

Do conceito ao império do direito: o debate Kramer-Postema

From the concept to the rule of law: the Kramer-Postema debate

Gilberto Morbach Júnior¹

Universidade de São Paulo (USP/Brasil)
gilbertomorbach@gmail.com

Resumo

Este ensaio apresenta um importante debate na teoria do direito contemporânea: o debate entre Matthew Kramer e Gerald Postema, sobre as condições para a existência do direito propriamente dito, como um sistema distintivo de governança, e as exigências da legalidade. Uma vez que o debate gravita em torno de algumas das teses apresentadas por Lon Fuller em *The Morality of Law*, o artigo também busca apresentá-las em linhas gerais, defendendo aquela que parece ser sua interpretação mais adequada. Com isso, à luz da proposta de Fuller — contextualizada e corretamente compreendida —, o artigo busca articular uma defesa dos argumentos de Postema acerca da existência e do império do direito.

Palavras-chave: Lon Fuller, Gerald Postema, Matthew Kramer, *Rule of Law*.

Abstract

In this essay, my main goal is to present an important debate in contemporary jurisprudence: the debate between Matthew Kramer and Gerald Postema about the conditions for law itself to exist as a distinctive system of Governance and the demands of legality. Since the debate resonates some of the theses that were first presented by Lon Fuller in *The Morality of Law*, I also seek to present them in general terms and then defend

¹ Pesquisador de pós-doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Doutor em Direito, summa cum laude, como bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pesquisador visitante no Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy (CFLPP), como bolsista do Programa PDSE da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), na Universidade de Cambridge. Mestre em Direito Público, summa cum laude, como bolsista do CNPq na Unisinos. Membro fundador (com José Reinaldo de Lima Lopes) do Núcleo Direito Justiça (FD-USP). Membro fundador (com José Reinaldo de Lima Lopes, Stefano Berdea, Angela Condello e Alessio Lo Giudice) do Seminário Permanente de Filosofia do Direito USP/UniMe, em parceria com a Universidade de Messina. Membro da Iris Murdoch Society. Tradutor. Advogado. Faculdade de Direito da USP, Departamento de Filosofia do Direito, Largo São Francisco, Sé, CEP 01005010 - São Paulo, SP, Brasil.

what seems to me to be their best, most adequate interpretation. This way, drawing precisely upon Fuller's work — contextualised and correctly understood —, I seek to articulate a defence of Postema's arguments about the existence and rule of law.

Keywords: Lon Fuller, Gerald Postema, Matthew Kramer, *Rule of Law*.

Introdução: Lon Fuller e a moralidade do direito

Concluindo suas reflexões sobre o debate entre Lon Fuller e H.L.A. Hart,² Jeremy Waldron (2008, p. 1169) disse esperar que filósofos do direito considerassem válida a empreitada de “continuar, talvez de forma mais profícua, as considerações de Fuller quanto às conexões entre o conceito e o império do direito” — entre o direito, enquanto fenômeno, e o *rule of law*, a própria ideia de legalidade. Penso que Waldron tem razão, tanto com relação à importância da agenda quanto à ideia de Fuller tê-la adiantado de forma pioneira. Nesse sentido, três são meus objetivos principais aqui. O principal é (1) apresentar, em língua portuguesa, o recente debate entre Matthew Kramer e Gerald Postema sobre a existência e o império do direito — um debate que gravita exatamente em torno de elementos que foram originalmente propostos por Lon Fuller. Um segundo objetivo, pelo qual começo para então apresentar o debate Kramer-Postema, é exatamente o de (2) delinear as considerações de Fuller sobre a moralidade interna do direito — e articulando e oferecendo aquela que me parece ser a melhor leitura dessas considerações. Ainda, pretendo (3) recuperar, reivindicar essa que me parece ser a leitura mais adequada de Fuller para, a partir daí, apresentar uma defesa dos argumentos de Postema acerca do direito e do império da lei, à luz de outros *insights* e debates atuais na teoria do direito.

É em *The Morality of Law* que Fuller vai enfim desenvolver de forma mais direta aquilo que já havia mencionado, no debate com Hart, ao tratar sobre os conceitos de ‘ordem’ e ‘boa ordem’: a moralidade interna do direito, constituída por princípios de legalidade, internos à própria prática, sem os quais o direito não é capaz de exercer adequadamente as formas e o propósito distintivos que lhe definem como ‘direito’. A tese já é conhecida (e amplamente contestada): a partir de uma metáfora contrafactual, de um rei incapaz de exercer seu reinado adequadamente, Fuller defende a tese de que é possível estabelecer oito princípios que, tomados em seu conjunto, são constitutivos da ‘moralidade que torna o direito possível’. Para Fuller, se as leis (ou, melhor dizendo, normas) de um sistema que se pretende jurídico não forem (i) gerais, (ii) públicas, (iii) prospectivas (isto é, não retroativas), (iv) inteligíveis, (v) consistentes umas com as outras (isto é, não contraditórias), (vi) praticáveis (isto é, se seus comandos ou instruções ou orientações forem impassíveis de exercício prático), (vii) estáveis e, finalmente, se não houver (viii) congruência entre a lei (norma) tal como anunciada/disposta/declarada e sua posterior administração por parte do Estado, não

² O debate se deu nas páginas da *Harvard Law Review* no fim da década de 1950. Ver Hart, 1958, e a réplica de Fuller em Fuller, 1958.

podemos falar em um sistema *jurídico* (Fuller, 1969, pp. 33-94).

A tese, como dito, já é tão conhecida quanto contestada: várias são as respostas a Fuller — incluindo aí, sobretudo, o também célebre contra-argumento *hartiano* da ‘moralidade interna do envenenamento’, no sentido de que a eficácia dos propósitos de uma atividade não são capazes de atribuir a ela, por si só, uma moralidade intrínseca³ (daí por que os princípios de legalidade, mesmo que verdadeiros enquanto condição de possibilidade para um sistema jurídico, não provariam a inseparabilidade entre as esferas do direito e da moralidade). De todo modo, antes de uma discussão substantiva sobre as implicações desse debate à parte, um passo fundamental na reconsideração do legado de Fuller inclui a devida contextualização da tese da moralidade interna: fora de seu contexto, ela perde muito de sua força. A ideia desta seção, portanto, é exatamente a de destacar alguns aspectos e elementos presentes em *The Morality of Law* sem os quais a tese de Fuller fica invariavelmente incompleta.

A primeira coisa a se destacar é que não é por acaso que, logo após a metáfora e a elaboração dos oito princípios, Fuller (1969, p. 39) reivindica o sociólogo Georg Simmel para dizer que “existe um tipo de *reciprocidade* entre governo e cidadão no que diz respeito à observância das regras”. Sem a ideia de *reciprocidade*, sem uma concepção *horizontal* de direito, é impossível compreender a profundidade e o alcance do argumento da moralidade interna do direito. Nesse sentido, há a leitura de Kristen Rundle, no sentido de que não só *The Morality of Law* “dá expressão a uma teoria distintiva do direito que toma a forma do direito como ponto de partida”, explorando “as relações, e as *responsabilidades*, de legislador e cidadão no contexto dessa[s] forma[s]”, a obra também articula “um *ethos* de produção do direito que dá expressão prática à ideia moralmente significativa que distingue o império do direito do império dos homens: um compromisso interno, inegociável, de respeito ao sujeito [destinatário do direito] enquanto agente” (Rundle, 2012, p. 116).

Responder à tese dos oito princípios de legalidade respondendo *apenas aos oito princípios*, em abstrato, ou disputar a densidade moral desses princípios, significa perder de vista a concepção de direito mais ampla que informa a tese de Fuller como um todo: uma concepção horizontal de direito baseada em responsabilidades morais recíprocas, estabelecidas em primeiro lugar exatamente pelo tipo de leitura que Fuller tem do fenômeno.

Daí por que insisto na ideia de que Fuller não será plenamente compreendido sem que se tenha sempre como pano de fundo a premissa da reciprocidade. Entendido como projeção vertical de autoridade, e como um sistema cuja plena existência não envolve *considerações* morais, o direito fica muito mais próximo de uma outra forma de ordenação social, chamada por Fuller de ‘*managerial direction*’ — algo como ‘controle gerencial’, em tradução livre. Tanto o direito quanto esse sistema de comando e controle envolvem a coordenação das atividades humanas e algum tipo de sujeição a autoridade, além de compartilharem todo um vocabulário comum — ‘obediência’, ‘legitimidade’, ‘autoridade’, ‘ordens’, ‘jurisdição’ *etc.* Fuller diz que, verdade, um sistema de comando e controle, para ser *eficaz*, precisa claramente respeitar ao menos alguns dos oito princípios de legalidade, sobretudo se estes forem entendidos como princípios de eficácia, de mera vigência de um ordenamento. A questão é que alguns dos

³ A objeção em Hart, 2001, pp. 343-364.

princípios próprios de legalidade — sobretudo o primeiro, a exigência de generalidade e, fundamentalmente, o oitavo, a congruência entre a norma declarada e sua aplicação em sus termos — *não* são passíveis de construção como mera questão de eficácia, porque, para fazer sentido, passam já “pela existência de uma reciprocidade relativamente estável de expectativas entre legislador e sujeito”; e essa relação, *mútua*, já é “parte da própria ideia de uma ordem jurídica em funcionamento” (Fuller, 1969, p. 209).

No limite, é esse o ponto: o direito pressupõe um compromisso da autoridade para com o cidadão, um compromisso de respeito pelos próprios padrões estabelecidos. Compreender o direito apenas como produto das fontes sociais autorizadas para produzi-lo significa perder de vista uma dimensão igualmente fundamental, cujo paradoxo é apenas aparente: a de que o próprio direito, ainda que seja um produto, já impõe *ex ante* limites implícitos à sua própria produção. Mutuamente, o direito não apenas oferece os recursos para exercício do poder; oferece também meios para controle desse exercício mesmo. “[S]e o Império da Lei não significa isso, não significa nada” (Fuller, 1969, p. 210).

Rule of Law e rule of law?

A tese geral de Fuller é conhecida e, mesmo quando contestada, geralmente recepcionada de forma mais superficial — no sentido próprio de não se ir para muito além do que está na superfícies. A teoria de Fuller, numa síntese correta mas incompleta, é geralmente resumida nos seguintes termos: (1) generalidade, publicidade, prospectividade, inteligibilidade, consistência, praticabilidade, estabilidade e congruência são os oito princípios que constituem o âmago da ideia de legalidade; (2) esses oito princípios constituem, igualmente, uma *moralidade* que é *interna* ao próprio direito. Para Fuller, não se trata de *direito* se um sistema que se pretende jurídico não é capaz de satisfazer as exigências de cada um dos oito princípios para além de um mínimo grau razoável. Nas palavras de Matthew Kramer (1999, p. 39), a visão de Fuller é a de que “os elementos do direito que lhe atribuem o próprio *status* de direito são também elementos que lhe atribuem um certo valor moral intrínseco”, de modo que “[a] natureza de um sistema enquanto sistema jurídico — o que necessariamente envolve sua conformidade com os oito princípios de legalidade — não é um fato moralmente neutro”.

Kramer toma Fuller como um ponto de partida: concorda que os oito princípios constituem o cerne daquilo que se convencionou chamar de *rule of law* e, não só isso, *concorda que esses oito padrões são mesmo internos ao direito*. Kramer também diz que, juntos, esses princípios constituem parte de um ideal moralmente desejável. Dito isso, e contra Fuller, Kramer argumenta que o modo pelo qual esses princípios são internos ao direito não é o mesmo que os aproxima de ideais moralmente valiosos. Arriscando-se uma apertada síntese, é possível dizer que Kramer estabelece o mesmo ponto de partida — os oito princípios de legalidade articulados por Fuller — para duas concepções distintas do conceito de *rule of law*: uma concepção puramente jurídica e uma concepção que captura um ideal de moralidade política. Gerald Postema (2022), em seu debate com Kramer — que é exatamente o que pretendo apresentar logo mais —, resume bem: a primeira dessas concepções articula, por

meio dos oito princípios, “as condições de existência de um sistema jurídico operante”, enquanto a segunda, por meio dos mesmos oito princípios, “expressa um elemento constitutivo do ideal liberal-democrático de boa governança e uma sociedade justa”. O que Kramer (2007, p. 101) quer dizer é que, “embora as características fundamentais do *rule of law* estejam sempre presentes quando existe um sistema jurídico funcionando, seu alcance moral substantivo pode variar consideravelmente”. Os elementos constitutivos do império da lei, os ‘princípios de legalidade’ de Fuller, podem *adquirir* importância, alcance e densidade moral a depender da natureza do sistema de governança que os apresente, mas esses elementos não têm — argumenta Kramer — valor moral intrínseco. Daí as duas concepções distintas de *rule of law* a partir dos mesmos elementos constitutivos: primeiro, como um “fenômeno jurídico em sentido amplo”, esses princípios são “nada mais e nada menos do que as condições que devem ser satisfeitas para a existência de um sistema jurídico”; agora, quando esse “fenômeno jurídico em sentido amplo” é observável especificamente em “sociedades liberal-democráticas”, ele adquire o caráter de uma “expressão moralmente desejável de compromissos com a dignidade e a igualdade de indivíduos” (Kramer, 2007, p. 101).

Aqui, numa breve digressão, é importante notar a (correta e oportuna) interpretação de Kramer⁴ quanto aos princípios de legalidade em Fuller. Cada um dos princípios manifesta uma condição que deve ser preenchida de forma considerável, mas não há nenhum sistema jurídico que atinja com perfeição e completude absolutas todo e cada princípio de legalidade — uma vez que seria impossível atender com perfeição exata a todos os princípios em conjunto, mesmo num mundo ideal. O exemplo de Kramer, nesse sentido, volta atenção aos princípios um e quatro: generalidade e clareza. Se as normas fossem *perfeita, completamente* gerais, perderiam em clareza; se fossem perfeitamente claras, exatas, perderiam em seu caráter geral. É nesse sentido que cada princípio é uma condição de existência para um sistema jurídico a ser preenchida acima de um nível mínimo, não um elemento num conjunto que forma um arquétipo de perfeição.⁵

Isso posto, é possível avançar. Kramer diferencia as duas concepções — duas concepções que ele deriva dos mesmos oito princípios — por meio de uma distinção marcada por letras minúsculas e maiúsculas. O *rule of law*, em sua concepção positivista, é o estado de coisas que se pode observar uma vez que os oito princípios de legalidade estejam satisfeitos acima de um nível mínimo. O *rule of law*, assim, é o cenário onde se pode observar um sistema jurídico operante e efetivo em funcionamento — de modo *completamente à parte e independente* dos méritos ou deméritos de normas e sistemas jurídicos específicos em particular. O *rule of law* de Kramer (2007, p. 142), com letras minúsculas, “pertence à esfera da filosofia jurídica e não à da filosofia política”; é uma concepção que estabelece “as condições individualmente necessárias e conjuntamente suficientes para a existência de um regime de direito” e, ao fazê-lo, revela-se “neutra em todas as questões morais e políticas”. O *rule of law* minúsculo é moralmente neutro, por ser indispensável para a busca de fins justos tanto quanto para a

⁴ Isso porque o próprio Fuller (1969, pp. 41, 45) faz alertas nesse sentido.

⁵ Ver Kramer, 2007, pp. 108-109.

busca de fins injustos.

Por outro lado — e a partir dos mesmos oito princípios —, é possível articular uma concepção que Kramer distingue com letras maiúsculas: o *Rule of Law*, que depende do *rule of law* — isto é, que depende de um cenário onde haja um sistema jurídico operante e efetivo em funcionamento — mas vai além dele, ultrapassando questões que Kramer classifica como meramente formais e adentrando no território de questões substantivas. Se no *rule of law* os oito princípios representam as condições individualmente necessárias e conjuntamente suficientes para a existência de um sistema jurídico operante, é no *Rule of Law* que eles se tornam preceitos de moralidade política, expressando valores tipicamente associados à tradição do liberalismo democrático.⁶

Veja-se o sexto princípio *fulleriano* como exemplo — o princípio da ‘praticabilidade’, isto é, a exigência de que as normas do sistema em questão não exijam coisas que ultrapassem as capacidades de seus destinatários. Em sua exposição acerca do *rule of law*, Kramer diz que nenhum sistema jurídico funcionaria se apresentasse consideráveis e constantes desvios da exigência de que as normas devem ser formuladas de modo que sua observância seja possível por parte dos cidadãos. Isso é assim porque Kramer concorda que “a função primária de um regime jurídico é direcionar a conduta das pessoas apresentando-as com mandados e outras leis às quais elas são capazes de conformar seu comportamento”; a prevalência, num sistema de governança, de diretrizes cuja observância (‘praticabilidade’) é impossível desqualifica esse sistema enquanto sistema genuinamente jurídico, uma vez que essa prevalência é incompatível com o papel fundamental que tem o direito na coordenação da conduta dos cidadãos. A falta de praticabilidade é incompatível com a “principal função” do direito — razão pela qual o sexto princípio *fulleriano* adquire o papel de condição necessária à existência de qualquer sistema jurídico, uma vez que é uma exigência “indispensável para uma orientação minimamente efetiva da conduta humana” (Kramer, 2007, p. 132).

Agora, quando esse mesmo princípio é estendido para além do *rule of law* — para além de um cenário onde se pode observar um sistema jurídico operante e efetivo em funcionamento — e articulados nos termos do *Rule of Law*, Kramer sustenta que é possível ver outras razões para a satisfação desse princípio, e que *é só aqui* que essas razões adquirem contornos morais. Responsabilizar cidadãos por condutas cuja prática é impossível significa um desrespeito à liberdade e à própria ideia de responsabilidade moral, de forma que o princípio da praticabilidade *pode* assumir uma tônica de moralidade. O ponto fundamental aqui, porém, está no ‘*pode*’: para Kramer, não é necessariamente o caso. Porque a chave de distinção é esta: o respeito aos oito princípios *pode* adquirir, substantivamente, um caráter moral, a depender dos termos em que exigido e do tipo de sistema específico que a eles se conforme; a depender dos fins particulares que um sistema específico de governança jurídica assume como seus, em conformidade com fins tipicamente associados a regimes liberal-democráticos.

Articulados em termos teóricos, os oito princípios são necessários para a *existência* de um sistema jurídico — para o *rule of law*. Articulados em termos de moralidade política, os oito princípios estabelecem condições para a *legitimidade* e para a *autoridade moral* de um sistema

⁶ Cf. Kramer, 2007, pp. 143-144.

— para o *Rule of Law*. A estrutura teórica articulada por Fuller, na leitura de Kramer, sintetiza todas as propriedades essenciais do *rule of law* enquanto cenário que denota a existência de um sistema jurídico operante em funcionamento, mas não *encerra* o significado nem *pressupõe necessariamente* a tônica moral que os princípios adquirem quando articulados nos termos do *Rule of Law* enquanto ideal do liberalismo democrático. A estrutura teórica é a mesma porque, diz Kramer (2007, p. 183), “o *rule of law* é condição *sine qua nom* do *Rule of Law*” — com o alerta de que o primeiro, embora seja condição necessária, não é condição *suficiente* para o segundo.

Outra razão pela qual os princípios de legalidade oferecem a estrutura básica das duas concepções de Kramer está em seu reconhecimento da orientação da conduta humana como papel básico a ser exercido pelo direito. Para Kramer, Fuller acerta ao enxergar essa função no direito e acerta igualmente ao dizer que ela só pode ser exercida por meio da observância dos oito princípios, tanto quanto acerta ao relacionar esse papel distintivo do direito com a capacidade racional do cidadão enquanto agente — e esse é um ponto importante, que deixa a discussão um tanto mais interessante. Para Kramer (2007, p. 184), um fio condutor que une as duas concepções, com base na ideia de que o direito tem como ‘papel básico’ a orientação da conduta dos cidadãos, está em “[u]m foco na *agência racional dos destinatários das normas*”. É a partir desse foco, dessa premissa de que os cidadãos são agentes racionais e autônomos, que se pode discernir aquilo que é necessário para a (mera) *existência funcional* do direito — o *rule of law* — e, igualmente, aquilo que é necessário para a *legitimidade e autoridade moral* do direito — o *Rule of Law*. As duas concepções têm como pressuposto compartilhado o reconhecimento da função do direito como orientação da conduta dos cidadãos e, em decorrência disso, o reconhecimento dos destinatários das normas como centros autônomos de inteligência e racionalidade (Kramer, 2007, pp. 184-185).

O debate Kramer-Postema

Não foi por acaso que tomei o sexto princípio como exemplo ilustrativo. A escolha se deu porque é em sua elaboração acerca do princípio da praticabilidade que Kramer evidencia a importância da *função* do direito em seu argumento, e a relação dessa função mesma com o pressuposto, compartilhado pelas duas concepções acerca dos oito princípios, de que os destinatários das normas são seres dotados de autonomia e agência racional. É esse o ponto de partida de Gerald Postema (2022) no debate que ele propõe, reconhecendo o valor e o rigor analítico do argumento de Kramer mas buscando “estender sua análise a um território mais rico, ainda que mais controverso”.

a) Postema: da existência ao império do direito

Antes de oferecer seus comentários críticos, Postema oferece, num rigoroso resumo da posição de Kramer a ser enfrentada, uma excelente síntese dessas duas concepções baseadas nos mesmos princípios e na mesma premissa. A citação é um tanto longa, mas peço a devida

licença pois ela me parece tão completa quanto objetiva para capturar o cerne da visão de Kramer neste ponto:

Essas duas concepções, para Kramer, dependem da premissa compartilhada de que indivíduos, sujeitos jurídicos, são agentes racionais e autônomos, uma vez que a função fundamental do direito é a de guiar o comportamento estabelecendo-lhes regras e normas. Do ponto de vista moral, liberal-democrático, essa característica dos sujeitos jurídicos não é meramente uma condição para a efetividade do direito, mas um fato de importância moral fundamental, exigindo nosso respeito. Seres humanos são agentes morais responsáveis, capazes de organizar as próprias vidas nos termos de fins e objetivos escolhidos, orientando suas condutas à luz de normas que pretendem orientá-los. Essa capacidade de indivíduos embasa um tipo moralmente fundamental de dignidade, exigindo respeito de outros agentes morais e daqueles que exercem autoridade sobre eles. Uma vez que essas concepções dependem de compreensões distintas acerca da importância prática de se respeitar a agência individual, o escopo e a força normativa dos padrões de Fuller são bastante diferentes nessas duas perspectivas diferentes. Vistos como exigências morais, eles tendem a ter maior força prática e são menos suscetíveis a serem renunciados em face de preocupações conflitantes do que quando vistos como condições para o funcionamento efetivo de um sistema jurídico (Postema, 2022, p. 168).

Postema, como dito, pretende desafiar essa visão — e pretende fazê-lo questionando a possibilidade mesma de uma distinção entre essas duas concepções, argumentando que a premissa por elas compartilhada funciona também como uma espécie de ponte, um ponto de ligação entre essas duas noções.

Postema (2022, p. 168) começa por destacar que, embora Kramer reconheça o direito como um modo específico de governança, suas considerações, em diversas passagens, mencionam a satisfação dos oito princípios acima de um nível mínimo como condição necessária ao funcionamento de qualquer sistema de governança.⁷ Com base no próprio Fuller, na já comentada *‘Resposta aos críticos’*, e em exemplos concretos — diretas particularizadas, individualizadas, expedidas por autoridades em Mianmar, e a China de Mao Tsé-Tung, onde as resoluções do Partido adquiriam força de lei —, Postema questiona até que ponto, de fato, o respeito aos oito princípios é algo exigível para a operação e a manutenção de *qualquer* sistema de governança, *tout court*. Um regime baseado na repressão e no arbítrio pode não ser bom, mas *existe* e pode sobreviver como tal por um longo tempo; para Postema, pode fazê-lo sem respeito aos oito princípios.

Além de sistemas assim, Postema alerta para a possibilidade de regimes baseados no que ele chama de “legalidade à conveniência”:⁸ regimes nos quais há leis do ponto de vista formal, mas que não têm um sistema jurídico operante como tal — “não por haver desordem política

⁷ Postema tem razão, já que, nas considerações individualizadas de Kramer acerca de cada um dos princípios, ele menciona, por diversas vezes, uma observância fundamental não apenas ao (que ele chama de) *rule of law* (com letras minúsculas), mas também a qualquer modo sustentável e efetivo de governança — *e.g.* “essential not only for the rule of law but also for any tenable scheme of governance”, “necessary condition not only for the rule of law but also for any viable mode of governance”, “not a system of governance at all, much less a legal system”, “[s]uch a system of governance would not be a legal system — and would probably not be a system of governance at all”, “they are not veritable laws, and the scheme of governance which they form is a mere carcass” KRAMER, 2007, pp. 111, 113, 127, 132, 136).

⁸ “*Legality at convenience*”.

e social generalizada, mas pelo fato de as leis não funcionarem *como leis*". Leis que não funcionam *como leis* são observáveis em sistemas de governança, baseados meramente num tipo raso de legalidade formal, cujos representantes "efetivamente exercem poder e efetivamente mantêm a ordem, *apesar* das leis, e apesar da não observância dos oito padrões de Fuller" (Postema, 2022, p. 170). Entre os princípios mais violados, diz Postema, está aquele que me é mais importante para a concepção de direito que pretendo articular ao final deste ensaio oitavo princípio, da congruência entre a prática oficial e as leis em seus termos.

A consideração de Postema levanta dois questionamentos. O primeiro: se a satisfação dos oito princípios acima de um nível mínimo é condição necessária para todo e qualquer sistema de governança, de qualquer tipo, Kramer tem razão ao menos quando afirma que sua observância é essencial para a existência de um sistema propriamente jurídico? O segundo: o que significa, o que está por trás da ideia de leis funcionando *como leis*? Para responder a essas perguntas — e aqui se revela a importância deste debate a esta pesquisa —, Postema retoma a proposta de Fuller, aceita e adotada por Kramer, acerca da função principal do direito.

Como se viu, Kramer assume a premissa de que a função principal do direito é a de orientar a conduta de cidadãos, agentes de autonomia e racionalidade, por meio de normas. Para Postema (2022), assumir essa premissa, e atribuir ao direito essa função distintiva, significa dizer que "o direito funciona *como direito* quando vige em uma comunidade política e exerce papel fundamental na economia deliberativa de seus membros". Postema reconhece que Hart, por exemplo, rejeita essa tese, ao dispor que é possível haver um sistema jurídico no qual apenas as autoridades, os membros oficiais que o compõem adotam o ponto de vista interno (uma disposição crítico-reflexiva) em relação às normas do sistema; seu ponto é o de que Kramer, por sua vez, *não pode* dizer o mesmo, sob pena de inconsistência argumentativa. Negar que as normas jurídicas precisam exercer esse papel na vida dos cidadãos seria contraditório com uma tese que toma como pressuposta a agência racional dos seres humanos enquanto sujeitos jurídicos, cidadãos destinatários das normas. Para que as leis funcionem *como leis*, elas devem funcionar *como normas* na deliberação prática desses agentes que são seus destinatários; para que funcionem *como normas*, as leis devem ser mais do que meros parâmetros nos quais o cidadão pode antever possível interferência em sua vida, sendo efetivamente padrões de orientação de sua conduta prática e, fundamentalmente, *aceitos como tais*. Aceitar as normas enquanto normas, que devem antes *funcionar desse modo*, é um elemento fundamental subjacente à ideia de orientação normativa — e isso, diz Postema, deve ser *necessariamente* levado em conta por uma tese que tem, entre suas premissas, a função do direito como orientação da conduta de cidadãos enquanto agentes dotados de autonomia e racionalidade.

É com base nisso que Postema introduz, no debate com Kramer, uma noção muito presente em toda sua obra: a noção de *fidelidade*. Postema retoma aqui os exemplos utilizados para rebater as passagens nas quais Kramer diz que princípios de legalidade são condições necessárias a todo sistema de governança, mas, desta vez, para levar a ideia mais adiante. É evidente — e o próprio Kramer entenderá assim — que não faz parte da ideia *rule of law* enquanto ideal de moralidade política (o *Rule of Law* de Kramer) um cenário no qual

autoridades que exercem o poder utilizam a legalidade formal como seu instrumento de comando e domínio. Agora, a partir do *insight* da necessidade de normas que funcionam *enquanto normas* — centrado em uma premissa que liga a função do direito à autonomia e agência racional dos destinatários das normas do sistema jurídico —, e, portanto, da ideia de que o direito deve funcionar enquanto direito na ‘economia deliberativa’ dos cidadãos e dos membros oficiais que compõem a prática, Postema avança e pergunta: pode-se dizer que um sistema no qual as autoridades usam o direito para governar, e *sem que sejam igualmente por ele governados*, é um sistema jurídico operante em funcionamento? Fuller entendia que não, atribuindo à *reciprocidade* uma noção fundamental para que um sistema seja digno do rótulo de sistema *jurídico*. Kramer, por outro lado, dirá que essa ideia faz parte apenas do *Rule of Law* enquanto ideal de moralidade política do liberalismo democrático, não do *rule of law* enquanto cenário onde existe um sistema jurídico de governança eficaz em funcionamento. O ponto de Postema é que há um problema nesse raciocínio, diretamente ligado à função do direito como padrão de orientação da conduta de cidadãos enquanto destinatários de *normas* e enquanto agentes autônomos e racionais. Pressupor essa função, no argumento de Postema — função pressuposta por Kramer em suas duas concepções —, significa necessariamente pressupor que um compromisso *de princípio* em assumir as normas *como tais*, por parte de cidadãos e autoridades igualmente, é um elemento necessário para a configuração própria de um sistema *enquanto sistema propriamente jurídico*.

Isso tudo conduz ao entendimento, para Postema, de que interpretar os oito princípios de legalidade como mera técnica — interpretar a possibilidade de o direito ser mero instrumento de poder — não é capaz de oferecer *qualquer* concepção plausível de *rule of law*: em maiúsculas ou mesmo minúsculas, em termos de moralidade política ou mesmo em uma concepção que se pretende estritamente teórica. “Os argumentos de Kramer em favor da necessidade do respeito aos padrões de Fuller para a existência de um sistema jurídico operante”, diz Postema, “nos dão uma explicação acerca das condições para a existência de leis” — mas o ponto é justamente o de que para que haja o governo das leis, o *rule of law* já enquanto modo de governança, é preciso mais do que as leis existirem: “o direito deve governar”. O império do direito exige *que o direito impere*, e o direito não é capaz de operar “*sem exercer alguma força normativa sobre aqueles que pretendem governar por meio do direito*” (Postema, 2022, p. 176).

Essa ideia ainda não é suficiente para a construção da ponte pretendida entre o *rule of law* e o *Rule of Law*, mas oferece o caminho para fazê-lo. Postema reconhece que Kramer pode ter razão ao dizer que, ao adotarem o direito como modo escolhido de governança, autoridades não estão *automaticamente, já por essa razão mesma*, assumindo a obrigação de respeito à autonomia, à agência e à responsabilidade moral, enfim, à dignidade dos cidadãos enquanto destinatários das normas. Por outro lado, adotar o direito como modo de governança — e adotando assim, igualmente, as limitações que ele impõe — não significa adotar (apenas) uma técnica, mas estabelecer *um ambiente marcado* por essa relação entre membros oficiais que compõem a prática — que, ao adotá-la, aceitam as limitações que ela impõe — e os cidadãos destinatários das normas enquanto sujeitos jurídicos e agentes morais. Estabelecer esse ambiente, “*independentemente das motivações para tal*” (e isso é importante num argumento

contrário a uma tese centrada na noção de autoridades que adotam o direito por razões prudenciais), “implica em colocar governantes e sujeitos jurídicos em uma relação de *tônica* moral, na qual subjazem certas *obrigações recíprocas*” (Postema, 2022, p. 180). Não são as razões para estabelecer a relação, mas a *própria natureza da relação em si* que gera, além das obrigações, sua reciprocidade.

Talvez, assim, as únicas diferenças entre o *Rule of Law* e o *rule of law* sejam, afinal, duas letras maiúsculas.

b) Kramer e a visão positivista

Ocorre que Kramer, por óbvio — sendo, assumidamente, um positivista (no sentido de ser um defensor da tese da separabilidade em virtualmente todos os debates acerca das possíveis teses da separabilidade conceitual entre as esferas do direito e da moralidade) —, rejeita as conclusões a que chega Postema. Rejeita, igualmente, as premissas que Postema a ele atribui. Para Kramer, há muito mais do que apenas duas letras maiúsculas diferenciando *rule of law* e *Rule of Law* e, não surpreendentemente, ele mantém sua posição mesmo após as críticas.

(Permitindo-me um pequeno interlúdio, uma observação interessante: em seu estilo marcada e notavelmente *analítico*, com seu rigor inequívoco e sua prosa sempre técnica, Kramer aponta, em mais de uma passagem, a linguagem “elusiva”, “metafórica”⁹ de seu interlocutor. Embora Fuller não tivesse algo sequer próximo do nível técnico de Postema, nos termos de treinamento e prática formais na filosofia enquanto disciplina acadêmica, não deixa de ser curioso observar nesse debate, além da coincidência entre as posições, uma coincidência entre os estilos no debate Hart-Fuller.

Diretamente, Kramer (2022, p. 413) começa por destacar sua aproximação junto às teses de Hart, distanciando-se daquilo em que Postema acredita e, fundamentalmente, distanciando-se daquilo que Postema a ele atribui. Para Kramer, tanto quanto para Hart, existe uma distinção muito clara entre plena aceitação — quando o destinatário das normas adota uma disposição crítico-reflexiva em relação a elas (estando disposto a observá-las, reprovar a conduta daqueles que não as observam, e aprovar as críticas direcionadas àqueles que as transgredem)¹⁰ — e mera obediência das normas. Em linguagem obviamente *hartiana*, Kramer (2022, p. 414) diz que “as normas que impõem deveres de um sistema jurídico podem preencher sua função de orientar a conduta de seus destinatários mesmo que estes estejam meramente as obedecendo e não as aceitando plenamente”.

Postema sustenta que, num cenário no qual os cidadãos meramente obedecem às normas, sem aceitá-las como tais, eles não têm sua conduta orientada pelas normas *enquanto normas* — uma expressão que Kramer chama de “opaca”, criticando Postema por usá-la “repetidamente” (num exemplo dessa diferença de estilos filosóficos). Para Kramer, a afirmação simplesmente não faz sentido, uma vez que, em sua concepção, destinatários das normas que meramente obedecem às suas diretrizes, sem aceitação plena, “engajam-se com

⁹ “Elusive”, “metaphorical”.

¹⁰ Ver também o sexto capítulo de *The Concept of Law* (Hart, 1994, pp. 100-123).

todos os oito aspectos dessas leis que são articulados nos princípios de legalidade de Fuller”; esses cidadãos, em sua visão, estão “certamente sendo guiados por essas leis de maneiras que envolvem integralmente suas faculdades enquanto agentes racionais”. Kramer (2022) diz, no mesmo sentido, que a agência humana, e a consideração dessa característica, não tem, necessariamente, uma tônica *moral*: mesmo em regimes tirânicos, baseados em governantes movidos por puro autointeresse e sem nenhum respeito pelos cidadãos em suas capacidades individuais, os destinatários das normas de um sistema jurídico “são tratados como agentes deliberativos, no sentido de que (talvez com a ajuda de advogados) deles se espera que se familiarizem e conformem seu comportamento com os conteúdos das normas jurídicas”.

Por essa mesma razão, com base no mesmo argumento, Kramer também diz não endossar outra das teses que Postema diz serem derivadas das próprias premissas por ele adotadas: a ideia de que um sistema de governança só será jurídico quando suas autoridades, os membros que compõem esse sistema, adotam e assumem um compromisso *de princípio* com a condução de governo submetido aos padrões das leis. É muito forte, muito presente no argumento de Kramer, uma vez mais, a ideia de que as autoridades de um sistema jurídico têm razões prudenciais para aderir aos princípios de legalidade, sacrificando impulsos de curto prazo em nome de interesses próprios de longo prazo (um de seus pontos é de que esses interesses podem ser facilitados quando as autoridades se mantêm no poder por mais tempo, e que, por vezes, manter-se no poder por mais tempo requer aderência aos oito princípios).

Por fim, vale destacar ainda dois pontos na resposta de Kramer — sobretudo porque é justamente a partir deles que pretendo me alinhar a Postema, de certo modo, ao desenvolver minha perspectiva própria. O primeiro: em contraposição às premissas a ele atribuídas, Kramer diz não acreditar apenas que leis não adquirem um *status* moral simplesmente em decorrência mesma do *status* de leis; ele diz ainda que *um sistema jurídico de governança* como um todo, em razão de seu *status* enquanto sistema jurídico de governança, não tem ou carrega necessariamente algum valor moral.

Além disso, há o segundo ponto que quero destacar aqui; um ponto de particular relevância, uma vez que trata do oitavo princípio de legalidade em Fuller — o princípio da congruência — e, novamente, revela uma característica que pretendo apontar como uma das lacunas dessa visão positivista acerca do *rule of law*. Kramer vê, na argumentação de Postema, uma pressuposição de que autoridades e membros oficiais da prática num sistema de governança centrado no autointeresse (em razões prudenciais, na busca do poder pelo poder, enfim) tendem a se afastar com maior ênfase ou frequência dos princípios *fullerianos* quando comparados com autoridades e membros oficiais da prática num sistema de governança centrado nos valores liberais-democráticos. Kramer reivindica aqui justamente um dos princípios mais centrais, o oitavo princípio, para sustentar que não é necessariamente o caso. Vejamos:

Por um lado, *officials* num sistema repressivo de governança estarão, indubitavelmente, mais inclinados do que *officials* num sistema de governança benevolente a se afastarem malignamente do oitavo princípio. Eles estarão frequentemente mais inclinados a punir ou maltratar pessoas que não infringiram ou deixaram de cumprir qualquer dever jurídico, simplesmente para fins de intimidação ou demonstração do alcance de seus domínios. Por

outro lado, *officials* num sistema imoral de governança estarão frequentemente menos inclinados do que *officials* de um sistema liberal-democrático de governança a se afastarem *benignamente* do oitavo princípio, e um regime maligno irá frequentemente monitorar o comportamento das pessoas por meio de opressivas técnicas de vigilância que podem reduzir de forma bastante significativa a incidência de [pequenas, menores] violações da lei . . . [A] aderência ao oitavo princípio de legalidade em um nível particularmente elevado pode ser um meio de afirmação e reforço da ascendência de uma autocracia (Kramer, 2022).

O que Kramer (2022) quer dizer, aqui, é que há “complicados fatores em operação quando se está a determinar o padrão de conformidade [com os oito princípios] sob um sistema de governança”, não havendo garantia segura, mesmo lógica, de que os níveis de aderência serão necessariamente maiores em democracias liberais (em regimes ‘benignos’ *tout court*). Seu ponto, a partir do oitavo princípio, serve para dizer que, em autocracias, por exemplo, a congruência estrita entre a lei tal como declarada e sua aplicação por parte dos membros oficiais do sistema pode servir para punir severamente desvios menores e pouco significativos de conduta — desvios que são praticamente inofensivos num cenário maior de coisas e que, por essa razão mesma, seriam ignorados pelas autoridades responsáveis pela aplicação do direito num regime dotado de valor moral e marcado pelo respeito à dignidade dos cidadãos enquanto agentes.

Conclusão: o conceito e o império do direito

Se aceita esta leitura sobre a obra de Fuller, o leitor já terá percebido que não parece ser tão relevante a discussão sobre se os oito princípios de legalidade têm, intrinsecamente e por si mesmos, uma tônica ‘moral’ ou não. Mais do que isso, o que me parece é que os ler assim, isoladamente, faz perder de vista as dimensões de *reciprocidade* e de *fidelidade* envolvidas num sistema jurídico enquanto sistema *jurídico* de governança. O direito é um fenômeno público, normativo, que reivindica autoridade legítima, que necessariamente toma a si mesmo como legítimo para funcionar como um sistema público de coordenação e orientação social. *Se o direito for mero instrumento coercitivo de poder, de comando e controle, de uma elite composta por membros oficiais que aderem apenas prudencialmente às formas do direito, já não estamos mais falando de ‘direito’ propriamente.*

Claro, Kramer discordaria. Só que há aí um ponto fundamental, que nos permite avançar, em uma consideração específica de Postema, que, penso, pode e merece, *deve* ser estendida: a ideia de normas funcionando *como normas* — o direito que deve funcionar *como direito*. Para Postema, é esse o caso quando o direito efetivamente exerce um papel fundamental na ‘economia deliberativa’ dos membros de uma determinada comunidade política. Em sua leitura, faz parte dessa ideia mesma, do próprio significado pleno de orientação normativa, a noção de que as normas sejam *aceitas enquanto normas*, com um compromisso *de princípio*, por cidadãos e membros da prática igualmente.

Para começar a defender o que diz Postema, recorro ao argumento que Antony Duff definiu como ‘*identity thesis*’. Para Duff (1986, p. 86), deve haver uma *identidade* entre dois

elementos: as razões que tem um membro oficial da prática para criar e exigir obediência a uma proposição que a exige, e as razões que esse membro *oferece* para que o cidadão *aceite e obedeça* à regra: “a lógica de proposições que reivindicam obrigações incorpora, assim, a exigência moral de que devemos tratar e endereçar-nos uns aos outros enquanto agentes racionais e autônomos”.

É aqui que, de novo, voltamos à questão da agência racional dos destinatários das normas jurídicas. Duff entende que proposições que determinam obrigações, deveres (proposições de natureza jurídica e não jurídica igualmente), uma vez que endereçadas a agentes reconhecidamente racionais — por sua lógica e natureza próprias, enquanto normas voltadas a agentes racionais —, buscam não apenas a obediência, mas *também* o assentimento: proposições desse tipo “devem ser justificadas à pessoa cuja obediência ela reivindica, em referência a *razões* que ela supostamente deve ser capaz de apreender e deve aceitar para si como boas razões para fazer aquilo que a reivindicação exige” (Duff, 1986, p. 82).

Isso nos leva a uma tese notoriamente defendida por Joseph Raz: a de que proposições que dizem que uma pessoa deve φ têm equivalência lógica com proposições que dizem que uma pessoa tem uma ou mais *razões para* φ . Sendo assim, essas considerações devem dizer respeito, no mínimo, aos interesses do(s) destinatário(s) dessas proposições, uma vez que os interesses daqueles que declaram as proposições — do que buscam reforçar o cumprimento dos deveres dispostos na proposição — não podem, eles mesmos e por si mesmos, amparar proposições que dizem respeito ao modo de conduta de outras pessoas. De acordo com Raz (2011, p. 58) “o direito — diferentemente das ameaças de um bandido — reivindica para si legitimidade. O direito se apresenta como justificado e reivindica não apenas a obediência, mas a *fidelidade* de seus destinatários”.

Kramer (1999) enfrenta esse ponto de Raz (sustentado ainda em uma série de outras passagens de sua obra) afirmando que a relação entre membros oficiais e cidadãos pode ser uma relação constituídas por meros imperativos rígidos (ordens puras e simples) e obediência, não por prescrições baseadas em razões para agir. O que diferenciaria um regime moralmente iníquo (mas, para Kramer, ainda assim jurídico) nesses moldes do cenário de um bandido com suas vítimas está, para Kramer, nas *normas* e seu caráter. As ordens de um bandido são limitadas em tempo, espaço, alcance; normas jurídicas são públicas, gerais *etc.* Ao passo em que as ordens de um bandido são passageiras e específicas, um sistema de governança jurídico (nos termos de Kramer) regula a vida de seus cidadãos de forma muito mais ampla e abrangente, por longos, indeterminados períodos, e por meio de uma série de normas muito mais especializadas e variadas (estatutos, leis, decretos, decisões judiciais *etc.*)

Muito bem. Penso que Kramer tem razão, em sua clareza e seu brilhantismo analítico já característicos, ao dizer que um sistema de governança baseado fundamentalmente em imperativos fundamentados em normas aderidas oficialmente por autointeresse é uma possibilidade conceitual. Agora, se uma das vantagens da teorização moderna sobre o direito, pós-Austin, está justamente em diferenciar sistemas jurídicos de sistemas brutos de coerção, é bastante questionável o ponto até o qual uma proposta positivista como a de Kramer permite aproximação tão marcante entre um sistema jurídico de governança e mero instrumento de poder — uma aproximação que deixa tênue demais a linha que separa e distingue sistemas

propriamente *jurídicos* de governança.

Sim, Hart disse que a diferença está na regra de reconhecimento, na união de normas primárias e secundárias, e Kramer acrescenta a isso o alcance, a generalidade, a durabilidade e extensão das normas. Muito bem. Ocorre que não é apenas o caso que a metodologia *hartiana* deva, *ela mesma*, ser justificada¹¹ — não bastando reafirmá-la como uma teoria fundacional. O ponto mais relevante para meus propósitos aqui é o de que há uma série de dimensões que fazem parte daquilo que entendemos por direito que não só permitem como favorecem uma leitura que até aceita a possibilidade conceitual de sistemas baseados principalmente em imperativos amparados na coerção, mas que rejeita a classificação destas como *instâncias centrais do conceito de direito*.¹²

John Gardner ajuda nisso, num raciocínio do qual parece difícil discordar — e num ponto que é fundamental para minha teorização sobre o direito. Se o próprio Hart reconhece (num comentário crítico e um tanto condescendente para com Fuller), assim como o próprio Kramer vem a fazê-lo mais claramente depois, que o direito precisa de princípios como os de Fuller se o “controle social desse tipo pretende funcionar” (Hart, 1994, p. 207), não basta dizer que esses princípios não são morais, são compatíveis com sistemas iníquos, e eis tudo. Ora, se o direito *pretende funcionar* como um sistema estruturado de normas públicas que reivindicam autoridade e aderência de seus destinatários, entendidos enquanto cidadãos, entendidos enquanto agentes racionais dotados de autonomia e responsabilidade moral, o direito já tem uma *aspiração intrínseca à legalidade*. Se o *telos* do direito é, efetivamente, governar, orientar, coordenar, talvez “seja parte *da própria natureza do direito* a ideia de que o *direito deve corresponder ao ideal do império da lei*” (Gardner, 2012, p. 227).

Quanto àquilo que temos como casos centrais e instâncias limítrofes enquanto manifestações práticas do conceito de direito, a escolha conclusiva de Hart — e de Kramer — é pela concepção mais ampla: Hart (1994, p. 209) entende que “o estudo teórico ou científico” do direito tem a ganhar quando consideramos ‘direito’ “todas as regras válidas de acordo com os textos formais de um sistema de regras primárias e secundárias, ainda que algumas delas ofendam a moralidade de uma sociedade ou [mesmo] aquilo que acreditamos ser a verdadeira moralidade”. É por isso que, para Hart, nesse embate entre duas abordagens, duas concepções rivais, uma concepção mais ampla de direito *inclui* a mais estrita. Esse é o grande ponto do positivismo: *lex inclui jus*; o *Rule of Law* pressupõe o *rule of law*.

Só que Gardner tem razão: não é o caso de que uma concepção mais ampla, *lex*, pressupõe e inclui as instâncias e manifestações práticas cobertas por *jus*, uma concepção mais estrita; sequer é o caso de haver duas concepções diferentes, rivais. Para Gardner, há apenas *um*

¹¹ Nas palavras de Stephen Perry (1998, p. 460), e grifo, “uma teoria externa como a de Hart precisa *competir com outras teorias externas*, que, por sua vez, vão conceitualizar e individualizar práticas sociais de diferentes modos”.

¹² Uma abordagem baseado na seleção e explicação de casos centrais de um conceito é uma marca da teoria analítica moderna e contemporânea do direito. Casos centrais são os exemplos paradigmáticos ou, na definição de Raz (2002, p. 150), exemplos “típicos” de sistemas jurídicos. Nas palavras de Kramer (2018, p. 06), “Hart adotou esse método em razão de sua rejeição à pressuposição característica de abordagens que buscam por definições: notadamente, a de que todos os membros da série de fenômenos abarcados pelo conceito de direito relacionam-se uns aos outros por meio do compartilhamento de uma série de propriedades distintas. Hart não negava que os fenômenos agrupados por algum outro conceito pudessem ser relacionados uns aos outros dessa forma, mas sustentava que, quando contemplamos toda a série de arranjos e instituições a que o conceito de sistema jurídico pode ser corretamente aplicado, não encontraremos nenhuma série de características distintas que seja comum a cada um desses arranjos, a cada uma dessas instituições”.

conceito de direito — dentro desse conceito único de direito, *jus* corresponde justamente aos *casos centrais*, enquanto *lex* caracteriza os *casos limítrofes*. E isso é assim *precisamente porque o conceito de direito já traz uma aspiração intrínseca ao ideal de legalidade*. A analogia proposta por Gardner é a de que compreender completamente o conceito de futebol ou críquete envolve uma compreensão do futebol ou do críquete que seja completa, incluindo sua aspiração intrínseca à ideia de espírito desportivo, ainda que esse espírito não esteja sempre presente em partidas de futebol ou críquete.

E o exato mesmo vale para o direito enquanto fenômeno dotado da possibilidade de coerção. Se a chave do que sustenta Kramer é a distinção prescrições/imperativos, e ele próprio diz que ‘explicações públicas’ podem mesmo estar entre aquilo que é necessário para configurar um sistema jurídico, a referência de membros oficiais a normas jurídicas em seus atos de interferência na vida dos cidadãos *não pode* se resumir à demonstração de que violações ou não-observância ensejam sanções/punições. Isso não é uma *explicação*, e dizer isso não é questão de rótulo.

De fato, verdade, partir da regra de reconhecimento como questão de fato é um passo que nos permite diferenciar o direito da moralidade no plano conceitual, como pretende o positivismo. Mas será que isso basta para atender adequadamente a outra dimensão desse propósito positivista de clarificação conceitual — notadamente, o de distinguir o direito de mera coerção? Hart, Kramer, o positivismo enfim, consegue *realmente* distinguir o direito, como fenômeno normativo que reivindica *autoridade*, de mero instrumento de poder? Ora, o poder não pode ser sua própria justificação. Como diz Bernard Williams (2008, p. 05), “se o poder de um grupo de pessoas sobre outro vem a representar uma solução à questão política primeira” — a necessidade de ordem, segurança, coordenação social —, “*algo* deve ser dito para explicar (aos menos favorecidos, a observadores preocupados, a crianças educadas sob esta estrutura *etc.*) qual é a diferença entre a solução e o problema”.

Um sistema de governança que seja *jurídico* precisa *se justificar como tal* aos destinatários das normas — porque estas são (ou se pretendem) normas *jurídicas*, e por essa natureza mesma *não são meras estipulações de coerção*. Como diz José Reinaldo de Lima Lopes (2021, p. 399), “se o sentido do direito consistisse apenas na obediência, e eventualmente na identificação de uma autoridade arbitrária e voluntarista, *disso não resultaria uma prática social propriamente*”.

Assim, com amparo em Fuller (e Gardner, e Raz), nos termos de Postema, poderíamos dizer que os casos de direito que não correspondem às exigências do *rule of law* são instâncias limítrofes de direito. Considerando (1) as reivindicações do direito sobre seus destinatários, (2) que esses destinatários são agentes moralmente responsáveis, dotados de autonomia e racionalidade, (3) o papel que o direito desempenha e pretende desempenhar (3a) na economia deliberativa desses destinatários e também dos membros oficiais da prática e (3b) na justificação do exercício de poder oficial — exercido *em referência* às normas jurídicas —, podemos ver que, quanto mais fracassar em oferecer proteção e recurso contra o potencial exercício arbitrário do poder — o propósito mesmo do *rule of law*, corretamente compreendido —, mais um sistema jurídico se distanciará de um caso central do conceito de direito. A distinção positivista é até elucidativa no que diz respeito a diferenciar e separar o

direito da moralidade, mas ela não falha apenas ao não ser capaz de encontrar potenciais conexões e continuidades entre esses dois conceitos; ela falha também em diferenciar adequadamente o direito da coerção bruta. A tentativa de superar as insuficiências de Austin com a noção de *regras* (não apenas regras que conferem poderes como a própria ideia de cumprimento de regras) por si só não basta.

Talvez isso até funcione até certo ponto, mas devemos considerar que as normas jurídicas *reivindicam autoridade* sobre seus destinatários e sobre os membros oficiais da prática que aceitam essas regras. Se você realmente *aceita* algo, a autoridade de algo, você não pode simplesmente torná-lo *seu*. Como diz Postema, “[o] direito não pode ser um jogo construído e jogado por uma elite jurídica, mesmo que as regras desse jogo se destinem a governar a conduta de indivíduos fora dessa elite”. *Especialmente* se as regras do jogo se destinam a orientar pessoas fora da elite, eu acrescentaria. É possível visualizar um jogos nesses termos, como o próprio Hart e o próprio Kramer mostram bem; o problema é que não é mais ‘a law game’ — não é mais o jogo *do direito* (Postema, 2014, p. 27).

Dito de outro modo: um sistema jurídico pode bem fracassar em satisfazer todas as exigências do *rule of law*. Acontece que, quanto mais se afastar de fazê-lo, mais será uma manifestação corrompida, degradada, daquilo que pretende ser — de acordo com os padrões que são os padrões *da própria prática*. O direito pretende imperar; para que o direito impere, ele deve imperar *do jeito certo*. O direito que impera não é apenas o direito que existe, com alguns acréscimos. Em sistemas *jurídicos*, o direito não é meramente produto da autoridade: é, como diz Postema (1999, p. 72), sua *pré-condição necessária*. E penso que é mais que uma feliz coincidência que Postema diga isso justa e exatamente em um comentário sobre a obra de ninguém menos que Lon Fuller: porque *é isso*, afinal, que penso que sua obra revisitada pode nos ajudar a perceber; para além de um ou outro princípio específico disputado como princípio de ‘moralidade’ ou ‘eficácia’, o ponto é o que o direito, como tal, é um tipo de empreitada que pressupõe e exige reciprocidade entre seus destinatários, agentes morais racionais e autônomos, e aqueles que pretendem governar em seu nome.

Talvez, afinal, as únicas diferenças entre o *Rule of Law* e o *rule of law* sejam mesmo duas letras maiúsculas. Só. *E esse é o grande ponto*. Afinal, o direito bem pode fracassar em fazer aquilo que promete fazer, mas *é o tipo de coisa que promete fazê-lo*.

Referências

- DUFF, R.A. 1986. *Trials and Punishments*. Cambridge, Cambridge University Press, 332 p.
- FULLER, L.L. 1969. *The Morality of Law*. 2ª ed. New Haven, Yale University Press, 1969, 262 p.
- _____. 1958. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, **71**(4):630-672.
- GARDNER, J. 2012. *Law as a Leap of Faith*. Oxford, Oxford University Press, 260 p.
- HART, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford, Clarendon Press, 315 p.
- _____. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, **71**(4):593-629.

- _____. 2001. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. 2ª ed. Oxford, Clarendon Press, 396 p.
- KRAMER, M.H. 1999. *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*. Oxford, Oxford University Press, 313 p.
- _____. 2007. *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 247 p.
- _____. 2018. *H.L.A. Hart: The Nature of Law*. Cambridge, Polity, 260 p.
- _____. 2022. Gerald Postema and the Rule of Law. In: MCBRIDE, M. KURKI, V. J. (eds.) *Without Trimmings: The Legal, Moral, and Political Philosophy of Matthew Kramer*. Oxford, Oxford University Press, 624 p.
- LOPES, J.R.L. 2021. *Curso de Filosofia do Direito: o Direito como Prática*, 2ª ed. São Paulo, Atlas, 440 p.
- PERRY, S.R. 1998. Hart's Methodological Positivism. *Legal Theory*, 4(4):427-467.
- POSTEMA, G.J. 1999. Implicit Law. In: WITTEVEN, W.J.; VAN DER BURG, W. (eds.) *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*. Amsterdam, Amsterdam University Press, 500 p.
- _____. 2014. Fidelity in Law's Commonwealth. In: AUSTIN, L.M.; KLIMCHUCK, D. (eds.) *Private Law and the Rule of Law*. Oxford, Oxford University Press, 368 p.
- _____. 2022. From Law's Existence to Law's Rule: Reflections on Kramer's Understanding of the Rule of Law. In: MCBRIDE, M. KURKI, V. J. (eds.) *Without Trimmings: The Legal, Moral, and Political Philosophy of Matthew Kramer*. Oxford, Oxford University Press, 624 p.
- RAZ, J. 2002. *Practical Reason and Norms*, 3ª ed. Oxford, Oxford University Press, 224 p.
- _____. 2011. *The Authority of Law*, 2ª ed. Oxford, Oxford University Press, 356 p.
- RUNDLE, K. 2012. *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L Fuller*. Oxford, Hart Publishing, 209 p.
- WILLIAMS, B. 2008. *In the Beginning was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton, Princeton University Press, 200 p.

Submetido: 18/01/2019

Aceito: 03/10/2024