipositivistas porque as decisões judiciais nos casos difíceis não se limitam aos direitos criados explicitamente pela legislação. Decisões judiciais devem se fundamentar em argumentos de princípios e pressupor que existe uma força gravitacional dos precedentes passados sobre os casos futuros.

Ele [Hércules] agora vê que o conceito familiar usado pelos juízes para explicar seu raciocínio a partir de precedentes, o conceito de certos princípios que fundamentam ou estão incorporados no *common law*, é em si apenas uma declaração metafórica da tese dos direitos.<sup>229</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.093).

<sup>225</sup> No original: “[...] to the fairness of treating like cases alike.”

<sup>226</sup> No original: “A precedent is the report of an earlier political decision; the very fact of that decision, as a piece of political history, provides some reason for deciding other cases in a similar way in the future.”

<sup>227</sup> No original: “[...] must take into account only the arguments of principle that justify that precedent”.

<sup>228</sup> No original: “Since judicial practice in his community assumes that earlier cases have a general gravitational force, then he can justify that judicial practice only by supposing that the rights thesis holds in his community.”

<sup>229</sup> No original: “He now sees that the familiar concept used by judges to explain their reasoning from precedent, the concept of certain principles that underlie or are embedded in the common law, is itself only a metaphorical statement of the rights thesis.”

É nesse sentido que o juiz deve se esforçar para atuar como Hércules. Ele deve ser capaz de construir o conjunto de princípios abstratos e concretos que melhor justifica os precedentes do *common law*, isto é, uma teoria do papel do precedente. Este esquema de princípios deve também justificar as disposições constitucionais e legislativas integrando, assim, uma teoria da história institucional (Dworkin, 1975, p. 1.094). Essa não é uma tarefa fácil. Talvez seja, de fato, uma tarefa impossível para um juiz sem capacidades sobre-humanas desenvolver uma teoria complexa que identifica o conjunto de princípios que fundamentam os precedentes e as disposições constitucionais e legislativas. O direito pode, enfim, não ser uma rede sem costuras (*seamless web*), mas as partes em um caso difícil podem exigir que os juízes o tratem como se fosse. Dessa forma, a teoria de Hércules deve ser ampliada para incluir uma teoria dos erros institucionais, ou seja, uma teoria capaz de desconsiderar uma parte da história institucional por considerá-la um equívoco (Dworkin, 1975, p. 1.097). Sua teoria do erro deve mostrar quais são as consequências institucionais de se considerar uma regra jurídica legislativa ou de um precedente como um erro e deve limitar aquilo de que não se pode abrir mão (Dworkin, 1975, p. 1.099). A teoria dos erros é, portanto, uma forma de revisar o direito para manter a consistência da equidade e a coerência dos precedentes e dos dispositivos constitucionais e legislativos com a equidade e o conjunto de princípios que ela sustenta. É a costura necessária para manter a rede do direito coerente e consistente.

Finalmente, chegamos no último tópico, sobre como os juízes devem utilizar argumentos de moralidade política para decidir quais são os direitos jurídicos em casos difíceis. A tese dos direitos tem dois aspectos. O primeiro é descritivo: ele explica a estrutura da instituição da decisão judicial. O segundo é normativo: ele oferece uma justificação política dessa estrutura (Dworkin, 1975, p. 1.101). Nesse sentido, a tese dos direitos poderia sofrer a seguinte objeção. O argumento democrático afirma que os legisladores estão em posição superior para tomar decisões políticas. Os juízes, no entanto, estão em posição melhor para tomar decisões sobre princípios. Todavia, vimos no relato de Hércules que muitas decisões sobre direitos envolvem juízos de teoria política, ou seja, envolvem a elaboração de concepções de conceitos contestados, que podem ser elaborados diferentemente por diferentes juízes. E quanto a isso, pouco importa se as decisões são de princípios ou de políticas. Se Hércules decide os casos difíceis com base em juízos políticos, então decide com base em suas próprias convicções e preferências, e isso é inaceitável para a democracia e o Estado de Direito.

É essa objeção que Dworkin pretende afastar. A objeção acusa Hércules de se basear na moralidade política para decidir casos difíceis. No entanto, existem dois sentidos em que um juiz poderia basear decisões com base em suas próprias opiniões. Uma delas é repudiável e a

outra é inevitável. O juiz pode ser um cético quanto a assuntos de moralidade política e acreditar que nenhuma opinião vale mais do que qualquer outra, porque a moralidade não pode ser objetiva, e decidir por uma preferência política particular um caso que envolve a elaboração de um conceito contestado. Ou ele pode basear sua decisão numa crença ou opinião em um sentido diferente: considerando que determinada posição de moralidade política é verdadeira ou sólida o suficiente para sustentar uma decisão (Dworkin, 1975, p. 1.102). Segundo Dworkin, Hércules baseia-se na moralidade política no segundo sentido, que é inevitável. Nesse caso, a objeção se reduz ao fato de ele confiar na solidez de algumas de suas convicções políticas e ainda assim, dever acatar juízos emitidos por outros que ele acredita estarem errados.

A tese dos direitos pode exigir que Hércules às vezes tenha que tomar decisões contrárias à moralidade popular. Neste caso, porém, ele não aplica suas convicções contra as da comunidade.

Ele julga que a moralidade da comunidade é inconsistente nesta questão [...] Tais conflitos são familiares na moralidade individual; se quisermos usar o conceito de moralidade comunitária na teoria política, devemos reconhecer conflitos dentro dessa moralidade também. Não há dúvida, é claro, de como tal conflito deve ser resolvido. Os indivíduos têm direito à aplicação consistente dos princípios nos quais suas instituições se baseiam. É esse direito institucional, conforme definido pela moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião inconsistente, por mais popular que seja.<sup>230</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.104-5).

A teoria da decisão judicial de Hércules não o coloca, portanto, na posição de escolha entre as suas próprias convicções políticas e o conjunto de convicções políticas da comunidade como um todo. Sua teoria, na verdade, identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como fator determinante para a solução de controvérsias jurídicas. Essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que a história institucional pressupõe. Hércules deve, nesse sentido, “[...] confiar em seu próprio julgamento sobre quais são os princípios dessa moralidade, mas essa forma de confiança é a segunda forma que distinguimos, que em algum nível é inevitável.”<sup>231</sup> (Dworkin, 1975, p. 1.105).

<sup>230</sup> No original: “He rather judges that the community’s morality is inconsistent on this issue [...] Such conflicts are familiar within individual morality; if we wish to use the concept of a community morality in political theory, we must acknowledge conflicts within that morality as well. There is no question, of course, as to how such a conflict must be resolved. Individuals have a right to the consistent enforcement of the principles upon which their institutions rely. It is this institutional right, as defined by the community’s constitutional morality, that Hercules must defend against any inconsistent opinion however popular.”

<sup>231</sup> No original: “[...] rely on his own judgment as to what the principles of that morality are, but this form of reliance is the second form we distinguished, which at some level is inevitable.”

Sem dúvidas, algumas decisões de Hércules baseadas na moralidade comunitária identificada como institucionalmente praticada serão controversas. Isso é inevitável sempre que a história institucional tiver que ser justificada por meio de conceitos políticos contestados. Não obstante, o juiz, tal qual o árbitro de xadrez, está na posição para oferecer a melhor compreensão do conceito. Ele avalia o conceito de dentro, a partir do conjunto de valores que aprova o conceito. Nesse sentido, a moralidade social constitui a fonte da moralidade institucional na qual os juízes se baseiam para decidir e construir concepções de conceitos contestados (Dworkin, 1975, p. 1.107). Disso não se segue, contudo, que os juízes cheguem todos às mesmas decisões. A teoria da decisão judicial de Hércules não promete isso, nem sustenta que qualquer juiz está imune ao erro ao emitir um juízo político. Ainda assim, é uma teoria da decisão mais sofisticada do que a tese positivista da discricionariedade.

### **Seção 3. O Império do Direito**

#### 3.1. Introdução

Em 1986 Dworkin publica sua grande obra de teoria do direito, *Law's Empire*.<sup>232</sup> Nela, Dworkin aprimora sua concepção do direito. O direito é um exercício de interpretação construtiva cujo objetivo é oferecer a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas. Segundo essa concepção, a estrutura do raciocínio jurídico só pode ser compreendida quando identificamos e distinguimos as diversas dimensões do valor político, que Dworkin analisa nas bases políticas da integridade, comunidade e fraternidade.

Nas seções 1 e 2 deste trabalho vimos as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, especialmente à tese da discricionariedade, que afirma que nos casos difíceis os juízes encontram o limite do direito explícito e em seguida exercem um poder discricionário para legislar acerca daquilo que o direito ainda tratou explicitamente. Na seção 3 vimos a proposta de uma solução alternativa de Dworkin: a decisão nos casos difíceis exige o desenvolvimento de uma teoria da história institucional e do *common law* que, por sua vez, exige o uso dos princípios implícitos nas práticas jurídicas por meio de uma “força gravitacional” dos precedentes sobre os casos futuros. Dworkin sustentou, contra o positivismo jurídico, naqueles

---

<sup>232</sup> Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

textos e em outros,<sup>233</sup> que existem respostas corretas para a maioria dos casos difíceis. Neste livro, Dworkin sustenta que os críticos não compreenderam a controvérsia sobre respostas corretas. Ele afirma que a controvérsia é uma questão de moralidade e, não de metafísica, e que entendida dessa forma, é pouco convincente a tese cética da inexistência de respostas corretas (Dworkin, 1986, p. ix).

Por que descobrir como os juízes decidem os casos importa? No estado de direito, as pessoas estão em posição de ganhar ou perder muito mais com as decisões dos tribunais do que com qualquer ato do poder legislativo. Muito mais está em jogo do que o dinheiro envolvido nos casos civis e a liberdade envolvida nos casos criminais. A decisão judicial carrega uma dimensão moral. O juiz não decide apenas quem tem o direito ou o dever ao quê, mas quais são as responsabilidades morais em determinadas situações (Dworkin, 1986, p. 1). Nos países de tradição de *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos, essa importância é ainda mais destacada, “[...] porque o direito frequentemente se torna o que os juízes dizem que é.”<sup>234</sup> (Dworkin, 1986, p. 2). E se é importante saber como os juízes decidem, é igualmente importante saber o que eles pensam que é o direito, e quando divergem, que tipo de divergência é essa. Os processos judiciais levantam pelo menos três tipos de questões: questões de fato, questões de direito e questões entrelaçadas de moralidade política e fidelidade (Dworkin, 1986, p. 3). As primeiras questões que integram o primeiro tipo são bem diretas. Se juízes divergem sobre os fatos concretos, o desacordo nas decisões é causado e explicado pelo fato de que eles divergem sobre o que aconteceu e quais registros históricos comprovam esses acontecimentos. As questões do terceiro tipo são igualmente conhecidas. Se os juízes divergem sobre o que é certo ou errado eles divergem nos seus juízos morais sobre o que deve ser feito. As questões de direito, no entanto, são diferentes. Juízes e advogados divergem, frequentemente, sobre qual direito norteia o caso. Sobre o que é essa divergência?

Questões de direito dizem respeito à verdade ou falsidade de proposições jurídicas que afirmam o que o direito permite, proíbe ou autoriza (Dworkin, 1986, p. 4). As proposições jurídicas variam entre abstratas ou concretas. Os juristas e as pessoas leigas pressupõem que as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas. De fato, argumenta Dworkin:

Todos pensam que as proposições de direito são verdadeiras ou falsas (ou nenhuma delas) em virtude de outros tipos mais familiares de proposições das quais essas proposições de direito são (como poderíamos colocar) parasitárias. Essas proposições

<sup>233</sup> Ver o capítulo 5, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, de Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

<sup>234</sup> No original: “[...] because the law often becomes what judges say it is.”

mais familiares fornecem o que eu chamarei de “fundamentos” do direito”.<sup>235</sup> (Dworkin, 1986, p. 4).

O exemplo ilustrativo de Dworkin é a lei de trânsito da Califórnia. As pessoas acreditam na verdade da proposição de que “é proibido dirigir acima de 55 milhas por hora” naquele estado porque seus legisladores determinaram uma lei sobre o tema. Assim, podemos diferenciar duas maneiras pelas quais juízes e advogados podem divergir sobre a verdade de uma proposição jurídica. Eles podem estar de acordo sobre os fundamentos do direito mas discordar a respeito de se os fundamentos foram corretamente observados em um caso específico. Eles podem, por outro lado, concordar, por exemplo, com a lei de trânsito no estado da Califórnia que estabelece o limite de velocidade em 55 milhas por hora, mas discordar sobre se, em um caso específico, alguém violou o limite de velocidade porque o radar utilizado não havia sido submetido a revisão periódica pré-estabelecida. Esta é uma divergência empírica sobre o direito. É possível, no entanto, que se trate de um tipo distinto e mais problemático de divergência. De acordo com Dworkin, decisores “[...] podem discordar sobre os fundamentos do direito, sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam uma determinada proposição de direito verdadeira.”<sup>236</sup> (Dworkin, 1986, p. 5). Dworkin ilustra este terceiro caso com a regra geral do *common law* inglês do século XIX que declara que um operário de uma fábrica não podia exigir indenização judicial de seu patrão se tivesse sofrido um dano devido à negligência de um colega de trabalho<sup>237</sup> (Dworkin, 1986, p. 2). Juízes e advogados poderiam concordar empiricamente sobre o que o direito dizia sobre a indenização por acidentes de trabalho, mas poderiam discordar sobre se “[...] as leis e decisões judiciais esgotam os fundamentos pertinentes do direito.”<sup>238</sup> (Dworkin, 1986, p. 5). Depois de muita disputa, em 1948 a regra foi definitivamente abandonada.<sup>239</sup> Esta era uma divergência teórica sobre o direito. A divergência teórica é, portanto, uma divergência sobre os fundamentos do direito. É uma divergência sobre o que o direito é, mesmo quando todos estão de acordo sobre quais são as leis e as decisões judiciais pertinentes. Que tipo de divergência é essa? Como podemos dizer qual argumento é melhor numa divergência teórica?

<sup>235</sup> No original: “Everyone thinks that propositions of law are true or false (or neither) in virtue of other, more familiar kinds of propositions on which these propositions of law are (as we might put it) parasitic. These more familiar propositions furnish what I shall call the ‘grounds’ of law.”

<sup>236</sup> No original: “[...] might disagree about the grounds of law, about which other kinds of propositions, when true, make a particular proposition of law true.”

<sup>237</sup> Nota no original: *Priestley vs. Fowler* [1837] 3 M. & W. 1.

<sup>238</sup> No original: “[...] statute books and judicial decisions exhaust the pertinent grounds of law.”

<sup>239</sup> Nota no original: Law Reform (Personal Injuries) Act 1948, 35 *Halsbury’s Statutes of England* 548 (3. ed.).

Conforme Dworkin, a atenção geral estava voltada para as questões de moralidade e fidelidade. Os juristas e o público leigo querem saber se os juízes dos grandes casos “descobrem” ou se “inventam” o direito (Dworkin, 1986, p. 5). Mas os juízes quase nunca refletem se devem ou não aplicar o direito uma vez que acreditam terem estabelecido qual é o seu verdadeiro sentido. O debate público era, no fundo, sobre a divergência teórica, mas disfarçado de questões de moralidade e fidelidade. Num sentido trivial os juízes realmente “criam novos direitos” quando decidem os casos difíceis, como quando decidem que os funcionários têm direito à indenização por acidentes de trabalho. Mas apresentam esses “novos direitos” como se fossem “[...] relatos aperfeiçoados do que o direito, devidamente compreendido, já é”<sup>240</sup> (Dworkin, 1986, p. 6). Em outras palavras, uma nova formulação dos direitos se faz necessária em razão da percepção mais correta sobre os verdadeiros fundamentos do direito. O debate público sobre se os juízes “descobrem” ou “inventam” o direito é, portanto, um debate sobre a divergência teórica dos fundamentos do direito. Se os juízes descobriam que acidentes de trabalho devem ser indenizados, é porque já acreditavam que os trabalhadores mereciam indenização, antes mesmo da decisão declarar isso. Se os juízes inventaram (criaram) esse direito à indenização, então os acidentes anteriores não mereciam indenização e os juízes mudaram o direito com sua decisão. Esse debate seria empírico se todos estivessem de acordo sobre os fundamentos do direito.

Mas, como advogados e juízes discordam teoricamente, o debate sobre se os juízes fazem ou encontram o direito é parte desse desacordo, embora não contribua em nada para resolvê-lo, porque a questão real nunca vem à tona.<sup>241</sup> (Dworkin, 1986, p. 6).

Existem aqueles que afirmam que a divergência teórica é uma ilusão, que os advogados e juízes estão de acordo sobre os fundamentos do direito. É o que Dworkin chama de visão da simples questão de fato (*plain-fact view*) dos fundamentos do direito (Dworkin, 1986, p. 7). Para essa visão, o direito seria nada mais do que aquilo que as instituições jurídicas, como o poder legislativo ou os tribunais, decidiram no passado. Assim, as questões sobre o direito sempre poderiam ser respondidas por meio do exame dos arquivos que guardam os registros institucionais:

O direito existe como um fato simples, em outras palavras, e o que o direito é de forma alguma depende do que ele deveria ser. Por que, então, advogados e juízes às vezes

<sup>240</sup> No original: “[...] statements of law as improved reports of what the law, properly understood, already is.”

<sup>241</sup> No original: “But since lawyers and judges do disagree in the theoretical way, the debate about whether judges make or find law is part of that disagreement, though it contributes nothing to resolving it because the real issue never rises to the surface.”

parecem ter um desacordo teórico sobre o direito? Porque quando parecem discordar teoricamente sobre o que o direito é, eles estão, na verdade, discordando sobre o que ele deveria ser. Seu desacordo é, na verdade, sobre questões de moralidade e fidelidade, não de direito.<sup>242</sup> (Dworkin, 1986, p. 7).

Diante da visão do direito como simples fato surgem duas posições leigas: a conservadora e a progressista (Dworkin, 1986, p. 8). A primeira afirma que os juízes devem sempre decidir seguindo o direito, sem tentar aperfeiçoá-lo. A segunda, ao contrário, afirma que os juízes devem tentar melhorar o direito sempre que possível. Dworkin nos apresenta ainda a versão acadêmica da visão do direito como simples fato. Ela assume que muitas vezes o direito é silente em relação a alguns casos.

Nessas circunstâncias, segundo a versão acadêmica, nenhuma forma de decisão pode considerar que aplicar o direito é melhor que mudá-lo. Nesse caso, o juiz não tem outra opção senão exercer o poder discricionário de criar um novo direito, preenchendo lacunas onde o direito é omissivo e tornando-o mais preciso onde é vago.<sup>243</sup> (Dworkin, 1986, p. 8-9).

Isso não justifica a visão do direito como simples fato, enquanto uma visão de que o direito é uma questão de fato histórico e nunca depende da moralidade. Apenas nos informa de que, às vezes, pode ser o caso de que o direito não fornece nenhuma norma jurídica para uma situação específica. Em apoio à tese da discricionariedade, os defensores do direito como simples fato afirmam que “[...] não há respostas certas, mas apenas respostas diferentes para questões jurídicas difíceis.”<sup>244</sup> (Dworkin, 1986, p. 10). Isso, contudo, é contraditório. Se eles afirmam que os juízes decidem, ainda que discricionariamente, de uma forma e não de outra nos casos difíceis, é porque consideram que seus argumentos são melhores que os argumentos contrários, e não apenas diferentes.

É nesse sentido que Dworkin afirma que o direito é uma prática *argumentativa* (Dworkin, 1986, p. 13). Sob esse aspecto argumentativo, a prática do direito pode ser estudada de duas maneiras. De um ponto de vista externo, pergunta-se por que certos tipos de argumentos se desenvolvem em determinado momento histórico ou circunstância social. De um ponto de vista interno, de quem faz reivindicações práticas, pergunta-se quais reivindicações são bem

---

<sup>242</sup> No original: “Law exists as a plain fact, in other words, and what the law is in no way depends on what it should be. Why then do lawyers and judges sometimes appear to be having a theoretical disagreement about the law? Because when they appear to be disagreeing in the theoretical way about what the law is, they are really disagreeing about what it should be. Their disagreement is really over issues of morality and fidelity, not law.”

<sup>243</sup> No original: “In these circumstances, according to the academic version, no way deciding can count as enforcing rather than changing the law. Then the judge has no option but to exercise a discretion to make new law by filling gaps where the law is silent and making it more precise where it is vague.”

<sup>244</sup> No original:

fundadas e por quê. Dworkin adota o ponto de vista interno para compreender a natureza argumentativa da prática jurídica (Dworkin, 1986, p. 14), visto que ele está interessado nas divergências teóricas sobre questões de direito, ou seja, quais são os fundamentos do direito que permitem afirmar que uma proposição jurídica é verdadeira e avaliar que uma decisão jurídica num caso difícil é acertada ou equivocada. Então ele nos apresenta alguns casos famosos decididos por tribunais ingleses e estadunidenses para demonstrar como a tese do simples fato distorce a prática jurídica, que pressupõe que argumentos jurídicos são verdadeiros e não apenas diferentes, disponíveis à discricionariedade dos juízes. Apresento dois dos exemplos de Dworkin. O primeiro diz respeito a uma divergência teórica sobre os fundamentos do direito no caso de uma lei e o segundo, no caso de um precedente.

O primeiro é o caso, usado anteriormente por Dworkin,<sup>245</sup> *Riggs vs. Palmer*. Elmer era herdeiro e o principal beneficiário do testamento de seu avô. Ele assassina seu avô para receber a herança, mas é descoberto e preso. No entanto, a lei de sucessões de Nova Iorque não previa, e portanto, não proibia, que um assassino herdasse de sua vítima. A defesa de Elmer afirmou que o fato do assassinato na esfera criminal não violava a lei de sucessão na esfera civil, de modo que ele devia receber a herança – e que se o tribunal decidisse o contrário, estaria mudando o que o direito é por suas próprias convicções morais. Os juízes sabiam que deviam decidir conforme o direito, mas divergiam quanto à verdadeira fundamentação do direito. Eles divergiam “[...] sobre o que o direito realmente era, sobre o que a lei exigia quando lida corretamente.”<sup>246</sup> (Dworkin, 1986, p. 16). Em outras palavras, sua divergência não era sobre o que a lei dizia, mas qual era a verdadeira interpretação do que ela dizia. O voto do juiz Gray argumentava que a correta interpretação da lei não continha exceções para assassinos, portanto, Elmer devia receber a herança. O voto do juiz Earl, porém, argumentava que a verdadeira interpretação da lei devia considerar as *intenções* dos legisladores (Dworkin, 1986, p. 18). Seria absurdo imaginar, defendeu Earl, que os legisladores da lei de sucessões pretendessem que assassinos herdassem de suas vítimas. (Dworkin afirma que o argumento de Earl não rejeita qualquer consequência que os legisladores não tenham pensado, mas apenas as consequências que eles teriam rejeitado se tivessem refletido sobre ela). O ponto de Earl prevaleceu; Elmer não recebeu a herança. A controvérsia entre Gray e Earl não dizia respeito à questão de se os juízes deveriam seguir a lei cegamente ou adaptá-la conforme as necessidades atuais. A controvérsia era sobre a natureza da lei, ou seja, sobre aquilo que realmente dizia respeito a própria lei sancionada pelos legisladores (Dworkin, 1986, p. 20).

---

<sup>245</sup> *Riggs vs. Palmer*, 115, Nova York, 506, 22 N.E. 188 (1889). Ver página 114 desta dissertação.

<sup>246</sup> No original: “[...] about what the law actually was, about what the statute required when properly read.”

O segundo caso, *McLoughlin vs. O'Brian*,<sup>247</sup> não dependia da verdadeira interpretação de uma lei, mas da correta interpretação de um precedente, isto é, de um conjunto de decisões anteriores que se aplicam aos novos casos que se assemelhavam em aspectos importantes. Os filhos e o marido da senhora McLoughlin sofreram um grave acidente de trânsito. Ela foi avisada do acidente e dirigiu-se ao hospital, onde teve um colapso nervoso ao saber da morte de uma filha e o estado grave dos outros filhos e do marido. Ela processou o motorista responsável pelo acidente, exigindo indenização por danos morais. Sua defesa apresentou várias decisões favoráveis a pedidos de indenização por danos morais de pessoas que presenciaram familiares em situação de grave acidente. Todavia, os pleiteantes haviam estado na cena do acidente, ou chegaram nela logo em seguida. O caso da senhora McLoughlin fazia jus à indenização? O juiz de primeira instância decidiu que as diferenças entre os casos do precedente e o caso da senhora McLoughlin eram discrimináveis, ou seja, diferentes o suficiente em aspectos pertinentes para justificar ela não receber a indenização, visto que nos casos precedentes o pleiteante sofreu o dano moral ao presenciar o acidente no local onde ocorreu e, no caso da senhora McLoughlin, ocorrera apenas horas mais tarde no hospital:

Juízes tanto na Grã-Bretanha quanto nos Estados Unidos seguem o princípio do *common law* de que pessoas que agem de forma descuidada são responsáveis apenas por danos razoavelmente previsíveis a terceiros, danos que uma pessoa razoável anteciparia se refletisse sobre o assunto.<sup>248</sup> (Dworkin, 1986, p 26).

Ela recorreu ao Tribunal de Apelação. O tribunal confirmou a decisão da primeira instância, mas argumentou de maneira diferente. Afirmou que era previsível que a senhora McLoughlin sofresse um colapso nervoso mesmo fora do local do acidente. O tribunal não afastou a indenização por essa razão, mas por uma razão “política” (Dworkin, 1986, p. 27). Afirmaram que reconhecer que o dano moral sofrido fora do local do acidente fazia jus à indenização alargaria a responsabilidade dos motoristas e aumentaria o número de casos nos tribunais. A senhora McLoughlin apelou à Câmara dos Lordes, que revogou a decisão. Eles afirmaram

[...] que seria errado os tribunais negarem a indenização a um autor que, de outra forma, seria meritório pelos *tipos* de razões que o Tribunal de Apelação mencionou e que os outros lordes consideraram que poderiam ser suficientes em algumas circunstâncias. Os precedentes deveriam ser considerados distinguíveis, disseram eles, apenas se os *princípios* morais assumidos nos casos anteriores, por algum

<sup>247</sup> *McLoughlin vs. O'Brian* [1983] 1 A.C. 410, modificando [1981] Q.B. 599.

<sup>248</sup> No original: “Judges in both Britain and America follow the common law principle that people who act carelessly are liable only for reasonably foreseeable injuries to others, injuries a reasonable person would anticipate if he reflected on the matter.”

motivo, não se aplicassem ao autor da mesma forma. E uma vez que se admite [...] que os danos a uma mãe no hospital, horas após um acidente, são razoavelmente previsíveis para um motorista descuidado, então nenhuma diferença de princípio moral pode ser encontrada entre os dois casos. Congestionamento nos tribunais ou um aumento no preço do seguro de responsabilidade civil de automóveis, disseram eles, por mais inconvenientes que possam ser para a comunidade como um todo, não podem justificar a recusa de fazer valer direitos e deveres individuais que foram reconhecidos e cumpridos anteriormente.<sup>249</sup> (Dworkin, 1986, p. 28).

Os casos Elmer e McLoughlin são contraexemplos à tese do direito como simples questão de fato. Essa visão sustenta que o direito é uma mera questão de fato histórico, portanto, que a única divergência sobre ele é uma divergência empírica sobre o que as instituições realmente decidiram no passado, e que a divergência teórica sobre os fundamentos do direito, na verdade, é uma divergência sobre moralidade, sobre aquilo que o direito deveria ser. Os casos discutidos, no entanto, parecem oferecer argumentos sobre qual é a verdadeira interpretação do direito, e não sobre moralidade, fidelidade ou reparação do direito (Dworkin, 1986, p. 31). Por que alguns filósofos do direito insistem que essa aparência é uma ilusão? Alguns deles defendem o que Dworkin chama, com alguma imprecisão, de “teorias semânticas do direito” (Dworkin, 1986, p. 32). Eles defendem que o direito depende de critérios linguísticos específicos e acreditam que contestá-los ou rejeitá-los seria autocontraditório. Essa visão assume que

Todos nós usamos os mesmos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre o que o direito é, mas ignoramos quais são esses critérios. Os filósofos do direito devem elucidá-los para nós por meio de um estudo sensível de como falamos. Eles podem discordar entre si, mas isso por si só não lança dúvidas sobre sua suposição comum, que é a de que compartilhamos algum conjunto de padrões sobre como o “direito” deve ser usado.<sup>250</sup> (Dworkin, 1986, p. 32).

Os filósofos que insistem que juízes e advogados seguem certos critérios linguísticos para avaliar as proposições jurídicas produziram, talvez sem perceber, teorias que identificam determinados critérios semânticos com o direito. Nesse sentido, as teorias do positivismo

---

<sup>249</sup> No original: “[...] it would be wrong for courts to deny recovery to an otherwise meritorious plaintiff for the kinds of reasons the Court of Appeal had mentioned and which the other law lords had said might be sufficient in some circumstances. The precedents should be regarded as distinguishable, they said, only if the moral principles assumed in the earlier cases for some reason did not apply to the plaintiff in the same way. And once it is conceded [...] that the damage to a mother in the hospital hours after an accident is reasonably foreseeable to a careless driver, then no difference in moral principle can be found between the two cases. Congestion in the courts or a rise in the price of automobile liability insurance, they said, however inconvenient these might be to the community as a whole, cannot justify refusing to enforce individual rights and duties that have been recognized and enforced before.”

<sup>250</sup> No original: “We all use the same factual criteria in framing, accepting, and rejecting statements about what the law is, but we are ignorant of what these criteria are. Philosophers of law must elucidate them for us by a sensitive study of how we speak. They may disagree among themselves, but that alone casts no doubt on their common assumption, which is that we do share some set of standards about how ‘law’ is to be used.”

jurídico são teorias semânticas (criteriais) do direito porque pretenderam apresentar a definição do conceito de direito ou do uso do conceito de direito. As teorias positivistas também sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, visto que acreditam que não existem divergências teóricas sobre os fundamentos do direito, mas apenas divergências empíricas sobre quais fatos históricos representam as decisões das instituições jurídicas do passado. Assim, o que difere as teorias positivistas entre si são quais são os fatos empíricos que fundamentam o direito (Dworkin, 1986, p. 33).

Para John Austin, por exemplo, o fundamento do direito era um Soberano habitualmente obedecido que não obedecia a ninguém: o “[...] direito é uma questão de decisões históricas de pessoas em posições de poder político”<sup>251</sup> (Dworkin, 1986, p. 34). H. L. A. Hart, por sua vez, ofereceu uma teoria positivista mais sofisticada. Ele afirmava que o verdadeiro fundamento do direito estava na aceitação, por parte da comunidade, mas especialmente pelos oficiais, de uma regra fundamental (que ele chamou de regra de reconhecimento) que possibilita a existência de regras que tratam sobre regras. Assim, para Hart, o direito não depende do poder coercitivo, mas de uma prática social de aceitar uma convenção sobre os critérios da regra de reconhecimento que determina a validade jurídica das demais regras do sistema.

É importante ressaltar que o rival do positivismo jurídico, o direito natural, também é uma teoria semântica, de acordo com Dworkin. Sob a rubrica comum do direito natural, as várias teorias jusnaturalistas sustentam que “[...] os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas pelo menos até certo ponto morais, para decidir quais proposições de direito são verdadeiras.”<sup>252</sup> (Dworkin, 1986, p. 35). Logo, o jusnaturalismo sustenta que não apenas fatos empíricos, mas principalmente fatos morais, são definidores para a verdade das proposições jurídicas. No entanto, Dworkin se preocupa apenas com o positivismo porque é “[...] a teoria semântica que sustenta a visão do direito como simples questão de fato e a alegação de que o argumento genuíno sobre o direito deve ser empírico em vez de teórico”<sup>253</sup> (Dworkin, 1986, p. 37).

Se o positivismo estivesse certo, a divergência teórica sobre os fundamentos do direito nos casos *Elmer* e *McLoughlin* seria uma grande farsa. Mas não era isso que tinha ocorrido. Os juízes Gray e Earl estavam disputando qual era a melhor interpretação da lei de sucessões, e se ela corretamente compreendida, excluía ou não o assassino do testamento de sua vítima. Eles

<sup>251</sup> No original: “[...] law is a matter of historical decisions by people in positions of political power”.

<sup>252</sup> No original: “[...] lawyers follow criteria that are not entirely factual, but at least to some extent moral, for deciding which propositions of law are true.”

<sup>253</sup> No original: “[...] the semantic theory that supports the plain-fact view and the claim that genuine argument about law must be empirical rather than theoretical.”

não estavam debatendo o que fazer na ausência de uma cláusula clara que proíbe os assassinos de herdarem de suas vítimas, mas qual era o conteúdo da lei quando corretamente interpretada. Da mesma forma na interpretação dos precedentes pelos juízes no caso da senhora McLoughlin.

Por conseguinte, sendo o argumento jurídico relativo aos fundamentos do direito, os juristas não podem usar os mesmos critérios factuais (semânticos) para afirmar a veracidade ou falsidade de proposições jurídicas. Os defensores da “teoria semântica” seguem acreditando, contra todas as evidências, que os juristas seguem regras comuns para o uso do conceito de direito. Dworkin afirma que eles sofrem com algum bloqueio. Que bloqueio é esse? O problema das teorias semânticas é considerar que, se duas pessoas usam critérios factuais diferentes para decidir se uma proposição jurídica é verdadeira, então cada um tem uma concepção diferente do que é o direito. De acordo com esta visão, se Gray e Earl estão se baseando em critérios semânticos distintos que cada um deles acredita que a lei de sucessões exige, eles não estão debatendo sobre o que a lei, devidamente compreendida, realmente é. Eles estão falando sozinhos, sem entender um ao outro. A divergência sobre a verdadeira interpretação de uma lei ou precedente não é semântica, neste sentido criterial, mas de outra natureza.

### 3.2. Conceitos Interpretativos

O bloqueio que os “filósofos semânticos” sofrem é chamado de agulhão semântico (*semantic sting*) (Dworkin, 1986, p. 45). Em linhas gerais, os filósofos semânticos afirmam que ou nós usamos os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não podemos decidir que uma afirmação é verdadeira ou falsa porque não podemos encontrar ou não sabemos quais são os significados dos conceitos por falta de critérios semânticos. Nesse sentido, eles oferecem teorias semânticas do direito: tentam identificar as regras fundamentais que *devem* estar na prática jurídica (Dworkin, 1986, p. 45-46). No entanto, afirma Dworkin, a divergência real que existe sobre o direito não se ajusta à imagem das teorias semânticas. Ela serve apenas quando as divergências são sobre fatos históricos ou sociais ou palavras específicas nas leis ou decisões anteriores. Mas no direito as divergências são, frequentemente, teóricas. São sobre os fundamentos que tornam as proposições jurídicas verdadeiras, e não divergências empíricas. São teóricas e não empíricas porque as divergências sobre o direito são, na maior parte do tempo, argumentativas e não semânticas. As teorias semânticas não se sustentam quando os membros da comunidade, que compartilham práticas e tradições, afirmam quais são as melhores interpretações de suas práticas e tradições (Dworkin, 1986, p. 46).

Antes de demonstrar como o modelo interpretativo se ajusta melhor ao argumento jurídico num sentido mais estreito e ao direito num sentido mais amplo, em oposição ao modelo semântico, Dworkin analisa uma instituição mais simples. Ele imagina uma comunidade hipotética que segue um conjunto de “regras de cortesia”. Essas regras determinam comportamentos em algumas situações sociais, como a deferência dos camponeses aos nobres. A prática existe e é reproduzida durante algum tempo sem questionamentos. Mas lentamente essa prática se modifica. As pessoas desenvolvem uma “atitude interpretativa” em relação às regras da cortesia. Primeiro, eles passam a acreditar que a prática social de seguir as regras de cortesia envolve algum valor, ou seja, segue algum propósito ou reforça algum princípio, que é independente da mera descrição das regras que constituem a prática. Depois, eles começam a perceber que o que a cortesia exige não é fixo, mas deve ser compreendido de acordo com esse valor (Dworkin, 1986, p. 47). Nesse sentido, o valor e o conteúdo das regras da cortesia são dois lados da mesma moeda; eles se “entrelaçam” (Dworkin, 1986, p. 48). Antes de desenvolverem uma atitude interpretativa, os membros da comunidade presumiam que tinham um conjunto de direitos e deveres estabelecidos pelas regras da cortesia. A partir do seu desenvolvimento, seus membros começaram a rejeitar alguns desses direitos e deveres e a afirmar outros. A interpretação alterou a prática social da cortesia, e sua nova forma permite novas reinterpretações futuras, conforme o valor da cortesia se altera no entendimento da comunidade.

Essa é uma avaliação histórica e coletiva de como a tradição da cortesia se modifica com o passar do tempo. Dworkin também examina a dinâmica da modificação de uma forma atual e não histórica e individual e não coletiva. Precisamos observar os tipos de juízos, decisões e argumentos que produzem respostas individuais à tradição da cortesia, ou seja, “[...] como a atitude [...] interpretativa funciona a partir do interior, do ponto de vista dos intérpretes.”<sup>254</sup> (Dworkin, 1986, p. 49). Segundo Dworkin, “[...] uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática de ordem superior de uso de conceitos interpretativos.”<sup>255</sup> (Dworkin, 1986, p. 49). Como ele acredita que o direito é um conceito interpretativo, ele desenvolve uma teoria capaz de explicar a interpretação de estruturas e práticas sociais – como cortesia e o direito.

A interpretação de uma prática social é apenas uma *forma* de interpretação de um *tipo* de objeto que pode ser interpretado. Mas na vida em sociedade, marcada pela comunicação, a

---

<sup>254</sup> No original: “[...] how the attitude [...] interpretive works from the inside, from the point of view of interpreters.”

<sup>255</sup> No original: “[...] a theory of interpretation is an interpretation of the higher-order practice of using interpretive concepts.”

interpretação acontece a todo momento. A forma mais comum e ordinária de interpretação é a conversação. Interpretamos sons e sinais que os outros emitem com o objetivo de dar e compreender o sentido do que é dito. A interpretação artística, por sua vez, exige um outro tipo de contexto social. Interpretamos a arte com o objetivo de justificar uma visão sobre seu significado. A interpretação de uma prática social é semelhante à interpretação artística nesse sentido: “[...] ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação”<sup>256</sup> (Dworkin, 1986, p. 50). Para Dworkin, a interpretação artística e a interpretação de uma prática social são formas do que ele chama de “interpretação criativa”. A interpretação criativa é *construtiva*, no sentido de que o intérprete impõe ao objeto ou prática interpretados um valor ou propósito, com o objetivo de tornar o objeto ou a prática o melhor possível (Dworkin, 1986, p. 52).

Contra esse argumento, a seguinte objeção pode ser levantada: alguém poderá afirmar que a interpretação criativa não pode ser construtiva, mas tem que ser conversacional, no sentido de que tenta compreender o objeto ou prática por meio da intenção do autor e não por meio do propósito do intérprete. Em outras palavras, que interpretar é descobrir os motivos ou as intenções do autor e não envolve atribuição de valor pelo intérprete àquilo que é interpretado (Dworkin, 1986, p. 54). Obras de arte são criadas por autores bem definidos, portanto, a compreensão desse tipo de objeto envolve a descoberta das suas intenções. A interpretação de uma prática social, como a cortesia, envolve o discernimento das intenções de seus praticantes, visto que não há *um* autor. No direito, às vezes, há um autor definido, mas às vezes não, de modo que sua interpretação é complexa. De todo modo, ela seria conversacional e não interpretativa porque as intenções relevantes são as dos autores ou dos praticantes e não dos intérpretes.

A interpretação criativa, como a interpretação artística, deveria assim ser conversacional, ou seja, a busca do intérprete pela intenção do autor, e não construtiva, que exige do intérprete a atribuição de um valor naquilo que o autor fez? Em outras palavras, existe uma distinção nítida entre desvendar a intenção de um artista e encontrar valor naquilo que ele fez? (Dworkin, 1986, p. 55). Para Dworkin, não. A interpretação artística não é uma mera interpretação conversacional voltada ao autor. Ela exige, inevitavelmente, o engajamento das opiniões do intérprete, “[...] exatamente da maneira que o relato construtivo da interpretação

---

<sup>256</sup> No original: “[...] both aim to interpret something created by [...] people as an entity distinct from them, rather than what people say, as in conversational interpretation”.

criativa sugere, porque busca encontrar os melhores meios para expressar”<sup>257</sup> aquilo que o autor inclusive pode não ter formulado conscientemente (Dworkin, 1986, p. 56). Neste sentido:

[...] mesmo que rejeitemos a tese de que a interpretação criativa visa descobrir alguma intenção histórica real, o conceito de intenção fornece, no entanto, a estrutura formal para todas as reivindicações interpretativas. Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma maneira de ver o que é interpretado – uma prática ou tradição social, tanto quanto um texto ou pintura – como se isso fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou propósitos, um “ponto”, em vez de outro. Essa estrutura é necessária para uma interpretação, mesmo quando o material a ser interpretado é uma prática social, mesmo quando não há um autor histórico cuja mente histórica possa ser sondada. Uma interpretação de cortesia em nossa história imaginária terá um ar intencional, mesmo que a intenção não possa pertencer a ninguém em particular ou mesmo às pessoas em geral.<sup>258</sup> (Dworkin, 1986, p. 58-59).

A objeção sustenta que a interpretação criativa deve ser neutra, ou seja, o intérprete não deve interpretar atribuindo valor ao que o autor fez, mas à intenção dele com o que ele de fato fez. Como a objeção se sustenta no caso em que o objeto da interpretação é uma prática social, como a cortesia, que não tem *um* autor cuja intenção deve ser buscada? Poderia se afirmar que interpretar uma prática social é descobrir as intenções dos participantes da prática ou da própria comunidade (Dworkin, 1986, p. 62-63). Contudo, uma característica importante de uma prática social argumentativa é que uma afirmação interpretativa não é apenas uma afirmação sobre aquilo que outros intérpretes pensam ser a prática social. A interpretação de uma prática social exige a adoção do ponto de vista interno, ou seja, que seus participantes adiram à prática e ofereçam argumentos sobre o que eles acreditam que a prática exige. Portanto, a objeção de que a interpretação criativa é sempre conversacional não se sustenta. A interpretação criativa é principalmente construtiva, no sentido de que exige do intérprete a formulação de argumentos que mostram o objeto ou a prática em sua melhor luz. Dworkin ainda afastará uma última objeção: a de que “[...] a interpretação construtiva não pode ser objetiva”<sup>259</sup> (Dworkin, 1986, p. 65). Mas antes ele desenvolve um pouco mais a interpretação construtiva, agora no caso de uma prática social mais complexa – como o direito.

<sup>257</sup> No original: “[...] in just the way the constructive account of creative interpretation suggests, because it seeks to find the best means to express”.

<sup>258</sup> No original: “[...] even if we reject the thesis that creative interpretation aims to discover some actual historical intention, the concept of intention nevertheless provides the formal structure for all interpretive claims. I mean that an interpretation is by nature the report of a purpose; it proposes a way of seeing what is interpreted – a social practice or tradition as much as a text or painting – as if this were the product of a decision to pursue one set of themes or visions or purposes, one ‘point,’ rather than another. This structure is required of an interpretation even when the material to be interpreted is a social practice, even when there is no historical author whose historical mind can be plumbed. An interpretation of courtesy, in our imaginary history, will wear an intentional air even though the intention cannot belong to anyone in particular or even people in general.”

<sup>259</sup> No original: “[...] constructive interpretation cannot be objective.”

Nas práticas sociais mais complexas a interpretação construtiva acontece em três etapas.<sup>260</sup> Em primeiro lugar, uma etapa pré-interpretativa na qual as regras dos demais padrões que fornecem o conteúdo da prática são identificados. Em segundo, uma etapa interpretativa na qual o intérprete fornece uma justificativa geral para o conteúdo da prática identificada. Por fim, uma etapa pós-interpretativa na qual há um ajuste daquilo que a prática “realmente” requer, “[...] de modo a melhor servir à justificativa que ela aceita na etapa interpretativa”<sup>261</sup> (Dworkin, 1986, p. 66). Isso nos fornece uma estrutura analítica da interpretação construtiva no direito. Mas na prática a interpretação é menos deliberada. As pessoas observam a prática, atribuem a ela um objetivo e avaliam se a prática se justifica à luz desse objetivo. E muita controvérsia será gerada quanto à qual é a melhor justificativa para a prática; algo natural em uma prática social argumentativa. Que tipos de convicções, crenças e suposições são necessários para a interpretação? Em primeiro lugar, deve existir um consenso mínimo sobre o que é válido, sobre o que faz parte da prática. Em segundo lugar, a justificativa da etapa interpretativa deve ajustar-se às características da prática para ter valor enquanto interpretação dela e não enquanto uma invenção de uma nova prática. Por fim, as pessoas precisam de convicções substantivas sobre que tipo de justificativa mostra a prática sob sua melhor luz. Essas convicções são independentes das convicções sobre o ajuste da justificativa e sobre as características da prática e não exige que a comunidade compartilhe o consenso mínimo sobre os limites da etapa pré-interpretativa (Dworkin, 1986, p. 67-68), pois a atitude interpretativa prevê e admite a divergência em práticas argumentativas.

Até aqui Dworkin nos ofereceu uma descrição subjetiva da interpretação criativa, pelo menos no sentido “[...] (d) o que alguém deve pensar para adotar uma interpretação em vez de outra.”<sup>262</sup> (Dworkin, 1986, p. 76). Mas ele defende uma ideia objetiva de interpretação, no sentido de que uma interpretação é melhor que as demais e não apenas diferente. A maioria das pessoas pensa assim. As pessoas acreditam que uma interpretação é objetivamente superior às demais, o que justifica a sua adoção, e não que apenas escolheram uma interpretação, tão válida quanto as outras. No entanto, algumas pessoas defendem que “[...] é um erro pensar que uma

---

<sup>260</sup> Essa descrição de Dworkin em “etapas” das dimensões da interpretação construtiva causou objeções justificadas. No entanto, adoto a interpretação de Postema de que o argumento de Dworkin não se compromete com a literalidade desta formulação etapista. Ver mais em: Postema, Gerald. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Berlin: Springer, 2011.

<sup>261</sup> No original: “[...] so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage.”

<sup>262</sup> No original: “[...] what someone must think in order to embrace one interpretation rather than another.”

opinião interpretativa pode realmente ser melhor que outra.”<sup>263, 264</sup> (Dworkin, 1986, p. 77). Na opinião deles, não existem respostas corretas para casos difíceis, apenas respostas diferentes. De acordo com Dworkin, os críticos são, portanto, céticos (*skeptical*). Eles sustentam que, em questões de valor, como questões artísticas, sociais e morais, é um erro filosófico supor que interpretações são certas ou erradas, verdadeiras ou falsas.

Dworkin chama atenção para uma distinção importante antes de rejeitar a tese cética. É preciso distinguir “[...] entre o ceticismo *dentro* do empreendimento de interpretação, como uma posição substantiva sobre a melhor interpretação de alguma prática ou obra de arte, e o ceticismo *fora e sobre* esse empreendimento.”<sup>265</sup> (Dworkin, 1986, p. 78). Nesse sentido, trata-se de duas *formas* de ceticismo. O ceticismo interno (*internal skepticism*) é engajado, isto é, se importa com a substância da interpretação que contesta, “Não porque nenhuma visão sobre o que torna uma peça melhor possa ser ‘realmente’ correta, mas porque uma visão *é* correta”<sup>266</sup> (Dworkin, 1986, p. 78). O ceticismo interno, portanto, é uma afirmação ou juízo moral sobre

---

<sup>263</sup> Nota no original: Some critics who are generally enthusiastic about this picture of interpretation try to meliorate its skeptical thrust. They rely on the idea that “critical communities” commonly develop “conventions” about what counts as a good or bad interpretation of a particular text, and they say that these conventions give individuals a sense of a constraint outside themselves, and therefore of a discovery, when they come to see the implications of these conventions for a particular work of art. See Stanley Fish, *Is There a Text in This Class?* (Cambridge, Mass., 1980). But this “solution” is deceptive. We shall see in Chapter 4 that the idea of a convention is itself somewhat mysterious; in the present use it is lame as well. Can professional colleagues be thought to share a convention about the best way to read *Paradise Lost*, for example, when they disagree about what is the best way? If we concede that in that case they do not share a convention— that colleagues can belong to very different interpretive “communities” even though their offices are facing across a hall— then we still leave unexplained how someone can think his interpretation better than that of a colleague who belongs to a different community. For in that case he believes, not just that the conventions of the two communities are different, but that those of his community are better, the right ones to use. So the idea of conventions and professional communities is no help, and we must confront the bold position that there is “no right answer” to the question of how *Paradise Lost* should be read, that there are only different interpretations, not better and worse ones. Tradução: Alguns críticos, geralmente entusiasmados com essa visão da interpretação, tentam atenuar seu viés cético. Eles se baseiam na ideia de que as “comunidades críticas” comumente desenvolvem “convenções” sobre o que constitui uma boa ou má interpretação de um texto específico, e afirmam que essas convenções dão aos indivíduos uma sensação de restrição externa a si mesmos e, portanto, de descoberta, quando percebem as implicações dessas convenções para uma determinada obra de arte. Veja Stanley Fish, *Is There a Text in This Class?* (Cambridge, Mass., 1980). Mas essa “solução” é enganosa. Veremos no Capítulo 4 que a própria ideia de convenção é um tanto misteriosa; no uso atual, também é falha. Pode-se esperar que colegas de profissão compartilhem uma convenção sobre a melhor maneira de ler *Paraíso Perdido*, por exemplo, quando discordam sobre qual é a melhor maneira? Se admitirmos que, nesse caso, eles não compartilham uma convenção — que colegas podem pertencer a “comunidades” interpretativas muito diferentes, mesmo que seus escritórios estejam em lados opostos do corredor —, ainda assim não explicamos como alguém pode considerar sua interpretação melhor do que a de um colega que pertence a uma comunidade diferente. Pois, nesse caso, ele acredita não apenas que as convenções das duas comunidades são diferentes, mas que as de sua comunidade são melhores, as corretas a serem usadas. Portanto, a ideia de convenções e comunidades profissionais não ajuda, e devemos confrontar a ousada posição de que não há “resposta certa” para a questão de como *Paraíso Perdido* deve ser lido, que existem apenas interpretações diferentes, não melhores e piores.

<sup>264</sup> No original: “[...] it is a mistake to think one interpretive opinion can really be better than another.”

<sup>265</sup> No original: “[...] between skepticism *within* the enterprise of interpretation, as a substantive position about the best interpretation of some practice or work of art, and skepticism *outside* and *about* that enterprise.”

<sup>266</sup> No original: “Not because no view of what makes a play better can be ‘really’ right, but because one view *is* right”.

qual é a melhor ou a correta interpretação de um objeto ou prática. Dworkin não está preocupado com essa forma de ceticismo neste momento.

O ceticismo externo (*external skepticism*) não é uma teoria moral, mas uma teoria metafísica (Dworkin, 1986, p. 79). Ele não sustenta que uma interpretação é correta ou melhor que as demais. Ao invés disso, ele insiste que interpretações não são descrições que podem ser “comprovadas ou testadas”. O ceticismo externo é uma teoria metafísica e não moral porque insiste que interpretações são opiniões projetadas na realidade que, portanto, não podem ser verdadeiras ou falsas – não podem ser descobertas sobre a realidade em si.

Se o ceticismo externo for correto, o que acontece com a crença da maioria dos intérpretes, de que uma interpretação de um objeto ou prática social pode ser objetivamente melhor e não apenas diferente das demais interpretações? Isso depende de como essas crenças objetivas serão compreendidas. Dworkin inicia sua explicação da objetividade na interpretação com o auxílio de exemplos. Suponhamos que eu afirme que “a escravidão é errada”. Depois complemento dizendo que a escravidão é “objetivamente” errada, que não se trata de uma mera opinião e que seria verdade ainda que a maioria das pessoas discordasse da afirmação. Qual é a relação entre a primeira afirmação e os juízos supostamente mais objetivos complementares? Para Dworkin, os “juízos objetivos” acrescentados pretendem fornecer uma justificativa para a primeira afirmação. Pretendem sugerir que a escravidão é errada por meio de argumentos morais que “toda pessoa racional deve aceitar” (Dworkin, 1986, p. 80). Todavia, um argumento moral, como uma afirmação que diz que a escravidão é errada, não pretende demonstrar, como argumentos factuais que apelam à existência de entidades da física, mas fornecer evidências que justificam a adoção de um ponto de vista:

A verdadeira ligação entre meu julgamento original sobre a escravidão e meus comentários posteriores “objetivos” é muito diferente. Usamos a linguagem da objetividade não para dar às nossas afirmações morais ou interpretativas comuns uma base metafísica bizarra, mas para *repeti-las*, talvez de uma maneira mais precisa, para enfatizar ou qualificar seu *conteúdo*. [...] Também usamos a linguagem da objetividade para distinguir entre afirmações que se destinam a ser válidas apenas para pessoas com crenças, conexões, necessidades ou interesses específicos (talvez apenas para o próprio falante) e aquelas que se destinam a ser válidas impessoalmente para todos. [...] Combinei esses dois usos da linguagem objetiva na conversa que acabei de imaginar sobre a escravidão. Eu disse que a escravidão era “realmente” errada, e o resto, para deixar claro que minha opinião era um julgamento moral e que eu pensava que a escravidão era errada em qualquer lugar, não apenas em comunidades cujas tradições a condenavam. Portanto, se alguém disser que estou enganado nesse julgamento e que nossa discordância é genuína, essa pessoa deve estar expressando a opinião de que a escravidão não é errada em todos os lugares, ou talvez que não seja errada de forma alguma. Essa é uma versão do ceticismo interno: só poderia ser defendida por argumentos morais de algum tipo, por exemplo, apelando para uma

forma de relativismo moral que defende que a verdadeira moralidade consiste apenas em seguir as tradições da própria comunidade.<sup>267</sup> (Dworkin, 1986, p. 81-82).

Não existe diferença, portanto, entre afirmar que a escravidão é errada e afirmar que a resposta correta sobre a escravidão é que ela é errada. As duas afirmações são juízos morais. Uma vez que o ceticismo externo não oferece uma razão para negar a primeira, também não pode oferecer uma razão para negar a segunda. Assim, “[...] o ceticismo externo genuíno não pode ameaçar nenhum projeto interpretativo”<sup>268</sup> (Dworkin, 1986, p. 82). Para Dworkin, a “objetividade” que sustentamos em nossas interpretações são justificados por outros juízos morais, e não metafísicos:

*Nós não afirmamos (nem conseguimos entender quem afirme) que a interpretação seja como a física ou que os valores morais estejam “lá fora” ou possam ser comprovados. [...] As práticas de interpretação e moralidade conferem a essas afirmações todo o significado de que necessitam ou poderiam ter. Se ele pensa que são erros – desempenhos inadequados dentro dessas práticas, devidamente compreendidas – ele precisa contrapor às nossas razões e argumentos, à nossa descrição de nós mesmos como participantes, razões e argumentos contrários próprios. Portanto, faremos melhor para esse crítico (externo) se considerarmos até que ponto podemos reformular seus argumentos como argumentos de ceticismo interno.*<sup>269</sup> (Dworkin, 1986, p. 83).

O cético, se pretende objetar a uma interpretação específica, precisa de argumentos morais. Ele não pode ser desengajado ou neutro em relação à moral. Se ele abandonou a objetividade, se ele de fato acredita num ceticismo externo que diz que nenhum juízo moral é realmente melhor que qualquer outro, ele não pode defender que a escravidão é errada. Dworkin nos mostrará na sequência argumentos sobre o que torna uma interpretação de uma prática social, como o direito, melhor que as outras interpretações possíveis. Esses argumentos não

---

<sup>267</sup> No original: “The actual connection between my original judgment about slavery and my later ‘objective’ comments is very different. We use the language of objectivity, not to give our ordinary moral or interpretive claims a bizarre metaphysical base, but to repeat them, perhaps in a more precise way, to emphasize or qualify their content. [...] We also use the language of objectivity to distinguish between claims meant to hold only for persons with particular beliefs or connections or needs or interests (perhaps only for the speaker) and those meant to hold im personally for everyone. [...] I combined these two uses of objective language in the conversation I just imagined about slavery. I said slavery was ‘really’ wrong, and the rest, to make plain that my opinion was a moral judgment and that I thought slavery was wrong everywhere, not just in communities whose traditions condemned it. So if someone says I am mistaken in this judgment, and our disagreement is genuine, he must mean to express the opinion that slavery is not wrong everywhere, or perhaps that it is not wrong at all. That is a version of internal skepticism: it could be defended only by moral arguments of some kind, for example by appealing to a form of moral relativism that holds that true morality consists only in following the traditions of one’s community.”

<sup>268</sup> No original: “[...] genuine external skepticism cannot threaten any interpretive project.”

<sup>269</sup> No original: “We do not say (nor can we understand anyone who does say) that interpretation is like physics or that moral values are ‘out there’ or can be proved. [...] The practices of interpretation and morality give these claims all the meaning they need or could have. If he thinks they are mistakes – poor performances within these practices properly understood – he needs to match our reasons and arguments, our account of ourselves as participants, with contrary reasons and arguments of his own. We do better for this critic, therefore, by seeing how far we can recast his arguments as arguments of internal skepticism.”

pretendem ser – e nem podem – demonstráveis, como os argumentos na física, por exemplo. Nós temos agora uma nova imagem da interpretação; ela é um exercício de descoberta, pelo menos neste sentido: “[...] qual visão sobre as questões soberanas que discutimos melhor se alinha com as convicções que cada um de nós, individualmente ou em conjunto, tem e mantém sobre a melhor explicação de nossas práticas comuns.”<sup>270</sup> (Dworkin, 1986, p. 86).

### 3.3. A Teoria do Direito Revisitada

#### 3.3.1. Uma Nova Imagem

Vimos como Dworkin rejeitou as teorias semânticas do direito: ele extraiu o aguilhão semântico. Este é o sentido de sua afirmação de que o direito é um conceito interpretativo. O que ele chamou de divergências teóricas são, na verdade, divergências interpretativas (Dworkin, 1986, p. 87). Quando juízes e advogados divergem sobre os fundamentos do direito, eles divergem sobre qual é a melhor interpretação de algum aspecto importante da prática jurídica. Cada juiz tem sua própria “teoria interpretativa” porque cada juiz tem seu próprio conjunto de convicções sobre o “propósito, objetivo ou princípio” da prática do direito. Isso não significa, contudo, que o direito enquanto conceito interpretativo está condenado à divergência absoluta. Existe o que Dworkin chama de “pressão centrípeta” que força a convergência entre eles, especialmente quando a comunidade compartilha conceitos interpretativos políticos (Dworkin, 1986, p. 88). Quanto mais complexa a comunidade for, mais plurais serão as posições políticas adotadas pelos diversos juízes. Isso tampouco é indesejável. Quanto mais o direito for sensível às tensões políticas de sua comunidade, mais desenvolvidos serão os argumentos sobre os seus fundamentos. A revisão dos paradigmas por meio da atitude interpretativa é o que faz o direito se modificar com o passar do tempo, como no exemplo da cortesia.

#### 3.3.2. Conceitos e concepções do direito

A interpretação do direito deve ser construtiva, ou seja, deve “[...] tentar mostrar a prática jurídica como um todo em sua melhor luz, para alcançar um equilíbrio entre a prática jurídica como eles a encontram e a melhor justificativa para essa prática.”<sup>271</sup> (Dworkin, 1986,

---

<sup>270</sup> No original: “[...] which view of the sovereign matters we discuss sorts best with the convictions we each, together or severally, have and retain about the best account of our common practices.

<sup>271</sup> No original: “[...] try to show legal practice as a whole in its best light, to achieve equilibrium between legal practice as they find it and the best justification of that practice.”

p. 90). Nesse sentido, para Dworkin a interpretação combina elementos tanto de descrição quanto de avaliação. A seguinte citação do texto “Law as Interpretation”<sup>272</sup> ilustra sua posição:

[...] proposições jurídicas não são meras descritivas da história jurídica, de forma direta, nem são simplesmente avaliativas, de alguma forma dissociada da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos de descrição e avaliação, mas sendo diferente de ambos.<sup>273</sup> (Dworkin, 1982, p. 180-181).

Para que o direito entendido como um conceito interpretativo se desenvolva é necessário um acordo pré-interpretativo, isto é, um “[...] consenso inicial suficiente sobre quais práticas são práticas jurídicas”<sup>274</sup> (Dworkin, 1986, p. 91). De acordo com Dworkin, não teremos dificuldade em identificar os materiais jurídicos de nossa comunidade. Eles estão na constituição, nas leis, nas decisões tomadas pelos tribunais, agências reguladoras e órgãos administrativos. A questão interpretativa colocada após o acordo pré-interpretativo é dizer quais são as características das nossas instituições que fazem elas se combinarem e formarem um sistema jurídico. Isso não é dado no acordo inicial. Faz parte do processo de atribuir significado ao que encontramos. Dworkin assume que, de modo geral, essa característica das instituições jurídicas pode ser encontrada na ideia de que o fundamento do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo da seguinte forma:

O direito insiste que a força não seja usada ou retida, não importa o quão útil isso seja para os fins em vista, não importa quão benéficos ou nobres sejam esses fins, exceto quando autorizado ou exigido pelos direitos e responsabilidades individuais decorrentes de decisões políticas passadas sobre quando a força coletiva é justificada.<sup>275</sup> (Dworkin, 1986, p. 93).

O direito (*law*) de uma comunidade é o conjunto de direitos (*rights*) e responsabilidades (*responsabilities*) que autoriza e requer o uso da coerção por meio de decisões políticas do passado. São, portanto, direitos e responsabilidades “jurídicas”. Trata-se da ideia de estado de direito (*rule of law*) expressa em outros termos. Essa formulação geral, todavia, não nos diz quais direitos e responsabilidades de fato existem e diferentes concepções de direito podem

<sup>272</sup> Dworkin, Ronald. “Law as Interpretation”. *Critical Inquiry*, vol. 9, n. 1. 1982, p. 179-200. Foi republicado como capítulo seis, “How Law Is Like Literature” in: Dworkin, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge Harvard University Press, 1985, p. 146-166.

<sup>273</sup> No original: “[...] propositions of law are not simply descriptive of legal history, in a straightforward way, nor are they simply evaluative in some way divorced from legal history. They are interpretive of legal history, which combines elements of both description and evaluation but is different from both.”

<sup>274</sup> No original: “[...] enough initial agreement about what practices are legal practices”.

<sup>275</sup> No original: “Law insists that force not be used or withheld, no matter how useful that would be to ends in view, no matter how beneficial or noble these ends, except as licensed or required by individual rights and responsibilities flowing from past political decisions about when collective force is justified.”

divergir sobre qual é o conjunto de direitos e responsabilidades deste tipo que decorre das decisões políticas do passado. Uma concepção de direito, de acordo com Dworkin, deve oferecer respostas a três questões. Primeiro, qual é a relação entre direito e coerção? Faz sentido dizer que o poder coercitivo está limitado ao conjunto de direitos e responsabilidades jurídicas que decorrem das decisões políticas anteriores? Segundo, se sim, que sentido é esse? Terceiro, qual é a noção apropriada para a ideia de um direito ou responsabilidade jurídica decorrer de uma decisão política anterior? A resposta dessa pergunta determina o conjunto de direitos e responsabilidades concretos (Dworkin, 1986, p. 94).

Dworkin descreve três concepções antagônicas do direito em *Law's Empire* que pretendem responder a cada uma dessas perguntas. Ele denomina as três concepções de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”, criticando as duas primeiras e adotando a última. O convencionalismo responde positivamente à primeira questão; ele aceita a ideia de estado de direito. Em relação à segunda questão, a saber, o sentido atribuído à vinculação do direito e a justificação da coerção, esta concepção afirma que a coerência com as decisões políticas anteriores se limita a proteger a previsibilidade (segurança jurídica) e a equidade processual. Quanto à terceira questão, propõe uma coerência restrita dos direitos e responsabilidades com as decisões anteriores: “[...] um direito ou responsabilidade decorre de decisões passadas somente se estiver explícito nelas ou puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pela profissão jurídica como um todo.”<sup>276</sup> (Dworkin, 1986, p. 95). O pragmatismo jurídico, por sua vez, é uma concepção cética do direito. Responde às primeiras duas questões de forma negativa: rejeita a ideia de Dworkin de direitos e responsabilidades protegidos pela noção de estado de direito. Oferece uma interpretação muito diferente de nossa prática jurídica e a seguinte resposta para a terceira questão: “[...] os juízes tomam e devem tomar as decisões que lhes parecerem melhores para o futuro da comunidade, não considerando qualquer forma de coerência com o passado como valiosa por si só.”<sup>277</sup> (Dworkin, 1986, p. 95).

O direito como integridade, como o convencionalismo, aceita a ideia de direitos e responsabilidades protegidas, mas oferece um sentido diferente para a segunda questão. Acredita que o direito como justificação do poder coercitivo não beneficia a comunidade apenas por proporcionar previsibilidade e equidade processual, mas “[...] ao garantir um tipo de igualdade entre os cidadãos que torna sua comunidade mais genuína e melhora sua justificação

<sup>276</sup> No original: “[...] a right or responsibility flows from past decisions only if it is explicit within them or can be made explicit through methods or techniques conventionally accepted by the legal profession as a whole.”

<sup>277</sup> No original: “[...] judges do and should make whatever decisions seem to them best for the community’s future, not counting any form of consistency with the past as valuable for its own sake.”

moral para o exercício do poder político que exerce.”<sup>278</sup> (Dworkin, 1986, p. 96). A resposta do direito como integridade à terceira questão:

Argumenta que os direitos e as responsabilidades decorrem de decisões passadas e, portanto, são considerados jurídicos, não apenas quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando decorrem dos princípios da moralidade pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem como justificação.<sup>279</sup> (Dworkin, 1986, p. 96).

Em outras palavras, Dworkin acredita que os direitos explícitos nas decisões políticas anteriores se sustentam por direitos que estão implícitos nas práticas sociais. Para os objetivos dessa dissertação, nos basta a apresentação geral das concepções antagônicas do convencionalismo e do pragmatismo jurídico, de modo que não farei uma apresentação detalhada delas, conforme os capítulos quatro e cinco de *Law's Empire*. Passaremos aos detalhes da concepção do direito como integridade, conforme os capítulos seis e sete.

### 3.4. O direito como integridade

#### 3.4.1. Integridade

Ronald Dworkin identifica dois princípios de integridade política: “[...] um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto total de direitos moralmente coerente, e um princípio adjudicativo, que instrui que o direito seja visto como coerente dessa forma, tanto quanto possível.”<sup>280</sup> (Dworkin, 1986, p. 176). Antes de compreendermos seu argumento sobre o direito como integridade, ou seja, sobre o princípio de integridade política nas decisões judiciais (adjudicação), temos que entender a defesa de Dworkin da existência e do valor do princípio de integridade política na prática legislativa. Ele acredita que o princípio legislativo é tão importante para nossa prática política que uma interpretação jurídica erra se ignorá-lo. Como o princípio da integridade se ajusta (*fits*) e honra (*honors*) nossa prática política?

<sup>278</sup> No original: “[...] by securing a kind of equality among citizens that makes their community more genuine and improves its moral justification for exercising the political power it does.”

<sup>279</sup> No original: “It argues that rights and responsibilities flow from past decisions and so count as legal, not just when they are explicit in these decisions but also when they follow from the principles of personal and political morality the explicit decisions presuppose by way of justification.”

<sup>280</sup> No original: “[...] a legislative principle, which asks lawmakers to try to make the total set of laws morally coherent, and an adjudicative principle, which instructs that the law be seen as coherent in that way, so far as possible.”

Devemos começar considerando a integridade um princípio político independente, visto que ela pode conflitar com outros ideais políticos, como veremos adiante. Em geral, as teorias políticas reconhecem que a nossa prática política se baseia em dois ideais políticos: justiça (*justice*), no sentido de tratamento igual e equidade (*fairness*), no sentido de tratamento *como* igual. Alguns acreditam que um ideal deriva do outro; mas a maioria dos filósofos políticos acredita que eles são independentes, de modo que instituições equitativas às vezes podem tomar decisões injustas e instituições justas às vezes podem tomar decisões não equitativas (Dworkin, 1986, p. 177). Se sustentamos que justiça e equidade são ideais políticos independentes assumimos que, por vezes, é preciso escolher entre os dois ideais para tomar uma decisão política. Analogamente, se consideramos a integridade um terceiro ideal político independente ao lado da justiça e da equidade, assumimos que, por vezes, justiça e equidade devem ser sacrificados para sustentarmos a integridade (Dworkin, 1986, p. 178).

Dworkin considera que, em nossas práticas político-jurídicas, nós reconhecemos a equidade enquanto ideal político. Nesse sentido, “[...] nós aceitamos que cada pessoa ou grupo na comunidade deve ter uma participação aproximadamente igual no controle sobre as decisões tomadas”<sup>281</sup> (Dworkin, 1986, p. 178). Isso faz parecer que, de nossa convicção na equidade, decorre que a legislação sobre questões morais controversas não deve implicar a prevalência da vontade da maioria sobre a opinião minoritária, e que negociações e acordos devem ser preferidos por possibilitar a representação proporcional da vontade dos dois (ou mais) lados na controvérsia no resultado da deliberação. Adapto o exemplo de Dworkin: se 60% dos cidadãos acredita que o aborto deve ser legalizado e os outros 40% não, a lei sobre aborto deveria permitir o aborto em 60% dos casos e negar nos outros 40% deles. Segundo Dworkin, esse “modelo salomônico” trata os direitos como um tipo de mercadoria que deve ser distribuída equitativamente entre os membros da comunidade. Dworkin rejeita esse modelo de direito “conciliatório” (“*checkerboard*” law) porque se o direito é uma questão de princípio ele não pode ser dividido dessa forma. Uma decisão jurídica deve basear-se em um princípio ou em um conjunto de princípios coerentes, que se aplicam à totalidade da comunidade, independente da opinião dos seus membros, inclusive da opinião majoritária. Neste argumento, Dworkin apela para uma esperada intuição filosófica do leitor em desfavor de tais leis conciliatórias. Ocorre, no entanto, que essa rejeição não pode estar baseada em argumentos sustentados na equidade, uma vez que a equidade não é capaz de proporcionar razões ou argumentos para rejeitar a estratégia conciliatória.

---

<sup>281</sup> No original: “[...] we accept that each person or group in the community should have a roughly equal share of control over the decisions made”.

Também aceitamos a justiça como um ideal político. Dworkin a compreende como uma questão do resultado de uma distribuição: “[...] uma decisão política causa injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias de justiça lhes conferem a autorização de ter.”<sup>282</sup> (Dworkin, 1986, p. 180). Coloca-se assim, a questão: podemos negar a estratégia conciliatória com base na justiça? Ela produz mais ou menos injustiça do que decisões alternativas a ela? Não podemos confundir duas questões. Tratando-se de um caso controverso entre os membros da comunidade, uma decisão conciliatória produz mais justiça, para uma parte da comunidade, do que produziria se ela se orientasse integralmente pelo princípio que requer a decisão rejeitada por eles. No exemplo do aborto, os defensores da legalização acreditaram que uma decisão conciliatória, como a do exemplo anterior, produz mais justiça do que uma decisão que nega completamente o direito ao aborto. Os defensores da proibição do aborto, por sua vez, acreditam que uma decisão conciliatória produz mais justiça do que uma decisão que não restringe o direito ao aborto de nenhuma forma. Mas ambos os lados acreditam que estão perdendo algo. A questão de Dworkin aqui não é essa, no entanto. É saber se temos uma razão de justiça para rejeitarmos uma decisão conciliatória *antes* de divergirmos quanto a questões particulares, ou seja, se temos uma razão comum a todos.

Podemos argumentar que decisões conciliatórias são injustas porque tratam pessoas diferentes de forma diferente sem boas razões para fazê-lo, pois a justiça pede tratamento igual para todos. Mas não podemos sustentar isso em todas as situações. As decisões conciliatórias às vezes podem impedir injustiças em casos que devemos fazer uma escolha. Suponhamos que devemos escolher salvar alguma pessoa em detrimento de outra. A justiça não pedirá que, se não for possível salvar as duas, nenhuma deverá ser salva: “[...] não podemos dizer que a justiça exige não eliminar qualquer injustiça, a menos que possamos eliminar todas.”<sup>283</sup> (Dworkin, 1986, p. 181). Portanto, a justiça não pode nos ajudar a rejeitar a estratégia conciliatória. Muito menos a equidade, que pode inclusive endossá-la. No entanto, nossa “intuição” ainda nos recomenda sua rejeição (Dworkin, 1986, p. 182), e isso aponta para a existência de um parâmetro de valor distinto dos demais atuando como apoio normativo de nossas práticas. Talvez estejamos procurando no local errado.

Os astrônomos postularam a existência de Netuno antes mesmo de o descobrirem. Sabiam que somente outro planeta, cuja órbita se situasse além das já reconhecidas,

<sup>282</sup> No original: “[...] a political decision causes injustice, however fair the procedures that produced it, when it denies people some resource, liberty, or opportunity that the best theories of justice entitle them to have.”

<sup>283</sup> No original: “[...] we cannot say that justice requires not eliminating any injustice unless we can eliminate all.”

poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos. Nossos instintos em relação a compromissos internos sugerem outro ideal político, ao lado da justiça e da equidade. A integridade é o nosso Netuno. A explicação mais natural para nossa oposição às leis conciliatórias recorre a esse ideal: argumentamos que um Estado que adota esses compromissos internos age de forma inescrupulosa, mesmo que nenhum funcionário que votou a favor ou imponha o compromisso tenha feito algo que, julgando suas ações individuais pelos padrões comuns da moralidade pessoal, não devesse ter feito. O Estado carece de integridade porque precisa endossar princípios para justificar parte do que fez, princípios esses que precisa rejeitar para justificar o restante. Essa explicação distingue a integridade da perversa coerência de alguém que se recusa a resgatar alguns prisioneiros por não poder salvar todos. Se tivesse salvado alguns, escolhidos arbitrariamente, não teria violado nenhum princípio necessário para justificar outros atos. Mas um Estado age dessa forma quando aceita uma solução Salomônica conciliatória (*Solomonic checkerboard*); é a inconsistência de princípio entre os atos do Estado personificado que a integridade condena.<sup>284</sup> (Dworkin, 1986, p. 183-184).

Leis conciliatórias violam o ideal político da integridade porque estabelecem e aplicam direitos diferentes, que embora coerentes entre si, “[...] não podem ser defendidos em conjunto como expressando uma hierarquia coerente de diferentes princípios de justiça, equidade ou devido processo legal.”<sup>285</sup> (Dworkin, 1986, p. 184). A conciliação nega a igualdade, enquanto a integridade a exige. Está claro agora o reconhecimento da integridade como uma virtude política distinta. Ela se adequa à nossa prática, proporcionando a explicação de nossa aversão moral a normas conciliatórias. A questão se torna então saber se a integridade, além de se ajustar a ela, também honra a prática política, ou seja, se justificamos melhor nossa prática política e jurídica aceitando a integridade como ideal orientador.

O pragmatismo jurídico rejeita a integridade atacando a personificação do Estado que Dworkin emprega para defini-la. Dizemos que o Estado não pode aceitar a estratégia conciliatória porque “ele” compromete “seus” princípios (Dworkin, 1986, p. 187). O pragmatista jurídico, em sentido dworkiniano, afirma que, como o Estado ou seu governo não são uma pessoa, mas grupos de pessoas, se nenhuma delas individualmente agiu contra seus próprios princípios, não há que se falar que o Estado agiu contra seus próprios princípios. O

---

<sup>284</sup> No original: “Astronomers postulated Neptune before they discovered it. They knew that only another planet, whose orbit lay beyond those already recognized, could explain the behavior of the nearer planets. Our instincts about internal compromise suggest another political ideal standing beside justice and fairness. Integrity is our Neptune. The most natural explanation of why we oppose checkerboard statutes appeals to that ideal: we say that a state that adopts these internal compromises is acting in an unprincipled way, even though no single official who voted for or enforces the compromise has done anything which, judging his individual actions by the ordinary standards of personal morality, he ought not to have done. The state lacks integrity because it must endorse principles to justify part of what it has done that it must reject to justify the rest. That explanation distinguishes integrity from the perverse consistency of someone who refuses to rescue some prisoners because he cannot save all. If he had saved some, selected arbitrarily, he would not have violated any principle he needs to justify other acts. But a state does act that way when it accepts a Solomonic checkerboard solution; it is inconsistency in principle among the acts of the state personified that integrity condemns.”

<sup>285</sup> No original: “[...] cannot be defended together as expressing a coherent ranking of different principles of justice or fairness or procedural due process.”

pragmatista tenta derivar a responsabilidade política de princípios de moralidade comuns, não políticos. Ele está preocupado com cada legislador individualmente; o que cada um poderia fazer para “[...] reduzir o número total de incidentes de injustiça ou desigualdade de acordo com suas próprias visões sobre o que a justiça e a equidade exigem.”<sup>286</sup> (Dworkin, 1986, p. 187). Se acompanharmos o pragmático nesse argumento, não chegaremos à conclusão de que devemos rejeitar a estratégia conciliatória, porque para defender o princípio legislativo da integridade temos que considerar o próprio Estado e a sua comunidade como um “agente moral”, capaz de assumir princípios e ser responsável por eles.

Ocorre, no entanto, que esse argumento dworkiniano da consideração do Estado ou da comunidade como agente moral distinto não deriva de uma metafísica, mas da própria virtude política, ou seja, das nossas práticas sociais que tratam a comunidade como algo que deve ser protegido. Nossa prática política se torna mais valiosa quando a tratamos desta forma. Nos habituamos a defender nossas instituições sociais e políticas com base em concepções de justiça e de equidade. Mas agora com a integridade ao lado dessas duas virtudes políticas, como podemos defendê-la? De acordo com Dworkin, isto requer ampliar o escopo do tipo de argumento normalmente empregado:

Aqui está uma sugestão, embora não seja a única possibilidade. A retórica revolucionária francesa reconheceu um ideal político que ainda não consideramos. Devemos buscar nossa defesa da integridade na proximidade da fraternidade<sup>287</sup> ou, para usar um termo mais em voga, comunidade.<sup>288</sup> (Dworkin, 1986, p. 188).

O objetivo de Dworkin com esse argumento é demonstrar que uma comunidade que aceita integridade como um ideal político distinto se transforma numa forma especial de comunidade que promove sua autoridade moral para justificar o uso do poder coercitivo do direito. Embora muito importante, este ganho normativo em termos de razões justificatórias do poder político não é a única justificativa para reconhecermos a integridade:

Se as pessoas aceitarem que são governadas não apenas por regras explícitas estabelecidas em decisões políticas passadas, mas também por quaisquer outros padrões que decorram dos princípios assumidos por essas decisões, então o conjunto de padrões públicos reconhecidos pode expandir-se e contrair-se organicamente, à

---

<sup>286</sup> No original: “[...] to reduce the total number of incidents of injustice or unfairness according to his own views of what justice and fairness require.”

<sup>287</sup> Nota no original: The word is unfortunate because it is etymologically masculine. I mean sorority as well, or the idea common to these latin terms.

<sup>288</sup> No original: “We must expand the breadth of political argument if we are to claim political integrity as a distinct ideal on its own. But how? Here is one suggestion, though not the only possibility. French revolutionary rhetoric recognized a political ideal we have not yet considered. We should look for our defense of integrity in the neighborhood of fraternity or, to use its more fashionable name, community.”

medida que as pessoas se tornam mais sofisticadas na percepção e exploração do que esses princípios exigem em novas circunstâncias, sem a necessidade de detalhamento da legislação ou da adjudicação sobre cada possível ponto de conflito. Certamente, esse processo funciona com menos eficácia quando as pessoas discordam, como inevitavelmente às vezes acontece, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e outros padrões de sua comunidade. Mas uma comunidade que aceita a integridade tem um veículo para a mudança orgânica, mesmo que nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma não teria.<sup>289</sup> (Dworkin, 1986, p. 188-189).

Em outras palavras, o ideal político da integridade permite o reconhecimento de que existem normas implícitas nas práticas sociais que permitem que nossa prática jurídica seja viva, ou seja, se desenvolva sem a necessidade da criação explícita de direitos pelo legislativo ou pela adjudicação, mas apenas por meio da interpretação e reinterpretação dos princípios morais implícitos nas práticas sociais. Nesse sentido, a integridade promove um tipo de “interpretação protestante”, já que expande e aprofunda o papel que os cidadãos individualmente desempenham na interpretação e definição das normas sociais (Dworkin, 1986, p. 189). Isso significa que o que as normas sociais exigem não é definido apenas hierarquicamente pelas autoridades oficiais que decidem quais foram as decisões políticas tomadas no passado, mas também horizontalmente, de modo que os cidadãos compartilham uma dimensão moral que não limita as normas sociais às decisões políticas explícitas. Ou seja, a integridade, portanto, “[...] funde a vida moral e política dos cidadãos”<sup>290</sup> (Dworkin, 1986, p. 189) porque une as concepções morais implícitas sobre virtudes políticas como justiça, equidade e cidadania com as decisões políticas explícitas tomadas no passado:

[...] o valor expressivo se confirma quando as pessoas, de boa-fé, tentam tratar umas às outras de maneira apropriada à condição de membros comuns de uma comunidade governada pela integridade política e percebem que fazem essa tentativa umas pelas outras, mesmo quando discordam sobre o que exatamente a integridade exige em circunstâncias particulares. A obrigação política, então, não é apenas uma questão de obedecer às decisões políticas específicas da comunidade, uma a uma, como os filósofos políticos costumam representar. Surge então uma ideia mais protestante: a fidelidade a um esquema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última análise, para si mesmo, como o esquema de sua comunidade.<sup>291</sup> (Dworkin, 1986, p. 190).

<sup>289</sup> No original: “If people accept that they are governed not only by explicit rules laid down in past political decisions but by whatever other standards flow from the principles these decisions assume, then the set of recognized public standards can expand and contract organically, as people become more sophisticated in sensing and exploring what these principles require in new circumstances, without the need for detailed legislation or adjudication on each possible point of conflict. This process works less effectively, to be sure, when people disagree, as inevitably they sometimes will, about which principles are in fact assumed by the explicit rules and other standards of their community. But a community that accepts integrity has a vehicle for organic change, even if it is not always wholly effective, that it would not otherwise have at all.”

<sup>290</sup> No original: “[...] fuses citizen’s moral and political lives”.

<sup>291</sup> No original: “[...] the expressive value is confirmed when people in good faith try to treat one another in away appropriate to common membership in a community governed by political integrity and to see each other as making this attempt, even when they disagree about exactly what integrity requires in particular circumstances. Political obligation is then not just a matter of obeying the discrete political decisions of the community one by

Com estas considerações em mente, é possível finalmente compreender adequadamente a conexão entre integridade e autoridade moral do direito. Dworkin defende uma concepção do conceito de direito que o associa à justificativa da coerção oficial

[...] como o que é necessário para se tornar direito fornece uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado, uma justificativa que se mantém, exceto em casos especiais em que algum argumento concorrente seja particularmente forte. O centro organizador de cada concepção é a explicação que ela oferece dessa força justificadora.<sup>292</sup> (Dworkin, 1986, p. 190).

Esse é o problema da legitimidade, isto é, da justificação de juízos gerais sobre se a coerção oficial do direito é justificada. No outro lado do problema da legitimidade está o problema da obrigação política, ou seja, de se os cidadãos têm obrigações morais de obedecer ao direito.

Para Dworkin, um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas refletirem o ideal político da integridade. A integridade torna-se uma virtude política quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos que ajam segundo um conjunto único e coerente de princípios, ainda que não haja acordo sobre quais princípios são esses (Dworkin, 1986, p. 166). A integridade cria uma comunidade de princípios cujas obrigações surgem em razão das relações especiais mantidas entre os membros do grupo, e não por um acordo tácito, dever de ser justo ou por fair play (argumentos das teorias voluntaristas da obrigação política que Dworkin rejeita). Dworkin defende que responsabilidades especiais são atribuídas aos membros de certas comunidades pelas práticas sociais pelo fato destas pessoas serem membros de um determinado grupo social. É o que ele chama de obrigações de papel (*role obligations*) ou genericamente de obrigações comunitárias ou associativas (*communal obligations*):

Refiro-me às responsabilidades especiais que a prática social atribui à participação em algum grupo biológico ou social, como as responsabilidades da família, dos amigos ou dos vizinhos. A maioria das pessoas pensam que têm obrigações associativas apenas por pertencer a grupos definidos pela prática social, o que não é necessariamente uma questão de escolha ou consentimento, mas que podem perder essas obrigações se outros membros do grupo não lhes concederem os benefícios de pertencer ao grupo. Essas suposições comuns sobre responsabilidades associativas sugerem que a obrigação política pode ser incluída entre elas, caso em que as duas objeções ao argumento do fair play não seriam mais pertinentes.<sup>293</sup> (Dworkin, 1986, p. 196).

---

one, as political philosophers usually represent it. It becomes a more protestant idea: fidelity to a scheme of principle each citizen has a responsibility to identify, ultimately for himself, as his community's scheme."

<sup>292</sup> No original: "[...] how what it takes to be law provides a general justification for the exercise of coercive power by the state, a justification that holds except in special cases when some competing argument is specially powerful. Each conception's organizing center is the explanation it offers of this justifying force."

<sup>293</sup> No original: "I mean the special responsibilities social practice attaches to membership in some biological or social group, like the responsibilities of family or friends or neighbors. Most people think that they have associative

Uma objeção importante contra esse argumento de Dworkin, fruto das teorias voluntaristas, consiste em afirmar que as obrigações associativas exigem laços emocionais que não existem em comunidades políticas complexas, e que ninguém pode ter obrigações especiais para com pessoas desconhecidas, exceto pela escolha voluntária de aceitar tais obrigações (Dworkin, 1986, p. 197). Tal objeção não consegue enxergar que nem as relações comunitárias que dependem da escolha para existir, como a amizade, têm suas obrigações claramente definidas deliberada e voluntariamente como a objeção assume. As responsabilidades especiais surgem e se desenvolvem por meio da assunção de compromentimentos (*commitments*) que muitas vezes acontecem implicitamente à medida em que a história associativa se desenrola, *atraindo* obrigações sem reflexão explícita. Nas relações com menor ou nenhum grau de escolha, como colegas de trabalho, se mantêm da mesma forma: as obrigações especiais entre os membros não exigem laços emocionais ou aceitação deliberada das obrigações envolvidas na relação, pois as obrigações são instituídas pela prática social.

As obrigações associativas não exigem as condições das teorias voluntaristas. Mas exigem condições diferentes: a “Reciprocidade tem grande destaque entre essas outras condições. [...] trata-se mais de uma questão de aceitar um tipo de responsabilidade que precisamos explicar com as ideias complementares de integridade e interpretação.”<sup>294</sup> (Dworkin, 1986, p. 198-199). Dworkin exemplifica tais obrigações como o caso da amizade. Amigos têm obrigações de se tratarem como amigos. A concepção do conceito de amizade que eles utilizam não precisa ser idêntica quanto aos detalhes, mas eles precisam adotar certas atitudes caso queiram que suas responsabilidades mútuas sejam verdadeiras obrigações associativas. Em primeiro lugar, devemos considerar as obrigações associativas como *especiais*, devidas aos membros do grupo, e não gerais, devidas a não membros. Em segundo lugar, devemos assumir as obrigações associativas como *pessoais*, devidas a cada um dos membros do grupo, e não como devidas à coletividade do grupo. Em terceiro lugar, devemos ver as responsabilidades associativas como decorrentes de responsabilidades mais gerais sobre o interesse no bem-estar dos demais membros do grupo. Em quarto lugar, essa responsabilidade geral de interesse deve ser um interesse igual por todos os membros do grupo. Assim, comunidades associativas são conceitualmente igualitárias, pois a vida de nenhum de seus

---

obligations just by belonging to groups defined by social practice, which is not necessarily a matter of choice or consent, but that they can lose these obligations if other members of the group do not extend them the benefits of belonging to the group. These common assumptions about associative responsibilities suggest that political obligation might be counted among them, in which case the two objections to the argument from fair play would no longer be pertinent.”

<sup>294</sup> No original: “Reciprocity is prominent among these other conditions. [...] more a question of accepting a kind of responsibility we need the companion ideas of integrity and interpretation to explain.”

membros é mais importante do que a vida de qualquer outro (Dworkin, 1986, p. 200). Surge assim o que Dworkin chama de verdadeira comunidade: aquelas nas quais as práticas de responsabilidade satisfazem as quatro condições e revelam igual interesse (*equal concern*) pela vida de todos os membros da comunidade.

Chega-se, assim, à estrutura da obrigação associativa. Dworkin pretende defender que a obrigação política, inclusive a obrigação de obediência ao direito, é uma forma de obrigação associativa (Dworkin, 1986, p. 206). Ele acredita que a melhor defesa da legitimidade política do direito para o uso do poder coercitivo, ou seja, o direito que o Estado tem de impor obrigações aos membros da comunidade, encontra-se “[...] no terreno mais fértil da fraternidade, da comunidade e das obrigações que a acompanham.”<sup>295</sup> (Dworkin, 1986, p. 206). Nesse sentido, os membros de uma comunidade têm obrigações políticas desde que sua comunidade seja uma verdadeira comunidade, uma comunidade que atende àqueles requisitos identificados anteriormente. Que forma esses requisitos devem assumir em uma comunidade política para que esta se torne uma “verdadeira associação fraternal”? (Dworkin, 1986, p. 208).

Segundo Dworkin, podemos imaginar uma comunidade política como uma comunidade associativa porque nossas práticas satisfazem a primeira das quatro condições. Nós tratamos os membros da nossa comunidade com um interesse especial pela razão deles serem membros da mesma comunidade que nós. Existe uma relação de reciprocidade ao tratar o outro como membro e esperar que seu tratamento também seja assim comigo. De acordo com Dworkin, neste contexto, tratamos a comunidade como algo anterior à justiça e à equidade. Ela proporciona o horizonte a partir do qual esses conceitos interpretativos se desenvolvem. Qual é a natureza do nosso interesse especial e da nossa responsabilidade perante os membros da nossa comunidade? Podemos pensar nessa prática política do interesse e da responsabilidade como expressão de três modelos gerais de associação política (Dworkin, 1986, p. 209). O primeiro modelo, denominado comunidade como uma simples questão de fato, supõe que os membros de numa comunidade associativa têm interesse em, e responsabilidade perante os demais membros do grupo em razão de um mero fato de acidente histórico e geográfico. Essa não pode constituir-se uma verdadeira comunidade associativa, visto que o interesse e a responsabilidade não são especiais no sentido relevante especificado pelas condições para a ocorrência de uma comunidade verdadeira detalhadas acima. O segundo modelo, chamado por Dworkin de comunidade do modelo de “regras” (*community the “rulebook” model*), supõe que os membros de uma comunidade associativa assumem comprometimento geral de obedecer às

---

<sup>295</sup> No original: “[...] more fertile ground of fraternity, community, and their attendant obligations.”

regras estabelecidas pela comunidade. Seus membros acreditam que as regras representam um acordo entre os membros e que as obrigações devem se limitar às regras, sob pena de violar o acordo. Esse é o modelo do convencionalismo que sustenta a estratégia conciliatória, rejeitada por Dworkin pela razão de o direito ser uma questão de princípios e não poder ceder a acordos internos. O terceiro modelo, defendido por Dworkin, é o modelo de princípio (*model of principle*). Esse modelo aceita a primeira parte do modelo das regras: a de que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada e aceitação das suas regras, mas não restringe as obrigações a elas. Ao contrário, este modelo expande a obrigação da comunidade, de modo que os membros deste tipo de comunidade:

[...] aceitam que são governados por princípios comuns, não apenas por regras elaboradas em compromissos políticos. A política tem um caráter diferente para essas pessoas. É um teatro de debate sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, qual visão ela deve ter de justiça, equidade e devido processo legal, e não a narrativa diferente, apropriada aos outros modelos, em que cada pessoa tenta fincar a bandeira de suas convicções sobre o maior domínio de poder ou regras possível. Os membros de uma sociedade de princípios aceitam que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, de forma mais geral, do conjunto de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos e que ele tem deveres decorrentes desse conjunto, mesmo que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.<sup>296</sup> (Dworkin, 1986, p. 211).

Em outras palavras, o modelo de princípio afirma que os direitos e responsabilidades em uma verdadeira comunidade política fraternal não se limitam às decisões políticas explícitas nas regras porque existem direitos e responsabilidades implícitos nas práticas sociais. O modelo de princípios é o único modelo de comunidade associativa que atende a todos as condições de uma verdadeira comunidade fraternal. De acordo com Dworkin, uma comunidade deste tipo:

Torna as responsabilidades da cidadania especiais: cada cidadão respeita os princípios de equidade e de justiça inerentes à estrutura política vigente de sua comunidade específica, que pode ser diferente da de outras comunidades, independentemente de ele considerar esses princípios os melhores de um ponto de vista utópico. Isso torna essas responsabilidades totalmente pessoais: exige que ninguém seja deixado de fora, que todos participemos da política juntos, para o bem ou para o mal, que ninguém seja sacrificado, como feridos deixados no campo de batalha, na cruzada pela justiça geral. A preocupação que expressa não é superficial, como a preocupação irracional do

---

<sup>296</sup> No original: “[...] accept that they are governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise. Politics has a different character for such people. It is a theater of debate about which principles the community should adopt as a system, which view it should take of justice, fairness, and due process, not the different story, appropriate to the other models, in which each person tries to plant the flag of his convictions over as large a domain of power or rules as possible. Members of a society of principle accept that their political rights and duties are not exhausted by the particular decisions their political institutions have reached, but depend, more generally, on the scheme of principles those decisions presuppose and endorse. So each member accepts that others have rights and that he has duties flowing from that scheme, even though these have never been formally identified or declared.”

modelo de regras, mas genuína e abrangente. Ela se instala imediatamente após o início da política e se sustenta por meio da legislação, da adjudicação e da aplicação do direito. Os atos políticos de todos expressam, em todas as ocasiões, ao discutir quais devem ser as regras e como devem ser aplicadas, um comprometimento profundo e constante que exige sacrifício, não apenas dos perdedores, mas também dos poderosos que se beneficiariam com o tipo de barganha política e soluções arbitrárias que a integridade proíbe. Sua lógica tende à igualdade da maneira que nossa quarta condição exige: seu princípio de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com igual consideração de acordo com alguma concepção coerente do que isso significa. Uma associação de princípios não é automaticamente uma comunidade justa; sua concepção de igual consideração pode ser falha ou pode violar os direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, da maneira como acabamos de ver que qualquer verdadeira comunidade associativa poderia. Mas o modelo de princípios satisfaz as condições de uma verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade que seja possível para pessoas que discordam sobre justiça e equidade adotarem.<sup>297</sup> (Dworkin, 1986, p. 213-214).

Uma comunidade de princípios aceita a integridade e a integridade promete aos membros da comunidade que seus direitos serão escolhidos, alterados, desenvolvidos e interpretados conforme o conjunto de princípios que a comunidade aceita por meio da prática social (Dworkin, 1986, p. 214). Nesse sentido, a integridade justifica o uso do poder coercitivo do direito, isto é, o Estado pode reivindicar autoridade moral para impor os cidadãos determinadas obrigações, porque ele decide os direitos e as obrigações dos cidadãos conforme seus princípios compartilhados. Dessa forma, justifica também a obrigação política de obediência ao direito. Uma comunidade de princípios aceita a integridade porque ela exige que cada um seja tão digno quanto qualquer outro de ser tratado com igualdade. Assim, a obrigação política de obediência ao direito é assimilada pela categoria geral das obrigações associativas. Se o Estado trata seus cidadãos com igualdade e com seus compromentimentos relacionados, a obrigação política de obediência ao direito surge dessa relação especial entre Estado, oficiais e cidadãos, assim como as obrigações associativas surgem das relações especiais entre os

---

<sup>297</sup> No original: “It makes the responsibilities of citizenship special: each citizen respects the principles of fairness and justice instinct in the standing political arrangement of his particular community, which may be different from those of other communities, whether or not he thinks these the best principles from a utopian standpoint. It makes these responsibilities fully personal: it commands that no one be left out, that we are all in politics together for better or worse, that no one may be sacrificed, like wounded left on the battlefield, to the crusade for justice overall. The concern it expresses is not shallow, like the crocodile concern of the rulebook model, but genuine and pervasive. It takes hold immediately politics begins and is sustained through legislation to adjudication and enforcement. Everyone’s political acts express on every occasion, in arguing about what the rules should be as well as how they should be enforced, a deep and constant commitment commanding sacrifice, not just by losers but also by the powerful who would gain by the kind of logrolling and checkerboard solutions integrity forbids. Its rationale tends toward equality in the way our fourth condition requires: its command of integrity assumes that each person is as worthy as any other, that each must be treated with equal concern according to some coherent conception of what that means. An association of principle is not automatically a just community; its conception of equal concern may be defective or it may violate rights of its citizens or citizens of other nations in the way we just saw any true associative community might. But the model of principle satisfies the conditions of true community better than any other model of community that it is possible for people who disagree about justice and fairness to adopt.”

membros dentro da comunidade que se tratam com igual consideração. Portanto, conclui Dworkin, a integridade se ajusta à nossa prática política e a justifica. Na sequência, Dworkin defende uma alegação mais específica: a de que “[...] a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas específicas e, particularmente, da maneira como nossos juízes decidem casos difíceis no direito.”<sup>298</sup> (Dworkin, 1986, p. 216). Ele acredita que o direito como integridade é uma interpretação melhor da prática jurídica do que as teorias interpretativas do convencionalismo e do pragmatismo jurídico.

### 3.4.2. Integridade no direito

No capítulo sete Dworkin desenvolve sua concepção do direito: o direito como integridade. O direito como integridade nega que proposições jurídicas são “[...] relatos factuais retrospectivos do convencionalismo ou programas instrumentais prospectivos do pragmatismo jurídico.”<sup>299</sup> (Dworkin, 1986, p. 225). O direito não é voltado só para o passado ou só para o futuro. A tese do direito como integridade sustenta que afirmações jurídicas são interpretações da prática jurídica, voltadas tanto para o passado quanto para o futuro, porque tratam o direito como uma “[...] narrativa política em desenvolvimento”.<sup>300</sup> Portanto, o argumento do direito como integridade não se preocupa em dizer se os juízes descobrem (como no convencionalismo) ou inventam (como no pragmatismo jurídico) o direito, porque os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (o que se relaciona com a afirmação de Dworkin, em outro texto, de que a interpretação combina descrição e avaliação, não se reduzindo a uma só destas atividades).<sup>301</sup> Dworkin identificou anteriormente dois princípios de integridade política, um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto total de direitos moralmente coerente e um princípio adjudicativo, que instrui que o direito seja visto como coerente dessa forma pelos aplicadores (Dworkin, 1986, p. 176). O princípio adjudicativo da integridade instrui os juízes a dizer quais são os direitos e deveres jurídicos com base no conjunto de princípios morais implícitos nas práticas sociais da comunidade e como se fossem criados por um único autor, que Dworkin chama de “comunidade personificada” (Dworkin, 1986, 225):

<sup>298</sup> No original: “[...] integrity is the key to the best constructive interpretation of our distinct legal practices and particularly of the way our judges decide hard cases at law.”

<sup>299</sup> No original: “[...] factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism.”

<sup>300</sup> No original: “[...] unfolding political narrative.”

<sup>301</sup> Ver páginas 162-163 desta dissertação.

De acordo com o direito como integridade, as proposições de direito são verdadeiras se figurarem ou decorrerem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.<sup>302</sup> (Dworkin, 1986, p. 225).

A diferença da concepção do direito como integridade para as concepções rivais do convencionalismo e do pragmatismo jurídico, portanto, é que as últimas se apresentam *como* interpretações da prática jurídica, a primeira voltada para encontrar as regras do passado que melhor descrevem os acordos da comunidade e a última para criar as melhores regras para o futuro da comunidade. O direito como integridade, por sua vez, é um programa *de* interpretação (Dworkin, 1986, 226). Pede aos juízes que tratem o direito como uma interpretação de algo em contínuo desenvolvimento.

A história de uma comunidade política é muito importante para o direito como integridade, pelo menos no sentido de que esta exige dos juízes que os direitos e os deveres jurídicos decorram das decisões políticas tomadas no passado, não apenas do conteúdo explícito dessas decisões, mas também do sistema de princípios implícitos que justificam essas decisões (Dworkin, 1986, p. 227). Nesse sentido, o direito como integridade se volta para o passado na medida em que analisa a adequação do direito às decisões explícitas, e se volta para o futuro na medida em que analisa a justificativa que os princípios implícitos fornecem para o direito. Dessa forma, as declarações de direito são permanentemente construtivas, no sentido de que o direito é a contínua interpretação e reinterpretação do ajuste (*fits*) e da justificativa (*justifies*) da prática jurídica de uma comunidade política.

Anteriormente, Dworkin havia introduzido a ideia de que a interpretação de uma prática social, como o direito, é um caso de interpretação artística, no sentido de que é uma interpretação criativa ou construtiva, porque o intérprete impõe ao objeto ou prática um valor para torná-lo o melhor possível. Assim, a interpretação criativa, da arte e do direito, guarda aspectos normativos (Dworkin, 1986, p. 228). Nesse sentido, Dworkin desenvolve sua análise da interpretação jurídica comparando-a com a interpretação literária, por meio de um modelo, a saber, um gênero literário que ele chama de romance em cadeia<sup>303</sup> (*chain novel*). Dworkin imagina um grupo de romancistas que deve escrever um romance com uma estrutura seriada de autoria. Cada um deles receberá o livro, com os capítulos que já foram escritos por outros romancistas em cadeia, ao qual ele deve acrescentar seu capítulo antes de enviar o texto ao

<sup>302</sup> No original: “According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice.”

<sup>303</sup> Esse exemplo foi utilizado por Dworkin pela primeira vez em “Law as Interpretation”. *Critical Inquiry*, vol. 9, n. 1. 1982, p. 191.

próximo autor, e assim sucessivamente, desenvolvendo uma única história. Os romancistas deveriam assumir a responsabilidade de dar continuidade ao romance de forma coerente. Devem ler o material já escrito e acrescentar o capítulo seguinte de modo que faça sentido quando considerado em conjunto com aquilo que já foi escrito anteriormente. Eles devem tentar escrever o romance como se fosse escrito por um único autor. Isso exigirá dos romancistas que interpretem o que foi escrito pelos autores antes deles e o que eles próprios pretendem escrever para dar sequência à história por meio das duas dimensões que nós agora já conhecemos. Eles devem interpretar o texto de modo a respeitar os capítulos já escritos, em termos de adequação dos propósitos estéticos que orientam a sua própria escrita, bem como justificar a interpretação adotada em termos de maximização do valor estético da obra como um todo. Dessa forma, o autor que acaba de receber o texto deve analisar se os capítulos escritos se ajustam entre si e se seu capítulo se ajusta com os demais. Ele deve adotar, portanto, uma interpretação que mostra a obra como um único e íntegro romance, e não como um conjunto de textos desconexos entre si (Dworkin, 1986, p. 230). Mais de uma interpretação pode se ajustar ao conjunto dos textos. Nesse sentido, a dimensão da justificação exige que se julgue qual é a melhor interpretação do romance. Na etapa do ajuste usamos critérios sobre forma e estrutura para avaliar a coerência e integridade do romance. Na etapa da justificação, por sua vez, usamos critérios estéticos, ou seja, juízos substantivos sobre o valor, beleza ou importância, sobre aquilo que esperamos que um romance expresse (Dworkin, 1986, p. 231).

O direito como integridade pede ao juiz que ele se considere como um autor no projeto coletivo do romance em cadeia (Dworkin, 1986, p. 238-239). O juiz sabe que outros juízes decidiram casos antes dele que, se não são exatamente iguais ao seu, são relacionados. Portanto, o juiz deve se considerar como parte de uma longa história à qual ele deve dar continuidade, oferecendo uma interpretação que ele considera que melhor dá seguimento à história em questão. Sua interpretação deve se adaptar aos fatos do passado e ao mesmo tempo justificar a sua decisão. Diferente dos autores do romance em cadeia, seus juízos não serão estéticos, mas de moralidade política (Dworkin, 1986, p. 239). Para desenvolver essa complexa relação entre ajuste e justificativa no direito, que exige convicções políticas de diferentes tipos, Dworkin recorre novamente à figura do juiz imaginário de capacidades sobre-humanas chamado Hércules.<sup>304</sup> Hércules aceita o direito como integridade. Vemos como ele lida e decide com as questões de ajuste e de justificativa na interpretação do direito. Mas suas decisões não *definem* o direito como integridade. Suas decisões são apenas respostas que parecem as melhores

---

<sup>304</sup> O exemplo do juiz Hércules apareceu primeiro em “Hard Cases” e foi desenvolvido nesta dissertação no capítulo 2, seção 2, na página 140.

interpretações considerando determinado momento analisado da história institucional. Outras pessoas poderiam pensar que têm interpretações melhores. No entanto, esclarece Dworkin, “Se você rejeitar essas visões específicas por considerá-las interpretações construtivas deficientes da prática jurídica, você não terá rejeitado o direito como integridade, mas sim se juntado a ele.”<sup>305</sup> (Dworkin, 1986, p. 240). Isso porque o direito como integridade exige a adoção da atitude interpretativa, que consiste em tratar o direito como um fenômeno em desenvolvimento contínuo e exige que as decisões jurídicas expressem o melhor ajuste e justificativa da história e da prática jurídica como um todo.

---

<sup>305</sup> No original: “If you reject these discrete views because you think them poor constructive interpretations of legal practice, however, you have not rejected law as integrity but rather have joined its enterprise.”

## CAPÍTULO 3: APROXIMAÇÕES ENTRE FULLER E DWORKIN

### Introdução

Nos dois primeiros capítulos deste trabalho apresentei os principais argumentos da teoria do direito de Lon Fuller e de Ronald Dworkin. Agora temos uma visão mais ampla do todo do pensamento destes autores, e podemos pensar sobre cada um deles à luz das contribuições do outro e esboçar aproximações e distinções entre suas teorias do direito. Fuller e Dworkin são, sobretudo, antipositivistas. Afirmei que a teoria do direito de Dworkin frequentemente é apresentada como uma “terceira teoria” (Postema, 2011, p. 448) alternativa ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, e que endosso a leitura que identifica essa terceira teoria com o pragmatismo filosófico (Decat, 2014, p. 23). Neste capítulo eu apresento argumentos com o objetivo de responder às questões-problema que guiaram esta pesquisa: (1) como as críticas de Fuller e de Dworkin ao positivismo aproximam estes autores; (2) se é possível identificar características comuns e (3) se sim, se justificam a aproximação de Fuller com Dworkin no espaço conceitual de uma “terceira teoria do direito”, por meio de comprometimentos típicos do pragmatismo filosófico. Por essa razão, estivemos analisando com bastante cuidado grande parte dos argumentos da teoria do direito de Fuller e de Dworkin. Acredito que se identificarmos elementos importantes e comuns nas suas teorias é possível sustentar que Fuller também pode ser lido como um pragmatista filosófico dedicado a pensar o direito. Antes disso, contudo, será necessário abordar o breve debate entre eles. Pretendo avaliar a crítica de Dworkin a Fuller, antes de rejeitá-la.

### Seção 1. Dworkin *contra* Fuller

#### 1.1. A Crítica de Dworkin a Fuller

Logo após a publicação da primeira edição de *The Morality of Law* em 1964, Dworkin publica, em 1965, o artigo “Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”,<sup>306</sup> criticando a tese da moralidade interna. Ronald Dworkin

---

<sup>306</sup> Dworkin, Ronald. “Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”. *University of Pennsylvania Law Review*, 1965, 113, p. 668-690. Foi publicado em formato condensado posteriormente em: Dworkin, Ronald. “The Elusive Morality of Law”. *Villanova Law Review*, 1965, 10, p. 631-639.

começa seu artigo reconhecendo a contribuição de Fuller para a teoria do direito, na sua tentativa de “[...] encontrar conexões e interdependências entre direito e moral”<sup>307</sup> (Dworkin, 1965, p. 668). No entanto, embora Dworkin concorde com a crítica geral às alegações positivistas de que a existência e a validade do direito é uma coisa e a moralidade é outra, ele acredita que o argumento da moralidade interna ao direito é uma tentativa frustrada de estabelecer uma nova relação entre direito e moralidade.

O argumento de Fuller é desenvolvido, como visto, por meio do exemplo do Rei Rex que desejava criar direito para seus súditos, mas não conseguiu fazê-lo porque cometeu oito erros graves na administração daquilo que ele pretendia que fosse um sistema jurídico. Esses oito erros são correlatos aos (agora conhecidos) oito princípios de moralidade interna ao direito. Fuller concluiu que “Um fracasso total em qualquer uma dessas oito direções não resulta simplesmente em um sistema jurídico ruim; resulta em algo que não pode ser propriamente chamado de sistema jurídico”<sup>308</sup> (Fuller, 1969, p. 39). Dworkin aceita a tese da moralidade interna *se* o ponto central dos seus princípios for que “[...] os padrões devem ter recebido um certo caráter e nível de publicidade *como padrões* antes de poderem ser considerados razões em argumentos ou decisões judiciais”<sup>309</sup> (Dworkin, 1965, p. 669). Mas ele não compreende esses princípios como princípios de moralidade. Dworkin entende que Fuller trata os princípios primeiro como uma questão de *estratégia*, isto é, como requisitos que deveriam ser obedecidos por aqueles que desejam fazer o direito. Em outros momentos, contudo, Dworkin afirma que Fuller trata os princípios como *definicionais*, ou seja, como estipulando condições mínimas para o uso do conceito de direito. É difícil, afirma Dworkin, compreender a caracterização moral dos princípios da moralidade interna ao direito, já que Fuller passa de uma linguagem de estratégia e de definição para uma linguagem moral sem nenhuma justificativa ou explicação. A conclusão de Dworkin sobre a tese da moralidade interna de Fuller é a seguinte: se alguém deseja “[...] criar e manter o direito, deve *cumprir com e observar* os princípios que expressam deveres e ideais morais”<sup>310</sup> (Dworkin, 1965, 670). É isso o que significa, para ele, dizer que os princípios de moralidade interna ao direito são princípios de moralidade; eles impõem deveres morais aos funcionários que administram as instituições jurídicas.

<sup>307</sup> No original: “[...] finding connections and interdependencies between law and morals.”

<sup>308</sup> No original: “A total failure in any one of these eight directions does not simply result in a bad system of law; it results in something that is not properly called a legal system at all”.

<sup>309</sup> No original: “[...] standards must have received a certain character and level of publicity *as standards* before they can count as reasons in legal argument or decision”.

<sup>310</sup> No original: “[...] to create and maintain law, must *comply with* or *observe* principles expressing moral duties and ideals”.

Contudo, Dworkin acredita, como também Hart afirmou anteriormente,<sup>311</sup> que os princípios de moralidade interna são compatíveis com uma iniquidade muito grande. Os legisladores que criaram leis injustas no passado, como aquelas que permitiram a escravidão, poderiam ter seguido os oito princípios. Eles poderiam ter feito (1) regras gerais, (2) publicadas, (3) prospectivas, (4) claras, (5) consistentes com as demais regras, (6) possíveis de obediência, (7) constantes no tempo e (8) cuja aplicação oficial fosse congruente com a regra declarada. Todavia, isso não significa que eles poderiam alegar conformidade com quaisquer princípios morais. Nesse sentido, Dworkin argumenta que a alegação de Fuller de que os princípios de moralidade interna são princípios morais é uma alegação falha (Dworkin, 1965, 671). Segundo Dworkin, Fuller não ataca a afirmação positivista de que a moralidade do direito é uma questão conceitualmente distinta da validade do direito. Para Fuller, essa é uma questão de moralidade externa. Mas seu argumento da moralidade interna não é uma questão de moralidade substantiva do direito, mas meramente de moralidade procedimental. Assim, embora formalmente respeite critérios que Fuller caracteriza como moralidade, o direito criado ainda poderia ser compatível com diversas imoralidades, como leis injustas, acredita Dworkin.

Fuller respondeu Hart anteriormente apontando para a interação entre os dois tipos de moralidade do direito. Ele afirmou que a moralidade interna pressupõe uma visão do cidadão como um “agente responsável”, e um legislador que realmente adote essa visão não confrontará a “dignidade humana de um agente responsável” com leis imorais. Nesse sentido, a moralidade interna, ou seja, o respeito aos critérios morais de criação do direito, interage com e protege a moralidade externa. A moralidade interna ao direito, portanto, previne que o direito se torne imoral. Logo, protege a moralidade externa e substantiva do direito. Segundo Dworkin, porém, o argumento de Fuller que associa dignidade e moralidade interna estabelece uma conexão apenas aparente entre direito e moralidade substantiva (Dworkin, 1965, p. 673). Para o autor, a suposição de Fuller de que há uma conexão necessária entre direito e moralidade se baseia na única razão de que os legisladores adotam a moralidade interna porque respeitam aqueles a quem governam. Contudo, o seu próprio exemplo do Rei Rex demonstra o contrário. Um governante pode adotar a moralidade interna não por respeito à dignidade dos agentes responsáveis que ele governa, mas pelo simples desejo de governá-los. Nesse sentido, a conclusão de Dworkin sobre o argumento da moralidade interna de Fuller é que ele não envolve uma conexão necessária entre direito e moralidade substantiva, e portanto, não contraria a tese

---

<sup>311</sup> Ver capítulo 1, seção 2, item 2.1, p. 32-39, desta dissertação.

clássica do positivismo jurídico de que direito e moralidade são conceitualmente distintos (Dworkin, 1965, 673).

Dworkin avalia, então, a alegação de Fuller de que a criação de direitos requer necessariamente a conformidade com algum conjunto de princípios morais. Dworkin concorda que um legislador que viola os critérios do que Fuller chama de moralidade interna, comete um erro, mas ele discorda que se trate, necessariamente, de um erro moral. O que Fuller afirma, segundo Dworkin, é que os oito cânones da legislação estabelecem princípios morais,

[...] de modo que a conformidade com eles acarrete automaticamente alguma qualidade moral, ou que um sistema jurídico que atende aos cânones apenas na medida necessária para ser um sistema jurídico presente, por essa razão, algo que possa ser chamado de moralidade, até mesmo uma “moralidade interna.”<sup>312</sup> (Dworkin, 1965, p. 674).

Dworkin resume o argumento de Fuller da seguinte maneira: (1) a violação dos cânones da legislação é uma violação moral; portanto os cânones estabelecem princípios morais; (2) o direito não pode ser criado e se manter sem uma observância mínima dos oito cânones; (3) logo, o direito não pode ser criado e mantido sem a observância mínima de princípios morais (Dworkin, 1965, p. 674). O principal erro do argumento de Fuller, conforme essa visão, é que ainda que aceitemos os cânones como princípios morais, no sentido de que sua violação é um ato moralmente errado, e ainda que aceitemos, como Dworkin aceita, que a legislação exige alguma conformidade mínima com esses cânones, não se segue que a legislação exige conformidade com princípios morais (Dworkin, 1965, p. 675). O argumento de Dworkin é que é possível cumprir estes princípios por boas ou más razões. Alguém pode cumprir uma promessa por medo ou por conveniência, e não por respeito ao princípio de que as promessas devem ser cumpridas. Não podemos dizer, portanto, que essa pessoa se comportou conforme um princípio moral, porque não é uma razão moral que explica seu comportamento. Podemos dizer o mesmo de um legislador ou do exemplo do Rei Rex. Ele pode aceitar que alguma observância mínima dos oito cânones é necessária para fazer e manter um sistema jurídico. Mas ele pode aceitar isso não por respeito à agência de seus súditos, e sim pelo desejo de submeter o comportamento deles a sua vontade, que pode, inclusive, incluir imoralidades.

Dworkin afirma que o erro de Fuller de pensar que a criação do direito deve seguir princípios morais estabelecidos pelos oito cânones é explicado pelo seu outro argumento, que

---

<sup>312</sup> No original: “[...] such that compliance with them carries automatically some moral quality, or that a legal system which meets the canons only to the degree necessary to be a legal system displays on that account anything which could be called a morality, even an ‘internal morality.’”

Fuller acredita derivar do primeiro. Seu segundo argumento afirma que o direito é uma questão de grau, e se a legislação está sujeita à moralidade interna, alguns sistemas jurídicos que não respeitaram os seus cânones eram menos direito do que os sistemas jurídicos que respeitavam (Dworkin, 1965, p. 676). Seu objetivo era reduzir o grau de legalidade alcançado por sistemas jurídicos tiranos, como o caso da Alemanha nazista, e empurrar esses sistemas para fora do conceito de estado de direito, em direção à anarquia. Mas se sua alegação de que o direito é uma questão de grau falhar, seu argumento de que sistemas jurídicos que não respeitam os cânones da moralidade interna são menos direito também falhará. Novamente, Dworkin oferece um resumo do argumento de Fuller, segundo sua própria visão. Existem diferentes graus de sucesso para a empreitada de “submeter a conduta humana à governança das regras”. Rex fracassou completamente: não criou direito algum. Em algumas nações, como nos Estados Unidos, um grau elevado de sucesso teria sido alcançado. Entre os extremos, no entanto, existe uma zona intermediária, na qual a moralidade interna é observada no mínimo necessário para criar um sistema jurídico, mas ainda sem se importar muito com a dignidade das pessoas. Essa zona intermediária nos obriga a “reconhecer um *continuum* do direito e a reconhecer o sistema jurídico nazista como [...] menos sistema jurídico do que o nosso [norte-americano].”<sup>313</sup> (Dworkin, 1965, p. 677). Dworkin rejeita esse argumento porque para ele o conceito de direito não é sempre uma questão de grau. Ele acredita que poderia ser o caso de o sistema jurídico nazista não ser apenas imoral, mas também de não ser exatamente direito. Mas concluir isso por meio do argumento de Fuller exigiria um esforço de provar o conceito de direito formado por princípios de moralidade interna para avaliar a história institucional do sistema jurídico nazista – um esforço que para Dworkin, não vale a pena, ou não serve a nenhum propósito importante (Dworkin, 1965, p. 678).

No mesmo ano, Hart publicou um *Book Review*<sup>314</sup> de *The Morality of Law*, criticando a tese da moralidade interna de forma aparentemente muito parecida com a crítica de Dworkin. Para Hart, os princípios não eram morais, mas de eficácia ou de boa construção do direito. Hart reconheceu a originalidade e criatividade nas afirmações de Fuller, muito embora tenha encontrado dificuldade de enxergar argumentos firmes e claros em defesa de suas posições (Hart, 1965, p. 1.281). Ele admitiu que seus interesses e pontos de partida eram tão diferentes que eles estavam condenados a não compreender as teses um do outro. Mas em que medida as

<sup>313</sup> No original: “[...] to acknowledge a *continuum* of law, and to recognize the Nazi legal system as [...] less of a legal system than our own.”

<sup>314</sup> Hart, H. L. A. Book Reviews – The Morality of Law by Lon L. Fuller. Harvard Law Review, v. 78, n. 6, 1965, p. 1281-1296. Posteriormente foi republicado como “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” in: Hart, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 343-364.

críticas de Hart à tese da moralidade interna de Fuller realmente se aproximam das críticas de Dworkin? É possível conciliar as críticas de Dworkin a Fuller com as posições posteriores de Dworkin, que em alguns pontos parecem mais aproximar do que afastar esses autores? Precisamos analisar as críticas de Hart para responder essas questões.

Hart começa avaliando a contribuição de Fuller à filosofia moral. Fuller concebe a moralidade como algo que compreende dimensões diferentes de avaliação do comportamento humano (Hart, 1965, p. 1.282). A moralidade tem uma dimensão de dever, que distingue em tom imperativo as condutas em proibidas e exigidas, e uma dimensão de aspiração, que avalia as condutas por meio de concepções de “vida boa”. A primeira trata, nesse sentido, de regras morais mínimas para a convivência em sociedade, e a segunda, das mais altas excelências da moralidade. Contudo, sua caracterização vincula os conceitos de moralidade de dever àquilo que é objetivo e “racionalmente identificável” (“*rationally discoverable*”), enquanto a moralidade de aspiração está ligada àquilo que é “apropriado em termos subjetivos” (“*subjectivism appropriate*”) (Hart, 1965, p. 1.282-83). Fuller reconhece que os filósofos morais divergem sobre que tipo de avaliação moral (dever ou aspiração) deve ser dirigida a determinadas condutas, aquilo o que Fuller chama de dificuldade da filosofia moral de indicar onde o dever cessa e a aspiração começa.

Após apresentar “insuficientemente” as dimensões da moralidade, acusa Hart, Fuller introduz seu conceito de moralidade interna ao direito. Apresenta-nos os oito erros do Rei Rex na tentativa de criar direito e correspondendo aos oito erros, Fuller indica as oito exigências da moralidade interna. Essas exigências constituem princípios para promover a atividade de submeter a conduta humana à governança das regras (Hart, 1965, p. 1.284). Hart, então, apresenta sua principal crítica. Ele afirma que os princípios de legalidade postulados pela moralidade interna, que deveriam ser considerados como princípios de boa construção jurídica (*principles of good legal craftsmanship*) são confundidos com alguma forma de moralidade porque Fuller confunde atividade intencional com moralidade (Hart, 1965, p. 1.286). A crítica de Hart à visão de Fuller dos oito princípios de legalidade como constitutivos de uma forma especial de moralidade se apoia na alegação de que isso leva à aplicação errada da distinção entre moralidade de dever e de moralidade de aspiração aos oito princípios o que, por sua vez, teria levado Fuller a tomar a decisão equivocada de condená-los à moralidade de aspiração (Hart, 1965, p. 1.286). No entanto, para Hart, é um erro aplicar a distinção entre moralidade de dever e de aspiração aos princípios de legalidade. O legislador que viola algum dos princípios, por exemplo, não está violando apenas a moralidade de aspiração, mas especialmente um dever moral.

Nesse sentido, afirma Hart, a classificação dos princípios de legalidade como forma de moralidade confunde o fato de os princípios orientarem o que é preciso fazer para alcançar determinado fim (criação e administração do direito) com o fato desse fim possuir um valor moral ou representar um ideal sobre as mais elevadas capacidades humanas, como senso de bondade ou justiça (avaliação moral do direito). O que faz de uma moralidade de aspiração uma moralidade não é o mero fato de ser orientada a um determinado fim por princípios indicativos não peremptórios, mas o fato de esse fim ser algum desenvolvimento ideal das capacidades humanas que se considera ser de valor supremo na condução da vida. Apenas se o propósito de sujeitar a conduta humana ao governo das regras, independentemente de seu conteúdo, fosse em si mesmo um valor último, seria possível classificar os princípios de criação de regras como uma moralidade e, conseqüentemente, discutir se essa seria uma moralidade de dever ou de aspiração (Hart, 1965, p. 1.287).

De acordo com Hart, Fuller comete esse erro porque enxerga “[...] conexões entre a moralidade ‘externa’, relacionada à justiça e ao bem-estar humano, e o que ele denomina ‘moralidade interna do direito’.”<sup>315</sup> (Hart, 1965, p. 1.287). Para ele, os princípios não são neutros em relação aos fins substantivos imorais. Fuller dá o exemplo de leis racialmente discriminatórias na África do Sul no período do apartheid. Para ele, essas leis foram exemplos claros de violação da moralidade interna especialmente em relação ao princípio da clareza. Mas seus argumentos não sustentam a incompatibilidade entre uma lei ser clara e má: “Não há, portanto, qualquer incompatibilidade especial entre leis claras e más. Leis claras são, portanto, eticamente neutras, embora não sejam igualmente compatíveis com objetivos vagos e com objetivos bem definidos.”<sup>316</sup> (Hart, 1965, p. 1.287). Em outras palavras, na visão de Hart, Fuller não consegue demonstrar a não-neutralidade da moralidade interna em relação aos fins substantivos iníquos. Esta é, em síntese, alegação central da crítica de Hart à tese da moralidade do direito. Hart retira os princípios de legalidade do âmbito da moralidade e os leva para o âmbito da eficácia. Logo, toda a argumentação de Fuller em defesa da relação entre o direito e a moralidade, tanto da natureza moral dos princípios de legalidade, quanto da relação entre moralidade interna e moralidade externa que faz a legalidade promover moralidade substantiva, para Hart, não se sustenta.

---

<sup>315</sup> No original: “[...] connections between ‘external’ morality concerned with human justice and welfare, and what he terms the ‘inner morality of law.’”

<sup>316</sup> No original: “There is therefore no special incompatibility between clear laws and evil. Clear laws are therefore ethically neutral though they are not equally compatible with vague and well-defined aims.”

## 1.2. A Resposta aos Críticos de Fuller

Em 1969, Fuller acrescenta o quinto e último capítulo na segunda edição de *The Morality of Law*, intitulado “A Reply to Critics”, no qual ele respondeu as críticas sofridas por sua tese da moralidade interna ao direito. Seus esforços foram dedicados especialmente a responder as objeções de Hart, com quem ele mantivera um debate por toda a década de 1960.<sup>317</sup> Fuller afirmou que Hart estava certo: há pouco o que extrair das refutações às réplicas. Mas o esforço de esclarecimento se fez necessário na medida em que sua resposta à revisão de Hart também respondia aos seus outros críticos, como Dworkin. Pretendo analisar se a resposta de Fuller a Hart também pode servir como resposta à crítica de Dworkin.

Hart afirmou que os pontos de partida dele e de Fuller eram tão diferentes que seus interesses distintos na teoria do direito dificultava a compreensão mútua. Ele concluiu que essa diferença fundamental entre eles decorria da paixão de Fuller pela sua noção de propósitos. Para Fuller, no entanto, era Hart que sofria da ilusão positivista de ver algum tipo de ganho em tratar atividades intencionais como se não servissem a nenhum propósito:

Eu entendo que o que Hart está tentando transmitir é que eu dou muita importância ao propósito e que faria melhor se diminuísse essa importância em minha maneira de pensar. Na minha opinião, Hart não considera o propósito; ele sofre da ilusão positivista de que algum ganho – não declarado e não analisado – ocorrerá se tratarmos apenas, até onde conseguirmos, os acordos intencionais como se não tivessem propósitos.<sup>318</sup> (Fuller, 1969, p. 190).

Nesse sentido, Fuller aponta os pontos de partida do positivismo analítico,<sup>319</sup> para apresentar os erros de Hart. O termo analítico, conforme Fuller, nomeia um estado de espírito intelectual que analisa seus objetos de maneira isolada e não se preocupa com as relações que esses objetos guardam entre si. Existem cinco pontos de partida básicos do positivismo analítico: (1) ver o direito como uma projeção unilateral de autoridade, isto é, que emana da fonte autorizada e se impõe aos cidadãos; (2) a preocupação fundamental do positivismo

<sup>317</sup> A Resposta de Fuller encerrou o debate entre ele e Hart. Hart pretendeu responder Fuller, como sugeriu na introdução de seu “Postscript” organizado e editado postumamente por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz em 1994. Ver em: Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press. Second edition (with a new Postscript). 1994 (1st. ed. 1961), p. 238-239 e a nota 4.

<sup>318</sup> No original: “I take it what Hart is attempting to convey is that I make too much of purpose and that I would do well to play it down in my thinking. In my view Hart makes too little of purpose; he suffers from the positivist delusion that some gain – unstated and unanalyzed – will be realized if only we treat, insofar as we can, purposive arrangements as though they served no purpose.”

<sup>319</sup> O termo *Novos Juristas Analíticos* (termo em inglês) é cunhado por Summers. Ver SUMMERS, Robert S. “The New Analytical Jurists”. *New York University Law Review*, vol. 41, 1966, p. 861-896. Seus “integrantes” fizeram vários comentários críticos à tese da moralidade interna. Nesse sentido, a resposta de Fuller a Hart é simultaneamente uma resposta aos seus outros críticos do positivismo analítico.

analítico é com a fonte formal autorizada a produzir normas, e nada mais; (3) o legislador não desempenha nenhum tipo de papel especial na produção de leis; (4) se o legislador não exerce nenhum tipo de papel especial, nenhum tipo de moralidade especial está atrelada ao desempenho de suas funções; (5) existe uma separação clara entre o esforço direcionado à criação do direito e o que de fato nasce desse esforço. Esses cinco pontos de partida do positivismo analítico o levam a ignorar a *dimensão social* em que um sistema jurídico está inserido:

Eles [pontos de partida] podem ser resumidos na observação de que o positivista não reconhece, no funcionamento de um sistema jurídico, nada que possa ser verdadeiramente chamado de *dimensão social*. O positivista vê o direito no momento em que é promulgado pelo legislador e, novamente, no momento em que tem impacto sobre o sujeito de direito. Ele não vê o legislador e o cidadão em interação um com o outro e, em virtude dessa falha, deixa de ver que a criação de uma interação efetiva entre eles é um ingrediente essencial do próprio direito.<sup>320</sup> (Fuller, 1969, p. 193).

Existe, para Fuller, um elemento essencial para a criação de um sistema jurídico: a relação de cooperação entre aqueles que criam o direito, especialmente os legisladores e os juízes que fazem e aplicam as leis, e aqueles que se submetem ao direito, isto é, os cidadãos (Fuller, 1969, p. 192). O positivismo ignora essa relação. Nesse sentido, o positivismo é incapaz de enxergar que aqueles que criam o direito desempenham um papel social importante que, em razão disso, devem observar os limites impostos pela moralidade de sua função especial (Fuller, 1969, p. 193). Em outras palavras, o respeito a essa moralidade especial – a moralidade interna ao direito – é essencial para a criação de um sistema jurídico. A defesa de que a preocupação deve ser não com o esforço intencional necessário para fazer o direito, mas com o direito que de fato emerge desse esforço, que sustenta o positivismo, é, talvez, a raiz dos outros pontos de partida. É ao lidar com a interação humana que o positivismo mais falha ao tentar traduzir a realidade em termos teóricos. O positivista precisa ignorar como os empreendimentos e os comprometimentos concretizados por meio do esforço intencional se voltam para alcançar determinados propósitos para que possa manter sua posição de neutralidade em relação à moral (Fuller, 1969, p. 195). Mas, para Fuller, é assim que o direito funciona. O direito é uma atividade intencional que tem o propósito de sujeitar a conduta humana ao governo das regras, que por sua vez só pode ser alcançado por meio do respeito da moralidade especial que acompanha essa

---

<sup>320</sup> No original: “They may all be summed up in the observation that the positivist recognizes in the functioning of a legal system nothing that can truly be called a social dimension. The positivist sees the law at the point of its dispatch by the lawgiver and again at the point of its impact on the legal subject. He does not see the lawgiver and the citizen in interaction with one another, and by virtue of that failure he fails to see that the creation of an effective interaction between them is an essential ingredient of the law itself.”

atividade de criar o direito. O positivismo é indiferente aos esforços humanos que criam o direito. Logo, ele é indiferente não só aos propósitos do direito, enquanto atividade intencional propositada, mas à moralidade intrínseca a essa atividade. Como visto, corolário desta visão é o fato de que um afastamento considerável dos princípios de legalidade produz não só um direito ruim, mas algo que não pode ser chamado de direito (Fuller, 1969, 197). Seus críticos parecem aceitar essa afirmação, inclusive Hart (Hart, 1994, p. 207). Mas a concordância entre eles é limitada porque Fuller sustenta que o conceito de propósito deve responder o problema de quando um sistema jurídico viola os princípios de legalidade. Nós devemos nos perguntar para qual fim o direito está sendo definido (*to what end is law being so defined*) considerando que ele não pode “existir” se não respeitar os princípios de legalidade (Fuller, 1969, p. 198).

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

O envenenamento é, sem dúvida, uma atividade intencional, e reflexões sobre seu propósito podem mostrar que ela tem seus princípios internos (“evite venenos, não importa o quão letais, se seu formato, cor ou tamanho puder atrair a atenção”). Mas chamar esses princípios da arte do envenenador de “a moralidade do envenenamento” seria simplesmente obliterar a distinção entre a noção de eficiência para um propósito e aqueles julgamentos finais sobre as atividades e propósitos, dos quais se ocupa a moralidade em suas várias formas.<sup>321</sup> (Hart, 1965, p. 1.286).

Mas o que seus críticos querem dizer com eficácia, especialmente aplicado à criação e administração de um sistema jurídico? Fuller apresenta um contraexemplo que mostra o motivo de os princípios de legalidade serem essencialmente de natureza moral e não dizerem respeito apenas à eficácia. Na década de 1960, a União Soviética aprovou leis que puniam com a pena de morte aqueles que cometiam crimes econômicos. Essas leis foram aplicadas retroativamente, de modo que aqueles condenados foram sentenciados à morte por atos que não eram puníveis com a morte quando cometidos. O objetivo do Estado soviético era acabar com os crimes econômicos e, certamente, a aplicação retroativa dessas leis era eficaz porque mostrava a grande

---

<sup>321</sup> No original: “Poisoning is no doubt a purposive activity, and reflections on its purpose may show that it has its internal principles. (‘Avoid poisons however lethal if they cause the victim to vomit,’ or ‘Avoid poisons however lethal if their shape, color, or size is likely to attract notice.’) But to call these principles of the poisoner’s art ‘the morality of poisoning’ would simply blur the distinction between the notion of efficiency for a purpose and those final judgments about activities and purposes with which morality in its various forms is concerned.”

intolerância do estado soviético contra esse tipo de crime. Os advogados e juristas soviéticos que observaram nessas leis um afastamento grosseiro da legalidade não argumentariam que as leis eram ineficazes. Por que, então, Hart insiste em colocar os princípios de legalidade como uma questão de eficácia e não de moralidade? Isso se deve a duas razões. Primeiro, do ponto de vista moral, ele é indiferente à existência do direito. Em segundo lugar, ele enxerga o direito como uma projeção unilateral da autoridade do Estado que se impõe ao cidadão e não como um produto de uma interação de orientações objetivas e propositadas entre o cidadão e o Estado.

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

Portanto, quando falamos da “neutralidade moral do direito”, não estamos nos referindo a que a existência e a administração consciente de um sistema jurídico não estejam relacionadas com a realização de objetivos morais nos assuntos da vida. Se o respeito pelos princípios de legalidade é essencial para criar tal sistema, então, com certeza, não parece absurdo sugerir que esses princípios constituem uma moralidade especial de função ligada a cargo de legislador e administrador do direito.<sup>322</sup> (Fuller, 1969, p. 206).

A segunda objeção à moralidade interna se funda na pressuposição equivocada de que o direito é a projeção de autoridade do Estado imposta ao cidadão (Fuller, 1969, p. 207). Essa visão confunde duas formas de ordem social: o *direito* e a *direção gerencial*.<sup>323</sup> Ambas envolvem o controle do comportamento humano através da subordinação à autoridade. A direção gerencial é um tipo de gestão *aplicada* aos subordinados para servir a propósitos estabelecidos pelo superior. O direito, por sua vez, não estabelece leis para os cidadãos obedecerem e servirem aos propósitos dos legisladores e administradores, os cidadãos *seguem* as regras jurídicas para a condução de suas próprias vidas.<sup>324</sup> O erro de Hart é conceber as regras

---

<sup>322</sup> No original: “So when we speak of ‘the moral neutrality of law’ we cannot mean that the existence and conscientious administration of a legal system are unrelated to a realization of moral objectives in the affairs of life. If respect for the principles of legality is essential to produce such a system, then certainly it does not seem absurd to suggest that those principles constitute a special morality of role attaching to the office of law-maker and law-administrator.”

<sup>323</sup> Ver capítulo 1, seção 3, item 3.3, páginas 63-82 desta dissertação.

<sup>324</sup> Ver mais em: Rundle, Kristen. *Forms Liberate – Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2012.

jurídicas por meio de um modelo gerencial, portanto, como uma projeção unilateral de autoridade.

Aqui, não há indícios de que a cooperação voluntária do cidadão deva ser acompanhada por um esforço cooperativo correspondente por parte do Estado. Na análise de Hart, não há reconhecimento de que a manutenção de um sistema jurídico em existência dependa do cumprimento de responsabilidades interligadas – do Estado para com o cidadão e do cidadão para com o Estado.<sup>325</sup> (Fuller, 1969, p. 216).

A concepção de Fuller, pelo contrário, é que o direito é o produto de uma interação propositada entre cidadão e Estado. Nesse sentido, para ele o direito é uma atividade intencional que demanda critérios de morais para sua criação e administração, tanto porque existe uma relação moral de cooperação entre Estado e cidadão, quanto porque os legisladores e outros oficiais jurídicos têm deveres morais relacionados à sua função de criar e administrar o direito.

### 1.3. Fortalecendo o argumento de Fuller: Expectativas de Segunda Ordem

Dworkin e Hart criticaram a tese da moralidade interna ao direito de Fuller de modo bastante semelhante. De maneira geral, os dois afirmam que os oito princípios que formam o que Fuller denomina de moralidade interna são, na verdade, princípios estratégicos ou de boa construção do direito, mas que não expressam deveres morais. Assim, enquanto Fuller defende que os princípios de moralidade interna são princípios morais porque expressam deveres morais que os legisladores têm de obedecer para criar e administrar o direito, Dworkin e Hart negam. Hart sustenta a separação positivista entre direito e moralidade, portanto, sua crítica é justificada por sua posição. Mas para Dworkin, essa crítica se torna difícil de sustentar, especialmente porque ele defendeu, posteriormente à sua crítica a Fuller, que o direito é a prática argumentativa que justifica moralmente o poder coercitivo do Estado (Dworkin, 1986, p. 96). Nesse sentido, o direito é a manifestação da moralidade política de uma determinada comunidade. Dworkin ainda defendeu expressamente que os juízes têm o dever moral de interpretar e decidir, especialmente nos casos difíceis, considerando os princípios morais subjacentes à prática e que melhor oferecem uma visão unificada e coerente do direito, conforme sua tese do direito como integridade. Assim, sua rejeição à tese de que princípios de moralidade interna são princípios morais que impõem deveres morais aos legisladores, deveres

---

<sup>325</sup> No original: “There is no suggestion here that the citizen’s voluntary cooperation must be matched by a corresponding cooperative effort on the part of government. There is no recognition in Hart’s analysis that maintaining a legal system in existence depends upon the discharge of interlocking responsibilities – of government toward the citizen and of the citizen toward government.”

relacionados às suas funções de legislador, se torna ainda mais problemática, na medida em que ele identifica, analogamente, que os juízes têm deveres morais impostos por princípios morais que estão relacionados às suas funções de juízes. Portanto, devemos rejeitar a crítica de Dworkin a Fuller, se quisermos fazer uma leitura coerente da sua teoria do direito.

Nesse sentido, gostaria de explorar o argumento do sociólogo alemão Niklas Luhmann<sup>326</sup> que acredito fortalecer o argumento de Fuller de que o direito tem uma moralidade interna que estabelece deveres morais para o legislador na sua relação moral de reciprocidade e de cooperação com os cidadãos. Luhmann, antes de sua virada autopoietica de meados da década de 1980, afirma que o direito é o desenvolvimento de um sistema de generalização de expectativas. O mundo em que os agentes se encontram inseridos e que condiciona e solicita ações se apresenta a eles como complexas e contingentes: há mais cursos de ação à disposição do que conseguem identificar e analisar e nem todos os acontecimentos podem ser previstos. Nesse sentido, por meio do processo de “assimilação de experiência” nós selecionamos resultados positivos e excluimos os desapontamentos (Luhmann, 1983, p. 46). Isso nos permite estabilizar nossas expectativas com relação ao mundo e com relação aos outros. Com relação aos outros, formulamos o que Luhmann chama de expectativas de segunda ordem. Para que sejamos capazes de reduzir a complexidade ampliada que o acréscimo de acontecimentos decorrentes de atos orientados por expectativas (dos demais agentes) acrescentam à contingência e complexidade do mundo natural, é preciso formular expectativas sobre as expectativas dos demais agentes que compartilham conosco um mundo social. Estas expectativas, são, além disso, normativas, ou seja, podemos antecipar as nossas expectativas sobre o comportamento dos outros em bases relativamente seguras de normas sociais que a experiência nos permite criar e que se mantêm orientando as ações e escolhas, mesmo diante de comportamentos que violam publicamente estas experiências, por reagirem à decepção não com o aprendizado ou ajuste no seu conteúdo, mas com um protesto vigoroso contra a realidade decepcionante. Isso nos permite, portanto, lidar com a complexidade e com a contingência ampliadas do mundo social. Para isso, no entanto, é necessário “Reconhecer e absorver [que] as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu” (Luhmann, 1983, p. 47). Em outras palavras, a expectativa normativa sobre o comportamento do outro e, reflexivamente, sobre a expectativa que o outro tem do meu próprio comportamento, exige tratar o outro como um outro eu. O direito exige não apenas a expectativa experimental, que Luhmann chama de cognitiva, mas principalmente a expectativa sobre as

---

<sup>326</sup> Luhmann, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

expectativas que o outro tem do seu próprio comportamento (Luhmann, 1983, p. 47-48). E a expectativa normativa, como visto, é uma expectativa de segunda ordem: uma expectativa sobre as expectativas dos outros. O direito é o processo de institucionalização das expectativas normativas selecionadas e estabilizadas porque são úteis ou porque têm algum valor social (Luhmann, 1983, p. 76). Nesse sentido, o direito é o alívio da pressão exercida pela contingência e complexidade sociais e, indiretamente, também naturais, por meio de um tipo especial de expectativa. Ele permite que possamos agir e esperar determinadas ações em resposta às nossas porque ele funciona como generalização das expectativas comportamentais. Mas a institucionalização de expectativas comportamentais por meio do direito exige ainda a diferenciação dos “papéis sociais” que atribuem poder decisório vinculativo em termos sociais globais sobre o que é normativamente relevante para ser institucionalizado (Luhmann, 1983, p. 92-93). Esses papéis sociais são exercidos por oficiais do direito, especialmente pelos legisladores e pelos juízes, que criam e que aplicam o direito.

O argumento de Luhmann se torna relevante para a teoria do direito de Fuller na medida em que ele enxerga o direito como uma cooperação entre os legisladores que criam as regras jurídicas, levando em consideração a formulação de expectativas sobre as expectativas dos cidadãos, inclusive as expectativas dirigidas às expectativas dos próprios legisladores e juízes, e os cidadãos que aceitam as regras e usam como guia para sua conduta, o que exige destes cidadãos que formulem expectativas sobre as expectativas que legisladores e juízes expressam com relação a eles por meio das regras de direito. Fuller defende que o processo da legislação, como uma das formas de ordenação social, é guiado pelo princípio moral implícito da reciprocidade (Fuller, 1969, p. 39). É o princípio moral da reciprocidade entre legislador e cidadão que estabelece os deveres morais para o legislador, em razão do papel social que ele exerce, ou seja, o papel de criar os direitos e os deveres jurídicos por meio de leis ou regras jurídicas. O legislador tem o dever moral de seguir os oito critérios da moralidade interna quando ele cria regras jurídicas para que os cidadãos possam antecipar as suas expectativas quanto a como os direitos e os deveres serão criados pelo legislador. Assim, o legislador segue os critérios porque ele tem uma expectativa sobre as expectativas dos cidadãos de ver as regras jurídicas respeitarem a agência deles. Por outro lado e reflexivamente, quando o legislador cumpre seus deveres morais de criação de regras jurídicas ele alcança uma legitimidade moral decorrente do respeito à agência e autonomia dos destinatários das normas. Isso cria, pelo menos, uma razão *prima facie* para a obediência ao direito para os cidadãos, que passam a ter, sob certas condições e em certos contextos normativos, o dever de acatar as regras jurídicas como parâmetro para o seu comportamento. Assim, os cidadãos obedecem ao direito em parte

porque eles têm uma expectativa sobre as expectativas que o legislador tem de ver as regras jurídicas cumpridas na relação de reciprocidade entre eles.

## **Seção 2. Fuller com Dworkin**

### 2.1. Críticas ao positivismo jurídico e características compartilhadas

Lon Fuller e Ronald Dworkin desenvolveram suas teorias do direito em oposição ao positivismo jurídico. Para ambos, a tese central do positivismo jurídico é a separação entre o direito e a moral. Entendido nestes termos, para o positivismo jurídico, o que o direito é, ou seja, sua descrição ou conceituação, não se confunde com o que o direito deveria ser, ou seja, sua avaliação. Nesse sentido, os positivistas pretendem oferecer uma descrição neutra do direito, ao invés de uma avaliação moral dele. Fuller e Dworkin compartilham a visão de que não é possível separar descrição e avaliação, ou seja, que não é possível oferecer uma descrição neutra do que é o direito, sem referência à avaliação moral do que o direito deveria ser. Na próxima subseção veremos que a base da moralidade defendida por eles não é a mesma que a tradição jusnaturalista sustenta.

Para Fuller, vimos que não podemos separar o que o direito é de como o direito moralmente deveria ser, isto é, descrição e avaliação do direito,<sup>327</sup> porque conforme seu conceito de *Eunomics*, o direito (em sentido amplo) é formado por processos jurídicos de ordenação social (em sentido estrito) que Fuller identificou na legislação, adjudicação, contrato, mediação e direção gerencial. Como um modelo de ordenação social, cada processo jurídico tem dois elementos: uma estrutura determinada para a tomada de decisão socialmente eficaz e um conjunto de princípios morais distintivos de cada processo (Wiston, 1981, p. 28). A concepção alargada de direito defendida por Fuller contraria o positivismo em pelo menos dois sentidos importantes. Em primeiro lugar, Fuller identifica, especialmente no processo jurídico da mediação e do contrato, uma ordem jurídica espontânea, que não requer um grau relevante

---

<sup>327</sup> Nestes termos, a posição de Fuller se assemelha muito à posição de Dworkin sobre a reconstrução da história institucional das decisões político-jurídicas precisar de um elemento avaliativo. Enquanto Dworkin defende a atribuição de um “point” para a prática social, Fuller defende a ideia de “propósito”. Sobre isso, ver mais no capítulo 1, seção 4, item 4.1, páginas 84-85 desta dissertação, sobre o processo de interpretação e reinterpretação, do direito, que cria novos padrões jurídicos a partir de padrões anteriores e dificulta a defesa da separação do que o direito é e do que o direito deveria ser, já que trata o direito como uma prática “viva”, em constante desenvolvimento.

de instanciação oficial para promover integração social e a solução de conflitos interpessoais. Para Fuller, o positivismo jurídico só reconhece como direito aquilo que foi criado explicitamente pelas instituições sociais oficiais, ou seja, só reconhece o direito criado verticalmente, e não aquelas acomodações recíprocas que nascem no nível horizontal da interação entre os membros da comunidade. É nesse sentido que, para Fuller, o conceito de direito positivista é uma projeção unilateral de autoridade do Estado sobre os cidadãos, desconsiderando completamente a relação moral de reciprocidade entre o Estado e os cidadãos no nível vertical e entre os próprios cidadãos no nível horizontal.

O segundo sentido em que a concepção de Fuller é frontalmente antipositivista sustenta seu argumento da moralidade interna ao direito. Para Fuller, as formas de ordenação social contêm seu próprio conjunto de princípios morais. A moralidade interna ao direito, portanto, é constituída de princípios morais que definem a estrutura de uma forma de ordenação social e estipula os deveres morais que ela impõe aos participantes da interação. E esses princípios morais que estruturam as formas de ordenação social são desenvolvidos por meio da interação social, na busca por soluções de conflitos que promovam e facilitem a vida em sociedade. Nesse sentido, a legislação, enquanto a principal forma de ordenação social para Fuller, é *uma das* formas de ordenação social do direito, e os oito princípios da moralidade interna (ou os oito princípios de legalidade) são os princípios morais relacionados à sua função de sujeitar a conduta humana às regras. Os oito princípios da moralidade interna à legislação estipulam deveres morais para os oficiais, especialmente os legisladores, que devem criar e administrar as regras que regulam o comportamento dos cidadãos. Mas a moralidade interna estipula deveres morais para os legisladores para garantir um princípio moral ainda mais importante. Esse é o princípio moral da reciprocidade, que regula a interação entre legisladores e cidadãos (Fuller, 1969, p. 39). A reciprocidade visa a manutenção do relacionamento moral entre legislador e cidadão. Se o legislador cumpre os deveres morais impostos pela moralidade interna à legislação, ele alcança a legitimidade moral para criar a obrigação de obediência ao direito para os cidadãos. Existe, portanto, uma estrutura de expectativas recíprocas – o que Luhmann chamou de expectativas normativas de segunda ordem – na relação entre legisladores e cidadãos. A reciprocidade entre eles permite aos cidadãos sustentar a expectativa de que os legisladores seguirão seus deveres morais de criação do direito, enquanto os legisladores podem sustentar a expectativa de que os cidadãos aceitarão a obrigação de obediência ao direito.

Para Dworkin, a separação positivista entre direito e moralidade não pode se sustentar porque, especialmente nos casos difíceis, quando não existem direitos (*rights*) e obrigações (*obligations*) jurídicos criados explicitamente, os juízes devem decidir de acordo com os

princípios morais implícitos nas práticas sociais que são relevantes para o caso em questão. Seu argumento é uma alternativa à tese positivista que afirma que quando não existem regras jurídicas que determinam o resultado de uma decisão, os juízes devem decidir discricionariamente. Para Dworkin, quando os juízes decidem os casos difíceis considerando os princípios morais de uma comunidade política eles não estão decidindo discricionariamente, haja vista que eles devem justificar os princípios como oferecendo uma melhor justificativa da história institucional e da teoria dos precedentes como um todo único e coerente. Nesse sentido, sua teoria do direito como integridade visa a oferecer a melhor justificativa moral para o uso do poder coercitivo do Estado. Nesse sentido, Dworkin assume (metodologicamente, não metafisicamente) que o Estado é um agente moral, capaz de assumir princípios e se responsabilizar por eles. Portanto, o Estado atinge a legitimidade moral quando age com integridade na identificação de direitos e deveres, que estão não apenas explícitos nas regras jurídicas, mas implícitos nas práticas sociais, que os juízes têm o dever de discriminar, especialmente diante dos casos difíceis.

A partir deste resumo, podemos começar a traçar relações entre Fuller e Dworkin. Ambos sustentam que o direito não se limita ao direito criado explicitamente, pois acreditam que existem direitos e deveres implícitos nas práticas sociais na forma de princípios morais. Fuller está mais preocupado com o papel do legislador, enquanto Dworkin está mais preocupado com o papel do juiz. Mas ambos atribuem ao Estado, enquanto agente agregador das instituições jurídicas, o status normativo de um agente moral, que para alcançar a legitimidade moral de submeter a conduta humana ao governo das regras ou ao poder coercitivo, deve se comprometer e se responsabilizar pelos princípios implícitos que a comunidade aceita por meio da sua prática social. Em outras palavras, para que o Estado possa ser legítimo para criar e exigir a obrigação de obediência ao direito, ele deve seguir os deveres morais que os princípios que a comunidade aceita atribuem a eles.

Nestes termos, o argumento de Luhmann se torna relevante mais uma vez. Ele defende que o direito é a generalização e institucionalização de expectativas normativas, que garante uma interação social mais segura na medida em que agimos antecipando as expectativas dos outros, enquanto eles agem antecipando as nossas expectativas. Podemos assumir que esse argumento prevê tanto a interação social no nível horizontal, cidadão-cidadão, quando no nível vertical Estado-cidadão. Portanto, o argumento de Luhmann, a saber, que expectativas normativas envolvem constitutivamente a assunção do ponto de vista do outro, a formulação de expectativas sobre as suas expectativas, e isto de modo recíproco, fortalece não apenas o argumento de Fuller de que existe uma relação de reciprocidade entre legislador, que deve

seguir os deveres morais expressos pelos princípios da moralidade interna ao direito e os cidadãos que devem acatar a obrigação de obediência ao direito, visto que os legisladores possuem legitimidade moral para submeter a conduta dos cidadãos ao governo das regras. Esse argumento também exerce um trabalho teórico na teoria do direito como integridade de Dworkin. Também é possível identificar a relação moral de reciprocidade entre os juízes, que têm o dever de identificar direitos e obrigações jurídicas não apenas nas regras explícitas, mas nos princípios implícitos às práticas sociais. Os juízes também devem buscar alcançar a legitimidade moral para estarem habilitados a sujeitar as pessoas ao poder coercitivo do direito. Para alcançá-la, isto é, para possuir a legitimidade moral de criar e exigir a obrigação de obediência dos cidadãos, eles devem seguir os deveres morais impostos pela integridade. Portanto, a reciprocidade moral – e o sistema de expectativas recíprocas que ela cria – entre os funcionários oficiais das instituições jurídicas e os cidadãos exerce, nas teorias de Fuller e de Dworkin, o papel de estabelecer os deveres morais de legisladores e de juízes, para alcançarem legitimidade moral que permite a criação do dever moral dos cidadãos, que é a obrigação política de obediência ao direito.

## 2.2. Terceira teoria: pragmatismo filosófico

Comecei este trabalho afirmando que Dworkin foi responsável por introduzir uma “terceira teoria” entre o positivismo jurídico e a teoria do direito natural (Postema, 2011, p. 448) e que existe uma proposta de leitura de Ronald Dworkin que oferece uma tentativa de definir essa “terceira teoria” como pragmatismo filosófico (Decat, 2014, p. 23). O pragmatismo filosófico, de acordo com Robert Brandom, é “[...] um comprometimento com a prioridade explicativa das normas implícitas como correções (*proprieties*) da prática em relação às normas explícitas como regras ou princípios”<sup>328</sup> (Brandom, 2011, p. 9). Em outras palavras, o pragmatismo filosófico em sentido amplo é a compreensão e a explicação do que é explícito por meio do que está implícito, e o que está implícito por meio da relação de explicitação. Neste caso, trata-se da explicação do direito explícito em regras e princípios jurídicos por meio de regras e princípios morais implícitos nas práticas sociais. Neste sentido, a moralidade relevante para o pragmatismo filosófico não é o tipo de moralidade defendida pela tradição jusnaturalista, transcendente e universal, mas histórica e socialmente constituída e construída, ou seja, “[...] dá primazia às práticas sociais ao considerar que toda constituição transcendental é instituição

---

<sup>328</sup> No original: “[...] a commitment to the explanatory priority of norms implicit as proprieties of practice to norms explicit as rules or principles.”

social.” (Decat, 2014, p. 26). Assim, no pragmatismo filosófico, status normativos são status sociais instituídos por atitudes normativas.

Dessa forma, a proposta de leitura pragmatista de Dworkin surge porque ele confere à atividade interpretativa da prática jurídica a prioridade explicativa de direitos e obrigações jurídicas. Logo, é por meio da atividade de interpretação das práticas jurídicas, que torna os princípios morais implícitos nas práticas sociais explícitos em regras e princípios jurídicos, que o conteúdo dos conceitos e das proposições jurídicas é então definido. Em outras palavras,

A concepção dworkiana de princípio – normas implícitas a práticas e sintetizadas pelo próprio processo de aplicação do direito – permite dar conta da dimensão expressiva desta racionalidade, uma vez que a justificação da aplicação de um conceito numa proposição jurídica, em circunstâncias novas, consiste na capacidade de apresentá-la como explicitação e desenvolvimento daquilo que se encontrava já presente, mas de forma implícita. (Decat, 2014, p. 30).

É nesse sentido, portanto, que a base da moralidade encontrada na teoria do direito de Dworkin não é, a despeito do que alguns trechos do autor parecem sugerir, a mesma que a moralidade encontrada nas teorias jusnaturalistas. Dworkin não defende uma moralidade metafísica, transcendente ou universal. O mundo não veio com fatos morais. A normatividade de regras morais e de regras jurídicas não é, portanto, um dado natural, mas um fato social. Por conseguinte, a moralidade na teoria de Dworkin é mais bem compreendida como socialmente constituída e historicamente desenvolvida. Os princípios morais implícitos às nossas práticas sociais que sustentam os direitos e deveres jurídicos explícitos pelas leis e decisões judiciais são criados e desenvolvidos por meio da própria prática social, através da racionalidade prática do processo de experiência, que no curso da história retém os bons comportamentos sociais e exclui os maus.

Acredito que, diante do que foi discutido neste texto, podemos caracterizar a teoria do direito de Fuller como um pragmatismo filosófico, no mesmo sentido em que Dworkin foi defendido com um. Embora Fuller tenha argumentado que sua teoria seja uma espécie de jusnaturalismo procedimental (Fuller, 1969, p. 96), por se preocupar essencialmente com questões de moralidade interna ao direito, como legalidade, e diferente do jusnaturalismo clássico que se preocupa principalmente com questões de moralidade externa, como justiça, a leitura mais comum de Fuller não viu nessa diferença muita importância. Dessa forma, Fuller ficou conhecido como o “guardião moderno” do direito natural (Rundle, 2012, p. 7). Mas quando lemos sua teoria a partir do seu conceito de *Economics* podemos observar que sua cisão entre jusnaturalismo clássico e procedimental não é apenas relevante para o estudo mais

proveitoso de sua teoria, mas importante o suficiente para rejeitá-lo como um jusnaturalista em qualquer sentido. Isso porque a base da moralidade defendida por ele como necessariamente conectada ao direito, não é como a moralidade sustentada pela tradição clássica do direito natural, metafísica, transcendente ou universal, mas como aquela sustentada por Dworkin, socialmente constituída e historicamente desenvolvida.

Conforme o conceito de *Eunomics*, o direito faz parte da arquitetura social responsável por construir o design institucional das instituições e práticas sociais. O direito, formado por um conjunto de tipos de ordenação social é, portanto, direcionado para facilitar a interação social. Cada um dos tipos de ordenação social é guiado por uma estrutura e por um conjunto de princípios morais. Mas esses princípios morais implícitos nas práticas sociais e que sustentam os princípios e regras jurídicas explícitas não são princípios morais transcendentais ou universais. Eles estão limitados ao estado de invenção social e às características da vida comunitária. Em outras palavras, os princípios morais dos processos de ordenação social de Fuller são criados por e estão limitados pelo nível de meios que a prática social atualmente dispõe para facilitar a interação social.

Assim, o *Eunomics* não requer um pano de fundo moral do tipo que caracteriza as teorias tradicionais do direito natural, isto é, um conjunto de regras imutáveis de origem transcendente. Além disso, a concepção eunômica não está vinculada a nenhuma teoria específica de uma sociedade justa (ou de outra forma ideal). Para Fuller, o surgimento de modelos específicos de ordenação é menos sistemático do que prático: acontece como parte de um desenvolvimento histórico incerto no qual as pessoas descobrem, expõem, testam e reformulam princípios de governo para facilitar sua interação.<sup>329</sup> (Wiston, 1981, p. 44).

Portanto, é por essa razão que entendo que a melhor leitura da teoria do direito de Fuller, considerando seu pensamento diacronicamente, permite classificá-lo como um pragmatista filosófico que pensa o direito nestes termos, nos mesmos moldes da proposta de leitura de Dworkin, visto que ambos sustentam que a normatividade, em geral, e a moralidade e o direito, em particular, são constituídas socialmente e desenvolvidas historicamente e que os princípios morais implícitos nas práticas sociais sustentam os princípios e as regras jurídicas explicitamente criadas pelas formas de ordenação social do direito.

---

<sup>329</sup> No original: "Thus eunomics does not require a moral backdrop of the sort that characterizes traditional natural law theories, that is, a set of immutable rules of transcendent origin. Also the eunomic conception is not tied to any particular theory of a just (or otherwise ideal) society. For Fuller, the emergence of specific models of ordering is less systematic than practical: it happens as part of an uncertain historical development in which people discover, expound, test, and reformulate governing principles to facilitate their interaction."

## CONCLUSÃO

Comecei este trabalho afirmando que o debate filosófico entre o positivismo jurídico e o direito natural clássico, cujas posições dos teóricos de ambos os lados eram muito marcadas desde o século XIX, sofreu mudanças a partir da segunda metade do século XX que apagaram os limites nítidos das posições dos teóricos posteriores. Nesse sentido, assumi a afirmação de Postema de que a teoria do direito de Ronald Dworkin, que coincide com a mudança do debate filosófico na teoria do direito a partir da segunda metade do século XX, constitui uma terceira teoria, justamente entre o positivismo jurídico e o direito natural. Assumi também a proposta de leitura de Decat, que sustenta que essa chamada terceira teoria é comprometida com e pode ser identificada pelo pragmatismo filosófico. Dessa forma, pretendi aproximar Fuller de Dworkin, sustentando a leitura pragmatista de Dworkin. Afirmei que a teoria do direito de Fuller, tradicionalmente identificado com o jusnaturalismo e autointitulada uma versão de jusnaturalismo procedimental, se afasta do direito natural e vai em direção a outra via, que apesar de guardar semelhanças importantes com o direito natural, se afasta dele em outras características fundamentais. Assim, Fuller se encontra numa terceira via, como Dworkin, entre o positivismo jurídico rejeitado e o direito natural não totalmente abraçado. Na minha hipótese, portanto, afirmei que a melhor leitura da teoria do direito de Lon Fuller é via pragmatismo, pelas mesmas razões que sustentam Dworkin como um pragmatista. Em síntese, o pragmatismo filosófico na teoria do direito é a explicação do que está explícito em regras e princípios jurídicos por meio de princípios morais implícitos nas práticas sociais. Portanto, o pragmatismo filosófico é, em primeiro lugar, antipositivista, porque assume que o direito não se limita às normas criadas explicitamente pelos órgãos competentes do Estado, mas aceita que existem direitos e obrigações que a moralidade atribui implicitamente por meio das práticas sociais. Em segundo lugar, o pragmatismo filosófico é não-jusnaturalista porque a base da moralidade que atribui direitos implícitos não é transcendente e universal, mas histórica e social.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, no qual tratei da teoria do direito de Fuller, tentei resgatar e reconstruir seus argumentos que sustentam sua tese da moralidade interna ao direito, especialmente por meio do conceito de *Economics*. Esse conceito nos permitiu demonstrar o afastamento de Fuller do direito natural clássico e sua aproximação do pragmatismo filosófico, em razão da sua defesa de uma moralidade interna às formas de ordenação social que depende do estado atual de invenção social da comunidade e que evolui histórica e socialmente conforme a interação social se desenvolve buscando soluções para conflitos interpessoais e comunitários. No segundo capítulo, tratei da teoria do direito de Ronald Dworkin, com especial atenção para

os seus textos críticos ao positivismo jurídico e para os argumentos da sua teoria do direito como integridade, que pretendeu ser uma alternativa ao positivismo jurídico. No entanto, embora Dworkin reconheça que existam direitos morais implícitos nas práticas sociais, ele não se compromete com o tipo de moralidade defendida pela tradição clássica do jusnaturalismo. Nestes termos, Decat atribui a Dworkin um comprometimento com o pragmatismo filosófico que, em outras palavras, é uma leitura que define qual é, de fato, a terceira teoria na qual Postema identificou Dworkin – entre o positivismo jurídico e o direito natural. No terceiro e último capítulo, tratei da crítica de Dworkin a Fuller e da resposta de Fuller aos críticos, sobre o caráter moral da moralidade interna ao direito. Rejeitei a crítica de Dworkin, que não viu naquele texto que o conjunto de princípios de legalidade era sustentado por um conjunto de princípios morais que estabeleciam implicitamente deveres morais aos legisladores de respeito à agência dos cidadãos. Afirmei que sua posição posterior na tese do direito como integridade reconhecia que o princípio moral da integridade estabelecia implicitamente deveres morais aos juízes, de forma que a sua crítica a Fuller não fazia sentido com as posições defendidas posteriormente. Dessa forma, sustentei que tanto Fuller quanto Dworkin reconhecem o princípio moral da reciprocidade implicitamente nas práticas jurídico-sociais. Esse princípio cria um sistema de expectativas recíprocas entre cidadãos e oficiais jurídicos, como legisladores e juízes. De um lado, os cidadãos têm a obrigação de obediência ao direito. De outro, os oficiais têm a obrigação de alcançar a legitimidade moral de usar o poder coercitivo ou de submeter o comportamento humano às regras. Eles devem alcançar tal legitimidade moral reconhecendo as responsabilidades que prática de suas atividades atribuem, inclusive implicitamente.

Com base na exposição dos principais argumentos das teorias do direito de Lon Fuller e de Ronald Dworkin, é possível observar que os autores guardam muitas relações entre si. Isso se torna ainda mais claro quando observamos suas posições críticas em relação ao positivismo jurídico, especialmente nas suas críticas à tese da separabilidade. No entanto, embora observem uma conexão entre o direito e a moral, nenhum deles defende uma moralidade do tipo defendida pelas teorias do direito natural. Isso os coloca na seguinte posição: são antipositivistas, mas não são jusnaturalistas. Dworkin frequentemente é lido como uma terceira teoria, entre o positivismo jurídico e o direito natural. Afirmei que adoto a leitura que descreve sua terceira teoria como um pragmatismo filosófico. Concluo que, pelas mesmas razões que Dworkin foi defendido como um pragmatista, também podemos defender a leitura de Fuller como um. Embora Fuller sustente uma conexão entre o direito e a moralidade, especialmente na ideia de moralidade interna, sob a ótica do seu conceito de *Economics* vemos que essa moralidade não é defendida nos mesmos moldes que a moralidade defendida pelo jusnaturalismo clássico. Para

Fuller, a moralidade não é transcendente ou universal, mas social e histórica. Ela é desenvolvida socialmente para facilitar a interação humana e dependente do nível de desenvolvimento que a sociedade possui naquele dado momento. Por conseguinte, há razões robustas para sustentar que Fuller pode ser entendido como um pragmatista filosófico, como Dworkin e que, também nesse caso, esta leitura torna sua teoria melhor.

## REFERÊNCIAS

BRANDOM, Robert B. *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent and Contemporary*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. “A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judge’s Chain Novel”. In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (org). *Pragmatism Law and Language*. Nova York:Routledge, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Spirit of Trust – A Reading of Hegel’s Phenomenology*. Cambridge. Ma.: Harvard University Press, 2019.

DECAT, Thiago Lopes. *Racionalidade, valor e teorias do Direito: das raízes humanas do positivismo jurídico à racionalidade histórico-expressiva do “Direito como integridade”*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

\_\_\_\_\_. *Racionalidade, valor e teorias do Direito*. Belo Horizonte: Editora D’Palácio, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito e Racionalidade Prática: Uma Perspectiva Inferencialista*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

DWORKIN, Ronald. “Philosophy, Morality, and Law – Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”. *University of Pennsylvania Law Review*, 113: 668-690, 1965.

\_\_\_\_\_. “The elusive morality of law”. *Villanova Law Review* 10: 631-639, 1965.

\_\_\_\_\_. “The Model of Rules”. *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, p. 14-46. Foi posteriormente republicado como “Is Law a System of Rules?” *in*: Summers, Robert (orgs.), *Essays in Legal Philosophy*. Berkeley: University of California, 1968.

\_\_\_\_\_. “Social Rules and Legal Theory”. *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 855-890.

\_\_\_\_\_. “Hard Cases”. *Harvard Law Review*, vol. 88, n. 6, 1975, p. 1057-1109. Foi posteriormente republicado como quarto capítulo in: \_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 81-130.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977. Tradução: Levando os Direitos a Sério. 3 ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. “Law as Interpretation”. *Critical Inquiry*, vol. 9, n. 1. 1982, p. 179-200. Foi republicado como capítulo seis, “How Law Is Like Literature” in: \_\_\_\_\_. *A Matter of Principle*. Cambridge Harvard University Press, 1985, p. 146-166.

\_\_\_\_\_. “Natural Law Revisited”. *University of Florida Law Review* 34: 165-188, 1982.

\_\_\_\_\_. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. Tradução: Uma Questão de Princípio. 1ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Law’s Empire*. Cambridge, Massachusetts: Belnap. 1986. Tradução: O Império do Direito. 1. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FULLER, Lon. “American Legal Realism”. *University of Pennsylvania Law Review* 82: 429-62, 1934.

\_\_\_\_\_. *Law in Quest of Itself*. Boston: Beacon. 1940.

\_\_\_\_\_. “Reason and Fiat in Case Law”. *Harvard Law Review* 59: 376-395, 1946.

\_\_\_\_\_. *The Problems of Jurisprudence – A Selection of Readings Supplemented by Comments Prepared by the Editor*. Brooklyn: The Foundation Press. 1949a.

\_\_\_\_\_. “The Case of the Speluncean Explorers”. *Harvard Law Review*, Vol. 62, No. 4, p. 616-645, 1949b. Tradução: O Caso dos Exploradores de Cavernas. 1. Ed. Tradução de Claudio Blanc. São Paulo: Geração Editorial, 2018.

\_\_\_\_\_. “American Legal Philosophy at Mid-Century”. *Journal of Legal Education* 6: 457-85, 1954.

\_\_\_\_\_. “Freedom – A Suggested Analysis”. *Harvard Law Review*, Vol. 68, No. 8, p. 1305-1325, 1955.

\_\_\_\_\_. “Human Purpose and Natural Law”. *Pennsylvania: The Journal of Philosophy*, Vol. 53, No. 22, p. 697-705, 1956. Republicado em: \_\_\_\_\_. *Human Purpose and Natural Law*. *Natural Law Forum* 28: 68-76, 1958.

\_\_\_\_\_. “Positivism and the Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”. *Harvard Law Review* 71: 630-72, 1958.

\_\_\_\_\_. “Adjudication and the Rule of Law”. *Proceedings of the American Society of International Law Its Annual Meeting (1921-1969)*, Vol. 54, p. 1-8, 1960.

\_\_\_\_\_. “Irrigation and Tyranny”. *Stanford Law Review*. Vol. 17, No. 6, p. 1021-1042, 1965

\_\_\_\_\_. *Legal Fictions*. Stanford University Press. 1967b.

\_\_\_\_\_. *Anatomy of the Law*. New York: Praeger Publishers. 1968a. Tradução: *La Anatomia del Derecho*. Monte Avila Editores C. A. 1969.

\_\_\_\_\_. “Freedom as a Problem of Allocating Choice”. *Proceedings of the American Philosophical Society* 112: 101–6, 1968b.

\_\_\_\_\_. “Two Principles of Human Association”. *In: Voluntary Association*. *Nomos XI: Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. Edited by J. Roland Pennock; John W. Chapman. New York: Atherton Press, p. 3-23, 1969a.

\_\_\_\_\_. *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven: Yale University Press. 1969. (1st ed. 1964.) Tradução: *A moralidade do direito*. 1. ed. Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Gabriela Bresser Pereira Dal Pozzo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

\_\_\_\_\_. “Human Interaction and the Law”. *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 14. Edição 1, p. 1-36, 1969.

\_\_\_\_\_. “Mediation – Its Forms and Functions”. *Southern California Law Review*, Vol. 44, p. 305-339, 1971.

\_\_\_\_\_. “The Forms and Limits of Adjudication”. *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, p. 353-409. Edited by Kenneth Wiston, 1978.

\_\_\_\_\_. *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*. (Edited with a introduction by Kenneth Wiston). Durham: Duke University Press, 1981.

\_\_\_\_\_. *Basic Contract Law*. 4 Ed. West Publishing Co. 1981 (1st. ed. 1947).

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria; NICÁCIO, Camila. *(Re)pensando a pesquisa jurídica. Teoria e Prática*. 5. ed. São Paulo: Almediana, 2020.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Edinburgh University Press, 1997. Tradução: Ronald Dworkin. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão técnica de Rafael Mafei Rabelo Queiroz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Second Edition. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press. 1994 (1st. ed. 1961) Tradução: O conceito de direito. Tradução de Antônio Sette-Camâra. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. “Positivism and Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review*, vol. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.

\_\_\_\_\_. Book Reviews – The Morality of Law by Lon L. Fuller. *Harvard Law Review*, v. 78, n. 6, 1965, p. 1281-1296. Posteriormente foi republicado como “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” in: \_\_\_\_\_. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 343-364.

\_\_\_\_\_. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press. 1983. Tradução: Ensaios sobre teoria do direito e filosofia. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. São Paulo: Elsevier, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

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

NAGEL, Ernest. “On the Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller”. *Natural Law Forum*, paper 29, 1958, p. 77-82.

POSTEMA, Gerald. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Berlin: Springer, 2011.

RAZ, Joseph. “Legal Principles and the Limits of Law”. *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 823-854.

RUNDLE, Kristen. *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

QUEIROZ, Rafael Mafei; FEFERBAUM, Marina (coordenadores). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.