# FENOMENOLOGIA E DIREITO

HUSSERL

Volume 14, Número 2
Outubro 2024/Março 2025

CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO - EMARF

EMARF
Escola da Magistratura
Regional Federal 2ª Região

# CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO EMARF

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/fenomenologiaedireito

# FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 14, Número 2
out. 2024/mar.2025

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 14, n. 2 (out.2024/mar.2025). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/fenomenologiaedireito>

ISSN 1984-5820 (eletrônico)

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Filosofia Jurídica. I. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região)

CDU: 340.12

## Diretoria da EMARF
**(2023-2025)**

**Diretor-Geral**
Desembargador Federal Reis Friede

**Diretor de Intercâmbio e Difusão**
Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

**Diretor de Cursos e Pesquisas**
Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

**Diretor de Publicações**
Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

**Diretora de Estágios**
Desembargadora Federal Carmen Silvia Lima de Arruda

**EQUIPE DA EMARF**
Márcia Teixeira Cavalcanti - Assessora Executiva

**Rio de Janeiro**
Aline Mayor Cardoso da Silva
Anderson Braga de Oliveira
Andrea de Moura Garcia
Bruno Benedetti Nicolau
Clarice de Souza Biancovilli
Flávia Dias de Paiva
Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer
Leila Andrade de Souza
Luciana de Mello Leitão
Luiz Carlos Lorenzo Peralba
Marta Geovana Fernandes de Oliveira
Mauro Nilson Figueiredo dos Santos
Roque Bonfante de Almeida
Sergio Mendes Ferreira
Silvia Regina Assenheimer

# Conselho Editorial

## Membros Natos

**Diretor-Geral da EMARF** (2023-2025)

- **Reis Friede**
  Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

**Diretor de Publicações da EMARF** (2023-2025)

- **Augusto Guilherme Diefenthaeler, Presidente do Conselho Editorial**
  Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

## Membros Convidados

- **Poul Erik Dyrlund**
  Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
- **André Ricardo Cruz Fontes**
  Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
- **José Ferreira Neves Neto**
  Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

## Tribunal Regional Federal da 2ª Região

**Presidente**
Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

**Vice-Presidente**
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

**Corregedora Regional**
Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

**Membros**
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO
Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO
Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO
Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS
Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS
Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA
Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA
Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO
Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO
Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR
Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO
Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS
Desembargador Federal MACÁRIO RAMOS JÚDICE NETO
Desembargador Federal LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS
Desembargador Federal ALFREDO HILARIO DE SOUZA

# *SUMÁRIO*

APRESENTAÇÃO.....13

UMA INTRODUÇÃO AO MÉTODO FENOMENOLÓGICO APLICADO AO DIREITO.....15
André R. C. Fontes

O QUE É O DIREITO?.....21
Cleyson de Moraes Mello

A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO SOB A ÓTICA DE LON LUVOIS FULLER.....35
Reis Friede

# *APRESENTAÇÃO*

O Caderno de Fenomenologia e Direito, em seu vol. 14, nº 2, apresenta três interessantes trabalhos do pensamento filosófico e jurídico modernos, contando com a colaboração de autores que se dedicam a este importante debate.

Nesta edição, trouxemos artigos que investigam, por exemplo, a formação de escolas filosóficas e seus métodos correspondentes, conforme ocorreu com a Fenomenologia e sua metodologia. Há ainda a reflexão sobre a essência do Direito e seu fundamento mais originário, afirmado na manifestação do Ser. Por último, temos o debate entre o Jusnaturalismo e o Juspositivismo, inspirando reflexões de juristas e filósofos sobre aspectos que merecem dedicação acadêmica, discorrendo sobre a moralidade interna do Direito sob a ótica de Lon Luvois Fuller.

Esperamos, mais uma vez, que os textos deste volume contribuam para o debate jurídico e filosófico, aproveitando a oportunidade para convidar os interessados em contribuir com as próximas edições, enviando seus artigos para o processo de submissão.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

Reis Friede
**Desembargador Federal**
**Diretor-Geral da EMARF**

# *UMA INTRODUÇÃO AO MÉTODO FENOMENOLÓGICO APLICADO AO DIREITO*

*André R. C. Fontes**

**Resumo:** A formação de escolas filosóficas acompanha a de métodos correspondentes, e assim ocorreu com a Fenomenologia e sua metodologia.

**Palavras-chave:** Husserl; metodologia; jurídica.

**Abstract:** the formation of philosophical schools accompanies that of corresponding methods, and so it occurred with phenomenology and its methodology.

**Keywords:** Husserl; methodology; legal.

Os estudiosos sempre quiseram saber a origem das ideias formuladas pelos juristas, e, mais do que isso, a maneira como elas surgem. E as leis respondem normalmente pelo grande volume de indagações. O empréstimo do conhecimento e da experiência de outros povos respondem também às soluções que o espírito julga semelhante ou conveniente. A questão fundamental nessas proposições jurídicas é que as soluções encontradas sejam necessárias, úteis e com pretensões de universalidade.

A maneira como os juristas reconhecem *a propriedade*, *o contrato* ou *o casamento* não desconsidera o senso comum, que concebeu o sentimento, a

*Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

vontade e a prática de apropriar-se de algo, de exigir uma contrapartida ou de uma união abençoada pela comunidade e plasmada pela fé religiosa. Em conformidade com a resposta da sociedade às exigências da vida social, os juristas dividem-se no reconhecimento da prática dos membros da sociedade e aquilo que os sociólogos costumam denominar de *institucionalização* e os juristas de *qualificação jurídica*.

Por surgirem e se difundirem qualificações tornando-se doutrina do Direito, deve-se considerar e identificar interesses que se qualificam e deixam de ser simples para se tornarem jurídicos, seja pela lei, seja pelos costumes, ou excepcionalmente pela necessidade (*necessitas legem non habet*).

Esse movimento progressivo e permanente de ideias até diferem nos variados modos de reconhecimento e tratamento dos problemas, como é a noção de *propriedade* ou dos *contratos*. Alguns veem a *propriedade* sob um ângulo mais imediato e distante da visão de nosso País como um poder sobre a coisa (direito subjetivo oponível a todos em função da coisa), ou o *contrato* mais como um toma-lá-dá-cá que uma declaração de vontade como concebemos, ou mesmo o *casamento* como um ato privado com registro público ao invés de uma pura manifestação religiosa.

O modo do pensamento jurídico pode variar e muitas teorias podem procurar criar modelos próprios de solução: assim, por exemplo, são as famílias jurídicas ocidentais conhecidas: a do *sistema do direito comum* ("Common Law") e do *sistema romano-germânico*. Ou ainda de reconhecerem a figura do *direito subjetivo* ou não (como ocorre com o realismo escandinavo, mesmo em uma família romano-germânica).

Ao contrário do senso comum, a concepção jurídica pretende reconhecer uma previsibilidade e uma garantia na aplicação de conceitos e institutos jurídicos. E não se está a falar aqui de algo estático, mas sim, de algo dinâmico, pela utilização diária e concreta de movimentos e mudanças, na superação de desafios e contradições. Assim, por exemplo, surgiu o *direito de laje* e sem ser contrário (ou contraditório) ao *direito de superfície*.

Muitas teorias ou doutrinas jurídicas são elaboradas não somente a partir de ideias, mas, pela práxis - ou mais propriamente -, pela experiência e a necessidade de satisfazerem as exigências econômicas e sociais da sociedade em geral (*ubi societas ibi jus*).

Uma orientação fenomenológica é o objetivo deste estudo. Uma concepção que não suprime nenhuma premissa, nenhuma parte essencial, que não se afasta da verdade objetiva consolidada na literatura jurídica, como *verbi gratia*, a formação da noção de *posse* e sua distinção da *propriedade* (*posse* e *propriedade* em sua distinção) como uma configuração de origem romana.

A filosofia fenomenológica surgiu na passagem do Século XIX para o Século XX e afirmadamente contribuiu para a ruptura do século do Liberalismo (o Século XIX). E seu fundador foi Edmund Husserl. Serve ela também como um ponto de partida para uma Teoria do Conhecimento em bases jurídicas – a Ontognosiologia elaborada por Miguel Reale é um bom exemplo.

A base da Fenomenologia é a *essência*, ou o conteúdo inteligível ideal dos fenômenos, captado na visão imediata, denominado *intuição das essências*. E é bom lembrar que nenhuma área da filosofia do Século XIX reconhece um ser essencial em subsistente.

Um importante fator no desenvolvimento das ciências jurídicas coube ao reconhecimento das essências na formulação de concepções jurídicas. Um exemplo importante foi a ideia de *ato jurídico* e do *negócio jurídico* na codificação civil alemã em função de uma figura contratual no Código Napoleão. É nesse exemplo inegável que o legislador alemão reconheceu uma declaração de vontade em sua essência para elaborar uma teoria do ato e do negócio jurídico.

Hussserl propôs chegar a uma base segura, liberta de pressuposições para todas as ciências. O Direito, de um modo peculiar, será objeto dessas mesmas orientações, por meio do método por ele criado, o *método fenomenológico*.

Esse método se propõe a uma retomada constante e permanente das essências dos institutos jurídicos – a despeito das formas variadas que possam assumir – com um rigor que bem que poderia ser designado neocartesiano, a despeito de Husserl rejeitar quase todo o conteúdo doutrinal do cartesianismo, pelo fato de querer dar a certos temas cartesianos um desenvolvimento mais radical que o próprio Descartes conseguiu imprimir-lhes.

A ciência e toda a experiência da humanidade deve fundamentar-se na *ideia* da ciência, e não apenas em suas configurações contingentes. É na intenção do sábio que devemos depositar a maneira de conhecer. De modo que, a *intenção da consciência* é que será necessária para se analisar ou conhecer.

A palavra *consciência* tem aqui um significado todo especial: significa *consciência de algo* (e não um registro fotográfico do que se tem em mente). E essa consciência será dirigida a algo, que também não é a realidade aparente, mas a um dado (e esse sequer precisa existir ou ser conhecido). Então um teórico poderia dirigir seu conhecimento para a situação de um detento sem necessitar estar igualmente desprovido de liberdade e a acompanhar o espaço no qual lança sua descrição.

Husserl entende que toda *consciência é consciência de alguma coisa*. E a intenção dirigida da consciência para certo dado, no sentido de nos voltarmos para as coisas mesmas. De modo que, tomando uma certa cerimônia como um dado, poderemos nos voltar para ela e encontrarmos a essência de um casamento, ainda que não seja assim revelado.

A consciência é doadora originária do conhecimento das coisas. Por "coisas" entenda-se simplesmente o dado, aquilo que vemos ante nossa consciência. Esse dado é o fenômeno, no sentido de que é o que aparece diante da nossa consciência.

Não quer significar que algo desconhecido se encontre atrás do fenômeno, justamente porque a Fenomenologia não tem esse papel, mas ao visar ao dado, sem mesmo querer decidir se esse dado é uma realidade ou uma aparência, pois haja o que houver, a coisa está aí, dada. Então, se é possível imaginar que haja um convênio entre dois órgãos públicos e não um contrato (ainda que assim aparente ou seja nominado) ou um concubinato e não uma união estável – com as consequências correspondentes -, o jurista poderá encontrar na essência os elementos indicadores da sua apreciação.

O método fenomenológico não se orienta para fatos, sejam externos ou internos a uma situação específica, mas para o dado ao qual a consciência se dirige, para o objeto enquanto intencionados por e na consciência. Tomado como um dado (um fenômeno como um fato, por exemplo), se manifestará imediatamente na consciência, alcançado por uma intuição antes de toda reflexão ou juízo a respeito.

Diante dos fenômenos, o método fenomenológico deve descrevê-lo tal como se manifesta como dado puro e simples da consciência, de modo a torná-lo visível e aparente como tal. A Fenomenologia considera objeto o

que é constituído por conexões essenciais e não por fatos contingentes. Ela é puramente descritiva. Seu método consiste, antes de mais nada, em descrever a essência. Seu processamento é um esclarecimento gradual, que progride por etapas mediante a intuição intelectual da essência.

Não há sabidamente objeto sem sujeito, nem sujeito sem objeto na concepção legada por Aristóteles. Na Fenomenologia o *objeto* é o *dado* e o *sujeito* é a *consciência intencional*. E a análise da consciência vai muito além da simples análise feita ao interpretarmos coisas do dia a dia ou coisas que sonhamos.

Embora não se trate apenas de ver e descrever o simples aparecer das coisas, pois fazer aparecer o mundo como fenômeno significa compreender que o ser do mundo não é a sua realidade ou consciência de fato de ele ser uma essência, intuída pela consciência, o eu *consciência-essência*, isto é, a consciência constitutiva do sentido do mundo.

Ao nos apoiarmos na descrição das essências, devemos excluir todos os hábitos do pensar adquirido, todas as convicções até agora admitidas. A única condição prévia é o *a priori* – que no direito associa nome-fenômeno, por força da própria formação do jurista. Desse modo, a concepção apriorística de um *contrato* será observada, tal como da *propriedade* ou *casamento*. O método fenomenológico proporciona meios para a intuição direta das essências, justamente porque é o método que revela as próprias coisas, tal como elas se revelam na pureza irrefutável da evidência perante a nossa consciência, a consciência intencional.

## BIBLIOGRAFIA

ADORNO, F.; GREGORY, T.; VERRA, V. Storia della Filosofia. V. 3. Bari: Laterza, 1991.

BOCHENSKI, I. M. Filosofia contemporânea ocidental. 2ª ed. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1968.

COMTE, Auguste. Corso di filosofia positiva. Trad. F. Ferraroti. Turim: UTET, 1967.

_____ Opuscoli di filosofia sociale e discursi sul positivismo. Trad. A. Negri. Florença: Sansoni, 1969.

CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Filosofia do Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____ Introdução ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GALVIS GAITÁN, Manual de Ciência Política. 3ª Bogotá: Ediciones del Profesional, 2018.

GARCIA MORENTE, Manuel. Fundamentos de Filosofia. 3ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1966.

GILES, Thomas Ransom. *Introdução à filosofia*. 3ª ed. São Paulo: E.P.U., 1979.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 11[ ed. Rio de Janeiro: 1995.

HUSSERL, Gerhart. Diritto e tempo. Trad. Renato Cristin. Milão: Giuffrè, 1998.

LOIS ESTEVEZ, José. La investigacíon cienfifica y sua proedeutica en el derecho. V. I. Caracas: Universidad de Caracas, 1972.

MARIN PEREZ, Pascual. Manual de Introducción a la ciência del derecho. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1968.

NAPOLI, Giovanni di. Storia della Filosofia. V. III. Turim: Marietti, 1968.

NEGRI, A. A. Comte e l'iluminismo positivistico. Roma: Amando, 1971.

NEGT, O. Hegel e Comte. Bolonha: Il Mulino, 1975.

NÓBREGA, Vandick L. da. Compêndio de direito civil. 2ª ed. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.

REINACH, Adolf. I fondamenti a priori del diritto civile. Trad. Daniela Falcioni. Milão: Giuffrè, 1990.

SANCHES, Edgar. Prolegômenos à Ciência. Salvador: Faculdade de Direito, s/d.

VIEIRA DE ALMEIDA, F.L. Lógica elementar. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961.

VILLEY, Michel. Filosofia do direito. Trad. Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.

# O QUE É O DIREITO?

Cleyson de Moraes Mello [1]

**Resumo:** A essência do direito perpassa pela pergunta sobre o seu fundamento mais originário. Quando olhamos para o direito envolvido apenas pelas coisas que nos rodeiam, acabamos esquecendo de pensar o direito a partir de seu caminho mais originário e dignificador. O direito não pode desvincular o homem de sua essência. É preciso consumar o direito em toda a sua plenitude, restituindo e afirmando o seu fundamento na manifestação do Ser.

**Palavras-Chave:** Direito; Fundamento; Dignidade.

**Abstract:** The essence of law revolves around the question of its most original foundation. When we view law solely through the things that surround us, we tend to forget to consider law from its most original and dignifying path. Law cannot detach itself from human essence. It is necessary to realize law in all its fullness, restoring and affirming its foundation in the manifestation of Being.

**Keywords:** Law; Foundation; Dignity.

A palavra *direito* provém do latim *directus*, *directum*, que significa direto. Já como adjetivo, direito significa reto, com ideia de retitude, correção, lealdade. Em inglês *right*, em alemão *recht*. Já *derecho*, em espanhol; *diritto* em italiano; *droit* em francês.

A palavra *jus* significa *merecimento*, ou seja, a pessoa faz *jus* a algo ou alguma coisa. A palavra vem do latim *jus*, que significa direito ('ter direito a"; "ser merecedor de"). Daí que é possível encontrar conceitos como jurisprudência,

[1] Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Doutor em Direito. Pós-Doutorando em Educação-UERJ. Professor do PPGD da UERJ e UVA. Coordenador da Editora Universitária do UNIFAA.

jurisconsulto, jurisdição, jurisdicionado, jurídico. A etimologia de *jus* é bastante controvertida em sua origem: "*jussum* (mandar)", "*jutum* (ajudar)", "*junctum* (juntar)".[2]

A palavra direito intuitivamente nos move na direção daquilo que nos pertence, apontando, pois, uma faculdade de reclamar e exigir o que é nosso. O direito pode ser compreendido como direito subjetivo (*facultas agendi*), como direito objetivo (*norma agendi*), como capacidade de se comportar na vida em sociedade, como comportamento que se deve ter com o outro, como caminho e direção a uma determinada escolha correta. Daí que o direito tem como finalidade precípua o convívio pacífico e o bem comum das pessoas em comunidade. É, pois, norma, regra, princípio de como devemos nos portar e viver em sociedade, com vistas a uma "vida boa". Ora, o homem é, por sua natureza, um ser gregário, isto é, um ser social por natureza, razão pela qual vive em sociedade, ou melhor, convive com o outro (alteridade). O *saber conviver* é, pois, o pano de fundo de uma vida harmônica em sociedade. É a dimensão ontológica do direito: a ek-sistência humana. Um conjunto de regras capaz de reger a coexistência humana em suas relações intersubjetivas, tanto no direito público, como no direito privado.

ENRIQUE LUÑO PENA afirma que "el Derecho es *una forma de lo justo*, que se elabora en el corazón mismo de los grupos humanos y que, por lo tanto, se halla, forzosamente, sometido a readaptaciones periódicas."[3]

O direito, grosso modo, é composto por normas de conduta que procuram regular a conviência humana na sociedade. Desde muito tempo atrás os juristas buscam uma definição mais precisa sobre o conceito de direito. Melhor dizendo: a pergunta "*O que é o Direito?*" há muito tempo apresenta grandes dificuldades em sua plena compreensão. Ora, um dos elementos que dificulta uma conceituação mais precisa do *Direito* é exatamente, por ser este um fenômeno histórico, relacionado a sociedades concretas e multiculturais, ele não pode ser compreendido sem considerar o espaço e o tempo de sua formação e concretização.

O Direito constitui, pois, um conjunto de normas com a finalidade precípua de garantir uma vida em sociedade de forma pacífica, fraterna, justa e solidária. Estas normas jurídicas são gerais, abstratas, coercitivas, atribuindo direitos e deveres a todos membros da sociedade. O juiz ao "dizer o direito" deve, pois,

[2] PENA, Enrique Luño. *Derecho Natural*. 4.ed. Barcelona: Librería La Hormiga de Oro, 1961, p.10.
[3] Ibid., p.12.

refletir de forma plena a tradição cultural da sociedade na qual ele está inserido. Melhor dizendo: o interprete da norma deve conhecer, não só a legislação, mas sobretudo o "direito vivido" naquela sociedade. O Direito deve, pois, estar em consonância com a verdade manifestativa que provém da compreensão de suas normas. Tais normas jurídicas regulam os atos humanos, já que procura retratar as regras sociais. Este conjunto de normas integram o ordenamento jurídico com o próposito de "ordenar" e "regular" a cooperação e a co-existência entre os homens na sociedade. As proposições jurídicas retratam, pois, um feixe de conteúdos morais, axiológicos e sociais que devem ser compreendidos à luz da dignidade da pessoa humana (a partir do homem em sua própria ek-sistencia). Daí a importância do constante "(re)pensar o direito", especialmente, nos casos de anomia e antinomia que envolvam questões relacionadas ao direito e a moral. Isto porque é possível a existência de regras em um sistema jurídico que esteja em distonia com o "direito justo". Ora, o direito não pode viver separado da justiça. O direito não está no espírito do legislador, senão deve ser compreendido a partir da historicidade do mundo vivido (*Da-sein*). O direito não pode ser interpretado de forma mecânica e matematizante. A hermenêutica jurídica *não é metodológica*, mas deve apontar para a historicidade do homem, a partir da fusão de horizontes. O direito não é encontrado no ente (lógica apofântica, lógica formal), senão no próprio ser (lógica da diferença ontológica, lógica da analítica existencial). O direito corresponde ao mundo cultural-histórico-social que o homem está inserido (salto hermenêutico), necessariamente plasmado em sua vivência histórico-existencial. O homem ek-sistente é um projeto lançado. O interprete deve compreender o sentido da norma jurídica.

O direito ainda pode ser compreendido a partir do chamado *direito natural* (uno e imutável?) e do *direito positivo* com todas as suas variações históricas. O direito natural deve sempre prevalecer sobre o direito positivo? Ora, o direito natural é anterior ao conjunto de leis postas pelo Estado. Isto significa dizer que uma ordem natural baseada na justiça antecede qualquer ordenamento jurídico posto pelos homens em sociedade. A questão que se apresenta é: como o direito natural, universal e imutável, poderá responder aos anseios de uma sociedade multicultural, complexa e plural? Este poderia ser um caminho para o intérprete jurídico justificar a vigência do direito positivo, quando indubitavelmente injusto? Qual o direito justo? Isto significa que o direito justo estaria relacionado com o direito natural ou com o direito positivo? Quando poderemos considerar justo o direito?

Segundo Del Vecchio, *Direito natural* é o nome com que se designa, por tradição muito antiga, o critério absoluto do justo.[4] A procura de uma justiça superior era proveniente, muitas vezes, da reação contra a justiça positiva. O Direito natural teológico (fundado na vontade divina – Vitória, Soto, Molina, Suárez), o Direito natural da denominada Escola Clássica do Direito Natural (Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasio) e o Direito natural racional (Rousseau, Kant, Fichte, Wolff, Leibniz), caminhavam em busca do *justo natural*, em detrimento da justeza apresentada pelas normas jurídicas positivas.

O Direito natural, ao longo de sua história, buscou sua fonte na natureza, na revelação ou na razão. É dessa forma que o direito natural da antigüidade encontra-se relacionado com a natureza; o da Idade-Média, com o divino (direito natural considerado superior ao direito positivo, uma vez que estava fundado na vontade divina); e o dos tempos modernos com a razão.

A tradição do pensamento jurídico ocidental sempre foi permeada pela dicotomia "*direito positivo*" e "*direito natural*", ou seja, uma distinção entre aquilo que é por 'natureza' e aquilo que é 'convencionado'. Dessa maneira, é possível perceber a distinção preliminar de *direito natural* e *direito positivo*, já que aquele é geral e imutável, este é posto por comunidades singulares.

Norberto Bobbio ensina que tal distinção podia ser encontrada no direito romano, já que o *jus gentium* e o *jus civile* correspondiam respectivamente ao *direito natural* e *direito positivo*.[5] Daí que dois são os critérios para distinguir o direito positivo (jus civile) do direito natural (jus gentium):[6] a) o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites; b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalis ratio*.

No quadro abaixo estão representadas as principais distinções entre o direito positivo e o direito natural:

| Direito Natural | Direito Positivo |
|---|---|
| É universal e imutável (universalidade) | É particular no tempo e no espaço (particularidade) |
| Não tem limites | Limita-se a uma sociedade |
| É algo natural | É posto pelo povo (convencional) |

[4] DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Tradução: Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p.334.
[5] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico:* Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.17.
[6] Ibid., p.18.

Vale destacar também, o contributo de *Herbert* Lionel Adolphus *Hart*, professor de Teoria do Direito (*Jurisprudência*) da Universidade de Oxford, de 1952 a 1968. Sua obra *O Conceito de Direito* é um marco no positivismo jurídico. Hebert Hart influenciou vários juristas, tais como: Ronald Dworkin, Joseph Raz e Neil MacCormick.

Na identificação do direito, a diferença mais fundamental entre Hart e Dwokin é a seguinte: Para Hart "a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio incorporado critérios morais para a identificação do direito. Na teoria interpretativa de Dworkin, por outro lado, todas as proposições do direito, que afirmam qual é o direito em certa matéria, **envolvem necessariamente um juízo moral**, uma vez que, segundo a sua teoria interpretativa holística, as proposições do direito são verdadeiras apenas se, juntamente com outras premissas, decorrem daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam a todo o direito estabelecido, identificado por referência às fontes sociais do direito, e lhe **conferem melhor justificação moral**. Essa teoria interpretativa globalmente holística tem, por isso, uma dupla função: serve não só para identificar o direito, como também para lhe conferir justificação moral."[7]

O tema é bastante árido, especialmente, quando estamos diante dos chamados casos difíceis (*hard cases*), uma vez que a questão toca no momento de criação judicial do direito. Os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, somente os representates eleitos pelo povo deveriam ter poderes de criação do direito.

Existem vários modelos que procuram explicar o relacionamento entre o *direito* e a *moral*. O primeiro modelo é aquele que trata da separação radical entre o direito e a moral, especialmente, a partir de certos elementos do positivismo jurídico, cujo maior expoente é *Hans Kelsen*. O segundo modelo é aquele que defende uma separação relatativa entre o direito e a moral, tal como os adeptos do denominado positivismo suave (soft), como *Hebert Hart*. Um terceiro grupo defende uma integração absoluta entre o direito e a moral, ou seja, o direito se sustenta sobre a moral, como defende *Gustav Radbruch*. Por fim, ainda existem autores, como *Ronald Dworkin*, que postulam uma espécie de integração relativa

[7] HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. 2.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.332.

entre o direito e a moral. O autor defende que existe um conjunto de princípios, medidas e programas políticos que interagem entre si e fundamentam o direito.

Daí a importância desta problemática e o necessário aprofundamento nas questões acerca da fundamentação do direito que deve estar à serviço da dignidade da pessoa humana. A reivindicação de um direito natural de cariz ontológico-existencial como fundamento do direito é uma das possibilidades de enfrentamento desta questão.

Em que é que pensamos quando dizemos "o que é o direito?" Visamos um conjunto de normas, sanções, tribunais, justiça, um juiz, um advogado; discussão de um processo, discussão em geral; mas também imaginamos um curso, uma carreira importante; e pensamos num conjunto de normas para seja cuidadosamente pensada e detalhada, jamais completa envolvendo as soluções jurídicas para as vicissitudes do mundo da vida.

Na medida que ultrapassamos tais pensamentos, devemos focar na pergunta mais originária, isto é, qual o fundamento do direito e aquilo que faz o direito ser direito enquanto sua própria essência, não enquanto uma regra isolada ou bela arquitetura de uma sessão de julgamento dos tribunais. A essência do direito perpassa pela pergunta sobre o seu fundamento mais originário. Quando olhamos para o direito envolvido apenas pelas coisas que nos rodeiam, acabamos esquecendo de pensar o direito a partir de seu caminho mais originário e dignificador. Devemos, pois, ultrapassar (*salto hermenêutico*) as suas regras e padrões estabelecidos para buscar o seu fundamento em direção ao seu próprio ser (ultrapassamento do ente em direção ao ser do direito). O direito não é aquilo que as pessoas pensam isoladamente aquilo que ele é.

A pretensão de conhecer o direito perpassa pelo estudo vertiginoso de seus fundamentos constitucionais e os próprios fundamentos das decisões judiciais. Quando se pensa o direito a partir de sua essência nos tornamos melhores professores, advogados, juízes, promotores, defensores, procuradores, dentre outros. Melhor dizendo: dito com mais prudência – nos tornamos melhores em nossas profissões. Nessa estrada o caminhar é um "querer saber mais" sobre o próprio direito. Uma vivência que traduz a própria verdade do direito.

É necessário, pois, apontar para uma nova direção, ou seja, "aquilo-em-direção-aonde" (*wonach*) se questiona. Aquilo como o direito é pensado,

interrogado e questionado, o que determina o próprio direito, isto é, o "ser do direito". Na verdade, é a questão já posta por Heidegger: a busca da "coisalidade da coisa".

Neste sentido, o direito não pode ser visto e compreendido como uma coisa, um objeto ou algo coisificado. Ora, dizer o direito vai muito além, no sentido de compreender a sua essência, seu ser, seu fundamento mais originário. O direito não pode ser dito a partir da nossa experiência quotidiana, sem nenhum fundamento sólido. Melhor dizendo: a decisão judicial não pode refletir aquilo que somos como sujeitos e eus individuais e aquilo que acreditamos como imagem subjetivas de nós mesmos. A prestação jurisdicional não pode ser realizada a partir dos "eus", mas sim a partir do cuidado (*sorge*) com o outro (alteridade, solidariedade, fraternidade).

Ora, mesmo que a experiência quotidiana do dia-a-dia forense tenha em si uma verdade (ainda que peculiar), ela deve ser fundamentada, isto é, seu fundamento deve ser pensado, analisado, afirmado e assumido, enquanto tal. Isto é tanto mais necessário, quanto manejamos os princípios constitucionais tendo como epicentro do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana.

Um exemplo aparentemente simples é a pergunta: o que é o direito e sua relação com o homem? Tudo que o direito é para o homem é a busca de sua verdade e seus fundamentos mais originários. Todavia, parece que o fundamento e a verdade do direito e suas questões correlatas foram há muito tempo esquecidas em sala de aulas e no discurso hermenêutico das decisões judiciais (claro que com as devidas exceções); o que vemos é uma aparência do direito, provocada por um ensino jurídico coisificado em que na maioria das vezes autor e réu são vistos sem a devida atenção e especificadades inerentes ao caso concreto decidendo. Mas esta aparência pode e deve ser descortinida uma vez que a os fundamentos do direito nunca deixaram de ser pensados em sua mais profunda originalidade e verdade. O fundamento do direito não se obscurece, já que ele faz parte do próprio direito. A verdade e o fundamento do direito podem, por vezes, ficar atrás do ente, mas nunca deixaram de existir e sobreviver. Melhor dizendo: são as decisões judiciais que devem orbitar ao seu redor e não o contrário. É, pois, este fundamento que dá luz e aquece o direito.

Qual é, então, o fundamento mais originário do direito? Qual a sua essência e sua relação com o homem (na sua ek-sistência). Será, portanto, que a questão

do funadamento do direito está mal posta desde o início da formação do bacharel em direito? Será que os professores há muito tempo deixaram de pensar o direito, com foco exclusivo em sua aplicação em sentido formal? O direito na sua verdadeira "coisalidade" deve ser pensado a partir de sua essência. Em que sentido de sua verdade? O direito coisificado e objetificado fundamentam-se várias escolas e decisões judiciais. É preciso um afastamento desse direito coisificado para que possamos avaliar a verdadeira clareira do ser e do direito em si.

Daí a importância de levantarmos sempre a questão: o que é o direito e sua relação com a verdade e com o próprio homem? Autor e réu possuem nome e sobrenome e estão, provevelmente, envolvidos em suas mais diversas relações jurídicas patrimoniais ou existenciais. Devemos, pois, apreender novamente a questionar os fundamentos do direito, a questionar sua relação com o mundo vivido. A partir de onde os juízes devem decidir o ser do direito (ser-direito)?

Não é possível dizer algo sobre o direito sem conhecer a verdade do próprio direito. Desse modo, torna-se claro que a prestação jurisdicional não pode ser realizada de forma objetiva, sem procuramos as determinações e especificidades que pertencem ao próprio caso concreto decidendo. Isso se dá pelo ultrapassamento da relação sujeito-objeto, em direção ao "ser-direito", cuja verdade está em questão. Ora, a partir de onde e como se determina a verdade do direito? O que se deve o fato de a sentença judicial ser esta e não outra? Onde é que reside a fundamentação da verdade do direito?

O direito é verdadeiro se estiver em conformidade com a dignidade da pessoa humana. Melhor dizendo: o direito deve dirigir-se para a dignidade da pessoa humana como *cuidado*, *cura*, *sorge*. A decisão judicial deve conforma-se com a essência do direito, ou seja, a sua coisalidade (coisalidade da coisa).

Uma outra questão que surge é a possibilidade de decisões judiciais diferentes, em épocas diferentes e em povos diferentes. Em relação ao elemento temporal, vejamos, por exemplo, o precedente do amianto no Brasil. Isto porque o STF já decidiu sobre a constitucionalidade da lei federal que admitia o uso controlado de uma das modalidades do amianto (asbesto branco). Posteriormente, em razão da mudança no substrato fático da norma, a referida disposição se tornou inconstitucional. Ora, o elemento temporal (vinte e dois anos depois, no julgamento da ADI 3.937) acarretou num consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso

de forma efetivamente segura. Neste contexto é possível afirmar que o "dizer o direito" é histórico, isto é, um *acontecer*. Uma condição de possibilidade que se desvela a partir das especificidades do caso concreto decidendo. Verifica-se, pois, que a decisão anterior em relação ao amianto já foi uma vez "atual". A decisão judicial meramente passada não esgota o acontecido. A essência da verdade mostrou-se, então, regulada a partir da essência da verdade em conformidade com o observado 22 anos depois acerca da natureza altamente cancerígena do amianto.

A questão "*o que é o direito*" se coaduna com uma questão histórica. Não uma visão histórica olhando apenas o passado, senão ver e compreender o direito a partir da historicidade do homem em seu próprio acontecer. A resposta à questão "qual a essência do direito" e sua verdade tem um outro caráter. É, pois, uma posição-de-fundo transformada, ou o início de um novo caminhar em direção ao mais nobre de ser pensado, uma transformação do pensar o direito desde os bancos universitários. É preciso olhos de ver que a realização do direito é um acontecer na direção do "ser-direito" e não acorrentados na entificação (coisificação) do direito.

A questão acerca da nossa relação com o direito ganha novas cores com a *hermenêutica filosófica* e a forma de pensar o direito como fio condutor da determinação da própria essência do direito. Dessa maneira, é preciso enfrentar o ser-digno-de-ser-pensado no direito como único caminho para desviar o direito de sua objetivação (coisificação, entificação). Ora, uma decisão judicial que se afasta da essência do direito, se afasta de sua verdade, é, pois, mera opinião.

Pensar a *essência do direito* é colocar bastante alto a humanidade do homem. A clareira e o iluminar do direito é o homem em sua dignidade, sua ek-sistência. Melhor dizendo: na medida em que o homem ec-siste na Cura (*sorge, preocupação, cuidado*).

O esquecimento da essência do direito em favor de sua entificação é o sentido e o fracasso das decisões judiciais que teimam em dizer o direito a partir de uma racionalidade matematizante, celebrando uma "objetividade" do discurso jurídico. O direito precisa ser re-pensado no fundamento de sua originalidade e assim superar a sua coisificação. Melhor dizendo: pensar o direito a partir da essencialização do próprio homem dentro da referência do Ser. Dessa maneira a grandeza e a dignidade do homem se essencializam originariamente nas decisões

judiciais e, da mesma forma, é um passaporte para uma nova dimensão do ensino jurídico, tornando-o essencialmente humano. É, pois o "Ser-direito" instalado na dinamicidade da relação sujeito-sujeito.

O fundamento do direito vinculado e essencializado na verdade do Ser cuja decisão judicial refletirá uma "fusão de horizontes", ou seja, passado, presente e futuro pensado a partir de um *tempo originário*, uma *ética originária*. É uma fusão de elementos temporais para alinhar a decisão judicial ao mais nobre de ser pensado: o *homem na sua ek-sistência*.

Pensar o fundamento do direito é pensar na articulação do homem em sua ek-sistência, em uma estrutura onde o Ser se desvela e se notabiliza. O direito não pode desvincular o homem de sua essência. É preciso consumar o direito em toda a sua plenitude, restituindo e afirmando o seu fundamento na manifestação do Ser.

Heidegger afirma que "diferente das ciências, o rigor do pensamento não reside apenas a exatidão artificial, isto é, técnico teórica dos conceitos. O rigor do pensamento se edifica na medida em seu dizer permanece, exclusivamente, no elemento do Ser e deixa vigorar a simplicidade de suas múltiplas dimensões."[8]

É, pois, a necessidade de repor o pensamento jurídico na direção do *homo humanus*, ou seja, não se pode abandonar o Ser como epicentro do ordenamento jurídico, sob pena de o direito perder prestígio e importância na solução dos casos concretos. Julgar e pensar o direito com uma medida que lhe é adequada, isto é, pensar e dizer o direito de acordo com a sua essência. O direito pensado de modo mais originário, essencializado nas decisões judiciais em sentido próprio. Nesse sentido, o "DIREITO" não é; mas dá-se DIREITO.

Daí a importância da "Cura" no pensamento de Heidegger. O fundamento do direito posto na Cura (*sorge, preocupação, cuidado*).[9] Heidegger afirma que "para onde se dirige 'a Cura' senão no sentido de reconduzir o homem de volta à sua Essência. O que isso significa senão tornar o homem (*homo*) humano (*humanus*)? Destarte é a *humanistas* a preocupação de um tal pensamento. Pois *humanismos* é curar e cuidar que o homem seja humano e não humano, isto é, estranho à sua Essência. Todavia em que consiste a humanidade do homem? Ela repousa em sua Essência."[10]

[8] HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.27.
[9] MELLO, Cleyson de Moraes. *Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.
[10] HEIDEGGER, Op.Cit., p.34.

A compreensão do direito precisa de uma fundamentação hermenêutica levada a sério se desejarmos que a decisão judicial seja verdadeiramente harmoniosa com o Direito, no sentido de uma ordem jurídica justa. Além do elemento enunciativo do discurso jurídico, é necessário compreender o direito como um acontecer em que nós habitamos e onde nos autocompreendemos. O direito ganha uma densidade mais profunda com a hermenêutica filosófica, já que o *ser* se compreede a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado.

A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o *ser* por meio da *historicidade* e da *temporalidade* do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

Heidegger alerta que a

> "metafísica pensa o homem a partir da *animalitas*. Ela não o pensa na direção da sua *humanitas*.
>
> A metafísica se tranca ao dado Essencial simples, de que o homem só vige em sua Essência, enquanto é interpelado pelo Ser. Únicamente a partir dessa interpelação ele 'encontrou' onde mora sua Essência. Somente a partir desse morar, 'tem' ele 'linguagem', como a morada, que pre-serva o ec-stático para sua Essência. Chamo ec-sistência do homem o estar na clareira do Ser. Esse modo de ser só é próprio do homem. Assim entendida, a ec-sistência não é apenas o fundamento de possibilidade da razão, *ratio*. É também onde a Essência do homem com-serva a pro-veniência de sua determinação.
>
> Só se pode dizer ec-sistência da Essência do homem, isto é, do modo humano de 'ser', pois somente o homem, até onde alcança nossa experiência, foi introduzido no destino da ec-sistência. [...]
>
> Ec-sistência evoca a determinação do que o homem é no destino da Verdade do Ser. "[11]

Neste diapasão, o direito deve ser pensado a partir da sua *humanitas*. A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Todo o compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Alethéia*.

O direito ainda se encontra amparado no paradigma epistemológico da

[11] Ibid., p.40-45.

filosofia da consciência e na subjetividade. Observa-se a entificação do Direito. O Direito deve restar harmonioso com o modo de ser-no-mundo (mundo da vida).

O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio imposto pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. A transcendência existencial torna-se uma alavanca de evolução da ciência jurídica. O Direito é um *sendo*, é um *acontecer*, é uma *abertura de possibilidades*. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

Segundo Heidegger, devemos procurar "aquilo que faz a coisa ser coisa".[12] Aquilo que torna-coisa (*be-dingt*) a coisa.[13] A coisalidade que torna-coisa uma coisa é chamada de *coisalidade da coisa*.[14] É, pois, algo que dá um fundamento, um solo à coisa.

Ora, fica claro que o esquecimento da essência jurídica implica em assumir uma posição objetivista sobre o direito. É necessário situar-nos num ponto de vista que permita ver o direito como um *devir* (o direito em movimento). Ver o direito a partir de sua historicidade não significa apoderar-se de conceitos abstratos e totalitários da ordem jurídica, mas significa ver o direito a partir de um fundamento originário e que nunca se resolve no comando da regra jurídica. Ao contrário, podemos dizer que o direito se desvela no que é, mais como *movimento*, como um *proceder de*, como um *projetar-se*. De toda sorte temos de perguntar-nos se é possível, e como se define, um pensamento jurídico que vá mais além do direito positivo, isto é, se é possível uma autêntica compreensão do direito.

Dessa forma, o direito não pode ser pensado como "objeto", mas sim a reflexão do direito deve possibilitar um pensamento que tome a sério o direito, convertendo-o na reflexão sobre a sua própria essência e sobre o modo em que ele tem de conceber-se e revelar-se.

---

[12] HEIDEGGER, Martin. *Que é uma Coisa?* Doutrina de Kant dos Princípios Transcendentais. Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002, p.20.
[13] Ibid.
[14] Ibid.

*Ser e Tempo, Carta sobre o Humanismo* e *A Essência da Verdade* são algumas obras de Heidegger que nos ensinam a pensar a partir do próprio ser. Tais estudos caminham - pela superação do subjetivismo e objetivismo metafísicos – na direção de um projeto de sentido do ser transcendendo o ente em sua totalidade. É um projetar-se alinhado a uma relação peculiar com o homem como um modo de ser do próprio homem. Juridicamente falando, o magistrado não pode ser um espectador passivo e desinteressado que recite uma parte predeterminada do ordenamento jurídico, a partir de um discurso jurídico fechado e decadente. Como se fossem caminhos diferentes: de um lado, o direito fechado e trancafiado em suas normas, de outro, o homem e suas reais expectativas na contemporaneidade. Ora, convém aprofundar o conceito de direito com a relação que o liga com o próprio homem.

No Seminário de 8 de setembro de 1959, no grande auditório de Burghölzli da Clínica Psiquiátrica da Universidade de Zurique, Heidegger afirma que "o existir humano em seu fundamento essencial nunca é apenas um objeto simplesmente presente num lugar qualquer, e certamente não é um objeto encerrado em si. Ao contrário, este existir consiste de "meras" possibilidades de apreensão que apontam ao que lhe fala e o encontra e não podem ser apreendidas pela visão ou pelo tato [...]. A constituição fundamental do existir humano a ser considerada daqui em diante se chamará "*Da-sein*" ou "*ser-no-mundo*". Entretanto, este *Da* não significa, como acontece comumente, um lugar no espaço próximo do observador. O que o existir como *Da-sein* significa é um manter aberto de um âmbito de poder-apreender as significações daquilo que aparece e que se lhe fala a partir de sua clareira. O Da-sein humano como âmbito de poder-apreender nunca *é* um objeto simplesmente presente. Ao contrário, ele não é de forma alguma e, em nenhuma circunstância, algo possível de objetivação."[15]

O conceito de direito a partir da historicidade do ser indica uma relação com o modo de ser do *Dasein*, ou seja, uma abertura do direito fincada na abertura do ser. A verdade ontológica, o projeto lançado, é, pois, um acontecimento histórico que deve permear as decisões judiciais. Dessa maneira, as decisões judiciais devem ser proferidas levando-se em conta a hermenêutica do ser, isto é, a própria abertura que se apresenta o ente.

[15] HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon.* Tradução Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001. p.33.

Pensar o direito a partir da Verdade do Ser é pensar a partir da ec-sistência do homem, ou seja, no decurso de sua historicidade. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental (baseada nos teoremas da diferença ontólogica e da circularidade hermenêutica), procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico:* Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5.ed. Tradução: Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. 2.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Que é uma Coisa?* Doutrina de Kant dos Princípios Transcendentais. Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

PENA, Enrique Luño. *Derecho Natural*. 4.ed. Barcelona: Librería La Hormiga de Oro, 1961.

# A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO SOB A ÓTICA DE LON LUVOIS FULLER

Reis Friede [1]

**Resumo:** o debate que envolve o Jusnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do assunto, o passar dos séculos demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática ora desenvolvida. Desse modo, o presente artigo discorre sobre a moralidade interna do Direito sob a ótica de Lon Luvois Fuller.

**Palavras-chave:** Jusnaturalismo. Juspositivismo. Moralidade. Direito.

**THE INTERNAL MORALITY OF LAW FROM THE PERSPECTIVE OF LON LUVOIS FULLER**

**Abstract:** the debate involving the Jusnaturalism and the Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers. Although we can affirm that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and the Natural Law have already been surpassed, there are still countless aspects which deserve an academic dedication. Notwithstanding dissonant opinions, which militate for the theoretical weakening of the subject, the passing of the centuries demonstrates exactly the opposite, given the non-elimination of the thinkers' esteem for the thematic now developed. Thus, the current article discourses about the internal morality of Law from the perspective of Lon Luvois Fuller.

**Keywords:** Jusnaturalism. Juspositivism. Morality. Law.

[1] Desembargador Federal, Diretor-Geral da Escola de Magistratura Federal da 2ª Região (biênio 2023/25), ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: https://reisfriede.wordpress.com/ . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

## 1. INTRODUÇÃO

NOBERTO BOBBIO, aludindo às pesquisas empreendidas por KUTTNER, afirma que o primeiro uso da fórmula *Direito Positivo* (*jus positivum*) teria ocorrido pelas mãos de ABELARDO, filósofo medieval do fim do século XI, registrando, outrossim, que investigações anteriores apontavam que o emprego inaugural de tal expressão teria sido por DAMASO, nos idos do século XII. Para ABELARDO, segundo narra BOBBIO (1995, p. 19), o Direito Positivo *illud est quod ab hominibus istitutum*, ou seja, apresenta como característica o fato de ser *posto* pelo ser humano, ao contrário do Direito Natural, *posto* por algo ou alguém que está além dele, como a *natureza* ou *Deus*.

Contemporaneamente, a expressão Direito Positivo pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (lei) ou não-escrita (norma consuetudinária, norma costumeira ou costume jurídico). É, ainda, o Direito institucionalizado, passível de ser imposto coercitivamente, abarcando a Constituição, as leis, os códigos, os tratados, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os decretos, as portarias, etc.

Tal conjunto de normas jurídicas, como se vê, é criado a partir de decisão humana, seja através da atuação estatal (o processo de produção normativa, por exemplo), seja de modo socialmente difuso, por meio do qual se forjam os denominados costumes jurídicos. Assim, a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do brocardo *ubi societas*, *ibi jus* ("onde está a sociedade, está o Direito"). Com efeito, diante do poder soberano inerente ao Estado, cada país estabelece, no âmbito do respectivo território estatal, e em atenção à realidade social, o pertinente Direito Positivo, revelador, em última análise, do modo de ser de uma determinada comunidade.

Exatamente como acontece em relação ao Jusnaturalismo, que experimentou diversas perspectivas teóricas ao longo do tempo, o Positivismo Jurídico, de seu lado, também comporta várias incursões analíticas, reveladoras das mais diversas tendências explicativas, conforme será abordado.

## 2. O JUSPOSITIVISMO EM JEREMY BENTHAM

O inglês JEREMY BENTHAM (1748-1832), nos termos de sua *Teoria Utilitarista do Direito*, argumenta que as normas jurídicas devem ser interpretadas sob o prisma dos efeitos produzidos quando de sua incidência concreta. Assim, na ótica de BENTHAM, *justa* é a norma que, uma vez aplicada, produz efeitos *bons*; ao contrário, aquela cuja incidência concreta acarreta consequências *ruins* deve ser reputada como *injusta*.

Nota-se, pois, que o critério esposado por BENTHAM, para o fim de qualificação dos aludidos resultados, consiste exatamente na noção de *utilidade*. Destarte, *bom*, na ótica do pensador inglês, é o que produz *prazer*; *mau*, por sua vez, o que causa *dor*. No plano social, *bom* ou *justo* é o que tende a aumentar a *felicidade* de todos ou, pelo menos, de um grande número de pessoas (DINIZ, 2000, p. 58).

Explica DIAS (2015, p. 147-166) que, "por ser conforme uma noção de natureza humana que busca o prazer e foge da dor", o princípio de utilidade "reconhece que os homens agem de acordo com determinadas finalidades, segundo seus interesses, e coloca como norma que os indivíduos busquem seu prazer ou seus interesses." No mesmo sentido, ensinam MARCONDES e STRUCHINER (2007, p. 116) que, de acordo com o princípio de utilidade, "o bem seria aquilo que maximiza o benefício e reduz a dor ou o sofrimento", do que se depreende que "terão mais valor de um ponto de vista ético as ações que beneficiarem o maior número de pessoas possível".

No que concerne especificamente ao embate entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, cabe mencionar que BENTHAM, em sintonia (no seu aspecto global) com as premissas do *Utilitarismo*, formulou críticas ao Direito Natural, justamente por entender que as leis são fruto da vontade humana, consistindo, ademais, em meios que possibilitam a consecução de determinados fins (princípio de utilidade). Com efeito, BENTHAM entende que "não há direitos naturais em contraposição ou distinção aos legais, sendo a expressão uma mera figura de linguagem; e que, quando se emprega essa expressão, no momento que se tenta dar-lhe sentido literal, o resultado é o erro – o tipo de erro que leva à perniciosidade, ao extremo da perniciosidade" (EDMUNDSON, 2006, p. 75).

## 3. O JUSPOSITIVISMO EM JOHN AUSTIN

O inglês JOHN AUSTIN (1790-1858), a partir de influências teóricas advindas, principalmente, de JEREMY BENTHAM, mostrou-se preocupado em introduzir um enfoque analítico no âmbito da Teoria do Direito, tendo publicado, em 1832, aquela que é considerada sua mais relevante obra, fruto das dez primeiras lições que havia proferido na Universidade de Londres: *A Delimitação do Objeto do Direito* (*The Province of Jurisprudence Determined*, 1832).

Contrapondo-se aos rumos jusnaturalistas de sua época, AUSTIN empreendeu esforços no sentido de estabelecer – organizada, sistemática e analiticamente – os aspectos conceituais do Direito, buscando promover a separação entre este e a Moral, embora admitisse a existência de conteúdos morais no âmbito do sistema jurídico. De fato, o Direito, afirma JOHN AUSTIN, existe independentemente de ser *injusto*, isto é, sua validade deve ser aferida sob o aspecto conceitual, e não a partir de fundamentos morais. Uma lei *existente*, menciona AUSTIN, *existe*, ou seja, é *lei*, ainda que a aprovemos ou não.

De acordo com as lições de EDMUNDSON, AUSTIN não admirava a expressão *Direito Natural*, tendo em vista que, na sua ótica, tal locução ensejava uma "analogia com as leis da natureza – tais como as da Física", devendo, pois, ser evitada.

JOHN AUSTIN é destacado por ter concebido – a partir de inspiração teórica buscada nas reflexões de JEREMY BENTHAM – o Direito como um autêntico conjunto de *comandos/ordens* (amparados na ideia de *coerção*) oriundos do *soberano* no exercício do seu poder ilimitado (Teoria Imperativa do Direito), razão pela qual, na visão austiniana, este não se submete ao próprio Direito por ele estabelecido, podendo utilizá-lo, portanto, como um instrumento de poder.

Nesse contexto, cumpre ao juiz, ao decidir os mais diversos casos que se lhe apresentam, aplicar exatamente o *comando* advindo do *soberano*. Não obstante, diante da inexistência de um *comando* ajustável ao caso concreto, deve o juiz resolvê-lo como julgar mais adequado, posto que tacitamente autorizado a fazê-lo pelo mesmo *soberano*. Com efeito, sob o prisma de tal construção teórica de AUSTIN, a autorização tácita para decidir acaba por tornar tais decisões tomadas pelos juízes em autênticos *comandos* do *soberano*.

## 4. O JUSPOSITIVISMO EM HANS KELSEN

MORRISON, ao discorrer a respeito da visão crítica de HANS KELSEN (1881-1973) em relação à teoria anterior, afirma que o professor austríaco "interpreta AUSTIN como um empirista relativamente simples, o que significa que AUSTIN interrompeu sua análise no nível descritivo geral, sem proceder aos atos interpretativos necessários à contemplação da natureza especificamente jurídica da atividade social observada", asseverando, ademais, o seguinte:

> "Em essência, KELSEN acusa AUSTIN de não ter compreendido a estrutura normativa da legalidade, e argumenta que, no fim, a teoria austiniana pretendeu extrair uma série de proposições 'dever-ser' de proposições 'ser' [...]. As unidades estruturais básicas da teoria de AUSTIN eram observações de fatos sociais, a redução da ideia de regras de obrigações aos comandos de um soberano e aplicação desses comandos; à procura de dados empíricos para criar uma ciência do direito, o observador se dava conta das regularidades de um soberano que costumava ser obedecido e não obedecia a ninguém, e que comandava sujeitos que habitualmente obedeciam. KELSEN, porém, perguntou: 'De que modo isso descreve o processo por meio do qual alguém deve obedecer ao direito?'
>
> Para KELSEN, as regras eram as características observáveis (na escrita etc.) de um sistema normativo. As regras eram, portanto, as características de superfície do direito, e as normas sua essência interior; conquanto elas possam ter dado origem aos atos de 'vontade' de um Parlamento, ou à adoção de um costume por um juiz, uma vez aceitas como direitos adquirem existência independente; sua validade não depende da vontade de um mandatário: 'uma norma é uma regra que afirma que o indivíduo deve comportar-se de uma determinada maneira sem afirmar, porém, que tal comportamento seja a vontade específica de alguém'." (MORRISON, 2012, p. 391-392)

A principal obra de HANS KELSEN é, sem sombra de dúvida, a conhecida *Teoria Pura do Direito* (1934). Segundo o magistério de MORRISON (2012, p. 411), tal produção teórica "fala a uma modernidade que está lidando com a democracia, o perspectivismo e a indeterminação do objetivo social", sendo claramente identificada por KELSEN "como um projeto de direito antinatural". Na realidade, conforme anota SGARBI (2006, p. 31), a *Teoria Pura* "não é apenas o nome de um livro, mas de um *projeto*", tendo em vista que a pretensão de KELSEN, em última análise, era conduzir o Direito ao *status* de Ciência Jurídica, intento

que, de certa forma, acompanhou toda a trajetória acadêmica do formidável pensador austríaco, cujo escopo teórico sempre consistiu em "estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem acabadas, ao seu maior propósito", vale dizer, "a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país". Por oportuno, conforme dito pelo próprio KELSEN:

> "A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.
>
> Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito." (KELSEN, 1987, p. 1)

Assim, segundo explica SGARBI, o vocábulo *pura* é "palavra que expressa o que os teóricos do Direito ainda não conseguiram obter, mas que cumpre a ele, KELSEN, viabilizar", isto é, uma "leitura específica da juridicidade, sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do Direito", inclusive o pertinente à moral (SGARBI, 2006, p. 33). No mesmo sentido, BUGALLO aduz que:

> "KELSEN, por sua vez, destaca que seu objetivo é construir 'uma teoria do direito positivo', do direito positivo 'em geral, não de uma ordem jurídica especial'. Portanto, 'teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas', embora 'forneça uma teoria da interpretação'. 'Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto'. Teoria do direito positivo, isto é, do direito 'que é e como é', não do direito que deveria ou poderia ser." (BUGALLO, 2009, p. 11)

Com o advento da *Teoria Pura do Direito*, conforme explica SOARES, "o Positivismo Jurídico converte-se em uma variante do normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões valorativa e fática do fenômeno jurídico".

Da mesma forma, a aludida *Teoria Pura*, no dizer de SOARES (2013, p. 162),

configura uma nítida "reação ao sincretismo epistemológico no conhecimento jurídico", tendo como escopo último afirmar "a autonomia e a especificidade metódica da Ciência do Direito", aspectos que, na ótica de KELSEN, encontravam-se comprometidos "seja pela tentativa metafísica do jusnaturalismo de convertê-la em uma filosofia da justiça", seja pelo propósito "empirista do historicismo e do sociologismo jurídico de subordiná-la a outras ciências que cuidam dos fatos sociais, tais como a história e a sociologia".

A concepção kelseniana envolve, ademais, a *Teoria da Norma Jurídica* (na qual a norma jurídica é estudada como sentido objetivo de um ato criador de Direito dotado de validez) e a *Teoria do Ordenamento Jurídico*, identificado como um *sistema de normas*, disposto hierarquicamente como uma *pirâmide*, no qual a validade de uma norma inferior depende de uma norma superior, que estabelece os critérios formais e materiais para sua produção (SOARES, 2013, p. 163). Assim, consoante as formulações teóricas de KELSEN, "dizer que uma norma é válida é o mesmo que dizer que *existe* no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplicada juridicamente" (SGARBI, 2006, p. 41), do que se infere que, na visão kelseniana, não cabe à Ciência do Direito responder o que é *justo* ou conforme a *justiça*.

Da mesma forma, dissertando sobre a validade da norma sob a perspectiva de KELSEN, BUGALLO registra que "a validade é construída em função de elemento tipicamente kelseniano, isto é, o formal".

A respeito da separação entre Direito e Moral, asseveram BITTAR e ALMEIDA que "validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos", concluindo os autores, então, que "uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta".

Como se observa, "a autonomia do Direito, para KELSEN, só se alcança isolando o jurídico do não jurídico", o que significa afirmar "que o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural, seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas". Em tal contexto, a "interpretação se torna um ato de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica"; com efeito, a "interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para KELSEN, transforma-se no ato da criação de uma norma individual" (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 402).

Ainda de acordo com KELSEN (1990, p. 13), o Direito não estaria vinculado a qualquer regime político ideal, posto que, "do ponto de vista da ciência,

livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a *democracia* e o *liberalismo* são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a *autocracia* e o *socialismo*", não havendo, pois, "razão científica pela qual o conceito de Direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos"; afinal, prossegue KELSEN, "o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais".

## 5. O JUSPOSITIVISMO EM HERBERT HART

Foi dito anteriormente que JEREMY BENTHAM e JOHN AUSTIN, no que se refere ao assunto ora discorrido, são considerados autores *positivistas imperativistas*, tendo em vista que ambos acolhem uma noção comum, segundo a qual o Direito é fruto da vontade do *soberano*, tese centrada nas ideias de *comando* e *coerção*, concepção esta que, diferentemente, não pode ser atribuída ao inglês HERBERT LIONEL ADOLPHOUS HART (ou H. L. A. HART, 1907-1992), jurista e filósofo do Direito, autor reconhecidamente importante para uma nova tomada de posição em relação às Filosofia e Teoria do Direito. HERBERT HART, neste contexto, rejeita a denominada *Teoria Imperativista*, cuja característica fundamental, conforme consignado, consiste justamente em vincular o Direito às noções de *comando* e *coerção*. Em *O Conceito de Direito*, obra publicada em 1961, HART afirma que o termo *positivismo*, na literatura anglo-americana contemporânea, é empregado para traduzir uma ou mais das seguintes afirmações teóricas:

> "1) que as leis são comandos de seres humanos; 2) que não há vínculo necessário entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) que a análise ou estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve ser distinguido (apesar de não ser contrário a elas) das pesquisas históricas e sociológicas e da avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos e funções sociais etc.; 4) que um sistema jurídico é um 'sistema lógico fechado', no qual decisões corretas podem ser deduzidas por meios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas; 5) que os juízos morais não podem ser demonstrados, como podem os enunciados factuais, por meio de argumentação racional, evidência ou prova [...]. BENTHAM e AUSTIN defendiam as opiniões expressas em (1), (2) e (3), mas não aquelas em (4) e (5); KELSEN defende aquelas expressas em (2), (3) e (5), mas não

> as apresentadas em (1) e (4). A afirmação (4) é geralmente atribuída aos 'juristas analíticos', aparentemente sem boas razões." (HART, 2009, p. 386-387)

HERBERT HART, pelo que se observa no item 2 da transcrição supra, demonstra que, a seu ver, não há necessariamente um vínculo entre Direito e Moral, o que o situa, segundo um segmento doutrinário, entre os autores *positivistas inclusivistas* (ou *positivistas incorporacionistas*). Significa dizer que HART admite que conceitos e normas próprios do Direito possam incorporar regras pertinentes ao campo da moral, desde que o sistema jurídico o autorize.

Ademais, em *O Conceito de Direito*, HERBERT HART contesta a aludida *Teoria do Comando*, delineada por JOHN AUSTIN na obra *The Province of Jurisprudence Determined* (*A Delimitação do Objeto do Direito*, 1832), cujos contornos fundamentais consagram a ideia de que o Direito caracteriza-se por abarcar um conjunto de *comandos* e *ameaças* estabelecidos por um *soberano*. HART, partindo de uma distinção entre "*ter a obrigação de fazer algo*" e "*ser obrigado a fazer algo*", e adotando como exemplo a conduta ameaçadora de um assaltante, afirma que, na verdade, inexiste obrigação quando o único motivo para obedecer é a ameaça, exatamente o que acontece no caso de um *assalto*. Diferentemente da intimidação contida na ação do assaltante, o Direito estabelece normas de agir aptas a orientar o comportamento não apenas daqueles aos quais as orientações normativas são destinadas, mas também aos funcionários públicos encarregados da aplicação de tais diretrizes.

Com efeito, HART, de um modo geral, opõe as seguintes objeções ao arquétipo teórico austiniano:

> "Os fracassos principais da teoria [de AUSTIN] são suficientemente instrutivos para justificar um segundo resumo. Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sobre o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidade do direito, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimilados

> às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas jurídicas diferem das ordens quanto à sua origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo, que vieram a existir. Finalmente, a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno." (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 98)

Ademais, HERBERT HART, ao empreender uma análise crítica a respeito da teoria de JOHN AUSTIN, desdobra-a em três segmentos. De início, estabelece uma distinção entre as noções de *comando* e *regra*. Em seguida, procura demonstrar que os sistemas jurídicos são integrados por várias espécies de regras, sendo que algumas delas, como dito anteriormente pelo próprio HART, nem de longe se assemelham aos mencionados *comandos* da teoria austiniana. E, por fim, HART enfrenta as noções de *soberano*, *súdito* e *hábito de obediência*, concluindo que tais categorias são insuficientes para definir como funcionam as regras jurídicas. Desta feita, enquanto BENTHAM e AUSTIN fundamentam os respectivos pensamentos teóricos na noção de *comando* oriundo de um *soberano*, HART, por sua vez, argumenta que o Direito constitui-se em um sistema composto por *regras primárias* e *secundárias*, modelo assim abreviado por STOLZ:

> "Para HART, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de *regras primárias* e por três tipos de *regras secundárias*: *regras de reconhecimento*, *regras de alteração/ modificação* e *regras de adjudicação*. As *regras primárias* prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e negativo. Já as *regras secundárias*, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por *regras primárias*, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas. As *regras secundárias de alteração* outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução, exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Por sua vez, as *regras*

> *de adjudicação* dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais – identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais. [...].
>
> A fim de complementar a estrutura fundacional da sua teoria, HART cria a noção de *rule of recognition* [*regra de reconhecimento*], que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de *regras primárias*, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o *status* de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validez estabelecidos na *regra de reconhecimento*. Dita regra, ademais, é uma norma última que subministra um critério jurídico de validez supremo. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida, mas uma *regra de reconhecimento* não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma *regra de reconhecimento* existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de eficácia da *regra de reconhecimento* se exige, ademais do cumprimento, a aceitação da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.
>
> A *regra de reconhecimento* não só estipula a forma que todas as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas do sistema jurídico, mas também atribui competência e/ou autoridade a certos sujeitos para que ditem e apliquem as normas jurídicas fixando – com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado – os limites de atuação dos Poderes Públicos. Decisivamente, é a presença da *regra de reconhecimento* que articula a ideia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validez." (STOLZ, 2007, p. 101-120)

BUGALLO (2009, p. 3) afirma que o objetivo de HART, no âmbito da *Teoria Analítica*, e dialogando com os *Realismos Americano* e *Escandinavo*, bem como com o formalismo de KELSEN, foi justamente "superar a teoria de AUSTIN, válida

para as sociedades primitivas e simples, e construir uma teoria explicativa do direito nas sociedades complexas".

STOLZ (2007, p. 101-120), ao analisar a contribuição oferecida pela obra de HERBERT HART para a construção do Direito no âmbito dos Estados Democráticos Constitucionais, assevera que "um dos grandes méritos de HART foi visualizar o Direito tal como se apresenta e, ainda que defensor do Positivismo Jurídico, ele nunca negou a obviedade de que os sistemas jurídicos contemporâneos são complexos e que, ademais desta característica, positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o Direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões".

## 6. LON LUVOIS FULLER E A MORALIDADE INTERNA DO DIREITO

LON LUVOIS FULLER (1902-1978), norte-americano, é conhecido no Brasil pela obra *O Caso dos Exploradores de Cavernas*, cuja leitura é quase que obrigatória para os alunos que ingressam no curso de Direito. No que interessa ao tema abordado no presente artigo, cumpre registrar que LON FULLER entende que o Direito ostenta uma *moralidade interna*, proposta teórica construída no âmbito de sua principal obra jusfilosófica, cujo título é *A Moralidade do Direito* (*The Morality of Law*, 1964), na qual o ilustre pensador "apresenta de forma mais sistemática as suas considerações contra o Positivismo e propõe de maneira mais desenvolvida sua versão peculiar e secular de Direito Natural" (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 109).

Segundo argumenta MORRISON (2012, p. 460), FULLER entende que o Direito constitui-se em um "método ético de se criar e assegurar uma forma para as relações sociais", de modo que a cada regra jurídica "contém um objetivo voltado para a concretização de algum valor da ordem jurídica, e desse modo 'uma regra é ao mesmo tempo um fato e um critério para avaliação dos fatos'".

De fato, LON FULLER, em *A Moralidade do Direito*, estabelece uma distinção entre o que denomina de *moralidade do dever* e de *moralidade da aspiração*. A *moralidade do dever*, explica o autor, "estipula as regras básicas sem as quais uma sociedade organizada é impossível, ou sem as quais uma sociedade organizada e voltada para certos fins específicos deve errar o alvo"; tal moralidade, prossegue

FULLER, "não condena os homens por perderem as oportunidades da mais plena realização de seu potencial", mas, em vez disto, "condena-os por não respeitarem as exigências fundamentais da vida social". A *moralidade da aspiração*, por seu turno, condiz com a "moralidade do bem-viver, da excelência, da mais plena realização das potencialidades humanas" (MORRISON, 2012, p. 462), cabendo ressaltar que, sob um prisma hierárquico, a *moralidade da aspiração* encontra-se em um plano superior.

Com efeito, LON FULLER "criou uma forma secular de direito natural, que definia o direito como atividade humana dotada de propósito consciente" (MORRISON, 2012, p. 460-461), tendo acusado o Positivismo Jurídico de várias imperfeições. Segundo explica MORRISON, na ótica de FULLER, os autores positivistas (tais como BENTHAM, AUSTIN e KELSEN) "recusavam-se a atribuir ao direito qualquer objetivo, por mais modesto e restritivo". Assim, "por estarem exclusivamente preocupados em descrever o direito como este era, acreditavam que nada podiam dizer, em termos científicos, sobre como deveria ser o Direito".

Prosseguindo em suas críticas ao modelo juspositivista, LON FULLER opõe-se à concepção hartiana, notadamente por entender que o Direito transcende o sistema de regras idealizado por H. L. A HART, devendo, pois, abrir-se para a ética e a metafísica. Um dos debates travados entre esses dois grandes pensadores é registrado por MARCONDES e STRUCHINER, ora transcrito:

> "Outro ponto de discordância entre os autores, agora mais centralmente ligado às relações entre direito e moral, diz respeito a certos casos que surgiram depois da Segunda Guerra Mundial. Terminado o conflito, os tribunais da Alemanha se viram diante da questão de como lidar com os atos de extrema injustiça realizados dentro dos contornos da lei nazista. Um caso específico foi o de uma mulher que denunciou o marido, do qual queria se ver livre, por ter falado mal do regime, algo que era proibido de acordo com a lei e que poderia levar à pena de morte. O homem foi condenado e obrigado a lutar no *front*, onde acabou sendo morto. Depois da guerra, a mulher foi processada por ter justamente constrangido a liberdade do marido. FULLER defendeu a decisão da Corte que estabeleceu que a lei nazista seria nula, e que nunca teria feito parte do direito. HART, por sua vez, que defendia a separação entre direito e moral, dizia que tal solução era um engodo: para ele era claro que a lei nazista era juridicamente válida, apesar de grosseiramente imoral. Ser juridicamente válida não implicava força moral absoluta. Para HART,

> o juiz deveria encarar o problema enquanto um problema moral, com toda a sua complexidade. Segundo ele, em certos casos juízes devem assumir que estão tomando uma decisão moral contrária ao direito por ser a coisa certa, e não fazer uso de subterfúgios para esconder o fato de que a decisão possui uma pintura moral. FULLER, por sua vez, achava que o sistema de leis de um regime ditatorial como o regime nazista não observava o que ele chamava de 'moralidade interna do direito', o conjunto de critérios mínimos capazes de garantir a juridicidade, ou existência jurídica, de certas leis. Em suma, HART e FULLER concordam com a condenação da mulher que denunciou o marido, mas discordam da justificativa para tal." (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 108)

Assinala VIEIRA (1999, p. 37-46) que um dos objetivos perseguidos por FULLER na obra *The Morality of Law* reside exatamente no "estabelecimento de um conceito de estado de direito que possa ser utilizado como escala para medir a qualidade intrínseca dos sistemas jurídicos", ou seja, o referido pensador estadunidense objetivou "criar uma versão paradigmática de estado de direito como instrumento cognitivo, distinto de parâmetros substantivos de justiça e de noções de direito natural, para servir como padrão de avaliação dos sistemas jurídicos [...]". Na visão de FULLER, prossegue VIEIRA, "a perspectiva positivista que entende a lei como um fato de autoridade, e não como um empreendimento propositivo moral, perde qualquer capacidade normativa para checar o cumprimento do ideal de legalidade pelo sistema jurídico".

No mesmo sentido, MORRISON (2012, p. 460-461) elenca as seguintes excelências relacionadas por FULLER: "as leis devem ser suficientemente gerais; publicamente elaboradas; prospectivas; compreensíveis; não contraditórias; razoavelmente constantes; possíveis quanto ao desempenho; administradas por autoridades de acordo com seu conteúdo, e deve haver congruência entre ação oficial e regra declarada".

A respeito de tais elementos apontados por LON FULLER, e no âmbito de uma perspectiva comparativa com as ideias de HERBERT HART, afirma STOLZ (2007, p. 101-120) que, diferentemente de FULLER, "HART não cria um catálogo de elementos considerados essenciais para a existência e funcionamento do Direito", mencionando somente alguns avaliados como "imprescindíveis, dando-lhes o nome de 'princípios de legalidade', a saber: a *generalidade* e a *perdurabilidade* das normas jurídicas (elementos compatíveis com a moral interna do Direito de FULLER)".

## 7. CONCLUSÃO

A questão que envolve os denominados Jusnaturalismo e Juspositivismo (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos, tal como fizeram BENTHAM, AUSTIN, KELSEN, HART e FULLER, dentre outros. Muito embora possamos afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática desenvolvida no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos, e que inspirou sobremaneira a construção da Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, compilação de Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.

BUGALLO, Alejandro Alvarez. *Teses Básicas do Positivismo e suas Críticas ao Jusnaturalismo, Lex Humana*, nº 2, 2009.

DIAS, Maria Cristina L. C. *O Direito e a Ética em BENTHAM e KANT: uma Comparação*, Trans/Form/Ação, Marília, v. 38, nº 1, jan./abr. 2015, p. 147-166.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

EDMUNDSON, William A. *Uma Introdução aos Direitos*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito,* tradução de João Baptista Machado, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990.

MARCONDES, Danilo e STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Ética – de PLATÃO a FOUCAULT*, Rio de Janeiro, Zahar, 2007.

_____. *Textos Básicos de Filosofia do Direito – de PLATÃO a FREDERICK SCHAUER*, Rio de Janeiro, Zahar, 2015.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos Gregos ao Pós-Modernismo*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2012.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006.

SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.

STOLZ, Sheila. *Um Modelo de Positivismo Jurídico: o Pensamento de HERBERT HART*, Revista de Direito da FGV, v. 3, nº 11, jan./jun. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Desigualdade e Limites do Governo das Leis*, São Paulo em Perspectiva, 13 (3), 1999, p. 37-46.

JUSTIÇA FEDERAL

**TRF2**

Av. Rio Branco, 243 - Anexo I - 14º andar ◆ Centro ◆ Rio de Janeiro ◆ RJ
☎ (0xx21) 3218-8648 ◆ 3218-8646 ◆ 3218-8642 ◆ 3218-8645
http://emarf.trf2.jus.br/site/