

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Galvão Rabelo

A CONEXÃO ENTRE CONCEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO EM JOHN AUSTIN

Belo Horizonte

2016

Galvão Rabelo

A CONEXÃO ENTRE CONCEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO EM JOHN AUSTIN

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em teoria do direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R114c Rabelo, Galvão
A conexão entre conceito e aplicação do direito em John Austin / Galvão
Rabelo. Belo Horizonte, 2016.
207 f.

Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Austin, John, 1790-1859 - Crítica e interpretação. 2. Positivismo jurídico.
3. Direito - Estudo e ensino. 4. Argumentação jurídica. 5. Hermenêutica (Direito).
I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

GALVÃO RABELO

A CONEXÃO ENTRE CONCEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO EM JOHN AUSTIN

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em teoria do direito.

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante – UFMG (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – PUC Minas
(Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 29 de fevereiro de 2016.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a filosofia do direito do jurista britânico John Austin, que formulou sua teoria jurídica na primeira metade do século XIX. Sua doutrina contribuiu significativamente para o desenvolvimento do positivismo jurídico, pois o autor é um dos responsáveis pela sistematização da tese social e da tese da separação entre direito e moral. Embora o conceito de direito de John Austin tenha sido estudado exaustivamente desde sua morte, as suas reflexões sobre a aplicação do direito não tiveram a mesma sorte. Há ali importantes *insights* sobre indeterminação, discricionariedade e criação judicial do direito. O que se pretende é, portanto, estudar as concepções austinianas sobre a interpretação e a aplicação do direito, procurando estabelecer as relações entre o seu famigerado – e, às vezes, mal compreendido – conceito de direito e as suas formulações teóricas sobre aplicação judicial do direito. Trata-se, pois, de uma pesquisa bibliográfica, no âmbito da filosofia do direito, especificamente voltada para o pensamento jurídico de um autor pouco estudado no Brasil e sem obras vertidas para o português. Utilizou-se, para tanto, um instrumental hermenêutico que procurou compreender a teoria do autor em sua melhor luz. Após interpretar o seu conceito de direito de um modo coerente com o conjunto de seus textos, foi possível verificar a existência de algumas conexões importantes entre a sua demarcação do objeto de estudo da teoria jurídica e as suas formulações sobre interpretação e aplicação judicial do direito.

Palavras-chave: John Austin. Positivismo jurídico. Conceito de Direito. Aplicação judicial do Direito.

ABSTRACT

The following thesis is centered on the British jurist John Austin's philosophy of law, whose legal theory was formulated in the first half of the nineteenth century. His doctrine has contributed significantly to the development of legal positivism, because this author is among those responsible for systematizing the social thesis and the thesis that separates law from morality. Although John Austin's concept of law has been extensively studied since his death, his views on law enforcement were not left the same fate. Within these views, there are important insights into legal indeterminacy, discretion and judicial creation of law. The aim is, therefore, to study the austinian theory of law interpretation and enforcement, while seeking to establish relations between his infamous - and sometimes misunderstood - concept of law and his theoretical formulations of judicial law enforcement. Hence, this is a bibliographical research paper, within legal philosophy, specifically focused on the legal views of an author who has been studied very little in Brazil and none of his literary work has been translated to portuguese. In order to do so, a hermeneutical instrument was used to comprehend the author's theory in its best light. After interpreting his legal concept in a coherent manner according to his literary work, it was possible to verify some important connections between the demarcation of the legal theory's subject matter and his formulations concerning the interpretation and enforcement of the law.

Keywords: John Austin. Legal Positivism. Concept of Law. Judicial Law Enforcement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 VIDA E OBRA DE JOHN AUSTIN	17
2.1 Primeiras Considerações	18
2.2 Periodização do pensamento político de John Austin	24
2.2.1 <i>A fase do radicalismo benthamiano</i>	24
2.2.2 <i>A fase política moderada</i>	33
2.2.2.1 <i>A carreira docente</i>	33
2.2.2.2 <i>As Comissões de Reforma</i>	46
2.2.3 <i>A fase do conservadorismo político</i>	48
3 O CONCEITO POSITIVISTA DE DIREITO DE JOHN AUSTIN	53
3.1 O positivismo jurídico e a teoria juspostivista de John Austin.....	53
3.1.1 <i>A rejeição do jusnaturalismo e a formulação da tese social</i>	55
3.1.2 <i>Tese da separação entre o direito e a moral</i>	59
3.1.3 <i>Os tipos de positivismo jurídico</i>	64
3.2 Delimitando a província da teoria do direito	75
3.2.1 <i>O papel das leis divinas no utilitarismo austiniano</i>	76
3.2.2 <i>A moral positiva</i>	86
3.2.3 <i>As leis positivas</i>	88
3.3 A essência das normas jurídicas e seu traço distintivo	89
3.3.1 <i>A teoria imperativista de John Austin</i>	90
3.3.2 <i>A fonte do direito positivo</i>	109
4 OS REFLEXOS DO CONCEITO AUSTINIANO DE DIREITO EM SUA TEORIA DA APLICAÇÃO DO DIREITO	133
4.1 A teoria da interpretação de John Austin	136
4.2 Os casos de ampla vinculação judicial	152
4.3 Os casos intermediários de vinculação judicial	156
4.3.1 <i>A indeterminação da linguagem</i>	156
4.3.2 <i>A interpretação espúria “ex ratione legis”</i>	170
4.4 Os casos de total ausência de vinculação jurídica	175

5 CONCLUSÃO	195
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	201

1 INTRODUÇÃO

A proposta desta dissertação é estudar o pensamento jurídico de um autor que escreveu os seus textos sobre filosofia do direito na primeira metade do século XIX. Além do tempo que nos afasta de sua obra, há também o problema da distância cultural, já que seu trabalho se situa no horizonte do *Common Law*, uma tradição jurídica que compreende o direito de modo bem diverso da nossa cultura romano-germânica.

John Austin é um dos primeiros representantes de uma das tradições mais significativas na história da filosofia do direito contemporânea, a saber, o positivismo jurídico. Ao formular sistematicamente em sua teoria jurídica a tese social e a tese da separação entre o direito e a moral, o autor contribuiu significativamente para o desenvolvimento dessa concepção teórica sobre o direito.

Sua elaboração de um conceito positivista de direito está alicerçada em dois fundamentos teóricos básicos: em sua teoria imperativista da norma jurídica (que afirma que toda norma é essencialmente um comando) e em seu conceito operacional de soberano, compreendido como a fonte, direta ou indireta, de todo direito positivo.

Mas, se o seu conceito de direito tem sido estudado à exaustão desde a sua morte, as suas concepções sobre a interpretação e a aplicação do direito não tiveram a mesma sorte. Ainda é pertinente e atual a queixa feita por Rumble (1985), em meados da década de 80, de que pouca atenção tinha sido dedicada à teoria austiniana da elaboração judicial do direito. Isso se deve em parte ao fato de que, no estudo de sua teoria jurídica, as seis lições que compõem *The Province of Jurisprudence Determined* – obra que trata apenas do conceito de direito – receberam um foco infinitamente maior do que as demais lições de Austin.

Trivisonno (2014) observou que o *conceito* e a *aplicação* do direito são as duas questões fundamentais da filosofia do direito desde os seus primórdios. Embora Austin, como os juristas analíticos em geral, tenha se dedicado mais detidamente à primeira questão, ele também deixou textos muito relevantes sobre aplicação do direito, nos quais se encontram intuições hermenêuticas muito à frente de seu tempo. Nestes textos, Austin discute – ainda que de forma bem menos sistemática do que quando analisa o conceito do direito – o problema de sua aplicação e o modo como os juízes decidem os casos concretos. Austin também

deixou alguns escritos, em estado fragmentário, sobre interpretação do direito (ainda bem pouco explorados).

A necessidade de envolver as questões do conceito e da aplicação do direito pode ser extraída da própria ideia que Austin possuía do que era a teoria jurídica (*Jurisprudence*¹). Segundo ele, “a teoria do direito se é alguma coisa, é a ciência do direito, ou ao menos, *a ciência do direito combinada com a arte de aplicá-lo*” (AUSTIN, 1911, p. 218, grifos nossos, tradução nossa).²

Neste trabalho parte-se da premissa fundamental de que existe uma implicação teórica necessária entre os discursos sobre o conceito e a aplicação do direito, isto é, sustenta-se que uma formulação teórica sobre aquilo que o direito é vai se refletir, direta e inevitavelmente, nas formulações sobre sua aplicação. Moreso (2004) destacou que uma das questões centrais do positivismo jurídico contemporâneo é estabelecer quais são os reflexos do conceito juspositivista do fenômeno jurídico em relação à aplicação do direito.

A partir dessa premissa, coloca-se o seguinte problema de pesquisa: a teoria da interpretação e da aplicação do direito de John Austin mantém-se coerente com o seu conceito de direito, entendido como conjunto de comandos gerais emitidos, direta ou indiretamente, pelo soberano de uma sociedade política independente? Como o conceito de direito austiniano se reflete no modo como os juízes decidem os casos?

É possível perceber, já em uma primeira aproximação, que existe uma forte ligação entre seu conceito de direito e sua teoria da aplicação. Tanto a teoria

¹ A palavra “jurisprudência”, proveniente do direito romano, assumiu sentido bem diferente no Brasil e nos países de língua inglesa (*Jurisprudence*). Em nosso país, o termo assumiu o significado de decisões reiteradas de um tribunal sobre um mesmo assunto e em um mesmo sentido. O termo inglês, entretanto, possui sentido mais próximo ao original, significando teoria ou ciência do direito. No Brasil, Miguel Reale (1999) utiliza o termo jurisprudência como sinônimo de ciência do direito. Sempre que necessário traduzi o termo por ciência do direito ou teoria do direito. Alguns tradutores preferem traduzir *Jurisprudence* por “Filosofia do Direito”. Essa foi, por exemplo, a opção feita pelo tradutor de Morrison (2012). O tradutor de Bodenheimer (1966), por seu turno, preferiu traduzir o termo por “Ciência do Direito”. Larenz (1997) também fala em jurisprudência como sinônimo de ciência do Direito. Em relação à teoria jurídica de Austin é preferível falar em “ciência do direito” ou “teoria do direito”. A primeira expressão possui a vantagem de indicar seu projeto cientificista (positivista) de elaboração de uma verdadeira ciência do direito similar às ciências naturais. Mas, de qualquer forma, ambas as expressões permitem dar conta da divisão de Austin entre *General Jurisprudence* (teoria geral do direito ou ciência geral do direito) e *Particular Jurisprudence* (teoria particular do direito ou ciência particular do direito), o que parece ser mais difícil em relação à expressão “filosofia do direito”.

² Now jurisprudence, if it is anything, is the science of law, or at most the science of law combined with the art of applying it.

hermenêutica de Austin, quanto a sua explicação da atividade decisória dos juízes mantêm-se, em geral, coerentes com a sua formulação conceitual do direito.

No que tange à teoria da interpretação, o objetivo central de Austin é indicar de que modo é possível identificar a vontade do soberano, o que relaciona a sua hermenêutica jurídica com a teoria da norma imperativa e com a sua definição das fontes do direito.

Já em relação à atividade decisória dos juízes, o desenvolvimento teórico proposto por Austin liga-se diretamente a sua definição de soberania. Ao soberano pertence os poderes de julgar e de legislar. Comumente, entretanto, o poder de julgar é delegado aos juízes e aos tribunais (autoridades subordinadas), caso em que estes atuam decidindo os casos a partir da aplicação do direito pré-existente (seja ele uma lei ou um precedente). Outras vezes, além do poder de julgar, os juízes e tribunais recebem do soberano uma parcela de seu poder legislativo. Por essa razão, eles estão autorizados a criar direito novo quando da decisão de determinados casos. Com isso, Austin ensaia uma explicação teórica – fundada na delegação de poder do soberano – para o poder discricionário dos magistrados.

O que se pretende, portanto, com este trabalho, é compreender como Austin teorizou a atividade decisória dos magistrados de modo coerente com o seu o conceito de direito. Além disso, pretende-se explicitar os limites necessariamente fixados por sua definição de direito ao seu discurso teórico sobre a aplicação judicial de normas jurídicas.

Para alcançar esse objetivo, desenvolveu-se uma pesquisa de cunho jurídico-interpretativo no âmbito da filosofia do direito. Trata-se de pesquisa essencialmente bibliográfica, que se concentra especialmente sobre as fontes primárias (obras do autor), sem desconsiderar, no entanto, as fontes secundárias, compostas por outras pesquisas sobre a teoria de Austin, que se avolumaram, principalmente, a partir da década de 80.

Utilizou-se, para tanto, um instrumental hermenêutico que procurou compreender a teoria do autor em sua melhor luz. Não se pretendeu, portanto, desenvolver uma interpretação correta ou objetivamente válida dos textos austinianos, mas sim atualizá-los (sem, obviamente, deturpá-los) a partir do nosso próprio horizonte hermenêutico de compreensão.

Nisso situa-se, por exemplo, a proposta de incluir o positivismo jurídico de Austin no espectro do positivismo ético ou normativo, a defesa de que o seu

conceito imperativista de comando se afasta, em determinado aspecto, de uma dimensão psicologizante, e a proposta de compreender o seu conceito de soberania de modo a nele incluir a teoria do poder constituinte originário.

No que tange ao caminho a ser seguido, é preciso iniciar com um discurso sobre alguns aspectos da vida de Austin, a fim de situar o contexto hermenêutico no qual ele desenvolveu sua teoria do direito, verificar quais foram as suas principais influências, acompanhar o desenvolvimento de seu pensamento político e noticiar suas obras publicadas em vida e postumamente (capítulo 2).

Em seguida, é preciso analisar o conceito de direito elaborado por Austin. Entre seus objetivos principais estava o intuito de restringir do objeto da ciência do direito ao estudo do direito positivo e, para tanto, Austin dedicou-se, de forma rigorosa e sistemática, à definição do direito e de outras esferas normativas próximas, a fim de evitar uma possível (e frequente) confusão entre elas (capítulo 3).

Por fim, faz-se necessário discorrer sobre sua abordagem teórica da aplicação judicial das normas jurídicas, relacionando-a com sua prévia definição do direito. Isso envolve o estudo de suas reflexões sobre a atividade jurisdicional, que ocorre tanto quando os juízes interpretam e aplicam o direito pré-existente, como quando elaboram e aplicam o direito recém-criado (capítulo 4).

Atingir o objetivo proposto é importante por, pelo menos, duas razões: a) primeiro, porque a feição histórica do trabalho (história do pensamento jurídico) pode contribuir para uma melhor compreensão da tradição juspositivista, na qual Austin se insere, e sabe-se que o positivismo jurídico ainda ocupa o centro das discussões metodológicas no âmbito do direito, mesmo quando serve como referência para abordagens não-positivistas; b) depois, porque a pesquisa pode fornecer subsídios (ainda que bem limitados) para um estudo mais amplo da importante relação entre conceito e aplicação do direito. Um estudo desses dois pilares teóricos da filosofia do direito em John Austin certamente ajudará a compreender um pouco melhor a ligação que, em geral, se estabelece entre eles. Isso é algo relevante, especialmente quando se pensa que a necessidade de uma relação de coerência lógica entre esses dois temas faz com que uma concepção prévia sobre o que o direito é termine por limitar o campo discursivo de uma teoria sobre a sua aplicação.

Frequentemente, os representantes do positivismo jurídico se queixam de que seus críticos têm dirigido seus ataques, comodamente, a uma “caricatura teórica” do positivismo, descurando de uma análise mais detida dessa teoria.³ Seja ou não verdadeira essa alegação, é inegável a necessidade ou a conveniência de conhecer sempre mais e melhor aquilo que se pretende transcender.

Por isso, revela-se importante o estudo da obra de John Austin, autor situado em posição historicamente estratégica para quem deseja compreender melhor o positivismo jurídico. Acrescente-se a isso o fato de que o estudo da obra do autor tem sido especialmente negligenciado no Brasil, onde praticamente não existem estudos específicos sobre o trabalho de Austin nem traduções de quaisquer de suas obras para o português.

³ Essa consideração aparece, por exemplo, em Dimoulis (2006) e em Campbell (2002).

2 VIDA E OBRA DE JOHN AUSTIN

Em todo texto que pode ser compreendido encontramos algo que nos é familiar e algo que nos provoca estranhamento. No encontro que necessariamente ocorre entre o horizonte hermenêutico de um texto e o nosso próprio horizonte vivenciamos o contato entre aquilo que é nosso e aquilo que é do outro.⁴

E quando nos propomos a estudar a teoria jurídica de um autor que está distanciado de nós pelo tempo e pelo espaço esse estranhamento tende a aumentar. Praticamente todos os trabalhos de John Austin situam-se na primeira metade do século XIX, momento de significativas mudanças sociais e políticas na Europa. Além disso, seus escritos situam-se no interior de uma tradição jurídica (*Common Law*) que mesmo hoje é significativamente diversa da nossa.

Por essa razão, é necessário iniciar esse estudo com uma notícia sobre a vida do autor, sua produção acadêmica e sobre o contexto hermenêutico no interior do qual Austin escreveu. Não se trata de elaborar uma biografia de Austin⁵, mas apenas de escrever algumas linhas que possam nos aproximar de sua obra e de seu contexto histórico, a fim de diminuir um pouco o inevitável estranhamento hermenêutico.

John Austin é um daqueles teóricos do direito cuja obra é reconhecida, mas pouco conhecida. Embora seja considerado um dos arautos do positivismo jurídico e um dos fundadores da escola analítica do direito, Austin poucas vezes tem sido estudado mais a fundo. Mesmo seus mais nobres comentadores, como Herbert L. A. Hart, costumam ser acusados de analisar seus escritos de forma incompleta e descontextualizada.⁶ Essa situação tende a se intensificar no Brasil, onde praticamente não existem estudos específicos sobre o trabalho de Austin nem traduções de quaisquer de suas obras para o português.

⁴ As considerações sobre a existência de algo “estranho” e de algo “familiar” em toda compreensão possível encontram-se em Schleiermacher (2006). Sobre a questão da fusão de horizontes hermenêuticos conferir Gadamer (2013).

⁵ Já existe, aliás, uma excelente biografia de John Austin e de sua esposa, Sarah Austin, elaborada por Lotte Hamburger e Joseph Hamburger (1985).

⁶ Morrison refere-se a uma interpretação descontextualizada da obra de Austin e da necessidade de resgatar Austin dos comentaristas (MORISSON, 2012, p. 258-262). Rumble, por seu turno, fala da necessidade de fazer justiça a Austin, referindo expressamente, entre outras coisas, à leitura seletiva de sua obra feita por Hart (RUMBLE, 2005, p. 1-12). Moles (1985) também sustentou que as críticas hartianas à teoria jurídica de Austin foram descontextualizadas.

Por tudo isso, e especialmente em razão da posição historicamente estratégica que ele ocupa para quem deseja compreender melhor o positivismo jurídico, julgamos que é importante saber um pouco mais sobre John Austin.

2.1 Primeiras Considerações

John Austin nasceu em 03 de março de 1790, provavelmente em Creeting Mill, Suffolk, na Inglaterra, e foi um dos precursores do positivismo jurídico no século XIX e da escola analítica de estudo do direito (RUMBLE, 2005).

O período em que viveu coincide, em termos práticos, com o período da história britânica conhecido como a “época do progresso” (*age of improvement*), que se estende de 1783 a 1867 e representa um momento de fortes transformações sociais e econômicas na Grã-Bretanha (MANSILLA, 2001; RUMBLE, 1985).

Austin era o primogênito dos sete filhos de Jonathan e Anne Austin, uma família britânica de classe média (RUMBLE, 1985).

Jonathan Austin era moleiro e comerciante de trigo e havia enriquecido durante as guerras napoleônicas. Em virtude do bloqueio comercial imposto pela França à Inglaterra, Jonathan Austin firmou vários contratos com o Governo e, em razão dessa circunstância, parece ter sido o primeiro de sua família a obter alto grau de prosperidade financeira (ARGÜELLES, 2002; HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; MORISON, 1982).

Apesar de sua rudimentar instrução formal – Rumble (1985) relata que ele foi autodidata –, e, talvez por essa razão, Jonathan preocupou-se intensamente com a formação intelectual de seus filhos (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

E, embora nada se saiba sobre a educação de John Austin – apenas que ele próprio afirmou certa vez ter estudado em uma escola particular (RUMBLE, 2005) –, Jonathan parece ter tido êxito na educação de seus filhos a julgar pelo balizado testemunho de John Stuart Mill, para quem Jonathan Austin “devia ser um homem de notáveis qualidades”, já que “todos os seus filhos possuíam aptidões pouco comuns e eram perfeitos cavalheiros” (MILL, 2006, p. 79).

Sobre a mãe de Austin pouco se sabe, havendo notícia apenas de que ela era filha de um pequeno fazendeiro e uma mulher bem instruída, tendo inclusive inspirado em seu marido a paixão por apreender. Sabe-se, também, que ela possuía uma delicada constituição física e uma personalidade marcada por profunda

religiosidade, sujeita a constantes estados depressivos (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893; RUMBLE, 2005).

A fragilidade física e emocional de Anne teria sido herdada por John Austin (ROSS, 1893).⁷ Um amigo de John Austin e de sua esposa (Sarah Austin), Barthélemy St. Hilaire, o descreveu do seguinte modo:

Intensamente nervoso e frequentemente doente, ele amava a solidão, e mesmo em sua própria casa ninguém o via até o jantar, do qual ele nem sempre participava. Triste por natureza e um profundo pensador, ele falava pouco, mas quando o fazia era com extraordinária veemência e eloquência (ROSS, 1893, p. vii, tradução nossa).⁸

Como assinala Rumble (1985), os primeiros anos da vida de John Austin foram profunda e diretamente marcados pelas guerras napoleônicas. Ele cresceu na cidade de Ipswich – à época uma guarnição militar –, e ao que parece assistia com entusiasmo as manifestações militares em sua cidade (bandas marciais e tropas em marcha).

Provavelmente motivado por um profundo sentimento anti-napoleônico, John Austin se alistou no Exército da Coroa três semanas antes de completar 17 anos, em 12 de fevereiro de 1807 (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

Sua carreira no exército britânico parece ter se iniciado com êxito, pois, no ano seguinte ao de seu ingresso, Austin foi indicado ao posto de tenente. Algum tempo depois, foi enviado para a Sicília onde passou três anos defendendo a ilha de um possível ataque das forças napoleônicas que nunca chegou a ocorrer (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

O descontentamento de Austin com a carreira militar foi crescendo ao longo dos anos, mas se exacerba em 1811. Austin, no entanto, relutou muito em abandonar o exército e iniciar uma nova carreira. Protelou uma decisão definitiva se licenciando das forças armadas em março de 1812 por um período de seis meses. Um dia após o pedido de licença, contudo, Austin recebe uma carta de seu pai que deve ter exercido influência significativa em sua posterior decisão. A carta de Jonathan Austin pedia que John deixasse o exército, já que seu filho mais novo

⁷ Para um relato mais detalhado dos problemas de saúde, ansiedade e depressão de John Austin conferir Joseph Hamburger e Lotte Hamburger (1985), especialmente p. 61-63.

⁸ Intensely nervous and often ill, he loved solitude, and even in his own house no one saw him until dinner, at which he did not always assist. Sad by nature, and a deep thinker, he spoke little, but when he did it was with extraordinary vehemence and eloquence.

(Joseph Austin) havia morrido de febre amarela enquanto servia em um navio de guerra. Na carta, Jonathan Austin também prometia auxílio financeiro a John até que ele conseguisse uma nova profissão (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; MORISON, 1982; ROSS, 1893).

Após permanecer por cinco anos no exército, John Austin voltou para a casa de seus pais em Ipswich e requereu baixa nas forças armadas ao término da mencionada licença.⁹ Em casa, Austin protela por muitos meses a iniciativa de seguir para uma nova carreira e recrimina-se constantemente, em seu diário, pelo adiamento (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

Embora não se saiba ao certo a data, Rumble (2005) relata que Austin iniciou seus estudos jurídicos em 1813¹⁰ na *Inner Temple*, como *equity draftsman*¹¹. À época, o ensino do direito na Inglaterra era essencialmente prático. O estudante que pleiteasse o título de *bar*¹² deveria ingressar em uma das quatro *Inns of Court*¹³ e obter conhecimento jurídico lendo obras jurídicas, assistindo aos julgamentos nos Tribunais e trabalhando nos escritórios de advocacia (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; MORISON, 1982; RUMBLE, 1985).

É interessante notar, desde já, que Austin decidiu estudar um segmento do direito inglês, a *equity*, que sempre esteve mais próximo do direito continental e mais aberto à influência do direito romano e canônico.¹⁴ De fato, a *equity* possui normas

⁹ Sobre a possível influência da experiência militar de Austin (e de uma decorrente reverência à autoridade) em sua teoria do direito conferir a análise de Rumble (1985, p. 12-14).

¹⁰ Há estudiosos, entretanto, que apontam o início de seus estudos jurídicos no ano 1814 (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985). Há relatos de que no período em que esteve servindo ao exército na Sicília, Austin, descontente com sua carreira, começa a desenvolver forte interesse pelas leituras filosóficas e jurídicas (RUMBLE, 2005). De qualquer modo, não é exata a afirmação de Argüelles (2002) de que Austin iniciou seus estudos jurídicos em 1812, ao menos, não no sentido de estudo institucionalizado do direito.

¹¹ Trata-se de um tipo de advogado (*barrister*) que atua no segmento jurídico inglês da *equity*.

¹² Na Inglaterra, a atividade jurídica que corresponde à advocacia no Brasil é exercida por dois tipos de profissionais: os *solicitors* e os *barristers*. Os *solicitors* são os profissionais do direito que se relacionam diretamente com os clientes, prestando consultoria jurídica e resolvendo problemas jurídicos contenciosos e não contenciosos. São também responsáveis pela preparação inicial de uma causa. Os *barristers* são proibidos de manter contato direto com os clientes – a relação deve ser intermediada pelos *solicitors* – e têm a prerrogativa de atuar com exclusividade perante os tribunais, assumindo a causa em momento posterior (DAVID, 2000; GIFIS, 2010).

¹³ A pessoa que pretende tornar-se um *barrister* (*bar*) na Inglaterra precisa ingressar em uma das quatro associações profissionais conhecidas como *Inns of Courts*, que são responsáveis pela avaliação dos candidatos e por atribuir aos aprovados o título de *bar*. As quatro *Inns* são *Gray's Inn*, *Lincoln's Inn*, *Inner Temple* e *Middle Temple*, todas sediadas em Londres (ARGÜELLES, 2002; DAVID, 2000).

¹⁴ Vale transcrever, neste ponto, a observação de René David: “o direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência da *common law*”. Contudo, “a revolução que teria conduzido a

bem destacadas das regras do *common law*, pois surge historicamente como um sistema jurídico complementar e corretivo em relação a este (DAVID, 1998).

A constituição histórica do direito inglês provocou uma estrutura dualista em que convivem duas tradições jurídicas bem demarcadas, a saber, o *common law* e a *equity*. Enquanto as regras de *common law* surgiram e se desenvolveram graças à atividade dos Tribunais Reais de Westminster a partir do século XIII, as regras da *equity* foram estabelecidas pela atividade da Corte da Chancelaria no século XV e se desenvolveram especialmente no século XVI (DAVID, 1998; DAVID, 2000).

Como afirma René David:

[...] o direito inglês teve, desde o século XV, uma estrutura dualista que o opõe aos direitos do continente europeu. Ele é composto, de um lado, da *common law*, constituída *stricto sensu* pelas regras definidas pelas Cortes Reais de Westminster (Cortes de *common law*) e, de outro, pela *equity* (*rules of equity*), que consiste nos “remédios” admitidos e aplicados por uma Corte Real específica, a Corte da Chancelaria (DAVID, 2000, p. 9).

As Cortes Reais de Westminster, que gradativamente substituíram as jurisdições locais, impuseram um direito de viés casuístico, que, em seu início, tinha como núcleo um conjunto de regras processuais, dedicando pouca atenção a regras de direito material. Como esse sistema de direito era imposto em todo território inglês, utilizou-se a denominação *common law* ou *comune ley* (DAVID, 1998; DAVID, 2000). No dizer de David, naquele momento, “a *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra” (DAVID, 1998, p. 286).

Por outro lado, em decorrência das limitações inerentes às Cortes Reais, surge a prática cada vez mais frequente de peticionar diretamente ao Rei, a fim de que este reformasse as decisões daquelas Cortes, com base em uma jurisdição de equidade. Com a acentuada ampliação do número de petições a partir do século XVI, o Rei incumbiu o Chanceler de julgar os pedidos. Da atividade judicante da Chancelaria resultam as regras jurídicas da *equity*, destinadas a complementar e corrigir as regras jurídicas do *common law* (DAVID, 1998; DAVID, 2000).

Inglaterra para a família dos direitos romano-germânicos não se realizou; foi concluído um compromisso para que subsistissem, lado a lado, em equilíbrio de forças, os tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler” (DAVID, 1998, p. 297).

Essa consideração é importante, já que a proximidade de John Austin com o direito romano-germânico, seja por sua especialização na *equity*, seja por seu notório conhecimento do direito romano, seja ainda por seu minucioso estudo do direito alemão, o colocou em uma situação hermenêutica muito singular, pois ele se encontrava, no dizer de Mansilla (2001), a meio caminho entre duas tradições jurídicas bem distintas.

No período em que esteve em casa após a baixa do exército, e antes de iniciar seus estudos jurídicos, entre 1812 e 1814, Austin visitava os Taylors, em Norwich (Inglaterra), antigos amigos de sua família, ocasião em que conheceu sua futura esposa, Sarah Taylor (MANSILLA, 2001).

Sarah era a filha mais nova de uma família tradicional e influente em Norwich, família cuja história política, religiosa e cultural é bem documentada desde o século XVII. O pai de Sarah havia sido aristocrata do ramo da manufatura de lã, que sofreu declínio em seus negócios após a revolução industrial, mas que soube, sabiamente, diversificar seus investimentos e superar a crise sem maiores perdas (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

Sarah, que segundo sua neta, Janet Ross (1893), era a mais bonita e talentosa dos sete filhos, recebeu uma educação liberal e progressista, conduzida de forma direta por sua mãe, com tutores e pequenos grupos de estudo, tendo adquirido leitura fluente em quatro idiomas durante a infância e a adolescência – latim, francês, italiano e alemão (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893).

Tornou-se escritora, jornalista política e, principalmente, tradutora de obras literárias, possuindo, na avaliação de Rumble (1985), um gracioso estilo de escrita. Seu conhecimento da língua alemã possibilitou que ela traduzisse inúmeras obras para o inglês em um momento em que o conhecimento das ideias e da literatura alemãs era ainda muito limitado na Grã-Bretanha (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

Austin pede Sarah em casamento no ano de 1814¹⁵ e, após forte relutância, os pais de Sarah consentiram com o noivado (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893).¹⁶ Segundo Lotte Hamburger e Joseph Hamburger,

¹⁵ A carta em que Austin pede Sarah em noivado é, na avaliação de Rumble (1985), um dos documentos mais singulares na história da instituição do casamento, não só em virtude da forma, mas também de seu conteúdo. Em um estilo afetado, presunçoso e legalista, com numeração ordinal dos parágrafos, Austin fez sua *proposta condicional* de casamento (MORISON, 1982). Propõe uma

Quando Sarah Tylor anunciou seu noivado com John Austin em 1814 houve bastante agitação em alguns círculos de Norwich. [...] A caçula de sete filhos, dotada de impressionante beleza e dons mentais abundantes, após alguns envoltimentos amorosos temerários, estava fazendo uma escolha que surpreendeu a quase todos. Seus amigos acharam incoerente que em sua extrema vivacidade, a atraente jovem de vinte e um anos de idade tenha preferido o sombrio, austero John Austin a todos os seus outros pretendentes (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985, p. 3, tradução nossa).¹⁷

De fato, Sarah possuía personalidade bem diversa da do melancólico Austin, pois segundo o relato de sua neta ela era uma jovem extremamente graciosa, amante da vida social e repleta de energia e de entusiasmo (ROSS, 1893).

Sarah esperou pacientemente até que Austin concluísse seus estudos e adquirisse, em 1818, o título de *barrister*.¹⁸ O casamento ocorreu no final de agosto de 1819 na Igreja Anglicana de St. George's Colegate e o casal fixou residência em Londres, na *Queen Square*, tendo como vizinhos Jeremy Bentham e James Mill (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; RUMBLE, 2005).

Cerca de dois anos após o casamento, em 24 de junho de 1821, nasce a única filha do casal, Lucie Austin, mais tarde, Lucie Duff-Gordon (1821-1869). Tiveram também uma neta, Janet Ross (1842-1927). Tanto a filha quando a neta do casal se tornaram talentosas escritoras (ARGÜELLES, 2002; MORISON, 1982; ROSS, 1893).

parceria intelectual a Sarah (exortando-a a fazer determinadas leituras), prevê uma lista de obstáculos que precisariam enfrentar com sacrifício (entre eles a incerteza de seu futuro profissional) e a convida a uma autoavaliação moral, com vista ao melhoramento pessoal. Pede também à futura esposa apoio emocional para ajudá-lo a superar sua tendência depressiva (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

¹⁶ Entre outros motivos, o pedido de Austin ocorre em um momento inusitado, já que ele ainda precisaria estudar por mais três anos para obter o título de *bar* e durante esse período continuaria sob a dependência econômica de seu pai (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

¹⁷ When Sarah Taylor announced her engagement to John Austin in 1814, it created quite a stir in some Norwich circles. [...] The youngest of seven children, endowed with striking beauty and abundant mental gifts, she was, after some incautious entanglements, making a choice that surprised nearly everyone. Her friends found it incongruous that this exceedingly lively, flirtatious twenty-one-year-old-girl should prefer the sombre, austere John Austin to all her other admirers.

¹⁸ Como *bar*, Austin passou a exercer a função profissional de *conveyancer* (ramo da advocacia que lida com a transferência de propriedade), atuando durante os sete anos seguintes como *equity draftsman* na *Lincoln's Inn* (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ARGÜELLES, 2002; GIFIS, 2010).

2.2 Periodização do pensamento político de John Austin

Segundo Lotte Hamburger e Joseph Hamburger (1985), é possível distinguir três etapas na formação do pensamento político de Austin: a) o inicial radicalismo benthamiano; b) a formação de uma teoria política original, marcada por um recuo em relação ao radicalismo anterior (fase política moderada); c) e seu conservadorismo político pós-1848.

Esse esquema de periodização, que considera as alterações no pensamento político de Austin, é útil em termos didáticos, especialmente quando se considera que o autor é pouco estudado no Brasil. Neste capítulo, adotaremos as fases de periodização dos biógrafos dos Austin, procurando relacionar os estágios de seu pensamento político com sua produção intelectual: a) a fase do radicalismo político, na qual Austin escreveu apenas dois artigos em periódicos sobre questões jurídicas pontuais; b) a fase política moderada, que representa a fase mais produtiva intelectualmente, momento de elaboração de todos os seus escritos especificamente jurídico-filosóficos; e c) a fase do conservadorismo político, na qual são publicados três escritos político-econômicos conservadores.

2.2.1 A fase do radicalismo benthamiano

A casa dos Austin na *Queen Square* tornou-se o centro de ativa vida intelectual em Londres, frequentada pelos mais importantes pensadores ingleses do período, entre os quais destacam-se seus vizinhos e amigos, Jeremy Bentham e James Mill (ROSS, 1893; RUMBLE, 1985).

Segundo a neta do casal, “embora os Austin fossem pobres, o conhecimento e a brilhante eloquência de John Austin e os talentos e a beleza de sua esposa fizeram de sua casa um *resort* das pessoas mais destacadas e cultas de sua época” (ROSS, 1893, p. 62-63, tradução nossa).¹⁹

O momento em que fixaram residência em Londres era inteiramente propício às discussões políticas. Era uma época de grande agitação em todas as camadas sociais. Trata-se de um período da história britânica em que diversos setores sociais

¹⁹ Though the Austins were poor, the learning and glowing eloquence of John Austin and the talents and beauty of his wife made their house a resort of the most remarkable and cultivated people of that time.

(religiosos, filósofos e trabalhadores), descontentes com o modelo político vigente, uniram-se, apesar de suas discrepâncias intelectuais, para exigir a ampliação das liberdades públicas e um sistema parlamentar mais representativo (MANSILLA, 2001). Os Austin viviam, portanto, no epicentro de um importante movimento reformista e a proximidade com Bentham e Mill os coloca na ponta de um movimento de reforma política e social na Inglaterra.²⁰

A influência de James Mill sobre John Austin foi notável. Segundo Lotte Hamburger e Joseph Hamburger (1985), embora fosse dezessete anos mais jovem que James Mill, John Austin, assim como David Ricardo e George Grote, desenvolveu uma amizade muito próxima com ele²¹, o que o aproximou de muitas pessoas proeminentes em seu tempo.

Os jovens que se reuniam à volta de James Mill, entre eles seu filho, John Stuart Mill, formaram, posteriormente, um grupo que ficaria conhecido como “filósofos radicais” (*philosophic radicals*). A cartilha do radicalismo filosófico foi explicada por Stuart Mill (2006): o grupo combinava a filosofia de Bentham, a moderna política econômica, a metafísica de Hartleian e o princípio da população de Malthus. Em termos políticos, o radicalismo filosófico possuía irrestrita confiança no governo representativo e na absoluta liberdade de expressão. Na ética, a base utilitarista do grupo sinalizava para importância do bem-estar da humanidade e, em psicologia, os radicais acreditavam na formação do caráter pelas circunstâncias, o que os faziam depositar fortes esperanças na educação como forma de aperfeiçoamento humano.

Austin não pertenceu ao grupo dos “filósofos radicais”, mas, no início da década de 1820, concordava com muitos, senão todos, os dogmas explicitados por Stuart Mill: era um grande admirador de Bentham, um forte proponente da moderna política econômica do *laissez-faire*, acreditava na metafísica de Hartleian e era um entusiasta do princípio da população de Malthus. Em termos políticos, Austin também criticou o caráter aristocrático do governo britânico de seu tempo e

²⁰ Consoante Rumble (1985 e 2005), os utilitaristas eram o grupo mais importante de reformadores seculares na Inglaterra naquele momento. Mansilla (2001) também observou que o liberalismo do radicalismo filosófico foi a força intelectual de maior importância prática no século XIX, havendo cooperado ativamente em muitas reformas jurídicas da primeira metade do século.

²¹ Alexander Bain, biógrafo de James Mill, aponta John e Sarah Austin como os amigos mais próximos de James Mill (BAIN apud RUMBLE, 1985).

defendeu a necessidade de democratização do Parlamento (MANSILLA, 2001; RUMBLE, 1985).

Apesar disso, não se pode dizer que Austin foi um discípulo de James Mill. Pelo menos, esse era o entendimento de John Stuart Mill, para quem Austin,

ao contrário de Mr. Grote, não foi de modo algum discípulo de meu pai, mas, mediante a leitura e a reflexão, alcançou um número considerável de opiniões semelhantes, modificadas por sua própria e forte personalidade. Era um homem de grandes faculdades intelectuais, que se manifestavam, em toda a sua excelência, no curso de uma conversação, pelo vigor e riqueza expressiva com que, no calor de uma discussão, sustentava pontos de vista sobre os assuntos mais gerais, e pela impressão que dava de possuir uma vontade firme e, ao mesmo tempo, controlada e refletida (MILL, 2006, p. 79).

A proximidade entre as famílias fez com que os Austin contribuíssem diretamente para a educação de John Stuart Mill, que havia sido submetido a um rígido modelo de educação privada conduzido por seu pai. O jovem Mill era tratado como um filho na casa dos Austin: brincava com Lucy, a filha do casal, viajava nas férias com a família e confidenciava intimidades (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; MORISON, 1982).

Sarah Austin ajudou a preparar o jovem Mill para a temporada que este passou na França e também foi sua professora de alemão, sendo certo que John Stuart Mill escrevia para ela até 1848, data em que se desentenderam, rompendo completamente o contato²² (MORISON, 1982).

John Austin, por seu turno, foi seu tutor em direito romano e direito inglês durante o inverno de 1821-1822. John Austin e John Stuart Mill desenvolveram uma forte amizade que perdurou durante toda a vida de Austin, mesmo após o desentendimento entre Mill e Sarah (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

Mais tarde, Stuart Mill reconheceu a importância de John Austin para sua formação pessoal:

A influência que teve sobre mim foi muito saudável. Foi uma influência moral, no melhor sentido do termo. Teve por mim um amável e sincero interesse, muito maior do que normalmente um homem de sua idade, de

²² As causas que levaram à ruptura da amizade de Sarah e Stuart Mill são desconhecidas. Há, entretanto, especulações sobre a questão, podendo ser citadas: a) as diferenças políticas entre eles; b) a reprovação de Sarah em relação ao relacionamento amoroso de Mill com sua futura esposa (Harriet Taylor); c) ciúmes da esposa de Mill em relação a Sarah; e d) a postura antifeminista assumida por Sarah em artigo publicado em 1849 (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

sua posição e de sua aparente severidade de caráter dedicaria a um simples jovem. Havia em sua conversa e em sua conduta um tom de elevação moral que não se manifestava, caso existisse de fato, nas outras pessoas com as quais eu me relacionava naquela época. Minha relação com ele foi tanto mais benéfica quanto Mr. Austin possuía um tipo mental diferente de todos os demais intelectuais que eu frequentava: desde o início, ele atuou decididamente contra os preconceitos e a estreiteza de visão que quase seguramente se encontram em um jovem formado em um particular estilo de pensamento e em um círculo social específico (MILL, 2006, p. 80-81).

Stuart Mill ajudou a divulgar a filosofia do direito de Austin com as resenhas que fez de seus trabalhos, especialmente a longa resenha que fez à primeira edição póstuma das *Lectures on Jurisprudence* (MANSILLA, 2006). Além disso, Mill enviou suas notas de aula do período em que foi aluno de Austin na Universidade de Londres, para ajudar a completar a edição das *Lectures on Jurisprudence* (MANSILLA, 2001 e 2006).

Mas, em que pese a proximidade com os Mill, foi, sem dúvida, Jeremy Bentham quem exerceu maior influência sobre o pensamento Austin. Bentham foi o precursor do utilitarismo ético e estabeleceu o princípio da utilidade como meta ou critério geral de avaliação da ação humana: o princípio de correção moral utilitarista consiste na análise daquilo que produz a maior medida possível de satisfação ou felicidade ao maior número possível de pessoas (SANDEL, 2015; STÖRIG, 2008).

No início da década de 1820 Austin era mais do que um admirador de Bentham: era um verdadeiro adorador. Segundo Mansilla, foi “a devoção que Austin sentia pelas doutrinas de Bentham e sua admiração pelo autor” que “o levaram a estabelecer sua residência junto à de seu mestre” (MANSILLA, 2001, p. 45, tradução nossa).²³ Rumble chega a afirmar que “a palavra ‘discípulo’ não é um termo forte o bastante para descrever a relação inicial de Austin com Bentham” (RUMBLE, 1985, p. 17, tradução nossa).²⁴

O fascínio de Austin em relação a Bentham nesse período é facilmente constatável pelo teor da carta que o primeiro escreveu ao segundo em julho de 1819. Na carta – que, segundo Lotte e Joseph Hamburger (1985), continha muito mais paixão do que a carta de proposta de casamento enviada a Sarah –, Austin fala de sua reverência pelo filósofo, da vontade de que sua doutrina fosse amplamente

²³ La devoción que Austin sentía por las doctrinas de Bentham y su admiración por el autor le llevaron a establecer su residencia junto a la de su maestro.

²⁴ [...] the word ‘disciple’ is not too strong a term to use to describe the early relationship of Austin to Bentham.

difundida e de sua vontade de estar entre os zelosos pregadores (*preachers*) de sua verdadeira doutrina (*gospel*).²⁵ Na mesma ocasião, Austin confessa a Bentham seu plano secreto de acumular, com a prática da advocacia, dinheiro suficiente para conseguir manter sua família, a fim de se dedicar exclusivamente à divulgação de sua doutrina (RUMBLE, 1985).

Com o passar dos anos, entretanto, Austin foi se tornando cada vez mais crítico em relação à doutrina de Bentham. Essa alteração intelectual fez, inclusive, com que a amizade entre os dois esfriasse, pois, conforme o relato de Sarah, no fim da vida, Bentham foi se tornando mais impaciente com discordâncias em relação a seu pensamento (MORISON, 1982). Austin foi se tornando cada vez mais conservador ao longo dos anos, trilhando sentido inverso ao seguido por Bentham. Bentham, que inicialmente havia defendido o despotismo ilustrado, tornou-se um democrata radical por volta de 1808. Austin o conheceu em um momento em que ele já havia radicalizado suas opiniões políticas. Contrariamente, Austin inicia seus escritos como um radical e termina a vida com opiniões políticas marcadamente conservadoras (BROUGHAM, 1860; MANSILLA, 2001; RUMBLE, 2005).

Em relação à sua carreira, a carta de Austin a Bentham também revela que a prática da advocacia não estava entre os seus principais projetos da vida. E, de fato, embora as expectativas de seus contemporâneos em relações à sua carreira como advogado fossem as melhores possíveis, Austin abandonou totalmente a advocacia em 1825, após exercê-la por cerca de sete anos (AUSTIN, 1869; HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893; RUMBLE, 2005).

Seu verdadeiro interesse era teórico, ligado à filosofia política e jurídica. É significativo, nesse sentido, o relato, transcrito por Rumble, de um antigo colega de Austin, Sir John Patterson, sobre o anúncio que Austin fez aos seus colegas logo que ingressou no escritório de Advocacia de Godfrey Sykes para aprender direito:

Um dia, um homem singular entrou [...] pela primeira vez e anunciou aos seus companheiros que ele estava ali não só para se qualificar como advogado (*pleader*), mas para estudar e elucidar os princípios do direito.

²⁵ Rumble (1985) observa que a utilização de linguagem religiosa revela a extensão reverencial do jovem Austin para com as ideias de Bentham e explicita a sua crença de que as doutrinas de Bentham seriam a chave para a salvação da humanidade. A neta de John Austin, ao falar da convivência com seu avô, relata que Jeremy Bentham e Edmund Burke foram nomes que ela aprendeu a reverenciar desde cedo, chegando a imaginar, quando criança, que estavam relacionados com a Bíblia (ROSS, 1893).

Esse homem era John Austen (sic) (RUMBLE, 2005, p. 14, tradução nossa).²⁶

Certamente, seu espírito voltado à abstração e à filosofia, preocupado que estava com os fundamentos e princípios gerais do direito, levou-o a não se interessar tanto pelos detalhes da prática jurídica (RUMBLE, 2005). E esse desinteresse pela prática deve ter contribuído para sua falta de êxito na advocacia.

Especulando sobre outras causas do insucesso de Austin na prática jurídica, Rumble (2005) afirma que sua frágil saúde – possuía constantes ataques febris e sintomas similares aos de enxaqueca –, sua acentuada sensibilidade, o extremo perfeccionismo, o orgulho exacerbado e a falta de autoestima tiveram certamente seu lugar. Essa especulação é corroborada pela neta de Austin²⁷:

John Austin era fisicamente impróprio para a profissão que ele havia escolhido. Sensível e nervoso no mais alto grau, ele não conseguia fazer nada rapidamente ou imperfeitamente, desconfiava de si mesmo e era deficiente em prontidão e autoconfiança. Absolutamente intolerante em relação a qualquer imperfeição, ele reformulava e lapidava uma frase até não poder mais encontrar falha (ROSS, 1893, p. 61, tradução nossa).²⁸

Nesse período, Austin escreveu dois artigos sobre questões jurídicas pontuais, mas que possuem grande relevo pelo menos por duas razões. Primeiro, porque eles demonstram seu radicalismo democrático inicial; e depois porque, neles, Austin assume uma postura de crítica em relação ao direito estabelecido, não se limitando, como exortará mais tarde, a uma mera exposição do direito vigente.

O primeiro artigo publicado por Austin, *Disposition of property by will – Primogeniture*, aparece na *Westminster Review* em 1824. A revista havia sido fundada naquele mesmo ano, com aportes financeiros do próprio Bentham, para ser um veículo de difusão do radicalismo filosófico. O periódico voltou-se, assim, contra a *Edinburgh Review*, controlada pelos *whigs* e a *Quarterly Review*, veículo de expressão dos *tories* (ARGÜELLES, 2002; MANSILLA, 2001; MILL, 2006).

²⁶ One day a singular man entered [...] for the first time, and presently announced to his companions that he had come there, not only to qualify himself as a special pleader, but to study and elucidate the principles of Law. This was John Austen (sic).

²⁷ É interessante observar, no entanto, que o relato de Janet Ross se baseia totalmente no prefácio da esposa de Austin às suas *Lectures on Jurisprudence* (AUSTIN, 1869).

²⁸ John Austin was physically unfitted for the profession he had chosen. Sensitive and nervous in the highest degree, he could do nothing rapidly or imperfectly, he distrusted himself and was deficient in readiness and self-reliance. Absolutely intolerant of any imperfection, he recast and polished a phrase until he could no longer find a fault.

Austin contribuiu com a revista no ano de sua fundação com escrito no qual ataca o costume da primogenitura defendido por McCulloch em artigo publicado na *Edinburgh Review*.

Em um artigo sobre os reflexos econômicos do direito de sucessão, o economista escocês, McCulloch (1824), criticava a lei de sucessão francesa por igualar a situação dos filhos em relação à herança e defendia o costume ou a instituição da primogenitura a partir do princípio da utilidade geral. Segundo o autor, a exclusão dos filhos mais novos da herança de seu pai possui o efeito positivo de motivá-los a empreender esforços desde cedo na busca por sua autonomia econômica. A situação de insegurança que, em razão da primogenitura, rodeia os filhos mais novos faz com eles se lancem com maior vigor nos negócios, o que, em sua visão, é benéfico para toda sociedade.

Além disso, para McCulloch (1824) a primogenitura também se revelava útil para evitar a fragmentação da terra, o que, segundo ele, forçosamente ocorreria se o patrimônio do *de cujos* fosse dividido igualmente entre todos os filhos. A manutenção de grandes latifúndios é útil para a produção e para estimular a cobiça de todos os demais, os quais, visando atingir aquele padrão de riqueza, precisaram se entregar ao trabalho. O autor também elogia a estrutura aristocrática do governo como um arranjo necessário para a estabilidade e o desenvolvimento das instituições públicas.

O artigo da *Edinburgh* provocou a rápida reação de John Austin que dedicou seu primeiro *paper* à refutação das considerações de McCulloch, ponto por ponto. Também recorrendo ao princípio da utilidade geral, Austin (1824) defende a igualdade dos filhos em relação à herança, reputando como falaciosos, absurdos e perigosos os argumentos de McCulloch.

Sua vinculação ao utilitarismo aparece de forma clara no critério que Austin utiliza para avaliar o costume da primogenitura. Segundo Austin, “uma instituição ou costume deve ser elogiada conforme tenda a incrementar ou diminuir a soma da felicidade. Em síntese, o critério a que ele deve ser submetido é a *utilidade*” (AUSTIN, 1824, p. 507, tradução nossa).²⁹

Partindo desse critério, Austin (1824) pondera que a quantidade de riqueza de uma nação é um fator importante, mas insuficiente para a felicidade geral, já que

²⁹ [...] an institution or custom must be praised or blamed as it tends to increase or diminish the sum of happiness. In a word, the test to which it must be submitted is, *utility*.

felicidade social só é atingida com uma distribuição mais igualitária da riqueza de uma sociedade. Segundo Austin, é necessário conciliar a quantidade de riqueza com a igualdade de distribuição.

O tom igualitário do artigo é manifesto. Nele, Austin defende não só a igualdade dos filhos no tocante ao direito de herança, mas, sobretudo, sustenta que uma distribuição mais igual das riquezas sociais é uma exigência do princípio da utilidade.

Além disso, Austin (1824) refuta o argumento de McCulloch segundo o qual direitos sucessórios iguais dos filhos conduziria à contínua fragmentação da terra, dissertando longamente sobre a questão. Segundo ele não é a lei de sucessão, mas a pobreza geral do povo que provoca a redução de dimensões da propriedade imobiliária.

Considera, também, politicamente perigosa a visão do economista por sua defesa do governo aristocrático e pelo perigo que decorre da possibilidade de abuso de poder por parte dos grandes proprietários de terra que poderiam usar a máquina pública para elaborar regras jurídicas voltadas para seus interesses pessoais de lucratividade (AUSTIN, 1824).

Merece registro, por fim, as menções elogiosas que faz à revolução francesa de 1789, referindo-se aos diversos benefícios que o povo francês obteve em razão de sua “árdua e nobre luta pelo bom governo” (AUSTIN, 1824, p. 526, tradução nossa)³⁰, o que contrasta inteiramente com a visão política que assumirá posteriormente – de forma mais acentuada após a revolução francesa de 1848.

O segundo artigo de Austin, intitulado *Joint Stock Companies*, foi publicado em 1826 na *Parliamentary History and Review*.³¹ Trata-se de outra aventura editorial do círculo benthamiano, consistente em uma revista anual de procedimentos parlamentares, que também teve vida curta. Lançada em 1825 a revista existiu por apenas três anos, mas Stuart Mill considera que a revista foi de grande importância para os filósofos radicais (MILL, 2006; MORISON, 1982).

A contribuição de John Austin para a revista foi com um artigo no qual defendia a necessidade de limitar a responsabilidade dos sócios de sociedades anônimas.

³⁰ [...] their strenuous and noble struggles for good government.

³¹ Um dos editores da revista era o irmão de John Austin, o bem-sucedido advogado, Charles Austin.

É interessante notar o momento histórico em que Austin discute o tema. No século XIX, em razão das fortes mudanças econômicas ocorridas com a revolução industrial, houve uma alteração na estrutura de propriedade das empresas. Se até meados do século XIX era comum que as empresas tivessem um único dono, com o aumento da produtividade econômica tornou-se necessário abrir as empresas para o financiamento (investimento) geral, assumindo destaque, nesse momento, as sociedades anônimas (HONNETH, 2014).

Austin (1826) posiciona-se de forma totalmente crítica em relação à regra jurídica que estabelecia a responsabilidade ilimitada dos sócios das sociedades anônimas. Segundo ele, a regra era prejudicial do ponto de vista da utilidade geral, pois desestimulava os investimentos necessários ao desenvolvimento social – a limitação da responsabilidade dos sócios era, por esse prisma, socialmente benéfica.

Para Austin (1826), a proteção que o direito pretendia dar aos credores das sociedades anônimas com a regra da responsabilidade ilimitada revelava um paternalismo inaceitável, pois tentava proteger um indivíduo livre que decide de maneira consciente negociar com uma sociedade anônima e assumir os riscos de seu próprio negócio. Em sua concepção, para proteger os credores da sociedade anônima bastava regulamentar o registro da sociedade e de seus sócios.

O texto de Austin revela seu compromisso com os princípios econômicos liberais e com o espírito individualista do contexto histórico no qual estava inserido – nesse mesmo artigo Austin (1826) defendeu, por exemplo, a abolição da proibição da usura.

Sobre essa primeira fase da produção acadêmica de Austin, é possível concluir com Rumble que

se o primeiro e o segundo artigos de Austin não constituem leituras excitantes, eles tendem a expressar ideias liberais e progressistas. Esses escritos também indicam a grande medida em que ele era um benthamiano ortodoxo em meados da década de 1820 (RUMBLE, 1985, p. 24, tradução nossa)³².

³² If Austin's first and second articles do not constitute exciting reading, they tend to express liberal and progressive ideas. These writings also indicate the great extent to which he was an orthodox Benthamite in the mid-1820s.

2.2.2 A fase política moderada

O período politicamente moderado iniciou-se no momento em que Austin começou a questionar algumas premissas centrais do radicalismo filosófico de Bentham e a construir uma teoria política mais original. É possível afirmar com Lotte Hamburger e Joseph Hamburger (1985) que, embora nesse período ele ainda não tenha se tornado politicamente conservador – o que só ocorrerá a partir de 1848 –, ele se tornou, certamente, um antirradical.

Em termos acadêmicos, trata-se de um período muito produtivo, no qual Austin escreve todos os seus trabalhos que versam especificamente sobre teoria do direito (*Jurisprudence*). É nesse período que Austin prepara suas aulas sobre teoria do direito e publica, em 1832, a parte introdutória de seu curso com o título *The Province of Jurisprudence Determined*.

É interesse notar, portanto, que o sistema jurídico-teórico de John Austin foi construído em um momento em que ele professava uma concepção política moderada, defendendo, como se verá, a necessidade de uma aristocracia intelectual.

Por fim, em termos biográficos, esse período da vida de Austin foi marcado pelo início e fim de sua carreira docente e por suas participações em comissões de reforma jurídica e política.

2.2.2.1 A carreira docente

Após abandonar a advocacia em 1825, John Austin é nomeado, em 1826, para a Cátedra de Teoria do Direito e Direito das Nações (*Jurisprudence and the Law of Nations*) na Universidade de Londres. A Universidade acabara de ser criada, mas encontrava-se ainda em fase de construção, e Austin aceita o encargo com grande entusiasmo e senso de responsabilidade (MANSILLA, 2001; ROSS, 1983).

A Universidade de Londres foi criada por um grupo vagamente ligado a Bentham – tinha entre seus fundadores, James Mill e George Grote, que posteriormente participaram de seu conselho administrativo (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; MORRISON, 2012) – e surge com dois propósitos principais: a) proporcionar instrução aos filhos da burguesia londrina, sem os gastos com a permanência fora da capital (as opções tradicionais de ensino superior na Inglaterra

eram as Universidades de Oxford e de Cambridge); b) oferecer educação superior em âmbitos do conhecimento negligenciados pelas instituições rivais e que, até aquele momento, eram ensinados em termos meramente práticos, como o direito e a medicina (ARGÜELLES, 2002; MANSILLA, 2001; RUMBLE, 1985).

O curso superior de Direito era um dos destaques da nova Universidade e o Departamento de Direito recebeu especial atenção por parte de seus administradores. Também a cátedra assumida por Austin se destaca por demonstrar o intuito da Universidade de propiciar um ensino teórico-reflexivo das questões jurídicas (RUMBLE, 1985).

A escolha de Austin para o cargo deve ter sido influenciada por sua proximidade em relação a Bentham e seu círculo intelectual e pela generalizada percepção de que ele era especialmente bem preparado para exercer o posto, em virtude de seus amplos conhecimentos e de sua capacidade de exposição oral³³ (AUSTIN, 1869; MANSILLA, 2001; RUMBLE, 1985).

Como o início das atividades letivas da Universidade de Londres só estava previsto para o outono de 1828, Austin mudou-se para a Alemanha, em 1827, a fim de preparar suas aulas e, após uma breve estadia em Heidelberg, fixou residência em Bonn (ARGÜELLES, 2002; AUSTIN, 1869).

A escolha da Alemanha como local de estudo e de elaboração de suas lições deve ter sido motivada pelo fato de que o país havia se tornado naquele período uma força dominante do pensamento jurídico na Europa. Além disso, a faculdade de Bonn possuía na ocasião cinco professores de teoria do direito (*Jurisprudence*) (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; RUMBLE, 2005).

Segundo Sarah Austin (1869), o período que esteve em Bonn foi um dos mais felizes da vida de John. Embora normalmente padecesse pela falta de autoestima, nesse período ele parece ter gozado de momentos da mais produtiva autoconfiança em sua capacidade intelectual e em sua capacidade de escrever com

³³ Lord Brougham, contemporâneo de Austin, afirmou que “não poderia ter havido uma escolha mais feliz” do que a nomeação de Austin para a cátedra de Teoria do Direito, uma vez que suas qualificações para a docência “eram as mais eminentes”: possuía “conhecimento profundo, grande alcance e força de espírito e uma maravilhosa faculdade de exposição” (BROUGHAM, 1860, p. 165-166, tradução nossa). No original: there could not have been a happier selection [...]. [...] for a teacher his qualifications were most eminent; profound learning, great reach and force of mind, and a wonderful faculty of exposition.

a clareza e a precisão que sempre buscou (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893; RUMBLE, 2005).

As ideias que circulavam na Alemanha e especialmente o modo de vida do povo alemão exerceram influência tanto no pensamento *jurídico* quanto no pensamento *político* de Austin. Trata-se, entretanto, de algo especialmente difícil de mensurar (RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

No que tange à influência germânica sobre a filosofia jurídica austiniana, costuma-se afirmar que sua experiência na Alemanha influenciou de forma muito inespecífica sua teoria do direito, especialmente ao ampliar seus conhecimentos em Direito Romano³⁴ e ao estimular, através contato com uma cultura jurídica diferente, suas reflexões no âmbito do direito (RUMBLE, 2005; SCHWARZ, 1934).³⁵

O clima de rejeição ao jusnaturalismo que Austin encontrou na Alemanha apenas reforçou sua postura jurídico-positivista previamente herdada de Hobbes e Bentham (SCHWARZ, 1934).

Segundo Mansilla,

Neste sentido se pode dizer que o positivismo jurídico de Austin se viu intensificado pela atmosfera antijusnaturalista que encontrou na Alemanha, porém não foi esta a origem daquele, que se encontrava indubitavelmente na filosofia inglesa. Austin, sem embargo, não compartilhou a concepção histórica do Direito de Savigny, senão que partiu de uma definição racional do Direito em abstrato e defendeu a possibilidade da codificação (MANSILLA, 2001, p. 55, tradução nossa).³⁶

³⁴ Austin já possuía conhecimento prévio sobre direito romano, tanto que iniciou John Stuart Mill nesse saber (MILL, 2006). Segundo sua neta “provavelmente não havia, naquela época, ninguém na Inglaterra que havia estudado o direito romano, com tanto cuidado como John Austin; ele era um mestre daquela ciência” (ROSS, 1893, p. 94, tradução nossa). No original: there was probably no man in England at that time who had studied Roman law with so much care as John Austin; he was a master of the Science. Por isso, é difícil separar a influência dos romanistas alemães do seu prévio conhecimento na área (MORISON, 1982). É certo, no entanto, que sua estadia na Alemanha o fez ampliar seus conhecimentos em direito romano. Em carta enviada a George Grote, em dezembro de 1827, Austin demonstrou muita admiração pela forma como os alemães estudavam o direito romano, considerando os tratados dos romanistas alemães verdadeiros “modelos de sistematização” (ROSS, 1893, p. 67-69).

³⁵ O artigo do professor Andreas Schwarz é de grande relevância nesse tema porque ele teve oportunidade de analisar as anotações feitas à mão por John Austin em seus livros alemães que foram doados postumamente à *Inner Temple Library* antes que eles fossem destruídos pelo bombardeio de 1940 durante a segunda Guerra Mundial (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

³⁶ En este sentido se puede decir que el positivismo jurídico de Austin se vio intensificado por la atmósfera anti-iusnaturalista que encontró en Alemania, pero no que ésta fuera el origen de aquél, que se encuentra indudablemente en la filosofía inglesa. Austin, sin embargo, no compartió la concepción histórica del Derecho de Savigny, sino que partió de una definición racional del Derecho en abstracto y defendió la posibilidad de la codificación.

É certo ainda que Austin ficou muito impressionado com ensino jurídico alemão e sua vocação para a análise dos princípios subjacentes ao direito mais do que para o estudo do conteúdo das regras do próprio ordenamento jurídico positivo, um enfoque que contrastava nitidamente com o ensino jurídico prático existente na Inglaterra. Mas isso, também, parece ainda ser pouco para afirmar a influência do pensamento jurídico alemão sobre a filosofia do direito de Austin (RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

Alguns estudiosos, atentos a essas considerações gerais, tendem a minimizar a influência dos juristas alemães sobre os fundamentos do pensamento jurídico de Austin (RUMBLE, 1985; SCHWARZ, 1934). Já se argumentou que, no início de sua estada em Bonn, Austin teve muita dificuldade com o idioma alemão³⁷ e que muitos de seus contatos na Alemanha nesse período eram pessoas não ligadas ao mundo jurídico (MORISON, 1982). Invocou-se também a constante queixa de Austin, durante a elaboração de suas aulas, de que não havia um modelo que pudesse ajudá-lo nessa tarefa, seja na Alemanha, seja na Inglaterra (RUMBLE, 2005). Acrescente-se a isso o fato de que Austin posicionava-se de maneira fortemente crítica em relação à filosofia alemã – que ele julgava estar em um estágio atrasado – e também em relação à filosofia do direito germânica (ROSS, 1893; RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

Mais recentemente, contudo, Michael Lobban (2013) defendeu a existência de uma influência mais forte da experiência alemã sobre o pensamento jurídico de Austin. Segundo Lobban (2013), o trabalho jurídico de Austin pode ser dividido em duas partes: a primeira, composta pelo livro *The Province of Jurisprudence Determined*, que consiste nas dez primeiras lições de seu curso de Teoria do Direito na Universidade de Londres; a segunda, composta por pelas demais lições ministradas na Universidade de Londres e publicadas após a sua morte sob o título *Lectures on Jurisprudence*.

Na concepção de Lobban (2013), a primeira parte do trabalho de Austin estava nitidamente marcada pela influência do positivismo jurídico inglês de Hobbes e Bentham. Isso se adequa perfeitamente à observação de Rumble (1985 e 2005) de que na parte introdutória de suas aulas, publicadas sob o título *The Province of*

³⁷ Embora tenha deixado o país como um *master* na língua alemã e em alguns dos grandes trabalhos lá produzidos (AUSTIN, 1869).

Jurisprudence Determined, a influência germânica não é perceptível, estando muito evidente, por outro lado, a influência da filosofia inglesa.³⁸

Entretanto, Lobban (2013) adverte que no restante das lições publicadas nas *Lectures on Jurisprudence* há forte inspiração do pandectismo alemão, especialmente de Niels Nikolaus Falck. Falck editou em 1825 uma enciclopédia do direito (*Juristische Encyclopädie*), muito conhecida na época e que se encontrava na posse de Austin quando ele preparava suas lições. A visão jurídica de Falck era muito próxima da de Austin em variados temas, inclusive sobre a questão da separação entre direito e moral.³⁹

Lobban (2013) percebe, portanto, no trabalho de Austin uma bifurcação em dois segmentos que partem de influências bem distintas e até mesmo difíceis de harmonizar. Se a teoria imperativa do direito dos juristas ingleses conformou a teoria de Austin sobre o que o direito é, a influência do pandectismo alemão, especialmente a de Falck, atingiu a forma como Austin explica o funcionamento (dinâmica) e a aplicação do direito.⁴⁰

No que se refere especificamente à metodologia da teoria do direito de Austin, González Vicen (1981) também assinalou a contribuição do pensamento jurídico alemão para a filosofia do direito de Austin. Procurando responder ao problema de como é possível a elaboração de um conhecimento universal (científico) de um objeto contingente (o direito positivo), Austin utiliza duas noções centrais que recebe da escola histórica do direito alemão: a ideia de sistema e a teoria das verdades jurídicas (GONZÁLEZ VICEN, 1981).

De Savigny, Austin recebe a ideia de sistema como a ordenação de um instituto ou de um determinado direito histórico. Contudo, ao contrário de Savigny que se volta para a sistematização de um direito histórico específico, Austin se propõe a captar a estrutura permanente que existe em toda e qualquer ordem jurídica, através da sistematização dos princípios que revelam essa estrutura (GONZÁLEZ VICEN, 1981).

³⁸ Segundo Rumble (1985 e 2005), Jeremy Bentham é citado mais do que qualquer outro jurista, sendo frequentes também as referências a Thomas Hobbes e John Locke.

³⁹ Schwarz (1934) já havia notado o interesse de Austin pela Enciclopédia de Falck quando analisou os livros da coleção de Austin doados à biblioteca da *Inner Temple*, bem como a maior influência exercida pelas ideias germânicas na parte final das lições de Austin.

⁴⁰ Lobban (2013) analisa especialmente o impacto dos juristas alemães sobre visão de Austin acerca do direito judiciário e da codificação, bem como a forma como ele pensa e sistematiza um sistema de direitos como algo independente dos comandos de um soberano.

Já a teoria das verdades jurídicas, que teve como um dos precursores Niels Nikolaus Falck, sustenta que há um certo número de princípios e noções universais que são comuns a todo sistema jurídico pensável e cujo desvelamento é função da ciência do direito. Diferentemente do direito natural, na teoria das verdades jurídicas esses princípios não são deduzidos especulativamente pela razão, mas obtidos indutivamente a partir da experiência jurídica histórica (GONZÁLEZ VICEN, 1981).

Pode-se, portanto, concluir que, além da importância difusa que a experiência em Bonn exerceu sobre o pensamento jurídico de Austin como um todo, é possível localizar em seus escritos problemas e respostas que remetem diretamente à teoria do direito que circulava na Alemanha naquele período. Pode-se afirmar, assim, com Mansilla (2001), que Austin esteve a meio caminho de duas tradições jurídicas muito diferentes, o que faz com sua teoria do direito ocupe lugar central no âmbito do positivismo jurídico.

Em relação ao pensamento político de Austin, a influência exercida por sua estada na Alemanha é ainda mais visível. O pensamento político austiniano foi profundamente afetado por essa experiência, o que possibilitou que ele colocasse em questão alguns postulados fundamentais dos filósofos radicais benthamianos. É possível afirmar com Rumble que sua estadia na Alemanha marcou “o primeiro estágio de evolução de seu conservadorismo político” (RUMBLE, 1985, p. 34, tradução nossa).⁴¹ Nesse período, Austin se afasta nitidamente do ideal democrático benthamiano e se aproxima de um modelo de aristocracia intelectual.

Austin ficou deslumbrado com a organização da administração pública da Monarquia Prussiana, o que para ele demonstrava que, diferentemente do que acreditavam os benthamianos, a existência de um bom governo não está condicionada ao sufrágio democrático: a monarquia prussiana era um regime político melhor, em termos práticos, do que o sistema representativo da Inglaterra (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

Duas características da monarquia prussiana, em especial, chamaram a atenção de John Austin. A primeira foi a existência de um modelo de meritocracia para o preenchimento de cargos públicos, bem diferente do sistema inglês de

⁴¹ [...] it marks the first major stage in the evolution of his political conservatism.

*patronage*⁴². Essa característica parece ter motivado sua crença na possibilidade de uma administração pública comandada por uma elite científica. Além disso, tanto Austin quanto sua esposa ficaram impressionados com o sistema nacional de educação pública da Alemanha, que não encontrava paralelo na Inglaterra. A preocupação do governo alemão com a educação de seu povo era algo notável e que se alinhava à nova concepção política de Austin (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893).

O deslocamento da perspectiva política de Austin foi logo percebido por Stuart Mill para quem “as influências da literatura alemã e do caráter e sociedade alemãs produziram uma mudança muito perceptível em sua visão de vida” (MILL, 2006, p. 156).

Mill descreveu Austin após seu retorno da Alemanha do seguinte modo:

Não tinha em alta estima nem mesmo os interesses públicos com os quais os ingleses se preocupam. Considerava que sob a monarquia prussiana o governo prático era melhor do que sob o sistema representativo da Inglaterra e que havia naquele, o que é bastante certo, muito mais preocupação com a educação e o aperfeiçoamento intelectual de todos os níveis do povo. Sustentava ainda, com os economistas franceses, que a real garantia de um bom governo é um *peuple éclairé*, coisa que nem sempre é fruto de instituições populares e que, se essa garantia pudesse ser atingida sem tais instituições, alcançaria melhores resultados (MILL, 2006, p. 156).

A crença de Austin no desenvolvimento de uma ciência ética, compreendida nos mesmos moldes das ciências naturais (com resultados passíveis de demonstração), o levou a defender politicamente que o governo deve ser conduzido por autoridades científicas. Os intelectuais tomariam decisões respaldadas cientificamente no princípio da utilidade geral e, portanto, aptas a promover o progresso da vida humana em geral (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

E assim como ocorre no campo das ciências naturais, em que somente alguns conseguem compreendê-las inteiramente, também a ciência ética só seria compreendida por alguns e o povo precisaria ser guiado pelas conclusões dos especialistas (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

Assim, a fim de garantir a adesão do povo à autoridade científica, fazia-se necessária a educação popular. O povo precisaria ser instruído com os princípios

⁴² O termo *patronage* foi utilizado em carta escrita por Sarah Austin a Susan Reeve em janeiro de 1828 (ROSS, 1893), para indicar um modelo de administração pública no qual a distribuição de cargos públicos não considerava o mérito do candidato ao cargo, mas a troca de favores políticos.

primeiros das ciências éticas, de modo que, possuindo apenas conhecimentos limitados no âmbito dessas ciências – já que ninguém seria capaz de dominar todos os âmbitos científicos –, pudesse confiar nas conclusões dos cientistas (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

Por essa razão, o sistema educacional defendido por John e por Sarah Austin não tinha por objetivo a emancipação do povo, como defendiam os radicais. Tratava-se de um modelo conservador de educação, capaz de conduzir o povo à aceitação da autoridade científica e de cortar quaisquer tendências revolucionárias que este pudesse possuir (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893).

Stuart Mill afirmou que embora nunca tivesse deixado de ser utilitarista, ao voltar da Alemanha, Austin cultivava “uma espécie de religião alemã”. Afirmou ainda que, em termos políticos, Austin se afastou do ideal democrático e “adquiriu uma indiferença que beirava o desprezo pelo progresso das instituições populares” (MILL, 2006, p. 157).

Os Austin retornam a Londres em 1828. A primeira pedra da Universidade de Londres foi colocada em 30 de abril de 1827 com grande solenidade e a atividade letiva na instituição teve início em 02 de outubro de 1828 (ARGÜELLES, 2002; ROSS, 1983).

Austin, no entanto, pede adiamento do início de seu curso previsto para novembro de 1828, alegando motivos de saúde e dificuldade em terminar a preparação de suas aulas, mormente considerando a inexistência de um modelo que pudesse orientá-lo. Suas aulas acabam sendo adiadas por um ano inteiro (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

O curso se inicia em 16 de novembro de 1829, superando as expectativas de Austin no que tange ao número e à qualidade dos alunos matriculados. Entre os alunos de seu primeiro curso encontravam-se John Stuart Mill, Edwin Chadwick, John Romilly, John A. Roebuck, C. P. Villiers, George Cornewall Lewis, Edward Strutt e Charles Buller, dentre outros proeminentes jovens britânicos, somando um total de trinta e dois alunos (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893; RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

Contudo, na edição seguinte, em novembro de 1830, nenhum aluno se matriculou e as suas aulas foram adiadas para janeiro de 1831 contando, segundo

Sarah Austin, com apenas oito alunos⁴³ (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; MANSILLA, 2001; ROSS, 1893).

Além do desgaste emocional decorrente da frustração de suas expectativas, o baixo número de alunos inviabilizava o projeto de Austin também do ponto de vista financeiro, tendo em vista que a remuneração do professor dependia do número de alunos matriculadas em sua disciplina⁴⁴ (MANSILLA, 2001).

Alguns amigos de Austin, como James Mill e George Grote, vieram em seu auxílio e tomaram a iniciativa de arrecadar recursos para constituir um fundo privado que pudesse lhe proporcionar uma subvenção anual de 200 libras, a fim de que ele continuasse sua atividade docente nos anos acadêmicos de 1831, 1832 e 1833 – ou seja, de novembro de 1831 a junho de 1834 (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; MANSILLA, 1985; RUMBLE, 1985).

Dessa forma, apesar do número de inscrições em sua disciplina não ter melhorado nos anos subsequentes, a iniciativa da constituição de uma subvenção privada possibilitou que ele oferecesse seu curso por mais duas vezes. Sua última aula na Universidade de Londres foi ministrada em 02 de julho de 1833 e ele se desliga definitivamente da Universidade no início de 1835 (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; ROSS, 1893; RUMBLE, 1985).

O ‘último suspiro’ de Austin como professor foi em 1834, quando o *Inner Temple* o contrata para repetir suas conferências sobre direito civil e teoria do direito, recebendo pela tarefa a quantia de 450 libras. Embora não se saiba ao certo quantas aulas ele ministrou nem a reação dos alunos a seu curso, sabe-se que, embora um grande número de alunos tenha assistido a sua aula inaugural, esse número foi diminuindo posteriormente (ARGÜELLES, 2002; HAMBURGER; HAMBURGER, 1985; MANSILLA, 2001; ROSS, 1893; RUMBLE, 1985).

O periódico *Legal Examiner and Law Chronicle*, mencionado por Rumble (2005, p. 42), relatou que havia de duzentos a trezentos ouvintes na aula inaugural da *Inner Temple* e que, apesar das enormes expectativas, a aula foi um “desastre absoluto” (*unmitigated disaster*). Segundo o periódico, faltava vigor e ênfase ao

⁴³ Nas contas de Rumble (1985 e 2005), entretanto, Austin lecionou apenas para seis ou sete estudantes.

⁴⁴ A Universidade de Londres garantia à época uma remuneração anual de 300 libras para seus professores apenas nos dois primeiros anos letivos. Depois disso, a remuneração do professor era composta exclusivamente pela taxa paga pelos alunos da disciplina (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

orador e sua voz era muito baixa para um auditório muito grande, o que impossibilitou a compreensão dos ouvintes das ideias apresentadas.

Wilfrid Rumble (2005) analisou de forma sistemática as possíveis razões para a falta de interesse dos estudantes nas aulas de teoria do direito de John Austin.⁴⁵ Segundo ele, nenhum fator é capaz de explicar isoladamente o baixo número de matrículas na disciplina de Austin. É preciso considerar, portanto, uma série de fatores, entre os quais se situam o caráter altamente teórico e inovador de suas aulas de teoria do direito, o estágio primitivo da educação jurídica na Inglaterra, as dificuldades enfrentadas pela Universidade de Londres e suas próprias limitações pedagógicas e de saúde (RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

O fator principal para a falta de êxito da carreira docente de Austin parece ter sido o caráter altamente abstrato e teórico de sua disciplina. Segundo Rumble (2005), é difícil imaginar um curso jurídico mais abstrato do que a teoria geral do direito de Austin. Sua filosofia jurídica consistia na busca das noções e dos princípios fundamentais (universais) encontrados na base de todos os sistemas jurídicos, os quais deveriam ser abstraídos, por um processo de indução, dos direitos positivos historicamente existentes.

Rumble (2005) apresenta inúmeras fontes de relatos dos contemporâneos de Austin confirmando a tese de que o alto nível de abstração de sua disciplina foi fator fundamental para sua impopularidade entre os estudantes.⁴⁶ O estudante de direito na Inglaterra, situado na tradição do *Common Law*, possuía uma orientação especialmente prática e avessa a abstrações. Tanto é assim que a falta de êxito no ensino da teoria do direito não acometeu somente a Austin, atingindo de forma igualmente drástica os seus sucessores de cátedra na Universidade de Londres e outros professores da disciplina no país (RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

Além disso, a situação da educação jurídica na Inglaterra também foi um fator relevante. Como ressalta enfaticamente Rumble (2005), a educação jurídica como nós a conhecemos hoje – ou mesmo algo próximo a isso – não existia na época. O ensino ficava a cargo das *Inns of Courts* e os estudantes aprendiam o

⁴⁵ Trata-se do artigo “Austin in the classroom: why were his courses on jurisprudence unpopular?”, publicado inicialmente em 1996 no *The Journal of Legal History* e republicado, em 2005, na obra “Doing Austin Justice: the reception of John Austin’s philosophy of law in nineteenth-century England”.

⁴⁶ No mesmo sentido argumenta Sarah Austin (1869) no seu prefácio das *Lectures on Jurisprudence*.

direito de forma técnica e prática, por intermédio de leituras autônomas e pela presença nas câmaras de julgamento e nos escritórios de advocacia.

As universidades britânicas ocupavam um papel extremamente limitado no ensino do direito e mesmo nas tradicionais Universidades de Oxford e Cambridge o ensino jurídico tendia a ser nominal ou mesmo inexistente. Havia apenas dois professores de direito em cada uma dessas instituições e eles buscavam formas “alternativas” de ensinar o direito, porque era possível observar certo preconceito dos aprendizes em relação a qualquer tipo de instrução jurídico-acadêmica (RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).⁴⁷

Não havia, portanto, nada que fosse remotamente próximo ao que Austin tentou fazer em termos de ensino jurídico e, segundo Rumble (2005), chamar seu curso de inovador não faz jus ao caráter revolucionário de sua proposta. Para ele, “nada similar ao seu curso existia, tinha existido ou existiria nos próximos anos”. (RUMBLE, 2005, p. 36, tradução nossa).⁴⁸

Além desses dois importantes fatores, é de se destacar que a Universidade de Londres também não atingiu suas projeções iniciais em relação ao número de alunos matriculados em seus cursos. Embora esperasse receber cerca de dois mil estudantes, ingressaram na Universidade cerca de seiscentos alunos em 1828 e o número geral de matrículas permaneceu baixo nas décadas seguintes (RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

Outro fator que deve ter contribuído para a impopularidade do curso de Austin está relacionado às suas próprias limitações pedagógicas e problemas de performance em sala de aula (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985). Embora Rumble (2005) reconheça que se trata de uma questão de difícil verificação, já que os relatos são poucos e discrepantes, ele conclui que Austin poderia ter feito alguma coisa para tornar suas aulas mais interessantes e atrair a atenção dos alunos. Algumas estratégias pedagógicas como as aulas improvisadas ou a partir de notas e as discussões em sala foram utilizadas com êxito por alguns colegas de Austin.⁴⁹

⁴⁷ Uma das prováveis causas para isso consiste no fato de que “nunca se exigiu, na Inglaterra, que juízes ou advogados tivessem título universitário” (DAVID, 2000, p. 3). Rumble dá conta de que em relatório elaborado em 1846 por um Comitê constituído para avaliar o ensino do direito na Inglaterra, concluiu-se que a educação jurídica na Inglaterra e Irlanda era inferior a “todos os estados mais civilizados da Europa e América” (RUMBLE, 2005, p. 37).

⁴⁸ Nothing similar to his course existed, had existed, or would exist, for years to come.

⁴⁹ Austin se limitava a fazer a leitura de suas lições previamente elaboradas, o que retirava a reconhecida vivacidade e eloquência que marcavam os discursos que costumava fazer diante de seu

Embora Austin reconhecesse o valor desses métodos⁵⁰, alguns traços de sua personalidade, como a insegurança e a ansiedade, teriam impedido sua implementação.⁵¹

Acrescente-se, por fim, que os constantes problemas de saúde de Austin faziam com que ele adiasse ou cancelasse muitas aulas, o que somado ao seu estilo marcadamente repetitivo, fazia com que ele não conseguisse concluir grande parte de seu plano de aulas no tempo de que dispunha (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985). Stuart Mill, aluno de sua primeira turma, relatou, em carta, à Sarah Austin que a falha de Austin em terminar parte significativa de seu curso era motivo de grande frustração para os estudantes e que essa era a única ameaça real ao permanente sucesso e utilidade de suas aulas (MILL apud RUMBLE, 2005).

Mas, quaisquer que tenham sido os motivos para o desinteresse dos alunos em relação às suas aulas, é certo que sua incapacidade para atrair os estudantes teve reflexos muito importantes em sua vida profissional. Nesse período, sua saúde piorou significativamente e Austin decide não mais insistir na carreira docente, deixando a Inglaterra com sua família (AUSTIN, 1869).

Segundo sua esposa, se ele nunca havia se queixado da falta de sucesso como advogado, a falta de êxito na carreira docente “foi a calamidade real e irremediável de sua vida – o golpe do qual ele jamais se recuperou” (AUSTIN, 1869, p. 9, tradução nossa).⁵²

O insucesso em sua rápida experiência docente parece tê-lo convencido de que ele não teria futuro como professor nem como teórico do direito. O sentimento de desconforto em relação à sua própria cultura é muito bem representado pela afirmação que fez à sua esposa durante esse período: “Eu nasci fora do tempo e lugar. Eu devia ter sido um escolástico do século XII – ou um professor alemão” (AUSTIN, 1869, p. 13, tradução nossa).⁵³

círculo de amigos. Na segunda edição de seu curso, a sua fama de orador tedioso já havia se espalhado (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

⁵⁰ Ver as anotações de Austin sobre a importância das aulas improvisadas e a participação dos alunos transcritas por Sarah Austin em seu prefácio às *Lectures on Jurisprudence* (AUSTIN, 1869).

⁵¹ Um aluno (Henry Crabb Robinson) relatou que em sua aula inaugural na Universidade de Londres o nervosismo de Austin era tanto que chegou a impedir a compreensão da mensagem que ele pretendia transmitir (HAMBURGER; HAMBURGER, 1985).

⁵² This was the real and irremediable calamity of his life – the blow from which he never recovered.

⁵³ I was born out of time and place. I ought to have been a schoolman of the twelfth century – or a German professor.

Austin abandonou completamente o projeto de terminar suas lições – aparentemente ele tinha a desejo de elaborar mais do que as cinquenta e sete aulas entregues⁵⁴ – e não voltou mais a escrever sobre teoria do direito depois de 1834.⁵⁵

Como observa Rumble (2005), se a sua carreira docente tivesse atingido o êxito projetado, tanto o seu desenvolvimento como teórico do direito quanto o impacto de suas ideias na teoria jurídica poderiam ter sido bem diferentes. Mas apesar de sua impopularidade como professor e do curto período que lecionou e escreveu sobre teoria do direito, a Austin foi atribuída a criação da “estrutura profissional do ensino da teoria jurídica em Londres” (MORRISON, 2012, p. 253) e, segundo Hart, “poucos anos depois da morte de Austin estava claro que sua obra havia estabelecido o estudo da teoria do direito na Inglaterra” (HART, 1998, p. xvi, tradução nossa).⁵⁶

Em termos de produção acadêmica, o período que vai de 1826 a 1834 é o período em que Austin elabora todos os seus escritos sobre teoria do direito. Sua obra magna consiste nas aulas que preparou para sua disciplina na Universidade de Londres. Essas aulas só foram publicadas postumamente em 1963 graças ao hercúleo trabalho de Sarah Austin que reuniu as 57 lições de Austin e outros escritos inéditos sobre o tema, publicando-os sob a denominação de *Lectures on Jurisprudence*.

No período em que lecionava na Universidade de Londres, Austin publicou, em 1831, um artigo denominado *Outline of a Course of Lectures on Jurisprudence*, que consiste em uma apresentação geral e preliminar de seu curso de teoria do direito.

Em 1832, graças a insistência e ao empenho de sua esposa (que negociou tudo com a editora) a comunidade jurídica conheceu seu único livro publicado em vida, *The Province of Jurisprudence Determined*. O livro possui seis capítulos que condensam as dez primeiras aulas de sua disciplina na Universidade de Londres e, segundo Argüelles, “representa um dos elementos teóricos mais importantes e

⁵⁴ Sobre esse desejo, Austin escreveu em seu *Outline of the Course of Lectures* publicado em suas *Lectures on Jurisprudence*: “tal exposição de minha matéria que pudesse satisfazer os meus desejos, precisaria preencher, pelo menos, cento e vinte aulas” (AUSTIN, 1911, p. 73, tradução nossa). No original: such an exposition of my subject as would satisfy my own wishes, would fill, at the least, a hundred and twenty lectures.

⁵⁵ Os seus três trabalhos acadêmicos posteriores versam sobre questões políticas e econômicas.

⁵⁶ Yet within a few years of his death it was clear that his work had established the study of jurisprudence in England.

sistemáticos da contribuição inglesa ao positivismo jurídico inglês do século XIX” (ARGÜELLES, 2002, p. XXI, tradução nossa).⁵⁷

Apesar de haver sido solicitado em diversas ocasiões, Austin não voltou a publicar o *The Province of Jurisprudence Determined* – porque havia vislumbrado defeitos que, em sua visão, exigiriam a sua completa reformulação – nem publicou o resto de suas aulas na Universidade de Londres, pois pretendia corrigi-las e inseri-las em uma obra mais ampla, em dois grandes volumes, sobre os princípios e as relações entre a Teoria do Direito e a Ética, o que, infelizmente, não ocorreu (AUSTIN, 1869; MANSILLA, 2001; RUMBLE, 2005).

2.2.2.2 As Comissões de Reforma

No período de 1833 a 1840, Austin teve oportunidade, por duas ocasiões, de colocar em prática sua visão teórica sobre a reforma do direito. Inicialmente, integrou uma comissão para a reforma do direito penal inglês e, em seguida, presidiu outra comissão para a reforma colonial da Ilha de Malta.

Em 1833, Austin é nomeado para integrar a *Criminal Law Commission*, criada pelo então Chanceler, Lord Brougham, com o objetivo de organizar em um compêndio, de um lado, toda a legislação penal do país (*statutory law*), e, de outro, as normas consuetudinárias britânicas sobre questões criminais. Além disso, a Comissão deveria avaliar a conveniência de se estabelecer um único diploma normativo para tratar de toda matéria criminal (MANSILLA, 2001; ROSS, 1893; RUMBLE, 2005).

Em termos financeiros, a nomeação veio em bom tempo, já que naquele mesmo ano terminaria a subvenção privada organizada para que Austin se mantivesse na docência e a remuneração dos membros da Comissão consistia na soma bem considerável de 500 libras anuais (HUMBURGER; HAMBURGER, 1985; RUMBLE, 1985).

No entanto, ele também não conseguiu se sentir confortável nessa Comissão. Julgava que a Comissão não possuía poderes suficientes para promover as reformas jurídicas que entendia necessárias. Além disso, Austin sentiu-se sozinho

⁵⁷ *The Province* representa uno de los elementos teóricos más importantes y sistemáticos de la contribución inglesa al positivismo jurídico inglés del siglo XIX.

na Comissão. Com exceção dele, os outros membros eram juristas práticos e entendiam que as ideias de Austin eram demasiado abstratas e científicas (BROUGHAM, 1860; ROSS, 1893).

Por seu turno, Austin acreditava que a Comissão não conseguiria realizar bem suas atribuições e que ele sozinho seria capaz de produzir melhores resultados (RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005). Em certa ocasião, disse à sua esposa que por uma singela remuneração anual seria capaz de fechar-se no sótão por dois anos e que, ao final desse período, teria elaborado “um mapa completo de todo o âmbito penal, e um esboço de um Código Criminal” (AUSTIN, 1869, p. 11, tradução nossa)⁵⁸. E Brougham lamentou o fato de Austin não ter elaborado o referido mapa do direito penal, pois, em sua concepção, ele “era o homem mais capacitado para fazê-lo” (BROUGHAM, 1860, p. 167, tradução nossa)⁵⁹.

O sentimento de dever prevaleceu e, sentindo que não poderia continuar a ser remunerado com recursos públicos por seu trabalho em uma Comissão que julgava ser pouco útil para o povo, Austin pediu o seu desligamento do cargo em 1836, tendo assinado apenas dois de seus relatórios (AUSTIN, 1869; MANSILLA, 2001; ROSS, 1893; RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

No entanto, no verão de 1836, Austin é agraciado com nova oportunidade. A colônia de Malta estava insatisfeita com o governo britânico e, este último, a fim de não perder mais uma colônia, toma a iniciativa de promover uma reforma administrativa no local. Para tanto, o Governo britânico formou uma Comissão incumbida de estudar os problemas levantados pelos malteses e de sugerir as reformas jurídicas pertinentes. Austin foi, então, nomeado pela *Colonial Office*, através de seu amigo Sir. James Stephen, *Royal Commissioner to Malta* (AUSTIN, 1869; MANSILLA, 2001; RUMBLE, 1985).⁶⁰

Para melhor analisar as condições de Malta, os Austin se mudaram para a ilha e lá viveram por quase dois anos. Os relatórios de Austin e Lewis de 1837 e 1838 constituem materiais de grande riqueza jurídica e a maior parte de suas

⁵⁸ [...] a complete map of the whole field of Crime, and a draft of a Criminal Code.

⁵⁹ He was of all men most capable of doing this.

⁶⁰ O segundo membro da Comissão era George Cornwall Lewis que foi aluno da primeira turma de John Austin na Universidade de Londres e era um grande admirador seu (MANSILLA, 2001; RUMBLE, 1985).

recomendações foram implementadas pela *Colonial Office* (AUSTIN, 1869; RUMBLE, 1985).⁶¹

O término da Comissão, contudo, foi abrupto. Austin retornou para Londres em junho de 1838, a fim de continuar a elaborar os relatórios de Malta, mas o igualmente inesperado afastamento do Secretário Colonial, Lord Glenelg, levou à extinção da Comissão, sem qualquer justificativa em 1840 e à exoneração de Austin sem qualquer palavra de reconhecimento (AUSTIN, 1869; MANSILLA, 2001; ROSS, 1893).⁶²

2.2.3 A fase do conservadorismo político

O lapso da vida de John Austin correspondente às décadas de 1840 e 1850 insere-se no período vitoriano e o nosso autor reflete bem esse período histórico em razão de sua desconfiança em relação às reformas políticas radicais. Embora não tenha abandonado a defesa do progresso, Austin passou a acreditar que ele só seria possível em um contexto de manutenção da ordem e da estabilidade. Trata-se de uma fase em que ele assume explicitamente uma visão política marcadamente conservadora (MANSILLA, 2001).

No que tange à vida pessoal, o período que vai da frustração de sua carreira docente em 1835 até sua morte em 1859 foi marcado por frequentes doenças, depressão, isolamento social e falta de produtividade no trabalho – características que podem ser percebidas nas cartas que Sarah escreve a amigos (RUMBLE, 1985).

No período de 1840 a 1848, os Austin permaneceram pouco na Inglaterra, passando muito tempo na Alemanha e na França.⁶³ Quando estava em Dresden, em 1842, escreveu um artigo sobre economia política na *Edinburgh Review*. O texto

⁶¹ Pelas recomendações, Austin foi remunerado com a quantia de três mil libras, que segundo Argüelles (2002), foi a única soma considerável que recebeu em vida. Em termos de empenho pessoal, Rumble (1985) observou que a preparação dos relatórios exigiu de Austin uma quantidade de energia só comparável à produção das *Lectures on Jurisprudence*.

⁶² Apesar do descaso da nova administração britânica, Sarah Austin (1869) relatou que os malteses reconheceram na imprensa a importância do trabalho de Austin para o melhoramento das condições de vida do povo da ilha e para a conquista de uma mais ampla liberdade de expressão.

⁶³ De 1841 a 1843, enquanto vivia na Alemanha, Austin conheceu pessoalmente Savigny em Berlim (AUSTIN, 1869; MANSILLA, 2001).

consistia em uma resenha do livro do economista alemão Frederich List, *The National System of Political Economy*.

Em seu importante livro de economia, que assinalou a ruptura com o liberalismo econômico no marco do paradigma intervencionista, List (1909) defendeu a proteção alfandegária da Alemanha como forma de excluir do país os produtos manufaturados estrangeiros e criticou, de forma expressa, o protecionismo econômico da Inglaterra, sugerindo que as demais nações boicotassem os produtos manufaturados ingleses.

Em sua longa resenha, Austin (1842) defendeu os princípios econômicos liberais e criticou a visão protecionista de List. Percebeu a concepção de List como exemplo de uma tendência perigosa que se difundia por toda a Europa e defendeu de forma intransigente o livre comércio como condição necessária para o progresso econômico e social.

Em 1844, os Austin mudaram-se para Paris, período em que conheceu pessoalmente Tocqueville, Auguste Comte⁶⁴ e François Guizot, historiador e, à época, Ministro de Assuntos Estrangeiros na França, com quem os Austin desenvolveram íntima e duradoura amizade (AUSTIN, 1869; MANSILLA, 2001; RUMBLE, 1985).

Austin ainda morava na França, em 1847, quando publicou na *Edinburgh Review*, um longo artigo sobre centralização política, denominado *Centralization*. Nesse artigo, cuja leitura é imprescindível para a compreensão do conceito de soberania em Austin, a centralização é definida como a dependência prática das autoridades subordinadas em relação ao poder soberano do estado (AUSTIN, 1847).

Austin (1847) concebeu a centralização política como sinal de progresso social e de avanço civilizatório e rebateu as críticas de seus contemporâneos que focavam nos problemas políticos decorrentes de um poder político centralizado. Sustentou que, nas sociedades políticas modernas, o soberano precisa delegar

⁶⁴ Ao que parece não houve influência direta da filosofia de Comte sobre o pensamento jurídico de Austin. Essa é também a visão de Rumble (1985), para quem o Curso de Filosofia Positiva de Comte não teve nenhuma influência sobre a Filosofia do Direito de Austin e pouco ou nenhum impacto sobre os positivistas jurídicos subsequentes. Não se pode negar, contudo, a influência sobre Austin de um conjunto de ideias cientificistas muito similares à proposta de Comte para as ciências sociais que tinham muita força na Europa naquele período. Isso talvez ajude a explicar a concepção de Morrison (2012) de que a teoria analítica do direito de John Austin parte dos mesmos pressupostos do positivismo sociológico comtiano e que há enormes proximidades entre o positivismo de Comte e as *Lectures on Jurisprudence* de Austin.

parcela significativa de seus poderes de administrar e legislar a autoridades políticas subordinadas e defendeu o fortalecimento dos poderes locais através da ampliação da participação popular, pois, em seu sentir, o excessivo controle do poder soberano central sobre os governos locais é criticável.

Pode-se perceber, em síntese, que nos dois artigos escritos na década de 1840, Austin não mencionou qualquer questão de teoria do direito.⁶⁵ Limitou-se a discutir questões econômicas e políticas, já demonstrando uma visão política bem mais conservadora.

O jurista ainda vivia em Paris quando a revolução de 1848 eclodiu: ele pode testemunhar o levante popular e avaliou de forma muito negativa o que viu. Em carta escrita à sua filha, Austin explicou que o objetivo da revolução era mais social do que político, no sentido de que os revolucionários objetivavam mais uma melhor distribuição dos recursos materiais do que a democratização constitucional do estado. Ele temia que essas ideias revolucionárias atingissem a Inglaterra, onde a desigualdade social era, à época, ainda maior do que na França. Em sua concepção, a revolução era produto da ignorância do povo em relação aos princípios científicos da economia política. Portanto, somente a difusão do conhecimento acerca das causas determinantes da distribuição de trabalho e capital seria capaz de cortar as “tendências revolucionárias pela raiz” (ROSS, 1893, p. 98).

A revolução francesa de 1848 teve grande impacto sobre a concepção política de Austin. O momento é referido como um marco do recrudescimento do conservadorismo político austiniano (AUSTIN, 1869; RUMBLE, 1985).

O levante também fez com que o casal decidisse voltar para a Inglaterra. De 1848 até a sua morte em 1859, Austin morou em Weybridge, distrito de Surrey e, segundo o relato de Sarah, esse foi o período mais feliz da vida de seu marido e de seu casamento (AUSTIN, 1869). A partir de 1850, Austin alcançou a serenidade espiritual e sua relação matrimonial melhorou consideravelmente (RUMBLE, 1985; RUMBLE, 2005).

Sua visão política conservadora, fortemente acentuada a partir da revolução de 1848, foi condensada no texto que escreveu no ano de sua morte. Em 1859, Austin publicou o famigerado *A Plea for the Constitution*, que, segundo Stuart Mill,

⁶⁵ Deve-se ressaltar, entretanto, que o seu texto sobre centralização política de 1847 indiretamente lançou luz sobre o seu conceito de *soberania*, o qual, como se verá oportunamente (cap. 3), é fundamental para o conceito de direito austiniano.

possuía “um caráter muito mais Tory” do que tudo aquilo que ele havia sustentado ao longo de sua vida (MILL, 2006, p. 157).

Nesse último trabalho, Austin (1859) criticou veementemente algumas propostas de reforma democrática do Parlamento – propostas muito similares às que ele havia defendido em sua juventude. Além disso, saiu em defesa da Constituição e da aristocracia britânicas, que também foram alvos de fortes ataques seus, durante a década de 1820.⁶⁶

Em novembro daquele ano Austin adoeceu, vindo a falecer em 17 de dezembro de 1859. Após a sua morte, em 1861, Sarah preparou uma segunda edição do *The Province of Jurisprudence Determined*, pois a primeira edição há muito estava esgotada. Na ocasião, a obra foi acrescida do ensaio *Outline of the Course of Lectures* (1831) e do importante prefácio que ela preparou para a edição póstuma.⁶⁷

Na verdade, a segunda edição do *The Province of Jurisprudence Determined* foi publicada em 1861 como o primeiro de três volumes das *Lectures on Jurisprudence*⁶⁸, a obra mais abrangente de Austin, que contém as 57 aulas preparadas para a Universidade de Londres complementadas por tabelas, notas explicativas das tabelas e ensaios inéditos (e incompletos) deixados pelo autor sobre codificação, interpretação, analogia e o rascunho de um projeto de Código Penal elaborado à época em que ele compôs a comissão de reforma.

A recuperação e organização das lições e textos inéditos produzidos por Austin foi o mais importante e difícil trabalho editorial de Sarah Austin. Os textos haviam sido deixados em estado fragmentário, confuso e incompleto, mas graças à sua dedicação os dois volumes subsequentes (e inéditos) das *Lectures on Jurisprudence* foram publicados em 1863.

⁶⁶ A respeito do último escrito de Austin, Sarah explicou que a “longa e atenciosa observação de outros países e a relação com seus homens públicos, tinha lhe ensinado o completo valor das instituições desse país [a Inglaterra] e a importância do hábito de obediência à lei” (AUSTIN, 1869, p. 21, tradução nossa). No original: long and accurate observation of other countries, and intercourse with their public men, had taught him the full value of the institutions of this country, and the importance of the habit of obedience to law.

⁶⁷ Essa obra fundamental de John Austin também foi reeditada posteriormente por Hart em 1954 e por Rumble em 1995.

⁶⁸ Essa obra, por sua vez, teve cinco edições e inúmeras reimpressões.

Considerando, pois, o estado do material que deu origem ao livro, é de extrema relevância a advertência de Sarah Austin (1869), em seu Prefácio, de que o livro não mostra o que o autor fez, mas o que *pretendia e poderia ter feito*.

Certo é que sem o árduo trabalho de sua esposa, que dedicou os últimos oito anos de sua vida a editar e promover o trabalho de Austin, a maior parte dele não teria chegado ao conhecimento do público e a influência de John Austin sobre a teoria do direito nos países de *Common Law* não teria atingido a enorme dimensão que atingiu. Apesar de todos os insucessos profissionais que Austin colecionou durante a vida, após sua morte as suas ideias jurídicas difundiram-se e foram reconhecidas pelo público em geral, estimulando intensa reflexão na teoria do direito tanto na Inglaterra, quanto em outros países (RUMBLE, 2005).

Nas palavras de Hart, a obra de John Austin ainda conta com muitos críticos e muitos defensores, mas “nunca, desde sua morte, foi ignorada” (HART, 1998, p. xviii, tradução nossa).⁶⁹

⁶⁹ [...] never, since his death, has it been ignored.

3 O CONCEITO POSITIVISTA DE DIREITO DE JOHN AUSTIN

A definição de direito formulada por John Austin e o método de ele elegeu para se aproximar do fenômeno jurídico estão situados no limiar do desenvolvimento da tradição juspositivista, para a qual ele contribuiu significativamente.

Assim, antes de analisar o conceito de direito austiniano, é importante fazer uma breve alusão às principais características da tradição juspositivista e à sua classificação, com o fim de contextualizar o estudo da filosofia jurídica de Austin (seção 3.1).

Para o estudo da teoria do direito austiniana faz-se necessário compreender como ele delimitou o objeto de estudo da teoria do direito (*Jurisprudence*), distinguindo-o dos objetos de outros sistemas normativos com os quais comumente se confunde (seção 3.2).

Com isso, é possível analisar o conceito de direito elaborado por Austin, procurando esclarecer em que consiste a norma jurídica e quais são os elementos necessários para a atribuição de juridicidade a uma norma e a um sistema normativo qualquer (seção 3.3).

3.1 O positivismo jurídico e a teoria juspositivista de John Austin

O positivismo jurídico aparece no século XIX como uma nova postura epistemológica em relação ao fenômeno jurídico. O aparecimento dessa teoria jurídica foi possibilitado, na visão de Gomes (2004), por uma série de fatores, entre os quais se destacam o aumento da produção legislativa na Europa – que culminou com o movimento de codificação⁷⁰ – e a influência do positivismo filosófico sobre os juristas.

As primeiras manifestações do positivismo jurídico, no século XIX, têm em comum a rejeição da posição de hegemonia do direito natural em relação ao direito positivo. Isso é perceptível nas principais escolas jurídicas do período, a saber, a escola histórica do direito alemã, a escola da exegese francesa, e a escola analítica do direito na Inglaterra.

⁷⁰ Segundo Gomes, a partir do final da Idade Média, com o renascimento do direito romano, “a lei evoluiu constantemente como a principal fonte do direito na Europa e a codificação francesa foi o ponto de chegada desse movimento” (GOMES, 2004, p. 170).

A escola histórica do direito, que teve em Friedrich Carl Von Savigny seu maior representante, não foi uma escola juspositivista, ao menos, não no sentido estrito do termo.⁷¹ Entretanto, situada que estava em um contexto cultural mais amplo de crítica ao racionalismo e ao pensamento metafísico abstrato, esta escola contribuiu de modo significativo para surgimento do positivismo jurídico, graças à severa crítica que dirigiu ao jusnaturalismo com base em considerações historicistas.

A escola da exegese, por seu turno, consistiu em uma nítida manifestação do positivismo jurídico na França. Seus representantes voltaram-se de tal forma para a interpretação mecânica e reverencial do *Code Napoléon*, promulgado em 1804, que, a um só tempo, desconsideraram o direito natural⁷² e limitaram-se a reproduzir e a explicar – sem qualquer consideração crítica – o que se achava plasmado naquele diploma normativo.

Na Inglaterra, o positivismo jurídico em sentido estrito surgiu, de forma bem definida, com a escola analítica do direito de Jeremy Bentham e John Austin. Ambos são críticos ferrenhos da tradição jusnaturalista e defensores da distinção forte entre uma análise descritiva daquilo que o direito é e uma avaliação crítica do que se considera que ele deveria ser.

O positivismo jurídico desenvolveu-se desde então, tornando-se uma tradição muito ampla, compostas por diversas propostas teóricas. Por essa razão, é muito difícil conceituá-lo.⁷³ No entanto, duas características gerais podem ser atribuídas ao positivismo jurídico com inusitado consenso na literatura jurídica: a rejeição à tradição jusnaturalista e a defesa da tese da separação entre o direito e a moral.

Em primeiro lugar, o positivismo jurídico rejeita o dualismo inerente à teoria do direito natural e sustenta que todo direito é direito positivo. A tese segundo a qual

⁷¹ A partir da classificação de Dimoulis (2006), é possível afirmar que a escola histórica defendia o positivismo jurídico *lato sensu*, uma vez que rejeitava a tradição jusnaturalista e defendia a tese das fontes sociais do direito.

⁷² Bonnacase afirmou que, para a Escola da Exegese, “o Direito positivo deve ser a preocupação dominante, é dizer, exclusiva, do jurisconsulto, e o Direito positivo se identifica por completo com a lei” (BONNACASE, 1944, p. 141, tradução nossa). No original: para ella el Derecho positivo debe ser la preocupación dominante, es decir, exclusiva, del jurisconsulto, y el Derecho positivo se identifica por completo con la ley.

⁷³ Há cerca de meio século, tanto Hart (2010), quanto Bobbio (2006) alertaram para o fato de que o termo “positivismo jurídico” vinha sendo utilizado para designar concepções muito diversas – e logicamente independentes – a respeito do direito.

o direito é resultante de determinadas ações humanas é denominada tese das fontes sociais ou tese social (subseção 3.1.1).

A tese nuclear do positivismo jurídico, no entanto, é a tese da separação entre o direito e a moral. Essa tese sustenta que a identificação do direito não requer que se recorra a considerações morais. A ciência do direito deve se ocupar daquilo que o direito de fato é e não de considerações sobre o que ele deveria ser (subseção 3.1.2).

Por fim, no debate jurídico contemporâneo adquiriu enorme prestígio a classificação do positivismo jurídico em exclusivo, inclusivo e ético, tomando como critério de classificação o modo como se interpreta a tese da separação (subseção 3.1.3).

A apresentação dessas notas principais e distintivas do positivismo jurídico e de sua precoce formulação na teoria do direito de John Austin é o que se pretende nessa subseção.

3.1.1 A rejeição do jusnaturalismo e a formulação da tese social

Como já se disse, em suas primeiras manifestações no século XIX, o positivismo jurídico caracterizou-se especialmente pela rejeição à doutrina jusnaturalista que defendia a dualidade do sistema jurídico e a superioridade do direito natural em relação ao direito positivo. Kelsen definiu a doutrina do direito natural como aquela que “afirma que há um ordenamento das relações humanas diferente do direito positivo, superior a ele, absolutamente válido e justo porque emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus” (KELSEN, 1946, p. 212, tradução nossa).⁷⁴

A própria denominação “positivismo jurídico” constitui um indicativo importante dessa rejeição teórica. Como explica Bobbio (2006), a expressão “positivismo jurídico” deriva do termo “direito positivo” quando contraposto ao termo “direito natural”. Trata-se, portanto, de uma doutrina que se volta com exclusividade para o estudo do direito positivo e, portanto, desconsidera o direito natural em suas análises jurídicas e, comumente, rejeita totalmente a sua existência.

⁷⁴ Esta doutrina afirma que hay un ordenamiento de las relaciones humanas diferente del derecho positivo, superior a él, absolutamente válido y justo porque emana de la naturaleza, de la razón humana, o de la voluntad de Dios.

A rejeição ao direito natural e a consequente afirmação de que o direito é uma criação humana compõem um traço distintivo importante do positivismo jurídico. Trata-se, entretanto, de uma característica significativamente ampla, razão pela qual Dimoulis (2006) denominou por positivismo jurídico *lato sensu* toda doutrina que a sustenta. Em sua visão, o positivismo jurídico *lato sensu*

é uma teoria monista sobre o direito, distanciando-se claramente do dualismo jurídico que admite a existência de um direito natural ao lado do direito criado por legisladores humanos. Em virtude disso, o PJ [positivismo jurídico] *lato sensu* se define, de forma negativa, a partir da categórica e absoluta exclusão do direito natural da definição do direito e, conseqüentemente, do jusnaturalismo enquanto teoria do direito (DIMOULIS, 2006, p. 81).

Austin fez eco ao ataque à tradição jusnaturalista que é um traço marcante de seu tempo e defendeu que todo direito, no sentido estrito do termo, é direito positivo.

Para que se compreenda a crítica de Austin (1885) ao jusnaturalismo é necessário esclarecer que o termo *direito natural* pode ser empregado em dois sentidos distintos em sua teoria jurídica.

Em primeiro lugar, o direito natural pode ser considerado um *standard* ou um critério a partir do qual se deve avaliar as leis humanas. Nesse sentido, o direito natural é sinônimo de direito divino⁷⁵ e, como tal, não pertence ao estudo da ciência do direito. Austin assim justificou o uso da expressão “direito positivo”:

Agora, enquanto opostas ao direito natural (entendendo por tal a lei de Deus) as leis humanas que pertencem à primeira das duas classes são denominadas pelos autores da ciência jurídica ‘direito *positivo*’. Esse uso da expressão ‘direito *positivo*’ se utiliza evidentemente para evitar confusão das leis humanas que pertencem à primeira destas classes com as leis divinas que constituem a medida ou teste das leis humanas (AUSTIN, 2002, p. 136, tradução nossa).⁷⁶

⁷⁵ Austin afirmou que “as expressões *lei da natureza* ou *direito natural* significam frequentemente *leis de Deus*” (AUSTIN, 2002, p. 140, tradução nossa). No original: las expresiones *ley de la naturaleza* o *derecho natural* significan a menudo *leyes de Dios*. Também sustentou que: “ao ter rechaçado a expressão ‘Lei da Natureza’ por ser ambígua e confusa, chamo àquelas regras ou leis, consideradas em sua totalidade ou em bloco, a *lei divina* ou a *lei de Deus*” (AUSTIN, 2002, p. 34, tradução nossa). No original: al haber rechazado la expresión ‘Ley de la Naturaleza’ por ser ambigua y confusa, llamo a aquellas reglas o leyes, consideradas en su totalidad ou en bloque, la *ley Divina* o la *ley de Dios*.

⁷⁶ Ahora bien, en cuanto opuestas al derecho natural (entendiendo por tal la ley de Dios) las leyes humanas que pertenecen a la primera de las dos clases principales son denominadas por los autores de jurisprudencia ‘derecho *positivo*’. Este uso de la expresión ‘derecho *positivo*’ se utiliza evidentemente para evitar la confusión de las leyes humanas que pertenecen a la primera de estas clases con las leyes divinas que constituyen la medida o test de las humanas.

Por outro lado, a expressão “direito natural” pode significar também aquela parcela do direito positivo composta por regras jurídicas dotadas de universalidade e de imutabilidade. Nesse caso, contudo, trata-se de uma característica atribuível a algumas regras do direito positivo. Tem-se, na verdade, uma classificação das regras jurídico-positivas em naturais ou simplesmente positivas.

Segundo essa concepção de direito natural, toda regra jurídico-positiva pode ser dividida em dois grupos:

Algumas são peculiares ou próprias àquela comunidade política singular ou, pelo menos, não são comuns a todas as comunidades políticas; outras são comuns a todas as comunidades políticas ou forma parte constitutiva de qualquer sistema jurídico positivo (AUSTIN, 1885, p. 568, tradução nossa).⁷⁷

O problema é que, na concepção de Austin, a existência de regras universais e imutáveis está teoricamente atrelada com alguma capacidade inata ou *a priori* dos seres humanos para captá-las (AUSTIN, 1885, p. 570-571), o que para um jurista formado na tradição empirista inglesa é certamente inaceitável:

A distinção do direito [...] em natural e positivo é uma desnecessária e fútil sutileza: não obstante a distinção se fundamenta em uma diferença real e manifesta. O *jus naturale* ou *gentium* não mereceria objeções se não fosse pela suposição de que deriva de um instinto ou sentido moral ou de princípios práticos inatos. Porém, como está fortemente aliado [...] a essa regra confusa e perniciosa, deveria ser expulso, junto com o *direito natural* dos modernos, da ciência do direito e da moral (AUSTIN, 2002, p. 183-184, tradução nossa).⁷⁸

Em outro texto, Austin (1859) refere-se com desprezo à expressão “direito natural”, quando ela é usada como forma de resistência ao direito positivo. Segundo ele, o recurso a esse termo altamente aberto e indefinido autoriza a resistência ao governo sob qualquer pretexto. Austin (1998) sustenta que é retoricamente mais forte dizer que uma lei contraria o direito natural do que dizer que a odeia pelo

⁷⁷ Some are peculiar or proper to that single political community, or, at least, are not common to all political communities. Others are common to all political communities, or form a constituent part of every positive system.

⁷⁸ La distinción del derecho [...] en natural y positivo es una innecesaria y fútil sutileza: no obstante la distinción se fundamenta en una real y manifiesta diferencia. El *ius naturale* o *gentium* no merecería apenas objeciones si no fuera por la suposición de que deriva de un instinto o sentido moral o de principios prácticos innatos. Pero, como está fuertemente aliado [...] a esa jerga confusa y perniciosa, debería ser expulsado, junto con el *derecho natural* de los modernos, de la ciencia del derecho y de la moral.

motivo que for. Nesse sentido, o recurso ao direito natural é visto por ele como uma maneira de mascarar o interesse real que motiva a desobediência ao direito positivo.

De qualquer modo, a exclusão sistemática desse ente ideal (direito natural) do conceito de direito nos moldes promovidos pela filosofia jurídica do século XIX leva, logicamente, à conclusão de que todo direito é fruto de fatos sociais e, portanto, é sempre uma criação humana. A definição de “direito” é nivelada com a definição de “direito positivo”. Trata-se do que se tem denominado *tese das fontes sociais* ou, simplesmente, *tese social*.⁷⁹

Essa tese constitui uma *tese de identificação do direito*, já que, para que um padrão normativo qualquer possa ser considerado um padrão jurídico, é necessário que ele possa ser reconduzido a uma fonte social determinada.

Coleman definiu o que ele denomina “tese do fato social” (*social fact thesis*), como a “pretensão de que, sendo o direito uma prática social normativa, ele se torna possível graças a um conjunto de fatos sociais” (COLEMAN, 2001, p. 116, tradução nossa).⁸⁰ Para Coleman (2001), essa tese consiste no núcleo do positivismo jurídico: o ponto de divergência entre os positivistas estaria, segundo ele, na determinação de quais são os fatos sociais relevantes para a existência do direito e de como esses fatos se relacionam com o direito.

Vê-se, portanto, que a reivindicação simples de que a determinação da existência do direito depende da ocorrência de determinados fatos sociais ainda não diz nada sobre a natureza desses fatos. A sua especificação requer desenvolvimento teórico. Por essa razão, Raz (1979) afirmou que as diversas teses sustentadas pelos autores positivistas constituem refinamentos e desenvolvimentos dessa tese mais geral.

⁷⁹ A tese social pode ser formulada de diferentes formas, razão pela qual se tem falado em uma versão forte – que corresponde ao positivismo jurídico exclusivo – e uma versão fraca da tese – correspondente ao positivismo jurídico inclusivo (ver subseção 3.1.3). Não obstante, para os efeitos do presente trabalho, a tese social será definida de forma mais ampla, sem incorporar em sua definição qualquer elemento da discussão entre exclusivistas e inclusivistas. Nesse sentido, a tese social pode ser enunciada naquele sentido amplo que Raz (1979) a formula antes de defender a sua versão forte. Segundo ele, “em termos muito gerais, a tese social positivista sustenta que o que o direito é e o que ele não é é uma questão de fato social” (RAZ, 1979, p. 37, tradução nossa). No original: in the most general terms the positivist social thesis is that what is law and what is not is a matter of social fact. Em síntese, acompanha-se Dimoulis (2006) que se refere à tese social como critério de diferenciação entre o positivismo jurídico *lato sensu* e as doutrinas jusnaturalistas.

⁸⁰ All positivists embrace the Social Fact Thesis, the claim that while law is a normative social practice it is made possible by some set of social facts.

Na teoria austiniana, o fato social a partir do qual se reconhece a existência do direito é a obediência habitual a um superior político denominado “soberano”. Segundo Coleman, “para Austin, o direito é explicado em termos de poder e hábitos de obediência: os elementos definidores do soberano propriamente dito” (COLEMAN, 2001, p. 114, tradução nossa).⁸¹

De fato, o direito é reconhecido apenas pela fonte da qual emana e, segundo Austin, todo direito positivo provém, direta ou indiretamente, do soberano. A existência do soberano, por sua vez, é uma *questão fática*, já que Austin o define como a autoridade suprema de uma sociedade política independente que é habitualmente obedecido pela maior parte dos membros de sua comunidade e não obedece ninguém específica e habitualmente.⁸²

3.1.2 Tese da separação entre o direito e a moral

A tese da separação entre o direito e a moral mantém uma relação de complementariedade com a tese social e é amplamente admitida como a tese nuclear da tradição juspositivista enquanto característica distintiva dessa vertente teórica.⁸³ Segundo Dimoulis (2006), pode-se denominar a doutrina que defende a tese da separação por positivismo jurídico *stricto sensu*.

A tese se apoia na clássica distinção entre *ser* e *dever ser* e pretende discriminar aquilo que o direito é daquilo que ele deveria ser, o que significa afirmar que a determinação da existência do direito não depende de sua eventual conformidade com determinados padrões morais, isto é, “a moral não pode ser condição de juridicidade” (COLEMAN, 2001, p. 123, tradução nossa).⁸⁴

É possível vislumbrar a tese da separação por um duplo ângulo, quando se ressalta os seus aspectos ontológico e metodológico. De um lado, ela implica que a definição do que o direito é não exige que se recorra à argumentação moral (tese ontológica) e, de outro, que o aplicador do direito deve assumir uma abordagem

⁸¹ For Austin, law is explained in terms of power and habits of obedience: the defining elements of the sovereign-properly-so-called.

⁸² Voltar-se-á ao conceito austiniano de soberania na subseção 3.3.2.

⁸³ No sentido de que a tese da separação entre o direito e a moral é o argumento mais importante para o positivismo jurídico, conferir Alexy (2014); Galuppo (2005); Hart (2010); Hoerster (2000); Troper (2008); Waluchow (1994).

⁸⁴ Morality cannot be a condition of legality. Ressalte-se, contudo, que esta não é a posição de Coleman, como se verá a seguir.

não-valorativa, a fim de não permitir que suas escolhas morais e políticas prevaleçam sobre as escolhas do autor da norma jurídica (tese metodológica).⁸⁵

Alexy (2008) ressalta que os representantes da tradição juspositivista afirmam que o direito deve ser *conceitualmente* separado da ideia de moral. Embora alguns positivistas admitam que, contingentemente, essas duas esferas possam se conectar, segundo eles essa conexão não é *conceitualmente* necessária.

Por seu turno, Hoerster (2000), que prefere denominar a tese como *tese da neutralidade*, indica que o direito deve ser definido a partir de critérios estritamente formais, neutros em relação ao conteúdo, isto é, o conceito de direito não pode pressupor nenhuma forma de valoração.⁸⁶

Quanto ao aspecto metodológico, Bobbio (2006) enfatizou o modo avaliativo de abordar o estudo do direito como traço marcante do positivismo jurídico. Segundo o autor, o positivismo jurídico entende que o estudo do direito deve ser descritivo e não valorativo. O cientista do direito deve estudá-lo como um fato, abstendo-se de realizar juízos de valor. Trata-se da postura que Troper (2008) denominou por *neutralidade axiológica*.

O que pretende a tese da separação nesse aspecto metodológico é distinguir a explicação do direito posto de qualquer abordagem avaliativa ou crítica do direito positivo – qualquer que seja o critério para essa abordagem. Como explica Galuppo, para o positivismo jurídico, “não compete ao cientista avaliar o ordenamento jurídico, mas apenas descrevê-lo” (GALUPPO, 2005, p. 198).

É importante observar que a tradição positivista não nega a existência de conexões empíricas entre o direito e a moral; o que se nega é uma conexão conceitual necessária entre elas.⁸⁷

A tese da separação entre o direito e moral encontra em John Austin uma de suas primeiras formulações na modernidade. O jurista inglês volta-se para a

⁸⁵ Ressalte-se que Dimoulis (2006) considera que divisão da tese da separação em uma tese ontológica e uma tese metodológica é supérflua, pois, a seu ver, a segunda tese é uma decorrência logicamente necessária da primeira.

⁸⁶ Segundo o autor, mesmo as “normas extremamente imorais ou injustas como as leis racistas na Alemanha nazista ou na atual África do Sul caem sob o conceito de direito se respondem aos princípios constitucionais internos do respectivo ordenamento jurídico” (HOERSTER, 2000, p. 12).

⁸⁷ Por essa razão, alguns autores de língua espanhola, como Moreso (2004), por exemplo, têm preferido utilizar a expressão “tesis de la separabilidad”, a fim de evitar a ideia errônea de uma separação empírica entre as duas esferas normativas.

distinção conceitual das normas jurídicas em relação a outros fenômenos normativos como as leis divinas e as regras da moral positiva.

Como os juspositivistas em geral, Austin admite a existência de conexões empíricas entre os diversos fenômenos normativos de que se ocupa.⁸⁸ Segundo ele, é constante a sobreposição fática dos conteúdos das leis divinas, das regras morais positivas e das normas jurídicas, o que provoca confusão entre os limites de cada âmbito normativo:

Como consequência da frequente coincidência entre o direito e a moral positiva, e entre o direito positivo e a lei de Deus, a verdadeira natureza e a fonte do direito positivo se confundem frequentemente de modo absurdo pelos escritores de teoria do direito. Ali onde o direito positivo é elaborado sobre o referente da moral positiva, ou foi modelado sobre a lei de Deus, se esquecem de que a cópia é criada pelo soberano, e a atribuem ao autor do modelo (AUSTIN, 2002, p. 169, tradução nossa).⁸⁹

A tese da separação em Austin, portanto, não indica uma separação empírica entre direito e moral, mas uma separação conceitual, vale dizer, apesar de intensa conexão no plano fático, deve-se distinguir os fenômenos normativos no plano conceitual.⁹⁰

É bem conhecida a passagem de *The Province of Jurisprudence Determined*, na qual Austin afirma que

A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não é uma questão; se se acomoda ou não a um suposto modelo, é uma questão diferente. Uma lei que realmente exista é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ainda que não esteja conforme ao critério segundo o qual

⁸⁸ Austin (2002) sustenta que as esferas normativas podem coincidir, não-coincidir e conflitar. As três esferas normativas (direito divino, moral positiva e direito positivo) normalmente coincidem, isto é, regulam determinado comportamento humano da mesma forma. É o caso do homicídio que está proibido pelos sistemas jurídicos, pelo direito divino e pela moral positiva. Os casos de não-coincidência ocorrem quando um determinado comportamento humano regulado por uma esfera é indiferente para outra. Austin exemplifica com o contrabando, que, embora seja proibido pelo direito positivo, é indiferente para a moral positiva. Por fim, as esferas normativas conflitam quando as ações ordenadas por uma esfera normativa estiverem proibidas pela outra. O duelo é o exemplo fornecido por Austin: apesar de ser proibido em diversos sistemas jurídicos, o duelo faz parte do código de honra (moral positiva) dos cavaleiros.

⁸⁹ Como consecuencia de la frecuente coincidencia entre el derecho y la moralidad positiva, y entre el derecho positivo y la ley de Dios, la verdadera naturaleza y fuente del derecho positivo se confunde a menudo absurdamente por los escritores de jurisprudencia. Allí donde el derecho positivo se ha elaborado sobre el referente de la moralidad positiva, o ha sido moldeado sobre la ley de Dios, se olvidan de que la copia es creada por el soberano, y la atribuyen al autor del modelo.

⁹⁰ Rumble (1985) também observou que seria melhor usar a palavra “distinção” entre direito e moral, no lugar de “separação”, já que esta última palavra que pode induzir à ideia errônea de uma não-conexão no âmbito empírico.

governamos nossa aprovação ou desaprovação (AUSTIN, 1998, p. 184, tradução nossa).⁹¹

Trata-se da afirmação aparentemente simples de que a inadequação de uma norma jurídica em relação a determinado padrão moral de avaliação não atinge a existência ou a validade jurídica dessa norma. A norma jurídica moralmente ruim não perde sua juridicidade em razão da ausência de virtude moral. Como Austin observou, “as leis mais nocivas e, portanto, aquelas mais opostas à vontade de Deus têm sido e são continuamente aplicadas como leis pelos tribunais de justiça” (AUSTIN, 2002, p. 189, tradução nossa).⁹²

A seguinte afirmação de Austin, apesar de forte, ilustra bem essa questão da diferença entre validade jurídica e avaliação moral do direito:

Suponhamos que um ato inócuo ou positivamente benéfico esteja proibido pelo soberano sob pena de morte; se cometo esse ato serei julgado e condenado, e se oponho à sentença a afirmação de que ela é contrária à lei de Deus [...], a Corte de justiça demonstrará que minha argumentação não é conclusiva, enforcando-me em aplicação da lei cuja validade eu havia impugnado (AUSTIN, 2002, p. 189, tradução nossa).⁹³

Austin, portanto, defende a necessidade de separação entre uma abordagem meramente descritiva do direito posto pelo soberano (tarefa da ciência do direito) e uma aproximação valorativa ou moralmente crítica do direito positivo (que seria incumbência de uma ciência da legislação). Em sua concepção, a ciência do direito “se ocupa das leis positivas, ou das leis em sentido estrito, fazendo abstração de sua bondade ou maldade” (AUSTIN, 1998, p. 126, tradução nossa).⁹⁴

Segundo Waluchow, Austin foi responsável por destacar o fato de que o direito positivo, isto é, o direito de criação humana é uma instituição social:

⁹¹ The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.

⁹² Las leyes más nocivas, y por tanto aquéllas mas opuestas a la voluntad de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia.

⁹³ Supongamos que un acto inocuo, o positivamente benéfico, esté prohibido por el soberano bajo pena de muerte; si cometo ese acto seré juzgado y condenado, y si objeto la sentencia diciendo que es contraria a la ley de Dios, la cual ha ordenado a los legisladores humanos que no prohiban acciones que no tengan consecuencias perjudiciales, la Corte de justicia demostrará que mi razonamiento no es concluyente, colgándome en aplicación de la ley cuya validez yo había impugnado.

⁹⁴ The *science of jurisprudence* (or, simply and briefly, *jurisprudence*) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness or badness.

Ter chamado completamente nossa atenção para esse fato é considerado às vezes um dos maiores êxitos de John Austin. Austin destacou que o direito positivo não é uma construção ideal, mas social. É, como o expressou Gray, “não o que deveria ser, mas o que é. Fixar isso definitivamente na teoria do direito do Common Law é a façanha que Austin levou a cabo” (WALUCHOW, 1994, p. 106, tradução nossa).⁹⁵

Não se pode, contudo, concluir esse tópico sem fazer referência à interessante e provocante interpretação que Moles (1985) desenvolveu em relação à tese da separação austiniana.

Moles sustentou que a separação que Austin propõe entre direito e moral é meramente didática (heurística) – e não ontológica – e que ela faz parte de seu esquema metodológico que se desdobra em dois estágios: a) em um primeiro momento, o propósito de Austin era separar as partes componentes de um todo orgânico formado pelo direito e pela moral, a fim de analisá-las apartadamente;⁹⁶ e b) em um segundo estágio, reuni-las novamente em um processo de síntese. O problema é que sabidamente Austin nunca conseguiu ir além do primeiro estágio.

Assim, sua preocupação é com a confusão que envolve direito e moral, e através da análise ele deseja separar os dois, a fim de que o aluno possa restringir a sua atenção aos aspectos jurídicos. Ele indica aqui que a sua razão para a separação do direito e da moral é auxiliar aqueles que estão aprendendo estas disciplinas. Devemos nos lembrar de ler isto à luz do que se estabeleceu antes – que ontologicamente elas são inseparáveis, mas que, para fins heurísticos eles podem ser separados analiticamente. Vimos também que Austin não espera que o estudante de Direito confine seus estudos exclusivamente à lei, mas que quando ele está envolvido no estudo do Direito, espera-se que ele compreenda a natureza desta distinção (MOLES, 1985, p. 19).⁹⁷

⁹⁵ That he brought this fact forcefully to our attention is sometimes said to be one of John Austin's greatest achievements. Austin stressed that positive law is not an ideal but a social construct. It is, as Gray put it, “no that which ought to be, but that which is. To fix this definitely in the Jurisprudence of the Common Law, is the feat that Austin accomplished”.

⁹⁶ Segundo Moles: “agora podemos ver que a abordagem de Austin consiste em primeiro obter uma compreensão do todo, através do desenvolvimento de uma apreciação dos sub-grupos de que o todo é composto, e uma apreciação das relações entre aqueles sub-grupos” (MOLES, 1985, p. 19, tradução nossa). No original: we can now see that Austin's approach is first to gain an understanding of the whole, by developing an appreciation of the sub-groups of which that whole is comprised, and an appreciation of the relationships between those sub-groups.

⁹⁷ So his concern is with the confusion surrounding law and morals, and by analysis he wishes to separate the two in order that the student can restrict his attention to the legal aspects. He is indicating here that his reason for the separation of law and morals is to assist those who are learning about the various disciplines. We must remember to read this in the light of what has gone before - that ontologically they are inseparable, but that for heuristic purposes they can be separated analytically. We have also seen that Austin does not expect the law student to confine his studies to law exclusively, but that when he is engaged on the study of law, he is expected to understand the nature of this distinction.

A tese de Moles enfraquece a ideia de separação entre o direito e a moral no interior da teoria do direito de Austin. Em sua visão, a distinção austiniana entre as duas esferas normativas seria um mero esquema didático para o estudo de um todo normativo (indivisível) ingrado pelo direito e pela moral.

3.1.3 Os tipos de positivismo jurídico

Embora seja o cerne do positivismo jurídico, a tese da separação entre o direito e a moral pode significar muitas coisas, isto é, pode ser interpretada ou formulada de diferentes formas, como observaram Bayón (2002), Coleman (2001) e Troper (2008).

As formulações mais conhecidas dessa tese são o resultado de um intenso debate entre *exclusivistas* e *inclusivistas* a respeito do papel que pode ser reservado às considerações morais na determinação da existência e do conteúdo do direito.

A versão mais rigorosa da tese da separação, formulada pelo denominado positivismo jurídico exclusivo (*hard positivism*), sustenta que a moral nunca interfere no conceito de direito.

Como esclarece Moreso (2004), a tese da separação, denominada por ele “tese de identificação do direito”, do modo como foi interpretada pelo positivismo jurídico exclusivo, indica que a determinação daquilo que o direito é não depende em *absoluto* de recurso a critérios morais.

Essa versão do positivismo jurídico foi formulada por Joseph Raz e recebeu a denominação de “tese social forte” (*strong social thesis*) ou “tese das fontes” (*sources thesis*).⁹⁸ Segundo essa versão,

uma teoria do direito só é aceitável se os seus testes para identificar o conteúdo do direito e determinar a sua existência dependem exclusivamente de fatos provenientes do comportamento humano capazes

⁹⁸ Segundo Raz, é exatamente a “tese das fontes” que caracteriza o chamado positivismo jurídico exclusivo. Segundo ele, “as fontes de uma disposição jurídica são aqueles fatos em virtude dos quais esta é válida e seu conteúdo identificado” (RAZ, 1979, p. 47-48, tradução nossa). No original: the sources of a law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content. Além disso, sustenta que “uma disposição jurídica tem uma fonte se seu conteúdo e existência podem ser determinados sem a utilização de argumentos morais [...]” (RAZ, 1979, p. 47, tradução nossa). No original: a law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments [...].

de serem descritos em termos valorativamente neutros e aplicados sem recorrer à argumentação moral (RAZ, 1979, 39-40, tradução nossa).⁹⁹

Raz sustenta que a condição social que funciona como critério de determinação da juridicidade das normas não é apenas uma condição *necessária* como também *suficiente* para a identificação da existência e do conteúdo do direito. Expressando essa ideia, Raz afirma que é possível dividir a tese social em duas outras teses:

A – uma condição social é necessária para identificar a existência e o conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica somente se ela satisfaz a condição social. B – uma condição social é suficiente para identificar a existência e o conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica se ela satisfaz a condição social (RAZ, 1979, p. 40, tradução nossa).¹⁰⁰

A suficiência da condição social para a identificação do direito indica a total desnecessidade de se lançar mão de qualquer critério moral para determinar o que o direito é. Em síntese, a verificação da existência do direito independe, em todos os casos, de qualquer valoração moral: somente é jurídico aquele padrão que pode ser reconduzido a determinada fonte, a um determinado critério formal que Dworkin (2002), em suas primeiras críticas ao positivismo jurídico, denominou por “teste de *pedigree*”.

É possível, portanto, concluir com Dimoulis que o positivismo jurídico exclusivo

afirma que, apesar das influências de ordem genética, a moral nunca interfere conceitualmente na definição do direito: algo é juridicamente válido quando (e porque) corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade, e os mandamentos morais nunca adquirem relevância jurídica como indica o termo “antiincorporacionismo” (DIMOULIS, 2006, p. 135).

Outra vertente do positivismo jurídico é comumente chamada de positivismo jurídico inclusivo (*inclusive legal positivism*), também denominado por Hart (2009) de

⁹⁹ A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument.

¹⁰⁰ A - a social condition is necessary for identifying the existence and content of the law: a rule is a legal rule only if it meets a social condition. B - a social condition is sufficient for identifying the existence and content of the law: a rule is a legal rule if it meets the social condition.

positivismo brando (*soft positivism*) e, por Coleman (2001), de incorporacionismo (*incorporationism*).

Os representantes dessa versão do positivismo atribuem sentido diverso à tese da separação, afirmando que, embora a identificação do direito não dependa necessariamente de recurso a elementos morais, considerações morais podem tornar-se necessárias para a identificação do direito caso sejam incorporadas por sua regra de reconhecimento.

Coleman (2001) explicou que o incorporacionismo surgiu como uma resposta às primeiras objeções de Dworkin ao positivismo jurídico. Dworkin (2002) afirmou que o positivismo jurídico, ao não atribuir validade jurídica aos princípios morais em decorrência de seus próprios méritos, não conseguia dar conta da prática jurídica, uma vez que os juízes comumente recorrem a esses princípios morais em suas decisões. Por essa razão, o positivismo jurídico deveria ser abandonado como teoria do direito.

Assim, continua Coleman (2001), entre as respostas que surgiram à essa crítica de Dworkin situa-se o incorporacionismo: uma teoria hipotética que sustenta que, ainda que Dworkin estivesse certo em suas considerações sobre a validade jurídica dos princípios morais e seu papel na prática jurídica, essas considerações poderiam ser facilmente acomodadas no bojo do positivismo jurídico.

Consoante o incorporacionismo de Coleman (2001), a regra de reconhecimento é uma espécie de convenção social entre os aplicadores do direito e não há restrições àquilo que pode ser convencionado como condição de validade jurídica. Segundo Coleman, “o incorporacionista não vê qualquer razão para assumir que essas condições não possam em princípio incluir critérios que fazem do valor ou do mérito moral uma condição de juridicidade, ao menos de algumas normas” (COLEMAN, 2001, p. 127, tradução nossa).¹⁰¹

Portanto, nessa variante do positivismo jurídico, a tese da separação assume o seguinte significado: “tenho defendido uma formulação diferente da tese da separação, segundo a qual a moral não é necessariamente uma condição de juridicidade [...]” (COLEMAN, 2001, p. 123, pé de página, tradução nossa).¹⁰²

¹⁰¹ The Incorporationist sees no reason for assuming that these conditions cannot in principle include criteria making moral value or merit a condition of legality, at least for some norms.

¹⁰² I have defended a different formulation of separability thesis, according to which morality is not necessarily a condition of legality [...].

Nesse sentido, o papel das considerações morais na definição do direito passa a ser contingente. Foi o que observou Alexy:

O positivismo inclusivo, como defendido, por exemplo, por Jules Coleman, inclui uma rejeição tanto do positivismo exclusivo como do não-positivismo. Ele afirma que a moral não é necessariamente excluída nem necessariamente incluída [no conceito de direito]. A inclusão é declarada como uma questão contingente ou convencional [...] a depender daquilo que o direito positivo de fato estabelece (ALEXY, 2008, p. 285-286, tradução nossa).¹⁰³

Em síntese, segundo a interpretação que o positivismo jurídico inclusivo atribui à tese de identificação do direito, o direito pode perfeitamente ser identificado sem recurso a considerações morais. Entretanto, é possível que em determinada comunidade jurídica seja convencionada a necessidade de se recorrer a elementos morais para a determinação da existência e do conteúdo do direito.

Outro importante defensor do positivismo jurídico inclusivo, Wilfrid Waluchow sustentou que “os valores e princípios morais contam entre os possíveis fundamentos que um sistema jurídico poderia aceitar para determinar a existência e o conteúdo das leis válidas” (WALUCHOW, 1994, p. 82, tradução nossa).¹⁰⁴

Em sua defesa do inclusivismo, Waluchow (1994) considerou que essa teoria explica melhor os sistemas jurídicos contemporâneos, especialmente os sistemas constitucionais, nos quais diversas limitações de moral política são impostas ao criador do direito. Segundo ele, alguns direitos reconhecidos nas constituições contemporâneas são “direitos de moral política” de elevada abstração. Portanto, a determinação de sua natureza e alcance (sua concretização) requer não apenas compreensão moral, mas também ampla argumentação moral.¹⁰⁵

Deve-se acrescentar, por fim, que em seu pós-escrito, Hart incluiu-se expressamente entre os partidários do “positivismo brando” (*soft positivism*), ao admitir que “a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade

¹⁰³ Inclusive positivism, as defended, for instance, by Jules Coleman, counts as the rejection of both exclusive positivism and nonpositivism. It says that morality is neither necessarily excluded nor necessarily included. The inclusion is declared to be a contingent or conventional matter [...] turning on what the positive law in fact says.

¹⁰⁴ [...] moral values and principles count among the possible grounds that a legal system might accept for determining the existence and content of valid laws.

¹⁰⁵ Coleman (2001) também considera que o incorporacionismo consegue explicar de forma correta e mais satisfatória o critério de juridicidade comumente adotado nas modernas democracias liberais.

jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos” (HART, 2009, p. 323).

Como ressalta Dimoulis (2006), a disputa entre positivismo jurídico exclusivo e inclusivo não é apenas uma discussão terminológica sobre a maneira mais adequada de interpretar a tese da separação: possui enorme relevância prática no que se refere à aplicação do direito, especialmente na delimitação da discricionariedade do aplicador.¹⁰⁶

Além disso, no bojo dessa discussão surgiu um novo modo de interpretar a tese da separação, encampado por uma vertente do positivismo jurídico que ficou conhecida como positivismo ético, prescritivo ou normativo. Essa vertente, na forma como foi proposta por Tom Campbell (2002), propõe abandonar a concepção consagrada de que o positivismo jurídico é uma teoria meramente descritiva e explicativa da realidade do direito, para defendê-lo normativamente como um *modelo jurídico-teórico ideal* para a proteção de determinados valores e para orientar o desenvolvimento dos sistemas jurídicos.

A questão deixa, portanto, o plano descritivo, no qual o positivismo jurídico revelou-se falho, e passa para o âmbito prescritivo, no qual o juspositivismo *deve ser* adotado, no dizer de Campbell, “como uma teoria que recomenda que se criem e se mantenham sistemas jurídicos nos quais o Direito seja identificado, seguido e aplicado sem recorrer às opiniões morais dos envolvidos neste processo” (CAMPBELL, 2002, p. 307, tradução nossa).¹⁰⁷

Ainda segundo Campbell,

O sentido do positivismo jurídico, assim compreendido, é recomendar que os sistemas jurídicos sejam desenvolvidos de tal forma que maximizem os benefícios sociais e políticos de se ter um sistema de regras de comando rapidamente identificável, de tal clareza, precisão e alcance que podem habitualmente entender-se e aplicar-se sem recorrer a juízos morais e políticos controvertidos (CAMPBELL, 2002, p. 306, tradução nossa).¹⁰⁸

¹⁰⁶ Sobre essa importante questão, conferir Moreso (2004).

¹⁰⁷ [...] como una teoría que recomienda que creamos y sostengamos sistemas jurídicos en los que el Derecho se identifique, se siga y aplique sin recurrir a las opiniones morales de aquellos envueltos en este proceso.

¹⁰⁸ El sentido del positivismo jurídico, así entendido, es recomendar que los sistemas jurídicos sean desarrollados de tal forma que se maximicen los beneficios sociales y políticos de tener un sistema de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan habitualmente entenderse y aplicarse sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos.

Por essa razão, é pertinente a observação de Moreso (2004) de que o positivismo ético, no plano conceitual, aceita a interpretação da tese da separação proposta pelo positivismo jurídico inclusivo, mas, no plano normativo, subscreve a interpretação da tese da separação feita pelo positivismo jurídico exclusivo.¹⁰⁹

Conceitualmente, o positivismo ético admite a possibilidade de que critérios morais sejam incorporados no teste de identificação do direito. Contudo, no plano prescritivo sustenta que isso *não deve* ocorrer: é melhor que o direito seja identificável sem precisar recorrer a elementos morais controvertidos. Campbell sustenta, desse modo, que “a regra de reconhecimento não deve conter termos que convidem ao juízo moral” (CAMPBELL, 2002, p. 311, tradução nossa).¹¹⁰

Os elementos centrais do positivismo ético são bem delineados por Moreso (2004). Parte-se dos pressupostos básicos de que há muita controvérsia a respeito do que é moralmente correto e de que o império das leis sobre o comportamento humano deve ser exercido através de regras claras, precisas e facilmente identificáveis. Como a introdução de juízos morais na determinação das regras jurídicas pode solapar esses atributos necessários à regulação jurídica da vida social, o positivismo ético sustenta que o direito deve ser identificado sem recurso à moralidade.

Em síntese, existem razões morais para a defesa da tese da separação entre o direito e a moral. Campbell (2002) afirmou que o positivismo ético surge como uma teoria que prescreve um modelo jurídico no qual se mantenha a separação das funções de criação e aplicação normativas e no qual a identificação do direito ocorra sem a utilização de argumentos morais.

Certamente não é nada fácil inserir a teoria juspositivista de Austin em uma das três vertentes analisadas acima, considerando tratar-se de uma discussão que se inicia cerca de um século e meio depois da elaboração de sua obra. Entretanto, considerando que o intuito aqui é contribuir para a compreensão da teoria jurídica austiniana, pode-se fazer algumas breves considerações.

Waluchow (1998) inseriu a teoria jurídica de Austin no âmbito do *positivismo jurídico inclusivo*, tendo em consideração a sua tese de identificação do direito. Se o direito é identificado como comandos gerais provenientes do soberano, nada impede

¹⁰⁹ É esse também o entendimento de Campbell (2002).

¹¹⁰ La regla de reconocimiento no debe contener términos que inviten al juicio moral.

que este imponha a observância de padrões morais como critério para a identificação do direito. O soberano poderia impor às autoridades subordinadas a quem ele delega parte do seu poder legislativo a observância de determinados padrões morais para a elaboração do direito. Nesse caso, o soberano estaria incluindo argumentos morais no conceito de direito. Se a autoridade legislativa subordinada não observar o critério moral imposto pelo soberano, o produto de sua atuação não pode ser considerado direito.

A interpretação de Waluchow ganha ainda mais força quando se admite a natureza *constituente* do soberano austiniano, como se discutirá na subseção 3.3.2. Se o soberano austiniano puder ser identificado com o poder constituinte originário nas sociedades constitucionais, resta claro que ele pode impor ao legislador constituído o que Waluchow chamou de “direitos de moral política”, fazendo o critério de juridicidade das normas jurídicas depender de considerações morais.

Mas, em que pese a força dos argumentos de Waluchow, há razões para crer que a teoria jurídica de Austin está mais próxima do *positivismo ético*, nos termos formulados por Campbell. Essa interpretação já existe em relação ao positivismo de Bentham (BUSTAMANTE, 2015) e pode ser também defendida em relação à teoria jurídica de Austin.

Austin acreditava haver muita controvérsia a respeito do que é moralmente correto. Embora acreditasse na possibilidade de construção de um saber ético seguro a partir do progresso de uma ciência ética fundada no princípio da utilidade, ele reconhecia as dificuldades existentes no âmbito moral.

Segundo ele, toda avaliação moral de um determinado comportamento pressupõe um padrão moral ou um critério que possa ser utilizado como um “espelho” (um modelo) nesse processo de avaliação:

Quando dizemos que uma lei humana é boa ou má, ou que é merecedora de elogio ou censura, ou que é o que deveria ou não deveria ser, ou que é o que deve ou não deve ser, queremos dizer isto (a menos que estejamos expressando simplesmente nossa simpatia ou aversão): que a lei é conforme ou desconforme a respeito de algo que implicitamente consideramos como uma medida ou teste (AUSTIN, 2002, p. 139, tradução nossa).¹¹¹

¹¹¹ Cuando decimos que una ley humana es buena o mala, o que es merecedora de elogio o censura, o que es lo que debería o no debería ser, o que es lo que debe o no debe ser, queremos decir esto (a menos que no estemos expresando simplemente nuestra simpatía o aversión): que la ley es conforme o desconforme respecto de algo que implícitamente lo consideramos como una medida o test. Em outro ponto, Austin afirma: “os termos *justo* ou *injusto* implicam um standard de valoração e, portanto,

Mas como se verá adiante (subseção 3.2.1), mesmo o princípio da utilidade, que Austin defende como o único critério racional para o desvelamento das normas morais, é um princípio falível ou imperfeito diante das dificuldades que envolvem o cálculo (prognóstico e avaliação) de todas as consequências possíveis das ações humanas.

Além disso, frequentemente existe um desacordo sobre qual critério deve ser utilizado como padrão de avaliação moral do comportamento e das normas humanas. Segundo Austin, “a bondade ou maldade das leis humanas é uma expressão de alcance relativo e variável. Uma lei que é boa para uma pessoa é ruim para outra na medida em que se comparam tacitamente com diferentes e opostos critérios” (AUSTIN, 2002, p. 140, tradução nossa).¹¹²

Além dessa desconfiança em relação à universalidade da moral, Austin demonstrou especial preocupação com a excessiva indeterminação da linguagem das normas jurídicas, como se verá no capítulo 4. Segundo Austin, entre as dificuldades sérias e desconcertantes que acometam o direito positivo situa-se o “caráter vago ou indefinido dos termos nos quais a regra [...] é *inevitavelmente* concebida” (AUSTIN, 2002, p. 210, tradução e grifos nossos).¹¹³

Assim, continua o autor,

O que pode ser mais indefinido, por exemplo, do que as expressões prazo razoável, aviso razoável ou diligência razoável? Do que a linha de demarcação que distingue a difamação da crítica justa; daquela que constitui uma violação de direitos autorais; daquele grau de demência mental que constitui alienação? (AUSTIN, 1911, p. 230, tradução nossa)¹¹⁴

modelos de conformidade ou desconformidade: de outro modo significariam simples desaprovação que seria muito melhor expressada com um grunhido ou com um gemido, mais do que com este danoso e detestável abuso articulado da linguagem” (AUSTIN, 2002, p. 194, tradução nossa). No original: los términos *justo* e *injusto* implican un estándar de valoración y, por tanto, modelos de conformidad o disconformidad; de otro modo significarían simple desaprobación que estaría mucho mejor expresada con un gruñido o con un gemido, más que con este dañino y detestable abuso del lenguaje articulado.

¹¹² La bondade o maldad de las leyes humanas es una expresión de alcance relativo y variable. Una ley que es buena para una persona es mala para otra en la medida en que se comparan tácitamente con diferentes y opuestos criterios.

¹¹³ [...] el carácter vago o indefinido de los términos en los que la regla [...] es inevitablemente concebida.

¹¹⁴ What can be more indefinite, for instance, than the expressions, reasonable time, reasonable notice, reasonable diligence? Than the line of demarcation which distinguishes libel and fair criticism; than that which constitutes a violation of copyright; than that degree of mental aberration which constitutes idiocy or lunacy?

Isso parece indicar que Austin também flerta com o ideal de clareza e precisão na determinação daquilo que é juridicamente ordenado. Desse modo, se a avaliação moral padece de incerteza e se a vagueza e a abertura não são bons atributos para a linguagem através da qual se dá a regulação jurídica do comportamento humano, pode-se imaginar que, para Austin, a inclusão de considerações morais controvertidas nos critérios de determinação da juridicidade não *deve ser* eticamente estimulada.

Além disso, Rumble (1985) demonstrou que a defesa da tese da separação entre o direito e a moral em Austin possui um fundamento ético: o utilitarismo aparece como uma razão (embora não seja a única) para a distinção entre o que o direito é e o que ele deveria ser.

Austin formulou a sua tese da separação no bojo de uma crítica que dirigiu a William Blackstone, o qual, segundo a interpretação de Austin (1998), teria afirmado que qualquer lei que entre em conflito com a lei divina não é vinculante, vale dizer, não é válida.

Rumble (1985) observou que a crítica de Austin a essa assertiva de Blackstone se deu em duas bases distintas: a) de um lado, Austin negou, no plano fático, a veracidade daquela afirmação, sustentando que os tribunais sempre aplicaram leis injustas e moralmente deficientes (argumento empírico)¹¹⁵; b) de outro, criticou, com fundamento no *princípio da utilidade*, as consequências práticas da assertiva de Blackstone.

Essa segunda classe de argumentos é importante aqui, por tratar-se daquilo que Alexy (2014) denominou por *argumentos normativos* a favor da tese da separação.¹¹⁶

¹¹⁵ É conhecida a seguinte afirmação de Austin: “agora, dizer que as leis humanas que colidem com as leis divinas não são vinculantes, isto é, que não são leis, é dizer um absurdo. As leis mais nocivas e, portanto, aquelas mais opostas à vontade de Deus, têm sido continuamente aplicadas como leis pelos tribunais de justiça. [...] Uma exceção, objeção ou alegação fundadas na lei de Deus, nunca foi aceita em uma Corte de justiça, desde a criação do mundo até o momento presente (AUSTIN, 1998, p. 185, tradução nossa). No original: now, to say that human laws which conflict with the Divine law are not binding, that is to say, are not laws, is to talk stark nonsense. The most pernicious laws, and therefore those which are most opposed to the will of God, have been and are continually enforced as laws by judicial tribunals. [...] An exception, demurrer, or plea, founded on the law of God was never heard in a Court of Justice, from the creation of the world down to the present moment.

¹¹⁶ Conforme o autor, “a tese da separação ou a tese da conexão são apoiadas através de um argumento *normativo* quando se demonstra que a inclusão ou a exclusão de elementos morais no conceito de direito seria necessária para se alcançar determinado objetivo ou para se cumprir determinada norma” (ALEXY, 2014, p. 243).

Austin (1998) sustentou que a afirmação de Blackstone enseja confusão entre o que o direito é e o que ele deveria ser e, em seu entender, colocar no mesmo plano *ser* e *dever ser* é causar imprecisão e ambiguidade linguísticas, vale dizer, é um “abuso da linguagem” que pode produzir efeitos perigosos. Em outros termos, fazer a *existência* do direito depender de sua *correção ética* produz efeitos socialmente indesejáveis.

Austin considera que a principal finalidade do direito e do governo é assegurar a segurança.¹¹⁷ Sem dúvida, a segurança é um valor muito caro para o autor, um valor suficiente para fundamentar a necessidade de um direito positivo facilmente identificável. Portanto, para Austin (1998), o pior efeito social que pode derivar da confusão entre o direito e a moral é a *anarquia* (o desgoverno ou o não-governo), causada por uma crise de desobediência geral ao direito positivo.

É em virtude da segurança, entendida como principal fim do direito, que Austin (1998) sustenta que a obediência ao governo estabelecido é geralmente desejada por Deus. O questionamento constante da validade do direito positivo em virtude de algum critério moral poderia levar à desobediência generalizada e, conseqüentemente, à insegurança jurídica.

Provar mediante razões pertinentes que uma lei é nociva é altamente útil, porque tal processo pode conduzir à derrogação da mesma lei. Incitar as pessoas à resistência em virtude de determinados motivos derivados da utilidade pode ser proveitoso, porque a resistência, baseada em critérios de valor claros e definitivos, é algumas vezes benéfica. Porém proclamar em geral que todas as leis nocivas ou contrárias à vontade de Deus são nulas e intoleráveis equivale a pregar a anarquia, hostil e perigosa tanto para o regime mais sábio e benéfico quanto para a mais estúpida e irritante tirania (AUSTIN, 1998, p. 186, tradução nossa).¹¹⁸

¹¹⁷ Ao analisar os diversos sentidos da palavra *equity*, Austin (1885) observou que o termo estava sendo utilizado em sua época com o sentido de uma liberação judicial arbitrária da observância das regras válidas. Reprovando esse sentido da palavra, Austin afirma que “se as nossas Cortes de *Equity* fossem tribunais arbitrários, elas destruiriam a segurança e o sentimento de segurança que deve ser o principal fim do governo político e do direito” (AUSTIN, 1885, p. 577, tradução nossa). No original: it is manifest on a moment’s reflection, that, if our Courts of Equity were arbitrary tribunals, they would destroy the security, and the feeling of security, which ought to be the principal end of political government and law. Em outro momento, avaliando o homicídio doloso, Austin afirma “o homicídio doloso é um ato de tendência pernicioso. Se tais atos fossem frequentes, destruiriam essa segurança geral e o próprio sentimento de segurança, que são, ou deveriam ser, os fins fundamentais da sociedade política e do direito” (AUSTIN, 2002, p. 107, tradução nossa). No original: el homicidio intencional es un acto de tendencia pernicioso. Si tales actos fueran frecuentes, destruirían esa seguridad general y el propio sentimiento de seguridad, que son, o deberían ser, los fines fundamentales de la sociedad política y del derecho.

¹¹⁸ To prove by pertinent reasons that a law is pernicious is highly useful, because such process may lead to the abrogation of the pernicious law. To incite the public to resistance by determinate views of *utility* may be useful, for resistance, grounded on clear and definite prospects of good, is sometimes

Disso resulta que, no sistema austiniano, o direito existe e *deve existir* para a manutenção de um determinado valor (a segurança) e que a confusão das normas jurídicas com outros fenômenos normativos produz, como efeito prático política e socialmente indesejado, a insegurança. Em síntese, a cuidadosa distinção entre direito e moral é *socialmente desejável* considerando a felicidade geral.

A partir dessas considerações é possível sustentar que, embora o critério de determinação da existência do direito em Austin (conceito de soberania) admita, em princípio, a inclusão de considerações morais em seu bojo, como sustentou Waluchow, parece que Austin *não recomendaria* essa solução do ponto de vista ético. Se do ponto de vista conceitual é possível a inclusão da moral no conceito de direito (interpretação da tese da separação formulada pelo positivismo jurídico inclusivo), do ponto de vista normativo (utilitarista), o sistema jurídico austiniano se aproximaria da absoluta separação entre o direito e a moral (interpretação proposta pelo positivismo exclusivo). Sua teoria, portanto, está mais próxima do positivismo ético de Tom Campbell.

Bustamente (2015) destacou que, diferentemente de Bentham, que formulou uma teoria voltada para a reforma social e para abolição do *Common Law* britânico – o que o levou a enfatizar uma teoria jurídica censória (*censorial jurisprudence*) –, em Austin essa parte da teoria do direito (teoria da legislação) praticamente se perde, em virtude de seu conservadorismo político. Como se viu no capítulo 2, os textos de Austin sobre filosofia do direito foram escritos em um momento no qual ele questionava os postulados políticos (“radicais”) da filosofia de Bentham e assumia uma postura claramente antirradical.

Mas disso não se segue que o positivismo jurídico austiniano não possa ser compreendido nos termos de um positivismo normativo: a própria ênfase no postulado analítico (jurisprudência expositória) serviu bem para retirar o foco das reformas sociais e políticas no âmbito do direito. Sua defesa da tese da separação se baseia justamente em uma proposta conservadora de manutenção do *status quo* político, através da sobrevalorização dos ideais de segurança e do sentimento de

beneficial. But to proclaim generally that all laws which are pernicious or contrary to the will of God are void and not to be tolerated, is to preach anarchy, hostile and perilous an much to wise and benign rule as to stupid and galling tyranny.

segurança, que, em sua teoria, assumem um papel fundamental na justificação da obediência permanente e reverencial à autoridade estabelecida.

Se essa interpretação da teoria austiniana for correta, uma importante consequência pode ser extraída. Ao defender a teoria positivista do direito como uma escolha ética, realizada em virtude de sua capacidade de proteger e implementar determinados valores, o juspositivismo abre-se honestamente ao debate. Ao abandonar a pretensão de ser uma teoria voltada para a mera explicação neutra e distanciada do fenômeno jurídico e, ao assumir-se como uma escolha teórica que tem por fundamento a importância de determinados valores, é possível perguntar pelos valores que a subjazem e a justificam enquanto teoria e indagar se a importância desses valores é de tal monta que seja capaz de justificar a exclusão, em qualquer caso, da argumentação moral no âmbito jurídico.

3.2 Delimitando a província da teoria do direito

A preocupação primeira de John Austin era delimitar com exatidão o objeto próprio da ciência do direito (*Jurisprudence*). Para fazê-lo, ele precisava traçar as fronteiras que separam a ciência jurídica de outras zonas normativas que se encontram em seus limites e que com ela comumente se confundem.

Segundo o autor, quatro espécies normativas recebem a denominação de “lei” (*law*), o que gera ambiguidade terminológica e confusão no tocante ao objeto de estudo do direito. Usualmente, utiliza-se o termo “lei” (*law*) para designar: a) as leis divinas; b) as leis positivas; c) as leis da moral positiva; e d) as leis em sentido figurado ou metafórico.

As leis divinas são as leis que Deus estabelece para suas criaturas humanas, criando um dever religioso, cuja inobservância pode conduzir a sanções religiosas (subseção 3.2.1).

As leis da moral positiva são as normas morais que de fato existem em uma sociedade qualquer em um determinado momento, isto é, são as normas morais vigentes no âmbito social, não se confundindo com nenhum tipo de moral ideal (subseção 3.2.2).

As leis positivas (o direito positivo), que Austin (1998) estabelece como o objeto próprio da ciência do direito, são leis humanas, isto é, normas impostas pelos homens a seus semelhantes. A lei positiva caracteriza-se essencialmente por ser

uma espécie de comando do soberano de uma sociedade política independente aos seus subordinados políticos (subseção 3.2.3).

Por fim, Austin (1998) trata das leis em sentido figurado ou metafórico, que só impropriamente são chamadas de lei, já que não possuem entre suas características nada que se assemelhe à sanção e ao dever. Os exemplos são variados e vão desde as leis das ciências naturais (leis da física e a lei da evolução) até as leis dos animais. Austin as menciona porque elas também são denominadas com o termo “lei” (*law*), mas, obviamente, essas leis possuem importância residual em sua teoria.

Por essa razão, nossa análise recairá apenas sobre as leis divinas (subseção 3.2.1), a moral positiva (subseção 3.2.2) e as leis positivas (subseção 3.2.3).

3.2.1 O papel das leis divinas no utilitarismo austiniano

A teoria utilitarista apregoada por Austin foi profundamente influenciada pelo utilitarismo teológico inglês do século XVIII, especialmente pela versão formulada pelo teólogo e filósofo William Paley. O padrão moral ao qual Austin irá recorrer para avaliar as normas existentes na sociedade está constituído por regras de origem divina. Com relação a esse ponto específico, é possível concordar com Murphy que John Austin “é muito melhor compreendido como o último dos escolásticos do que como o primeiro dos benthamianos” (MURPHY, 2013, p. 169, tradução nossa).¹¹⁹

No pensamento austiniano, é preciso distinguir entre *moral ideal* ou *crítica* e *moral positiva*. A seguinte passagem do autor é esclarecedora:

O termo *moral* as diferencia [referindo-se à moral positiva] do *direito positivo*, e o adjetivo *positivo* as distingue da *lei de Deus*. Com o fim de evitar confusão, é necessário ou conveniente, que se diferencie da lei de Deus por este adjetivo específico; porque o termo *moralidade* (ou *moral*), quando se usa só ou sem ulterior qualificação, denota indistintamente quaisquer dos seguintes objetos: a moralidade positiva, *tal e como é*, sem consideração a seus méritos, e a moralidade positiva, *tal e como seria se fosse* conforme com a lei de Deus e fosse, portanto, merecedora de *aprovação* (AUSTIN, 2002, p. 35, tradução nossa).¹²⁰

¹¹⁹ Austin is better understood as the last of the Schoolman rather than the first of the Benthamites.

¹²⁰ El término *moral* las diferencia del *derecho positivo*, y el adjetivo *positivo* las distingue de la *ley de Dios*. Con el fin de evitar confusión, es necesario o conveniente, que se diferencien de la ley de Dios por este adjetivo específico: porque el término *moralidad* (o *moral*), cuando se usa sólo o sin ulterior cualificación, denota indistintamente cualquiera de los siguientes objetos: la moralidad positiva, *tal y*

Portanto, a *moral ideal* (ou *crítica*) austiniana, que corresponde às leis divinas (*divine laws*), funciona como critério para a avaliação do *conteúdo* das normas humanas positivas, ao passo que sua *moral positiva* (*positive morality*) equivale às normas morais de fato existentes em uma determinada sociedade.

Feito esse primeiro esclarecimento, é necessário fazer algumas rápidas considerações sobre o pensamento utilitarista inglês do século XIX, a fim de compreender o papel que as leis divinas ocupam na versão do utilitarismo defendida por Austin.

Na primeira metade do século XIX, como se noticiou no capítulo 2, o principal vetor das reformas sociais na Inglaterra era constituído por um círculo de pensadores utilitaristas cujos principais representantes eram Jeremy Bentham – considerado o fundador da doutrina utilitarista –, James Mill e John Stuart Mill.

Em linhas gerais, a ética utilitarista estabeleceu o princípio da utilidade como fundamento primeiro da ação moralmente significativa. Como esclarece Stuart Mill, em ensaio dedicado ao tema,

a doutrina que aceita a Utilidade ou o Princípio da Maior Felicidade como o fundamento da moral, sustenta que as ações estão certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade entende-se prazer e ausência de dor, por infelicidade, dor e privação de prazer (MILL, 2000, p. 30).

O princípio da utilidade geral passa, portanto, a ser o critério moral fundamental de avaliação do agir humano, o que é o mesmo que dizer que “o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor” (SANDEL, 2015, p. 48). Ação moralmente correta é aquela que produz a maior medida possível de satisfação (felicidade) ao maior número possível de pessoas.

Por esse prisma, a avaliação da correção moral de determinada ação humana depende da rigorosa previsão das consequências possivelmente decorrentes dessa ação e do exato cálculo dos efeitos positivos e negativos dessas consequências sobre o bem geral. Na verdade, o utilitarismo do século XIX é uma

como es, sin consideración a sus méritos, y la moralidad positiva, tal y como sería si fuera conforme con la ley de Dios y fuera por tanto merecedora de aprobación. Outro esclarecimento importante sobre a questão encontra-se em AUSTIN (2002, p. 136-137).

consistente manifestação do positivismo filosófico na Inglaterra¹²¹ e compartilha com este o ideal do cientificismo no âmbito ético. De fato, o utilitarismo não apenas pretendia a transposição do método empírico das ciências naturais para os estudos éticos, como também depositava todas as suas esperanças no progresso científico como forma de resolução dos mais diversos problemas sociais.¹²²

No que tange ao projeto cientificista do utilitarismo de Bentham, Abbagnano (1978) nos dá conta de que o seu propósito era transformar a *moralidade* em uma *ciência exata*, totalmente regida pela metodologia das ciências naturais. Mas para realizar tal intento, era preciso, antes, reduzir o estudo da moral a fatos, isto é, a dados empíricos (observáveis), que pudessem ser verificados e controlados cientificamente. Bentham assume, portanto, que os únicos fatos de que se pode lançar mão no domínio moral são o prazer e a dor, porque “sobre estas bases, a ciência da moral torna-se tão exacta como a matemática, embora seja bastante mais intrincada e extensa” (BENTHAM apud ABBAGNANO, 1978, p. 214).¹²³

Partindo da premissa de que os móveis do agir humano são alcançar o prazer e evitar a dor é possível controlar o comportamento humano através do controle da intensidade do prazer e da dor – segundo Bentham, prazer e dor são passíveis de mensuração (ABBAGNANO, 1978; BENTHAM, 1979).

É fato conhecido que também no âmbito da filosofia moral a influência de Bentham sobre Austin foi bem destacada. De Bentham, Austin herdou desde cedo a convicção na ética utilitarista, convicção que permaneceu por toda sua vida, conforme testemunha Stuart Mill (2006). Também como Bentham, Austin pretendia

¹²¹ Como ressaltam Reale e Antiseri (2005), o positivismo filosófico, no século XIX, foi capaz de se inserir e se adaptar, numa relação de simbiose, a cada tradição filosófica existente na Europa: na França, o positivismo se associou ao racionalismo cartesiano e ao iluminismo; na Inglaterra, se inseriu na tradição empirista e utilitarista, ligando-se, em seguida, ao evolucionismo de Darwin; na Itália associou-se ao naturalismo renascentista e na Alemanha assume a forma de cientificismo e de monismo materialista.

¹²² É muito interessante a solução “científica” que Austin propõe para o problema das péssimas condições laborais que assolava a Europa naquele período. Segundo ele, a solução desses graves problemas estava nas mãos dos próprios trabalhadores, mas para tanto era necessário que se difundisse entre eles os princípios gerais norteadores da ciência da economia política. Se eles conhecessem o princípio da população de Malthus, eles saberiam que para a resolver o problema bastava aplicar o remédio indicado pelo princípio, isto é, ajustar o “seu número à demanda por trabalho” (AUSTIN, 2002, p. 86-87).

¹²³ Bentham inicia uma de suas mais conhecidas obras estabelecendo os parâmetros empíricos que possibilitam o estudo científico da ética: “a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos” (BENTHAM, 1979, p. 3).

fundar uma ciência da ética, nos mesmos moldes das ciências naturais e que fosse capaz de atingir a mesma objetividade em relação aos resultados.

Em sua visão, a ciência da ética pode ser definida “como aquela disciplina que pretende determinar o teste do direito e da moral positiva, ou bem os princípios sobre os quais devem modelar-se para que possam merecer aprovação” (AUSTIN, 2002, p. 138, tradução nossa).¹²⁴

Austin, portanto, idealizou a *ciência da ética* em um plano prescritivo (*dever ser*) e a subdividiu em duas outras ciências normativas: a *ciência da legislação* que envolve o estudo de como as normas jurídicas deveriam ser e a *ciência da moral* que estuda como as regras morais (positivas) deveriam ser.

Embora possua natureza prescritiva, a ciência da ética tem por instrumento o princípio da utilidade e, portanto, funda-se na observação empírica das ações humanas. Como afirma Austin, “segundo a teoria da utilidade, a ciência da ética ou deontologia (ou ciência do direito e da moral tal e como deveriam ser) é uma das ciências que se fundamentam na *observação* e na *indução*” (AUSTIN, 1911, p. 124, grifos nossos, tradução nossa).¹²⁵

Mas, em que pese a forte influência de Bentham sobre o pensamento moral de Austin, não se pode dizer que a doutrina utilitarista deste fosse idêntica à daquele. Analisar alguns dos aspectos nos quais Austin discrepa do utilitarismo de Bentham é uma boa forma de compreender o sistema ético austiniano.

Rumble (1985) destacou três elementos diferenciadores: a) o utilitarismo teológico de Austin contra o utilitarismo laico de Bentham; b) o *utilitarismo da regra* de Austin contra o *utilitarismo do ato* de Bentham; c) o fato de Austin afirmar a necessidade de uma autoridade ética, o que não encontra correspondente em Bentham. Destes três, apenas os dois primeiros despertam maior interesse no contexto do presente trabalho.¹²⁶

¹²⁴ [...] aquella disciplina que pretende determinar el test del derecho y de la moralidad positiva, o bien los principios sobre los que deben modelarse para que puedan merecer aprobación.

¹²⁵ According to the theory of utility, the science of Ethics or Deontology (or the science of Law and Morality, as they should be, or ought to be) is one of the sciences which rest upon observation and induction.

¹²⁶ Pode-se noticiar, entretanto, que a necessidade de uma autoridade ética, segundo Austin, decorre da amplitude da ciência da ética. As pessoas de um modo geral, não possuindo o ócio que é necessário à elaboração científica, jamais conseguiriam captar as peculiaridades teóricas dessa ciência. Na verdade, nem mesmo o cientista da ética poderia dominá-la por completo em virtude de sua amplitude. Por isso, somente uma “doutrina científica” dotada de confiabilidade, porque elaborada por um conjunto de investigadores dedicados a esse campo científico, poderia gozar de autoridade

O principal elemento de diferenciação da formulação teórica de Austin em relação à de Bentham é o diálogo do primeiro com o *utilitarismo teológico*: o conteúdo da moral crítica austiniana corresponde ao direito divino (*divine laws*).¹²⁷

As leis divinas são os comandos “que Deus estabelece para suas criaturas humanas” (AUSTIN, 2002, p. 55, tradução nossa).¹²⁸ Trata-se de uma *lei no sentido próprio*, já que consiste em um *comando* emitido por Deus, que cria um *dever* religioso para seus destinatários, cuja inobservância (o pecado) pode conduzir a aplicação de *sanções* religiosas. Estas últimas “consistem nos males ou danos que podemos sofrer agora ou no futuro, pela vontade direta de Deus e como consequência da infração de seus comandos” (AUSTIN, 2002, p. 56, tradução nossa).¹²⁹

Para Austin, todos os nossos deveres morais fundamentais são determinados pelo direito divino (MURPHY, 2013). Como bem observa Moreso, Austin aceitou o *objetivismo ético*, ao admitir a existência de entes ideias, isto é, “de entidades éticas independentes da atividade humana” (MORESO, 1989, p. 367, tradução nossa).¹³⁰

Com isso, Austin parece se envolver em uma inconsistência teórica, já que ele caracterizou inicialmente a ciência ética como uma *ciência empírica*. Mansilla percebeu que, ao estabelecer as normas divinas como fundamento dos deveres éticos, Austin “se desprende de sua pretendida epistemologia empirista [...] e assume a existência de entidades éticas independentes da atividade humana” (MANSILLA, 2001, p. 445, tradução nossa).¹³¹ De fato, ao admitir a existência de regra divinas moralmente norteadoras, Austin realmente se distancia daquele núcleo do positivismo filosófico que consiste exatamente na veneração dos *fatos observáveis*.

razoável para nortear as ações humanas. Moreso (1989), portanto, está correto ao afirmar que “Austin no tiene un gran concepto de la capacidad humana para el nivel crítico de la moralidad” (MORESO, 1989, p. 369).

¹²⁷ Rumble (1985) sustenta que o mais notável elemento da ética utilitarista de Austin é a regra de direito divino, que aproxima sua ética de Locke e dos utilitaristas teológicos, por um lado, mas a afasta da ética de Bentham e de J. Stuart Mill, por outro. Para estes últimos, a ética é lógica e explicitamente independente das leis de Deus.

¹²⁸ Son aquellas que Dios establece para sus criaturas humanas.

¹²⁹ Consisten en los males o daños que podemos sufrir ahora o en el futuro, por la voluntad directa de Dios y como consecuencia de la infracción de sus mandatos.

¹³⁰ [...] de entidades éticas independientes de la actividad humana.

¹³¹ Austin, sin embargo, se separa de su pretendida epistemología empirista [...] y asume la existencia de entidades éticas independientes de la actividad humana.

A contradição teórica, contudo, diminui um pouco quando se percebe que, para Austin, a observação empírica faz-se necessária para a aplicação do princípio da utilidade, o qual, por sua vez, funciona como um simples indício do ente ideal (o direito divino não-revelado), o qual, como se verá, não pode ser conhecido pelo homem, a não ser indiretamente. Se “os cálculos que têm de ser executados para determinar o valor moral de uma acção envolvem dados empíricos” (O'BRIEN, 2013, p. 307), na teoria austiniana esses cálculos funcionam como elementos de revelação da vontade divina. A experiência empírica, portanto, é necessária para o desvelamento da entidade ética ideal.

No entanto, outra incoerência teórica em relação à ciência ética pode ser encontrada no texto de Austin, no que tange à metodologia científica. Se em alguns momentos, como se viu, Austin afirma que a ciência ética baseia-se na “observação e na indução”, em outros, sustenta que ela deveria assumir o método geométrico (dedutivo).

Isto pode ser constatado quando Austin trata do controle das pesquisas éticas pelos leitores. Ele acreditava que quanto maior fosse o número de pessoas ilustradas que pudesse controlar, através da leitura, as investigações no campo ético, mais sérias e qualitativamente melhores seriam as pesquisas nesse âmbito. Se houvesse, portanto, um maior número de leitores,

os escritores [de ética] atenderiam as sugestões de Hobbes e Locke, e *imitariam o método aplicado com tanto êxito pelos geômetras*: só que a variedade das premissas às quais se remetem algumas de suas investigações, e a complexidade e ambigüidade de alguns termos utilizados são tais que eles cairiam com frequência muito longe da exatidão e da coerência perfeita que pode alcançar o geômetra, devido ao breve número de suas premissas, e à simplicidade e caráter categórico de suas expressões. Porém, ainda que caíssem frequentemente longe da exatidão e coerência geométrica, os estudiosos da ética poderiam sempre aproximar-se e inclusive alcançar às vezes tal ideal (AUSTIN, 2002, p. 95, grifos nossos, tradução nossa).¹³²

Logo em seguida, sugere que o maior controle por parte de um grande público de leitores faria com que os investigadores da ciência ética adquirissem a

¹³² Los escritores atenderían las sugerencias de Hobbes y Locke, e imitarían el método aplicado con tanto éxito por los geômetras: aunque la variedad de las premisas a les que remiten algunas de sus investigaciones, y la complejidad y ambigüedad de algunos de los términos utilizados son tales que se quedarían con frecuencia muy alejados de la exactitud y coherencia perfecta que puede alcanzar el geômetra, debido al breve número de sus premisas, y a la simplicidad y carácter categórico de sus expresiones. Pero, aunque se quedarán alejados a menudo de la exactitud y coherencia geométrica, los estudiosos de la ética podrían siempre aproximarse e incluso alcanzar a veces tal ideal.

arte e o hábito de “examinar cuidadosamente e enunciar com precisão suas premissas, e de *deduzir as consequências de suas premissas* com rigor lógico” (AUSTIN, 2002, p. 95, grifo nosso, tradução nossa).¹³³

Assim, embora não haja dúvida de que Austin assumiu o projeto positivista de transformar as reflexões sobre a ética em uma disciplina científica, ao que parece ele ainda não estava totalmente certo sobre o tipo de método que deveria conduzir essa ciência.

A par desses problemas, é certo que a ciência ética deve voltar-se para o conhecimento das regras de origem divina, pois é a partir delas que se pode avaliar as leis humanas (o direito positivo e a moral positiva). Para Austin, as leis divinas formam o teste último de adequação das leis humanas, isto é, “constituem o último cânon das leis humanas” (AUSTIN, 2002, p. 55, tradução nossa).¹³⁴ Em suas palavras, “a lei divina é a prova ou teste do direito e da moral positiva; em outros termos, o direito e a moral, na medida em que são o que devem ser, se conformam, ou não se opõem, às leis de Deus” (AUSTIN, 2002, p. 29, tradução nossa).¹³⁵

Na visão de Austin, portanto, a crítica moral de qualquer sistema jurídico positivo e de quaisquer regras da moral positiva deve se basear naquilo que é estabelecido pelo direito divino, o que é suficiente para demonstrar a sua importância no sistema ético austiniano.

Com relação ao modo como as regras divinas se manifestam aos homens, Austin irá classificá-las em *direito divino revelado* (ou *expresso*) e em *direito divino não-revelado* (ou *tácito*).

As leis divinas reveladas foram expressas, diretamente por Deus ou por seus enviados, através de uma mensagem linguística que constitui os “fragmentos da *palavra* de Deus” (AUSTIN, 2002, p. 56, tradução nossa).¹³⁶ Como seus preceitos se encontram em documentos escritos eles são de fácil acesso para o homem.

Porém, o direito divino revelado não estabelece a totalidade de nossos deveres morais: uma grande parte deles é determinada pelo direito divino não-

¹³³ [...] examinar cuidadosamente y enunciar con precisión sus premisas, y de deducir las consecuencias de sus premisas con rigor lógico.

¹³⁴ [...] constituyen el último canon de las leyes humanas.

¹³⁵ La ley divina es la prueba o test del derecho y la moralidad positiva; em otros términos, el derecho y la moralidad, en la medida en que *son* lo que *deben ser*, se conforman, o no se oponen, a las leyes de Dios.

¹³⁶ [...] fragmentos de la *palabra* de Dios.

revelado. São normas que, portanto, não podem ser conhecidas diretamente pelos homens, mas apenas através de sinais indiretos. É importante, pois, conhecer o modo pelo qual elas se manifestam aos homens.¹³⁷

É nesse contexto que Austin (1998) irá recorrer ao utilitarismo e defender o princípio da utilidade geral como o único critério racional para o conhecimento dos comandos tácitos de Deus. O argumento que ele utiliza para fazer a ligação entre as leis divinas e o princípio da utilidade pode ser resumido do seguinte modo: considerando a benevolência divina, pode-se presumir que o criador não deseja a infelicidade de suas criaturas, mas, ao contrário, deseja a todas elas a maior felicidade possível. Pode-se, portanto, conhecer o sentido das leis divinas não-reveladas a partir das consequências que as ações humanas produzem sobre a felicidade geral. Se uma classe de ações¹³⁸ implica a infelicidade geral, ela viola a lei de Deus; se, ao contrário, concorre para a felicidade geral está em conformidade com a lei divina.

Austin expressa esse argumento da seguinte maneira:

Deus planeja a felicidade de todas as suas criaturas sensíveis. Algumas ações humanas favorecem esse propósito benevolente, ou suas tendências são benéficas ou úteis. Outras ações humanas são adversas a esse propósito, ou suas tendências são danosas ou perniciosas. As primeiras, na medida em que promovem o seu propósito, foram ordenadas por Deus. As últimas, como se opõe ao seu propósito, foram proibidas por Deus (AUSTIN, 1911, p. 106, tradução nossa).¹³⁹

Pode-se concluir que o princípio da utilidade geral não é, por si mesmo, o parâmetro último de avaliação da ação humana: ele é apenas um indicativo ou um sinal do verdadeiro parâmetro que são as regras de origem divina.

Portanto, e em sentido estrito, a utilidade não é a medida à que se deve conformar nossa conduta, nem é o teste com o qual se deve julgá-la. Não é por si mesma a fonte ou manancial de nossas obrigações superiores ou

¹³⁷ Austin dedica grande parte do *The Province of Jurisprudence Determined*, especialmente os capítulos 2, 3 e 4, para a discussão do problema de como as leis divinas não-reveladas se manifestam aos homens.

¹³⁸ Segundo Austin, a avaliação das ações não pode se basear nas consequências de uma ação considerada isoladamente. É preciso avaliar as consequências de classes de ações ou de um conjunto de ações semelhantes, isto é, imaginar quais seriam as consequências para a felicidade geral caso várias ações daquela espécie se repetissem.

¹³⁹ God designs the happiness of all his sentient creatures. Some human actions forward that benevolent purpose, or their tendencies are beneficent or useful. Other human actions are adverse to that purpose, or their tendencies are mischievous or pernicious. The former, as promoting his purpose, God has enjoined. The latter, as opposed to his purpose, God has forbidden.

supremas, porém nos guia à fonte de que provém tais obrigações. É simplesmente o *indício* da medida, o *indício* do cânon (AUSTIN, 2002, p. 118, tradução nossa).¹⁴⁰

Ao afirmar que o princípio da utilidade desvela uma regra (divina), o utilitarismo de Austin se distancia, mais uma vez, do de Bentham: enquanto este formulou um tipo de utilitarismo que posteriormente ficou conhecido como *utilitarismo do ato*, aquele defendeu uma versão denominada *utilitarismo da regra* (MANSILLA, 2001; MORESO, 1989; RUMBLE, 1985).

No *utilitarismo do ato*, a ação moralmente investigada é diretamente submetida ao princípio da utilidade, a fim de verificar a sua correção ou incorreção moral. Se as consequências previstas dessa ação promoverem a felicidade geral, a ação pode ser considerada (individualmente) correta.

Ao contrário, no *utilitarismo da regra*, o princípio da utilidade não se aplica diretamente à conduta moralmente investigada: entre a ação e o princípio da utilidade existe uma regra. Na verdade, para essa versão do utilitarismo, o princípio da utilidade é usado para o desvelamento de uma regra e essa regra, por sua vez, será utilizada para a avaliação da ação humana.¹⁴¹

É o que Austin esclarece:

Segundo tal teoria [utilitarismo] nossa conduta haveria de conformar-se às *regras* que se inferem das tendências das ações, porém não estaria determinada por um recurso direto ao princípio da utilidade geral. A utilidade seria o cânon de nossa conduta em último termo, não imediatamente: o cânon imediato das regras às quais haveria de ajustar-se nossa conduta, não o das ações específicas ou individuais. Nossas regras se ajustariam ao princípio da utilidade; nossa conduta, às regras (AUSTIN, 2002, p. 67, tradução nossa).¹⁴²

¹⁴⁰ Por tanto, y en sentido estricto, la utilidad no es la *medida* a la que debe conformarse nuestra conducta, ni es el *test* con el que se debe juzgar. No es por sí misma la fuente o manantial de nuestras obligaciones superiores o supremas, pero nos guía a la fuente de la que provienen tales obligaciones. Es simplemente el *indicio* de la medida, el *indicio* del canon.

¹⁴¹ Só excepcionalmente Austin (2002) admite que uma conduta se oriente diretamente pelo princípio da utilidade. Para ele, em situação anômalas e excepcionais, que ocorrem com uma frequência muito rara, é possível, em consideração a determinadas especificidades da ação moralmente avaliada, que a avaliação se baseie direta e imediatamente no princípio da utilidade, afastando a aplicação da regra geral.

¹⁴² Pues según tal teoría nuestra conducta habría de conformarse a las *reglas* que se infieren de las tendencias de las acciones, pero no estaría determinada por un recurso directo al principio de utilidad general. La utilidad sería el canon de nuestra conducta en último término, no inmediatamente: el canon inmediato de las reglas a las que habría de ajustarse nuestra conducta, no el de las acciones específicas o individuales. Nuestras reglas se ajustarían al principio de utilidad; nuestra conducta, a las reglas.

Por fim, uma última consideração sobre o utilitarismo de Austin precisa ser feita. O autor considera que, apesar de ser o melhor critério para a determinação das leis divinas não-reveladas, o princípio da utilidade não é um critério perfeito. Há muitos casos nos quais o princípio não consegue indicar qual é o comando divino que deve reger uma determinada classe de ações. Isso ocorre em virtude das dificuldades que envolvem o prognóstico e a avaliação dos efeitos das variadas ações humanas.

Como expressou Austin, sendo as “ações infinitamente variadas, e estando seus efeitos infinitamente diversificados, o trabalho de classificá-las completamente e de coletar seus efeitos de forma completa transcende as limitadas faculdades das criaturas humanas finitas” (AUSTIN, 1998, p. 83, tradução nossa).¹⁴³

De fato, segundo Austin (1998), não existindo um critério melhor no que tange ao acesso às leis divinas não-reveladas, somos obrigados a nos resignar ao fato de que o princípio não é perfeito, e aceitá-lo mesmo assim, procurando extrair o melhor possível de sua aplicação:

Devemos deduzir nossos deveres como possamos das tendências das ações humanas, ou permanecer, sob nosso próprio risco, na ignorância de tais deveres. Temos que abrir caminho, apesar das dificuldades, com a ajuda desta luz tênue ou resignarmos a vagar na mais profunda escuridão (AUSTIN, 2002, p. 66, tradução nossa).¹⁴⁴

Considerando a falibilidade do princípio da utilidade, Murphy (2013) observou com acerto, que, segundo a teoria austiniana, nossa conduta deve ser guiada primeiro pela lei divina revelada, em virtude de seu conhecimento ser mais seguro. Deve-se, portanto, analisar primeiramente os estritos termos linguísticos usados pela revelação, já que “os comandos que Deus revelou temos que os inferir dos termos nos quais se expressam” (AUSTIN, 2002, p. 118, tradução nossa)¹⁴⁵, isto é, nos “termos através dos quais a Revelação se manifesta” (AUSTIN, 2002, p. 140, tradução nossa).¹⁴⁶ É apenas em caso de silêncio ou obscuridade de suas

¹⁴³ [...] and, these actions being infinitely various, and their effects being infinitely diversified, the work of classing them completely and of collecting their effects completely, transcends the limited faculties of created and finite beings.

¹⁴⁴ Debemos deducir nuestros deberes como podamos de las tendencias de las acciones humanas, o permanecer, bajo nuestro propio riesgo, en la ignorancia de tales deberes. Tendremos que abrimos camino, a pesar de las dificultades, con la ayuda de esta luz resplandeciente, o resignarnos a vagar en las mas profundas tinieblas.

¹⁴⁵ Los mandatos que Dios ha revelado tenemos que inferirlos de los términos que se expresan.

¹⁴⁶ [...] términos en los que la Revelación se manifiesta.

disposições expressas que se deve recorrer ao direito divino não-revelado, desvelado através do (imperfeito) princípio da utilidade.

3.2.2 A moral positiva

A moral positiva, diferentemente da moral ideal ou crítica que se baseia nas leis divinas, é composta por regras humanas não-jurídicas que de fato existem em uma determinada época e lugar.

As regras morais positivas são regras não-jurídicas, no sentido de que a sua definição ocorre de forma negativa, através de sua diferenciação das regras de direito positivo. Com o termo “moral positiva”, Austin refere-se a um conjunto de regras humanas que não pertence ao conjunto do direito positivo.

Além disso, na análise das regras da moral positiva é preciso ater-se a uma abordagem meramente descritiva, isto é, deve-se limitar a uma explicação ou exposição das regras morais existentes em uma determinada época e lugar, abstraindo-se de qualquer referência valorativa em relação à sua utilidade. Segundo Austin, “com o termo ‘moral positiva’, me refiro às leis humanas que indico com esta expressão sem ter em conta sua bondade ou maldade” (AUSTIN, 2002, p. 137, tradução nossa).¹⁴⁷

As leis morais positivas são subdivididas por Austin em dois grupos. Em um primeiro grupo, encontram-se as regras da moral positiva que constituem leis em sentido próprio, isto é, que são verdadeiros *comandos*. No outro grupo, situam-se as leis morais em sentido impróprio, a saber, as normas impostas pela opinião geral.¹⁴⁸

As regras morais que são leis em sentido próprio são comandos emitidos por alguns homens a seus semelhantes em contexto diverso do quadro político que caracteriza a elaboração de normas jurídicas. A definição, nesse caso, é também negativa: “nenhuma lei que pertença a esta classe é um comando direto ou indireto de um monarca ou corpo soberano em sua condição de superior político” (AUSTIN, 2002, p. 145, tradução nossa).¹⁴⁹

¹⁴⁷ Con el término “moralidad *positiva*”, me refiero a las leyes humanas que indico con esta expresión sin tener en cuenta su bondad o maldad.

¹⁴⁸ Uma melhor caracterização de quando o termo lei é usado em sentido próprio e em sentido impróprio será realizada na seção 3.3, por ocasião da discussão da teoria imperativista de Austin.

¹⁴⁹ Ninguna ley que pertenezca a esta clase es un mandato directo o indirecto de un monarca, o cuerpo soberano, en su condición de superior político.

Como se trata de um comando, essas normas possuem uma *fonte determinada*, que pode ser um indivíduo ou um grupo determinado de pessoas. Em uma sociedade política, pode-se pensar apenas em duas hipóteses nas quais os comandos podem ser exarados por fontes não-jurídicas.

A primeira possibilidade é que um cidadão ou uma associação de pessoas, atuando em sua condição de sujeitos privados e fora do exercício de direitos subjetivos, emita um comando para que outras pessoas façam ou deixem de fazer alguma coisa. Austin (1998) exemplifica essa categoria de regras morais com as regras que os pais estabelecem a seus filhos, as regras que o senhor estabelece a seus escravos e as regras impostas por uma associação ou por um clube.

Outra possibilidade vislumbrada por Austin é a emissão de um comando pelo soberano fora de sua condição de superior político, isto é, quando os comandos do agente político são dirigidos a pessoas que não se encontram em estado de sujeição em relação a seu poder. Um exemplo seria uma regra imperativa imposta por um soberano a outro, ou por um governo supremo a outro.

Nos dois casos acima, há uma lei moral em sentido próprio, no sentido de que consiste em um *comando* e, como tal, deve vir acoplado da previsão de uma sanção (moral), estabelecendo um dever (moral) a seus destinatários.

Há, por outro lado, a classe das leis morais que são impostas pela opinião geral. Essas regras somente podem ser chamadas de “leis” no sentido impróprio do termo, uma vez que, não sendo ditadas por uma pessoa específica nem por um grupo determinado de pessoas, não podem ser consideradas comandos. Falta-lhes, para tanto, uma *fonte determinada*. Como sustenta Austin, “como não se trata de um grupo determinado ou definido, não pode, *como grupo*, expressar ou formular um desejo” (AUSTIN, 2002, p. 150, tradução nossa).¹⁵⁰ Por isso, as leis que emanam desse grupo “são simplesmente o *sentimento* experimentado ou a *opinião* mantida com relação a um tipo de conduta” (AUSTIN, 2002, p. 150-151, tradução nossa).¹⁵¹

Tais regras são mantidas pela opinião geral e derivam de um sentimento intuitivo de aprovação ou de reprovação que nos acomete quando estamos diante de determinadas condutas. Segundo Austin, essas leis se formam quando “algum corpo

¹⁵⁰ Pues como no se trata de un grupo determinado o definido, no puede, como grupo, expresar o formular un deseo.

¹⁵¹ [...] son simplemente el *sentimiento* experimentado o la *opinión* mantenida con relación a un tipo de conducta.

indeterminado ou algum conjunto *indefinido* de pessoas considera um determinado tipo de conduta com um sentimento de gosto ou rechaço” (AUSTIN, 2002, p. 150, tradução nossa).¹⁵²

Essas leis podem ser ilustradas com o exemplo mencionado por Hart (2009) da regra que estabelece a necessidade de retirar o chapéu antes de entrar em uma igreja. A opinião do grupo de que é necessário fazê-lo, provoca um sentimento de desaprovação diante da inobservância da conduta. E, assim como se utiliza o termo “lei” em sentido impróprio para designar esse conjunto de regras, é possível falar na existência de um *dever* moral e na possível superveniência de uma *sanção* moral em caso de descumprimento da regra, desde que os termos “dever” e “sanção” sejam empregados em sentido igualmente impróprio.

É neste importante grupo de regras morais positivas que se situam os costumes. Segundo Austin, “o costume, como tal, sem estar revestido de sanção legislativa, não é direito, mas uma regra moral” (AUSTIN, 1885, p. 523, tradução nossa).¹⁵³ Os costumes enquanto não são admitidos pela autoridade estatal constituem normas da moral positiva; ao serem adotados pela autoridade estatal que ordena sua observância e lhes revestem com uma sanção, os costumes passam a ser considerados normas de direito positivo (AUSTIN, 1885).¹⁵⁴

3.2.3 As leis positivas

Para Austin, lei positiva é aquela “que existe porque foi *posta*”, isto é, são as leis que “existem por *imposição*” (AUSTIN, 2002, p. 34, tradução nossa).¹⁵⁵ Tendo afastado conceitualmente do âmbito do direito as normas morais (ideais e positivas), Austin pode voltar-se mais facilmente para o seu propósito de delimitar a província da teoria do direito.

¹⁵² [...] algún cuerpo *indeterminado* o algún conjunto *indefinido* de personas considera un determinado tipo de conducta con un sentimiento de gusto o rechazo [...].

¹⁵³ A custom, as such, independently of legislative sanction, is not a law, but a moral rule.

¹⁵⁴ Outros exemplos utilizados pelo autor são as regras difusas de uma determinada profissão, as regras de honra dos cavalheiros, as leis da moda e, inclusive, as normas de direito internacional. Para Austin as regras que compõem o direito internacional são regras da moralidade positiva internacional. Como não há, na comunidade internacional, um soberano capaz de impor comandos a seus súditos as regras que compõem o direito internacional não podem ser reconhecidas como normas jurídicas (AUSTIN, 2002).

¹⁵⁵ “Ley que existe porque ha sido *puesta*”. [...] existen por *imposición*.

A ciência do direito deve tratar do direito positivo e este se define como conjunto de regras humanas estabelecidas pelo soberano de uma sociedade política independente a seus subordinados políticos (súditos). Assim como as regras divinas e uma parte das regras morais positivas, as normas jurídicas são uma espécie de comando, isto é, são leis em sentido próprio.¹⁵⁶ Mas, diferentemente das primeiras, as regras jurídicas provêm da autoridade soberana do estado e têm por destinatários os seus cidadãos.

O traço fundamental, portanto, para a determinação de juridicidade dos padrões normativos é *fonte* de onde emanam, vale dizer, uma norma jurídica é um tipo de comando emanado do soberano. Analisar esses caracteres é o objeto da próxima subseção.

3.3 A essência das normas jurídicas e seu traço distintivo

Duas notas são imprescindíveis para a compreensão do conceito de direito elaborado por Austin: primeiro é preciso definir em que consiste ontologicamente uma lei, qual é a sua essência, o que nos remete à sua teoria imperativista (subseção 3.3.1); em seguida, é preciso indagar pela fonte de onde provêm as normas jurídicas, para o que é necessário voltar-se, especialmente, para o seu conceito de soberania (3.3.2). Algumas críticas opostas à doutrina de Austin serão apresentadas e analisadas apenas na medida em que isso seja relevante para uma melhor compreensão de seu conceito de direito, que é o objetivo desse capítulo.

¹⁵⁶ Há, contudo, algumas regras que, mesmo não sendo autênticos comandos, fazem parte do objeto da ciência do direito, em razão de sua proximidade ou relação direta com as normas jurídicas em sentido próprio: a) as leis declarativas, isto é, leis emitidas pelos legisladores para explicar ou interpretar o direito positivo pré-existente; b) as leis que revogam outras leis (revogatórias) ou que dispensam o cumprimento de deveres pré-existentes (leis permissivas); c) as leis imperfeitas, que são regras não acompanhadas das respectivas sanções. Como o autor se expressa, “as leis (impropriamente ditas) que acabo de expor são, creio, as únicas leis que, apesar de não pertencer à classe dos comandos, podem, sem embargo, incluir-se propriamente dentro do âmbito da jurisprudência” (AUSTIN, 2002, p. 49, tradução nossa). No original: las leyes (impropriamente dichas) que acabo de exponer son, creo, las únicas leyes que, a pesar de no pertenecer a la clase de los mandatos, sin embargo pueden incluirse propiamente dentro del ámbito de la jurisprudencia.

3.3.1 A teoria imperativista de John Austin

A teoria imperativista consiste na doutrina que sustenta que a norma jurídica possui a natureza de um *comando*, de uma *ordem* emitida por alguém que se encontra em uma situação de superioridade em relação aos seus destinatários.

Como observa Bobbio (2006), essa tese não surgiu com o positivismo jurídico do século XIX, tratando-se de uma longa tradição, cujas raízes podem ser encontradas no pensamento jurídico romano e na fundamental distinção medieval entre comando (*praeceptum*) e conselho (*consilium*).¹⁵⁷

Na Inglaterra, entretanto, a tese imperativista teve papel hegemônico na teoria do direito durante muito tempo, sendo um tema marcante nas doutrinas jurídicas de Hobbes¹⁵⁸, Bentham¹⁵⁹ e Austin. Como sustentou Argüelles, a concepção do Direito como comando “é o ponto chave do positivismo jurídico inglês, a tese mais característica de três séculos de filosofia jurídica” (ARGÜELLES, 1984, p. 120, tradução nossa).¹⁶⁰

Em sua apresentação inicial das lições, no *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin sustenta que, para realizar sua empreitada de definir o objeto próprio da ciência do direito, inicialmente é necessário “determinar a *essência* ou a *natureza* de uma lei imperativa em sentido próprio” (AUSTIN, 1998, p. 3, grifos

¹⁵⁷ Na base dessa distinção está a ideia de que o comando indica necessidade de observância, ao passo que conselho é uma orientação que deixa uma margem de escolha para seu destinatário (que pode observá-la ou não). A distinção pode ser encontrada, na Idade Média, na divisão das prescrições do Evangelho em comandos e conselhos. Na modernidade Hobbes recorreu a distinção para distinguir as prescrições temporais do estado das prescrições espirituais da igreja (Bobbio, 2006).

¹⁵⁸ Hobbes já havia formulado os principais elementos da concepção imperativista das normas jurídicas em seu *Leviatã*: “deve-se destacar que, evidentemente, a lei, em geral, não é um conselho, mas uma ordem. E também não é uma ordem dada por qualquer um a qualquer um, pois é dada por aquele que se dirige a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe. A lei civil, acrescenta apenas o nome da pessoa que ordena, ou seja, a *persona civitatis*, a pessoa do Estado” (HOBBS, 2014, p. 193, grifos nossos). Em seguida, define a lei civil (normas do direito positivo) nos seguintes moldes: “A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por qualquer outro suficiente sinal de *sua vontade*, usando-as para distinguir o que é certo do que é errado. Isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra” (HOBBS, 2014, p. 193, grifo nosso).

¹⁵⁹ Bentham definiu o direito como “um conjunto de *signos declarativos* de *uma vontade*, concebidos ou adotados pelo soberano de um estado, concernentes à conduta que deve ser adotada em certo caso por certa pessoa ou classe de pessoas submetidas a seu poder” (BENTHAM apud ARGÜELLES, 1984, p. 132).

¹⁶⁰ [...] es el punto clave del positivismo jurídico inglés, la tesis más característica de tres siglos de filosofía jurídica.

nossos, tradução nossa)¹⁶¹. Sua pretensão, portanto, no dizer de Hart, era identificar “a quintessência do Direito”, aquilo que constituiria o cerne de toda norma jurídica (HART, 2010, p. 63).

Em sua busca pela essência da norma, Austin irá sustentar que toda *lei*, no sentido próprio que se pode atribuir ao termo, é uma *espécie de comando*, isto é, a norma jurídica é, essencialmente, um *comando*.¹⁶² São seus os seguintes dizeres: “toda *lei* ou *regra* (no significado mais amplo que se pode dar *propriamente* ao termo) é um *comando*. Ou, melhor dizendo, as leis ou regras propriamente ditas são uma *espécie de comando*” (AUSTIN, 2002, p. 36, tradução nossa).¹⁶³

Para Austin, o termo *comando* é “a chave de acesso às ciências do direito e da moral” (AUSTIN, 2002, p. 36, tradução nossa)¹⁶⁴ e é ao redor desse termo que ele irá aglutinar outros conceitos fundamentais da teoria do direito, como por exemplo, as ideias de sanção, dever e direito subjetivo. Para se ter uma noção inicial do imperativismo de Austin é interessante recorrer ao esquema analítico elaborado por Raz:

Para Austin, um comando é definido pelas seis condições seguintes: *c* é o comando de *A* se e somente se: (1) *A* quer que algumas outras pessoas se comportem de determinada maneira; (2) ele expressou essa vontade; (3) ele pretende prejudicar ou causar sofrimento a essas pessoas se sua vontade não for satisfeita; (4) ele tem algum poder para fazer isso; (5) ele expressou sua intenção de fazê-lo; e, finalmente, (6) *c* expressa o conteúdo de sua vontade (1) e sua intenção (3) e nada mais (RAZ, 2012, p. 15).

Esse esquema de Raz nos ajuda a condensar alguns dos elementos mais importantes da teoria do comando austiniana. Para explicar sua concepção, é preciso dar conta dos seguintes elementos: a) o conceito de comando e o seu caráter voluntarista, no sentido de que Austin fundamenta todo o direito em um ato de vontade da autoridade; b) o objeto da vontade do emissor do comando é uma conduta humana de outrem; c) a coercibilidade do comando, já que para Austin não há comando sem sanção e dever; d) a verticalidade da relação entre emissor e destinatário(s) do comando; e) a expressão ou manifestação do desejo (ordem) e da

¹⁶¹ [...] by determining the essence or nature of a law imperative and proper [...].

¹⁶² Vale observar que a noção de comando se refere a toda lei no sentido próprio do termo, não sendo uma característica *exclusiva* da norma jurídica. Além das normas jurídicas, as leis divinas e algumas regras da moral positiva também são comandos (regras imperativas).

¹⁶³ Toda *ley* o *regla* (en el significado más amplio que se le puede dar *propriamente* al término) es un *mandato*. O, mejor dicho, las leyes o reglas propriamente dichas son una *especie* de mandato.

¹⁶⁴ [...] es la llave de acceso a las ciencias de la jurisprudencia y de la moral [...].

intenção de impor uma sanção no caso de não-observância do desejo e f) a generalidade do comando, já que a norma jurídica não é qualquer comando, mas um tipo específico, a saber, os comandos gerais.

Comando, na visão de Austin, é a expressão ou a manifestação de uma *vontade* ou de um *desejo*. Isso pressupõe um ser inteligente que possa desejar e manifestar seu desejo (emitir o comando) e um ser inteligente que seja capaz de compreender o comando e de respeitá-lo. Aqui se pode pensar no direito divino, que é constituído pelas manifestações da vontade de Deus a suas criaturas humanas, e no direito positivo, como conjunto de comandos emitidos pelo soberano para os seus governados.

Mas tem sido uma questão controversa saber em que consiste esta *vontade* que se exterioriza no comando. Ela tem sido interpretada tanto em um sentido factual (ou psicológico), quanto em um sentido ideal (como se se tratasse de um ente abstrato).

Kelsen¹⁶⁵ (1946) criticou a concepção austiniana de comando, com base em uma interpretação psicológica do conceito de vontade em Austin, como se com este conceito o jurista britânico pretendesse se referir à vontade real (psíquica) da pessoa concreta que a manifestou. E, para ele, essa concepção de comando falha ao tentar explicar a persistência da ordem jurídica para além da vontade psíquica de seus criadores. Essa crítica antecipa, em parte, a crítica de Hart (2009) sobre o problema de persistência do sistema jurídico compreendido a partir do hábito de obediência ao soberano.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Sobre a relação entre as teorias de Kelsen e de Austin, é importante destacar que teoria pura do direito, apesar de apresentar algumas semelhanças com a teoria analítica do direito de Austin, foi elaborada sem influência da teoria austiniana. Kelsen somente passou a discutir a teoria de Austin após sua imigração para os Estados Unidos, a partir da necessidade de inserir sua teoria pura no mundo anglófono. Como sustentou Kelsen: “uma vez que a teoria pura do direito se limita ao conhecimento do direito positivo, e exclui desse conhecimento tanto a filosofia da justiça, quanto a sociologia do direito, sua orientação é, em muito, igual à da chamada jurisprudência analítica, que tem sua clássica exposição anglo-americana na obra de John Austin. Ambas tratam de alcançar seus resultados exclusivamente pela análise do direito positivo. Ainda que a teoria pura do direito tenha surgido independentemente das famosas “*Lectures on General Jurisprudence*” (sic) de Austin, concorda em pontos importantes com sua doutrina. Pode-se dizer que onde elas diferem, a teoria pura do direito desenvolveu o método da jurisprudência analítica mais firmemente do que lograram fazer Austin e seus continuadores” (KELSEN, 1946, p. 220).

¹⁶⁶ Essa é também a visão de Vinx (2013), para quem as críticas de Kelsen dirigidas a Austin anteciparam, em grande parte, as críticas que Hart mais tarde oporia a ele. Além disso, como se discutirá adiante, tanto a crítica de Kelsen, quanto a de Hart supõem um conceito pessoal e não institucional do soberano austiniano, razão pela qual a assunção de uma visão institucional desse conceito é suficiente para afastar ambas as críticas.

Segundo Vinx (2013), na visão de Kelsen, a simples expressão do desejo não assegura a existência contínua ou a permanência do comando, sendo necessária uma espécie de continuidade psicológica do desejo por parte do emissor do comando. Com essa interpretação, Kelsen impôs uma relação necessária entre aquilo que ocorre na mente do emissor e a própria sorte do comando exteriorizado. Desse modo, se o emissor do comando mudar de ideia em relação ao seu desejo inicial, mesmo que ele não exteriorize sua nova orientação, o comando deixaria de existir: perecendo o desejo, por qualquer motivo, na mente do autor, pereceria, também, o comando. Disso também resulta que, em caso de morte do emissor do comando, não mais se poderia sustentar a sua permanência.

Se estas observações críticas de Kelsen em relação à impropriedade da ideia de comando forem tomadas como uma interpretação da teoria austiniana, ela obviamente não se sustenta. Em Austin está muito claro que um comando (vontade exteriorizada) que se objetifica em uma lei positiva só pode ser afastado pela *publicação* de uma lei positiva derogatória (que, para Austin, não possui natureza de comando) ou por outro comando (vontade *exteriorizada*) em sentido diverso, que, igualmente, se objetifique em lei positiva.

Além disso, Kelsen (1946) sustentou que nem todas as regras podem ser reconduzidas à vontade real de alguém. Em muitos casos, uma norma é elaborada sem que seus criadores conheçam suficientemente o seu conteúdo, o que impede que se possa falar em vontade no sentido psicológico do termo. Segundo ele, “é indubitável que em muitos casos, senão em todos, uma grande parte dos membros de uma legislatura que votam por um determinado projeto, ou não conhecem seu conteúdo ou o conhecem muito superficialmente” (KELSEN, 1946, p. 222, tradução nossa).¹⁶⁷

Por outro lado, há quem sustente, a meu ver com razão, que Austin não pretendeu atribuir ao termo *vontade* esse sentido psicológico, mas, antes, o compreendia como uma entidade abstrata. Nesse sentido, o comando é considerado simplesmente como “uma ficção que serve para unificar e fazer coerente o sistema

¹⁶⁷ Y es indudable que en muchos casos, si no en todos, una gran parte de los miembros de una legislatura que votan por un determinado proyecto, o no conocen su contenido o lo conocen muy superficialmente. Hart fez coro a essa crítica kelseniana: “Não teria caráter de lei um estatuto devidamente aprovado se (como deve ocorrer com muitos artigos de uma lei como a lei orçamentária inglesa) aqueles que votaram a seu favor não soubessem o que ele significa?” (HART, 2009, p. 36)

jurídico a partir da existência contínua da imperatividade do soberano” (MANSILLA, 2001, p. 238, pé de página, tradução nossa).¹⁶⁸

Raz sustentou que “o comando é uma *entidade abstrata*, isto é, não é idêntica nem ao ato de emitir o comando nem às palavras usadas nesse ato, assim como uma proposição não é idêntica nem ao ato de afirmá-la nem às palavras usadas para afirmá-la” (RAZ, 2012, p. 16, grifos nossos).

No mesmo sentido, Moreso asseverou que o comando não é a expressão de um desejo faticamente considerado, mas uma entidade ideal, que pode ser compreendida como “o sentido de um desejo” (el sentido de un deseo) (MORESO, 1989, p. 362-363).

A meu ver, se existe vontade em sentido psicológico na origem do ato, no instante em que ela é exteriorizada pela autoridade competente, ela se afasta do sentido psicológico inicial e a sua expressão linguística se torna uma objetificação cultural, que, como tal, permanece até que seja expressamente alterada.

Essa interpretação de Austin, além de ser a mais coerente com a totalidade de sua obra, é capaz rechaçar as críticas mencionadas acima. Não é crível que Austin tenha insistido tanto, como se viu, na capacidade que um grupo determinado de pessoas possui para atuar coletivamente, *enquanto grupo*, emitindo comandos gerais e outras ordens, se ele imaginasse que o comando exteriorizado pelo grupo correspondesse invariavelmente ao mero desejo psicológico de cada um de seus integrantes.

Em outro passo, é preciso considerar que a identificação da norma jurídica com uma espécie de comando – como quer que se compreenda esse conceito – irá desaguar logicamente em um conceito *voluntarista* de direito. Todo direito positivo é considerado como fruto da vontade ou do desejo de alguém e, portanto, como observou Mansilla (2001), a origem do ordenamento jurídico não se assenta em um elemento normativo, mas em um *elemento volitivo* que é predicável a todas as normas desse ordenamento. O direito, portanto, é constituído a partir de “um comportamento deliberado que expressa a vontade de que algumas outras pessoas se comportem de determinada maneira” (RAZ, 2012, p. 25).

¹⁶⁸ [...] es una ficción que sirve para unificar y hacer coherente el sistema jurídico a partir de la existencia continua de la imperatividad del soberano.

Hart ponderou que é verdadeira a afirmação de que todo ato de legislação, de modo análogo ao que ocorre com um comando coercitivo de alguém, tem origem em um “ato deliberado e datável” (HART, 2009, p. 59). O problema que ele destacou é que reduzir a criação do direito exclusivamente a um ato de deliberação exclui, de forma conceitual, a juridicidade dos costumes. Argüelles (1984) e Bobbio (2006) enfatizaram que a teoria da norma imperativa está estreitamente relacionada com a doutrina estatal legalista que considera o Estado como a única fonte do direito.¹⁶⁹

De fato, a adoção da teoria imperativista da norma jurídica determinou, do ponto de vista lógico, o modo como Austin tratou de alguns temas jurídicos importantes. Defender que todo direito surge de um ato deliberado de criação levou Austin a afirmar que o costume enquanto tal não é uma lei em sentido próprio e, portanto, não é uma norma jurídica, adquirindo esse *status* somente no momento que ele passa a ser ordenado pela autoridade competente. Do mesmo modo, a sua teoria da soberania que deriva da e completa a sua compreensão de comando fez com que Austin negasse o caráter jurídico do direito internacional.

Além disso, embora a teoria imperativa do direito, como observou Argüelles (1984), defina a norma jurídica em razão de sua estrutura formal (toda norma jurídica possui a estrutura de um comando) e não de seu conteúdo, existe uma limitação mínima quanto àquilo que pode ser objeto da vontade exteriorizada no comando: o comando só pode ter por objeto o *comportamento alheio*. Como o expressou Austin, trata-se de “uma vontade ou desejo concebido por um ser racional de que *outro* ser racional faça ou omita [alguma coisa]” (AUSTIN, 2002, p. 40, grifo nosso, tradução nossa).¹⁷⁰ Em outro lugar, afirmou que “todo comando obriga a uma ação ou uma omissão a quem se dirige” (AUSTIN, 2002, p. 41, tradução nossa).¹⁷¹

Essa ideia, que parece sem maior importância, explica porque o soberano não pode ser sujeito de *deveres*. Se todo dever, como a seguir se verá, resulta de um comando e um comando tem sempre por objeto a conduta alheia, não é possível imaginar alguém emitindo uma ordem a si mesmo. Desse modo, o soberano não pode ser limitado pelas leis que edita, isto é, as normas jurídicas não possuem força autovinculante.

¹⁶⁹ Bobbio definiu a tradição legalista-estatal do direito como “a concepção que considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como única expressão do poder normativo do estado” (BOBBIO, 2006, p. 181).

¹⁷⁰ Una voluntad o deseo concebido por un ser racional de que otro ser racional haga u omita.

¹⁷¹ Todo mandato obliga a una acción o una omisión a quien se dirige.

Hart destacou que essa concepção acerca do objeto do comando está ligada a uma “imagem vertical ou ‘de cima para baixo’ da criação das leis” que pensa nas leis “como algo sempre outorgado por um ou mais homens acima da própria lei a outros homens a ela sujeitos” (HART, 2009, p. 57). Isso parece indicar que a teoria jurídica e política de Austin reflete – e não poderia ser diferente – o contexto histórico no qual ele viveu. Cotterrel (1992), de fato, sustentou que a doutrina jurídica de Austin consiste em um modo de ver o direito que se relaciona com um tipo específico de estado, a saber, o estado moderno centralizador: “sua teoria jurídica reconheceu a realidade do estado moderno como uma organização massiva de poder” (COTTERREL, 1992, p. 52, tradução nossa).¹⁷²

Por outro lado, sendo o comando uma manifestação de vontade sobre o comportamento alheio, pode-se afirmar que o comando constitui uma *pauta para nortear o comportamento das pessoas*. Ao tratar das semelhanças entre as leis de obrigação imperfeita e as leis em sentido próprio, Austin afirma textualmente que “uma lei imperativa, ou em sentido próprio, se apresenta como norma, ou guia da conduta [...]” (AUSTIN, 2002, p. 187, tradução nossa).¹⁷³

Isso é assim porque do ponto de vista ético, Austin considera que o direito está a serviço do governo, para que este possa realizar seus fins utilitaristas.¹⁷⁴ E como “o propósito ou a causa final pela qual o governo deve existir é a maior difusão possível do bem-estar geral” (AUSTIN, 2002, p. 262, tradução nossa)¹⁷⁵, o principal instrumento de que dispõe para realizar seu mister é a atuação sobre o comportamento de seus cidadãos através da imposição de deveres e direitos que decorrem da edição de normas jurídicas. Mansilla sustentou que, do ponto de vista ético austiniano, “o direito é um meio de que se serve o soberano para realizar os fins que lhe são próprios, é dizer, é um instrumento submetido a sua vontade”

¹⁷² Thus, his legal theory recognised the reality of the modern state as a massive organisation of power.

¹⁷³ Una ley imperativa, o en sentido propio, se presenta como una norma, o guía de la conducta [...].

¹⁷⁴ Sobre essa questão, são importantes as considerações de Rumble (1985, p. 100-104).

¹⁷⁵ El propósito o la causa final por la que el gobierno debe existir es la mayor difusión posible del bienestar general. Segundo Austin, a promoção do bem-estar comum “é o único e último objetivo de uma boa e benéfica soberania” (AUSTIN, 2002, p. 263, tradução nossa). No original: es el único y último objetivo de una buena y benéfica soberania. Austin afirma expressamente que essa é uma “máxima ou princípio ético” (máxima o principio ético) (AUSTIN, 2002, p. 265). Em outro lugar, Austin afirma que “o bem dos governados *deve ser* o fim do governo” (AUSTIN, 1847, p. 236, tradução nossa). No original: the good of the governed *ought to be* the end of government.

(MANSILLA, 2001, p. 241, tradução nossa).¹⁷⁶ Pode-se, portanto, afirmar que, na visão de Austin, as normas jurídicas possuem função orientadora da conduta humana, na medida em que constituem um instrumento estatal de intervenção na realidade social.

Além disso, a teoria do comando austiniana conecta conceitualmente a ideia de comando à noção de sanção. Em Austin, aquilo que Bobbio (2006) denominou de função coercitiva do direito – segundo a qual a coação é elemento fundamental do direito – vem a reboque de sua teoria imperativista.

A coerção é elemento essencial para a definição de comando, vale dizer, para que haja um comando é necessário que ele seja coercitivo, que esteja acompanhado por uma sanção. A expressão de um desejo só é um comando se: a) aquele que o emitiu pretende impor um mal a seu destinatário, no caso de descumprimento da ordem; e b) que haja possibilidade e probabilidade (ainda que mínima) de que esse mal seja imposto. Como afirmou Austin, “se não se quer ou não se pode infligir um dano no caso de eu não cumprir o seu desejo, a expressão de seu desejo não é um comando, ainda que você o expresse em uma frase imperativa” (AUSTIN, 1998, p. 14, tradução nossa).¹⁷⁷

Austin analisou a sanção a partir de dois pontos de vista distintos¹⁷⁸, o que gerou uma série de questionamentos sobre a coerência de ambas abordagens: a) de um lado, Austin analisou o conceito de sanção de um ponto de vista jurídico-analítico, no qual o conceito é apresentado como um componente necessário à estrutura da norma jurídica; b) de outro, analisou a ideia de sanção por um prisma ético (utilitarista), refletindo sobre a função socialmente exercida por ela. Dessa forma, pensou na sanção como um motivo para a obediência ao direito, o que o fez enviesar por uma trilha psicológica.

Em termos objetivos, compreende-se por sanção o dano provável que resulta da não-observância do comando. Os termos *comando*, *sanção* e *dever* são irremediavelmente atrelados, expressando aspectos distintos de um mesmo fenômeno e conceito. Nesse sentido, a estrutura da norma jurídica austiniana

¹⁷⁶ El Derecho es un medio del que se sirve el soberano para realizar los fines que le son propios, es decir, es un instrumento sometido a su voluntad.

¹⁷⁷ If you cannot or will not harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase.

¹⁷⁸ Mansilla (2001) também destacou a dupla abordagem de Austin no que tange à sanção.

(comando) é caracterizada pela imposição de um dever, cuja transgressão é sancionada. Como asseverou Mansilla:

Posto que, como vimos, a sanção no sentido amplo de Austin é um correlato lógico do dever, parece que toda norma jurídica tem que ter a seguinte estrutura: expressão da vontade do soberano de que alguém realize ou omita uma determinada conduta e a predição do provável dano que há de se seguir ao incumprimento desse desejo (MANSILLA, 2001, p. 286, tradução nossa).¹⁷⁹

Essa visão da sanção como componente estrutural da norma jurídica pode ser percebida quando Austin discute a premissa de Paley, utilitarista teológico britânico do século XVIII, de que a sanção seria um motivo violento para a obediência.

Austin afirma que, para a caracterização da sanção, é irrelevante a sua magnitude ou intensidade, bem como o grau de probabilidade de sua real aplicação. Embora reconheça que esses fatores são importantes como *motivos* para a obediência ao comando, afirma que “a verdade é que tanto a magnitude de um dano eventual como a probabilidade de sua existência são problemas *alheios à matéria em questão*” (AUSTIN, 2002, p. 38, grifos nossos, tradução nossa).¹⁸⁰ A menor probabilidade de sofrer um dano de magnitude e intensidade ínfimos já é suficiente para se afirmar que “*existe* uma sanção e, portanto, um dever e um comando” (AUSTIN, 2002, p. 39, tradução nossa).¹⁸¹

Nesse sentido objetivo-conceitual, a sanção pode ser penal ou civil, e abrange as nulidades que resultam da não-observância das condições legais estabelecidas para a prática de um ato ou negócio jurídico. Todavia, Austin, expressamente, excluiu de seu conceito de sanção as chamadas sanções positivas, por razões referentes ao uso comum da linguagem.¹⁸²

¹⁷⁹ Puesto que, como hemos visto, la sanción en sentido amplio de Austin es un correlato lógico del deber, parece que toda norma jurídica tiene que tener la siguiente estructura: expresión de la voluntad del soberano de que alguien realice u omita una determinada conducta y predicción del probable daño que ha de seguir al incumplimiento de ese deseo.

¹⁸⁰ La verdad es que tanto la magnitud de un daño eventual como la probabilidad de su existencia son problemas ajenos a la materia en cuestión.

¹⁸¹ [...] existe una sanción, y, por tanto, un deber y un mandato.

¹⁸² Ao definir a sanção como um mal condicional, Austin exclui desse conceito a ideia de sanção premial. Segundo ele, embora sejam motivos para implementação de desejos alheios, “falar de comandos e deveres como sancionados ou impostos por recompensas, ou falar de recompensas que obrigam ou constroem à obediência, é seguramente um desvio do significado estabelecido por tais termos” (AUSTIN, 2002, p. 39, tradução nossa). No original: hablar de mandatos y deberes como *sancionados* o *impuestos* por recompensas, o al hablar de recompensas que *obligan* o *construyen* a la

Por outro lado, de um ponto de vista ético, Austin analisa a sanção por um prisma sócio-funcional, encarando-a como um motivo (psicológico) para o cumprimento do comando. A sanção, nesse caso, é vista de um ponto de vista subjetivo, como uma razão para o cumprimento do dever, isto é, um reforço do comando, por meio do fornecimento de um contramotivo capaz de prevalecer sobre o desejo que impele à transgressão do dever.

Segundo Austin, “a sanção opera sobre os desejos” (AUSTIN, 1911, p. 445, tradução nossa)¹⁸³, no seguinte sentido:

A parte obrigada é avessa ao mal condicional, no qual pode vir a incorrer no caso de não cumprimento da obrigação. Em outras palavras, ele quer ou deseja evitá-lo. Mas, a fim de evitar o mal ou evitar a probabilidade de incorrer nele, deve cumprir a obrigação: deve fazer aquilo que o direito ordena ou deve omitir aquilo que o direito proíbe (AUSTIN, 1911, 445, tradução nossa).¹⁸⁴

Nessa mesma linha de argumentação, ao tratar das leis que regem o comportamento dos animais irracionais – exemplo de leis em sentido metafórico –, Austin afirma que, embora seja comum afirmar que o comportamento dos animais é determinado por *leis*, “como não podem captar o fim e as prescrições de uma lei, *não podem ser induzidos pelas sanções à obediência de um modo efetivo*, nem seu comportamento pode ser guiado pelo respeito aos deveres ou obrigações” (AUSTIN, 2002, p. 179, grifos nossos, tradução nossa).¹⁸⁵

As críticas de Kelsen (1946) ao conceito de sanção elaborado por Austin se voltaram exclusivamente para o que aqui se denominou análise ética da sanção, desconsiderando aquela abordagem analítica que compreende a sanção como parte estrutural (conceitual) da norma imperativa. Segundo Kelsen, para Austin “a

obediencia, es seguramente una desviación del significado establecido de tales términos. Nesses casos, não se pode dizer, “ao menos na linguagem comum, que existe uma obrigação” e “se incluirmos o termo prêmio no significado do termo sanção, teremos que travar uma batalha intensa contra o uso corrente da linguagem” (AUSTIN, 2002, p. 39, tradução nossa). No original: al menos en el lenguaje común, que yo estoy *obligado* a prestarlo [...] si incluimos el término *premio* en el significado del término *sanción*, tendremos que librar una batalla penosa contra el uso corriente del lenguaje.

¹⁸³ That Sanctions operate upon the desires.

¹⁸⁴ The party obliged is averse from the conditional evil, which he may chance to incur in case he break the obligation: In other words, he wishes or desires to avoid it. But, in order that he may avoid the evil, or may avoid the chance of incurring it, he must fulfil the obligation: He must do that which the Law enjoins, or must forbear from that which the Law prohibits.

¹⁸⁵ [...] como no pueden captar el fin y las prescripciones de una ley, no pueden ser inducidos por las sanciones hacia la obediencia de un modo efectivo, ni su comportamiento puede ser guiado por el respeto hacia los deberes u obligaciones.

‘coerção’, que de acordo com esse ponto de vista é característica do direito, é psíquica; a obediência aos comandos do direito se obtém por meio do medo da sanção” (KELSEN, 1946, p. 223, tradução nossa).¹⁸⁶

Além disso, Kelsen (1946) afirmou que essa concepção psíquica de sanção não interessa à teoria do direito, já que os motivos que impelem ao comportamento lícito está fora de uma teoria que se dirige somente à estrutura da ordem jurídica. O que interessa juridicamente para Kelsen são as sanções externas (objetivamente consideradas) que o direito estabelece.

É possível sustentar que Austin também pensava assim, caso se aceite a premissa adotada acima de que ele desenvolveu uma análise jurídica e uma análise ética da sanção. Juridicamente, o que interessa é a sanção definida objetivamente como o mal provável que decorre da transgressão de um dever imposto normativamente. Isso é corroborado por sua afirmação, já citada, de que a maior ou menor intensidade da sanção, bem como a maior ou menor probabilidade de sua imposição fática, embora seja relevante como influência sobre o desejo (sentido ético), “são problemas *alheios à matéria em questão*”. Austin compartilha com Kelsen a concepção de que o que interessa à ciência do direito é a existência da sanção como parte da estrutura da norma jurídica.

Além disso, Austin nunca discordou das outras duas considerações feitas por Kelsen (1946) durante sua crítica. Segundo o jurista austríaco: a) o medo da sanção não é o único motivo – e talvez nem mesmo o mais eficiente – para a obediência ao direito, havendo outros motivos, como os morais e os religiosos; b) as normas morais e religiosas são também coercitivas nesse sentido psicológico, o que significa dizer que “a coerção psíquica não é um elemento específico do direito” (KELSEN, 1946, p. 223, tradução nossa).¹⁸⁷

Para Austin, a sanção é apenas *um* motivo para o cumprimento do dever jurídico. Como explicou Rumble (1985), o medo da sanção não é a única razão para a obediência à lei, já que a percepção da utilidade geral também é motivo para o seu acatamento. Em passagem interessante sobre a coincidência dos deveres jurídicos, morais e religiosos, Austin afirma:

¹⁸⁶ La “coerción” que de acuerdo a este punto de vista es característica del derecho, es psíquica; la obediencia a los mandatos del derecho se obtiene por medio del miedo a la sanción.

¹⁸⁷ La coerción psíquica no es un elemento específico del derecho.

Existem classes de ações úteis que seria vão ordenar e classes de ações prejudiciais que seria inútil proibir: e isso é devido a que estamos suficientemente dispostos a fazer aquilo que é útil e bastante remissos a fazer o que é nocivo, sem necessidade dos incentivos ou das proibições impostas pelas sanções religiosas, jurídicas ou morais (AUSTIN, 2002, p. 168, pé de página, tradução nossa).¹⁸⁸

Há, contudo, “classes de ações geralmente úteis ou nocivas que requerem os incentivos ou as proibições aplicadas pelas sanções religiosas, jurídicas ou morais” (AUSTIN, 2002, p. 169, pé de página, tradução nossa).¹⁸⁹ Como se vê, além da percepção da utilidade geral, somos motivados a agir em razão da coerção moral ou religiosa e não apenas da coerção jurídica.

Austin (2002) também não desconsiderou a coercitividade dessas outras esferas normativas. Sustentou expressamente que a sanção pode ser jurídica, moral ou religiosa, conforme acompanhe, respectivamente, uma norma jurídica, moral ou religiosa. Segundo sua doutrina, o comando, ao qual se liga o seu conceito de sanção, não é nota característica apenas do direito, mas de todas as leis no sentido próprio do termo. O que caracteriza especificamente a sanção jurídica é o fato de que ele se liga a um comando emanado do soberano de uma sociedade política independente, como a seguir se verá.¹⁹⁰

Pode-se concluir, após essas considerações, que o prisma ético ou psicológico (motivo para obediência ao direito) pode ser perfeitamente distinguido de sua compreensão jurídico-analítica da sanção, na qual o fenômeno coercitivo é visto

¹⁸⁸ Existen clases de acciones útiles que sería vano ordenar, y clases de acciones perjudiciales que sería inútil prohibir: y esto es debido a que estamos suficientemente dispuestos a hacer lo que es útil y bastante remisos a hacer lo que es nocivo, sin necesidad de los incentivos o de las prohibiciones impuestos por las sanciones religiosas, jurídicas y morales.

¹⁸⁹ [...] clases de acciones generalmente útiles o nocivas que requieren los incentivos o prohibiciones aplicadas por las sanciones religiosas, legales o morales.

¹⁹⁰ É essa também a conclusão de Mansilla, para quem “Austin concordaria com Kelsen em ambas afirmações. Por uma parte, estaria de acordo em que os motivos pelos quais os indivíduos adequam sua conduta ao disposto no Direito são muito diversos, não só nos casos em que o conteúdo do Direito coincide com o conteúdo de normas morais e então são estas que motivam o indivíduo a atuar, como também quando se obedece ao Direito por razões tais como costume, preconceitos ou a conveniência da ordem política [...]. Por outra parte, Austin reconhece a coercibilidade das normas morais e religiosas” (MANSILLA, 2001, p. 282, pé de página, tradução nossa). No original: Austin habría estado de acuerdo con Kelsen en ambas afirmaciones. Por una parte, estaría de acuerdo en que los motivos por los que los individuos adecúan su conducta a lo dispuesto en el Derecho son muy diversos, no sólo en los casos que el contenido del Derecho coincide con el contenido de normas morales y entonces son éstas las que motivan al individuo a actuar, sino también cuando se obedece al Derecho por razones tales como la costumbre, prejuicios o la conveniencia del orden político [...]. Por otra parte, Austin reconoce la coercibilidad de las normas morales y religiosas.

como elemento essencial de uma norma jurídica imperativa. Em outras palavras, uma concepção não infirma a outra.

Na sequência da análise do comando austiniano, é necessário analisar outro conceito inseparavelmente ligado à imperatividade e à coercitividade do direito, qual seja, o conceito de *dever* ou *obrigação*.¹⁹¹ Como assevera Austin, “uma lei sem uma obrigação é uma contradição terminológica” (AUSTIN, 2002, p. 189, tradução nossa).¹⁹²

Possuir um dever, para Austin, significa estar exposto à possibilidade de sanção, isto é, uma pessoa está sujeita a um dever quando existe a probabilidade de que ela sofra um mal em caso de não-cumprimento da ordem que lhe foi dirigida. Segundo Austin, “ao estar sujeito a um dano se não me adequo ao desejo que você expressa, estou *sujeito* ou *obrigado* por seu comando, ou me encontro sob o *dever* de te obedecer” (AUSTIN, 2002, p. 37, tradução nossa).¹⁹³

O destinatário de um comando – que, por definição, está sempre respaldado por uma sanção – possui um dever ou uma obrigação de executar o comportamento que lhe é exigido e sua não-observância equivale à transgressão de um dever.

Austin (1911) classifica as obrigações em *positivas* e *negativas*, conforme imponham à pessoa obrigada uma ação ou uma omissão, respectivamente. Também as classifica em *absolutas* e *relativas*: normalmente, como se verá, um dever tem como correlato um direito subjetivo. Um dever é, portanto, *relativo* quando cria um direito para alguém e é *absoluto* quando não possui como correspondente um direito.

Por outro lado, os dois modos com que Austin concebe a sanção – em sentido jurídico e ético, isto é, como parte do conceito de comando e como um motivo para obediência – irão se refletir inevitavelmente no modo como se interpreta a sua concepção de dever, em virtude do entrelaçamento desses conceitos. Logo, é possível tanto uma *interpretação objetiva*, quanto uma *interpretação subjetiva* de sua concepção de dever ou obrigação.

A interpretação objetiva sustenta, grosso modo, que o dever ou obrigação decorre tão somente da probabilidade (objetiva) de incorrer em uma sanção.

¹⁹¹ Em Austin os termos “dever” e “obrigação” são intercambiáveis.

¹⁹² [...] a law without an obligation is a contradiction in terms.

¹⁹³ Al estar sujeto a un daño si no me conformo al deseo que tu expresas, estoy *sujeto* u *obligado* por tu mandato, o me encuentro bajo el *deber* de obedecerte.

Consoante essa interpretação, que foi defendida, entre outros, por Hart (2009) e por Mansilla (2001), o dever deriva da mera possibilidade da aplicação da sanção no caso de descumprimento do comando.

Por outro lado, considerando que Austin também concebeu a sanção de um ponto de vista sócio-funcional, alguns intérpretes, como Kelsen (2005), por exemplo, visualizaram o dever jurídico em Austin a partir do medo da aplicação da sanção que acomete o destinatário do comando. Para Kelsen, essa explicação psicológica do dever jurídico, que leva em consideração as razões psíquicas que dissuadem as pessoas de agir de forma contrária ao dever, entra em conflito com a definição puramente normativa que Austin também defendeu em sua obra e que liga o dever jurídico à norma e à sanção.¹⁹⁴

Contudo, assim como ocorre em relação à sanção, a contradição desaparece quando se considera separadamente a concepção jurídico-analítica e a concepção ética de dever em Austin. Fazer essa distinção não é um absurdo, principalmente se ponderarmos que a sua obra é permeada por considerações éticas sobre o utilitarismo. Pode-se afirmar, assim, que essa forma subjetiva de encarar o dever não faz parte do esquema analítico da teoria do direito de Austin, mas de uma consideração utilitarista sobre os móveis da ação humana (evitar a dor) que podem ser manipulados pelo Estado através do direito.

Concluindo esse ponto, é interessante insistir que, na teoria austiniana, os termos comando, sanção e dever estão inseparavelmente relacionados, já que eles ressaltam ou enfatizam aspectos diversos de um mesmo fenômeno. Enquanto o termo “comando” refere-se diretamente ao *desejo* e o termo “sanção” enfatiza o *mal* decorrente da não-realização desse desejo, o termo “dever” caracteriza o estado de *sujeição* daquele que está obrigado a realizar uma ação ou omissão.

Além dessa relevante tríade conceitual, o conceito de *direito subjetivo* também é explicado a partir da teoria imperativista da norma jurídica. A concepção geral de Austin é que o direito subjetivo de alguém é fruto da imposição de um dever a outrem, isto é, “todo direito subjetivo pressupõe um dever que incumbe a um ou

¹⁹⁴ Segundo este jurista, “o enunciado de que um indivíduo é juridicamente obrigado a certa conduta é uma asserção sobre o conteúdo de uma norma jurídica e não sobre quaisquer eventos concretos, e, especialmente, não sobre o estado mental do indivíduo obrigado” (KELSEN, 2005, p. 102). Além disso, como bem observou Kelsen (2005), a concepção subjetiva de dever jurídico tem dificuldade para explicar o problema de o destinatário desconhecer o comando e a sanção, caso em que, subjetivamente, não se poderia falar em dever.

mais sujeitos distintos de seu titular. O direito é conferido mediante a imposição do dever correlativo e continua existindo pela continuidade desse dever” (AUSTIN, 1911, p. 196, tradução nossa).¹⁹⁵

O esquema de estabelecimento de um direito subjetivo pressupõe uma relação composta por três sujeitos: um superior A que impõe um dever a B, gerando um direito para C (em relação a B).¹⁹⁶ Como explica Mansilla, “todo direito implica que o soberano tenha emitido um comando que obriga outros a atuar de um modo que beneficia a uma pessoa ou pessoas e a outorga a capacidade de exigir juridicamente seu direito” (MANSILLA, 2001, p. 272, tradução nossa).¹⁹⁷

Austin (1911) classifica os direitos subjetivos em direitos *in rem* e direitos *in personam*, tomando em consideração o tipo de dever que os fundamenta. Os direitos *in rem* possuem como correlato um dever de abstenção que vincula a todos (é oponível *erga omnis*). É o caso do direito de propriedade. Já os direitos *in personam* possuem como correlato um dever de ação ou de omissão contra pessoas determinadas, como os direitos que resultam de um contrato.

¹⁹⁵ Every right supposes a duty incumbent on a party or parties other than the party entitled. Through the imposition of that corresponding duty, the right was conferred. Through the continuance of that corresponding duty, the right continues to exist. Tem-se notado uma incongruência na performance explicativa de Austin no tocante à relação entre dever e direito subjetivo. Ao colocar o direito subjetivo como uma decorrência de deveres jurídicos, Austin parece estabelecer uma relação de precedência dos últimos em relação ao primeiro, no sentido de que “os deveres são considerados mais fundamentais do que os direitos” (MANSILLA, 2001, p. 268). Embora haja, na teoria de Austin, deveres que não criam direitos (os deveres absolutos) não é possível imaginar nenhum direito subjetivo que não decorra de um dever: todo direito decorre de uma norma imperativa que estabelece um dever jurídico. Mas, apesar dessa precedência lógica dos deveres em sua teoria, é o seu esquema classificatório dos direitos subjetivos que será utilizado como um “critério lógico para a ordenação sistemática de qualquer corpo de Direito” (MANSILLA, 2001, p. 274). Essa enorme ênfase que Austin dá aos direitos subjetivos, especialmente na parte final de suas *Lectures*, caracteriza uma incongruência, já percebida por Lobban (2013), entre sua teoria do comando inspirada na tradição jurídica inglesa e a sistematização a partir dos direitos que resulta de sua exposição intelectual à teoria jurídica alemã dos romanistas de sua época (ver capítulo 2).

¹⁹⁶ Por essa razão, *o soberano não pode ser titular de direitos subjetivos (jurídicos) em relação a seus súditos*. Na visão de Austin (2002), todo direito subjetivo de alguém decorre de um dever de outrem que é imposto pelo poder de um superior. Como ninguém pode ser superior ao soberano, ninguém pode beneficiá-lo com a imposição de um dever a outrem. No esquema acima, significa que a ausência de A impede que C seja beneficiado com um direito em face de B. Dizer que o soberano possui um direito é uma contradição terminológica, já que pressupõe alguém com maior poder que lhe tenha beneficiado com um direito. Dessa forma os deveres dos cidadãos estabelecidos em favor do soberano são considerados *deveres absolutos*, pois não geram direito subjetivo para o soberano.

¹⁹⁷ Todo derecho implica que el soberano ha emitido un mandato que obliga a otros a actuar de un modo que beneficia a una persona o personas y le otorga la capacidad de exigir judicialmente su derecho.

Logo, Austin relacionou, de forma inquebrantável, os conceitos de comando, sanção, dever e direito subjetivo, e conseguiu explicá-los – bem ou mal – no interior de sua teoria da norma imperativa.

Outro elemento essencial da teoria austiniana é a verticalidade da relação entre emissor e destinatário(s) do comando, isto é, existe uma relação de poder entre aquele que ordena e aquele recebe a ordem. A verticalidade se expressa no fato de que aquele que exige que se faça ou deixe de fazer alguma coisa ocupa uma posição de superioridade (poder) em relação ao destinatário do comando.

Essa desigualdade em termos de poder resulta no conceito austiniano de “superior”, que é definido como aquele que possui poder ou força para impor a sanção no caso de descumprimento de seu desejo. Como explicou Austin, “o termo *superioridade*, no sentido em que o entendo aqui, significa *poder (might)*: o poder de infligir um dano ou mal a outros, e de forçá-los, em virtude do medo desse dano, a adequar sua conduta aos desejos do outro” (AUSTIN, 2002, p. 46, tradução nossa).¹⁹⁸

O conceito de *superior* é, portanto, mais amplo do que o conceito de *soberano* e o abrange: o conceito de “superior” pode indicar relações de superioridade fora do âmbito político, como a superioridade de Deus em relação aos homens e dos pais em relação aos filhos; ademais, mesmo na seara política, uma autoridade subordinada ao soberano, mas que atue na qualidade de um agente seu, como um juiz, por exemplo, é considerado superior em relação aos governados da sociedade política.

É necessário, ainda, para que se possa falar em comando que o *superior* expresse de alguma maneira o seu *desejo* e a sua intenção de impor uma *sanção* no caso de não-observância desse desejo.

A necessidade de que o desejo seja expresso aparece explicitamente em Austin quando este afirma que entre “as ideias ou noções contidas no termo *comando*” encontra-se “a expressão ou manifestação do desejo por meio de palavras ou outros signos” (AUSTIN, 2002, p. 40, tradução nossa).¹⁹⁹

¹⁹⁸ Ahora bien, el término *superioridad*, en el sentido en que aquí lo entiendo, significa *poder (might)*: el poder de infligir un daño o mal a otros, y de forzarles, en virtud del miedo a ese daño, a adecuar su conducta a los deseos de uno.

¹⁹⁹ [...] las ideas o nociones contenidas en el término *mandato* [...] la expresión o manifestación del deseo por medio de la palabra u otros signos.

Austin, entretanto, não é explícito no que tange à necessidade de que a intenção de impor uma sanção seja *exteriorizada*, nem se essa exteriorização é uma condição de existência do comando. Mas, como Raz (2012) percebeu, de forma perspicaz, quando Austin discute as chamadas *leis de obrigação imperfeita* ele parece indicar a necessidade de que a intenção de impor uma sanção seja expressa (comunicada) para que se possa admitir a *existência* de um comando. As leis de obrigação imperfeita são aquelas manifestações de vontade não revestidas de sanção e que, por isso, não constituem um comando, mas um conselho ou exortação de um superior. Como afirma Austin, “ainda que o autor de uma lei imperfeita expresse um desejo, *não manifesta* nenhum propósito de forçar o cumprimento desse desejo” (AUSTIN, 2002, p. 48-49, grifos nossos, tradução nossa).²⁰⁰ Ainda segundo Austin, as leis imperfeitas são leis “que expressam os desejos dos superiores políticos, porém seus autores, por negligência ou de maneira voluntária, *não as dotaram* de sanções” (AUSTIN, 2002, p. 49, grifos nossos, tradução nossa).²⁰¹

Além disso, considerando que para Austin as normas jurídicas possuem a função de orientação da conduta humana e a sanção – no sentido ético – é um motivo para a observância da ordem, não seria viável interpretar o seu conceito de comando como se ele dispensasse a manifestação da intenção de impor sanção no caso de transgressão do dever.²⁰²

Mas resta ainda uma pergunta: existe um procedimento legislativo pré-estabelecido que determine o modo como a vontade do órgão competente deve ser expressa? O problema aqui, como se verá, é a questão da ilimitabilidade jurídica do soberano. Não há uma autoridade superior que possa obrigar o soberano a seguir determinado procedimento legislativo. Esse procedimento, se existir, é fixado por regras morais positivas. Nada impede, contudo, que o soberano estabeleça juridicamente o procedimento legislativo que deve ser observado pelas autoridades subordinadas.

Ao contrário do que possa parecer, essa ideia não nos é tão estranha atualmente: basta pensar que comumente se admite que o poder constituinte

²⁰⁰ Aunque el autor de una ley imperfecta expresa un deseo, no manifiesta propósito alguno de forzar el cumplimiento de ese deseo.

²⁰¹ [...] leyes que expresan los deseos de los superiores políticos, pero que sus autores, por negligencia o de manera voluntaria, no han dotado de sanciones.

²⁰² No mesmo sentido, é o entendimento de Mansilla (2001).

originário é *incondicionado*, pois ele “não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ele que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização” (MORAIS, 2012, p. 26).²⁰³

Por fim, é preciso ressaltar que nem todo comando constitui uma lei ou norma, mas apenas os *comandos gerais*. Austin classifica os comandos em duas grandes categorias: a) comandos gerais; e b) comandos individuais ou ocasionais.

Austin elabora essa distinção a partir da rejeição do critério de classificação de Blackstone. Este último distingue comandos individuais e comandos gerais, considerando os destinatários a quem o comando se dirige. Austin resume assim a concepção de Blackstone: “uma lei obriga *em geral* aos membros de uma determinada comunidade, ou às pessoas de uma classe determinada. Um comando particular obriga a uma pessoa *individual*, ou a pessoas determinadas *individualmente*” (AUSTIN, 2002, p. 43, tradução nossa).²⁰⁴

Austin, por seu turno, distingue os comandos gerais e os comandos ocasionais não partir dos destinatários, mas a partir do *tipo de comportamento* que esses comandos impõem. Para ele, os comandos gerais, que são leis ou regras, caracterizam-se por obrigar “*de modo geral* a ações ou omissões de uma *classe*” (AUSTIN, 2002, p. 41, tradução nossa).²⁰⁵ Por outro lado, o comando é ocasional ou particular, “quando obriga a uma ação ou omissão *específica*, ou a ações ou omissões que se determinam *específica* ou *individualmente*” (AUSTIN, 2002, p. 41, tradução nossa).²⁰⁶

Não importa quem são os destinatários do comando, mas apenas se aquilo que o comando determina é uma classe geral de ação ou se é uma ação específica ou determinada. Austin exemplifica amplamente essa distinção, mas um só exemplo basta para a sua compreensão: se um empregador ordena a seu empregado que, no dia seguinte, chegue às oito horas no trabalho (quando sua jornada normal de trabalho se inicia às nove horas), essa ordem é um comando individual ou ocasional

²⁰³ Voltaremos a essa questão na próxima subseção.

²⁰⁴ Una ley obliga *en general* a los miembros de una determinada comunidad, o a las personas de una clase determinada. Un mandato particular obliga a una persona *individual*, o a personas determinadas *individualmente*.

²⁰⁵ [...] *generalmente*, a acciones u omisiones de una *clase*.

²⁰⁶ [...] cuando obliga a una acción o omisión *específica*, o a acciones u omisiones que se determinan *específica* o *individualmente* [...].

e, portanto, não se trata de uma lei. Contudo, se esse mesmo empregador ordenar que seu empregado passe, doravante, a chegar no trabalho a partir das oito horas, estamos diante de um comando geral e, por conseguinte, de uma lei ou norma.

Com essa classificação, Austin afastou a necessidade de generalidade da norma no tocante aos destinatários, admitindo que pode ser norma um comando (geral) dirigido a uma única pessoa.²⁰⁷ Por essa razão, Austin se viu obrigado, por exemplo, a considerar como *lei positiva* ou *norma jurídica* as ordens gerais de um tutor a seu pupilo.²⁰⁸

Em conclusão a esta subseção, deve-se ressaltar que existe uma crítica mais incisiva de Hart (2009) em relação à teoria imperativista de Austin. Trata-se da ideia de que a teoria imperativa da norma não é capaz de dar conta da amplitude do fenômeno jurídico.

A concepção de ordens gerais coercitivas possui grande proximidade com as normas penais incriminadoras e com as normas sobre responsabilidade civil. Contudo, a teoria imperativa não consegue explicar adequadamente as normas que conferem poderes no âmbito público ou privado. Utilizando a terminologia de Hart, pode-se afirmar, com ele, que a teoria dos comandos gerais coercitivos apresenta semelhanças com algumas *regras primárias*, mas não consegue explicar adequadamente as *regras secundárias*.

Segundo Hart (2009), essa tentativa de reduzir a complexidade do fenômeno jurídico a um único tipo de normas, como se estas indicassem a “quintessência” ou a verdadeira natureza do direito, obscurecem e distorcem “as diversas funções sociais desempenhadas por diferentes tipos de normas jurídicas” (HART, 2009, p. 52).²⁰⁹ Para Hart, “o direito certamente não é uma ampliação da situação do malfeitor armado, nem devem, assim, os sistemas jurídicos serem identificados de forma simples com a compulsão” (HART, 2010, p. 64).

²⁰⁷ De acordo com Hart, a norma jurídica deve ser geral em um duplo sentido: no sentido de que “indica um tipo geral de conduta” e de que “se aplica a uma classe geral de pessoas” (HART, 2009, p. 27). Austin adotou apenas o primeiro sentido de generalidade.

²⁰⁸ Trata-se de uma hipótese de delegação do poder soberano a uma pessoa privada que atua no exercício de um direito subjetivo e também no cumprimento de um dever jurídico, de forma similar a um agente público subordinado. Voltaremos a mencionar essa questão no subitem seguinte (3.3.2).

²⁰⁹ Referindo-se à teoria imperativa, Hart afirmou, em outro texto, que: “não há, nesse quadro, qualquer lugar, ou apenas um lugar acidental e subordinado, para uma distinção entre tipos de regras jurídicas que são, na verdade, radicalmente diferentes” (HART, 2010, p. 65).

A crítica de Hart (2009) é pertinente: Austin encontra uma série de dificuldades para lidar com alguns tipos de normas jurídicas e reduzi-las ao esquema das normas imperativas. Precisa, por vezes, recorrer a ideias artificiais para manter-se coerente à teoria imperativista do direito, como, por exemplo, ampliar a ideia de sanção para abranger a nulidade e apresentá-la como o mal que decorre juridicamente da não-observância de normas que conferem poderes. Além disso, Austin parece ter sérias dificuldades para explicar, em sua toda a sua amplitude, as normas que delegam poderes às autoridades subordinadas²¹⁰.

3.3.2 A fonte do direito positivo

A norma jurídica (*positive law*) é, portanto, uma lei em sentido próprio, já que constitui uma espécie de comando. Entretanto, como se viu, este atributo não pertence apenas a ela: as leis divinas também são leis em sentido próprio, assim como uma parte das regras da moral positiva. A teoria do comando encerra a essência de uma lei ou regra no sentido mais amplo e próprio do termo e não apenas a natureza da norma jurídica.

É preciso, assim, indicar os critérios que distinguem as normas jurídicas das demais leis em sentido próprio e, para Austin, o traço fundamental para a distinção da lei positiva é a *fonte* da qual ela emana. Segundo Austin, a teoria das fontes é também uma decorrência da teoria imperativa, já que do fato de que toda lei em sentido próprio é um comando segue que “toda lei propriamente dita surge de uma fonte *determinada* ou emana de um autor *determinado*” (AUSTIN, 2002, p. 143, tradução nossa).²¹¹

No segundo volume de suas *Lectures on Jurisprudence*, Austin esclarece os significados que a expressão “fontes do direito” assume na literatura jurídica. Em um de seus sentidos, a expressão indica o *autor direto ou imediato* da regra jurídica, isto é, aquela autoridade que é o responsável imediato por sua elaboração.²¹² Essa autoridade pode ser o Parlamento que edita uma lei ou o Judiciário que estabelece

²¹⁰ Ver também as críticas em Raz (2012). Voltaremos a esse tópico na próxima subseção.

²¹¹ Toda ley propriamente dicha surge de una fuente *determinada* o emana de un autor *determinado*.

²¹² Outro sentido atribuído às “fontes do direito”, segundo Austin (1885), é o modo pelo qual a lei se torna conhecida, isto é, o modo de exteriorização dos comandos normativos. Nesse sentido, *fonte* do direito é o material ou o documento que exterioriza as regras jurídicas, como, por exemplo, o Digesto é uma fonte do direito romano.

um precedente. No entanto, como observa Austin, apenas nesse sentido mais imediato os autores da lei podem ser diferentes, já que, ainda que indiretamente, *todo direito deriva do soberano*:

Em um de seus sentidos, a fonte de um direito é seu autor imediato ou direto. Embora direta ou remotamente, o soberano, ou legislador supremo, seja o autor de todo direito e todas as leis derivem da mesma fonte, imediata e diretamente as leis têm diferentes autores (AUSTIN, 1885, p. 510, tradução nossa).²¹³

O soberano é sempre a fonte última do direito, no sentido de que pode elaborá-lo de forma direta ou indireta, neste último caso atuando por intermédio de seus delegatários (as autoridades subordinadas), hipótese em que a validade das normas jurídicas repousa na autoridade do soberano.

Pode-se dizer, portanto, que o conceito de soberania “constitui a essência da juridicidade” na teoria austiniana, já que uma regra é uma regra jurídica somente “quando se pode remetê-la ao soberano de uma sociedade política independente” (MANSILLA, 2001, p. 258 e 322, tradução nossa).²¹⁴

Segundo Austin:

Toda lei positiva, ou toda lei simples e estritamente assim chamada, é estabelecida por uma pessoa soberana ou por um corpo soberano de pessoas, para um membro ou os membros da sociedade política independente da qual essa pessoa ou corpo é soberana ou suprema (AUSTIN, 2002, p. 198, tradução nossa).²¹⁵

Na longa lição seis do *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin incursiona por diversos temas de teoria política, procurando definir o termo “soberania”, que constitui um pressuposto fundamental de seu conceito de direito.

É preciso, portanto, compreender como Austin formulou esse conceito e quais são as suas características essenciais, respeitando o limite metodológico do

²¹³ In one of its senses, the source of a law is its direct or immediate author. For either directly or remotely, the sovereign, or supreme legislator, is the author of all law; and all laws are derived from the same source; but immediately and directly laws have different authors.

²¹⁴ La noción de soberanía que constituye la esencia de la juridicidade [...] cuando se puede remitir al soberano de una sociedad política independiente. Como afirmou Moreso, a cláusula de pertinência ao direito de Austin pode ser, em termos gerais, formulada assim: “uma norma é jurídica (ou válida ou pertence ao Direito) só se pertence ao soberano” (MORESO, 1989, p. 352). No original: una norma es jurídica (o válida o pertenece al Derecho) sólo si pertenece al soberano.

²¹⁵ Toda ley positiva, o toda ley simple y estrictamente así llamada, es establecida por una persona soberana, o por un cuerpo soberano de personas, para un miembro o los miembros de la sociedad política independiente de la que esa persona o cuerpo es soberana o suprema.

presente trabalho, que se volta para a necessidade de compreensão do fundamento de existência (ou de validade) do direito.²¹⁶

A proposta de Austin é elaborar um conceito de soberania de um ponto de vista puramente descritivo (sociológico) e não fundamentar eticamente ou justificar moralmente o poder soberano. Seu projeto difere substancialmente da preocupação ética daqueles teóricos que procuraram fundamentar as instituições político-jurídicas em uma teoria do contrato social.²¹⁷ Também aqui a intenção de Austin era determinar “a *natureza* ou *essência* da soberania e da sociedade política independente que a soberania implica” (AUSTIN, 2002, p. 217, grifos nossos, tradução nossa).²¹⁸

Austin parte da observação de que nas sociedades políticas reguladas juridicamente é possível identificar uma *atitude prevalente* entre os membros dessa sociedade, consistente no fato de que *obedecem, de forma habitual*, a uma pessoa determinada ou a um grupo determinado de pessoas. Austin irá identificar o soberano a partir desta perspectiva do *hábito de obediência* da maioria da população de uma sociedade política em relação a um determinado órgão individual ou coletivo.

A definição de Austin é a seguinte:

Se um superior *determinado* não tem hábito de obediência a outro superior e recebe obediência *habitual* da *maior parte* de uma sociedade determinada, esse superior é o soberano nessa sociedade, e a sociedade (incluindo o superior) é uma sociedade política e independente (AUSTIN, 2002, p. 199, tradução nossa).²¹⁹

²¹⁶ Deve-se atentar para o fato de que a teoria da soberania de Austin não pode ser adequadamente compreendida se se preterir, como muitas vezes se tem feito, o seu artigo *Centralization*, no qual Austin discute a questão da centralização no estado moderno. Na verdade, a leitura atenta desse texto poderia ter evitado inúmeras críticas formuladas apressadamente ao soberano austiniano. A essa mesma conclusão chegou Mansilla para quem “a noção de soberania que se desprende do artigo *Centralization* faz pensar que as críticas às quais me referi não chegam a compreender o sentido do soberano austiniano” (MANSILLA, 2001, p. 339, tradução nossa). No original: la noción de soberanía que se desprende del artículo sobre *Centralization* hace pensar que las críticas a las que me he referido no llegan a comprender el sentido del soberano austiniano. Sobre a importância desse artigo para a correta compreensão do conceito de soberania em Austin, conferir Rumble (1985).

²¹⁷ Austin foi um crítico da teoria do contrato social, que ele considerava uma “ficção novelesca” e “quimérica”. Para suas críticas ao contrato social, ver Austin (2002), especialmente p. 269-270, pé de página e p. 293-329.

²¹⁸ [...] la naturaleza o esencia de la soberanía, y de la sociedad política independiente que la soberanía implica [...].

²¹⁹ Si un superior *determinado* no tiene hábito de obediencia hacia otro superior y recibe obediencia *habitual* del *grueso* de una sociedad determinada, ese superior es soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluido el superior) es una sociedad política e independiente.

Austin inicia sua “teoria analítica” da soberania, destacando dois traços essenciais em sua definição: a) um *traço positivo*, que indica que o soberano é obedecido de forma habitual pela generalidade dos membros de uma sociedade política; e b) um *traço negativo*, segundo o qual o soberano não obedece a nenhuma pessoa ou grupo determinado de pessoas de forma habitual. Embora possa estar sujeito a comandos ocasionais e transitórios de outras pessoas²²⁰ ou mesmo sob a influência constante de normas morais positivas resultantes da opinião geral, o soberano não possui o hábito de obedecer especificamente a alguém que lhe é superior.²²¹ O traço negativo da soberania coincide com a independência política que é peculiar aos estados modernos.

Todo governo, por poderoso que seja, presta obediência ocasional aos comandos de outros governos. Todo governo se submete com frequência àquelas opiniões e sentimentos que se denominam direito internacional. E todo governo se submete habitualmente às opiniões e sentimentos de seus próprios súditos. Se não presta obediência habitual aos comandos de alguém determinado, um governo tem toda independência da qual se possa disfrutar (AUSTIN, 2002, p. 216, tradução nossa).²²²

²²⁰ Austin cita como exemplo a ocupação do território francês pelas forças aliadas em 1815. Embora nesse período o governo e o povo francês obedecessem aos comandos dos soberanos aliados, essa obediência foi relativamente ocasional e transitória, não sendo suficiente para “constituir a relação de soberania e sujeição entre os soberanos aliados e os membros da nação invadida” (AUSTIN, 2002, p. 200-201). No original: no fueron suficientes para constituir la relación de soberanía y sujeción entre los soberanos aliados y los miembros de la nación invadida. Trata-se de um exemplo importante de *obediência não-habitual*. O mesmo vale para a relação de superioridade político-econômica entre estados, isto é, a relação entre estados politicamente mais fracos e aqueles politicamente mais poderosos: o fato de os primeiros acatarem ocasionalmente as ordens e determinações dos segundos não caracteriza uma situação de obediência habitual (AUSTIN, 2002).

²²¹ Austin nunca negou o fato de que o soberano está sujeito a restrições morais: “as leis (impropriamente ditas) postas ou impostas pela opinião podem influir permanentemente na conduta desse corpo ou indivíduo determinado. Esse indivíduo ou corpo determinado pode submeter-se de maneira ocasional aos comandos tácitos ou expressos de outros, porém não existe nenhuma pessoa ou conjunto determinado de pessoas, cujos comandos, expressos ou tácitos, recebam obediência habitual desse indivíduo ou corpo determinado” (AUSTIN, 2002, p. 199). No original: las leyes (impropiamente dichas) puestas o impuestas por la opinión, pueden influir permanentemente en la conducta de ese cuerpo o individuo determinado. Ese individuo o cuerpo determinado puede someterse de manera ocasional a los mandatos tácitos o expresos de otros, pero no existe ninguna persona o conjunto determinado de personas, cuyos mandatos, expresos o tácitos, reciban obediencia habitual de ese individuo o cuerpo determinado. Em outra ilustrativa passagem, Austin afirma que a “independência habitual, que é um dos elementos essenciais da soberania, é simplesmente independência habitual a respeito das leis imperativas e próprias. Porém todo membro de qualquer sociedade está normalmente influenciado pelas leis impostas pela opinião” (AUSTIN, 2002, p. 220, pé de página). No original: la independencia habitual, que es uno de los elementos esenciales de la soberanía, es simplemente independencia habitual respecto de las leyes imperativas y propias. Pero todo miembro de cualquier sociedad está normalmente influido por las leyes impuestas por la opinión. Afirma também que “o poder de todo governo” está limitado “pela moral positiva e também pela lei de Deus” (AUSTIN, 2002, p. 224). No original: el poder de todo gobierno [...] por la moralidad positiva, y también por la ley de Dios.

²²² Todo gobierno, por poderoso que sea, presta obediencia ocasional a los mandatos de otros gobiernos. Todo gobierno se somete con frecuencia a aquellas opiniones y sentimientos que se

Austin (2002) usa o traço negativo do conceito de soberania (independência do soberano) como um critério relevante para promover distinções teóricas: a) o critério é importante para diferenciar as autoridades soberanas das autoridades subordinadas do estado. Ainda que um juiz receba obediência habitual de seus súditos, não é considerado soberano, já que o poder que possui lhe foi delegado pelo soberano a quem o juiz habitualmente obedece;²²³ b) como consequência, esse traço também separa as sociedades políticas independentes das sociedades políticas dependentes ou subordinadas que as compõem, como, por exemplo, uma província ou colônia; c) por fim, a independência do soberano também distingue o soberano considerado como um órgão colegiado supremo de seus diversos membros considerados isoladamente (dependentes).

No outro extremo da relação política, encontram-se os membros *não-soberanos* da sociedade política independente, os quais, segundo Austin, estão em “*um estado de sujeição ou um estado de dependência*” em relação ao soberano (AUSTIN, 2002, p. 199, tradução nossa).²²⁴

Desta rápida e prévia caracterização, é possível sintetizar alguns elementos essenciais ao conceito de soberania de Austin: a) soberano é a autoridade que é obedecida pela *generalidade* ou pela *maior parte* dos membros de uma sociedade política; b) essa obediência deve ser *habitual*; c) a autoridade obedecida não obedece nenhuma outra autoridade determinada de forma habitual. Ou, como Hart ironizou, “a lei é o comando dos comandantes não comandados da sociedade” (HART, 2010, p. 64).

Havendo essa relação de soberania e de sujeição entre pessoas, é possível identificar uma *sociedade política independente*, que Austin define como “uma sociedade composta por um soberano e súditos” (AUSTIN, 2002, p. 200, tradução nossa).²²⁵

Para Austin, os adjetivos “político” e “independente” que acompanham o substantivo “sociedade” estão relacionados com os traços positivo e negativo do

denominan derecho internacional. Y todo gobierno se somete habitualmente a las opiniones y sentimientos de sus propios súbditos. Si no presta obediencia habitual a los mandatos de alguien determinado, un gobierno tiene toda la independencia de la que se pueda disfrutar.

²²³ Austin (2002) utiliza, com esse mesmo sentido e propósito, o exemplo do vice-rei (*viceroi*).

²²⁴ [...] *un estado de sujeción o un estado de dependencia*.

²²⁵ [...] una sociedad política compuesta por un soberano y súbditos.

conceito de soberania. Há uma sociedade *política* quando existe aquela relação de superioridade e inferioridade política entre seus membros, isto é, quando a maioria de seus membros obedece de forma habitual ao superior. Por outro lado, uma sociedade é *independente* porque o seu superior político não obedece a mais ninguém de forma habitual.²²⁶

O conceito de sociedade política independente – que, em determinado momento, Austin (2002, p. 262) identifica com a *polis* ou *civitas* – é responsável por demarcar os limites dentro dos quais o soberano exerce seu poder e, por isso, é um fundamental para a compreensão da soberania e da unidade/identidade do sistema jurídico.

É a partir da definição de soberania como obediência habitual da maioria dos cidadãos que Raz extrai o *critério de existência* na teoria dos sistemas jurídicos de Austin.²²⁷

Segundo Raz (2012), Austin implicitamente sustenta que a existência de um sistema jurídico depende de sua *eficácia geral*. Se um conjunto de leis é habitualmente obedecido (geralmente eficaz) existe um sistema jurídico. Não é necessário, portanto, que cada norma individualmente seja eficaz. Ainda que, eventualmente, uma determinada norma que compõe esse sistema não seja habitualmente obedecida, essa norma é uma norma jurídica válida se pertence ao sistema geralmente eficaz.²²⁸

Além das características acima, Austin atribuiu outras que considera igualmente essenciais à definição do soberano: a) o soberano deve ser *determinado*; b) o soberano deve ser *comum*; c) o poder do soberano é *juridicamente ilimitado*.

Para que se possa falar que uma determinada sociedade é uma sociedade política e independente, “a *generalidade* da sociedade determinada deve ter o *hábito*

²²⁶ Uma “sociedade não é independente, ainda que seja política, no caso em que esse determinado superior obedeça habitualmente aos comandos de um grupo ou pessoa determinada” (AUSTIN, 2002, p. 203, tradução nossa). No original: la sociedad no es independiente, aunque sea política, en el caso de que ese determinado superior obedezca habitualmente los mandatos de un grupo o persona determinada.

²²⁷ Raz (2012) destacou que na obra de Austin já se encontra implicitamente uma teoria completa (embora frágil) dos sistemas jurídicos.

²²⁸ Deve-se alertar, contudo, para o fato de que para Raz o critério de existência de Austin não se baseia apenas na eficácia geral do conjunto de normas: “o critério de existência de Austin não é baseado somente no princípio da eficácia, embora seja ele seu componente mais importante. Esse critério insiste também na superioridade e na independência do legislador supremo. Além disso, a eficácia do sistema é pertinente apenas na medida em que contribui para a obediência pessoal da população ao legislador supremo” (RAZ, 2012, p. 23).

de obediência a um superior *comum e determinado*” (AUSTIN, 2002, p. 200, tradução nossa).²²⁹

O órgão soberano deve ser sempre determinado. Caso a soberania seja exercida por um órgão individual (investido por uma só pessoa), esta pessoa deve ser determinada. Se o órgão for colegiado, deve ser um *corpo determinado de pessoas*, podendo a identificação de cada membro do grupo ocorrer em razão de seus atributos pessoais ou em razão de características gerais.

De fato, Austin entende que há dois tipos de grupos determinados de pessoas: a) de um lado, há o grupo no qual cada integrante é identificável por descrições pessoais, isto é, cada membro é considerado em sua individualidade. O exemplo empregado por Austin é o de uma sociedade empresarial constituída pelos membros A, B e C; b) por outro lado, existem grupos nos quais os membros são identificáveis por pertencer a determinada classe, isto é, por responder a uma “dada descrição geral” (AUSTIN, 1911, p. 186, tradução nossa).²³⁰ Segundo o autor, o Parlamento britânico é um exemplo desse segundo tipo de grupo: cada membro integra o corpo coletivo, não em virtude de caracteres individuais de identificação, mas por possuir determinados atributos genéricos referentes ao cargo ou à função que exercem (AUSTIN, 2002).

A seguinte passagem de Austin é esclarecedora:

Ainda que cada um dos membros do parlamento britânico esteja necessariamente individualizado por seu caráter específico ou próprio, não são membros do parlamento pelo fato de apresentar tal caráter, mas em virtude de responder a descrições genéricas determinadas. Não é pelo fato de ser o indivíduo Jorge, mas por ser a pessoa que responde à descrição genérica de rei, que Jorge é rei da Grã-Bretanha e Irlanda, e um membro do corpo determinado que é soberano ou supremo em tais países. Não é pelo fato de ser o indivíduo Grey ou o indivíduo Peel que Grey é um membro da Câmara Alta ou Peel é um membro da Câmara Baixa. Grey é um membro da Câmara Alta em virtude de pertencer à classe dos pares que têm direito a votar nessa câmara; Peel é um membro da Câmara Baixa por responder à descrição genérica de “representante dos comuns no parlamento” (AUSTIN, 1911, p. 187, tradução nossa).²³¹

²²⁹ La *generalidad* de la sociedad determinada debe tener el *hábito* de obediencia a un superior *común y determinado* [...].

²³⁰ Given generic description.

²³¹ And, though every member of the British Parliament is of necessity determined by a specific or appropriate character, he is not a member of the parliament by reason of his bearing that character, but by reason of his answering to the given generic description. It is not as being the individual George, but as being the individual who answers to the generic description of king, that George is king of Britain and Ireland, and a limb of the determinate body which is sovereign or supreme therein. It is not as being the individual Grey, or as being the individual Peel, that Grey is a member of the upper house or Peel a member of the lower. Grey is a member of the upper house, as belonging to the class

Quando a soberania reside em um órgão colegiado (um parlamento, por exemplo), a exigência de que esse órgão seja determinado tem relação com a própria *capacidade de agir* do órgão. Segundo Austin (2002), um grupo indeterminado de pessoas não consegue atuar corporativamente, isto é, atuar como órgão coletivo. Em seu entender, apenas um grupo *determinado* de pessoas é capaz de uma conduta unitária ou corporativa, isto é, o grupo é capaz de realizar, *como grupo*, comportamentos positivos ou negativos. Austin (2002) oferece como exemplo a capacidade que um corpo *determinado* de pessoas possui de reunir-se em determinados lugares e períodos; de emitir expressa ou tacitamente uma lei ou outro tipo de comando; de escolher e designar representantes para realizar suas intenções e desejos; de receber obediência de seus próprios membros ou de outros.

Esse dado reforça a interpretação de que o soberano austiniano não é uma pessoa ou um conjunto de pessoas consideradas em sua individualidade, mas uma *instituição*: o soberano é uma instituição individual ou coletiva. Trata-se de uma interpretação que encontra amplo apoio na obra de Austin e é capaz de responder a diversas críticas que têm sido feitas a esse aspecto da sua teoria ao longo dos anos.

É comum interpretar a obediência ao soberano como obediência pessoal e não institucional. Essa pressuposição do caráter pessoal do soberano austiniano encontra-se, por exemplo, em Kelsen (1946), Hart (2009) e Raz (2012). Mas uma interpretação mais coerente com a sua doutrina reclama o caráter institucional do soberano.

Para explicar como um corpo soberano de pessoas tem seus integrantes determinados por descrições gerais do cargo e não (apenas) por sua individualidade, Austin explica uma máxima da Constituição Britânica:

O significado da máxima “o rei nunca morre” pode ser entendido, creio, do seguinte modo. Ainda que o atual ocupante do cargo seja humano, mortal e transitório, a duração do cargo mesmo não tem um limite que a Constituição Britânica possa contemplar. E sobrevivendo a morte de seu atual ocupante, o cargo é imediatamente transferido para aquela pessoa individual que *responde por aquela caráter genérico* que o legitima a assumir a coroa: essa pessoa individual é herdeira da coroa, porque responde à descrição

of peers entitled to vote therein. Peel is a member of the lower house, as answering the generic description “representative of the commons in parliament”.

geral prevista no *Act of Settlement* (AUSTIN, 1911, p. 188, tradução nossa).²³²

Utilizando os termos manuseados por Austin, pode-se afirmar que o soberano não é o titular efetivo do cargo político (isto é, a pessoa concreta que o titulariza), mas o cargo em si, que transcende e sobrevive aos seus eventuais ocupantes.

A constituição, a composição e as formas de aquisição da soberania ou de investidura em um órgão interno que compõe a instituição soberana é regulada por meio de regras morais positivas e de normas jurídicas²³³, que são extremamente relevantes para a estabilidade do poder soberano (AUSTIN, 2002).

Nesse ponto, tem-se outro importante indicativo de que Austin considerou o soberano como uma instituição: ele sustentou a existência de uma separação entre o órgão colegiado soberano e os membros não-soberanos que o compõe. Austin repete, em diversas ocasiões, que, quando o soberano é um corpo de pessoas (um órgão coletivo), somente esse corpo, atuando coletivamente, é soberano, e não os diversos integrantes do órgão considerados isoladamente.

Tanto é assim que o órgão colegiado pode estabelecer *restrições jurídicas* aos seus membros considerados individualmente, o que demonstra o caráter não-soberano destes últimos. Como cidadãos da comunidade política, eles podem ser juridicamente limitados pelo poder soberano. Os membros do órgão colegiado soberano encontram-se em estado de sujeição em relação ao corpo soberano (AUSTIN, 2002).

Se a soberania é compreendida como o hábito de obediência à instituição (que sobrevive aos seus titulares concretos) e não à pessoa que titulariza o cargo

²³² The meaning of the maxim, “the king never dies”, may, I believe, be rendered in the following manner. Though an actual occupant of the kingly office is human, mortal, and transient, the duration of the office itself has no possible limit which the British Constitution can contemplate. And on the death of an actual occupant, the office instantly devolves to that individual person who bears the generic character which entitles to take the crown: to that individual person who is then heir to the crown, according to the generic description contained in the Act of Settlement.

²³³ Na passagem transcrita acima, o *Act of Settlement* (composto por regras referentes à sucessão do trono) pode ser considerado uma lei jurídica positiva (composta, evidentemente, por normas jurídicas), uma vez que o *Act* não regula o órgão soberano em si, mas apenas um órgão componente do órgão soberano e, portanto, subordinado a ele. Para Austin o soberano na Inglaterra de seu tempo não era o rei, mas um órgão heterogêneo formado pelo rei, pela Câmara Alta e pela Câmara Baixa. Por outro lado, se considerarmos um conjunto de regras que constituem e regulam esse órgão soberano heterogêneo, essas regras só podem ser regras morais positivas, considerando a necessária anterioridade do soberano em relação ao direito – aquilo que Mansilla (2001) denominou *caráter pré-jurídico do soberano*.

está assegurada a *continuidade e persistência* do direito. Pode-se afirmar que a noção de *habitualidade* em Austin indica uma certa permanência e estabilidade políticas, como se pode verificar nos exemplos de habitualidade que ele oferece. A obediência habitual é o conceito com o qual Austin tentou apreender a situação de normal funcionamento das instituições políticas dos estados modernos.²³⁴

É possível concluir, com Mansilla, que

apesar de seu caráter pessoal, o soberano austiniano não se identifica com pessoas concretas, senão que tem um caráter institucional. Sempre que Austin fala do soberano se refere ao cargo ou instituição suprema, nunca aos indivíduos que ocasionalmente ocupam esse cargo ou compõem essa instituição em um momento dado (MANSILLA, 2001, p. 327, tradução nossa).²³⁵

Além de ser determinado e possuir caráter institucional, o soberano é uma autoridade *comum* em sua sociedade política. Obedecer a um *superior comum* significa que “a obediência habitual deve prestar-se a *uma mesma e única* pessoa determinada ou corpo determinado de pessoas” (AUSTIN, 2002, p. 202, tradução nossa).²³⁶

Como as pessoas devotam sua obediência a um único superior político no interior de uma sociedade política independente, o soberano de Austin constitui um elemento que possibilita a *unidade e indivisibilidade* do ordenamento jurídico, já que todas as normas jurídicas, mesmo aquelas elaboradas pelas autoridades subordinadas, encontram seu fundamento de validade na autoridade do soberano. Como explicita Raz,

o soberano, de acordo com Austin, é o legislador direito ou indireto de todas as leis do sistema. O fato importante é que quando buscamos a fonte das leis do sistema, chegamos a uma única pessoa (ou grupo), que é a origem primeira de cada uma delas (RAZ, 2012, p. 25).

²³⁴ O exemplo da transição do *status* de colônia espanhola para estado independente do México é interessante para ilustrar a questão. Essa transição do *status* político é marcada pela queda da obediência habitual à metrópole e pela *consolidação* da obediência habitual às instituições políticas do novo estado quando estas, então, se *estabilizam* politicamente (AUSTIN, 2002).

²³⁵ A pesar de su carácter personal, el soberano austiniano no se identifica con personas concretas sino que tiene un carácter institucional. Siempre que Austin habla del soberano se refiere al cargo o institución suprema, nunca a los individuos que ocasionalmente ocupan ese cargo o componen esa institución en un momento dado.

²³⁶ La obediencia habitual debe prestarse a *una misma y única* persona determinada, o cuerpo determinado de personas.

As noções de *unidade e indivisibilidade* do soberano em Austin respondem, como sustentou Raz (2012), pelos critérios de identidade e pertinência na teoria dos sistemas jurídicos austiniana. Esses critérios permitem afirmar, por exemplo, que um determinado conjunto de normas forma o sistema jurídico inglês porque elas são elaboradas por um único e mesmo soberano daquela sociedade política independente (*critério de identidade*). Por outro lado, é possível afirmar que cada lei isoladamente considerada pertence ao sistema jurídico inglês se ela foi elaborada por aquele único e mesmo soberano (*critério de pertinência*).

O critério de Austin é, portanto, uma variante do que Raz denominou *princípio de origem*, segundo o qual “tanto a pertinência das leis a um sistema quanto a identidade do próprio sistema são completamente determinadas pela origem das leis; a origem da lei é o conjunto de fatos pelos quais ela é trazida à existência” (RAZ, 2012, p. 25).

Associando o conceito austiniano de soberania aos critérios de existência do sistema jurídico e de pertinência da norma a esse sistema, Moreso chama atenção para a relação entre eficácia e validade na teoria de Austin. Segundo Moreso, a definição austiniana de soberania associada à sua cláusula de pertinência ao direito implica que:

Uma norma é jurídica ou válida só se pertence a um conjunto de normas eficaz. Posto que, (a) uma norma é jurídica só se o ordenamento ao qual pertence é habitualmente obedecido (só se pertence ao soberano) e (b) se um ordenamento é habitualmente obedecido é eficaz, então (c) a eficácia de um ordenamento jurídico é, para [...] Austin, condição necessária da validade das normas desse ordenamento (MORESO, 1989, p. 352-353, tradução nossa).²³⁷

É importante perceber, entretanto, que a soberania, embora una e indivisível, é delegável. Austin admitiu a possibilidade e a necessidade de que o soberano delegue parte de seu poder a autoridades subordinadas. Em sua concepção, o “exercício dos poderes soberanos por meio dos subordinados ou delegados políticos

²³⁷ Una norma es jurídica o válida sólo si pertenece a un conjunto de normas eficaz. Puesto que, a) una norma es jurídica sólo si el ordenamiento al que pertenece es habitualmente obedecido (sólo si pertenece al soberano) y b) si un ordenamiento es habitualmente obedecido es eficaz, entonces c) la eficacia de un ordenamiento jurídico es, para [...] Austin, condición necesaria de la validez de las normas de ese ordenamiento.

resulta absolutamente necessário, em toda sociedade real, por inumeráveis causas” (AUSTIN, 2002, p. 227, tradução nossa).²³⁸

A possibilidade de delegação de poder amplia o critério de identidade e pertinência do sistema jurídico austiniano, uma vez que um determinado sistema jurídico abrange os atos legislativos editados diretamente pelo soberano, bem como aqueles editados (indiretamente) por ele, através de suas autoridades subordinadas.

Na concepção de Austin, o poder soberano abrange as funções mais importantes do estado, quais sejam, os poderes para legislar, administrar e julgar. Os poderes necessários para exercer tais funções fundamentais do estado podem ser – e comumente são – delegados pelo soberano a autoridades subordinadas do estado. Assim, há nos estados ou nas sociedades políticas, além da autoridade soberana, outras autoridades políticas que estão subordinadas a ela e “derivam seus poderes políticos de sua delegação expressa ou tácita” (AUSTIN, 1847, p. 222, tradução nossa).²³⁹ As autoridades subordinadas podem exercer, por delegação, quaisquer das três funções fundamentais do estado:

Todo soberano real (tanto quando se trata de um indivíduo quanto de um conjunto ou soma de indivíduos) exerce pelo menos algum desses poderes por meio de subordinados políticos ou delegados que representam o autor soberano (AUSTIN, 2002, p. 227, tradução nossa).²⁴⁰

O poder de legislar pode ser parcialmente delegado a autoridades subordinadas. Segundo Austin, é “em virtude dos poderes que o soberano tem expressamente atribuído a elas [autoridades subordinadas], ou tem tacitamente permitido que elas exerçam, que essas autoridades têm legislado em vasta extensão em todos os países” (AUSTIN, 1847, p. 225, tradução nossa).²⁴¹

Além de assembleias legislativas estaduais e municipais, pode-se exemplificar com o poder de criação do direito exercido pelos juízes. Como se discutirá no capítulo 4, Austin (1847) admite a criação do direito pelo Poder

²³⁸ Este ejercicio de los poderes soberanos por medio de los subordinados o delegados políticos, resulta absolutamente necesario, en toda sociedad real, por innumerables causas. Entre las causas destacadas por Austin (2002) para a necessidade da delegação de poder pode-se citar o elevado número de membros e a elevada extensão territorial dos estados modernos.

²³⁹ [...] deriving their political powers from its express or tacit delegation [...].

²⁴⁰ Todo soberano real (tanto si se trata de un individuo o de un conjunto o suma de individuos), ejerce al menos alguno de estos poderes por medio de subordinados políticos o delegados que representan al autor soberano.

²⁴¹ By virtue of powers which the sovereign has expressly given them, or has tacitly permitted them exercise, those authorities in all countries have legislated to a vast extent.

Judiciário e, nesse caso, segundo sua concepção, os juízes e os tribunais atuam como delegatários do poder soberano do Estado.

Por seu turno, o poder de administrar nos estados modernos é comumente delegado a *autoridades centrais* (administração central do estado) – que normalmente cuidam de assuntos de interesse geral do país –, e a *autoridades locais* (provinciais, estaduais, municipais, etc.) – a quem se deve incumbir questões de interesse regional ou local.

No âmbito da função administrativa, Austin inclui o poder de julgar. Trata-se de poder “implícito na soberania” que, nas sociedades modernas, é objeto de delegação total ou parcial a juízes e tribunais subordinados (AUSTIN, 1885, p. 520). Austin sustenta que “na Europa moderna o poder de julgar que reside no soberano é comumente delegado por ele a indivíduos chamados juízes” (AUSTIN, 1885, p. p. 520, tradução nossa).²⁴²

Considerando a importância do tema para o *conceito de direito* de Austin, é importante compreender como ocorre essa delegação do poder soberano.

Embora Austin não tenha analisado, de forma detida, como se opera a delegação de poderes do soberano às autoridades subordinadas ele reconheceu sua ampla necessidade nos complexos estados modernos²⁴³ e indicou, ainda que em traços bem gerais, o modo como essa delegação se processa.

Segundo Austin, a delegação de poder pode ocorrer de forma *expressa*, isto é, através da edição de leis que transferem poderes às autoridades subordinadas (leis de competência) ou de forma *tácita*, segundo sua controvertida doutrina dos comandos tácitos do soberano.

O poder de legislação subordinado atribuído a um legislador subordinado, é conferido pelo legislador soberano expressa ou tacitamente.
Se for concedido ou admitido por declaração escrita ou oral, ele é conferido pelo soberano *expressamente*.

²⁴² In modern Europe the judicial power residing in the sovereign is commonly delegated by him to individuals called judges [...].

²⁴³ Na concepção de Austin, “os poderes ou direitos dos superiores políticos subordinados são somente emanações da soberania. São simplesmente partículas de soberania conferidas pelos soberanos a determinados súditos” (AUSTIN, 2002, p. 215, tradução nossa). No original: los poderes o derechos de los superiores políticos subordinados son solamente emanaciones de la soberanía. Son simplemente partículas de soberanía conferidas por los soberanos a determinados súbditos.

O soberano o confere *tacitamente*, por qualquer conduta (não consistente naquela declaração) que necessariamente supõe que ele o reconhece ou admite (AUSTIN, 1885, p. 521, tradução nossa).²⁴⁴

No que tange à delegação expressa de poderes, Austin reconhece que nas comunidades políticas existem normas jurídico-positivas que “determinam os poderes e deveres dos ministros de justiça e das *outras pessoas políticas ou públicas subordinadas ao governo soberano*” (AUSTIN, 1885, p. 567-568, grifos nossos, tradução nossa).²⁴⁵

Percebe-se, portanto, que Austin reconheceu a existência de *normas de competência*, embora não tenha se detido na análise de sua estrutura e peculiaridades, admitindo, implicitamente, que também elas estão inseridas em seu esquema das normas imperativas (comandos do soberano). O problema é explicar como as normas de competência podem ser compreendidas pura e simplesmente como comandos revestidos de sanção. Isso não aparece de forma clara em seus escritos.

Uma interpretação possível é imaginar a norma de competência como um comando do soberano sancionado com a nulidade dos atos praticados pelo delegatário. Como se sabe, Austin sustentou que a nulidade é uma espécie de sanção decorrente da inobservância das formalidades estabelecidas para a prática de determinado ato jurídico. É possível imaginar que as normas de competência estabelecem a forma para a elaboração do ato legislativo pela autoridade subordinada, e que a consequência jurídica (sanção) da transgressão dos limites fixados seja a invalidade jurídica dos atos editados pelo delegatário. Nessa linha de argumentação, Mansilla sustentou que “Austin parece conceber as normas de competência como comandos dirigidos aos sujeitos e aos tribunais para que obedeçam as normas ditadas em virtude daquela competência e desobedeçam as

²⁴⁴ The power of subordinate legislation granted subordinate legislature, is conferred by the sovereign legislature expressly or tacitly. If it be granted or admitted by written or oral declaration, it is conferred by the sovereign *expressly*. The sovereign confers it *tacitly*, by any conduct (not consisting in such declaration) which necessarily supposes that he acknowledges or admits it.

²⁴⁵ [...] determine the powers and duties of the ministers of justice, and of the other political or public persons subordinate to the sovereign government. Nos governos populares, quando o soberano é composto pelo eleitorado ou corpo de eleitores, Austin (2002) recorre à ideia de *delegação de poder* para explicar o poder dos representantes eleitos que atuam a partir da autoridade do soberano. Para ele, a delegação do poder soberano do eleitorado ao corpo de representantes eleitos pode ocorrer com ou sem restrições de poder, isto é, a delegação pode ser condicional ou incondicional. Entretanto, Austin afirma que é comum que aquele que delega poder imponha condições para o seu exercício.

que excedam essa competência” (MANSILLA, 2001, p. 352, tradução nossa).²⁴⁶ No entanto, essa forma de interpretar a questão não explica exatamente como um comando pode conceder ou atribuir um poder a outrem. Isso reforça a crítica hartiana de que a tentativa de reduzir as normas jurídicas a um único tipo de normas (no caso, uma norma imperativa) obscurece mais do que explica as diferentes funções exercidas pelas diversas espécies normativas.

Outra interpretação para a delegação de poder foi defendida por Raz, através do que ele denominou “leis de obediência”. Segundo Raz, as normas de competência de Austin são “leis que impõem o dever de obedecer aos comandos de determinada pessoa” (RAZ, 2012, p. 28-29).

Como para Austin todo comando implica sanção e dever, Raz (2012) sustentou que a única interpretação coerente com sua doutrina²⁴⁷ é aquela que entende a norma de competência como um comando dirigido a seus súditos impondo-lhe o dever de obedecer a determinada autoridade subordinada.²⁴⁸ O problema aqui é como explicar a sanção, no caso de transgressão, por parte dos súditos, do dever de obedecer à autoridade subordinada. A sanção não estaria prevista no texto da lei de competência, mas sim na lei editada diretamente pela autoridade subordinada. A sanção prevista no ato legislativo da autoridade subordinada complementaria a estrutura normativa da norma de competência.

O exemplo de Raz ajudará a esclarecer este ponto:

Suponhamos que o conselho municipal da cidade A, exercendo poderes a ele conferidos pelo soberano, ordene que cada chefe de família instale uma lâmpada acima da porta da frente de sua casa. O soberano quer que os chefes de famílias instalem a lâmpada etc.? Em nosso exemplo, os mesmos atos podem ser descritos tanto como a instalação de lâmpadas quanto como a obediência ao conselho municipal. O soberano quer que os chefes de famílias pratiquem o último ato descrito. O conselho municipal quer a

²⁴⁶ Austin parece concebir las normas de competencia como mandatos dirigidos a los sujetos y a los tribunales para que obedezcan las normas dictadas en virtud de aquella competencia y desobedezcan las que excedan esa competencia.

²⁴⁷ A respeito da interpretação de Raz, Moreso afirmou: “é possível que esta seja a interpretação que melhor se harmoniza com a doutrina imperativista do Direito que Austin sustenta, porém não é uma doutrina explicitamente sustentada por ele” (MORESO, 1989, p. 357). No original: es posible que ésta sea la interpretación que mejor armoniza con la doctrina imperativista del Derecho que Austin sostiene, pero no es una doctrina explícitamente mantenida por él. Mansilla (2001), por seu turno, acredita com razão que há elementos suficientes na obra de Austin, para apoiar a interpretação desenvolvida por Raz.

²⁴⁸ Nas palavras de Raz: “Austin não especifica a natureza do dever e as pessoas a quem ele é imposto. A única interpretação razoável é que o dever é imposto àqueles que se pretende sejam súditos da legislação subordinada e que é seu dever obedecer ao legislador subordinado em assuntos nos quais ele é autorizado a legislar” (RAZ, 2012, p. 28-29).

prática do primeiro ato descrito. Suas vontades não são idênticas, mas na prática elas significam a mesma coisa (RAZ, 2012, p. 29).

Imagine agora que a norma emanada do conselho municipal tenha estabelecido uma multa como sanção para a violação do dever de instalar a lâmpada sobre a porta principal. A desobediência à lei de competência do soberano, nesse caso, só pode ser sancionada com aquela multa prevista na lei da autoridade subordinada. Somente assim o esquema conceitual da teoria imperativista de Austin se complementaria (comando-sanção-dever e, no caso, direito subjetivo): a) o soberano *expressa sua vontade* no sentido de que todos os seus súditos residentes na cidade A obedeçam ao conselho municipal (lei de obediência de Raz); b) esse comando do soberano cria um *dever jurídico* para todos esses súditos de obedecer a cada comando do conselho municipal, nos limites da competência estabelecida; c) a transgressão desse dever, isto é, a não-observância de qualquer comando válido do conselho, sujeita os infratores à *sanção* que for estabelecida pelo próprio conselho municipal em cada comando que ele emitir; d) o mesmo comando do soberano que estabelece o dever jurídico para súditos cria, correlatamente, para o conselho municipal o *direito subjetivo* de comandar em determinados termos.

Apenas noticio que, segundo Austin, os particulares também podem criar diretamente normas jurídicas ao exercer direitos subjetivos (jurídicos). Deve-se recordar que Austin admite que uma norma possa ter por destinatário uma única pessoa. Assim, o tutor pode estabelecer normas jurídicas que devem ser observadas por seu pupilo: embora o tutor seja o autor direto dessas normas, a sua validade repousa no poder sancionador do soberano, que anteriormente lhe outorgou o direito de assim proceder. Para Austin, o comando geral emitido pelo tutor ao seu pupilo “é propriamente uma lei ditada pelo Estado ao pupilo por meio de seu funcionário ou instrumento que é o tutor” (AUSTIN, 2002, p. 147, pé de página, tradução nossa).²⁴⁹ Austin observou que “a posição do tutor guarda estreita analogia com a dos superiores políticos subordinados que exercem seus poderes legislativos delegados (diretos ou judiciais) em sua condição de simples fiduciários dos soberanos

²⁴⁹ [...] es propiamente una ley dictada por el Estado al pupilo por medio de su funcionario o instrumento que es el tutor.

cessionários” (AUSTIN, 2002, p. 147, pé de página, tradução nossa)²⁵⁰. Essa visão de Austin, apoia, sem dúvida, a interpretação de que o esquema de delegação que ele defende é o mesmo que Raz denominou por normas jurídicas de obediência.

O outro modo pelo qual o soberano delega poder a autoridades subordinadas é *tacitamente*. Isso ocorre quando o soberano age de forma tal que é possível inferir que ele reconhece ou admite o poder da autoridade subordinada para realizar aquele ato. Trata-se, no dizer de Raz (2012), de uma tentativa de explicar como o soberano legisla indiretamente, ante a falta de uma norma de competência expressa. A hipótese é simples: o soberano, que tem o poder de afastar qualquer ato legislativo da autoridade subordinada, decide não o fazer.

Austin explica assim o poder de criação do direito dos juízes, explicação que pode se estender a todo ato legislativo de autoridade política subordinada para a qual não haja norma de competência expressa:

Agora, quando os juízes transformam um costume em uma regra jurídica (assim como quando criam uma regra jurídica que não depende de um costume), se pode dizer que tal regra é estabelecida pelo legislador soberano. Um juiz inferior e subordinado é simplesmente um funcionário (*minister*). *A parte do poder soberano de que dispõe é simplesmente delegada*. A força jurídica das regras que cria deriva da autoridade atribuída pelo Estado: uma autoridade que o Estado pode conferir expressamente, *mesmo que normalmente seja conferida por simples aquiescência*. Pois como o Estado pode revogar as regras que o juiz cria, e sem embargo permite sua imposição coativa em virtude do poder da comunidade política, a vontade soberana de “que suas regras equivalem a direito” se põe de manifesto claramente por sua conduta, mesmo que não o tenha feito de maneira expressa (AUSTIN, 2002, p. 52, grifos nossos, tradução nossa).²⁵¹

Logo à frente Austin insiste:

Quando os costumes se transformam em regras jurídicas pelas decisões dos juízes subordinados, *as regras jurídicas originadas nos costumes são comandos tácitos do legislador soberano*. O Estado, que tem o poder de abolí-las, permite a seus funcionários sua imposição coativa; por

²⁵⁰ La posición del tutor guarda una estrecha analogía con la de los superiores políticos subordinados que ejercen sus poderes legislativos delegados (directos o judiciales) en su condición de simples fiduciarios de los soberanos cesionarios.

²⁵¹ Ahora bien, cuando los jueces transforman una costumbre en una regla jurídica (así como cuando crean una regla jurídica que no depende de una costumbre), se puede decir que tal regla es establecida por el legislador soberano. Un juez inferior y subordinado es simplemente un funcionario (*minister*). La parte del poder soberano de la que dispone es simplemente delegada. La fuerza jurídica de las reglas que crea se deriva de la autoridad atribuida por el Estado: una autoridad que el Estado puede conferir expresamente, aunque suele venir conferida por simple aquiescencia. Pues como el Estado puede revocar las reglas que el juez crea, y sin embargo le permite su imposición coactiva en virtud del poder de la comunidad política, la voluntad soberana de ‘que sus reglas equivalgan a derecho’ se pone de manifiesto claramente por su conducta aunque no lo haga de manera expresa.

consequente, manifesta sua aprovação, mediante sua aceitação voluntária, de que “têm força de lei em relação a seus governados” (AUSTIN, 2002, p. 53, grifos nossos, tradução nossa).²⁵²

Em síntese, pode-se afirmar que o poder legislativo da autoridade subordinada é concedido tacitamente quando o soberano, podendo agir no sentido de impedir aquela prática, não o faz.

A ideia de delegação tácita de poder foi o recurso teórico encontrado por Austin para explicar determinado conjunto normativo a partir da unidade assegurada pelo seu conceito de soberania. O recurso, entretanto, tem sido amplamente criticado. Raz, por exemplo, sustentou que, além de criticável por ser “inaceitável e fictício”, o conceito de comando tácito é desnecessário, pois Austin, com “sua doutrina das leis que conferem poderes legislativos subordinados”, já havia apresentado “uma explicação alternativa da legislação indireta” (RAZ, 2012, p. 53).

Por fim, como último atributo decorrente do conceito de soberania, é preciso dizer que, para Austin, o poder do soberano “não é suscetível de limitação *jurídica*” (AUSTIN, 1911, p. 263, tradução nossa).²⁵³ Essa ilimitabilidade ou independência jurídica deriva da própria natureza do poder soberano e se deve a duas razões principais: a) a ideia de que o soberano é a autoridade última ou suprema da qual emana todo direito impede, do ponto de vista lógico, que se imagine uma autoridade superior que possa lhe impor um dever jurídico; b) o soberano não pode impor uma lei positiva a si mesmo.

O primeiro argumento, portanto, é de ordem lógica:

Um monarca ou corpo soberano obrigado por um dever legal estaria sujeito a um soberano mais importante ou superior; é dizer, um monarca ou corpo soberano obrigado por um dever legal seria soberano e não soberano. Um poder supremo limitado pela lei positiva é uma clara contradição terminológica (AUSTIN, 1911, p. 263, tradução nossa).²⁵⁴

²⁵² Cuando las costumbres se transforman en reglas jurídicas por las decisiones de los jueces subordinados, las reglas jurídicas originadas en las costumbres son mandatos *tácitos* del legislador soberano. El Estado, que tiene el poder de abolirlas, permite a sus funcionarios su imposición coactiva; por consiguiente, manifiesta su aprobación, mediante su aceptación voluntaria, de que “tiene la fuerza de las leyes respecto de sus gobernados”.

²⁵³ [...] is incapable of legal limitation.

²⁵⁴ A monarch or sovereign number bound by a legal duty, were subject to a higher or superior sovereign: that is to say, a monarch or sovereign number bound by a legal duty, were sovereign and not sovereign. Supreme power limited by positive law, is a flat contradiction in terms.

Não é possível limitar *juridicamente* o soberano porque não existe quem possua poder legislativo superior ao seu. O soberano é, por definição, a última fonte de todo direito:

Porque a menos que as supostas limitações fossem impostas, de forma última, por um soberano que não se encontre em estado de sujeição em relação a um soberano mais importante ou superior, a comunidade em questão estaria governada por uma série infinita de soberanos. O que é impossível e absurdo (AUSTIN, 1911, p. 263-264, tradução nossa).²⁵⁵

Nesses termos,

A onipotência da autoridade soberana, no sentido de sua absoluta liberdade em relação a restrições jurídicas, é (como concebemos) incontestável; está envolvida na noção de soberania, como as propriedades do círculo estão implicadas na definição dessa figura geométrica (AUSTIN, 1847, p. 222, tradução nossa).²⁵⁶

O segundo argumento aponta para a impossibilidade de o soberano editar uma norma jurídica que imponha limites aos próprios poderes. Sendo a autoridade última, o soberano pode revogar ou alterar a norma autovinculante, a qualquer momento, bastando para isso elaborar outra norma em sentido diverso. Pode também simplesmente deixar de observar a norma, considerando que ninguém teria o poder de sancioná-lo.

O autor direto de uma lei desse tipo, ou quaisquer de seus sucessores soberanos, podem derogar a lei à sua conveniência. E ainda que a lei não seja derogada, o soberano atual não está constrangido a observá-la em virtude de uma sanção legal ou política. Porque se o soberano atual fosse constrangido legalmente a observá-la, se encontraria em um estado de sujeição com respeito a um soberano mais importante ou superior (AUSTIN, 2002, p. 250, tradução nossa).²⁵⁷

²⁵⁵ For unless the imagined restraints were ultimately imposed by a sovereign not in a state of subjection to a higher or superior sovereign, a series of sovereigns ascending to infinity would govern the imagined community. Which is impossible and absurd.

²⁵⁶ The omnipotence of the sovereign authority, as meaning its absolute freedom from legal restraints, is (we conceive) indisputable; being involved in the notion of sovereignty, as the properties of a circle are implied by the definition of the figure.

²⁵⁷ El autor directo de una ley de este tipo, o cualquiera de sus sucesores soberanos, puede derogar la ley a su conveniencia. Y aunque la ley no sea derogada, el soberano vigente no está constreñido a observarla en virtud de una sanción legal o política. Porque si el soberano vigente fuera constreñido legalmente a observarla, se encontraría en un estado de sujeción con respecto a un soberano más importante o superior.

Além disso, como se viu na subseção anterior, a teoria imperativa da norma jurídica possui, como um de seus elementos, o fato de que o objeto do comando deve referir-se a comportamento *alheio*.

Pois se nos expressarmos com propriedade, não poderíamos falar de uma lei posta por um homem a si mesmo: ainda que um homem possa adotar um princípio como guia de sua própria conduta, e possa observá-lo como o faria se fosse obrigado por uma sanção (AUSTIN, 2002, p. 250, tradução nossa).²⁵⁸

Disso resulta que, para Austin, toda tentativa de um soberano autolimitar-se juridicamente resulta, por definição, em uma regra *não-jurídica* (uma lei moral positiva ou uma lei em sentido metafórico conforme o caso²⁵⁹). O fruto dessa tentativa é um princípio ético ou uma recomendação (ou conselho) para o soberano (não uma limitação jurídica), que gera apenas uma aparência de direito para os súditos (um “quase-direito”).²⁶⁰

Da ilimitabilidade jurídica, contudo, não se segue a ilimitabilidade moral ou religiosa. O soberano sujeita-se totalmente às leis de Deus e constantemente acata as regras resultantes da opinião geral (moral positiva), estando sujeito a toda sorte de censura por parte de seus cidadãos.

Uma das críticas que Raz dirigiu ao traço da ilimitabilidade jurídica da soberania em Austin é sua inadequação para explicar uma parte importante do direito constitucional contemporâneo.

Isto significa que, segundo sua teoria, certas leis constitucionais, ou seja, supostas leis que ou atribuem direitos e deveres legislativos ao soberano ou determinam sua capacidade de ter direitos e deveres legislativos, não são leis de modo algum. Ou, por outra, poder-se-ia dizer que a teoria não consegue explicar por que as consideramos leis em pé de igualdade com as outras leis (RAZ, 2012, p. 44).

²⁵⁸ Pues si nos expresáramos con propiedad, no podríamos hablar de una ley puesta por un hombre a sí mismo: aunque un hombre pueda adoptar un principio como guía de su propia conducta, y pueda observarlo como lo haría si fuera obligado por una sanción.

²⁵⁹ Caso se trata de uma tentativa de limitar a si mesmo, tem-se uma lei em sentido metafórico. Contudo, se a tentativa é de limitar os sucessores do cargo, a regra em questão é uma regra moral positiva (AUSTIN, 2002).

²⁶⁰ Mas é de se destacar a seguinte observação que Austin faz no plano ético: “um bom governo não derrogará arbitrariamente – ou mediante comandos *ex post facto* – os *quase direitos* que haja conferido [a seus súditos]” (AUSTIN, 2002, p. 281, pé de página, grifos nossos, tradução nossa). No original: un buen gobierno no derogará arbitrariamente – o mediante mandatos *ex post facto* – quasi derechos que haya conferido.

A crítica de Raz é correta apenas diante de algumas linhas gerais que Austin dedicou ao direito constitucional no *The Province of Jurisprudence Determined*. Quando se pensa no direito constitucional como um conjunto de regras que incidem sobre o soberano (e não como um conjunto de regras postas pelo soberano), o direito constitucional só pode ser um conjunto de *regra morais*, tendo em vista a ilimitabilidade jurídica do soberano: “com respeito a um monarca propriamente dito ou a um corpo soberano em sua capacidade soberana e colegiada, o direito constitucional é simplesmente moral positiva” (AUSTIN, 2002, p. 253, tradução nossa).²⁶¹ Nesse sentido, o direito constitucional está composto, por exemplo, pelas regras tradicionais (morais positivas) de sucessão ao trono (quando o rei é o soberano) – as quais poderiam ser simplesmente afastadas por uma norma jurídica do próprio rei.²⁶² Entretanto, é bom ressaltar que, quando não se refere diretamente ao soberano, o direito constitucional pode conter normas de *direito positivo*: é o caso, por exemplo, das leis que o corpo soberano, entendido como um órgão colegiado, impõe aos membros que compõe esse órgão considerados individualmente (AUSTIN, 2002).

Em artigo escrito cerca de duas décadas depois (*Centralization*), Austin explicita o seu pensamento sobre o direito constitucional. Nesse trabalho, Austin reconhece os limites *jurídicos* que uma carta constitucional pode estabelecer aos poderes constituídos de um estado determinado. A questão é que, nesse caso, o soberano não está sujeito à constituição, mas é o *autor* da constituição. Raz parece não ter observado que o soberano pode ser o próprio *poder constituinte* e não os poderes constituídos – os quais, na teoria de Austin, figuram como autoridades subordinadas.

Em *Centralization*, Austin analisa o estado federal, especialmente o norte-americano, e sustenta que a autoridade soberana pode ser dividida em: a) *ostensiva* ou *atuante*, quando governa habitualmente a sociedade política; ou b) *constituinte* ou *latente*, quando sua função é “meramente constituinte”, isto é, a autoridade soberana constitui as autoridades subordinadas que irão governar habitualmente e estabelece as suas atribuições e limites. Nesse caso, a autoridade soberana é latente, porque

²⁶¹ Con respecto a un monarca propiamente dicho o a un cuerpo soberano en su capacidad soberana y colegiada, el derecho constitucional es simplemente moral positiva [...].

²⁶² Austin (2002) exemplifica com uma lei estabelecida por um monarca, que, contrariando as normas morais de sucessão, deixa o trono para sua única filha. A norma jurídica do soberano, na visão de Austin, não seria *ilegal*, embora tenha transgredido os deveres morais constitucionais.

“suas intervenções são separadas por longos intervalos” (AUSTIN, 1847, p. 228, tradução nossa).²⁶³ Austin fala expressamente nesse texto da “autoridade constituinte” (*the constituent authority*) ou do “soberano constituinte” (*the constituent sovereign*) (AUSTIN, 1847, p. 228).

A divisão do poder soberano em *ostensivo* e *constituente* possui o claro intuito de estabelecer um conceito de soberania suficientemente amplo para explicar a fonte do direito positivo tanto em um Estado absolutista (no qual o poder soberano atua ostensivamente), quanto em um Estado constitucional (no qual o poder soberano realiza a obra da Constituição e a ela é direcionada a obediência habitual dos cidadãos).

Parece mesmo que uma das dificuldades que Austin enfrentou para avançar na teorização do constitucionalismo de seu tempo deve-se ao fato de que o autor se situava fora da tradição política liberal. Sua crítica utilitarista à ideia de direitos humanos e seu conservadorismo político o tornaram insensível para os principais apelos do constitucionalismo democrático.

Mas fica, de qualquer modo, claro que o conceito de soberania austiniano pode ser perfeitamente compreendido a partir do constitucionalismo moderno, isto é, a partir de uma teoria do poder constituinte originário juridicamente ilimitado. Feita essa ligação, pode-se perceber que a sua teoria não carece de força explicativa em relação aos limites constitucionais impostos aos poderes constituídos pelo poder constituinte (soberano). As normas que condicionam os poderes constituídos (ou autoridades subordinadas) são verdadeiras normas jurídicas (constitucionais), ao passo que as normas que incidem sobre o soberano constituinte só podem ser normas morais, caso se admita o traço da ilimitabilidade jurídica do poder constituinte originário.

Em conclusão, é importante afirmar que a concepção do soberano como *poder constituinte* no artigo de 1847 não significou uma mudança no entendimento de Austin, mas, apenas, como se disse, uma explicitação posterior de algo que já estava implícito em sua teoria da soberania. Já no *The Province*, Austin sustentou textualmente que é possível a formação de “um corpo legislativo extraordinário e último” que é superior ao legislativo ordinário. E acrescentou que uma lei elaborada por esse legislativo ordinário “que pretendesse derrogar uma lei desse último e

²⁶³ [...] its interventions are separated by long intervals.

extraordinário corpo legislativo, não seria obedecida pelos tribunais de justiça” (AUSTIN, 2002, p. 231, tradução nossa).²⁶⁴

Ele exemplificou seu entendimento do seguinte modo:

No estado de Nova York, o legislativo ordinário estadual está controlado por um legislativo extraordinário, do modo que acabo de descrever. O corpo de cidadãos que elege o legislativo ordinário forma um corpo legislativo extraordinário e último que estabelece diretamente a *constituição do estado*: e qualquer lei do legislativo ordinário que entre em conflito com uma *regra constitucional* aprovada diretamente pelo corpo legislativo extraordinário seria tratada pelos tribunais de justiça como um ato juridicamente inválido (AUSTIN, 1911, p. 248, grifos nossos, tradução nossa).²⁶⁵

Da mesma forma, em um contexto de crítica à teoria do pacto (contrato) social, Austin fez as seguintes observações sobre a elaboração da constituição norte-americana:

Em algumas sociedades políticas e independentes (como, por exemplo, nos Estados Anglo-Americanos) o governo político soberano foi constituído de uma só vez e de acordo com um esquema ou plano. Porém, inclusive nessas sociedades, *as partes que decidiram a constituição* (seja formulando os planos ou projetos ou simplesmente votando-a e adotando-a) eram só uma reduzida porção da comunidade independente em seu conjunto, e *eram inicialmente soberanas antes de que se decidisse a constituição*, uma vez que esta última não foi elaborada por toda a comunidade incipiente, mas sim por uma fração de uma comunidade, já constituída ou completa (AUSTIN, 2002, p. 318, grifos nossos, tradução nossa).²⁶⁶

Sendo possível conceber o soberano como poder constituinte originário fica ainda mais claro que o conceito austiniano de soberano foi criado para ser o fundamento de validade das normas jurídicas. Austin não procurou por esse fundamento em uma norma fundamental hipotética, como Kelsen, mas, de forma semelhante a Hart, o estabeleceu em um fato social: o fato da obediência habitual da

²⁶⁴ [...] un cuerpo legislativo extraordinario y último [...] que pretendiese derogar una ley de este ulterior y extraordinario cuerpo legislativo, no sería obedecida por los tribunales de justicia.

²⁶⁵ In the state of New York, the ordinary legislature of the state is controlled by an extraordinary legislature, in the manner which I have now described. The body of citizens appointing the ordinary legislature, forms an extraordinary and ulterior legislature by which the constitution of the state was directly established: and any law of the ordinary legislature, which conflicted with a constitutional law directly proceeding from the extraordinary, would be treated by the courts of justice as a legally invalid act.

²⁶⁶ En algunas sociedades políticas e independientes (como, por ejemplo, en los Estados Anglo-Americanos) el gobierno político soberano ha sido constituído de una sola vez y de acuerdo con un esquema o plan. Pero, incluso en estas sociedades, las partes que decidieron la constitución (bien formulando los planes o proyectos o simplemente votándola y adoptándola) eran sólo una reducida porción de la comunidad independiente en su conjunto, y eran inicialmente soberanas antes de que se decidiera la constitución, puesto que esta última no fue elaborada por toda la incipiente comunidad, sino que lo fue por una fracción de una comunidad, ya constituída o completa.

maior parte da população à uma instituição suprema (democrática ou não) que é logicamente anterior e responsável pela elaboração de todo direito.

4 OS REFLEXOS DO CONCEITO AUSTINIANO DE DIREITO EM SUA TEORIA DA APLICAÇÃO DO DIREITO

O objetivo deste capítulo é verificar se as considerações feitas por John Austin sobre a aplicação do direito são coerentes com o conceito de direito que ele elabora previamente. Pretende-se, especialmente, verificar como os reflexos desse conceito incidem em seu discurso sobre o modo como os juízes resolvem os casos que lhes são submetidos. Isso envolve tanto a análise da capacidade explicativa do conceito de direito em relação à teoria da aplicação, quanto as limitações impostas por este conceito.

Austin considera que a resolução dos casos deduzidos em juízo sempre ocorre por intermédio da aplicação do direito. Mas isso não significa que o juiz aplica sempre uma norma jurídica pré-existente ao caso: em diversas situações, o juiz cria o direito por ocasião de sua aplicação.

A concepção austiniana sobre a criação judicial do direito está fundada em sua teoria da delegação do poder soberano. Na visão de Austin, a atuação da magistratura pode ser coesamente explicada em virtude dos poderes que ela recebe do soberano por delegação. Assim como os juízes recebem do soberano o *poder de julgar* os casos que lhes são submetidos, recebem, também, em algumas hipóteses, o *poder de legislar*, isto é, o poder de elaborar o direito por ocasião do julgamento de um caso. Austin, portanto, não apenas admitiu a existência de uma ampla atividade judicial de criação do direito, como procurou fundamentá-la, teoricamente, no poder legislativo que os juízes recebem do soberano.

A ideia de elaboração judicial do direito encontra-se estampada nos dois modos pelos quais o direito pode ser criado. Para Austin, mais importante do que a classificação tradicional entre direito escrito e não-escrito, é a distinção que ele desenvolve sobre os dois modos de criação do direito. Trata-se de uma distinção baseada na *forma* pela qual a norma jurídica é estabelecida (AUSTIN, 1885).

Segundo Austin (1885), o direito pode ser criado: a) de *modo direto ou legislativo*, forma *propriamente* legislativa voltada para a elaboração de normas abstratas, destinadas a reger uma determinada classe de casos – trata-se do que Austin denominou direito legislado (*statute law*); b) de modo *indireto, oblíquo ou judicial*, quando a criação do direito se dá em um contexto de decisão de uma

situação concreta, não havendo a exteriorização de uma regra geral e abstrata. É o direito judiciário (*judiciary law*).

Austin explica a questão nos seguintes termos:

A principal diferença, portanto, entre direito legislado e judiciário, encontra-se em uma diferença em relação às formas em que eles respectivamente se *expressam*.

Uma norma legal é exteriorizada em termos gerais e abstratos, ou usa a forma ou o formato de uma norma ou regra.

Uma norma (ou regra jurídica) elaborada por decisões judiciais, não existe em lugar algum em uma forma geral ou abstrata. Antes que ela possa ser conhecida, é necessário que ela seja extraída das bases ou razões da decisão ou decisões específicas pela qual foi virtualmente estabelecida (AUSTIN, 1885, p. 622, tradução nossa).²⁶⁷

Essa distinção das formas de elaboração do direito também se baseia no diferente *propósito* ou *finalidade* pela qual o direito é criado: no modo direto ou legislativo, o objetivo direto do seu autor imediato é o estabelecimento do direito ou de uma regra, ao passo que, no modo indireto ou judicial, o propósito maior é a decisão de um caso específico ou de uma questão específica, ocorrendo de forma incidental a criação da norma jurídica (AUSTIN, 1885).

À luz dessa classificação, não importa quem é o autor direto (a fonte) da norma jurídica – se o soberano ou uma autoridade subordinada –, mas apenas o *modo* pelo qual essa norma é criada (AUSTIN, 1885). A criação do direito pelo modo direto ou propriamente legislativo (direito legislado) pode ter por autor direto o soberano ou uma autoridade subordinada; da mesma forma, o modo de criação judicial do direito (direito judiciário), que normalmente tem como autor direto o juiz ou um tribunal subordinados, pode, ocasionalmente, ser estabelecido pelo próprio soberano: Austin recorda que, durante o Império Romano, o poder judicial era ocasionalmente exercido de forma pessoal pelo soberano, caso em que o soberano podia estabelecer direito novo por ocasião do julgamento do caso (AUSTIN, 1885).

Comumente, os textos que comentam essa parte do trabalho de Austin propõem uma divisão bipartida, considerando, de um lado, os casos em que os juízes aplicam o direito pré-existente (*established rules*) e, de outro, as hipóteses em

²⁶⁷ The principal difference, therefore, between statute and judiciary law, lies in a difference between the forms in which they are respectively *expressed*. A Statute law is expressed in general or abstract terms, or wears the form or shape of a law or rule. A law (or rule of law) made by judicial decisions, exists nowhere in a general or abstract form. Before it can be known, they are it must be gathered from the grounds or reasons of the specific decision or decisions by which it was virtually established.

que os juízes criam direito novo – casos de legislação judicial (*newly-created rules*) (MANSILLA, 2001; RUMBLE, 1985). Trata-se de uma distinção elaborada pelo próprio autor para explicar os diversos problemas atinentes à aplicação do direito.

Não obstante, é possível sugerir uma divisão tripartida para explicar o modo como os juízes decidem os casos na teoria de Austin, utilizando, como critério de classificação, a maior ou menor vinculação do juiz em relação ao material jurídico pré-existente.

Antes, contudo, é preciso compreender como Austin teorizou a questão da interpretação do direito: o que ele entende por interpretação, qual é o seu principal objetivo, os problemas que suscita (seção 4.1).

A partir de então, é possível seguir uma escala de gradação que vai das hipóteses em que há uma maior vinculação do juiz a regras jurídicas pré-estabelecidas para aquelas situações em que essa vinculação é menor ou inexistente.

Austin reconhece a existência de *casos simples*, nos quais uma classe de casos concretos facilmente se adequa aos termos precisos e bem definidos de uma regra jurídica, ou seja, situações fáticas que se situam dentro do núcleo central de significado dos termos normativos. Nesse caso, o juiz não tem liberdade decisória, estando totalmente vinculado à norma pré-estabelecida (seção 4.2).

Pode-se falar também na existência de *casos intermediários*, nos quais o juiz está parcialmente vinculado a regras jurídicas pré-estabelecidas e parcialmente livre para decidir, já que precisa fazer escolhas entre as alternativas estabelecidas (seção 4.3). Na teoria de Austin, é possível identificar pelo menos duas hipóteses em que há essa situação “intermediária” de liberdade judicial: a) os casos de indeterminação da linguagem normativa, isto é, as hipóteses de vagueza ou indefinição da linguagem, que criam uma zona de incerteza a respeito de quais casos estão abrangidos pela regra. Nesse caso, há direito pré-existente, mas ele é incompleto, no sentido de que as normas existentes limitam o juiz até determinado ponto, deixando uma abertura para que o juiz decida entre possibilidades de sentido (subseção 4.3.1); b) os casos de correção legislativa por interpretação “espúria”, nos quais há direito pré-existente certo e definido (não há incerteza acerca do que o autor do direito determinou naquele caso), mas o juiz decide corrigi-lo com base no espírito da norma, ampliando ou restringindo o alcance dos termos do enunciado normativo (subseção 4.3.2).

Por fim, há o que se pode denominar *casos difíceis*, para os quais não há qualquer padrão normativo pré-existente aplicável ao caso, estando o juiz autorizado a criar a regra jurídica que irá regular o caso, de forma totalmente livre (seção 4.4).

Como se verá, as reflexões de Austin sobre os problemas envolvidos na aplicação do direito anteciparam, em muitos aspectos, as considerações dos dois maiores representantes do positivismo jurídico no século XX, Kelsen e Hart, além de terem servido de inspiração, em outros aspectos, para o desenvolvimento do realismo jurídico norte-americano.

4.1 A teoria da interpretação de John Austin

Como ocorre, de um modo geral, com os representantes do positivismo jurídico descritivo, o tema da interpretação não é a principal preocupação de John Austin.²⁶⁸ Em seu caso, ademais, o problema se agrava, visto que o material que ele deixou sobre hermenêutica jurídica foi encontrado em estado fragmentário e incompleto.²⁶⁹

Austin discute o problema da interpretação jurídica, de forma mais detida, na lição trinta e sete das *Lectures on Jurisprudence* e em um ensaio publicado no final dessa obra, denominado *Note on Interpretation*, também deixado em estado incompleto. Há, também, considerações difusas em alguns outros pontos, como, por exemplo, na lição trinta e três, quando discute alguns dos significados do termo equidade (*equity*).

Apesar disso, é possível encontrar em Austin uma teoria da interpretação que, diferentemente do que ocorre em relação às suas considerações sobre indeterminação do direito e legislação judicial, não inova muito em relação às reflexões jurídicas existentes na primeira metade do século XIX. Na verdade, há uma grande proximidade entre as questões hermenêuticas propostas por Austin e os

²⁶⁸ Dimoulis (2006) reconhece que, ao se dedicarem de forma sistemática ao conceito de direito, os juspositivistas, de um modo geral, acabaram por negligenciar o tema da interpretação.

²⁶⁹ Ver, por exemplo, essa advertência de Sarah Austin antes dos ensaios sobre interpretação e analogia publicados ao final das *Lectures on Jurisprudence* (AUSTIN, 1885).

textos do jovem Savigny sobre interpretação, com os quais Austin possivelmente teve contato no período em que esteve na Alemanha preparando suas lições.²⁷⁰

Considerando as semelhanças e as especificidades existentes entre as principais propostas hermenêuticas no âmbito jurídico durante a primeira metade do século XIX, é interessante trazer à análise algumas considerações sobre o tema feitas por Savigny e pela escola da exegese, como forma de melhor situar e individualizar a teoria de Austin – o que se fará no decorrer da discussão.

A primeira questão a se observar é como o conceito voluntarista e positivista do direito de John Austin estabeleceu os parâmetros fundamentais de sua teoria da interpretação do direito.

Inicialmente, pode-se imaginar que um conceito voluntarista de direito, ao identificar a norma jurídica com a vontade da autoridade (soberana), atribui ao intérprete o papel de “rastreador” dessa vontade, o que o leva a desconsiderar qualquer outro aspecto contextual relevante para a interpretação do texto normativo. Com isso, a elaboração de uma teoria da interpretação do enunciado normativo já se inicia com uma finalidade pré-estabelecida: encontrar a vontade do autor do direito.

Isso ainda é reforçado pela defesa austiniana da tese da separação entre o direito e a moral (tese conceitual de identificação do direito) e de uma teoria jurídica meramente descritiva (não censória). Portanto, aquilo que Bobbio (2006) chamou de *aspecto metodológico* da tese da separação, que consiste na postura valorativamente neutra com a qual o estudioso do direito deve voltar-se para ele, limita, significativamente, aquilo que se pode dizer a respeito da interpretação jurídica.

A tese da separação indica que, não somente a identificação do material jurídico autoritativo, mas também a compreensão de seu *conteúdo* deve se dar sem que haja necessidade de se recorrer a considerações de ordem moral. Nessa ótica, a interpretação deve ser um processo neutro, do ponto de vista valorativo, de modo que as considerações do intérprete sobre aquilo que o direito *deve ser* não se imponham ou prevaleçam sobre aquilo que o direito *é*.

Esse modo de ver as coisas pode ter contribuído para que Austin defendesse a concepção de que a interpretação é um *ato* ou um *processo de*

²⁷⁰ Essa concepção reforça a interpretação de Lobban (2013), mencionada no capítulo 2, de que a influência do pensamento jurídico alemão na teoria austiniana pode ser sentida com maior intensidade naquela parte de sua obra em que Austin trata da aplicação do direito.

conhecimento, no qual não existe qualquer intervenção da vontade ou dos desejos do intérprete: em seu entender, a única vontade que precisa ser resgatada na interpretação é a do soberano.

Isso não significa, contudo, que Austin tenha negado que a *vontade* do intérprete tenha relevância na *aplicação do direito*. O que ele fez foi distinguir, de um lado, o *ato cognitivo* de interpretação e, de outro, os *atos volitivos* do aplicador. Todos os processos de criação do direito pelo aplicador foram colocados *fora* do seu conceito de *interpretação*. Pode-se compreender, portanto, que a *aplicação* do direito é um conceito mais amplo (gênero) e abrange, como espécies, tanto a interpretação (ato cognitivo), quanto os atos de vontade do aplicador, naquelas hipóteses em que a necessidade de escolha entre possibilidades abertas possui um papel decisivo para a resolução do caso.

Essa ideia de que a interpretação é um ato de conhecimento e não de vontade encontra-se estabelecida de forma difusa nos textos de Austin referentes ao tema. Porém, alguns sinais mais concretos de que ele assume essa tese podem ser brevemente mencionados.

Um deles aparece quando Austin discorre sobre as leis declaratórias (*declaratory law*), isto é, aquelas leis que se destinam apenas a *interpretar* o direito pré-existente.²⁷¹ É o que se tem denominado, tradicionalmente, *interpretação autêntica*, por se tratar de uma interpretação feita pelo próprio autor da norma pela via legislativa (MAXIMILIANO, 2002).

Como *atos de interpretação*, essas leis devem se limitar a *explicar* ou *expor* o direito pré-existente, ou a determinar o seu sentido em um processo meramente *reprodutivo*; no instante em que, sob o pretexto de interpretar o direito antigo, estabelecem direito novo, tais leis perdem a “substância” de leis declaratórias e, portanto, deixam de constituir atos de interpretação no sentido próprio do termo (AUSTIN, 1885).

Com efeito, ocorre com frequência [...] que as leis nominalmente declarativas são, de fato, imperativas: tanto a interpretação legislativa como a judicial são frequentemente enganosas, já que estabelecem direito novo

²⁷¹ Segundo Austin, as leis declaratórias são “atos emitidos pelo legislador que servem para *explicar* o direito positivo” (AUSTIN, 2002, p. 47 e 53, grifo nosso). No original: actos emitidos por el legislador que sirven para *explicar* el derecho positivo.

sob a aparência de *expor* o antigo (AUSTIN, 2002, p. 48, grifo nosso, tradução nossa).²⁷²

Um segundo sinal desse entendimento aparece quando Austin distingue a *interpretação genuína* da *intepretação espúria*. Essa última será melhor analisada na subseção 4.3.2, mas pode-se afirmar aqui que o fundamento da distinção é o fato de que a chamada “interpretação espúria” não consiste em *interpretação* no sentido próprio do termo, por se tratar de um processo no qual o aplicador da norma jurídica pré-existente exerce atividade de elaboração ou criação de direito novo.

Também quando trata da indeterminação do direito, Austin afirma que o problema dos termos indeterminados em um enunciado normativo²⁷³ é um problema de *aplicação do direito* e não de *interpretação*. Segundo ele, as questões que surgem da indeterminação relacionam-se

com a aplicabilidade de uma regra ou de regras incertas ou incoerentes à um fato dado e conhecido. Eles são dificilmente questões de interpretação ou indução, pois embora a regra seja explorada e conhecida tanto quanto possível, a dúvida remanesce (AUSTIN, 1885, p. 1001, pé de página, grifos nossos, tradução nossa).²⁷⁴

Sendo impreciso ou indeterminado o enunciado normativo, a *interpretação* limita-se a *conhecer* as suas possibilidades de sentido, remanescendo a dúvida sobre qual é o conteúdo do direito. Isso equivale a dizer que o resultado da interpretação pode ser inconclusivo, havendo mais de um sentido possível atribuível ao texto normativo. A questão será resolvida, assim, em um ato volitivo de *aplicação do direito*, no qual o juiz, exercendo poder discricionário, escolhe o sentido normativo que irá regular o caso concreto (subseção 4.3.1).

Além disso, a visão de Austin sobre o objetivo da verdadeira interpretação deixa claro que o propósito do intérprete é apenas *descobrir* ou *conhecer* o sentido que o autor da norma pretendeu atribuir ao enunciado normativo. A seguinte passagem é elucidativa:

²⁷² En efecto, ocurre con frecuencia [...] que las leyes nominalmente declarativas son, de hecho, imperativas: tanto la interpretación legislativa como la judicial son frecuentemente engañosas, ya que establecen nuevo derecho bajo la apariencia de exponer el antiguo.

²⁷³ Sobre o conceito de enunciado normativo e sua diferença para o conceito de norma, ver Troper (2008); Streck (2004).

²⁷⁴ [...] they regard the applicability of an uncertain or inconsistent rule or rules to a given and known fact. They are hardly questions of interpretation or induction, for though the rule were explored and known as far as possible, doubt would remain.

Uma vez que o direito legislado (*statute law*) é expresso em expressões determinadas e que aquelas expressões se destinam a transmitir a vontade do legislador, segue-se que o *sentido ou significado que ele atribuiu àquelas exatas expressões* é o objeto da interpretação *genuína*” (AUSTIN, 1885, p. 628, grifos nossos, tradução nossa).²⁷⁵

Com isso, já se antecipou o que Austin afirma ser o *objeto da interpretação*. Essa concepção, como já se assinalou, também se relaciona e é limitada pelo seu conceito de direito. Austin definiu a norma jurídica como a exteriorização de uma vontade (comando geral) emitida, direta ou indiretamente, pelo soberano de uma sociedade política independente a seus cidadãos. Disso se extrai que a norma jurídica, que se busca *conhecer* no processo de interpretação, consiste, essencialmente, na *vontade* ou na *intenção* da autoridade soberana (autora direta ou indireta da norma).

Segundo Austin,

A descoberta da regra jurídica que o seu autor pretendeu estabelecer é o objeto da interpretação genuína: ou (mudando a frase), seu objeto é a descoberta da intenção com a qual ele construiu a lei ou do sentido que ele atribuiu às palavras pelas quais a lei se expressa (AUSTIN, 1885, p. 989, tradução nossa).²⁷⁶

Posner acentuou que “a caracterização de uma lei como um comando faz com que fique natural pensar a interpretação em termos da afirmação das necessidades do redator, das quais as palavras são apenas um indício” (POSNER, 2007, p. 362).

Contudo, essa concepção de interpretação não era uma peculiaridade do pensamento de Austin: tanto Savigny, quanto os principais representantes da escola da exegese esposaram a concepção de que o objeto da interpretação é o *sentido* que o autor da norma jurídica pretendeu atribuir a ela.

A escola da exegese, conforme constatou Bonnetcase, atribuiu grande relevância à intenção do legislador na interpretação do direito. Segundo ele, a escola sustentou que

²⁷⁵ Since a statute law is expressed in determinate expressions, and those expressions were intended to convey the will of the legislator, it follows that the import or meaning which he annexed to those *very* expressions is the object of *genuine* interpretation.

²⁷⁶ The discovery of the law which the lawgiver intended to establish, is the object of genuine interpretation: or (changing the phrase), its object is the discovery of the intention with which he constructed the statute, or of the sense which he attached to the words wherein the statute is expressed.

um texto não vale nada por si mesmo, mas unicamente pela intenção do legislador que se considera traduzida por aquele; na realidade, o Direito positivo se estrutura nessa intenção; e é esta que deve buscar o jurista mais além do texto (BONNECASE, 1948, p. 144, tradução nossa).²⁷⁷

Savigny, por seu turno, em seus escritos da juventude, indicou como objeto da interpretação “a reconstrução do pensamento que é expresso na lei, na medida em que seja cognoscível a partir dela”, devendo o intérprete “se colocar na posição do legislador e deixar que se formem, por esse artifício, os respectivos ditames” (SAVIGNY apud LARENZ, 1997, p. 10).

Há, portanto, nesse período, certa tendência de estabelecer como papel do intérprete unicamente a compreensão da vontade ou intenção do autor da norma. Contudo, em relação a Austin, é preciso fazer duas observações.

A primeira relaciona-se com o que se deve entender por *intenção do autor do direito* na obra de Austin. Em se tratando da interpretação de uma lei, o que o intérprete deve perseguir é o *sentido* que a autoridade soberana ou subordinada pretendeu articular linguisticamente no enunciado normativo. Como se viu (capítulo 3), existe uma vontade em sentido psicológico no início do processo de elaboração legislativa, mas quando o legislador expressa essa vontade em termos linguísticos, o que ocorre na *mente* do legislador deixa de ser relevante. O que passa a importar é o sentido que se pretendeu atribuir ao texto legal. A tarefa do intérprete, portanto, é idealizada como a busca desse sentido (desejado pelo criador), mas, para realizar essa tarefa, ele não irá recorrer à psique do autor do texto normativo.

Savigny, ao tratar do tema, não apenas mencionou a necessidade de “reconstrução do pensamento” do autor, como também a exigência de que o intérprete “se coloque na posição” do criador do texto. Tais considerações o aproximam muito da *interpretação psicológica* de Schleiermacher.²⁷⁸

²⁷⁷ Un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que se considera traducida por aquél; en realidad el Derecho positivo se estructura en esta intención; y ésta es la que debe buscar el jurista más allá del texto.

²⁷⁸ Segundo Gadamer, a interpretação psicológica de Schleiermacher influenciou diretamente a teoria da interpretação de Savigny (GADAMER, 2013, p. 257). Larenz, entretanto, enfatizou que a “vontade” do legislador que deve ser resgatada pelo intérprete não pode ser entendida no sentido empírico de vontade psicológica do legislador na teoria de Savigny. O que o intérprete realiza é uma “atividade espiritual própria” a fim de “conhecer a lei em sua verdade” (LARENZ, 1997, p. 16, pé de página). Por seu turno, Coelho defendeu que não é possível assimilar a hermenêutica de Schleiermacher nem à teoria subjetivista nem à doutrina objetivista da interpretação jurídica, tratando-se antes de uma nova concepção, capaz de superar esse antagonismo (COELHO, 2012, 133-138).

Para Schleiermacher, compreender é sempre reconstruir o pensamento de outra pessoa. Ele descreveu a compreensão de um discurso como um processo no qual o intérprete remonta o processo mental do qual o criador se valeu para elaborá-lo. Trata-se um processo inverso em relação à elaboração do texto, porque, a partir da linguagem do texto (dimensão gramatical da hermenêutica), o intérprete pretende refazer a experiência mental do autor do discurso (dimensão psicológica da hermenêutica) (COELHO, 2012; GRONDIN, 1999; PALMER, 2006).

Austin não fez qualquer exigência similar à de Savigny e parece ter pensado na vontade do legislador como um ente ideal (*sentido*), que não é diretamente acessível e que só pode ser conhecido através de sinais indiretos nos quais ele se manifesta. É interessante observar, nesse sentido, que para designar esses sinais (reveladores da vontade do legislador), Austin utiliza os mesmos termos que utilizou (*indicia* ou *index*) para referir-se aos sinais indicativos das leis divinas não-reveladas (que só podem ser conhecidas indiretamente).

Outro ponto a destacar é que, diferentemente de seus contemporâneos, Austin não se referiu apenas à vontade do legislador como objeto da interpretação, mas também à vontade do juiz, já que admitiu que tanto um quanto o outro exercem função de criação do direito. Para Austin (1885), é preciso distinguir entre a interpretação de uma lei (*statute law*) e a interpretação de um precedente judicial (*judiciary law*), uma vez que as regras de interpretação em um e em outro caso não são as mesmas²⁷⁹.

O problema que se coloca, portanto, na teoria da interpretação austiniana é qual dos sinais (*indicia*) melhor aponta para a vontade ou intenção do autor da norma, isto é, qual desses elementos (ou métodos) da interpretação indicam, de maneira mais contundente, o sentido que a instituição soberana pretendeu atribuir ao texto normativo. Austin elaborou uma hermenêutica técnica ou normativa, de caráter científico²⁸⁰, procurando estabelecer os *métodos de interpretação* capazes

²⁷⁹ Austin (1885) criticou os seus contemporâneos por tratarem da interpretação do Direito Romano, aplicando os mesmos princípios de interpretação a partes diferentes da compilação justinianeia: há naquela compilação uma parte geral e abstrata, ao lado de uma parte casuística, e é preciso discriminar os princípios de interpretação, respeitando a individualidade de cada grupo. Segundo Austin, apenas Thibaut percebeu, de forma clara, a necessidade de estabelecer princípios distintos nesses casos.

²⁸⁰ Seguindo os passos do *cientificismo* que caracteriza sua obra, Austin (1885) fala, também, de uma “ciência da interpretação” (*science of interpretation*) e de seus objetos.

de conduzir o intérprete, na maior parte dos casos, à descoberta da intenção do autor da norma.

No que tange à interpretação da lei (*statute law*), um problema muito debatido em sua época era se a intenção do legislador era melhor indicada pelo texto do enunciado normativo (interpretação literal ou gramatical) ou pela razão ou finalidade em virtude da qual norma foi estabelecida (interpretação teleológica). O que se pretendia era, nitidamente, uma hierarquização dos métodos de interpretação ou a busca daquilo que Streck (2004) denominou de metacritério ou método fundamental (*Grundmethode*) que pudesse funcionar como fundamento último de todo processo hermenêutico-interpretativo. Austin, desse modo, se lança também na impossível tarefa de determinar, de forma apriorística, o que capta melhor a vontade do legislador: a *letra* ou o *espírito* da lei?

A escola da exegese, de um modo geral, pendeu para a interpretação teleológica durante o seu apogeu.²⁸¹ Segundo Bonnecase, “os adeptos da Escola da Exegese vêem a fonte do Direito positivo, considerada do ponto de vista da lei, não no *texto* mesmo, mas na *intenção* que presidiu a sua redação” (BONNECASE, 1948, p. 149, pé de página, grifos nossos, tradução nossa).²⁸²

Um bom exemplo pode ser encontrado em Delvincourt, representante da escola, para quem

é ao espírito e não à letra que devemos nos ater e, em consequência, devemos considerar como contrário à lei, não somente tudo o que lesione seu espírito e sua letra, mas também o que lesione unicamente o espírito que encerra a letra (DELVINCOURT apud BONNECASE, 1948, p. 148, tradução nossa).²⁸³

²⁸¹ Ao que parece houve uma evolução da prevalência da interpretação literal para a primazia interpretação teleológica no seio da escola. Pelo menos, é o que se extrai do testemunho de um de seus mais destacados representantes, Aubry, em um discurso sobre o ensino do Código de Napoleão, realizado em 1857: “em princípio, os autores e tribunais se atinham quase exclusivamente aos textos. Reina a letra e às vezes subjuga o espírito. Sem embargo, lentamente o estudo atento das fontes e dos trabalhos preparatórios, conduziu a um entendimento mais sã e mais judicioso das disposições legais; se elucidam os princípios, se formam as teorias, e o espírito da lei ocupa em suas explicações o lugar que legitimamente lhe corresponde” (AUBRY apud BONNECASE, 1948, p. 145). No original: al principio, los autores y tribunales se atenían casi exclusivamente a los textos. Reina la letra y a veces agobia el espíritu. Sin embargo, lentamente el estudio atento de las fuentes y de los trabajos preparatorios, condujo a un entendimiento más sano y más juicioso de las disposiciones legales; se aclaran los principios, se forman las teorías, y el espíritu de la ley ocupa en sus explicaciones el lugar que legítimamente le corresponde.

²⁸² Los adeptos de la Escuela de la Exégesis ven la fuente del Derecho positivo, considerado desde el punto de vista de la ley, no en el texto mismo, sino en la intención que ha presidido a su redacción.

²⁸³ Es al espíritu y no a la letra, dice, a lo que debemos atenernos y, en consecuencia, debemos considerar como contrario a la ley, no solamente todo lo que lesione su espíritu y letra, sino también lo que lesione únicamente al espíritu que encierra la letra.

Por outro lado, do que se pode extrair indiretamente pela leitura de Larenz (1997), Savigny, em seus primeiros escritos, defendeu o texto da lei contra o seu espírito.²⁸⁴ Ele rejeitou a interpretação extensiva e restritiva do texto, sob o argumento de que a *ratio legis* – base da interpretação teleológica e da ampliação ou restrição do alcance do enunciado – não é parte integrante da norma jurídica.

Desta maneira rejeita aqui SAVIGNY uma interpretação ‘teleológica’: o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão de seu conteúdo (LARENZ, 1997, p. 12).

A visão de Austin sobre essa disputa entre a letra e o espírito da lei é muito semelhante a essa primeira concepção de Savigny sobre o tema. Austin também defende que a interpretação literal ou gramatical tem precedência sobre a interpretação teleológica.

Em sua concepção, o *sentido literal* das palavras que integram um enunciado normativo é o indício mais fundamental (o indício primário) da intenção de seu criador (AUSTIN, 1885). Por isso, “o fim próprio da interpretação é a descoberta do sentido que foi realmente atribuído pelo legislador àquelas exatas expressões” (AUSTIN, 1885, p. 630, tradução nossa).²⁸⁵ Como o autor da lei possui uma determinada intenção que ele tenta acomodar linguisticamente como o *sentido* de um enunciado normativo, o papel do intérprete é resgatar ou descobrir esse sentido.

Austin parte da presunção de que “os termos através dos quais o legislador tentou transmitir sua intenção, foram provavelmente escolhidos tão cuidadosamente quanto a intenção que se tentou transmitir” (AUSTIN, 1885, p. 624, tradução nossa).²⁸⁶ Dessa premissa resulta a importância do método gramatical em sua teoria, sendo possível sustentar que a regra hermenêutica fundamental da teoria austiniana é o que se poderia denominar *regra da primazia da interpretação literal*,

²⁸⁴ Larenz, entretanto, ressalta que “na obra de maturidade, SAVIGNY liberta-se da estrita vinculação ao teor literal da lei defendida no seu escrito de juventude, em favor de uma consideração mais vigorosa do fim da lei e do nexo de significações fornecidas pela global intuição do instituto” (LARENZ, 1997, p. 19).

²⁸⁵ The proper end of interpretation is the discovery of the meaning which was actually annexed by the legislator to those very expressions.

²⁸⁶ The terms through which the legislature tried to convey its intention, were probably measured as carefully as the intention which it tried to convey.

segundo a qual o sentido que resulta dos termos usados pelo legislador para expressar sua intenção constitui o principal indício de sua vontade (AUSTIN, 1885).

O método gramatical baseia-se, além disso, na ideia de que a linguagem é uma convenção social – uma tradição linguística formada pelos usos e costumes. Segundo Austin, “o significado literal das palavras (ou o significado gramatical das palavras) é o sentido que os costumes atribuíram a elas” (AUSTIN, 1885, p. 990, tradução nossa).²⁸⁷ O intérprete deve buscar o *sentido mais usual* das palavras, rejeitando aqueles sentidos pouco utilizados ou menos conhecidos.

A interpretação gramatical de Austin coincide, portanto, em muitos aspectos, como o que Troper denomina *interpretação semiótica*:

A interpretação semiótica se baseia na linguagem. Palavras e expressões recebem o sentido que têm normalmente em sua língua, o qual resulta das regras gramaticais. A língua de que se trata pode ser a língua natural ou uma língua técnica, a língua do direito ou a língua de uma disciplina específica (TROPER, 2008, p. 130).

Também para Austin os termos interpretados podem pertencer à linguagem natural ou à linguagem técnica.²⁸⁸ Para ele, o sentido literal ou gramatical das palavras,

é o significado atribuído a elas comumente por todos ou pela maior parte das pessoas que usam habitualmente uma dada língua: ou, se as palavras forem técnicas, é o significado atribuído a elas comumente por todos ou pela maior parte das pessoas que são especialmente versadas ou ligadas a uma dada arte (ou ciência) (AUSTIN, 1885, p. 990, tradução nossa).²⁸⁹

O fundamento para a prevalência da interpretação literal é a segurança jurídica. A inobservância da regra hermenêutica que estabelece a primazia da interpretação literal torna o direito incerto, jogando por terra as vantagens da lei, em termos de previsibilidade (segurança jurídica), quando comparada com o direito judiciário (AUSTIN, 1885).

²⁸⁷ Now the literal meaning of words (or the grammatical meaning of words) is the meaning which custom has annexed to them.

²⁸⁸ Ferraz Jr. (2007) refere-se ao aspecto *onomasiológico* da palavra que corresponde ao seu uso corrente na linguagem cotidiana e ao aspecto *semasiológico* correspondente à sua significação normativa, demonstrando como a confusão entre os dois aspectos acarreta problemas interpretativos.

²⁸⁹ It is the meaning attached to them commonly by all or most of the persons who use habitually the given language: Or, if the words be technical, it is the meaning attached to them commonly by all or most of the persons who are specially conversant or occupied with the given art (or science).

O fim próprio da interpretação é descobrir o significado que foi realmente atribuído pelo legislador àquelas exatas expressões. Pois se os juízes pudessem se afastar *ad libitum* do significado dessas expressões, e buscar as disposições da lei em outros *indícia*, eles abandonariam (geralmente falando) um guia mais seguro em prol de um guia menos seguro (AUSTIN, 1885, p. 630, tradução nossa).²⁹⁰

Além disso, em termos teóricos, Austin, da mesma forma que Savigny, justificou a “inferioridade” da interpretação teleológica com o argumento de que a *ratio legis*, que ele define como “o fim ou propósito que leva o legislador a estabelecer a lei” (AUSTIN, 1885, p. 627, tradução nossa)²⁹¹, não é parte integrante da norma jurídica. Segundo ele, a

ratio legis não é uma norma jurídica; ela não exerce, sob qualquer aspecto, as funções de uma norma jurídica. Ela é a causa geral e suprema de uma lei (ou então a razão particular e subordinada de quaisquer de suas disposições particulares e subordinadas). A regra a ser observada pelos governados não é a *ratio legis*, mas a *lex ipsa* (AUSTIN, 1885, p. 628, tradução nossa).²⁹²

Desse modo, toda disputa hermenêutica entre a *letra da lei* (que é parte integrante da norma) e o seu *espírito* (que não o é) deve ser decidida em favor da primeira. Austin, assim como o jovem Savigny, irá rejeitar a interpretação extensiva e restritiva quando isso implica na desconsideração do sentido literal claro e preciso de um enunciado normativo. Para ele, esse tipo de interpretação resulta claramente de uma disputa entre a letra e o espírito da lei: o sentido indicado pelo texto é preterido em virtude do sentido indicado pela *ratio legis*, isto é, a *ratio legis* funciona como argumento para afastar o sentido literal que se extrai claramente do texto legal. Como a *ratio legis* não é parte integrante da norma jurídica, essa solução não é admissível para Austin. Ele chama esse processo ampliativo ou restritivo de *interpretação espúria*, a qual, na verdade, não possui natureza de interpretação, mas de criação judicial do direito, uma vez que o juiz, em verdadeira atividade legislativa, corrige, à luz de seus fins, a lei que considera incorreta (ver subseção 4.3.2).

²⁹⁰ The proper end of interpretation is the discovery of the meaning which was actually annexed by the legislator to those very expressions. For if judges could depart *ad libitum* from the meaning of those expressions, and collect the provisions of the statute from other *indicia*, they would desert (generally speaking) a more certain, for a less certain guide.

²⁹¹ [...] the latter is the end or purpose which moved the legislator to establish a statute law.

²⁹² But *ratio legis* is not a law; nor does it perform, in any respect, the functions of a law. It is the general and paramount cause of a *statute* law (or else the particular and subordinate reason of any of its particular and subordinate provisions). The rule to be observed by the governed is not the *ratio legis*, but the *lex ipsa*.

Agora, de acordo com a noção ou expressão que é corrente entre os juristas, o juiz que assim amplia ou reduz a lei, “interpreta a lei por suas razões”: ou sua extensão ou restrição da lei incompleta ou excessiva é “interpretação extensiva ou restritiva *ex ratione legis*”. Contudo, o seu ajustamento da lei ao alcance ou extensão de suas razões é um ato palpável de legislação judicial, e não é interpretação [...] (na acepção própria do termo) (AUSTIN, 1885, p. 991-992, tradução nossa).²⁹³

É importante observar, entretanto, que existe uma espécie de interpretação extensiva ou restritiva que é uma forma genuína de interpretação e que ocorre quando o procedimento literal ou gramatical de interpretação não consegue extrair do enunciado normativo um sentido claro e preciso. Nesse caso, havendo dúvida, é possível que o intérprete recorra a outros métodos de interpretação (*indicia* da vontade do legislador). Como o método gramatical não conseguiu revelar a vontade do legislador, é possível que os outros métodos (aí incluído o teleológico) o façam. Nesse caso, e considerando que a norma jurídica corresponde à vontade do legislador, não se pode dizer que a ela foi ampliada ou restringida em virtude da *ratio legis*, pois a *ratio*, nessa hipótese, exerceu função reveladora da norma (da intenção do legislador). O intérprete, segundo Austin, “estendeu ou restringiu, não a lei mesma, mas o sentido literal das palavras pelas quais a lei é expressa” (AUSTIN, 1885, p. 993, tradução nossa).²⁹⁴

Essa premissa sobre o papel secundário da interpretação teleológica vale de modo geral. Sempre que o método literal não conseguir indicar, de maneira clara e precisa, a intenção do autor da lei, remanescendo dúvidas sobre qual foi o sentido que o legislador pretendeu atribuir ao texto, é necessário recorrer a outros indícios capazes de desvelar esse sentido. Todavia, quando o método gramatical indicar a vontade do legislador de modo claro e definido, o intérprete não pode se valer de outros métodos para afastar o sentido manifesto que exsurge das palavras da lei. Os outros métodos de interpretação são, portanto, *subsidiários* em relação ao gramatical.

²⁹³ Now, according to a notion or phrase which is current with writers on law, the judge who thus enlarges, or thus reduces the statute, “interprets the statute by its reason”: or his extension or restriction of the defective or excessive statute is “extensive or restrictive interpretation *ex ratione legis*”. His adjustment, however, of the statute to the reach or extent of its ground, is a palpable act of judicial legislation and, is not interpretation or construction (in the proper acceptance of the term).

²⁹⁴ The interpreter extends or restricts, not the statute itself, but the literal meaning of the words wherein the statute is expressed.

Agora, se ele [o intérprete] não consegue descobrir no significado literal das palavras qualquer propósito definido e possível, ele pode buscar em outros *indicia*, a intenção sustentada pelo legislador [...]. Mas se ele é capaz de descobrir no sentido literal das palavras, qualquer propósito definido e possível, ele comumente deve conformar-se com o significado literal das palavras, embora esse significado varie caso se considere outros indícios da intenção real do legislador (AUSTIN, 1885, p. 624, tradução nossa).²⁹⁵

Contudo – e essa é uma questão problemática –, a regra geral da primazia do método gramatical admite exceções. A presunção de que o sentido literal de um enunciado normativo consiste no sentido que o seu autor pretendeu lhe atribuir, embora seja forte, não é absoluta. O sentido literal das palavras pode ser suplantado por outros indícios se estes conseguirem revelar a “verdadeira intenção” (*actual intention*) do criador da norma.²⁹⁶

Segundo Austin, entre as questões que interessam à ciência da interpretação situam-se “os casos em que a intenção que esse significado literal pode sugerir, deve dobrar-se e ceder à intenção que outros indícios podem apontar” (AUSTIN, 1885, p. 991, tradução nossa)²⁹⁷. Entretanto, apesar de estar ciente da importância da questão, ele não indicou, nem mesmo com exemplos, em quais situações essa exceção poderia ter lugar, isto é, quando o sentido extraído pelo método gramatical, que geralmente possui primazia em relação aos outros métodos, deve ceder diante deles. Ele apenas afirma, de forma genérica, tratar-se de uma situação excepcional, que deve ocorrer quando houver *evidência* de que os outros métodos realmente apontam para a real intenção do legislador, ao contrário do método gramatical.

A intenção, contudo, do legislador, como revelada por aquele sentido literal, pode diferir da intenção do legislador, como revelada por outros *indícios*; e a presunção em favor da intenção que o significado literal sugere, pode ser mais fraca do que a *evidência* da intenção apontada por outros *indícios*. Nessa hipótese, o intérprete deve tomar a última dessas possíveis

²⁹⁵ Now, if he cannot discover in the literal meaning of the words, any such definite and possible purpose, he may seek in other *indicia*, the intention which the legislature held [...]. But if he be able to discover in the literal meaning of the words, any such definite and possible purpose, he commonly ought to abide by the literal meaning of the words, though it vary from the other indices to the actual intention of the legislature.

²⁹⁶ É o que afirma Austin: “o sentido literal das palavras, embora ofereça uma forte presunção, não é conclusiva do propósito com o qual a lei foi criada” (AUSTIN, 1885, p. 990). No original: for the literal meaning of the words, though it offers a strong presumption, is not conclusive of the purpose with which the statute was made.

²⁹⁷ The cases wherein the intention which that literal meaning may suggest, should bend and yield to the intention which other *indicia* may point at.

intenções, como e pela intenção que o legislador realmente sustentou (AUSTIN, 1885, p. 990, grifo nosso).²⁹⁸

Logo, em raras ocasiões, a rígida aderência ao significado comum da lei é manifestamente contrária à intenção do legislador: nesses casos, os juízes devem optar pela solução que mais está de acordo com o propósito subjacente da lei (RUMBLE, 1985).

Como se vê, o problema hermenêutico que preocupa Austin é o mesmo que atormenta seus contemporâneos e consiste em uma disputa pela hegemonia no processo de interpretação, envolvendo dois de seus principais métodos ou cânones hermenêuticos: o gramatical e o teleológico.

Austin (1885) também resumiu em dois (gramatical e teleológico) os métodos de interpretação, já que parece ter colocado os demais métodos a serviço do teleológico. Assim, a descoberta da *ratio legis*, que resulta da interpretação teleológica, pode se basear no que é indicado pelo enunciado normativo ou pela história da lei que contém o enunciado (método histórico ou genético), ou, ainda, por outros enunciados contidos da mesma lei, como também por outras leis elaboradas pelo mesmo legislador a respeito do mesmo assunto (método sistemático). Austin, entretanto, não deu desenvolvimento teórico a esses outros cânones de interpretação – apenas os mencionou (AUSTIN, 1885).

No que tange à interpretação de um precedente judicial, as regras hermenêuticas diferem substancialmente daquelas que se referem à interpretação da lei. Em se tratando de um precedente, é preciso, antes de tudo, *extrair* ou *determinar* a regra ou a norma que está contida na decisão judicial e que serviu de base para ela. No dizer de Moreso, para Austin “a lei não é a decisão judicial (sentença) que resolve o caso concreto em litígio, mas os princípios ou bases dessa decisão [...], a *ratio decidendi* é, ela mesma, uma lei” (MORESO, 1989, p. 355, tradução nossa).²⁹⁹

²⁹⁸ The intention, however, of the legislature, as shewn by that literal meaning, may differ from the intention of the legislature, as shewn by other *indicia*; and the presumption in favour of the intention which that literal meaning suggests, may be fainter than the evidence for the intention which other *indicia* point at. On which supposition, the last of these possible intentions ought to be taken by the interpreter, as and for the intention which the legislature actually held.

²⁹⁹ La ley no es la decisión judicial (sentencia) que resuelve el caso concreto en litigio sino los principios o bases de esa decisión (LJ: 621), la *ratio decidendi* es, ella misma, una ley (LJ: 627).

Austin definiu a *ratio decidendi* como as “razões ou princípios gerais de uma decisão judicial” (AUSTIN, 1885, p. 627, tradução nossa).³⁰⁰ Portanto, interpretar um precedente é um “processo de abstração ou indução” (*process of abstraction and induction*)³⁰¹, voltado para a determinação da razão normativa que sustenta a decisão judicial e que “vai ser aplicada universalmente aos casos de uma classe e que, assim como a lei, pode servir como uma regra de conduta” (AUSTIN, 1885, p. 622, tradução nossa).³⁰²

A determinação da *ratio decidendi* ocorre através de um *processo dialético* no qual se abstrai as peculiaridades do caso concreto, a fim de encontrar as razões ou princípios gerais que fundamentam a decisão, mas sem perder de vista que todas as considerações gerais feitas pelo julgador devem guardar relação com o caso *sub judice* e serem interpretadas à luz dele (AUSTIN, 1885).

A respeito do processo de abstração e indução da regra jurídica que fundamenta a decisão judicial, Austin pontuou:

Nós devemos olhar para o caso todo que era seu dever decidir, e para o todo do discurso pelo qual ele manifestou sua decisão. E do todo de seu discurso, combinado com o todo do caso, nós devemos extrair aquela *ratio decidendi*, ou aquele princípio geral ou razão, que verdadeiramente constitui a norma jurídica que a decisão particular estabeleceu (AUSTIN, 1885, p. 650, tradução nossa).³⁰³

Não se pode perder de vista que a competência legislativa do juiz somente se justifica diante da necessidade de resolução do caso concreto. Assim, todas as considerações judiciais abstratas que não guardarem relação direta com o caso *sub judice* (*obiter dictum*) não possuem autoridade jurídica, por extrapor a delegação de competência feita pelo soberano. Segundo Austin, essas “proposições gerais, que ocorrem no curso de uma decisão, e que não tem essa implicação com as específicas peculiaridades do caso, são comumente chamadas de extra-judiciais, e

³⁰⁰ The general reasons or principles of a judicial decision [...]. Como sustenta Rumble (1985), a *ratio decidendi* austiniana não pode ser interpretada como uma razão psicológica que determinou ou motivou da decisão do juiz, mas como uma regra que se encontra implícita nesta decisão.

³⁰¹ Austin (1885) admitiu expressamente que, ao utilizar o termo “indução” (*induction*) para se referir ao processo de interpretação do precedente judicial, foi influenciado pelo uso que o termo possui nas ciências naturais.

³⁰² [...] which will apply universally to cases of a class, and which, like a statute law, may serve as a rule of conduct.

³⁰³ We must look at the whole case which it was his business to decide, and to the whole of the discourse by which he signified his decision. And from the whole of his discourse, combined with the whole of the case, we must extract that *ratio decidendi*, or that general principle or ground, which truly constitutes the law that the particular decision established.

comumente não tem nenhuma autoridade” (AUSTIN, 1885, p. 622, tradução nossa).³⁰⁴

Por outro lado, na determinação da norma jurídica no bojo da decisão judicial, o *sentido literal* das palavras utilizadas pelo julgador não possui o mesmo valor que tem na interpretação da lei geral e abstrata. No caso do direito judiciário, o propósito do autor da norma (julgador) não é estabelecer uma regra geral, mas decidir um determinado caso. Sua argumentação, portanto, volta-se preponderantemente para a análise do caso. O julgador formula a norma jurídica, incidentalmente, por ocasião de uma decisão, sendo de se imaginar que “os termos de sua decisão não foram tão escrupulosamente escolhidos ou foram muito menos cuidadosamente escolhidos do que os termos de uma lei” (AUSTIN, 1885, p. 625, tradução nossa).³⁰⁵ Assim, as palavras efetivamente empregadas pelo julgador na decisão constituem apenas “fracos vestígios” (*faint traces*) das razões gerais que sustentam a decisão (AUSTIN, 1885, p. 630).

Como as proposições gerais contidas nas decisões não são comumente expressadas com muita premeditação, e como elas devem ser tomadas em conexão com todas as peculiaridades do caso, segue-se que os exatos termos nos quais aquelas proposições são usadas não são o principal indício da *ratio decidendi* (AUSTIN, 1885, p. 630, tradução nossa).³⁰⁶

O relevante, portanto, na interpretação de um precedente judicial é encontrar os fundamentos normativos da decisão no bojo daquele imenso e impreciso corpo linguístico que constitui a decisão judicial. Têm-se, portanto, uma inversão em relação à interpretação da lei: na interpretação do precedente, o método gramatical cede espaço para a determinação da *ratio* do texto.

Do que foi brevemente exposto, percebe-se que, tanto na interpretação da lei, quanto na interpretação do precedente judicial, as considerações hermenêuticas de Austin foram pré-delineadas pelo seu conceito de direito: seu problema central foi identificar os indícios reveladores da *vontade da autoridade* manifestada na lei ou na

³⁰⁴ Such general propositions, occurring in the course of a decision, as have not this implication with the specific peculiarities of the case, are commonly styled extra-judicial, and commonly have no authority.

³⁰⁵ The terms of his decision were not very scrupulously measured, or were far less carefully measured than those of a statute.

³⁰⁶ As the general propositions which the decision contains are not commonly expressed with much premeditation, and as they must be taken in connection with all the peculiarities of the case, it follows that the very terms in which those propositions are clothed are not the main index to the *ratio decidendi*.

decisão judicial. Para a teoria imperativista do direito, a vontade (soberana) constitui a essência da norma jurídica e o problema da teoria da interpretação de Austin é como conhecê-la. Por isso, ele teorizou sobre os sinais que permitem desvelá-la e idealizou a interpretação como um processo cognitivo, valorativamente neutro, voltado para a revelação da vontade autoritativa criadora do direito.

Mesmo quando, incidentalmente, relacionou o princípio ético da utilidade como o tema da interpretação, Austin o fez com aquela *postura distanciada* que é típica do positivismo jurídico analítico. Segundo Austin, o *princípio da utilidade*, que constitui o objeto central da *ciência da legislação*, não é apenas o modelo ideal para a atividade do legislador, mas

de fato, é o que normalmente guia sua conduta. O princípio da utilidade, bem ou mal compreendido, *tem sido normalmente o princípio consultado por ele ao elaborar as leis*; e, por isso, com frequência, não se pode explicar de modo claro e preciso o alcance e o propósito de uma determinada lei sem ter presente o princípio da utilidade (AUSTIN, 2002, p. 79, grifos nossos, tradução nossa).³⁰⁷

Mesmo nesse caso, não é o intérprete que avalia uma norma jurídica a partir de suas próprias considerações sobre aquilo que promove a felicidade geral: o intérprete se limita ao conhecimento de como o legislador interpretou o princípio da utilidade, a fim de melhor compreender o propósito e o alcance da lei que interpreta.

Considerando, pois, a distinção conceitual traçada por Austin entre interpretação e aplicação do direito, é possível afirmar que, em sua visão, as *questões morais* estão relacionadas apenas com o *processo de aplicação* – quando este envolve atividade volitiva do juiz – e não com o processo de *interpretação* do direito positivo.

4.2 Os casos de ampla vinculação judicial

Embora reconheça de forma expressa o problema da indeterminação do direito (seção 4.3), Austin não excluiu a possibilidade de ocorrência de casos de fácil resolução, consistentes na simples aplicação judicial de direito pré-existente e

³⁰⁷ [...] sino cómo, de hecho, el que guía normalmente su conducta. El principio de utilidad, bien o mal comprendido, ha sido normalmente el principio consultado al hacer las leyes; y, por ello, con frecuencia, no se puede explicar de un modo claro y preciso el alcance y el propósito de una determinada ley sin tener presente al principio de utilidad.

determinado. Admite, portanto, que, em algumas hipóteses, o juiz não exerce qualquer escolha ou criação do direito ao decidir os casos que lhe são submetidos, exercendo somente o *poder de julgar* que lhe foi transferido pelo soberano.

Quando eu falo de uma regra elaborada por uma decisão judicial, eu quero dizer, por certo, que tal decisão judicial não é uma mera aplicação de direito previamente existente. Em tal decisão judicial, como é meramente a aplicação de direito previamente existente, nenhuma regra é criada (AUSTIN, 1885, p. 628, tradução nossa).³⁰⁸

Mas, mesmo nesses “casos fáceis”, Austin não depositou suas esperanças no uso do silogismo judicial – como muitos fizeram em seu tempo. O silogismo é um conceito lógico que foi muito utilizado pelos teóricos que pretendiam impedir o exercício da atividade criativa pelo juiz, uma vez que a conclusão de um silogismo não agrega conhecimento novo em relação às suas premissas.

Nas considerações que fez sobre o silogismo em seu inacabado *Excursus sobre a Analogia*, Austin sustentou que a conclusão que se extrai de um silogismo não *inova* em relação às suas premissas, pois a conclusão a que se chega já se encontra implicitamente contida nelas. Em seu entender, “pelo silogismo nós não podemos chegar em nenhuma verdade nova, estando a conclusão incluída na premissa maior. Nós meramente afirmamos de um o que nós já tínhamos afirmado do todo, que o inclui” (AUSTIN, 1885, p. 1014, tradução nossa).³⁰⁹

Além disso, no tocante ao raciocínio jurídico, Austin notou que o silogismo é a parte menos importante da argumentação, devendo a concentração do jurista recair sobre a relação linguagem-mundo (“termos, proposições, definições e divisões”) que aparece nas premissas do silogismo (AUSTIN, 1885, p. 1012-1013). O que Austin destaca é que a conclusão de um silogismo é alcançada a partir de uma relação formal entre as premissas, sem qualquer consideração em relação à “verdade” de suas assertivas, isto é, “independentemente de qualquer verdade que as premissas mesmas possam conter, e mesmo de qualquer sentido que seus sujeitos e predicados possam indicar” (AUSTIN, 1885, p. 1018, tradução nossa).³¹⁰

³⁰⁸ When I speak of a rule made by a judicial decision, I mean, of course, such a judicial decision as is not a mere application of previously existing law. By such a judicial decision, as is merely an application of previously existing law, no rule is made.

³⁰⁹ It follows that by syllogism we can arrive at no new truth, the conclusion being involved in the major premiss. We merely affirm of one what we had affirmed of all, including one.

³¹⁰ [...] independently of any truth which the premisses themselves may contain, and even of any of the meanings which their subjects and predicates may import.

Para demonstrar o caráter meramente formal e derivativo da conclusão de um silogismo em relação às suas premissas, Austin apresenta o seguinte exemplo: “todo animal é uma pedra; todo homem é um animal. Logo, todo homem é uma pedra” (AUSTIN, 1885, p. 1018, tradução nossa).³¹¹ Com isso, Austin pretende indicar que mais importante do que o raciocínio formal do silogismo é a correção de suas assertivas, que constitui condição de validade da conclusão.

Essa concepção sobre o papel do silogismo na argumentação jurídica ressalta a importância do problema da linguagem na subsunção de um caso singular à regra jurídica geral. A questão que realmente preocupa Austin é anterior ao silogismo e consiste na adequação de fatos particulares aos termos gerais do enunciado normativo.

Como Hart observou, para que se possa recorrer ao raciocínio lógico, antes é preciso interpretar os termos dispostos no enunciado e, como auxiliar nesse processo de interpretação, a lógica é estéril:

A lógica não prescreve interpretação de termos; ela não dita nem uma interpretação tola, nem inteligente de qualquer expressão. A lógica apenas lhe diz hipoteticamente que se você der a certo termo uma determinada interpretação, uma determinada conclusão irá decorrer. A lógica é silente quanto ao modo de classificar particulares – e é este o coração da decisão judicial (HART, 2010, p. 72-73).

Em termos simples, pode-se afirmar que a lógica não dá conta de todo o nosso modo de conhecer (de todo processo cognitivo), sendo necessário, então, recorrer à interpretação, à hermenêutica (STEIN, 2004). Austin enfatizou que o problema da aplicação do direito é, precisamente, “o modo de classificar particulares”, isto é, como determinar se um fato concreto se adequa aos termos gerais de uma norma jurídica. Não se trata de um problema de desconhecimento do fato ou do direito:

um fato pode ser perfeitamente determinado, do mesmo modo que o direito, na medida em que é suscetível de sê-lo. A regra é conhecida, e também a espécie dada [...]; a dificuldade está em subsumir os casos sob a regra, em determinar não qual é a lei ou o fato, mas se o direito dado é aplicável a esse fato determinado (AUSTIN, 2002, p. 210, tradução nossa).³¹²

³¹¹ ‘Every animal is a stone. But every man is an animal. Therefore, every man is a stone’.

³¹² Un hecho puede ser perfectamente determinado, al igual que el derecho, en la medida que es susceptible de serlo. La regla es conocida, y también la especie dada [...]; la dificultad está en subsumir los casos bajo la regla, en determinar no cuál es la ley o el hecho, sino si el derecho dado es aplicable a ese hecho determinado.

Mansilla observou que a concepção de Austin sobre a aplicação do direito envolve a classificação “dos fatos do caso sob uma classe previamente definida” e a sua subsunção “na regra que regula essa classe de casos” (MANSILLA, 2001, p. 372, tradução nossa).³¹³ O juiz, portanto, tendo identificado os traços fundamentais de um caso, e, tratado de inseri-lo, com base nesses traços, em uma determinada classe de casos, pode subsumi-lo à regra geral que a regula. Essa subsunção, entretanto, somente se dará sem maiores problemas se o sentido dos enunciados normativos for certo e preciso, caso em que o juiz não precisará exercer qualquer atividade de livre escolha. E, para Austin, isso é o que comumente ocorre, vale dizer, os materiais jurídicos autoritativos são comumente determinados: “geralmente, o sentido usual das palavras pelas quais a lei se expressa, é óbvia ou facilmente assinalável; e geralmente, portanto, o intérprete o assume tacitamente, e sem hesitação e questionamento” (AUSTIN, 1885, p. 990, tradução nossa).³¹⁴

O sistema de direito positivo alcançado em qualquer nação [...] é um corpo ou conjunto (sistemizado ou não) de várias regras conectadas. Agora, toda regra que é definida e precisa é aplicável aos casos de uma classe (ou rege casos de uma classe) que também é definido ou preciso. Pois a regra é conformada exatamente à essência ou natureza da classe, ou aos caracteres essenciais, positivos ou negativos, que um caso da classe possui (AUSTIN, 1885, p. 997, tradução nossa).³¹⁵

Austin crê, portanto, que existem hipóteses nas quais é possível a “subsunção direta” (*direct subsumption*) do caso à regra jurídica geral (AUSTIN, 1885, p. 631). Se utilizarmos os termos manejados por Hart, pode-se dizer, que, também para Austin, a aplicação do direito pré-existente é fácil ou simples quando o caso a ser julgado consiste em um “caso padrão” (*standard instance*) situado no “núcleo de sentido estabelecido” (*core of settled meaning*) do texto normativo (HART, 2010, p. 69). No próximo tópico, essa questão será desenvolvida.

³¹³ [...] clasifica los hechos del caso bajo una clase previamente definida [...] y los subsume en la regla que regula esa clase de casos.

³¹⁴ Generally, the customary meaning of the words wherein the statute is expressed, is obvious or easily assignable; and generally, therefore, the interpreter assumes it tacitly, and without hesitation and inquiry.

³¹⁵ The system of positive law obtaining in any nation [...] is a body or aggregate (methodised or unmethodised) of various but connected rules. Now every rule which is definite or precise is applicable to cases of a class (or governs cases of a class) which also is definite or precise. For the rule is shaped exactly to the essence or nature of the class, or to the Essentials, positive and negative, possessed by a case of the class.

4.3 Os casos intermediários de vinculação judicial

Trata-se dos casos em que o juiz se encontra parcialmente limitado em sua decisão pelo direito pré-existente, mas há certa liberdade de escolha ou de criação do direito. O juiz exerce plenamente o poder de julgar que lhe é delegado pelo soberano e parcialmente o poder de criação jurídica: embora sua vontade concorra para decisão, ela está parcialmente limitada pelo material jurídico autoritativo existente. Nessas hipóteses, embora o juiz possua poder discricionário, a discricionariedade é menor (ou mais limitada) do que naqueles casos em que o juiz cria direito sem qualquer limitação a uma norma jurídica pré-estabelecida (seção 4.4).

Há, pelo menos, duas hipóteses, na teoria de Austin, em que o juiz se vê diante dessa situação: a) os casos de indeterminação da linguagem pela qual a norma se exterioriza (subseção 4.3.1) e b) os casos de “correção” (ampliação ou restrição) da norma jurídica pelo juiz – a chamada interpretação espúria (subseção 4.3.2).

4.3.1 A indeterminação da linguagem

A discussão de Austin sobre a indeterminação do direito antecipa ou, pelo menos, insinua discussões muito promissoras que serão travadas posteriormente no âmbito hermenêutico. Como afirmou Rumble (1985), sua explicação das dificuldades que frequentemente envolvem a aplicação de regras jurídicas estabelecidas é repleta de *insights*.

Austin reconhece que, nas hipóteses em que a norma aplicável é indeterminada, o juiz possui uma ampla liberdade de escolha e deve exercer poder discricionário para decidir o caso – aquilo que Dworkin (2002) denominou de *discricionariedade em sentido fraco*.³¹⁶ Segundo Hart, Austin “estava absolutamente atento ao caráter da linguagem, à sua imprecisão e ao seu caráter aberto; ele

³¹⁶ Segundo Dworkin, “algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar” (DWORKIN, 2002, p. 51).

acreditava que em situações da zona de penumbra, os juízes têm necessariamente que legislar” (HART, 2010, p. 71).

Austin foi, portanto, sensível ao problema que Marmor (2011)³¹⁷ denominou de *indeterminação semântica* do direito e à questão da discricionariedade judicial. Para verificar como as intuições de Austin realmente estavam bem à frente de seu tempo, é interessante contextualizar um pouco o problema.

No final do século XVIII e início do século XIX, é possível perceber uma forte preocupação com a liberdade decisória do aplicador do direito e uma tendência igualmente intensa de lançar mão de expedientes teóricos que pudessem conter a livre atividade judicial.

No âmbito hermenêutico, a tentativa de despir o juiz de qualquer poder de criação do direito conduziu à defesa de um procedimento *silogístico* de *interpretação* (“interpretação mecânica”), que foi animado pela fé na codificação como um sistema jurídico perfeito e acabado.

Trivisonno (2014), ao tratar da questão da aplicação do direito como problema fundamental da filosofia do direito, identifica duas posturas bem gerais e antagônicas que denomina “modelo da perfeição” e “modelo da imperfeição”. O primeiro corresponde ao modelo kantiano de aplicação do direito e, o segundo, ao modelo positivista de Kelsen e Hart.

O modelo kantiano – provavelmente influenciado pela crença exagerada na codificação –, concebe os deveres jurídicos com um tal grau de especificidade e precisão matemática, que a solução de qualquer caso poderia ser encontrada a partir de sua simples subsunção à norma jurídica aplicável. Já o modelo positivista da imperfeição sustenta que, por ocasião da aplicação do direito, não é possível deduzir da norma jurídica uma única solução para o caso concreto, em virtude da generalidade normativa ou da textura aberta do direito (TRIVISONNO, 2014).

No período em que Austin produziu a sua teoria do direito, o “modelo da perfeição” era proeminente e muito defendido por diversas vertentes do direito, especialmente como forma de impedir a atividade criativa por parte dos juízes. Nesse momento histórico, estavam lançados dois pilares teóricos fundamentais para

³¹⁷ Andrei Marmor (2011) sustentou recentemente que a necessidade de interpretação só ocorre nos casos de indeterminação do direito, isto é, nos casos em que o processo comunicativo estabelecido pelo direito é problemático. Em sua concepção existem três fontes principais de indeterminação do direito: a) o conflito de normas jurídicas diante de um caso concreto; b) a indeterminação semântica e c) a indeterminação pragmática.

a justificação da necessidade de contenção da atividade de criação judicial do direito: a divisão qualitativa dos poderes do estado e o forte apego à noção de segurança jurídica, entendida como previsibilidade (certeza).

A doutrina da separação dos poderes conheceu em Montesquieu a sua formulação clássica, que se consagrou na revolução francesa e foi arrastada, sob a sua influência, para o restante do mundo. Um dos argumentos justificadores é que a descentralização do poder, com a definição das funções fundamentais do estado e sua atribuição a órgãos distintos, seria essencial para a contenção do poder e da arbitrariedade estatais.³¹⁸

Em relação à aplicação do direito, a esperança inicial dos teóricos da separação dos poderes era que uma rígida divisão das funções estatais (criação/aplicação do direito) pudesse limitar o poder dos juizes. A função do magistrado se restringiria, nesse esquema, a *encontrar* o direito pré-existente elaborado pelo Legislativo e aplicá-lo ao caso que lhe é apresentado na forma de um *silogismo judicial*, no qual a norma jurídica abstrata funcionaria como premissa maior, o caso a ser resolvido como premissa menor e a decisão judicial resultaria diretamente da conclusão do silogismo.

O esquema político da modernidade configura o que Bobbio (2006) denominou de *dogma da onipotência do legislador*, segundo o qual toda atividade de criação do direito seria atribuição exclusiva do legislador, restando ao juiz conhecer e declarar a vontade do legislativo.

Ao analisar os fundamentos de sustentação da hermenêutica normativa clássica, voltada para a descoberta da interpretação correta, por intermédio de métodos hermenêuticos, Fernando Armando refere-se à *divisão qualitativa de poderes*, segundo a qual “ao legislador caberia uma ação de caráter volitivo, legando-se ao magistrado a descoberta de uma suposta vontade da lei ou do legislador” (RIBEIRO, 2013, p. 179).

Essa mesma associação teórica foi explicitada por Troper, nos seguintes termos:

³¹⁸ É muito conhecida a seguinte passagem de Montesquieu: “a democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A *liberdade política* só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; *só existe quando não se abusa do poder*; mas trata-se de uma experiência eterna que *todo homem que possui poder é levado a dele abusar*; ele vai até onde encontra limites. [...] Para que não se possa abusar do poder, *é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder*” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166, grifos nossos).

A teoria da interpretação como atividade de descoberta de uma significação oculta está estreitamente relacionada à ideia de que *o juiz não exerce, e não deve exercer, nenhum poder*, tendo em vista que se limita a enunciar um *silogismo*, do qual a premissa maior é a lei, e a premissa menor, o fato. Quando o enunciado da lei é claro, não há lugar para interpretação, e, quando não o é, a interpretação consiste unicamente em descobrir, com auxílio de métodos seguros, uma significação oculta, mas todavia presente no enunciado. Essa teoria é pressuposta pelas doutrinas da *separação dos poderes* e do Estado de direito (TROPER, 2008, p. 136, grifos nossos).

Também Hart, ao defender Austin da infundada acusação de que ele seria um apologista da interpretação mecânica, indicou o dogma da separação dos poderes como um dos fundamentos teóricos dessa forma de interpretação na modernidade:

Os vilões, neste ponto, responsáveis pela concepção do juiz como um autômato, não são os pensadores utilitaristas. A responsabilidade, se deve ser imputada a algum teórico, é a pensadores como Blackstone e, em um estágio anterior, a *Montesquieu*. A raiz desse mal é a preocupação com a *separação de poderes* e a “ficção pueril” (como a chamou Austin) de Blackstone de que os juízes apenas “encontram”, jamais criam o direito (HART, 2010, p. 72, grifos nossos).

De fato, Montesquieu tinha esperança de que, com a separação funcional dos poderes, o poder de criação do direito seria totalmente retirado dos magistrados. Em sua concepção, os juízes jamais poderiam, por exemplo, corrigir o excessivo rigor de uma lei:

Poderia acontecer que a lei, que é a mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, *a boca que pronuncia as palavras da lei*; são seres *inanimados* que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor (MONTESQUIEU, 1996, p. 175, grifos nossos).

Ainda segundo Montesquieu, os julgamentos judiciais devem ser fixos, “a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 170). E, uma vez que o juiz está totalmente limitado pela norma emanada do Legislativo, pode-se afirmar que o poder de julgar dos juízes “é, de alguma forma, nulo” (MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

São também bastante conhecidas as passagens de Beccaria sobre a interpretação das leis penais. Segundo ele “os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores” (BECCARIA, 2015, p. 26). O temor de Beccaria, na verdade, era que os juízes se

afastassem da literalidade da lei penal, isto é, deixassem de “escutar a voz constante e invariável das leis” (BECCARIA, 2015, p. 27-28), sob o argumento de estarem buscando o seu espírito.³¹⁹

Qual será, pois, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e não o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem praticou ou não um ato contrário às leis.

O juiz deve fazer um *silogismo perfeito*. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. *Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro* (BECCARIA, 2015, p. 27, grifos nossos).

A crença no fato de que a separação das funções de legislar (criar) e julgar (aplicar) conseguiria fazer do juiz um mero instrumento acrítico da vontade do legislador, tinha como plano de fundo a imagem de que a liberdade hermenêutica do intérprete colocaria em risco a *segurança jurídica*, entendida como o máximo de previsibilidade (certeza) das decisões judiciais.

Fernando Armando salientou que o próprio fundamento de uma hermenêutica normativa ou técnica passa pela ideia de segurança jurídica: “acredita-se que a utilização das técnicas interpretativas pode conferir a tão aclamada segurança jurídica, pois limitaria o intérprete afastando-se assim as convicções teóricas próprias de cada indivíduo” (RIBEIRO, 2013, p. 179).³²⁰

O modelo de interpretação mecânica sugerido por Montesquieu e Beccaria também está alicerçado no ideal de segurança jurídica. Para o primeiro, se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos” (MONTESQUIEU, 1996, p. 170). A necessidade de que os cidadãos saibam, com total *exatidão*, quais são os seus deveres jurídicos, impele o juiz a jamais se desviar da vontade geral expressa pelo legislador. Beccaria, por seu turno, afirmou que, se o juiz sair por um momento do esquema lógico do silogismo judicial, “tudo se torna incerto e obscuro”, já que

³¹⁹ Para Beccaria, “nada mais perigoso do que o axioma comum de que é preciso consultar o espírito da lei. Adotar tal axioma é romper todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões” (BECCARIA, 2015, p. 27).

³²⁰ A respeito da estreita ligação entre segurança jurídica e positivismo jurídico, Fernando Armando (2013) mostrou como o juspositivismo, ao lançar mão de um fundamento formal de validade da ordem jurídica, possibilitou uma imagem de continuidade do direito, capaz de encobrir suas constantes discontinuidades e rupturas. Segundo o autor, “a ordem jurídica moderna apresenta-se de tal forma ligada à ideia de segurança, que praticamente nos esquecemos de que a história do Direito tem sido marcada por uma dialética de continuidade e discontinuidade” (RIBEIRO, 2013, p. 155).

somente “com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável” (BECCARIA, 2015, p. 28).

Esse conjunto de ideias referentes à aplicação judicial do direito estava ainda impulsionado pelo movimento de codificação que ganhou força nesse período. Um silogismo judicial perfeito pressupõe um sistema completo e determinado de normas jurídicas. O ideal da codificação, ao assimilar a noção de um sistema totalmente completo e determinado, vai bem ao encontro dessas reivindicações.

A concepção de um código, ou de um corpo completo e sistemático de leis, que pretende suplantar todas as outras leis quaisquer que sejam, não parece pertencer a qualquer outra época menos civilizada do que a nossa. É essencialmente uma ideia moderna (AUSTIN, 1885, p. 636, tradução nossa).³²¹

Entusiasmados com o ideal da codificação, alguns juristas se deixaram arrastar pela crença na possibilidade de realização desse “ideal” representado pela interpretação mecânica do direito. A escola da exegese é um bom exemplo dessa tendência. Laurent, importante jurista da escola da exegese, coloca a questão em termos explícitos:

Os Códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete, este já não tem por missão fazer o direito: o direito está feito. Não existe incerteza, pois o Direito está escrito em texto autênticos. [...] Não é verdade que o papel dos juriconsultos se encontra reduzido; eles só não devem ter a ambição de fazer o Direito ao ensiná-lo ou aplicá-lo; sua única missão consiste em interpretá-lo... A eles não toca o trabalho de legislar, mas ao poder legislativo. A consequência é evidente: fazendo o Direito, os autores e os magistrados usurariam o Poder que a Nação soberana investiu com essa atribuição (LAURENT apud BONNECASE, 1944, p. 141, tradução nossa).³²²

O problema é que toda essa construção teórica é incompatível com o reconhecimento da indeterminação dos padrões normativos do direito. É no contexto dessa tensão entre o desejo de um sistema jurídico fechado e perfeito e o

³²¹ The conception of a code, or systematic and complete body of statute law, intended to supersede all other law whatever, does not seem to belong to any age less civilised than our own. It is essentially a modern thought.

³²² Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos autênticos. [...] No es verdad que el papel de los juriconsultos se encuentra reducido; sólo que no deben tener la ambición de hacer el Derecho al enseñarlo, o aplicarlo; su única misión consiste en interpretarlo... A ellos no les toca el trabajo de legislar, sino al poder legislativo. La consecuencia es evidente: haciendo el Derecho, los autores y los magistrados usurparían al Poder que la Nación soberana ha investido con esa atribución.

reconhecimento da atividade criativa do intérprete que se situa a teoria hermenêutica de John Austin.

Austin certamente foi seduzido pela fé na codificação e defendeu a ideia de que um corpo normativo fechado e completo seria o modelo ideal para qualquer sistema jurídico.³²³ Segundo ele, “se toda regra em um sistema jurídico fosse perfeitamente definida e precisa, todo caso específico abarcado pela totalidade do sistema pertenceria a um tipo ou espécie perfeitamente definido e preciso” (AUSTIN, 1885, p. 997, tradução nossa).³²⁴

Entretanto, em que pese ter idealizado um modelo perfeito de aplicação do direito, percebeu que esse ideal era inexecutável em termos práticos:

Mas o ideal de completude e correção que eu agora imagino não é atingível de fato. Uma parte maior ou menor das regras que constitui um sistema jurídico, e uma parcela maior ou menor dos casos a que se estende a totalidade do sistema, são inevitavelmente emolduradas ou classificadas mais ou menos indefinidamente. Quais são exatamente os casos aos quais uma dada regra se aplica, ou qual é exatamente a regra que regula um caso dado, é uma dúvida que surgiria ocasionalmente, e que não poderia ser sempre solucionável, embora o sistema tenha sido construído e sistematizado com incomparável cuidado e habilidade (AUSTIN, 1885, p. 997-998, tradução nossa).³²⁵

Austin reconheceu, portanto, que “nenhum código pode ser completo ou perfeito” (AUSTIN, 1885, p. 666, tradução nossa)³²⁶ e que o ideal segundo o qual um código deve fornecer uma solução para todo caso concreto possível é algo “que nenhum direito [...] pode realizar”, pois precisaria ser “infinito” (AUSTIN, 1885, p. 665, tradução nossa).³²⁷

Assim, a concepção de Austin sobre a aplicação do direito é marcada, de um lado, pela formulação de um esquema ideal ou perfeito de aplicação e, por outro, pelo reconhecimento de que a realidade não lhe corresponde. Essa dualidade, no

³²³ Rumble (1985) também observou que a ordem jurídica que Austin sentia ser a ideal aproximava-se de um sistema lógico fechado.

³²⁴ If every rule in a system of law were perfectly definite or precise, every specific case that the whole of the system embraced would belong to a kind or sort perfectly definite or precise.

³²⁵ But the ideal completeness and correctness which I now have imagined is not attainable in fact. More or fewer of the rules which constitute a system of law, and more or fewer of the cases which the whole of the system extends to, are inevitably framed and classed more or less indefinitely. What exactly are the cases which a given rule applies to, or what exactly is the rule which governs a given case, is a doubt that would arise occasionally, and would not be soluble always, though the system had been built and ordered with matchless solicitude and skill.

³²⁶ I admit that no code can be complete or perfect.

³²⁷ But this is what no law (statute or written) can possibly accomplish. It would be endless.

pensamento de Austin, entre aquilo que a aplicação do direito *deveria ser* e aquilo que ela *é* ajuda a explicar algumas posições consideradas ambivalentes que ele assumirá em relação à criação judicial do direito (ver seção 4.4).

Rumble (1985) chamou atenção para o fato de que a concepção de indeterminação do direito em Austin é semelhante à análise de Hart, havendo o primeiro antecipado a importante distinção hartiana entre o núcleo de sentido fixo (*core of fixed meaning*) e a zona de penumbra ou de textura aberta (*fringe of open texture*) dos termos gerais. Rumble também acredita que Austin conseguiu explicar, de modo convincente, porque os juízes têm e devem ter uma ampla quantidade de discricionariedade nos casos difíceis.

Segundo Hart (2010), sendo a linguagem um meio de comunicação, as palavras que compõem o enunciado normativo devem possuir um núcleo de sentido estabelecido (*core of settled meaning*) que se liga diretamente a determinados casos padrão ou exemplos paradigmáticos (*standard instance*).³²⁸ Em relação a esses casos simples ou paradigmáticos não há dúvida de que os termos gerais presentes no enunciado normativo os abrangem.

Os casos simples, nos quais os termos gerais não parecem carecer de interpretação e o reconhecimento de exemplos parece pouco problemático ou “automático”, são apenas os familiares, que reaparecem continuamente em contextos semelhantes, a respeito dos quais existe um juízo consensual quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios (HART, 2009, p. 164).

No entanto, em virtude de um limite “inerente à natureza da linguagem” (HART, 2009, p. 164), essas mesmas palavras ou termos gerais possuem uma zona de penumbra ou de incerteza no tocante a certos casos (os casos discutíveis). Há uma dúvida, que surge com a própria situação concreta, e que consiste em determinar se o caso em questão se situa no âmbito dos mencionados termos gerais. Em consideração somente à linguagem, o caso não está nem obviamente incluído nem obviamente excluído de seu horizonte: “cada um desses casos apresentará algumas características em comum com o caso padrão; e não apresentará outras, ou será acompanhado por outras características não presentes no caso padrão” (HART, 2010, p. 69).

³²⁸ Segundo Hart, “os termos gerais seriam inúteis como meio de comunicação se não houvesse esses casos familiares, geralmente incontroversos” (HART, 2009, p. 164).

Hart (2010) utiliza o conhecido exemplo de uma regra jurídica que proíbe as pessoas de usar veículos em um parque. A palavra “veículo” possui um núcleo duro de casos padrão que certamente inclui o automóvel; contudo, existe uma zona de penumbra com relação a outros objetos como bicicletas, patins e carrinhos de brinquedo. Para ele, “as situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos da norma geral cuja aplicação está em pauta; nem a norma geral pode se adiantar para demarcar seus próprios exemplos” (HART, 2009, p. 163-164).

Em se tratando de casos que se situam na zona de penumbra do enunciado normativo, o juiz possui liberdade para decidir se o caso é regulado ou não pela norma jurídica. A linguagem, portanto, confere um poder discricionário, que consiste na possibilidade criativa de “uma escolha entre alternativas abertas” (HART, 2009, p. 165).

Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados (HART, 2009, p. 176).

Em análise que lembra de perto as considerações de Austin sobre *competição de analogias opostas*, Hart irá sustentar, por intermédio do exemplo da proibição do uso de veículo no parque, que:

Indagada se a norma que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a algum conjunto de circunstâncias no qual tal aplicação parece incerta, a pessoa encarregada de responder não tem outra alternativa senão a de *examinar* (como quando se utiliza um precedente) *se o caso presente se assemelha “suficientemente” ao caso simples sob os aspectos “relevantes”* (HART, 2009, p. 165, grifos nossos).

Austin trata da vagueza da linguagem, não só no âmbito das normas jurídicas, mas em relação aos *conceitos* em geral. Ao discorrer sobre sua definição de soberania, Austin questiona o que se deve entender por “obediência habitual da maior parte da população”.

Para que o *grosso* de seus membros possa prestar obediência a um superior *comum*, *quantos* de seus membros ou *qual proporção* de seus membros deve prestar obediência a um *único* e *mesmo* superior? E, assumindo que o *grosso* de seus membros preste obediência a um superior

comum, *com qual frequência e duração* devem prestá-la para conseguir que essa obediência seja *habitual*? (AUSTIN, 2002, p. 206, tradução nossa).³²⁹

Ele acentua que, embora essas questões não possam ser respondidas com precisão, existem casos em relação aos quais a aplicação (ou a não aplicação) do conceito não é problemática. É só pensar naqueles casos em que praticamente todos os membros de uma sociedade política prestam obediência a um superior comum e que a obediência é tão frequente e contínua que ninguém hesitaria em aplicar o conceito, como, por exemplo, no caso da Inglaterra. No outro extremo, pode-se imaginar aqueles casos em que a obediência é prestada por uma ínfima proporção da sociedade política ou por um curtíssimo lapso de tempo, hipótese em que não haveria dúvida quanto a não aplicação do conceito de soberania (AUSTIN, 2002).

Para Austin (2002), portanto, os casos duvidosos, no que tange à aplicação do conceito, situam entre os extremos supramencionados e, nesses casos, não é possível obter certeza na resposta, ainda que os fatos sejam suficientemente conhecidos. O cerne da percepção de Austin sobre a indeterminação da linguagem foi bem traduzida por Hart no seguinte exemplo:

Às vezes, a diferença entre o caso claro ou paradigmático para o uso de uma expressão e os casos questionáveis é apenas uma questão de grau. Um homem que tem a cabeça lisa e brilhante é evidentemente calvo; outro, que exhibe luxuriantes madeixas, obviamente não o é; mas a questão de saber se é calvo um terceiro homem, que tem alguns cabelos aqui e ali, poderia ser discutida indefinidamente se fosse considerada relevante ou se dela dependesse algum assunto de ordem prática (HART, 2009, p. 5).

Outro ótimo exemplo do problema austiniano da vagueza semântica e da dificuldade de aplicação conceitual em relação aos casos intermediários (que se situam entre os referidos extremos) encontra-se em Marmor:

Uma fonte muito prevalente de indeterminação no direito decorre da imprecisão onipresente das palavras em uma língua natural. A maioria das palavras na linguagem natural é vaga. A vagueza consiste no fato de que a aplicação da palavra em casos particulares – a chamada extensão da palavra – vai ter alguns casos-limite, ou seja, casos em que é indeterminado se a palavra se aplica ou não. Considere, por exemplo, uma palavra para cor como azul. Algumas percepções de cores estão dentro da extensão

³²⁹ Para que el *grueso* de sus miembros pueda prestar obediencia a un superior *común*, ¿*cuántos* de sus miembros, o *qué proporción* de sus miembros, debe prestar obediencia a un *único y mismo* superior? Y, asumiendo que el grueso de sus miembros preste obediencia a un superior común, ¿*con qué frecuencia* y *duración* deben prestarla para conseguir que esa obediencia sea *habitual*?

definida de azul, ou seja, se elas são alguma coisa, sem dúvida, elas são azul. Inúmeras outras percepções de cores estão dentro da não-extensão definida de azul, ou seja, eles são claramente e sem dúvida não-azul, como vermelho ou amarelo, etc. No entanto, há uma série de casos-limite que podem ou não podem ser azul, isto é, não seria um erro chamá-los de azul assim como não seria um erro chamá-los de não-azul (MARMOR, 2011, p. 208, tradução nossa).³³⁰

O mesmo raciocínio sobre a indeterminação da linguagem será desenvolvido por Austin no tocante à subsunção de casos particulares a enunciados normativos gerais. Austin constatou que os termos linguísticos utilizados em alguns enunciados normativos são especialmente vagos, o que impossibilita que o intérprete consiga extrair dele um sentido determinado ou definido em relação a uma classe de casos.

O que pode ser mais indefinido, por exemplo, do que as expressões prazo razoável, aviso razoável ou diligência razoável? Do que a linha de demarcação que distingue a difamação da crítica justa; daquela que constitui uma violação de direitos autorais; daquele grau de demência mental que constitui alienação? (AUSTIN, 1911, p. 230, tradução nossa)³³¹

Em todos esses casos, diz Austin, a dificuldade “surge do caráter vago ou indefinido dos termos nos quais a regra ou definição é *inevitavelmente* concebida” (AUSTIN, 2002, p. 210, grifo nosso, tradução nossa).³³² O termo “inevitavelmente” indica bem a sua compreensão de que, em muitos casos, o autor da lei não consegue impedir a indeterminação da linguagem.

E é exatamente a indeterminação da linguagem vazada no enunciado normativo que está na causa de um problema na aplicação do direito que Austin

³³⁰ A much more prevalent source of indeterminacy in the law stems from the ubiquitous vagueness of words in a natural language. Most words in a natural language are vague. Vagueness consists in the fact that the application of the word to particular instances – called the word’s extension – is bound to have some borderline cases, that is, cases in which it is indeterminate whether the word applies or not. Consider, for example a color word like *blue*. Some color perceptions are within the *definite extension* of *blue*, that is, they are undoubtedly blue, if anything is. Countless other color perceptions are within the *definite non-extension* of *blue*, that is, they are clearly and undoubtedly not blue, like red or yellow, and such. However, there is a range of *borderline cases* that may or may not be blue, that is, it would not be a mistake to call them *blue* and it would not be a mistake to call them *not blue*.

³³¹ What can be more indefinite, for instance, than the expressions, reasonable time, reasonable notice, reasonable diligence? Than the line of demarcation which distinguishes libel and fair criticism; than that which constitutes a violation of copyright; than that degree of mental aberration which constitutes idiocy or lunacy?

³³² [...] surge del carácter vago o indefinido de los términos en los que la regla o definición es inevitablemente concebida.

denominou *competição de analogias opostas*.³³³ Para ele, as leis vagas são “viveiros de competição de analogias” (AUSTIN, 1885, p. 1001, tradução nossa).³³⁴

A competição de analogias opostas envolve uma dúvida – e, conseqüentemente, liberdade de escolha para o julgador – sobre qual das regras conflitantes é aplicável ao caso concreto ou mesmo uma dúvida em relação a aplicabilidade de uma única regra a um caso determinado. É um problema vinculado a indeterminação do direito, porque surge quando as regras não definem com precisão as características das classes de casos que têm por objeto. Como observou Austin (1885), não se trata de descobrir, através da interpretação, qual das normas é aplicável ao caso. O problema é posterior, pressupondo que as normas conflitantes já foram interpretadas e que a dúvida permaneceu.³³⁵

Imagine, por exemplo, que duas regras jurídicas, A e B, são indefinidas. O caso “x”, que demanda decisão judicial, guarda semelhança, em alguns aspectos, com os casos regidos por A e, em outros aspectos, com os casos regulados por B. Coloca-se, então, ao juiz, a questão de saber qual regra (A ou B) deve ser aplicada ao caso “x”. Como nenhuma resposta correta é possível, o juiz precisará determinar a regra aplicável e, assim, inevitavelmente exercerá poder discricionário (AUSTIN, 1885).

O mesmo problema que se coloca ao juiz, no caso de duas regras indefinidas, pode surgir naquelas hipóteses em que há mais de duas regras imprecisas e naquelas em que há uma única regra indefinida a disputar a regulação do caso. Nesse último caso, havendo somente uma regra indeterminada, a dúvida diz respeito a aplicabilidade dessa regra a um determinado caso concreto. O caso “y” possui algumas características peculiares aos casos em que a regra R certamente se aplica e outras características típicas dos casos nos quais a regra R certamente não se aplica (AUSTIN, 1885). O juiz precisa, portanto, decidir se a regra R é ou não aplicável ao caso “y”.

³³³ Na verdade, Austin toma a expressão de William Paley e alerta que a utiliza em sentido metafórico.

³³⁴ These are hotbeds of competing analogies.

³³⁵ Ressalte-se, também, que para Austin essa disputa de analogias opostas pode surgir tanto no *direito estatutário* quanto no *direito judiciário*: “em qualquer direito de qualquer tipo, ao ser *aplicado*, essa ‘competição de analogias opostas’ pode embaraçar ou constranger o tribunal” (AUSTIN, 1885, p. 633, tradução nossa). No original: wherever law of any kind is to be *applied*, this ‘competition of opposite analogies’ may embarrass and vex the tribunal.

Com relação à aplicação do direito ao caso que espera por uma solução, ‘a competição de analogias opostas’ pode certamente surgir. Pois, o caso que espera por solução pode se parecer, em alguns pontos, com o caso ou os casos aos quais a regra jurídica tem sido efetivamente aplicada. Mas ele pode também se parecer, em outros pontos, a um caso ou casos nos quais a aplicação da regra foi negada. Agora, com relação à regra jurídica (ou com relação à aplicabilidade da regra jurídica ao caso que espera solução), as semelhanças do caso com os casos a que o direito foi aplicado, e as semelhanças do caso com os casos nos quais a aplicação do direito foi negada, são ‘analogias opostas ou em conflito’: a primeira convida o tribunal a aplicar a regra; a segundo aconselha o tribunal no sentido de que a regra não é aplicável (AUSTIN, 1885, p. 633, tradução nossa).³³⁶

Acrescente-se, por fim, que Austin foi consciente de que a dúvida em relação a norma aplicável a determinado caso pode decorrer também da *aplicação incoerente do direito* e, nesse caso, pode surgir até mesmo diante de enunciados normativos totalmente precisos e definidos – o problema da incoerência na aplicação do direito não está necessariamente ligado à indeterminação da linguagem. Trata-se da hipótese em que casos pertencentes a uma única e mesma classe são resolvidos pela aplicação de regras jurídicas distintas ou por incoerência na aplicação de uma mesma regra.

De dois casos, por exemplo, que pertencem a uma única categoria, e que, portanto, deveriam ser julgados por uma única e mesma regra, um deles pode ser decidido por uma regra precisa ou definida e o outro por uma regra definida essencialmente diferente da primeira. Ou, supondo uma única regra que é perfeitamente definida ou precisa, pode ela ser aplicada a um e ter a aplicação negada a um outro caso, embora os dois casos julgados fossem de um único gênero ou classe (AUSTIN, 1885, p. 1000, tradução nossa).³³⁷

Austin concluiu que esse tipo de incoerência, que não tem como causa a indeterminação do direito “é geralmente um mal que é facilmente corrigível”

³³⁶ But with regard to the application of the law to the case awaiting solution, ‘the competition of opposite analogies’ may certainly arise. For the case awaiting solution may resemble in some of its points the case or cases to which the rule of law has actually been applied. But it may also resemble in other of its points a case or cases from which the application of the law has been withheld. Now, with reference to the rule of law (or with reference to the applicability fo the rule to the case which awaits solution), the resemblances of the case to the cases to which the law has been applied, and the resemblances of the case to the cases from which the law has been withheld, are ‘opposite and competing analogies’: the first inviting the tribunal to apply the rule; the second admonishing the tribunal that the rule is not applicable.

³³⁷ Of two cases, for example, which belong to one category, and which therefore should have been adjudged by one and the same rule, the one may have been decided by a definite or precise rule and the other by a definite rule essentially different from the former. Or, supposing a single rule which is perfectly definite or precise, it may have been applied to one and withheld from another case, though the two adjudged cases are of one description or class.

(AUSTIN, 1885, p. 1000, tradução nossa).³³⁸ Por outro lado, a incoerência causada pela *indeterminação do direito* “é frequentemente uma doença invencível ou uma doença difícil de curar” (AUSTIN, 1885, p. 1000-1001, tradução nossa).³³⁹ Para ele, quando o enunciado normativo possui termos vagos e imprecisos “a indefinição é incorrigível” e “uma discricionariedade é deixada ao juiz” (AUSTIN, 1885, p. 1001, pé de página, tradução nossa).³⁴⁰

Não é possível, portanto, associar a doutrina de Austin sobre a aplicação do direito com o “modelo da perfeição” ou com a interpretação mecânica. Na verdade, como Rumble (1981) demonstrou, existem significativas similaridades entre a sua teoria e a concepção dos realistas norte-americanos. Muitas reflexões de Austin, como, por exemplo, o reconhecimento da existência de elaboração judicial do direito e a permanente tentativa dos juízes de ocultar a sua atividade de criação jurídica (ver subseção 4.4), foram exploradas pelo realismo jurídico norte-americano, que floresceu no período entre guerras.

Além disso, Austin, no limiar da tradição positivista, reconheceu que a indeterminação do direito implica a existência de um espaço de liberdade decisória no interior da “moldura” fixada pelo texto normativo, dentro do qual o juiz pode se mover livremente. Isso significa reconhecer que, ao aplicar o direito, o magistrado participa do processo de criação da norma jurídica, escolhendo entre as possibilidades de sentido *pré-figuradas* no texto normativo. Nesse sentido, Austin se antecipa também aos grandes teóricos do positivismo jurídico do século XX.

Mais uma vez, é possível perceber como o conceito de direito de Austin condiciona sua resposta aos problemas que surgem durante a aplicação. No caso de indeterminação da linguagem jurídica, a sua tese das fontes associada com a sua definição de direito impossibilitou uma avaliação jurídica da escolha judicial do sentido da norma.

Ao reconhecer que existem casos em que o sentido que o soberano pretendeu atribuir ao texto normativo não pode ser resgatado com exatidão, a solução teórica encontrada por Austin foi entregar a decisão (ato de criação) ao órgão estatal responsável pela aplicação do direito. Se o processo cognitivo de

³³⁸ For the inconsistency in rules which is not an effect of their indefiniteness, is generally an evil that is easily corrigible.

³³⁹ But the inconsistency in rules which is caused by their want of precision, is often an invincible malady, or a malady difficult to heal.

³⁴⁰ The indefiniteness is incorrigible. A discretion is left to the judge.

interpretação não permite recuperar o “sentido correto”, incumbe ao aplicador escolher, livremente, uma das alternativas de sentido. E sendo a escolha judicial um modo de criação do direito, nada mais pode ser dito pelo jurista. Como o jurista se limita à análise neutra do direito positivo e o direito positivo não é decisivo em relação ao caso, nada mais pode ser feito do ponto de vista da ciência do direito. A solução é a discricionariedade, isto é, um outro ato de vontade do estado capaz de preencher a margem de manobra deixada pelo primeiro ato de vontade (ato legislativo).

A discricionariedade judicial, portanto, é a única explicação possível para aquilo que é *juridicamente indizível*, por situar-se em lugar externo à zona de argumentação “legítima” do jurista. O modo como o direito é criado pelo soberano, direta ou indiretamente, diz respeito apenas à ciência da legislação (e não à ciência do direito). Como o jurista deve se ater ao direito posto, quando este é indeterminado, a sua função se esgota com a enunciação dos sentidos possíveis. Qualquer coisa que ele faça além disso, estará fora da província da ciência do direito.

4.3.2 A interpretação espúria “*ex ratione legis*”

Outra hipótese em que o juiz está parcialmente vinculado a regras jurídicas pré-existentes e parcialmente livre para exercer atividade de criação do direito situa-se no processo que Austin denominou *interpretação espúria “ex ratione legis”*. Trata-se de um *falso* processo de interpretação extensiva ou restritiva de uma lei formulada em termos claros, pelo qual, na verdade, o juiz corrige o ato legislativo com outro ato legislativo (judicial).

Uma vez que, na interpretação espúria, o aplicador da norma jurídica cria direito, sob o pretexto de interpretá-lo, não se pode compreender esse processo como verdadeira *interpretação* (atividade meramente cognitiva). Austin sustentou que, “nesses casos, ele [o aplicador] não é um *juiz* propriamente interpretando o direito, mas um *legislador* subordinado corrigindo seus erros ou defeitos” (AUSTIN, 1885, p. 629, tradução nossa).³⁴¹

³⁴¹ But, in these cases, he is not a *judge* properly interpreting the law, but a subordinate *legislator* correcting its errors or defects.

Como já se mencionou na seção 4.1, o cerne da questão é a disputa entre dois cânones fundamentais de interpretação, a saber, a *interpretação gramatical* ou *literal*, da qual resulta o sentido que a tradição linguística atribuiu às palavras da lei, e a *interpretação teleológica*, que busca o sentido do texto legal na razão ou finalidade que levou o legislador a elaborar a norma (a *ratio legis* ou espírito da lei).

Segundo Austin, a interpretação extensiva ou restritiva pode ser legítima (genuína) ou ilegítima (espúria). No primeiro caso, o intérprete, após questionar o sentido da norma por meio do método gramatical ou literal, continua em dúvida com relação à vontade do autor da norma jurídica. Isso faz com que ele recorra à *ratio legis* (ao espírito da lei), a fim de compreender qual foi o sentido que o legislador quis atribuir ao enunciado normativo. Como a vontade do legislador constitui a *essência* da norma jurídica, pode-se dizer que, nesse caso, a regra é *descoberta* por meio da sua *ratio* (interpretação teleológica): ela não é, portanto, nem ampliada nem restringida em virtude da *ratio legis*, mas “encontrada” através dela. O que se estende ou restringe é, na verdade, o sentido comum dos termos gerais do enunciado normativo.

Na interpretação espúria, entretanto, a situação é diversa. O intérprete se volta para a compreensão do enunciado normativo, valendo-se da interpretação literal e consegue *descobrir* a vontade do legislador. O processo cognitivo da interpretação gramatical é exitoso, *não restando dúvida* sobre a intenção do legislador, isto é, sobre o sentido que ele pretendeu atribuir ao texto. Os termos gerais do enunciado normativo são clara e inequivocamente aplicáveis a este ou àquele caso. Não obstante, o aplicador irá afastar o sentido que resulta claramente do enunciado normativo e corrigi-lo em atenção ao sentido que extraiu do espírito da lei, isto é, “uma lei, inequivocamente redigida por seu autor, é estendida ou restringida pelo juiz” (AUSTIN, 1885, p. 629, tradução nossa).³⁴² O juiz rejeita o sentido literal e faz prevalecer o sentido que resulta da interpretação teleológica, vale dizer, por intermédio desse falso processo de interpretação, “o juiz pode se afastar do sentido manifesto de uma lei, a fim de que possa levar a efeito a sua *ratio* ou o seu escopo” (AUSTIN, 1885, p. 629, tradução nossa).³⁴³

³⁴² [...] a statute, unequivocally worded by the lawgiver, is extended or restricted by the judge.

³⁴³ By such extensive or restrictive interpretation the judge may depart from the manifest sense of a statute, in order that he may carry into effect its *ratio* or scope.

Naquela interpretação bastarda *ex ratione legis*, denominada *extensiva*, a lei é aplicada a um caso que ela claramente omitiu, porque o caso omitido se inclui em seu princípio. Naquela interpretação espúria *ex ratione legis*, denominada *restritiva*, a lei *não* é aplicada a um caso que ela certamente inclui, porque o caso, que está incluído por suas próprias disposições, não é abarcado pelo desígnio geral do legislador (AUSTIN, 1885, p. 579, tradução nossa).³⁴⁴

Considerando que a norma, definida como o sentido que o legislador pretendeu atribuir ao enunciado normativo, já foi encontrada por meio da interpretação literal, o que o juiz faz, na verdade, é alterar esse sentido, ou seja, alterar a própria norma, a fim de adaptá-la ao seu fim. Nesse sentido, a interpretação espúria

é largamente diferente da genuína interpretação extensiva que toma a razão da lei como seu indício ou guia. No último caso, a razão ou desígnio geral é naturalmente empregado como um meio de descobrir ou verificar a intenção específica e duvidosa. No primeiro caso, a razão ou princípio da lei é erigido ele mesmo em lei, e é aplicado a uma espécie ou caso que o legislador manifestamente negligenciou (AUSTIN, 1885, p. 578, tradução nossa).³⁴⁵

E, uma vez que o juiz, nesses casos, altera o sentido e o alcance da norma jurídica, o processo de interpretação espúria “*não é interpretação*, mas um processo de emenda legislativa ou um processo de correção legislativa que coloca todas as leis na disposição arbitrária dos tribunais” (AUSTIN, 1885, p. 629).³⁴⁶

E, embora tanto a ampliação, quanto a restrição do alcance da norma jurídica sejam igualmente considerados atos de legislação judicial, Austin vislumbrou consequências distintas em um e outro caso no tocante à segurança jurídica.

As consequências da primeira [interpretação extensiva] e as consequências da última [interpretação restritiva] são amplamente diferentes. Lacunas (*defects*) nas disposições de uma lei podem ser supridas a partir de sua razão manifesta, com pouco ou nenhum inconveniente. Mas se os juízes pudessem revogar leis, total ou parcialmente, sempre que as suas próprias

³⁴⁴ In that bastard interpretation *ex ratione legis*, which is styled *extensive*, the law is applied to a case which it clearly omits, because the omitted case falls within its principle. In that spurious interpretation *ex ratione legis*, which is styled *restrictive*, the law is *not* applied to a case which it certainly includes, because the case, which is included by its actual provisions, is not embraced by the general design of the lawgiver.

³⁴⁵ [...] is widely different from the *genuine* extensive interpretation which takes the reason of the law as its index or guide. In the latter case, the reason or general design is unaffectedly employed as a *mean* for discovering or ascertaining the specific and doubtful intention. In the former case the reason or principle of the statute is itself erected into a law, and is applied to a species or case which the lawgiver has manifestly overlooked.

³⁴⁶ This, however, is not *interpretation*, but a process of legislative amendment, or a process of legislative correction, which lays all statute law at the arbitrary disposition of the tribunals.

disposições não fossem coerentes com seus fundamentos, *todas as leis se tornariam incertas*, e os casos que incluem seriam deixados ao *arbitrium* dos tribunais: 'cessante ratione legis cessat ipsa lex' [cessando a razão para a lei, cessa a própria lei] é uma máxima que soa bem, mas que *tende diretamente à tirania* (AUSTIN, 1885, p. 580, grifos nossos, tradução nossa).³⁴⁷

Já se mencionou (seção 4.1) que um dos fundamentos centrais para a prevalência da interpretação literal na concepção austiniana é a manutenção da segurança jurídica: a substituição do sentido certo e inequívoco da letra da lei pelo sentido duvidoso que resulta da *ratio legis*, afasta a certeza que é o fim do direito e desnatura as vantagens da legislação direta em relação ao direito judiciário.

Pela mesma razão, Austin (1885) irá criticar uma situação semelhante: a equidade (*equity*). Em um dos sentidos atribuídos ao termo – o autor analisa vários – a equidade é entendida como arbitrariedade judicial, isto é, a liberdade do juiz em relação às regras pré-estabelecidas, para que ele possa corrigir determinados efeitos que decorrem da aplicação da norma geral a um caso concreto. Nessa acepção, a função da equidade seria corrigir os males particulares decorrentes da generalidade do Direito. Austin criticou a equidade, que, segundo ele, “não significa nada mais do que a vontade arbitrária do juiz, disfarçado com um nome que importa louvor, e que, portanto, é eloquente e cativante” (AUSTIN, 1885, p. 581, tradução nossa).³⁴⁸

Rumble (1985) destacou a relação existente entre a crítica que Austin faz à equidade e o seu forte apego à segurança jurídica. Segundo Austin, os efeitos da equidade são prejudiciais, pois, ao admitir que os juízes se recusem a aplicar regras jurídicas pré-existentes em casos singulares, ela destrói qualquer expectativa de aplicação das regras e coloca todo o direito em total insegurança.³⁴⁹

³⁴⁷ The consequences of the former and the consequences of the latter are widely different. Defects in the provisions of a law may be supplied from its manifest reason, with little or no inconvenience. But if judges might abrogate laws, wholly or in part, whenever their actual provisions were not consistent with their grounds, all statute laws would become uncertain, and the cases which they include would be abandoned to the *arbitrium* of the tribunals: 'Cessante ratione legis cessat lex ipsa', is a maxim which sounds well, but which tends directly to tyranny.

³⁴⁸ [...] it signifies nothing more than the arbitrary pleasure of the judge, disguised with a name which imports praise, and which therefore is spacious and captivating.

³⁴⁹ Em resposta à crítica austiniana, Rumble destacou que a própria história do *Common Law* demonstrou que o uso da equidade é controlável e seu resultado não é a “total insegurança” jurídica (RUMBLE, 1985, p. 134).

Deixar a decisão de aplicar ou não determinados efeitos da norma jurídica nas mãos do aplicador do direito é gerar incerteza em relação às expectativas normativas:

E aqui eu posso observar, que, se a regra geral for boa em termos gerais, a equidade (*equity*) que finge corrigir as suas más consequências no caso particular é claramente prejudicial. É quase impossível imaginar um caso, no qual a aplicação de uma regra geral não produza alguma consequência que um juiz de boa índole gostaria de evitar. De modo que, se o juiz fosse competente para aplicar ou dispensar regras, de acordo com suas noções de consequências no caso particular, não haveria lei para qual as expectativas pudessem ser acomodadas, e pela qual a conduta pudesse ser guiada (AUSTIN, 1885, p. 581, tradução nossa).³⁵⁰

O uso da equidade, na concepção de Austin, traz consigo o risco de uma aplicação incoerente das normas jurídicas e ainda é pior, em termos de segurança e previsibilidade, do que a interpretação espúria restritiva. A seguinte passagem esclarece muito bem essa questão:

Onde as regras são ruins (e o Legislativo é incapaz ou inerte) é realmente conveniente [...] que o juiz exerça a atividade do legislativo inerte ou incapaz, e revogue ou altere a lei deficiente ou prejudicial. Mas, revogar ou alterar uma lei, direta ou indiretamente, é amplamente diferente da equidade que permite a permanência da lei, e simplesmente a dispensa em casos específicos. Pela abolição ou alteração da lei de uma vez por todas, o mal parcial pode ser desviado. Mas a lei ruim é ela mesma removida, e uma boa regra de conduta é colocada em seu lugar. A equidade, que dispensa a lei em casos particulares, deixa a perturbação permanentemente intocada, e *torna todo o direito totalmente incerto* (AUSTIN, 1885, p. 581-582, grifos nossos, tradução nossa).³⁵¹

Se a interpretação espúria gera insegurança por se afastar do guia claro da vontade literal do legislador em prol de um guia mais incerto, a equidade, como correção da incidência do geral sobre o particular, acarreta ainda mais

³⁵⁰ And here I may remark, that if the general rule be good in the main, the equity which affects to correct its particular evil consequences is clearly mischievous. It is hardly possible to imagine a case, wherein the application of a general rule is not productive of some consequence which a good-natured judge would wish to avert. So that if it were competent to the judge to apply or dispense with rules, agreeably to his notions of particular consequences, there would be no law to which expectations could be accommodated, and by which conduct could be guided.

³⁵¹ Where Rules are bad (and the Legislature is incapable or supine) it is indeed expedient [...] that the judge should do the business of the supine or incapable legislature, and abrogate or amend the pernicious or defective law. But to abrogate or amend a law directly or indirectly, is widely different from the Equity which allows the law to remain, and simply dispenses with it in specific cases. By abolishing or amending the law once for all, partial evil may be inflicted. But the bad law is itself removed, and a good rule of conduct is substituted in its stead. The Equity which dispenses with the law in particular instances, leaves the standing nuisance untouched, and renders all Law utterly uncertain.

imprevisibilidade, pois introduz na aplicação do direito considerações do próprio julgador sobre a bondade ou maldade dos efeitos da aplicação da norma jurídica – que é exatamente o que o positivismo jurídico procura evitar com a tese da separação.

4.4 Os casos de total ausência de vinculação jurídica

Por fim, Austin trata daquelas situações em que nenhum padrão jurídico existente contribui para resolução de um determinado caso. Em face da ausência de normas jurídicas aplicáveis, o juiz exerce, de forma plena, os poderes de julgar e de legislar (indiretamente). Trata-se do que Austin denominou *direito judiciário* ou *direito de elaboração judicial*.³⁵² A ampla liberdade do juiz nesses casos constitui aquilo que Dworkin (2002) denominou *discricionariedade em sentido forte*, já que não existe material jurídico autoritativo pré-estabelecido que possa limitá-lo. Como afirmou Austin, “onde não há nenhuma regra no sistema aplicável ao caso, o juiz virtualmente a elabora” (AUSTIN, 1885, p. 638, tradução nossa).³⁵³ O direito é construído no curso do processo judicial que versa sobre o caso que enseja a elaboração da norma jurídica.

Deve-se ressaltar, no entanto, que aquilo que Austin denomina direito judiciário ou direito de elaboração judicial não se restringe aos casos em que não existe regra jurídica pré-estabelecida aplicável ao caso, mas abrange também os casos em que, havendo tais regras, o magistrado as ignora³⁵⁴ ou as altera.³⁵⁵ Mas,

³⁵² Em escrito publicado ao final das *Lectures on Jurisprudence (Note on Interpretation)*, Austin (1885) pretendia discorrer tanto sobre as dificuldades que envolvem a aplicação de direito pré-existente, quanto as dificuldades referentes à criação do direito – tanto o direito de elaboração judicial, quanto o processo de criação de uma lei. O texto, contudo, ficou incompleto, sem a conclusão da dessa segunda parte referente à análise da elaboração do direito (judiciário e estatutário).

³⁵³ Where there is no rule in the system applicable to the case, the judge virtually makes one [...].

³⁵⁴ Segundo Austin, os juízes frequentemente ignoram normas válidas para adequar o direito aos anseios sociais: “onde os juízes subordinados subvertem o direito existente, eles comumente estão fazendo o que a opinião da comunidade requer; com o que o legislador soberano expressa ou tacitamente consente; e é o que o legislador soberano faria diretamente, se ele se preocupasse suficientemente com os interesses gerais, ou fosse competente em matéria de legislação” (AUSTIN, 1885, p. 645, tradução nossa). No original: where subordinate judges subvert existing law, they commonly are doing that which the opinion of the community requires; to which the sovereign legislature expressly or tacitly consents; and which the sovereign legislature would do directly, if it cared sufficiently for the general interests, or were competent to the business of legislation. Austin afirma que as leis não quistas pela opinião pública são frequentemente revogadas pelos tribunais. E, referindo-se à prática norte-americana de ignorar determinadas leis estaduais, Austin sustenta: “se uma regra jurídica, que os práticos do direito concordaram em não obedecer, é citada em processos

neste tópico, em virtude do esquema de organização do texto, analisar-se-á apenas os casos em que o juiz decide de forma totalmente desvinculada em relação a padrões jurídicos pré-existentes.

O *fundamento* do direito judiciário ou do poder de elaboração do direito pelos juízes situa-se no *poder legislativo* delegado pelo soberano. Da mesma forma que o soberano delega aos juízes o poder de julgar, delega também, em alguns casos, o poder de legislar indiretamente, isto é, o poder de legislar por ocasião do julgamento do caso. A partir do momento em que o caso é judicialmente decidido, a sua *ratio decidendi* passa a constituir uma regra jurídica aplicável a futuros casos:

Embora não tenha a forma de uma regra, ela é equivalente a um comando geral que procede do soberano ou do estado, ou de qualquer de seus subordinados autorizados. E, uma vez que é de sua conhecida vontade que a razão geral de uma decisão sobre um caso particular ou específico deve reger as decisões dos futuros casos semelhantes, os cidadãos recebem do estado (por ocasião de tal decisão) uma expressão ou comunicação de sua vontade soberana de que eles devem conformar sua conduta à razão ou princípio da decisão (AUSTIN, 1885, p. 627-628, tradução nossa).³⁵⁶

Essa norma de competência que autoriza o juiz a legislar indiretamente é normalmente um comando tácito do soberano, perceptível por sua notória vontade de que os seus cidadãos obedeçam, como regra de conduta, aos fundamentos normativos das decisões judiciais:

Onde se sabe perfeitamente bem ser a vontade do legislador que os princípios e razões de decisões judiciais sejam observadas como regras de conduta pelos cidadãos, e de que eles sejam punidos pela violação delas, a exteriorização da vontade do legislador é tão completa quanto em qualquer outro caso (AUSTIN, 1885, p. 642, tradução nossa).³⁵⁷

Trata-se, assim, do exercício de um poder transferido pelo soberano, do qual os juízes subordinados se valem em, pelo menos, três situações: a) nos casos em

judiciais, ela é absolutamente rejeitada e derrubada pelos juristas *sans cérémonie*" (AUSTIN, 1885, p. 656, tradução nossa). No original: accordingly, if a law, which the profession have agreed not to obey, is cited in judicial proceedings, it is absolutely rejected and put down by the lawyers *sans cérémonie*.

³⁵⁵ Aqui se situam os casos já analisados (subseção 4.3.2) de interpretação espúria extensiva ou restritiva *ex ratione legis*.

³⁵⁶ Though not a rule in form, it is tantamount to a general command proceeding from the sovereign or state, or from any of its authorised subordinates. For, since it is its known will that the general reason of a decision on a particular or specific case shall govern decisions on future resembling cases, the subjects receive from the state (on the occasion of such a decision) an expression or intimation of its sovereign will, that they shall shape their conduct to the reason or principle thereof.

³⁵⁷ Where it is perfectly well known to be the will of the legislator that the principles or grounds of judicial decisions should be observed as rules of conduct by the subjects, and that they should be punished for violating them, the intimation of the legislator's will is as complete as in any other case.

que não existe qualquer padrão jurídico pré-estabelecido; b) nos casos em que os juízes alteram o direito estabelecido para adequá-lo às novas exigências sociais; e c) nos casos em que os juízes interpretam esses padrões ampliando ou restringindo o sentido literal claramente estabelecido em atenção ao sentido que resulta da interpretação teleológica (ver subseção 4.3.2) (AUSTIN, 1885).

O certo é que, com fundamento nessa partícula do poder soberano, os juízes criam direito positivo inspirados pelas mais diversas causas. Austin (1885) assevera, contudo, que não se deve confundir a *fonte* do direito com a sua *causa*. Fonte é a autoridade legislativa de onde o direito emana (nesse caso, a autoridade legislativa é o juiz subordinado), ao passo que a causa do direito é aquilo que conduziu a sua criação ou aquilo em que a autoridade legislativa se baseou para criá-lo.

Por uma questão de clareza no uso da linguagem não se deve estender o termo “fonte” para nele incluir as *causas* do direito:

Não há direito sem um ato legislativo. E por uma questão de clareza, eu gostaria de limitar o termo “fontes” ao poder legislativo pelo qual o direito é estabelecido e designar as causas que levam ao seu estabelecimento pelo termo “causas” ou alguma expressão equivalente (AUSTIN, 1885, p. 538, grifos nossos, tradução nossa).³⁵⁸

As causas do direito judiciário são diversas. Austin (1885) assinala as seguintes: a) os costumes, que constituem a causa mais frequente do direito judiciário e, quando adotados pelos juízes, passam a constituir o *direito consuetudinário* (*customary law*); b) a doutrina e a práticas dos juristas, que são comumente adotados pelos juízes como razão de decidir, como, por exemplo, a opinião dos jurisconsultos romanos, a exposição do direito por escritores autorizados e a prática dos advogados (*conveyancers*); c) a concepção ética do juiz, que Austin denominou direito judiciário elaborado *ex proprio arbitrio*, que existe quando os juízes elaboram o direito de acordo com sua própria noção do que o direito *deve ser*, não importando o padrão no qual se baseiam (se a utilidade ou outro qualquer)³⁵⁹; d)

³⁵⁸ There can be no law without a legislative act; and for the sake of distinctness I should wish to limit the word ‘sources’ to the legislative power by which Law is established; and to designate the causes which lead to its establishment by the word ‘causes’, or by some equivalent expression.

³⁵⁹ Segundo Austin, “grande parte dele [do direito judiciário] tem sido derivado por seus autores, os juízes, de suas próprias concepções de política pública ou conveniência” (AUSTIN, 1885, p. 539, tradução nossa). No original: and much of it having been derived by its authors, the Judges, from their own conceptions of public policy or expediency.

a interpretação espúria extensiva ou restritiva *ex ratione legis*, já analisada (seção 4.3.2), pela qual os juízes corrigem a legislação existente; e) o direito estrangeiro, que pode ser utilizado como modelo, bem como a moral internacional positiva, incluindo as normais (morais) de direito internacional; f) a analogia utilizada para suprir a ausência de regra jurídica pré-estabelecida para um determinado caso.

Em todas essas hipóteses, a fonte do direito é a autoridade legislativa do juiz que transforma tais “causas” em direito positivo, ao adotá-las como fundamento (*ratio*) de sua decisão e revesti-las com uma sanção jurídica. Contudo, a simples enumeração das causas em que os juízes se baseiam para legislar serve para demonstrar o quão ampla é a sua liberdade para a criação do direito em face do vazio legislativo.

Em virtude de sua concepção rigidamente estatal de direito como comando geral do soberano – o que pressupõe a existência de um ato legislativo –, Austin se vê obrigado a rejeitar os costumes como fontes do direito, relegando-os à condição de simples causas do direito. Os costumes somente se tornam “direito consuetudinário” quando os juízes o adotam como *ratio decidendi* de um determinado caso. A partir do momento em que o costume é convertido em direito positivo, sua fonte é o legislador direto ou judicial e não o *consensus utentium* (AUSTIN, 1885).³⁶⁰

Austin reconheceu, contudo, que sua concepção era desafiada por muitos “admiradores das normas consuetudinárias”, especialmente os alemães, que defendiam a ideia de que a obrigatoriedade dos costumes não se funda no soberano ou no Estado, mas no fato de que eles são espontaneamente respeitados pelos cidadãos ou súditos (AUSTIN, 2002, p. 51). Consoante essa ideia, as normas consuetudinárias existem como direito positivo “pela adoção espontânea dos governados e não pela imposição ou criação por parte dos superiores políticos” (AUSTIN, 2002, p. 51, tradução nossa).³⁶¹

³⁶⁰ Em outros termos, “o costume se transforma em direito positivo quando é adotado como tal pelos tribunais de justiça e quando as decisões judiciais que o formaliza são impostas pelo poder do Estado” (AUSTIN, 2002, p. 51-52, tradução nossa). No original: la costumbre se transforma en derecho positivo cuando es adoptada como tal por los tribunales de justicia, y cuando las decisiones judiciales que la formalizan son impuestas por el poder del Estado.

³⁶¹ [...] por la adopción espontánea de los gobernados y no por la imposición o creación de parte de los superiores políticos.

Austin criticou, nos seguintes termos, a “suposição absurda” de que os costumes possuiriam natureza jurídica antes mesmo de serem adotados pela autoridade soberana:

A origem da suposição absurda é óbvia: a maior parte do direito positivo de qualquer comunidade é costume transformado em direito pelo acréscimo da sanção jurídica. Daí que, em certo sentido, é possível dizer que o soberano descreve ou define direito pré-existente; [...] mas é manifesto que se o soberano se limitasse a descrever o costume, essa descrição não o transformaria em direito (AUSTIN, 1885, p. 549-550, tradução nossa).³⁶²

Ao negar a juridicidade dos costumes antes da adoção judicial, Austin retira do âmbito teórico o único padrão (jurídico) capaz de limitar a atividade decisória dos juízes, o que equivale a afirmar sua máxima discricionariedade (ausência de qualquer padrão jurídico pré-estabelecido capaz de orientar de forma vinculante a sua decisão).

O mesmo raciocínio desenvolvido em relação aos costumes pode ser utilizado para a doutrina e para a prática dos juristas. Em muitos casos, o juiz recorre à opinião dos juristas (doutrina), em virtude da autoridade científica de que se reveste, ou à prática de grandes advogados, como parâmetro para a resolução dos casos que lhe são submetidos. E, mesmo quando utiliza a doutrina ou a prática dos juristas como razão para decidir, é somente a sua adoção pelos juízes que as transforma em direito positivo. Austin faz uma importante consideração sobre a questão:

Mas os jurisconsultos meramente privados, em relação ao seu conhecimento e julgamento, não são *conditores* ou fundadores do Direito, embora o peso de suas opiniões possa levar *outros* a fundá-lo. Se suas opiniões induziram o legislador, a influência daquelas opiniões é uma causa *remota* do Direito, do qual o próprio legislador é, exclusivamente, a causa *imediate*, ou, exclusivamente, a *fonte*. Mas qualquer que seja a persuasão, que leve o legislador a estabelecer o Direito, será somente uma causa *remota* de seu estabelecimento tanto quanto as opiniões pelas quais ele é guiado. Justiniano legislou sob os conselhos de Triboniano. Ele também legislou a pedido de sua Imperatriz. E as *carícias da esposa*, bem como as respostas do oráculo jurídico, foram *causas remotas* das leis emanadas do Imperador como sua *fonte* (AUSTIN, 1885, p. 544, grifos nossos, tradução nossa).³⁶³

³⁶² The origin of this absurd speculation is obvious. Much of the positive law obtaining in any community is Custom turned into Law by the adjection of the legal sanction. Now, in this case, it may be said, in a certain sense, that the sovereign describes or defines law pre-existing; [...] though it is manifest that if the sovereign merely described the custom, that description would not make it Law.

³⁶³ But merely private jurisconsults, respected for their knowledge and judgment, are not *conditores* or founders of Law, although the weight of their opinions may determine *others* to found it. If their

Embora os juristas privados também interpretem o direito, sua interpretação não possui força vinculante como a interpretação dos órgãos encarregados de sua aplicação. Austin se aproxima, assim, da distinção, que será posteriormente desenvolvida por Kelsen, entre interpretação doutrinária e interpretação autêntica.

Segundo Kelsen,

Existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica (KELSEN, 1976, p. 464).

Diferentemente da hermenêutica clássica, que define a interpretação autêntica como aquela que é feita pelo próprio autor do texto interpretado (MAXIMILIANO, 2002), Kelsen (1976) definiu a interpretação autêntica como aquela interpretação vinculante que é feita pelo órgão jurídico encarregado de aplicar o direito, e difere de toda interpretação que não é realizada por tais órgãos. A interpretação científica é uma forma de interpretação não-autêntica, que se limita ao ato cognoscitivo de estabelecer os diversos sentidos possíveis de uma norma jurídica.

Por seu turno, discorrendo sobre a legislação justinianeia, Austin (1885) observa que esta é composta, em grande parte, por opiniões ou pareceres dos jurisconsultos a respeito de *casos particulares* para os quais propunham solução.

A maioria desses escritos, portanto, eram proximamente análogos às compilações de decisões judiciais: a única diferença é que decisões judiciais são *opiniões pronunciadas pela autoridade soberana*, enquanto as decisões ou opiniões, que estão contidas naqueles escritos dos jurisconsultos, eram decisões ou opiniões sobre casos particulares, *emitidas por pessoas privadas ou não-autorizadas* (AUSTIN, 1885, p. 623, grifos nossos, tradução nossa).³⁶⁴

opinions determine the legislator, the influence of those opinions is a *remote* cause of the Law, of which the Legislator himself is exclusively the *immediate* cause, or is exclusively the *source*. But any inducement whatever, leading the legislator to establish the Law, were just as much a *remote* cause of its establishment as the opinions by which he is guided. Justinian legislated by the advice of Tribonian. He also legislated at the instance of his Empress. And the blandishments of the wife, as well as the responses of the legal oracle, were *remote causes* of laws emanating from the Emperor as their *source*.

³⁶⁴ Most of those writings, therefore, were closely analogous to compilations of judicial decisions: The only difference being, that judicial decisions are opinions pronounced by sovereign authority, whilst the decisions or opinions, which were contained in those writings of jurisconsults, were decisions or opinions on particular cases, emitted by private or unauthorised persons.

O mesmo raciocínio vale para a exposição doutrinária do direito romano feita pelos jurisconsultos: trata-se de mera exposição do direito feita “por juristas privados ou não-autorizados” (AUSTIN, 1885, p. 624, tradução nossa).³⁶⁵

Isso deixa claro que, enquanto a vontade do soberano constitui direito – seja ela expressa em termos gerais, seja exteriorizada em relação a um caso concreto –, por ser a vontade da instituição responsável por sua elaboração, a interpretação feita por pessoas que não compõem a instituição consiste em simples opiniões sem obrigatoriedade jurídica, por mais respeitáveis que sejam.

Outra questão importante e problemática é a *avaliação* austiniana do direito judiciário. Embora ele tenha reconhecido expressamente que existe uma significativa parcela do direito que é elaborada pelos juízes, sua avaliação desse modo indireto de legislar foi considerada ambivalente.³⁶⁶ Em alguns momentos, ele elogia fervorosamente o direito de elaboração judicial, ao passo que, em outros, desenvolve uma série de críticas a esse modo de elaboração do direito. O problema é que, como pontuou Rumble (1985), Austin desenvolveu mais sistematicamente a sua desaprovação do que a sua aprovação. Ele enumerou e analisou, detidamente, na lição 39, sete desvantagens ou problemas do direito judiciário, enquanto as passagens em que Austin elogia o direito judiciário são feitas *en passant* e estão dispersas ao longo de seus textos.

Essa avaliação “dual” do direito judiciário pode ser melhor compreendida a partir da posição hermenêutica singular ocupada por Austin (como mencionado no capítulo 2). Como jurista situado na tradição jurídica do *Common Law*, desenvolvida pelo direito inglês, não poderia ignorar, por completo, o *valor* da elaboração judicial do direito; mas, por outro lado, Austin recebeu enorme influência do direito continental (*Civil Law*): foi um grande conhecedor do direito romano – o que não era muito comum entre os juristas ingleses – e foi fortemente influenciado pelos juristas alemães. Em meio ao estado caótico do direito judiciário inglês de sua época,

³⁶⁵ [...] merely expositions of law by private or unauthorised lawyer.

³⁶⁶ Isso foi destacado por Rumble (1985), que considera que a consistência interna das afirmações de Austin sobre o tema ainda é uma questão aberta.

depositou, como muitos em seu tempo, suas esperanças no projeto codificador, embora opusesse diversas reservas a ele.³⁶⁷

No tocante a avaliação positiva que Austin faz do direito judiciário, é importante transcrever a longa passagem situada no final de sua lição 5, na qual, após discutir a atuação jurisdicional do Lorde Mansfield, Austin critica o modo desrespeitoso com que Bentham se refere ao direito judiciário e exalta essa forma de criação do direito:

Devo observar aqui que não estou discutindo o fato de Lorde Mansfield assumir a função do legislador. De modo algum desaprovo o que o Sr. Bentham decidiu chamar, com o desrespeitoso, e, portanto, me atrevo a pensar, imprudente, nome de *o direito criado pelos juízes (judge-made law)*. Considero imprudente chamar com um nome que expressa desrespeito ao que me parece *altamente benéfico* e, inclusive, *absolutamente necessário*. Não posso compreender como uma pessoa que tenha examinado o tema possa supor que a sociedade poderia ter avançado sem que os juízes tivessem legislado, ou que seja perigoso conceder-lhes esse *poder que de fato tem exercido para compensar a negligência ou incapacidade do declarado legislador*. A parte do direito de cada país que tem sido criada pelos juízes tem sido muito melhor elaborada do que a parte consistente em disposições emitidas pelo poder legislativo. Em que pese minha grande admiração pelo Sr. Bentham, não posso senão pensar que, *em lugar de censurar os juízes por terem legislado, deveria criticá-los pelo modo tímido, restrito e fragmentário com que eles o fizeram, e por legislar sob o manto de expressões vagas e indeterminadas [...]* (AUSTIN, 1911, p. 218-219, grifos nossos, tradução nossa).³⁶⁸

Em outro momento (lição 29), Austin volta a criticar a concepção de Bentham sobre o direito judiciário, sustentando que o termo cunhado por ele (*Judge-made law*), possui um tom desrespeitoso e “como eu não posso concordar com o Sr. Bentham, em sua antipatia arrebatadora pelo direito elaborado pelos juízes, eu não

³⁶⁷ Rumble (1985) sustentou que diferentemente dos realistas norte-americanos, que tinham por característica o elogio da tradição do *Common Law*, Austin estava, em determinado sentido, fora dessa tradição e que o compromisso de Austin com a codificação reflete a sua insatisfação com a prática jurídica inglesa. Não me parece, contudo, que Austin estava, em qualquer sentido, “fora” da tradição do *Common Law*. Mesmo tendo críticas em relação ao sistema jurídico inglês de seu tempo, chegou a defendê-lo, vigorosamente, contra os ataques de Bentham, como se verá na sequência.

³⁶⁸ I must here observe that I am not objecting to Lord Mansfield for assuming the office of a legislator. I by no means disapprove of what Mr. Bentham has chosen to call by the disrespectful, and therefore, as I conceive, injudicious, name of judge-made law. For I consider it injudicious to call by any name indicative of disrespect what appears to me highly beneficial and even absolutely necessary. I cannot understand how any person who has considered the subject can suppose that society could possibly have gone on if judges had not legislated, or that there is any danger whatever in allowing them that power which they have in fact exercised, to make up for the negligence or the incapacity of the avowed legislator. That part of the law of every country which was made by judges has been far better made than that part which consists of statutes enacted by the legislature. Notwithstanding my great admiration for Mr. Bentham, I cannot but think that, instead of blaming judges for having legislated, he should blame them for the timid, narrow, and piecemeal manner in which they have legislated, and for legislating under cover of vague and indeterminate phrases [...].

posso consentir em marcá-lo ou estigmatizá-lo com um nome que implica desrespeito” (AUSTIN, 1885, p. 532, tradução nossa).³⁶⁹

Segundo Austin (1885), uma das razões que explica a relutância dos juízes em estabelecer regras novas é o seu exagerado respeito pelas regras já estabelecidas. Ele reconhece que, de fato, os juízes não podem frustrar os interesses e as expectativas legítimas que surgem em torno das regras estabelecidas, pois isso geraria insegurança jurídica. Mas, fora desses casos,

Há muito para ser lamentado do fato de que aqueles juízes de capacidade, experiência e influência, não tenham agarrado cada oportunidade de introduzir uma regra nova (uma regra benéfica para o futuro), onde quer que sua introdução não tivesse aquele efeito (AUSTIN, 1885, p. 647, tradução nossa).³⁷⁰

Aliás, foi com base na referida relutância em inovar juridicamente que Austin fez uma crítica à história das cortes inglesas de *Common Law* que “não fizeram o que deveriam ter feito, nomeadamente, adequar as suas regras de direito e de processo às crescentes exigências sociais, ao invés de aderir estúpida e resignadamente aos velhos e bárbaros usos” (AUSTIN, 1885, p. 647, tradução nossa).³⁷¹ Ele observa que foi justamente essa resistência das Cortes de *Common Law* (*Common Law Courts*) em introduzir direito novo, a fim de adequar o direito vigente às mudanças de opinião e às circunstâncias sociais, que deu ensejo ao surgimento das Cortes de Equidade (*Courts of Equity*), isto é, à jurisdição extraordinária do Chanceler na Inglaterra (AUSTIN, 1885).

A necessidade e a “óbvia utilidade” do direito judiciário estão ligadas a incapacidade ou a negligência do legislador para fazer o direito evoluir junto com a sociedade, e, por essa razão, o direito de criação judicial tem sido admitido em praticamente toda parte (AUSTIN, 1885).

Percebendo essa verdade palpável, o legislador soberano, em quase toda comunidade, tem permitido ou autorizado que juízes subordinados exerçam funções que ele mesmo deveria exercer. E até que o legislativo soberano

³⁶⁹ And, as I cannot concur with Mr. Bentham, in his sweeping dislike of law made by judges, I cannot consent to mark or brand it with a name importing irreverence.

³⁷⁰ But it is much to be regretted that Judges of capacity, experience and weight, have not seized every opportunity of introducing a new rule (a rule beneficial for the future), wherever its introduction would have no such effect.

³⁷¹ [...] the Judges of the Common Law Courts would not do what they ought to have done, namely to model their rules of law and of procedure to the growing exigencies of society, instead of stupidly and sulkily adhering to the old and barbarous usages.

seja muito melhor constituído do que tem sido até agora, essa palpável necessidade de criação judicial do direito inevitavelmente continuará (AUSTIN, 1885, p. 612, tradução nossa).³⁷²

Indo mais além, Austin acreditava que os juízes não deveriam legislar apenas indiretamente, mas, também, de *forma direta*. Depois de explicar que os pretores (magistrados) romanos legislavam diretamente através de normas gerais promulgadas nos éditos gerais, Austin sustenta:

A única circunstância a lamentar é que o poder legislativo dos juízes *não seja exercido direta e abertamente conosco*, como era em Roma; *que o direito de criação judicial não seja elaborado na forma de direito legislado*, mas na daquela de direito judiciário; *que nossas Cortes não promulguem, como os Pretores, seu direito na forma de regras gerais*, e assim pudesse legislar de forma aberta ao invés de fazê-lo dissimuladamente (AUSTIN, 1885, p. 612-613, grifos nossos, tradução nossa).³⁷³

Austin (1885) estava convencido de que muitos problemas referentes ao direito judiciário estavam relacionados com o modo camuflado pelo qual ele era criado. Segundo ele, os juízes comumente procuram ocultar ou dissimular sua atividade de elaboração do direito, fazendo a *causa* do direito se passar por sua *fonte*. Desse modo, os juízes escondem sua atividade criativa do direito, sob o argumento de que apenas “descobrem” o direito preexistente, isto é, escondem-se atrás da concepção teórica de que sua função é apenas a de *descobrir* o direito anteriormente existente.

O que o impedia de ver isso [referindo-se a Blackstone], era a *ficção infantil* empregada por nossos juízes, de que o direito judiciário ou *common law* não é feito por eles, mas é algo milagroso feito por ninguém, que existe, eu suponho, desde a eternidade, e é meramente declarado de tempos em tempos pelos juízes. Sendo esse o caso, é claro que não pode haver nenhum ato de legislação *ex post facto* no direito judiciário inglês (AUSTIN, 1885, p. 634, grifos nossos, tradução nossa).³⁷⁴

³⁷² Perceiving this palpable truth, the sovereign legislature, in almost every community, has permitted and authorised subordinate judges to perform functions which it ought to exercise itself. And till sovereign legislatures are much better constructed than they have been heretofore, this palpable necessity for judge-made law will inevitably continue.

³⁷³ The only circumstance to be regretted is, that the legislative power of the judges is not exercised directly and avowedly with us, as it was in Rome; that judge-made law is not made in the form of statute law, but in that of judiciary law; that our Courts do not, like the Praetors, promulge their law in the form of general rules, and thus legislate openly instead of covertly.

³⁷⁴ What hindered him from seeing this, was the childish fiction employed by our judges, that judiciary or common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely *declared* from time to time by the judges. This being the case, of course there *can* be no *ex post facto* legislation in the English Judiciary law.

Mas por que os juizes recorrem a “ficções infantis” para ocultar sua atividade de criação do direito? Alertando para a extrema dificuldade de responder a essa questão, Austin (1885) cita pelo menos três razões prováveis para o fenômeno: a) o respeito exagerado dos juizes pelo direito estabelecido; b) a tentativa de apaziguar ou de não ofender os admiradores do direito antigo que ele altera; c) o ciúme constitucional (*constitutional jealousy*) do órgão precipuamente encarregado das funções legislativas, que impede os juizes de darem ênfase a seus poderes legislativos.

Especialmente em relação ao ponto (b), há uma passagem extremamente interessante e digna de ser transcrita, apesar de longa, na qual Austin sugere uma razão para esse modo de proceder dos juizes:

Um desejo de conciliar (tanto quanto possível) os amigos ou amantes do direito que eles [os juizes] de fato anularam. Se um pretor, ou outro juiz subordinado, dissesse aberta e manifestamente, “eu revogo tal regra” ou “eu faço tal regra”, ele poderia ofender os amantes de coisas antigas, por sua direta e arrogante assunção do poder legislativo. Mas ocultando a inovação com uma *mentira decente*, ele trata a revogação da regra com toda a impressão de respeito, *enquanto a golpeia na cabeça*. Com relação às suas causas e efeitos, as ficções com as quais os juizes inovam sobre o direito existente, podem ser comparadas com aquelas *mentiras convencionais e cômodas* através das quais grande parte das relações de uma sociedade educada (polida) são habitualmente conduzidas. Se um homem, por exemplo, o chama em sua casa, e você de modo inequívoco o deixa saber que não deseja vê-lo, você o insulta. Mas se você diz, por intermédio de seu criado, que “não está em casa”, você indica claramente a mesma coisa, e o deixa saber seu significado de uma forma respeitosa e inofensiva (AUSTIN, 1885, p. 610, grifos nossos, tradução nossa).³⁷⁵

Independentemente de quais sejam as razões para esse comportamento judicial, o certo é que, mais de um século depois, a situação parece não ter se alterado substancialmente, conforme testemunha Hart em texto escrito originalmente em 1961:

³⁷⁵ A wish to conciliate (as far as possible) the friends or lovers of the law which they really annulled. If a praetor, or other subordinate judge, had said openly and avowedly, ‘I abrogate such a law’, or ‘I make such a law’, he might have given offence to the lovers of things ancient, by his direct and arrogant assumption of legislative power. By covering the innovation with a decent lie, he treated the abrogated law with all seemly respect, whilst he knocked it on the head. With regard to their causes and effects, the fictions through which judges innovate on existing law, may be likened to those conventional, and not incommodious lies, through which much of the intercourse of polished society is habitually carried on. If a man, for example, call at your house, and you flatly let him know that you don't wish to see him, you insult him. But if you say, through your servant, ‘not at home’, you intimate just as clearly the same thing, and you let him know your meaning in a respectful and inoffensive manner.

Na Inglaterra, esse fato é muitas vezes obscurecido pelo formalismo verbal, pois os tribunais frequentemente desmentem essa função criadora e insistem em que a função adequada da interpretação jurídica e do uso do precedente são, respectivamente, buscar a “intenção do legislador” e fazer referência ao direito já existente (HART, 2009, p. 176).

De outra parte, ainda no que tange ao elogio do direito judiciário, Austin defendeu esse modo de elaboração do direito contra a “objeção infundada” de que ele seria exercido de modo arbitrário e sem qualquer forma de controle, colocando em risco a segurança jurídica. Para ele, é um erro confundir o direito judiciário “com o *arbitrium* do juiz” (AUSTIN, 1885, p. 664, tradução nossa)³⁷⁶, já que existem quatro formas de controle da elaboração judicial do direito: a) a opinião pública; b) o controle do soberano; c) o controle via sistema recursal; d) controle pela comunidade jurídica (AUSTIN, 1885).

O juiz subordinado, ao elaborar direito novo pelo modo judicial, além de estar controlado moralmente pelas opiniões e sentimentos da coletividade (opinião pública), está também *controlado juridicamente* pela autoridade soberana. Deve-se recordar que os juízes agem por delegação da autoridade soberana do Estado e, portanto, as decisões judiciais que estabelecem direito novo são por ela inspecionadas: além de poder revertê-las, o soberano pode, também, responsabilizar ou punir o juiz por qualquer desvio de conduta (AUSTIN, 1885).

Além disso, a criação judicial do direito é controlada pelo sistema recursal, já que o recurso permite que as cortes superiores revejam a decisão judicial onde se situa a nova regra jurídica, podendo cassá-la, alterá-la ou confirmá-la (AUSTIN, 1885).

Por fim, a criação judicial do direito é controlada pela opinião dos juristas.³⁷⁷ Para Austin, que ao expor esse tópico recorre expressamente a Savigny, a supervisão e a censura da comunidade jurídica “evita desvios do direito existente, a menos que eles sejam consoantes com os interesses da comunidade ou, pelo menos, com os interesses da classe jurídica” (AUSTIN, 1885, p. 645, tradução

³⁷⁶ It therefore involves a double mistake. It mistakes the nature of judiciary law, and it confounds law with the *arbitrium* of the judge.

³⁷⁷ Austin, por exemplo, sustenta que “um rugido seria solto (e não injustamente) se as Cortes negligenciassem a prática estabelecida pelos advogados” (AUSTIN, 1885, p. 646, tradução nossa). No original: what a howl would be set up (and not unjustly) if the Courts were to disregard the established practice of conveyancers.

nossa),³⁷⁸ devendo-se esclarecer que, segundo Austin (1885), os interesses da sociedade em geral e os interesses da comunidade jurídica estão frequentemente em harmonia.

Por estar em consonância com as opiniões da comunidade jurídica, Austin observa que a nova regra de direito judiciário não é uma obra *individual* do magistrado que a elabora, mas um *produto coletivo*, já que o juiz que a estabelece leva em consideração a doutrina dos juristas:

O direito judiciário feito pelos tribunais é, com efeito, produto conjunto da comunidade jurídica, ou melhor da parte mais experiente e mais habilidosa dela: o produto conjunto dos próprios tribunais e dos juristas privados que por sua capacidade jurídica têm sido ouvidos pelos legisladores judiciais. Utilizando a linguagem algo desrespeitosa do Sr. Bentham [Austin refere-se à expressão *judge-made law*], o direito criado pelo juiz não é produto de um só juiz, mas é o produto coletivo do juiz e Cia. Tão grande é a influência da opinião geral da comunidade jurídica, que ela frequentemente *força as Cortes a adotar uma regra de direito, por uma espécie de necessidade moral* (AUSTIN, 1885, p. 645-646, grifos nossos, tradução nossa).³⁷⁹

Por tudo isso, Austin conclui que esse modo de elaboração do direito não é totalmente livre ou desvinculado como parece e que “há mais estabilidade e coerência no direito judiciário do que, à primeira vista, se poderia imaginar” (AUSTIN, 1885, p. 647 e 652).³⁸⁰

Mas, em que pese a sua necessidade e utilidade, o direito judiciário é também permeado por sérios problemas. Austin analisou detidamente sete objeções que, em seu sentir, realmente pesam sobre o direito judiciário.

A primeira e a quarta objeções analisadas por Austin, por tratarem da mesma questão, foram reunidas por Rumble (1985) em uma só. Segundo Austin (1885), se comparada com o direito legislado redigido em termos claros, uma norma de direito judiciário é menos acessível e menos conhecida. Por não ser expressa em termos gerais e abstratos, a regra de direito judiciário (*ratio decidendi*) precisa ser

³⁷⁸ The supervision and censure of the bar, and of other practitioners of the law, prevent deviations from existing law, unless they be consonant to the interests of the community, or, at least, to the interests of the craft.

³⁷⁹ The judiciary law made by the tribunals, is, in effect, the joint product of the legal profession or, rather of the most experienced and most skilful part of it: the joint product of the tribunals themselves, and of the private lawyers who by their cunning in the law have gotten the ear of the judicial legislators. In the somewhat disrespectful language of Mr. Bentham, it is not the product of judge only, but it is the joint product of Judge and Co. So great is the influence of the general opinion of the profession, that it frequently forces upon the Courts the adoption of a rule of law, by a sort of moral necessity.

³⁸⁰ [...] there is more of stability and coherency in judiciary law, than might, at the first blush, be imagined.

extraída da decisão judicial, através de um processo interpretativo, que frequentemente é delicado e difícil até mesmo para os especialistas. Além disso, por não serem formuladas de forma concisa, tais regras precisam ser extraídas de vastos repositórios de decisões judiciais, o que dificulta ainda mais a empreitada. Assim, a norma de direito judiciário é praticamente desconhecida da maior parte da comunidade e, mesmo entre os juristas, ela não é perfeitamente conhecida.³⁸¹ Esse desconhecimento, especialmente das matérias mais complexas e menos divulgadas, faz com que os cidadãos fiquem reféns do arbítrio dos tribunais. O direito judiciário, mesmo sendo certo e coerente, em decorrência dessa relativa dificuldade de acesso, possui, na prática, “todos os efeitos prejudiciais (em relação à maioria da comunidade) da legislação *ex post facto*” (AUSTIN, 1885, p. 653, tradução nossa).³⁸²

As circunstâncias nas quais o direito judiciário é elaborado também não são as ideais, por faltar a deliberação calma e refletida que a criação de uma norma jurídica requer. As regras de direito judiciário são criadas em meio a “correria” da atividade judicante, no *rush* judicial, e, desse modo, envolve uma deliberação menos madura e refletida do que ocorre em relação à lei (AUSTIN, 1885).³⁸³

Outro problema sério referente ao direito judiciário consiste em seu caráter *ex post facto*. Embora a *ratio decidendi* da decisão judicial passe a funcionar como regra jurídica pré-estabelecida em relação a casos futuros, em relação ao caso que ensejou a sua elaboração ela possui caráter retroativo, isto é, é uma norma elaborada para reger um fato já ocorrido, o que, para Austin (1885), é realmente problemático. Como observa Rumble (1985), alguns juristas sustentam ser essa a principal razão para a rejeição do direito de elaboração judicial.³⁸⁴

³⁸¹ Austin (1885) acreditava que embora um sistema não pudesse ser tão condensado e simplificado a ponto de ser conhecido pela maior parte da comunidade, ele poderia ser simplificado e condensado de forma tal que ao menos os juristas poderiam conhecê-lo mais profundamente.

³⁸² [...] it has all the mischievous effect (in regard to the bulk of the community) of *ex post facto* legislation. E, embora esse não seja um problema específico do direito judiciário, já que pode atingir também o direito legislado quando *mal elaborado*, é um problema que acompanha o direito judiciário mesmo quando bem construído (AUSTIN, 1885).

³⁸³ Austin (1885) faz uma ressalva, entretanto, quanto ao direito elaborado em sede recursal, que pode ser tão ponderado e cuidadoso como a elaboração de qualquer lei (AUSTIN, 1885).

³⁸⁴ Austin salienta, entretanto, que a surpresa para as partes em relação à nova regra não é total, pois as decisões das cortes são frequentemente antecipadas pelos juristas privados: “pois embora as partes do caso não tenham sido prevenidas pelo legislador, eles poderiam ter sido prevenidos pela opinião ou prática daqueles cujas opiniões e práticas os tribunais comumente seguem” (AUSTIN, 1885, p. 651-652, tradução nossa). No original: for though the parties to the case have not been forewarned by the legislature, they may have been forewarned by the opinion or practice of those whose opinions and practices the tribunals commonly follow. Sustenta, no entanto, que essa limitação

Além disso, não bastasse as dificuldades inerentes à determinação da *ratio decidendi* no bojo de uma decisão judicial, ainda é preciso, na sequência, estabelecer a relevância do precedente em relação ao julgamento do caso atual. Austin (1885) percebe que não há um critério seguro pelo qual a obrigatoriedade de uma regra de direito judiciário possa ser apurada: afinal, o que faz com que uma regra de elaboração judicial seja relevante (vinculante)?

É o *número* de decisões nas quais a regra tem sido seguida, que faz dela direito vinculante em relação aos futuros juízes? Ou é a *elegantia* da regra (tomando emprestada a linguagem dos juristas romanos), ou sua coerência e harmonia com a estrutura do sistema jurídico? Ou é a *reputação* do juiz ou juízes pelos quais o caso ou os casos foram decididos com a introdução da regra? (AUSTIN, 1885, p. 655, tradução nossa)³⁸⁵

Não havendo um critério seguro, “nós nunca podemos estar absolutamente certos (até onde eu saiba) que uma regra qualquer é direito válido ou bom, e será seguramente seguido pelos futuros juízes em casos semelhantes” (AUSTIN, 1885, p. 655, tradução nossa).³⁸⁶ A *insegurança* daí decorrente é, segundo Austin (1885), da essência do direito judiciário e não há remédio para evitá-la.

Outro inconveniente que, segundo o autor, é também da essência do direito de elaboração judicial é a falta de abrangência da regra elaborada judicialmente. Por estar, por definição, ligada a um caso concreto, a regra de direito judiciário (*ratio decidendi*) nunca ou raramente é tão abrangente ou compreensiva quanto as normas gerais e abstratas de uma lei. Ao contrário, a regra judicial está sempre limitada a um restrito grupo de casos. E todas as tentativas do juiz-legislador de ampliar o alcance da regra para além do caso julgado são tomadas como *obiter dictum* e desconsideradas (AUSTIN, 1885).

Assim, as exigências sociais são providas caso a caso, do modo mais lento e ineficiente, e os documentos que contém o direito crescem em um imenso volume. Ao invés de uma regra compreensiva regendo um *genus* de casos, há diversas regras restritas regulando separada e sucessivamente as várias espécies que estão incluídas no *genus* (AUSTIN, 1885, p. 658, tradução

ao caráter *ex post facto* da regra de direito judiciário é “insignificante” e não deve ser exagerada a ponto de obscurecer o sério problema das normas retroativas (AUSTIN, 1885).

³⁸⁵ Is it the *number* of decisions in which a rule has been followed, that makes it law binding on future judges? Or is it the *elegantia* of the rule (to borrow the language of the Roman lawyers), or its consistency and harmony with the bulk of the legal system? Or is it the *reputation* of the judge or judges by whom the case or cases introducing the rule were decided?

³⁸⁶ In fine, we can never be absolutely certain (so far as I know) that any judiciary rule is good or valid law, and will certainly be followed by future judges in cases resembling [...].

nossa).³⁸⁷

Por fim, há um problema relacionado à forma de convivência assimétrica do direito judiciário com o direito legislado em um sistema jurídico. Austin (1885) sustenta que, em todo sistema jurídico em que uma grande parcela do direito é composta por direito de elaboração judicial, o direito legislado que convive com ele é imperfeito, assistemático e volumoso. Isso porque, segundo o autor, o direito legislado se desenvolve em torno do núcleo do direito judiciário e passa a se referir a seus conceitos centrais e aos seus princípios, tornando-se um complemento irregular, ocasional e parcial do direito judiciário.

Onde quer que, então, a maior parte do direito consista em direito judiciário, o sistema jurídico inteiro, ou o *corpus juris* inteiro, é necessariamente um monstruoso caos: parcialmente consiste de direito *judiciário*, introduzido caso a caso, e submerso em um incomensurável amontado de decisões particulares, e parcialmente de direito legislado apoiado sobre os fragmentos do direito judiciário, e incorporado em um imensurável amontado de leis suplementares e ocasionais (AUSTIN, 1885, p. 660, tradução nossa).³⁸⁸

Rumble (1985) ressaltou que a percepção de Austin acerca das desvantagens da legislação judicial foi certamente influenciada pelo estágio de desenvolvimento do direito inglês em sua época: sua evolução foi quase casual, como resultado de costumes e modos de pensar diversos, e a maior parte das leis foi editada sem um princípio norteador. O estado caótico do direito inglês deve ter influenciado também a concepção austiniana sobre a codificação do direito.

Quanto ao problema comumente ventilado da falta de legitimidade democrática dos juízes (que diferentemente dos membros do legislativo não são eleitos pelo povo), Austin (1885), referindo-se especificamente ao caso da Inglaterra – onde os juízes eram nomeados pela Coroa –, sustentou que o problema estaria *na forma de nomeação dos juízes* e não propriamente no direito de elaboração judicial.

O que realmente incomodava Austin em relação ao direito judiciário era o

³⁸⁷ Thus the exigencies of society are provided for bit by bit, in the slowest and most inefficient manner, and the documents containing the law are swelled to an immense volume. In lieu of one comprehensive rule determining a *genus* of cases, there are many several and narrow rules severally and successively determining the various species which that *genus* includes.

³⁸⁸ Wherever, therefore, much of the law consists of judiciary law, the entire legal system, or the entire *corpus juris*, is necessarily a monstrous chaos: partly consisting of *judiciary* law, introduced bit by bit, and imbedded in a measureless heap of particular judicial decisions, and partly of legislative law stuck by patches on the judiciary law, and imbedded in a measureless heap of occasional and supplemental statutes.

seu *déficit* em termos de segurança jurídica. Como notou Rumble (1985), o grande defeito da legislação judicial, para Austin, é a insegurança que esse tipo de criação do direito inspira. O direito que os juízes elaboram é difícil de encontrar e de conhecer e, portanto, de seguir. Também não é fácil prever o direito que eles irão criar. Portanto, a avaliação negativa de Austin do direito criado pelos juízes pressupõe um forte apego à ideia de segurança jurídica.

Também por apego a segurança jurídica, Austin apoiou um tipo de codificação que julgava ser capaz de reduzir, ao máximo, a legislação judicial (RUMBLE, 1985). Ele explicitamente vinculou a questão da codificação aos inconvenientes decorrentes do direito judiciário, isto é, imaginou que a conveniência de um código é o resultado lógico dos males inerentes ao direito judiciário. Um *bom* código poderia não só resolver o problema do caos gerado pela convivência do direito judiciário com o direito legislado que surge ao seu redor como também ser um remédio para os outros males inerentes ao direito judiciário (AUSTIN, 1885). Austin o afirmou assim: “em minha opinião, a mera afirmação dos males do direito judiciário é amplamente suficiente para demonstrar (*considerando a questão em abstrato*) que a codificação é conveniente” e “qualquer outra prova direta dessa conveniência da codificação é supérflua” (AUSTIN, 1885, p. 662 e 663, grifos nossos, tradução nossa).³⁸⁹

Mas, embora a elaboração de um código fosse o ideal, Austin não se iludiu com relação a real possibilidade de sua elaboração. Um código mal elaborado não resolveria os problemas assinalados, pois, se uma “lei bem elaborada é incomparavelmente superior a uma regra de direito judiciário”, uma lei mal elaborada “é comumente mais incerta do que uma regra de direito judiciário” (AUSTIN, 1885, p. 661, tradução nossa).³⁹⁰ E Austin (1885) sabia que a elaboração de um *bom código* era extremamente difícil.

Assim, se no plano abstrato, um código pode ser considerado melhor do que o direito judiciário, no plano concreto, a questão é mais delicada e se relaciona à própria possibilidade de uma codificação eficiente e sua conveniência para um determinado país, em um dado momento. Quando colocada em concreto, a questão

³⁸⁹ In my opinion, a mere statement of the evils inherent in judiciary law, is amply sufficient to demonstrate (considering the question in abstract) that codification is expediente [...] any direct proof other than this of the expediency of codification is superfluous.

³⁹⁰ [...] a well-made statute is incomparably superior to a rule of judiciary law [...] unless a statute be well made, it commonly is more uncertain than a rule of judiciary law.

envolve um considerável número de considerações particulares. Vale dizer, em se tratando de codificação, a dificuldade surge quando se desce do plano ideal para a realidade.

A questão da codificação é uma questão de tempo e lugar. Falando abstratamente (ou sem referência às circunstâncias de uma determinada comunidade) não pode haver dúvida de que um código completo é melhor do que um corpo de direito judiciário [...].

Mas falando da questão em concreto (ou com a visão da conveniência da codificação nesta ou naquela comunidade) dúvidas podem surgir. Pois aqui nós devemos contrastar o direito existente (não com o *beau idéal* de códigos possíveis, mas) com aquele código particular que uma tentativa de codificação engendraria aqui e agora (AUSTIN, 1885, p. 662, tradução nossa).³⁹¹

Austin também não se iludiu com a noção de completude atribuída aos códigos. Embora entendesse que, no sentido moderno, um código era “um corpo completo de lei, que é ou pretende ser o único direito positivo existente em uma comunidade” (AUSTIN, 1885, p. 649, tradução nossa)³⁹², ele admitiu que todo código é *necessariamente* incompleto. Os casos individuais que podem surgir durante a vigência de um código são infinitos, e nenhum código conseguiria antecipar e oferecer uma única resposta a todos os casos particulares (AUSTIN, 1885).

Mas, ao analisar essa objeção, ele fez duas observações importantes: a) o problema da indeterminação não é um problema específico da codificação, mas um problema que acomete toda e qualquer forma de direito, seja ele legislado ou judiciário (AUSTIN, 1885); e b) embora nenhum código possa ser completo ou perfeito, ele “pode ser menos incompleto do que o direito elaborado pelos juízes, e (se bem elaborado) pode estar livre daqueles graves defeitos que eu assinalei. Ele pode ser breve, compacto, sistemático, e assim cognoscível até onde possa ser”

³⁹¹ The question of codification is a question of time and place. Speaking in abstract (or without reference to the circumstances of a given community) there can be no doubt that a complete code is better than a body of judiciary law [...]. But taking the question in concrete (or with a view to the expediency of codification in this or that community) a doubt may arise. For here we must contrast the existing law (not with the *beau idéal* of possible codes, but) with that particular code which an attempt to codify would then and there engender.

³⁹² [...] a complete body of statute law, being or ntended to be the only positive law obtaining in the community.

(AUSTIN, 1885, p. 666, tradução nossa).³⁹³

Entre as características que um bom código deve possuir, Austin (1885) assinala a brevidade e a concisão, a sistematicidade, e a enunciação dos princípios centrais do sistema jurídico em questão. Deve também ocupar-se da definição dos termos técnicos e passar por revisões legislativas periódicas, a fim de que possa ser constantemente adequado às frequentes mudanças sociais. Além disso, nenhum código pode ser bem construído ou mantido sem compreensão da história e da filosofia do direito. Austin (1847) sugeriu, também, a criação, junto ao Poder Legislativo, de uma *Comissão Permanente de Legislação*, formada por juristas experientes e versados nas ciências do direito e da legislação, cuja atividade seria apoiar a atividade parlamentar legislativa com o saber científico do direito.

Quanto mais se conseguisse aproximar, na prática, desse ideal de bom código, menor seria a necessidade de elaboração judicial do direito, que seria reduzida a estreitos limites. Contudo, nenhum código jamais conseguiria erradicar o direito judiciário por completo ou torná-lo totalmente inoportuno, em virtude da necessária indeterminação do direito (RUMBLE, 1985).

De tudo isso, pode-se concluir que a avaliação de Austin sobre o direito judiciário não é contraditória como pode parecer. A legislação judicial possui diversos problemas, mas, se utilizada em um *grau moderado*, ela não só é necessária, como também útil. O problema, em sua concepção, ocorre quando o direito judiciário se torna o protagonista de um sistema jurídico. Logo, sendo possível, nas circunstâncias concretas, a elaboração de um bom código, o sistema jurídico terá em seu núcleo esse corpo sistemático e conciso de normas, e, ao seu redor, se formaria uma legislação judicial *suplementar*, necessária e útil.

Rumble (1985), o pesquisador que mais detidamente estudou esse tema em Austin, também concluiu que ele defendeu uma *cândida* legislação judicial, e que a elaboração judicial do direito seria desejável em, pelo menos, três circunstâncias: a) nos casos em que os padrões jurídicos existentes são indeterminados; b) como forma de eliminação de regras contraditórias e harmonização do sistema jurídico; c) para compensar a ineficiência ou a incapacidade do legislador em adequar o direito às mudanças sociais. Por óbvio, deve-se acrescentar aqui uma quarta circunstância,

³⁹³ But it may be less incomplete than judge made law, and (if well constructed) free from the great defects which I have pointed out in the latter. It may be brief, compact, systematic, and therefore knowable as far as it goes.

a saber, d) as hipóteses em que não existe norma jurídica aplicável a determinado caso.

Rumble lamentou o fato de que Austin “não explicou em nenhum detalhe os critérios que devem ser utilizados pelos juízes para decidir o *que* ou *como* legislar” (RUMBLE, 1985, p. 122, tradução nossa).³⁹⁴ Mas a postura de Austin é bem compreensível: essa questão interessa somente à *ciência da legislação* e, como se sabe, ele não conseguiu concluir seu projeto de escrever um tratado sobre ética e direito.

Como se tem afirmado, o seu conceito de direito, único objeto da ciência jurídica, o impediu de lançar luz, de um ponto de vista jurídico, sobre os maiores problemas que surgem durante a aplicação do direito.

A solução teórica austiniana para o problema dos casos desprovidos de regras jurídicas regulativas foi a afirmação da máxima discricionariedade judicial, entendida como ausência total de vinculação ao direito pré-estabelecido. E, considerando o modo como definiu o direito, ele realmente não poderia ir além da ideia de discricionariedade judicial – procurando, por exemplo, restringir a liberdade do magistrado – sem ameaçar a coerência de sua teoria.

A elaboração do direito, direta ou judicialmente, situa-se em um momento anterior ao discurso jurídico. O objeto de análise do jurista é aquilo que foi estabelecido pelo Estado e ele não pode, dentro das fronteiras de sua disciplina, teorizar sobre o modo como agente estatal deve elaborar o direito, por ser essa uma incumbência da ciência ética da legislação.

³⁹⁴ Unfortunately, Austin did not spell out in any detail the standards to be used by judges in deciding *what*, or *how*, to legislate.

5 CONCLUSÃO

John Austin não foi um homem realizado profissionalmente. Sua personalidade e os insucessos que acumulou na carreira afetaram drasticamente seu desenvolvimento como teórico do direito. Todos os seus textos sobre teoria jurídica foram escritos num lapso de aproximadamente oito anos, e grande parte de seus projetos nessa área não foram concluídos.

Não obstante, o impacto de sua teoria sobre a filosofia do direito foi muito grande, especialmente depois de sua morte. Atualmente, Austin é reconhecido, em toda parte, como um dos principais precursores do positivismo jurídico analítico, tendo antecipado, ainda que de forma rudimentar, algumas concepções teóricas fundamentais do positivismo jurídico do século XX.

Seu conceito de direito assimila os dois traços principais de uma teoria jurídica positivista. Sua rejeição ao direito natural o levou a formular uma versão da *tese social*, que sustenta que todo direito propriamente dito é obra de uma autoridade política soberana. O jurista, por seu turno, responsável que é pela descrição do direito positivo, deve limitar sua abordagem teórica ao conhecimento neutro e impessoal dos padrões estabelecidos pela autoridade competente, sem confundir aquilo que o direito é com o aquilo que ele acredita que o direito deveria ser (*tese da separação* entre o direito e a moral).

Além disso, ao apresentar razões éticas (normativas) para fundamentar a sua versão da tese da separação, Austin faz com que sua teoria jurídica se aproxime do que hoje se tem denominado *positivismo jurídico ético ou normativo*. Foi a sua preocupação com as consequências sociais e políticas da confusão entre validade e avaliação moral do direito, associada com a incerteza que ele atribuía aos padrões morais, que motivou a sua defesa da necessidade ética da separação entre o direito e a moral, tendo em vista a felicidade geral.

A estratégia de Austin para estabelecer o conceito de direito e definir o objeto e a abrangência da ciência que o estuda passa pela sua distinção das esferas normativas próximas. Sua preocupação central é distinguir o direito da moral, seja esta última entendida como moral ideal ou crítica (direito divino) ou como moral social positiva.

Na concepção do autor, uma norma jurídica possui dois elementos essenciais: a) sua *natureza* de comando geral, que distingue as normas em sentido

próprio de uma parcela importante das normas morais positivas; e b) sua *origem* ou *fonte*, responsável pela atribuição de juridicidade aos diversos padrões normativos.

Austin sustenta que toda norma em sentido próprio (aí incluída a norma jurídica) é, em sua essência, um *comando geral* emitido por um superior a alguém que se encontra em posição de inferioridade em relação a ele (teoria imperativista do direito). Logo, uma pessoa, que ocupa uma posição de poder em relação outra, manifesta, pela linguagem, a sua vontade de que o destinatário do comando se comporte de determinada maneira. O autor da norma jurídica exterioriza e objetiva a sua vontade em um texto jurídico vinculante, que deve ser compreendido e observado por seus destinatários.

Mas é propriamente a *origem* ou *fonte* da norma jurídica que a distingue de outras espécies de comandos gerais: toda norma jurídica é elaborada, direta ou indiretamente, pelo soberano de uma sociedade política independente e tem por destinatários seus cidadãos ou súditos. O soberano é definido a partir de um *fato social* empiricamente observável, qual seja, a obediência da maior parte da comunidade política aos seus comandos gerais. Austin concebe o soberano como uma instituição (e não como o ocupante do cargo ou realizador da função), cujos comandos gerais são geralmente obedecidos (aspecto positivo do conceito), e que, por seu turno, não se submete, habitualmente, aos comandos gerais de quem quer que seja (aspecto negativo do conceito).

Com o seu conceito de soberano juridicamente ilimitado, Austin procura estabelecer o *fundamento de validade* do direito positivo, tanto nas sociedades constitucionais democráticas – quando o seu conceito de soberania se confunde com o conceito de poder constituinte originário –, quanto em Estados não-democráticos ou autocráticos – quando a noção de soberania possui um caráter mais pessoal e autoritário.

Na teoria austiniana do direito, o conceito de soberania ocupa ainda o lugar de um centro teórico unificador que permite explicar os critérios de existência, identidade e pertinência em sua teoria do sistema jurídico.

É certo, também, que Austin se esforça para manter a coerência entre suas abordagens teóricas sobre o conceito e a aplicação do direito. O elo fundamental entre os dois temas é a ideia de delegação do poder soberano. A ideia de soberania pode nos levar a uma falsa imagem de um poder político totalmente centralizado, no qual existe uma única fonte direta do direito positivo. Essa imagem, contudo, nunca

esteve nos planos de Austin, que sempre vislumbrou o Estado moderno como uma entidade conduzida pela autoridade soberana juntamente com as autoridades subordinadas que agem sob o seu manto (por delegação de poder).

Além disso, o quadro teórico elaborado por Austin sobre o conceito de direito teve drástico impacto em suas considerações sobre a aplicação do direito de duas maneiras, em especial: a) delineando previamente o que pode ser dito a respeito da interpretação do direito; e b) excluindo a possibilidade de um discurso jurídico sobre o que há de mais problemático em termos de aplicação do direito (indeterminação dos padrões normativos e ausência de normas jurídicas aplicáveis a determinados casos).

No tocante à interpretação, o esquema conceitual do direito de Austin (concepção imperativista e estatal do direito, tese da separação e devoção à segurança jurídica) interfere em algumas questões relevantes referentes ao propósito, ao conceito e ao método prevalente de interpretação.

O conceito de direito de Austin faz com que o intérprete saia em busca da vontade do soberano ou da autoridade subordinada criadora da regra jurídica. Sendo a norma jurídica essencialmente um comando geral emitido por alguém, comando que, por sua vez, consiste em uma manifestação de vontade, conhecer a norma jurídica equivale a *descobrir* a vontade de seu autor.

O elaborador da norma manifesta a sua vontade em um texto jurídico vinculante, que pode ser uma lei ou uma decisão judicial. A função do intérprete é *encontrar*, nesse texto, a vontade que o seu autor pretendeu nele articular, na forma de um *sentido*. Portanto, ao definir o direito no interior da tradição imperativista, Austin já pré-delimitou o *propósito* de uma interpretação jurídica que possa merecer este nome.

Ademais, ao interpretar, o jurista não pode se colocar pessoalmente no processo de interpretação, isto é, deve buscar o sentido do texto de forma neutra e impessoal – buscar o *verdadeiro sentido* do comando e não as suas elucubrações pessoais sobre o que deveria ser comandado pela autoridade. Essa *neutralidade axiológica* é outra consequência importante de seu conceito positivista de direito (tese da separação entre direito e moral) e responde pelo modo como Austin definiu a interpretação, como um *processo meramente cognitivo*, no qual não existe qualquer interferência da vontade do intérprete – afinal, a única vontade relevante

para o cientista do direito é a vontade do autor da norma, isto é, a vontade da autoridade que atua com soberania.

Por fim, ao sobrevalorizar a ideia de segurança jurídica, entendida como a finalidade última do governo e do direito, Austin acaba por se ater primordialmente à letra da lei em detrimento de seu espírito. O sentido que resulta claramente do texto legal, em regra, não pode ser desconsiderado, a fim de que se promova uma incerta *ratio legis*. A noção de que o texto da lei pode indicar melhor a vontade de seu criador do que a sua *ratio* (primazia da interpretação literal ou gramatical) está diretamente relacionada com a adoção do que Austin sentiu ser o método mais certo e estável para a interpretação das leis (sem se importar minimamente com a justiça ou adequação do resultado concreto da interpretação).

No tocante a outros temas relativos à aplicação do direito, a definição juspositivista de direito austiniana também desempenhou seu papel. Austin antecipou o cerne das considerações de Hart sobre a linguagem, e admitiu que existem casos em que a aplicação do direito não é uma atividade problemática, por consistir na simples subsunção do caso a uma norma jurídica que foi expressa em termos claros. Austin sustentou que a maior parte dos casos se situa no núcleo claro de significados do enunciado normativo e, por essa razão, sua aplicação é praticamente automática.

No entanto, em virtude do quadro conceitual que assumiu, ele não conseguiu dar uma explicação juridicamente satisfatória para os dois principais problemas que ele mesmo vislumbrou no processo de aplicação do direito: a) a indeterminação dos enunciados normativos; e b) os casos para os quais não existe norma jurídica aplicável.

Austin estava ciente de que o direito é inevitavelmente indeterminado e que a aplicação de enunciados imprecisos demanda discricionariedade judicial. As dificuldades que surgem durante a aplicação de normas linguisticamente ambíguas só podem ser resolvidas com um *ato de vontade* do aplicador: o magistrado escolhe livremente entre as possibilidades de sentido abertas.

Resta, no entanto, a seguinte pergunta: existem padrões jurídicos capazes de limitar a discricionariedade judicial nesses casos? Austin responde negativamente à questão, considerando que os atos voluntários de *criação* do direito situam-se fora do âmbito da ciência do direito, interessando apenas à ciência da legislação. A sua definição de direito – que inclui a figura da legislação judicial ou criação judicial do

direito – impossibilitou qualquer avanço argumentativo no que tange à avaliação jurídica da escolha judicial do sentido normativo.

Quando o sentido que o soberano pretendeu atribuir ao texto normativo não puder ser resgatado com exatidão pelo intérprete, a solução teórica encontrada por Austin foi “entregar” a decisão ao órgão estatal responsável pela aplicação do direito (a autoridade subordinada que, neste caso, recebe do soberano poder para escolher entre as diversas interpretações possíveis). Se o processo cognitivo de interpretação não permite recuperar o “sentido correto”, incumbe ao aplicador escolher, livremente, entre as alternativas de sentido que surgem. E, como essa escolha judicial constitui um modo de criação do direito, ela não está abarcada pelo discurso jurídico científico (que se volta para a análise do direito posto).

O mesmo acontece quando não existe norma jurídica pré-existente regulando o caso *sub judice*. Nessa hipótese, o juiz recebe do soberano o poder de criação do direito, o qual pode ser exercido sem qualquer embaraço do ponto de vista jurídico, cabendo ao julgador formular livremente a norma jurídica que será utilizada para a resolução do caso.

O modo como Austin definiu o direito e a necessidade de manter a coerência interna de seu sistema teórico neutralizou qualquer possibilidade de uma reflexão que pudesse ir além da ideia da *discricionariedade*. A elaboração do direito, direta ou judicialmente, situa-se em um momento anterior ao do discurso jurídico. O objeto de análise do jurista é aquilo que foi estabelecido pelo Estado, não podendo o cientista do direito ultrapassar as fronteiras de sua ciência para teorizar sobre o *que, como* ou *quando* o agente estatal deve elaborar o direito – isso seria uma abordagem ética, que, como tal, refere-se apenas à ciência da legislação.

É possível perceber, assim, como o conceito austiniano de direito condicionou as respostas do autor aos problemas que surgem durante a aplicação. O seu recurso à ideia de discricionariedade não é casual. A discricionariedade judicial é a única explicação possível para aquilo que é *juridicamente indizível*, por situar-se em lugar externo à zona de argumentação “legítima” do jurista. O modo como o direito é criado pelo soberano, direta ou indiretamente, diz respeito apenas à ciência da legislação e não à *Jurisprudence*. Como o jurista deve se ater ao direito posto, quando este é indeterminado ou não oferece resposta ao problema, a sua função se esgota e, qualquer coisa se que faça além disso, situa-se fora da província da ciência do direito.

Analisar essas relações gerais que se estabelecem entre conceito e aplicação do direito é substancialmente relevante para a compreensão de que toda maneira pela qual se procura apreender conceitualmente o fenômeno jurídico produz importantes reflexos no que tange à explicação e à possibilidade de orientação normativa de sua aplicação prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**. Tradução de Armando da Silva Carvalho e Antônio Ramos Rosa. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1978. v. 10. Título original: Storia della filosofia.

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, Sept. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo. Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado. In: AUSTIN, John. **El objeto de la jurisprudencia**. Traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 338 p. Título original: The province of jurisprudence determined.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo. **H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. 470 p.

AUSTIN, John. **A plea for the constitution**. 2. ed. London: John Murray, 1859. 42 p.

AUSTIN, John. Centralization. **The Edinburgh Review: or critical journal**, Edinburgh, v. 85, n. 171, p. 221-260, Jan./Apr. 1847.

AUSTIN, John. Disposition of property by will – Primogeniture. **The Westminster Review**, London, v. 2, n. 4, p. 503-553, July/Oct. 1824.

AUSTIN, John. **El objeto de la jurisprudencia**. Traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 338 p. Título original: The province of jurisprudence determined.

AUSTIN, John. Joint Stock Companies. **Parliamentary History and Review**, London, p. 709-727, 1826.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: or, the philosophy of positive law. 5. ed. edited by Robert Campbell. London: John Murray, 1911. v. 1.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: or, the philosophy of positive law. 5. ed. edited by Robert Campbell. London: John Murray, 1885. v. 2.

AUSTIN, John. List on the principles of the German Customs-Union. **The Edinburgh Review: or critical journal**, Edinburgh, v. 75, n. 152, p. 515-556, Apr./July 1842.

AUSTIN, John. **Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia**. Traducción y estudio preliminar de Felipe González Vicen. Madrid: Centro de Estudios

Constitucionales, 1981. 79 p. Título original: On the uses of the study of jurisprudence.

AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence determined**: and the uses of the study of Jurisprudence. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998. 396 p. (Hackett Classics Series)

AUSTIN, Sarah. Preface. In: AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: or, the philosophy of positive law. 3. ed. edited by Robert Campbell. London: John Murray, 1869. v. 1.

BAYON, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: GOMEZ, Virgilio Zapatero (Coord.). **Horizontes de la filosofía del derecho**: homenaje a Luis García San Miguel. v. 2. Madrid: Universidad de Alcalá: 2002, p. 33-54.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015. 127 p. Título original: Dei delitti e delle pene.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores)

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p. (Coleção elementos de direito)

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito**: filosofia e metodologia jurídicas. Tradução Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. Título original: Jurisprudence: the philosophy and method of the law.

BONNECASE, Julien. **La escuela de la exegesis en derecho civil**. Tradução de Jose M. Cajica Jr.. Ciudad de Mexico: Editorial Cvltvra, 1944. 283 p. Título original: L'école de l'exégèse en droit civil.

BROUGHAM, Henry. John Austin. **The Law Magazine and Law Review or Quarterly Journal of Jurisprudence**, London, v. 9, p. 164-170, May/Aug. 1860.

BUSTAMENTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. Tradução de Ángeles Ródenas. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 25, p. 303-331, 2002.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Fundamentos filosóficos da interpretação do direito**: o romantismo. São Paulo: Rideel, 2012.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to *the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. 452 p.

COTTERREL, Roger. **The politics of jurisprudence**: a critical introduction to legal philosophy. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. 277 p.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão de Isabella Soares Micali. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 120 p. Título original: Le droit anglais.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 556 p. Título original: Les grands systèmes du droit contemporains (droit comparé).

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 301 p. (Coleção Professor Gilmar Mendes).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p. Título original: Taking rights seriously.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. 385 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. Título original: Wahrheit und Methode.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 3, p. 195-206, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

GIFIS, Steven H. **Law dictionary**. 6. ed. New York: Barron's Educational Series, 2010. 595 p.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 303 p.

GONZÁLEZ VICEN, Felipe. Estudio preliminar. In: AUSTIN, John. **Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia**. Traducción y estudio preliminar de Felipe González Vicen. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. 79 p. Título original: On the uses of the study of jurisprudence.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HAMBURGER, Lotte; HAMBURGER, Joseph. **Troubles lives**: John and Sarah Austin. Toronto: University of Toronto Press, 1985. 261 p.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito org. por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da Tradução

Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 399 p. Título original: The concept of law.

HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Teoria e filosofia do Direito)

HART, H. L. A. Introduction. In: AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence determined**: and the uses of the study of Jurisprudence. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998. 396 p. (Hackett Classics Series)

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. Consultor jurídico Thélío de Magalhães. 3. ed. São Paulo: Icone: 2014. 487 p.

HOERSTER, Norbert. En defensa del positivismo jurídico. In: HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Revisão de Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 9-27.

HONNETH, Axel. **El derecho de la libertad**: esbozo de uma eticidad democrática. Traducción de Graciela Calderón. Katz Editores: Madrid, 2014. 446 p. Título original: Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit.

KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho y la jurisprudência analítica. Tradução de Eduardo A. Coghlan. In: KELSEN, Hans. **La idea del derecho natural y otros ensayos**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946, p. 207-238. Título original: The pure theory of law and analytical jurisprudence.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 637 p. Título original: General theory of law and state.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. 484 p. Título original: Reine Rechtslehre.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p. Título original: Methodenlehre der Rechtswissenschaft.

LIST, Friedrich. **The national system of political economy**. Tradução de Sampson S. Lloyd. Introdução de J. Shield Nicholson. London: Longmans, Green, and Co., 1909. 310 p. Título original: Das Nationale System der Politische Ockonomie.

LOBBAN, Michael. Austin and the Germans. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Org.). **The legacy of John Austin's Jurisprudence**. New York: Springer, 2013. (Law and Philosophy Library)

MANSILLA, Isabel Turégano. **Derecho y moral em John Austin**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 562 p. (Colección el Derecho y la Justicia)

MANSILLA, Isabel Turégano. John Stuart Mill y John Austin: una mirada comparativa. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, nº 23, p. 157-186, 2006.

MARMOR, Andrei. **Philosophy of law**. Princeton: Princeton University Press, 2011. 251 p. (The Princeton series in the foundations of contemporary philosophy).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 342 p.

MCCULLOCH, John Ramsay. Disposal of property by will – entails. **The Edinburgh Review: or critical journal**, Edinburgh, v. 40, n. 80, p. 350-375, Mar./July 1824.

MILL, John Stuart. **Autobiografia**. Tradução e Introdução de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2006. 253 p. Título original: Autobiography.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Tradução e Introdução de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000. 94 p. Título original: The utilitarianism.

MOLES, Robert N. **Definition and Rule in Jurisprudence: A Critique of HLA Hart's Response to John Austin**. 1985. Thesis (Ph.D.). Edinburgh University, Edinburgh, 1985.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851 p. Título original: L'esprit des loi. (Paidéia)

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORESO, José Juan. Cinco diferencias entre Bentham y Austin. **Anuario de filosofía del derecho**, Barcelona, v. 6, p. 351-376, 1989.

MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 27, p. 45-62, 2004.

MORISON, William L. **John Austin**. Stanford: Stanford University Press, 1982. 239 p. (Jurists: profiles in legal theory).

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos aos pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Guildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 676 p. Título original: Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism.

MURPHY, James Bernard. Positive divine law in Austin. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Org.). **The legacy of John Austin's Jurisprudence**. New York: Springer, 2013, p. 169-184. (Law and Philosophy Library)

O'BRIEN, Dan. **Introdução à teoria do conhecimento**. Tradução de Pedro Gaspar. Revisão científica de Aires Almeida. Lisboa: Gradiva, 2013. Título original: An introduction to the theory of knowledge.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. 284 p. Título original: Hermeneutics.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647 p. Título original: The problems of jurisprudence. (Coleção justiça e direito)

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. Revisão da Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. 326 p. Título original: The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system.

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. 289 p.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: do romantismo ao empiriocriticismo. Tradução de Ivo Storniolo. Revisão de Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005. v. 5. Título original: Storia della filosofia: v. III, Dal romanticismo ai nostri giorni.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 750 p.

RIBEIRO, Fernando José Armando. **Constitucionalismo e teoria do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 238 p.

ROSS, Janet. **Three generations of english women**: memoirs and correspondence of Susannah Taylor, Sarah Austin and Lady Duff Gordon 2. ed. London: T. Fisher Unwin, 1893. 571 p.

RUMBLE, Wilfried E. Austin in the classroom: why were his courses on jurisprudence unpopular? **The Journal of Legal History**, London, v. 17, n. 1, p. 17-40, Apr. 1996.

RUMBLE, Wilfried E. **Doing Austin Justice**: the reception of John Austin's philosophy of law in nineteenth-century England. London: Continuum, 2005. 270 p.

RUMBLE, Wilfried E. Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence. **Cornell Law Review**, v. 66, n. 5, p. 986-1031, Jun. 1981.

RUMBLE, Wilfried E. **The thought of John Austin**: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution. London: Athlone Press; Dover: New Hampshire, 1985. 278 p.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Título original: Justice.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Tradução de Celso Reni Braidão. 5. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006. 102 p.

SCHWARZ, Andreas B. John Austin and the German Jurisprudence of his time. **Politica**, London, v. 1, n. 1-4, p. 178-199, Aug. 1934.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. 115 p. (Coleção Filosofia, n. 40)

STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Tradução de Volney J. Berkenbrock; Carlos Almeida Pereira; Antônio Luz Costa; Eduardo Gross e Marco Antônio Casanova. Revisão de Edgar Orth. Petrópolis: Vozes, 2008.

STRECK, Luiz Lenio. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do ontological turn. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, Tradução e Estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 158 p. Título original: La philosophie du droit. (Coleção Tópicos Martins).

VINX, Lars. Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: notes on the History of Modern Legal Positivism. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Org.). **The legacy of John Austin's Jurisprudence**. New York: Springer, 2013, p. 51-72. (Law and Philosophy Library)

WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994. 290 p.