

Lon Fuller e a moralidade que torna o Direito possível

23/02/2019



1. A teoria jurídica de Lon Fuller

Existe uma relação necessária entre Direito e moral ou, enquanto conceitos, *Direito* e *moral* estão, afinal, separados? Há limites morais para aquilo que consideramos *jurídico*? Uma lei injusta é legítima? Argumentos morais fazem parte do raciocínio jurídico?

Ao longo de séculos de Filosofia e Teoria do Direito, muitas foram as respostas oferecidas para essas perguntas. Em *The Morality of Law*, o jusfilósofo Lon Fuller oferece sua concepção de modo a sustentar uma *relação necessária* entre as esferas do Direito e da moral. Contudo, diferentemente de autores vinculados à tradição da lei natural, a abordagem de Fuller não passa pela imposição de limites morais *substantivos* ao *conteúdo* do Direito; para Fuller, o fenômeno jurídico está sujeito a uma moralidade *procedimental*; uma moralidade que lhe é própria. Uma moralidade que é, portanto, *interna* ao Direito como tal.

Fuller desenvolve seu argumento a partir de algumas premissas fundamentais: (i) sistemas jurídicos são empreendimentos humanos; (ii) atividades humanas são atividades que se orientam a um fim específico; razão pela qual (iii) essas atividades só podem ser compreendidas de forma adequada se compreendidos também os propósitos a que se destinam.

A partir dessas premissas, Fuller articula a ideia de que, do ponto de vista conceitual, o Direito é “um empreendimento que visa a sujeitar a conduta humana à governança através de regras”. Nesse sentido, (também) o Direito, assim como as demais atividades humanas em sentido *lato*, é “o produto de um esforço orientado [a um propósito específico]”[1].

O Direito em Lon Fuller, portanto, é um conceito *funcional*: o Direito tem, como *função*, a busca da ordem social, atingível por meio de regras gerais que regulam o comportamento dos jurisdicionados[2]. Como decorrência lógica, temos que o sistema jurídico que não é capaz de atingir o fim próprio que lhe constitui enquanto atividade é também *incapaz de ser qualificado como um sistema jurídico legítimo*.

Na concepção de Fuller, o Direito só é capaz de cumprir sua função se observados alguns princípios que lhe são condição de possibilidade. Assim, o autor vai articular uma série de princípios que, juntos, e porque *morais*, constituem “a moralidade que torna o Direito possível” (*the morality that makes law possible*)[3].

Com Fuller, portanto, podemos falar em *oito princípios* que constituem a *moralidade interna* do Direito; princípios *formais* de *legalidade* que, em si, representam as condições mínimas próprias de *existência* de um sistema jurídico *qua* sistema jurídico. De acordo com a estrutura principiológica, temos que as leis, para que sejam *legítimas*, devem ser (i) *gerais*, (ii) *públicas*, (iii) *prospectivas*, (iv) *inteligíveis*, (v) *consistentes* umas com as outras (isto é, não contraditórias), (vi) *praticáveis*, (vii) *estáveis* e, finalmente, deve haver (viii) *congruência* entre a lei tal como anunciada e sua posterior administração por parte do Estado. São, pois, em síntese, os oito princípios de legalidade em Lon Fuller:

- (p1) generalidade;
- (p2) publicidade;
- (p3) prospectividade;
- (p4) inteligibilidade;
- (p5) consistência;
- (p6) praticabilidade;
- (p7) estabilidade;
- (p8) congruência.



É por serem condições mínimas para um exercício

adequado de sua própria função que a inobservância de qualquer uma delas “não resulta apenas em um sistema jurídico ruim; resulta em algo que *sequer pode ser chamado legitimamente de sistema jurídico*”[4].

2. A moralidade interna do Direito I: legitimidade

Alguém poderia argumentar que os oito princípios procedimentais elencados por Fuller são exigências óbvias. Alguém, afinal, discordaria que qualquer sistema jurídico digno da classificação deve respeitar esses princípios mínimos, como *generalidade*, *publicidade* etc.? O ponto é que as coisas não são tão simples e nem tudo é assim tão óbvio quanto talvez pareça *prima face*.

O próprio Fuller diz que essa aparente obviedade é precisamente o que pode acabar por, nas palavras do autor, “obscurer sutilezas” e, mais do que isso, levar à crença de que “nenhuma análise cuidadosa da matéria é necessária ou mesmo possível”[5].

O ponto é de extrema relevância. Vejamos: quais são os requisitos para que um sistema jurídico seja *um sistema jurídico*? Obscurecidas as sutilezas e nuances, uma análise cuidadosa da questão parece desnecessária. Sistemas jurídicos são parte tão elementar de nossas vidas cotidianas que tendemos a tomar suas condições de existência como autoevidentes.

O problema surge exatamente quando tomamos as considerações de Fuller como meras platitudes. Ao tratarmos a moralidade interna do Direito como uma banalidade que exsurge das considerações típicas de mero senso comum, acabamos por perder de vista as reais exigências e os limites autênticos que esses princípios impõem.

Se formos demasiadamente tolerantes com os requisitos mínimos que conferem o caráter de juridicidade a um sistema que o reivindica; isto é, se aceitarmos a ideia de que a mera organização em torno de prescrições e proibições a serem identificadas e aplicadas por aqueles que compõem o sistema, e nada mais que isso, é o que basta para conferir legitimidade à (pretensa) ordem jurídica, corremos o risco de complacência com regimes que, preservando as aparências, desrespeitam princípios mínimos de legalidade que dão forma ao império da lei. Se é verdade que os princípios *fullerianos* podem parecer óbvios aos olhos dos herdeiros da democracia liberal, também é verdade que, especialmente na era das *democraturas*, uma de nossas tarefas pode ser a de reafirmar o óbvio[6].

3. A moralidade interna do Direito II: interpretação e decisão jurídica

Para além desses aspectos, a proposta de Lon Fuller traz consigo um ponto que transcende as possíveis análises de legitimidade do Direito, oferecendo alternativas a problemas enfrentados por todo sistema jurídico moderno *ainda que satisfeitas as condições mínimas de legalidade*.

Nenhum código legislativo, por legítimo e minucioso que seja, é capaz de antecipar todas as hipóteses de aplicação; pela natureza própria da linguagem, problemas de *vagueza*, *indeterminação* e *ambiguidade* fazem parte do Direito. Mais do que isso, não se pode esquecer o caráter eminentemente *argumentativo* do fenômeno jurídico: nós não apenas identificamos as normas que dele fazem parte; nós *discutimos*, e *discordamos*, sobre sua *aplicação diante dos casos particulares que nos são apresentados*[7].

Como, então, o juiz deve decidir os casos difíceis guardando um grau mínimo de fidelidade ao Direito? Em outras palavras: se é verdade (i) que há casos complexos[8], (ii) que as previsões legais nem sempre são claras e, sobretudo, para além disso, se é verdade que (iii) discutimos, adversariamente, sobre o verdadeiro[9] significado das regras quando de sua aplicação diante dos casos particulares[10] — e parece-me que tudo isso é verdadeiro —, como podemos aplicar essas regras *fielmente*, seguindo critérios *jurídicos*, considerando o Direito como um sistema *coerente em si mesmo*? Como resolver o problema da decisão judicial sem recorrer à discricionariedade do julgador ou a um pragmatismo *ad hoc*?

É diante desse cenário que os princípios de moralidade interna do Direito oferecem um possível caminho de interpretação; uma *direção interpretativa*, capaz de (i) superar um textualismo

estrito (e ingênuo), indo além de um apego a somente aquilo que está explícito, (ii) sem, contudo, capitular à discricionariedade. Talvez a *via media* entre esses dois extremos esteja na *observância dos princípios de legalidade como pano de fundo, como background* do ordenamento.

Compreender que há, por trás das regras (*lato sensu*) explícitas e isoladas, um conjunto principiológico de legalidade que sustenta a prática jurídica pode conduzir o raciocínio judicial a uma decisão que, mesmo em hard cases, respeite o Direito enquanto *corpus juris*; o respeito à moralidade interna do Direito pode ser o ponto de partida a uma decisão jurídica que respeita igualmente “as intenções implícitas no todo que compõe a estrutura de governo”^{[11][12]} e, ao fazê-lo, apresenta-se como *le juste milieu* entre a fé no textualismo e o ceticismo da discricionariedade^[13].

Vejamos o exemplo de Fuller. Não há, na Constituição dos Estados Unidos — e o raciocínio é facilmente aplicável ao constitucionalismo moderno como um todo —, uma proibição explícita a legislação vaga ou obscura. Ainda assim, é plenamente razoável que se decida que um estatuto criminal que não indica de forma minimamente clara o ato que proíbe é um estatuto que viola a cláusula geral do *devido processo legal*; afinal, se (i) a *previsibilidade* e a *publicidade* são elementos da *legalidade*, e (ii) a legalidade é uma *condição mínima* para que um sistema seja *jurídico* e *legítimo*, temos que os padrões normativos desse sistema devem ser interpretados à luz dos princípios que o constituem. O juiz não decide com base no que *ele pensa ser* o devido processo legal; seu fundamento deve ser o que *o Direito diz que é* o devido processo legal. O que o Direito diz, é verdade, nem sempre será claro; disso não se segue que não há alternativa, e que inexista a responsabilidade de orientar-se em sua direção.

A decisão jurídica, a partir desses pressupostos, passa por um processo interpretativo orientado por aquilo que constitui e torna possível a existência do sistema ao qual ela pertence.

4. Considerações finais

A abordagem de Lon Fuller, portanto, ao postular a existência de uma moralidade interna do Direito, permite que sejamos menos condescendentes com relação aos critérios mínimos de legitimidade de um sistema jurídico. Não basta articular-se em torno de prescrições e proibições centralizadas; para que possa ser *jurídico* e *legítimo*, um sistema deve observar e respeitar os princípios de moralidade procedimental sem os quais ele é incapaz de exercer a função própria que é nada mais que sua *raison d'être*.

Para além disso, a proposta *fulleriana* oferece um possível caminho para que casos específicos, em toda sua complexidade, possam ser decididos a partir de critérios *jurídicos*. A resposta jurídica nem sempre será clara, mas decidir com base *no Direito* faz parte da responsabilidade política daqueles que compõem a prática; e se a resposta nem sempre é *explícita*, talvez a alternativa seja precisamente um raciocínio jurídico conduzido à luz dos princípios de legalidade que, *implícitos* na própria prática, constituem a moralidade que torna o Direito possível.

Como na alegoria de Platão, olhar diretamente para o sol é de dificuldade suprema; mas é sempre diferente ver as coisas sob sua luz.

- [1] FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 106.
- [2] Aqui, cabe um elogio ao professor Lenio Streck. Streck foi pioneiro ao criticar a abordagem (pretensamente) descritiva do positivismo jurídico a partir de um *standard* hermenêutico (nesse sentido, ver o verbete *Positivismo jurídico*, de seu *Dicionário de Hermenêutica*). Uma de suas críticas é elaborada a partir das considerações de Alasdair MacIntyre, e essa crítica é mais facilmente compreendida se seguirmos Fuller e tomarmos o Direito como um conceito funcional. Para MacIntyre, conceitos funcionais representam uma poderosa objeção a uma dicotomia fato/valor a partir do qual conclusões *ought* não se derivam de premissas do tipo *is*. Para MacIntyre, conceitos funcionais são definidos precisamente a partir de seus propósitos, de modo que não se pode defini-los de forma avaliativa. Se Fuller estiver certo, e o Direito for mesmo um conceito funcional, as críticas à abordagem (puramente) analítica sobre o Direito enquanto conceito ganham força. Streck, é verdade, não adota a perspectiva teleológica de MacIntyre, mas a releitura do argumento não depende de uma abordagem aristotélico-tomista.
- [3] FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 33.
- [4] Grifo meu. FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 39.
- [5] FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 98.
- [6] Orwell dizia ser precisamente essa a tarefa de homens inteligentes em tempos de abismo. “[*We have now sunk to a depth at which the restatement of the obvious is the first duty of intelligent men*”]; A famosa frase em seu (fantástico) [comentário](#) a *Power: A New Social Analysis*, de Bertrand Russell.
- [7] Nesse sentido, ver o argumento de Dworkin sobre os desacordos teóricos em *Law's Empire*. Ver também as considerações de Jeremy Waldron, especialmente em *The Rule of Law as a Theater of Debate*.
- [8] Falo sobre casos difíceis em sentido ordinário. De todo modo, em respeito ao peso do argumento, faço questão de mencionar a posição sustentada, em *Verdade e Consenso*, por Lenio Streck, para quem a cisão estrutural entre *easy* e *hard cases* é artificial e problemática.
- [9] Que não se entenda “verdadeiro”, aqui, em um sentido transcendental, metafísico. Falo de proposições jurídicas verdadeiras *qua* proposições jurídicas, de acordo com critérios próprios de juridicidade.
- [10] E digo “para além disso” porque acompanho Dworkin e Waldron em suas considerações de que, no Direito, desacordos não são mera questão que surge em casos *borderline*. Nas palavras de Waldron, desacordos jurídicos são “*business as usual*”.
- [11] FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 102.
- [12] “Intenções” no sentido de *propósito*, de *fins* do próprio sistema jurídico (porque, lembremos, essencialmente *funcional*). Não se está, aqui, a falar sobre métodos interpretativos que buscam o sentido da lei na (suposta) “vontade do legislador”. Para os problemas metodológicos dessa abordagem, sugiro a leitura dos capítulos 05 e 06 da primeira parte de *Law and Disagreement* (WALDRON, Oxford University Press, 1999).
- [13] A terminologia é de Michael Oakeshott.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-fev-23/diario-classe-lon-fuller-moralidade-torna-direito-possivel/>