

O DEBATE HART E FULLER NA TEORIA DO DIREITO: A RELAÇÃO DIREITO E MORAL ANALISADA A PARTIR DE REGIMES JURÍDICOS INJUSTOS

*The Hart-Fuller Debate in Legal Theory: the relationship between Law and
Morality analyzed through the lens of unjust legal regimes*

 <https://doi.org/10.63835/mg9fj526>

Artigo recebido em: 23/02/2025
Artigo aceito em: 17/03/2025

Flávio Maria Leite Pinheiro

Doutor em Direito, com Pós-Doutorado pela UFSC.
Mestre em Direito e em Filosofia.
Professor efetivo do curso de Direito da UVA.
Docente do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UVA.
Líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Filosofia e Teoria Política e Social cadastrado no
Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq.

Matheus Alves da Rocha.

Doutorando e Mestre em Direito pela UNISINOS-RS, onde foi bolsista pela CAPES-
Programa de Excelência Acadêmica.
Membro do grupo pesquisa DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos coordenado pelo
Prof. Lênio Streck.

Pedro Cruz Martins e Silva

Cursando Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil.
Advogado (OAB/CE nº 38.595)
Graduado em Direito pela UVA.



Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar o debate entre os juristas H.L.A. Hart e Lon L. Fuller, figuras centrais da Filosofia do Direito no século XX. A discussão é situada no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, com destaque para os desafios da validade jurídica de normas imorais, como as adotadas durante o regime nazista. A partir disso, investigar-se-á a possibilidade um sistema jurídico afastado da moralidade e quais seriam as consequências teóricas e práticas disso. A metodologia empregada é de natureza qualitativa, com enfoque hermenêutico e bibliográfico. Utiliza-se ainda a análise crítica e comparativa entre os posicionamentos, com especial atenção às noções de “regra de reconhecimento”, “fidelidade ao Direito”, “moralidade interna da lei”, e os conceitos de validade jurídica. Como resultados, o trabalho evidencia que Hart defende a separação conceitual entre Direito e Moral, sustentando que um sistema jurídico pode ser válido mesmo que injusto, desde que obedeça às regras formais estabelecidas. Já Fuller argumenta que existe uma moralidade interna ao Direito, sem a qual não há propriamente sistema jurídico. O trabalho conclui que, especialmente em contextos de violações de direitos humanos, como nas legislações autoritárias, a moralidade não pode ser excluída da análise jurídica sob pena de legitimar arbitrariedades.

Palavras-chave: Moralidade; Direito; Penumbra; Princípios; Nazismo.

Abstract

This paper aims to analyze the debate between jurists H.L.A. Hart and Lon L. Fuller, two central figures in 20th-century legal philosophy. The discussion is situated in the post-World War II context, with particular emphasis on the challenges of the legal validity of immoral norms, such as those enacted under the Nazi regime. Building on this, the study investigates the feasibility of a legal system detached from morality and the theoretical and practical implications of such a separation. The methodology employed is qualitative in nature, with a hermeneutic and bibliographic focus. A critical and comparative analysis of the authors' positions is also undertaken, paying special attention to key concepts such as the “rule of recognition,” “fidelity to law,” “internal morality of law,” and legal validity. The findings demonstrate that Hart defends a conceptual separation between Law and Morality, arguing that a legal system may remain valid even when unjust, if it adheres to formal rules. Fuller, by contrast, asserts that there exists an inherent morality within law, without which no true legal system can exist. The study concludes that, especially in contexts involving human rights violations, as seen in authoritarian legislation, morality cannot be excluded from legal analysis without risking the legitimization of arbitrariness.

Keywords: Morality; Law; Penumbra; Principles; Nazism.



INTRODUÇÃO

A relação entre moral e Direito é um dos temas centrais e perenes da Filosofia do Direito, atravessando séculos de discussão jurídica e filosófica e influenciando diretamente as práticas interpretativas e aplicativas das normas jurídicas.

O presente trabalho acadêmico pretende explorar uma dimensão específica deste vasto debate, tomando como ponto de partida o histórico e influente confronto intelectual entre Herbert Lionel Adolphus Hart e Lon Luvois Fuller, ocorrido no ano de 1958 na prestigiosa revista *Harvard Law Review*.

O debate destaca-se especialmente por confrontar duas visões profundamente divergentes acerca da validade e legitimidade dos sistemas jurídicos, notadamente, mas não unicamente, no contexto de regimes autoritários como o nazista.

Hart, enquanto defensor de uma perspectiva alinhada ao positivismo, sustenta a tese de separação entre o Direito “como ele é” (*law as it is*) e “como deveria ser” (*law as it ought to be*), alinhados também com autores proponentes do utilitarismo como Jeremy Bentham, John Austin e John Gray. Para ele, a validade jurídica decorre exclusivamente do cumprimento de critérios normativos e procedimentais específicos, sem que sejam necessárias avaliações morais para fundamentar tal validade.

Hart argumenta, portanto, que a validade das normas jurídicas, ainda que injustas ou imorais, podem ser formalmente válidas e juridicamente aplicáveis. A separação entre o Direito e a Moral permitiria, segundo ele, uma compreensão clara e precisa das questões levantadas pelas existências de leis moralmente questionáveis e do caráter específico da autoridade de uma ordem legal.

Em contrapartida, Fuller, defensor da tese do direito natural procedimental, sustenta uma visão oposta. Para este autor, a existência de uma moralidade intrínseca e procedimental é indispensável para um sistema jurídico seja reconhecido como tal. Ele defende que normas que não atendam a certos princípios fundamentais de legalidade, tais como generalidade, publicidade, clareza e possibilidade de cumprimento, perdem sua própria condição de normas jurídicas, deixando, assim, de vincular moralmente seus destinatários.

A partir dessa disputa clássica, surgem importantes questões, teóricas e práticas, especialmente no que se refere à aplicação ou validade de normas oriundas de regimes totalitários, como foi o caso das leis do Terceiro Reich. Sob essa ótica, Fuller defende que a

perversidade substancial destas normas compromete sua validade jurídica, enquanto Hart ressalta que a validade formal não depende da avaliação moral do conteúdo das normas.

A discussão também transcende o plano puramente teórico, especialmente quando confrontada com as experiências históricas reais de regimes totalitários, como o regime nazista.

Dessa forma, o objetivo central deste artigo consiste em compreender, à luz da discussão filosófica estabelecida por estes dois autores, em que medida o Direito pode ser legitimamente concebido de forma autônoma à moralidade, ou se, ao contrário, um mínimo ético e moral constitui elemento-chave e imprescindível à validade das normas e dos sistemas jurídicos contemporâneos. Propõe-se, ainda, aprofundar esta monografia o debate, e analisar suas implicações teóricas, jurídicas e morais, realizando uma revisão bibliográfica dos principais textos e argumentos desses dois autores.

O caminho foi percorrido da seguinte forma: a partir do “método” fenomenológico-hermenêutico de matriz heideggeriana, busquei investigar os autores, não como meros reprodutores de teorias estrangeiras, mas dirigi-me “às coisas mesmas”. Isso envolve um engajamento com os autores trabalhados e suas teorias, identificando suas estruturas e coerência interna, revolvendo seus respectivos chãos linguísticos e localizando suas teses e argumentos em suas devidas tradições – reconstruindo, com rigor e fidelidade interpretativa, os argumentos nos termos próprios desta pesquisa. Investigar a formação da hermenêutica jurídica no Brasil é, de certa forma, investigar a nossa própria formação enquanto juristas imersos em uma linguagem histórica.

1. O DEBATE HART E FULLER

No ano de 1957, a *Harvard Law School* recebeu, no mês de abril, a visita de um dos mais renomados juristas à época, o Professor H.L.A. Hart, para ministrar uma palestra, a *Oliver Wendell Holmes Lecture*, e expor a sua teoria positivista acerca da compreensão do que é o Direito. Hart havia sido convidado pelo então Catedrático de Jurisprudência da casa, Lon L. Fuller, à época, que esteve presente ao longo de toda a exposição

A discussão que se seguiu foi de um instantâneo e duradouro sucesso. Os dois autores trocaram comentários cáusticos, mas de grande proveito, ganhando a discussão pungência, se tornando o padrão escolástico de referência e o recurso didático fundamental para se ensinar sobre a oposição entre o positivismo legal e a teoria da direito natural.



O debate deu luz à apresentação do artigo “*Positivism and the Separation of Law and Morals*” na revista *Harvard Law School*, em fevereiro de 1958, nas páginas 593 a 629, defendendo que não há ligação necessária entre Direito e Moral. Para o autor a *lex exata* refere-se à existência factual da lei, independentemente de seu mérito, demérito ou conformidade com algum padrão moral vigente. Baseia o autor na alegação feita por Austin (1854), de que a existência da lei é uma categoria distinta de sua valoração, protestando contra o obscurecimento da fronteira entre Direito e Moral.

A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se ela é ou não é, é uma questão; se ela é ou não conforme a um padrão assumido, é outra questão. Uma lei, que de fato existe, é uma lei, mesmo que não gostemos dela, ou mesmo que ela varie do texto pelo qual regulamos nossa aprovação e desaprovação. Essa verdade, quando formalmente anunciada como uma proposição abstrata, é tão simples e gritante que parece inútil insistir nela. Mas, por mais simples e gritante que seja, quando enunciada em expressões abstratas, a enumeração dos casos em que foi esquecida preencheria um volume. (p. 184-185)

De fato, citando o jurista Oliver Wendell Holmes, conhecido “herói da jurisprudência inglesa”, cuja obra foi o objeto original da palestra de abril de 1957, Hart concorda com o magistrado estadunidense de que deve haver uma insistência entre a distinção entre Direito e Moral – entre a lei que existe e o que a lei deve ser -, o que permitiu um “novo e frutífero começo” na compreensão do Direito enquanto mecanismo de controle social. Trata-se do famoso ensaio de Oliver Wendell Homes, *The Path of Law*, de 1897, publicado também na *Harvard Law Review*.

Assim, foi publicada réplica à Hart na referida revista, nomeada sob o título “*Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*”, em também fevereiro de 1957. Em seu artigo, Fuller tece uma série de críticas à defesa do positivismo jurídico feita pelo H.L.A. Hart e a insistência na distinção entre o Direito como ele é e o Direito como ele deve ser. Embora, reconheça a contribuição de Hart para a doutrina jurídica e para a jusfilosofia, conferindo clareza e defesa às ideias utilitaristas de Austin, Grey e Bentham, bem como ao realismo jurídico de Oliver Holmes.

Fuller (1958) entende, inicialmente, há uma profunda contradição interna no argumento de Hart, questionando se a afirmação entre a lei e a moralidade simplesmente existe (um fato), ou se é algo que *deve ser* mantido e promovido para a clareza intelectual e a integridade moral.



A questão central levantada pelos dois autores, e que importa ao trabalho, é se sua responsabilidade legal deve ser governada pela lei corrente à época – uma legislação atualmente reconhecida como profundamente injusta -, ou pela lei anterior ou posterior ao regime nazista. Em suma, coloca-se de forma direta e incisiva o problema de saber se a validade da lei depende de suas credenciais como justa ou outros padrões de moralidade aceitáveis, como disse Lacey (2006).

Deste modo, Herbert Hart apresenta, por vez, seu trabalho mais famoso, em 1961, *The Concept of Law* (tradução livre: O Conceito do Direito). Na obra, apresenta o autor desenvolve a teoria do positivismo legal, defendendo a visão de que leis são regras feitas por humanos e que não há conexão necessária ou inerente entre o Direito (ou a Lei) e a Moral (ou Moralidade), na estrutura da filosofia analítica.

Assim, buscou na obra prover uma teoria descritiva sociológica, aliada à jurisprudência analítica, aplicando os recursos da filosofia analítica moderna para tentar entender a natureza das leis. Buscou abordar uma série de temas como a natureza da lei, se leis são regras, procurando inseri-las num contexto social.

Além disso, criticou a visão de autores ingleses como James Fitzjames Stephen (1874) e Lord Devlin (1959), segundo os quais a lei deve preservar a moralidade pública mesmo em condutas privadas consensuais, como no caso da criminalização da homossexualidade. Hart argumenta que tais posições falham ao não diferenciar fatos e valores, baseando-se em pressupostos morais não fundamentados e, muitas vezes, irracionais.

Assim, reforçou a separação entre o Direito “como ele é” e o Direito “como ele deveria ser”, defendendo que a validade das normas jurídicas não deve depender da moralidade, mas sim de critérios procedimentais e formais.

Hart, contudo, não ficou sem críticas. Em 1964, Lon Fuller publicou outra obra icônica, *The Morality of Law*, buscando trilhar um caminho intermediário entre o positivismo jurídico e a teoria tradicional da lei natural, afastando-se de seu formato religioso clássico, que via as leis humanas como racionalmente conhecíveis e universalmente vinculadas às “leis maiores” derivadas de Deus, como observou Summers (1984).



Em linhas gerais, Lon L. Fuller admitiu a ideia — compartilhada por alguns teóricos jusnaturalistas — de que, em certos casos, leis ou sistemas jurídicos profundamente injustos não podem ser considerados verdadeiras leis.

No terceiro capítulo de *The Morality of Law*, intitulado “The Concept of Law”, Lon L. Fuller aprofunda o debate sobre a moralidade interna da lei, situando-a no contexto das principais correntes da filosofia jurídica, em especial o positivismo e o jusnaturalismo. Este capítulo é fundamental para compreender como Fuller articula sua teoria em diálogo com autores como H.L.A. Hart, estabelecendo distinções conceituais que marcam a especificidade de sua proposta.

Ele entende, assim contestando jusfilósofos utilitaristas como Bentham, Austin e Somló que a preocupação com a principiologia interna da lei é deve ser coletiva e tem grande importância prática, e que a violação dessas premissas gerais causa grande dano ao conceito de Direito por si só.

Lon L. Fuller, em sua crítica ao positivismo jurídico, introduziu e desenvolveu o conceito de “moralidade interna do Direito.” Para o autor, a vida de uma nação habita nas moralidades internas e externas, que influenciam reciprocamente uma à outra. A deterioração de uma, frequentemente, produz a deterioração da outra. Estão tão próximas e relacionadas que “geralmente são postulados éticos aceitos que subjazem as nossas instituições legais como as principais sanções e garantem seu pleno funcionamento (Hart *apud* Lowe, 1927).”

Para Fuller, estes postulados são a chamada “moralidade da ordem”, uma tentativa do estadunidense em substituir “Direito e Moral” em “Ordem (a lei por si só) e Boa Ordem (a lei que corresponde às ideias e demandas da justiça, da moralidade e das noções do homem de como o mundo deveria ser)”, uma crítica a tentativa de Hart em ignorar a moralidade interna do Direito, necessária a criação de todas as leis. Ele, então, rejeita a teoria da interpretação estatutária de Hart sob o fundamento de que buscamos nossos objetivos em cláusulas inteiras e não no significado de palavras individuais chamadas de instâncias padrão.

Deste modo, essa moralidade não se referiria aos padrões morais substantivos ou justos do Direito, mas sim às qualidades procedurais e institucionais que um sistema jurídico deve possuir para ser considerado um sistema legal em um sentido funcional.



Os pontos chaves, então, de sua ideia de moralidade interna do Direito são de que a lei é um esforço humano, não um dado estático, mas algo que deve ser trabalhado. Isso implica que a existência de um sistema jurídico, mesmo mal ou maligno, é uma questão de grau, dependendo de quão bem ele atende aos requisitos internos de uma moralidade de ordem (Hart, 1958).

Assim, os princípios da legalidade envolvem certa coerência interna que os legisladores devem seguir para criar um sistema de regras que possa orientar a conduta humana. As regras devem ser conter: generalidade, publicidade, prospectividade, inteligibilidade, consistência, praticabilidade, estabilidade e congruência (Fuller, 1961).

Os princípios em si teriam tanta importância para o legislador quanto para um cientista, fazendo o paralelo entre as filosofias jurídicas e científicas. A própria definição de Holmes não fugiria da definição da teoria dos conceitos operacionais de Bridgeman (1927), ido de encontro contra a ideia de que tudo fora do Direito seria meta-jurídico, proferida por Hans Kelsen (Fuller, 1961).

Para Lon Fuller, a completa e reiterada violação de qualquer dos princípios fundamentais da legalidade não conduz apenas à criação de uma “lei ruim” ou imperfeita, mas representa, em sentido estrito, o fracasso em estabelecer algo que possa ser propriamente denominado de lei. Os famosos oito princípios de Fuller sua ideia central. Essa moralidade interna é indispensável para que o direito seja, de fato, um empreendimento racional voltado a guiar e estruturar a conduta humana. É essa dimensão procedimental e institucional que assegura a eficácia, a integridade e, sobretudo, o sentido prático do sistema jurídico.

Fuller distingue cuidadosamente a moralidade interna do direito da moralidade substancial, tradicionalmente associada ao jusnaturalismo. Enquanto aquela se refere aos requisitos formais e procedimentais sem os quais a própria ideia de sistema jurídico se desfaz, esta última aponta para fins materiais de justiça ou valores éticos universais. Com isso, Fuller se opõe à concepção positivista que defende a completa separação entre direito e moralidade, sustentando que a moralidade interna do direito – ainda que estritamente processual – infunde o sistema jurídico com qualidades morais inegáveis, como a justiça processual, a previsibilidade e a possibilidade de orientação legítima dos comportamentos.

Assim, ao conceber a lei como um “empreendimento proposital”, Fuller enfatiza que ela não é mero produto de imposição ou de exercício de poder social, mas um esforço intencional de orientar, coordenar e limitar a ação humana dentro de certos parâmetros de racionalidade, clareza e equidade. O direito só existe enquanto realiza, minimamente, essa finalidade de guiar a conduta, pois um sistema que viola de modo sistemático sua moralidade interna converte-se em mera fachada de legalidade – um simulacro destituído de legitimidade.

Portanto, para o estadunidense, a moralidade e o direito se relacionam de modo múltiplo: desde os fundamentos éticos que orientam os objetivos da lei (o que chama de “moralidade do dever” e “moralidade da aspiração”) até as exigências formais e procedimentais que tornam possível a própria existência de um sistema jurídico. A moralidade interna do direito não apenas confere eficácia prática às normas, mas é condição necessária para que o direito possa ser reconhecido, respeitado e obedecido como tal em uma sociedade civilizada.

Talvez possam parecer exigências óbvias, uma vez que os princípios da generalidade e publicidade aparecem em qualquer sistema jurídico democrático. É precisamente por ser óbvio, que Fuller (1961) entende que essa obviedade pode obscurecer sutilezas e levar à crença de que nenhuma análise cuidadosa da matéria é necessária ou mesmo possível.

Como um sistema jurídico é parte do esforço humano de tornar elementaridades da vida cotidiana em suas condições de existência como auto-evidentes, não se deve tomar as considerações fullerianas como platitudes.

Assim, ser leniente a banalização dos requisitos mínimos que conferem caráter de juridicidade a um sistema, ou seja, aceitar a ideia de que a mera organização em torno de prescrições e proibições a serem identificadas e aplicadas pelas autoridades daquele sistema, e nada mais que isso, faz com que corramos o risco de ser complacentes com regimes ditatoriais, que assim como o nazismo, desrespeitam os princípios mínimos da legalidade que dão forma à autoridade da lei.

2. A ZONA DE PENUMBRA

Hart desenvolveu a noção de “zona de penumbra” para explicar os limites da linguagem normativa. Para ele, toda norma possui um núcleo de certeza (*core of settled meaning*), que abrange os casos centrais de aplicação, e uma zona de penumbra (*penumbra of doubt*), que

corresponde às situações dúbias em que a regra não é suficientemente precisa. Um exemplo clássico dado por Hart é o da lei que proíbe “veículos em parques”: é indiscutível que automóveis estão incluídos, mas surgem dúvidas sobre bicicletas, carrinhos de bebê ou outros objetos que poderiam se enquadrar na definição. Nessas hipóteses, caberia ao juiz, no exercício da discricionariedade, decidir se a conduta se enquadra ou não na norma, ainda que tal decisão não derive de um raciocínio puramente lógico.

Hart chama esses problemas interpretativos de “casos de penumbra”, ressaltando que eles estão sempre presentes na atuação dos operadores do Direito, seja em questões simples, como a regulação de estacionamento em um parque público, seja na aplicação de normas constitucionais. Diferentemente dos realistas jurídicos, Hart não defende que esses casos sejam irracionais, mas reconhece que a dedução lógica não basta para solucioná-los. A racionalidade das decisões, portanto, não está em uma relação lógica fechada entre premissas, mas em fundamentos sólidos que considerem objetivos sociais, sem que isso necessariamente implique recorrer à moralidade como justificativa. Para Hart, a existência de um núcleo central de significado e autoridade nas regras jurídicas é essencial, e a ênfase excessiva nos casos de penumbra poderia fragilizar a estrutura do Direito, assim como o formalismo jurídico se mostrou insuficiente na tradição inglesa. Ele alerta que enfraquecer a distinção entre Direito e Moral levaria à falsa impressão de que todas as normas estariam sempre abertas à reinterpretção política, prejudicando a estabilidade normativa.

Fuller, por sua vez, contrapôs-se à visão de Hart, argumentando que os problemas de interpretação não decorrem apenas da linguagem, mas do propósito das leis. Ele questiona, por exemplo, se o caminhão militar exposto como monumento em um parque estaria proibido pela regra sobre veículos, ou se uma norma que veda dormir em estações de trem poderia ser aplicada para punir um passageiro que apenas cochilasse enquanto aguardava. Fuller critica a aplicação mecânica de normas e sustenta que a fidelidade ao Direito exige considerar não apenas a literalidade dos enunciados, mas também sua função social e moral. Para ele, a interpretação só é legítima se alinhada à moralidade interna do Direito, representada pelos seus oito princípios — generalidade, publicidade, prospectividade, clareza, não contradição, possibilidade de cumprimento, estabilidade e congruência entre normas e aplicação. Essa perspectiva ressalta que um sistema jurídico sem moralidade interna não seria verdadeiramente Direito, especialmente em contextos de regimes autoritários, onde leis formalmente válidas podem legitimar arbitrariedades.

Assim, o debate entre Hart e Fuller não se restringe a técnicas de interpretação, mas reflete diferentes concepções de legitimidade jurídica. Hart defende que a validade das decisões se mantém desde que observados os limites do ordenamento positivo, mesmo que haja discricionariedade. Fuller, ao contrário, vê a moralidade interna como requisito essencial para a racionalidade e previsibilidade do sistema jurídico. A discussão evidencia uma tensão permanente entre a segurança formal das normas e a necessidade de fundamentação ética no Direito, revelando que a simples distinção entre Direito e Moral, defendida por Hart, não encerra todas as complexidades interpretativas presentes na prática jurídica.

3. A LEI INJUSTA AINDA É UMA LEI – O CASO DO SISTEMA JURÍDICO NAZISTA

A partir do ano de 1933, sob o regime nazista, de forma gradual, as pessoas começaram a ser sentenciadas por tribunais simplesmente por motivos esdrúxulos, por criticarem o governo. Nesses casos, a escolha da pena podia ser guiada exclusivamente pela necessidade de manter a tirania estatal de forma eficaz. O objetivo maior era aterrorizar a população em geral e manter amigos e familiares do acusado em constante suspense, de modo que esperança e medo se combinassem como instrumentos de submissão. O réu, assim, era objetificado e utilizado apenas para esse fim.

Em contraste com uma decisão meramente mecânica, este tipo de *decisum* atacada pelos detratores do utilitarismo e realismo jurídico, a decisão tomada nesses termos era deliberada e orientada por um propósito específico e, sob certa perspectiva, era exatamente como deveria ser para o sistema em questão, fato apontado por Hart.

Por isto, na defesa da distinção utilitarista entre Direito e Moral (Hart, 1958, p. 23), o autor inglês discute se, diante de casos duvidosos ou situados na penumbra, seria adequado abandonar a distinção entre as duas formas de controle social formulada por Bentham e Austin. Argumenta que, embora seja possível, de fato, incluir objetivos sociais e políticos — como ocorreu no caso do nazismo — é preferível manter essa distinção, pois ela ressalta que o núcleo de significado fixo das regras é essencial para a própria existência do Direito, o que implicaria a garantia de segurança institucional.

Após a experiência com o regime nazista, que evidenciou o mal moral presente no sistema legal, um dos pensadores alemães mais proeminentes, Gustav Radbruch — até então



adepto do pensamento positivista — passou a criticar fortemente a separação entre Direito e Moral defendida pelos utilitaristas anteriormente mencionados. Para o autor, a existência de leis moralmente perversas foi o fator determinante para sua mudança de posição.

Radbruch coloca em xeque a visão utilitarista acerca do Direito, uma vez que o argumento central dos pensadores ingleses reside na importância de distinguir o Direito “como ele é” do Direito “como ele deve ser”, com o intuito de apontar exatamente o que constitui uma lei — uma espécie de tautologia asseguradora, que, no entanto, não afasta a possibilidade de existirem leis formalmente corretas, mas moralmente inaceitáveis.

Radbruch, teórico da época de Weimar, após 1945 passou a argumentar que o positivismo jurídico, com sua máxima de que “a lei é a lei”, tornou os profissionais do Direito na Alemanha incapazes de reagir a atos normativos arbitrários e criminosos (Medeiros et al., 2025, p. 5). De acordo com Radbruch (2006), o positivismo seria incapaz de distinguir as leis a partir do seu conteúdo, fazendo com que a existência da lei fosse definida exclusivamente pela questão do poder.

Fuller (1958), enquanto crítico proeminente da ligação entre o positivismo jurídico e o nazismo, sustenta que essa abordagem positivista contribuiu para a ascensão do regime e para o fracasso do sistema jurídico alemão. Segundo ele, ao defender a separação estrita entre Direito e Moral, preparou-se o terreno para que os juristas alemães aceitassem como lei qualquer ato formalmente denominada “lei”, desde que devidamente publicado pelo governo. Ao banir qualquer consideração moral do sistema jurídico germânico, o positivismo teria facilitado a aceitação, tanto teórica quanto prática, de leis arbitrárias e criminosas.

Radbruch (2006) acreditava, antes de sua mudança de posição diante dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e do Terceiro Reich, que a resistência a leis injustas era uma questão de consciência individual, não podendo a validade de uma lei ser contestada simplesmente por ser moralmente perversa. Austin (1854), em sintonia com essa perspectiva, argumentava que leis continuam sendo válidas mesmo se contrariem princípios morais ou divinos, pois os tribunais as aplicam sempre que são formalmente válidas.

As leis mais perniciosas e, portanto, aquelas que mais se opõem à vontade de Deus, foram e são continuamente aplicadas como leis por tribunais judiciais. Suponha que um ato inócuo, ou positivamente benéfico, seja proibido pelo soberano sob pena de



morte; se eu cometer esse ato, serei julgado e condenado, e se eu contestar a sentença, dizendo que ela é contrária à lei de Deus... o tribunal de justiça demonstrará a inconclusividade do meu raciocínio - enforcando-me, em conformidade com a lei cuja validade impugnei. Uma exceção, exceção ou alegação, fundada na lei de Deus, nunca foi ouvida em um Tribunal de Justiça, desde a criação do mundo até o momento presente. (Austin, 1854, p. 185)

Assim, tanto Radbruch, antes de sua conversão, quanto Austin defendiam que o Direito e a Moral são esferas separadas: o fato de uma lei ser injusta não retira, por si só, a sua validade jurídica. Hart (1958, p. 26) aponta que Bentham e Austin, ao separar o ser e o dever-ser do Direito, reconheciam que, diante de leis iníquas, haveria uma obrigação moral clara de resistir e não obedecer. Nessa perspectiva, haveria um dilema humano real, mas que oferece um argumento válido: mesmo no positivismo clássico, não se ignora totalmente a Moral em situações extremas.

Em contraposição, Radbruch (2006), influenciado pelos abusos cometidos sob o regime nazista e pela passividade dos profissionais do Direito diante das leis imorais, revisou sua posição. Passou a defender que princípios fundamentais da moralidade humana integram o próprio conceito de Direito, de modo que nenhuma lei pode ser válida se contrariar esses princípios. Assim, juízes e advogados devem recusar estatutos gravemente imorais, não apenas por serem injustos, mas por serem destituídos de natureza jurídica.

Para o autor alemão, o slogan positivista “a lei é a lei” (*Gesetz ist Gesetz*), além de ilustrar a subserviência do povo alemão à mera lei, foi a prova da falha do profissionalismo legal germânico e de que o positivismo contribuiu para os horrores da Segunda Guerra.

Fuller (1958) destaca que, embora seja um mérito central de Hart trazer a questão da fidelidade ao Direito para o debate, existe uma falha em não perceber e não aceitar as implicações dessa ampliação do tema. Essa deficiência permeia todo o ensaio “*Positivism and Fidelity to Law*” de Hart, em especial sua análise do pensamento de Gustav Radbruch, um dos expositores mais sensíveis acerca do Direito alemão à época.

Hart, de fato, reconhece a legitimidade e o apelo de Radbruch para que a consciência jurídica alemã se abra à exigências da moralidade, lamentando que essa abertura tenha sido rara na tradição alemã. No entanto, o autor critica a ideia — que considera ingênua — de que a insensibilidade moral e a obediência cega ao poder estatal dos alemães decorreriam apenas da

crença de que uma lei pode ser válida mesmo sendo imoral. Para ele, o caso alemão deveria inspirar uma análise profunda (Hart, 1958, p. 27) sobre o motivo de o tema “lei é lei” ter adquirido um significado sinistro na Alemanha, enquanto em outros contextos, como o do utilitarismo inglês, tal distinção coexistiu com posturas liberais.

Hart sugere, ainda, que há algo mais preocupante no argumento de Radbruch: uma supervalorização do simples fato de uma norma ser considerada válida, como se isso resolvesse, por si só, a questão moral de sua obediência.

O verdadeiro espírito liberal, conforme argumenta o texto, reconhece que a expressão “lei é lei” não encerra a discussão — o Direito não é a Moral e não deve substituí-la. Portanto, a distinção deve ser mantida, ainda que se reconheça a tensão inerente entre essas esferas.

De fato, após a Segunda Guerra Mundial, os tribunais alemães passaram a aplicar a concepção de Radbruch, utilizando o próprio princípio moral do humanitarismo para invalidar leis nazistas e punir crimes cometidos sob o regime, mesmo quando tais atos não eram considerados ilegais pela legislação vigente à época. Esses casos demonstram, na prática, a possibilidade e os desafios de revisar a relação entre o Direito e a Moral (Friedmann, 1953, p. 457).

Lon Fuller (1958), ao abordar a visão de Hart, entende que o inglês pressupõe, sem investigar o funcionamento do sistema jurídico vigente durante o nazismo, que ainda existiria ali algo que pudesse ser chamado de válido ou mesmo de “Direito”, de modo a tornar legítima a discussão sobre a fidelidade às leis naquele período. Fuller critica esse ponto ao compreender que Hart não defende que as leis nazistas deveriam ser obedecidas, mas entende que a decisão de as desobedecer configurava um autêntico dilema moral, em que a fidelidade à lei precisaria ser sacrificada em prol de valores mais fundamentais. Para o autor norte-americano, contudo, seria imprudente emitir tal juízo sem analisar, com rigor, o que realmente significava o “Direito” sob o regime do Terceiro Reich.

Fuller destaca que Hart se alinha a pensadores como Bentham, Austin, Gray e Holmes, mesmo reconhecendo que cada um deles concebe o Direito de maneira bastante distinta — o que é real, já que mesmo dentro do utilitarismo e do realismo jurídico há correntes muito próprias. Para Hart (1958), essas divergências não parecem comprometer sua escola nem a defesa do pensamento que apresenta.



No entanto, o autor inglês observa que, se a única preocupação fosse estipular uma definição clara e funcional para a palavra “Direito”, seria justificável tratar todas essas concepções como alinhadas. Tanto a definição de Austin, que compreende a lei como comando do soberano, quanto a de Gray, que vê o Direito como resultado das decisões judiciais, ajudam a evitar a confusão entre Direito e Moral, desde que seus significados sejam explicitados.

Todavia, Fuller (1958, p. 6) assinala que a questão se torna muito mais relevante quando o foco muda para a fidelidade ao Direito. Nesse contexto, a posição atribuída ao Poder Judiciário no sistema de governo assume papel fundamental. Ele ilustra essa importância ao mencionar discussões contemporâneas sobre o papel da Suprema Corte e o impacto que diferentes concepções do Direito podem ter nesses debates. Para alguns, abolir a Suprema Corte ou as instâncias superiores seria o primeiro passo para a restauração do Direito — o que se opõe frontalmente às ideias de Austin e Gray, evidenciando uma perversão das concepções desses autores.

Assim, pode-se perceber que a definição adotada para a palavra “Direito” não é meramente teórica, mas pode ter implicações práticas profundas sobre a estrutura e o funcionamento das instituições jurídicas.

Destaca-se, ainda, que Bentham e Austin, pensadores eminentemente positivistas defendidos por Hart, apresentavam divergências fundamentais. Bentham admitia que uma constituição poderia restringir o poder do órgão legislativo máximo, enquanto Austin considerava inconcebível a existência de qualquer limite à autoridade suprema. Essa diferença ilustra a relevância desse debate ao questionar como cada teórico orientaria a consciência em situações de crise constitucional, como aquela prevista na Constituição dos Estados Unidos, sobre a representação igualitária dos estados no Senado, ou mesmo na brasileira.

Dessa forma, a fidelidade ao Direito não se restringe ao cotidiano, sendo essencial também em momentos de crise, nos quais a clareza se faz ainda mais necessária. Hart (1958) aponta que, se a única lição da escola positivista for a de que o Direito é sempre algo distinto da Moral, independentemente de como o definamos, tal ensinamento se revelaria insuficiente para orientar em tempos conturbados. Portanto, especialmente a tese hartiana mostra-se incompleta diante de desafios éticos e constitucionais.



Deve-se lembrar do professor Karl Llewellyn, mencionado por Hart, em sua obra *The Bramble Bush*, afirma que aquilo que os oficiais fazem é a própria lei, mesmo em situações de incerteza, e que as regras são importantes até mesmo para prever o comportamento dos juízes (1930, p. 3). Todavia, em retratação feita na segunda edição de seu livro, como mencionado pelo professor inglês, (1951, p. 9), reconhece que empregou "palavras infelizes, quando não estavam completamente desenvolvidas, e são, na melhor das hipóteses, uma declaração muito parcial de toda a verdade [...] Um ofício da lei é controlar seus funcionários em alguma área e orientá-los [...] onde nenhum controle completo é possível ou desejado. [...] As palavras não levam em conta adequadamente o ofício da instituição do Direito como instrumento de modelagem consciente [...]”.

4. O CASO DA MULHER DO OFICIAL

Em 1944, uma mulher, desejando livrar-se do marido, denunciou-o às autoridades pelas palavras insultuosas que ele proferira contra Hitler enquanto estava em casa, de férias do exército alemão (Alemanha, 1950). A esposa, sem qualquer dever legal aparente de relatar tais atos, informou às autoridades sobre a suposta violação de estatutos que proibiam declarações perniciosas ao governo do Terceiro Reich ou condutas que pudessem prejudicar a defesa militar do povo alemão. O marido foi preso e sentenciado à morte, aparentemente com base nesses estatutos, embora não tenha sido executado, mas sim enviado ao front.

Em 1949, a esposa foi denunciada perante uma corte da Alemanha Ocidental, acusada do crime de “privar uma pessoa de sua liberdade” (*rechtswidrige Freiheitsberaubung*). Essa conduta era punida pelo Código Penal Alemão de 1871, vigente desde sua promulgação. A esposa alegou que a prisão de seu marido fora realizada em conformidade com os estatutos nazistas então em vigor e, portanto, não teria cometido crime algum.

A corte de apelação, à qual o caso foi distribuído, acabou por considerá-la culpada de ter causado a privação da liberdade do marido ao denunciá-lo às autoridades, mesmo que ele houvesse violado um estatuto contrário à consciência e ao senso de justiça humana. Essa fundamentação, narra Hart (1958, p. 28), foi utilizada em diversos casos e foi celebrada como um triunfo das doutrinas do jusnaturalismo e da derrota do positivismo.



Hart, porém, levanta dúvidas quanto à sabedoria dessa decisão, expressando insatisfação com a punição imposta à mulher por um ato considerado extremamente imoral, ressaltando que tal resultado só foi obtido ao se declarar sem efeito uma lei de 1934. Ele argumenta que, embora a legislação penal retroativa seja odiosa, adotá-la de maneira transparente teria ao menos o mérito da honestidade, deixando claro o dilema moral enfrentado: punir o crime e comprometer um princípio jurídico fundamental ou preservar o princípio e deixar a injustiça sem resposta.

O autor defende que dilemas morais devem ser enfrentados e reconhecidos como tais, e não mascarados por interpretações que fingem a possibilidade de coexistência harmoniosa de todos os valores em conflito. Assim, deveria-se optar entre deixar a mulher impune — o que poderia ser moralmente reprovável — ou admitir explicitamente a necessidade de criar uma lei retroativa para puni-la, reconhecendo abertamente o custo moral dessa escolha.

Hart (1958) destaca que a honestidade moral exige reconhecer e enfrentar os dilemas éticos como tais, assumindo que, em certas situações, a vida nos força a escolher entre dois males. O autor defende que é preferível admitir abertamente o sacrifício de um princípio — como o da não retroatividade da lei penal — a mascarar o conflito real envolvido nessas decisões difíceis, pois esconder o dilema leva a ilusões sobre a possibilidade de conciliar todos os valores sem qualquer concessão.

Por fim, o texto alerta contra a tendência de tratar problemas éticos profundos como se fossem casos comuns, sugerindo que há insinceridade em qualquer formulação que tente harmonizar todos os valores em um único sistema perfeito. O reconhecimento franco dos dilemas morais é fundamental para evitar soluções simplistas ou ilusórias em questões jurídicas e éticas complexas, conforme expresso na frase: “All Discord Harmony not understood All Partial Evil Universal Good”, de Alexander Pope.

Ao comentar o caso, Fuller (1958) aborda como os estatutos militares de 1934 e 1938, uma legislação abrangente sobre crimes de guerra, tratavam crimes como incitação pública à recusa do serviço militar e ações destinadas a minar a resistência nacional.

As seguintes pessoas são culpadas de destruir o poder nacional de resistência e serão punidas com a morte: Quem publicamente solicitar ou incitar a recusa ao cumprimento das obrigações de serviço nas forças armadas da Alemanha, ou nas forças armadas aliadas à Alemanha, ou quem de outra forma publicamente procurar ferir ou destruir a vontade do povo alemão ou de um povo aliado de se afirmar firmemente contra seus inimigos. (Alemanha, 1939)



O autor americano problematiza se, à luz dos padrões jurídicos atuais, seria concebível considerar as declarações do marido à esposa — uma pessoa sem função militar — como violação dessa lei. Destaca-se que a norma integrava um contexto de repressão a crimes militares específicos, levantando a questão de até que ponto os princípios interpretativos dos tribunais do regime de Hitler deveriam ser levados em conta para determinar se as declarações do soldado eram realmente ilícitas.

Fuller (1958) aprofunda ainda mais a análise sobre a aplicação das leis nazistas ao caso do soldado, observando que a legislação mencionada previa punição apenas para atos ou declarações públicas, enquanto os comentários do marido ocorreram em âmbito privado. Entretanto, destaca que os tribunais nazistas, especialmente os tribunais militares, frequentemente ignoravam essa limitação e estendiam a aplicação da lei para incluir também manifestações privadas. O autor questiona se, diante desse histórico de interpretação judicial distorcida, seria correto considerar que o significado legal do estatuto deve ser determinado segundo tal princípio, aplicado de modo uniforme pelo regime.

Para Fuller (1958), um sistema que se autodenomina Direito, mas é marcado por uma desconsideração geral dos juízes em relação aos próprios termos legais que deveriam defender; um sistema que, para corrigir suas próprias irregularidades — até mesmo as mais graves —, recorre a estatutos retroativos, ou, muitas vezes, a incursões terroristas nas ruas, sem que ninguém se atreva a desafiar, para escapar das poucas e frágeis restrições impostas por uma pretensa legalidade, caracteriza, de fato, uma ditadura.

Não é, portanto, estranho que Radbruch, como jurista formado em uma geração que repetia o mantra “a lei é a lei”, quisesse escapar dessa visão do Direito por meio da ideia de uma “lei maior”. Assim, essas noções de uma lei superior surgiram de um alarme justificável, não sendo má ideia chamá-las de um fruto tardio do próprio positivismo jurídico.

Hart não nega a relevância da moralidade para o Direito, mas entende que discutir se essa relação é lógica ou apenas factual é mais um exercício filosófico do que prático. Para ele, o essencial é reconhecer que a busca por justiça orienta a interpretação das normas e influencia a legitimidade dos sistemas jurídicos, assim como a razão pela qual as pessoas obedecem ao Direito. Essa visão dialoga com Austin, que já afirmava que as noções morais são inerentes à natureza humana.

CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, foi possível demonstrar que o debate entre Herbert Hart e Lon Fuller, longe de ser mera querela doutrinária, representa um dos pontos mais altos da reflexão filosófica sobre o direito no século XX. Ao colocar em confronto a teoria positivista de Hart — centrada na separação entre direito e moral — com a proposta de Fuller — que defende uma moralidade interna indispensável à própria existência do direito — o estudo evidenciou o quanto esta tensão permanece atual e relevante para a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo.

Herbert Hart, fiel ao projeto do positivismo jurídico, sustenta que a validade das normas reside em critérios formais e procedimentais, sintetizados em sua teoria da “regra de reconhecimento”. Para Hart, a moralidade, embora importante como crítica externa, não integra o conceito de direito propriamente dito. Essa perspectiva busca garantir segurança jurídica e previsibilidade, ainda que a custo de admitir a validade de leis injustas, caso estas obedeçam aos procedimentos instituídos.

Por outro lado, Lon Fuller aponta para os limites e perigos de um formalismo desprovido de conteúdo ético. Seu conceito de moralidade interna, alicerçado nos princípios da legalidade — tais como generalidade, publicidade, clareza, possibilidade de cumprimento, entre outros — opera como salvaguarda contra a transformação do direito em instrumento de opressão. Fuller argumenta que a ausência desses princípios esvazia o próprio sentido de juridicidade, levando a situações em que leis deixam de ser direito, apesar de sua aparência formal.

A análise do contexto dos regimes totalitários, especialmente do nazismo, revela as consequências trágicas da separação radical entre direito e moralidade.

Assim, o ideário de Fuller evidencia a necessidade de se exigir, para além da conformidade formal, um mínimo de integridade moral no funcionamento do sistema jurídico. O direito, para cumprir seu papel civilizatório, não pode ser apenas um mecanismo de comando e controle, mas deve atuar como uma ordem normativa fundada em valores éticos compartilhados. O desafio contemporâneo é equilibrar previsibilidade e justiça, sem cair na armadilha do decisionismo ou do legalismo cego.

A experiência constitucional brasileira, marcada pela centralidade de princípios como dignidade da pessoa humana, justiça e razoabilidade, confirma a atualidade do debate. O



Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar dilemas entre legalidade estrita e justiça material, frequentemente recorre à ponderação de valores e princípios, evidenciando que a moralidade interna do direito, defendida por Fuller, é pressuposto da legitimidade das decisões judiciais. Isso demonstra que o legado desse embate ultrapassa as fronteiras da teoria e impacta diretamente a prática forense.

Em conclusão, o diálogo entre Hart e Fuller nos ensina que a busca pela justiça exige uma vigilância constante sobre os fundamentos éticos do direito. O desafio de proteger a ordem jurídica sem renunciar à dignidade e da consciência moral permanece vivo, sobretudo em sociedades marcadas por incertezas e riscos de regressão autoritária. Cabe ao jurista, ao legislador e ao intérprete do direito manter acesa a chama da reflexão crítica, conscientes de que a verdadeira legitimidade das normas repousa, ao fim, sobre a convergência entre forma e valor, entre legalidade e justiça.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of Positive Law*. 13. ed. Londres: John Murray, 1920.

AUSTIN, John. *The providence of jurisprudence determined*. 2. ed. Londres: John Murray, 1854.

BENTHAM, Jeremy. *The Collected Works of Jeremy Bentham*. 1ª ed. Oxford, Clarendon Press, 1999.

FRIEDMANN, Wolfgang. *Legal Theory*. Londres: Steven and Sons Limited, 1960.

FULLER, Lon L. *Human purpose and law*. Cambridge, Journal of Philosophy, v. 53, 1958, p. 68-757.

FULLER, Lon L. *Positivism and fidelity to Law: a reply to Professor Hart*. Harvard Law Review, Cambridge, v. 71, n. 4, 1958, p. 630-672.

HART, H. L. A. *Positivism and the separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, Cambridge, v. 71, n. 4, 1958, p. 593-629.

HART, H. L. A. *The concept of Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1961.

HOWE, Mark D. *The Positivism of Mr. Justice Holmes*. Cambridge, Harvard Law Review, v. 64, n. 4, fev. 1951, p. 529-546.



LACEY, Nicola. *A life of H.L.A. Hart: the nightmare and the noble dream*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush and our law and its study*. Nova Iorque: Oceana Publications, 1930.

MEDEIROS, Andréia Neiva. *Positivismo e o regime nacional-socialista: influências na ascensão e pós-queda do nazismo*. São Paulo: Duc in Altum, 2025.

RADBRUCH, G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 26, n. 1, 2006, p. 1-11.

RADBRUCH, Gustav. *A filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

