

4

O conceito de sanção em John Austin

4.1

Introdução

No capítulo anterior procurou-se explicitar porque Bentham é um dos autores mais significativos para o estudo da sanção. A análise de parte de sua vasta obra nos permitiu identificar uma maneira peculiar erigida pelo autor como forma de garantir a obediência ao ordenamento e seus preceitos: a ameaça de imposição de sanção. Tal construção, como visto, deriva da tese central benthaniana de que a única característica que é comum a todos os indivíduos e indissociável da nossa condição humana é o desejo, que nos acompanha desde sempre e em todas as escolhas, de alcançar a maior felicidade possível. Essa premissa desencadeia o comportamento estatal tendente a prescrever sanções negativas quando quer se fazer obedecer, afinal, o ideal utilitário preceitua agirem os sujeitos movidos pela intenção de alcançar o maior prazer, evitando a dor, e o Estado, ao nos colocar frente à possibilidade de sofrer um castigo diante da desobediência a uma norma, acaba por nos fornecer um motivo plausível e relevante para o cumprimento da mesma.

Deu-se, também, a devida atenção às sanções positivas, esclarecendo que Bentham foi um dos primeiros autores a perceber relevância no tema — já que acreditava que a motivação comportamental humana se formava não só pelo medo, como também pela perspectiva de recompensas ou, em outras palavras, pelas razões sedutoras — sem, contudo, entusiasmar-se demasiado com o papel destas no ordenamento. Isso porque elas seriam incapazes de desbancar o protagonismo das sanções negativas, já que estas últimas seriam elementos constantes das ordens jurídicas, enquanto as primeiras não passariam de coadjuvantes para casos específicos.

Além disso, uma análise da relação entre dever e sanção se fez necessária tendo em vista se afigurar como o fundamento das normas jurídicas para o autor, que procura sustentar a controvertida tese de que alguém terá o dever de fazer algo caso a omissão dessa conduta importe na aplicação de uma sanção.

E, finalmente, foi possível concluir que para Bentham as sanções somente estão presentes em normas de observância obrigatória (entendendo-se por

estas tanto as que repudiam determinado comportamento, proibindo-o, tanto aquelas que ordenam uma conduta especificada), podendo-se identificar nestas normas duas partes distintas: uma diretiva, que prescreve qual é o comportamento desejado ou proibido (sendo verdadeira expressão da vontade do legislador) e a parte sancionadora, representando um prognóstico do que acontecerá com o autor caso não aja conforme o estipulado (sanções negativas) ou o que sucederá caso cumpra com o ordenado (aplicação de sanções premiais).

Tudo isso nos levou a concluir, na finalização do capítulo anterior, que para Bentham o real fundamento das sanções é a eficácia das normas, uma vez que a efetiva observância destas somente se dará através de mecanismos de motivação que induzam à obediência estrita do ordenamento, sendo certo que a sanção ocupa o lugar de destaque nesta construção.

Em que pesem todas as críticas formuladas pelos diversos autores que se debruçaram sobre as obras de Bentham, dedicando-se a um estudo acurado das mesmas, há que se reconhecer no autor um dos primeiros teóricos do Direito a utilizar as normas imperativas como protagonistas e a sanção como o elemento central. Tal estruturação normativa alicerçou as bases sob as quais outros autores fundaram suas próprias teorias.

Um dos que sofreu indiscutível influência por parte dos escritos de Jeremy Bentham foi John Austin¹. Este, preocupado em determinar os contornos do direito e analisando seus conceitos numa perspectiva que considerasse o contexto lingüístico em que estivessem inseridos, deu continuidade à teoria analítica iniciada por Bentham no final do séc. XVIII (Sgarbi, 2006, p. 1).

O objeto de investigação deste capítulo é, pois, a teoria austiniana. A fim de abordar as principais teses do autor e manter certa coerência com as pretensões do trabalho, seguiremos um padrão de argumentação semelhante àquele empregado para tornar compreensível o pensamento de Bentham: primeiramente será feita uma breve indicação biográfica; em seguida os aspectos-chave de sua teoria serão examinados — sempre tendo em mente a necessidade de relacioná-los com o tema primeiro deste estudo, qual seja, as sanções —; para, ao final, serem apresentadas as principais críticas que recaem sobre as teses do autor.

¹ A relação entre os dois autores extrapola a avaliação simplista de que Austin aplicou as idéias de Bentham. De fato, quando ainda jovem, Austin chegou a declarar sua condição de discípulo de Bentham, apoiando sem reservas seu constitucionalismo radical. No entanto, quando começou a lecionar, adotou uma posição mais conservadora, o que levou-o a afastar-se do outrora mestre.

4.2

Breves apontamentos biográficos

John Austin nasceu em Suffolk, condado situado no centro do Leste da Inglaterra, no dia 3 de março de 1790, no seio de uma família dedicada ao comércio, que gozava de significativa posição social e econômica. No auge das guerras napoleônicas, quando contava com apenas 16 anos, alistou-se no exército britânico, servindo como oficial em Malta e na Sicília, de 1808 a 1812, ano em que regressa à Inglaterra para, posteriormente, em 1814, começar a estudar Direito. Terminados os estudos, Austin inicia, em 1818, a prática da advocacia, sem muito sucesso e nem grande entusiasmo. Casa-se no ano seguinte com Sarah Taylor e, diante da falta de êxito como advogado, abandona a profissão em 1825, depois de sete anos de exercício.

Morando em Londres, Austin conheceu Jeremy Bentham nos idos de 1820 e pertenceu ao distinto grupo que o cercou em seus últimos anos, bem como se relacionou com a família de Stuart Mill, que depois viria a ser seu aluno.

Em 1826, com a fundação da Universidade de Londres (futura *University College of London*), Austin inaugura a carreira de professor, tornando-se catedrático da cadeira denominada *Jurisprudence* naquele ano. A informação que se tem é que Austin depositou fortes esperanças no magistério e, ao não lograr êxito nem obter sucesso como professor — seus cursos não despertaram muita atenção —, sentiu-se profundamente abatido, o que o levou a interromper a produção de uma obra que planejava. Passou os dois anos seguintes em Bonn, na Alemanha, regressando à Inglaterra em seguida. Em 1832, entretanto, publica suas lições (as dez primeiras) ministradas enquanto era docente, sob o título *The Province of Jurisprudence Determined (A Delimitação do Objeto do Direito)*.

Austin falece no ano de 1859 e a publicação póstuma, entre 1861 e 1863, dos dois volumes de *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, deve-se a sua esposa Sarah Austin. Paradoxalmente, a espera (em nada proposital, mas decorrente de sua inaptidão para finalizá-las e publicá-las ainda em vida) de aproximadamente trinta anos para tornar públicos os escritos do autor, em muito contribui para a difusão de suas idéias, afinal a Inglaterra e seus juristas no ano em que ditou suas lições não as receberiam com tanto entusiasmo. Ao contrário, em 1861 a concepção do Direito como simples repetição dos pareceres e despachos dos advogados, havia dado lugar a um ensino jurídico muito mais rico, no qual o Direito havia se tornado uma disciplina

reconhecida pelas universidades, com exames de ingresso devidamente organizados, características culturais propícias para despertar o interesse em Austin.

No interregno de vinte e sete anos que transcorreu entre a publicação das suas primeiras lições até a sua morte, Austin escreveu, tão somente, dois artigos e um manifesto político dirigido contra a reforma eleitoral. Tal escassez produtiva deve-se ao fato de o autor escrever com grande dificuldade, revendo constantemente e com muito rigor seus escritos, e de ter se envolvido com algumas enfermidades, tais como depressões, crises nervosas e perda constante de sua auto-confiança. O sentimento recorrente aos juristas é que Austin fez pouco em vida, perto do que parecia capacitado a fazer — sem que com tal consideração se desmereça a relevância dessas obras.

Se comparado a Bentham, portanto, vê-se que a obra de Austin é bem menos extensa, pois se concentra, basicamente, nos dois trabalhos citados — *A delimitação do Objeto do Direito* e *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* —, obras hoje consagradas e que tornaram o autor mundialmente conhecido como o fundador da escola de jurisprudência analítica.

4.3

A teoria de John Austin. Alguma arquitetura.

4.3.1

Apresentação sistemática da obra *A Delimitação do Objeto do Direito*

As principais e mais conhecidas lições desenvolvidas por Austin estão nessa obra que, por sua vez, está contida na obra *Lectures*, consistente nas anotações das aulas que Austin proferiu em Londres. Como consequência, a estruturação dos escritos preocupa-se muito mais com a didática e facilitação do aprendizado dos alunos do que com a organização estrita de um tratado. A implicação para o presente estudo é que a análise do autor sobre as sanções não se encontra adstrita a um único fragmento da obra, pelo contrário, foi feita de modo esparso; o que torna útil uma apresentação metódica do seu conteúdo.

Em apertada síntese o intuito geral de Austin ao escrever a obra “era o de identificar o sentido próprio da teoria jurídica e, por conseguinte, do Direito” (Sgarbi, 2006, p. 2), o que o autor faz através de 10 lições, sendo que as últimas cinco foram reunidas em uma única, de modo que restaram seis lições.

Na primeira delas (Lição I) todos os esforços se voltam para a determinação da essência comum a todas as leis e, posteriormente, da natureza de um mandato, o que é feito, no primeiro caso, distinguindo as leis de Deus das leis humanas, e, no segundo, através de uma atividade descritiva na qual estabelece o significado dos termos úteis à compreensão de mandato — como, por exemplo, a sanção, que por guardar estrita relação com o conceito de dever, será determinante para a construção da teoria do Direito. O propósito evidente deste primeiro tópico é conseguir distinguir qual será seu campo de análise, isto é, identificar o que pode ser chamado de objeto do Direito.

A Lição II inaugura a análise e defesa por parte de Austin do princípio da utilidade (demonstrando que é mesmo herdeiro intelectual de Bentham), o que é feito para sustentar sua tese de que tal princípio é o único critério válido e capaz de trazer uma solução justa para o impasse sobre a obediência das leis divinas não reveladas.

Austin volta a deslindar o princípio na Lição III, ocupando-se da defesa do mesmo e de sua aplicabilidade no direito positivo, através do apontamento das principais objeções formuladas contra a utilidade e das respostas a estas. É também nesta lição que o autor examina como é possível conhecermos as regras morais às quais estamos socialmente obrigados a obedecer, distinguindo-as dos deveres e obrigações legais (que, apesar de se apresentarem também na forma imperativa, distanciam-se e criam nova ordem de regras quando estabelecem a possibilidade de vincular um dano ao descumprimento) o que é feito através do reconhecimento das sanções enquanto parte da essência dessas normas.

A Lição IV é dedicada a metodizar o significado do termo “moral” — tendo por substrato, mais uma vez, a premissa utilitarista de alcançar a satisfação geral a partir da satisfação individual —, bem como a diferenciar o direito positivo do direito natural; ao passo que na Lição V o autor se preocupa em diferenciar as duas classes fundamentais de leis humanas, as “leis propriamente ditas” das chamadas “leis impróprias”, demonstrando que as leis positivas (ou o verdadeiro objeto do Direito) se relacionam, por semelhança ou analogia, com alguns objetos — leis de Deus, regras de moral positiva que são leis propriamente ditas, regras da moral que são simples sugestões comportamentais e expressão de sentimentos relativos a condutas e as leis figuradas — e preocupando-se, ainda, em asseverar que distinguir essas espécies é o intento de sua obra.

Finalmente, a Lição VI tem como propósito desvendar os traços característicos das leis positivas, sendo o conceito de soberania imprescindível

para tanto, já que uma lei positiva somente pode ser assim chamada se for ditada por um soberano, aquele ser superior e determinado que não se submete a ninguém. Ademais, o conceito de soberania é útil à compreensão da expressão sociedade política independente, pois esta só se forma se composta por um soberano e súditos, sendo que esses últimos possuem o hábito de obediência ao superior, enquanto o soberano não é habitualmente obediente a ninguém. Também nessa lição as sanções cumprem um papel central, pois surgem na obra de Austin como o motivo primordial para obedecer aos deveres impostos pelo soberano.

Feitas estas ponderações, mister examinar os principais aspectos da teoria de direito austiniana, a fim de identificar em quais momentos a sanção aparece em destaque. O método expositivo consistirá em analisar na teoria austiniana o protagonismo exercido pelo soberano, os caminhos para se determinar o objeto do estudo do direito e, finalmente, as sanções.

4.3.2

Austin e o Soberano

As teses centrais de Thomas Hobbes foram apresentadas no capítulo 2 através do recurso à exemplificação, traçando um paralelo entre suas premissas e uma película, com a intenção de inserir o leitor nas bases e nos precursores da tradição analítica; enquanto a filosofia de Bentham foi esmiuçada no capítulo seguinte com a finalidade (dentre outras) de determinar o grau de influência que sofreu pela doutrina hobbessiana, bem como delimitar até que ponto foi preponderante para a construção teórica austiniana. Destarte, um estudo do significado de soberano para Austin, que se pretenda adequado, requer que revisitemos o conceito nos dois autores.

4.3.2.1

Hobbes e o soberano supremo

Em consonância com o que foi dito no capítulo 2, o autor de *Leviatã* consigna que o governo surge quando os indivíduos, impulsionados pela razão, buscam superar o desesperado estado natural de conflito e medo, em busca da maior paz e segurança possíveis. Cada um dos homens, todavia, somente opta por reconhecer um poder comum contanto que seu vizinho também o faça,

porque só o acatamento generalizado é capaz de conferir ao Estado em gestação a força necessária para o estabelecimento e posterior conservação da ordem. O consentimento dado pelos participantes do pacto é o fator que confere legitimidade estatal, fundando Hobbes um governo baseado no consenso e produto da racionalidade humana, dispensando, pois, qualquer referência à Deus. Conforme o próprio autor:

Estado instituído é quando uma multidão de pessoas concordam e pactuam que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles — ou seja, de ser seu representante —, todos, sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. (Hobbes, 2003, p. 132).

Algo, no entanto, deve ser notado quanto a esse pacto. O soberano não o assina; ele é fruto unicamente da vontade dos súditos por uma razão óbvia: quando o pacto é firmado a figura do soberano ainda não existe, somente surgindo em virtude e devido ao contrato. Em sendo externo ao pacto, é certo dizer que o soberano não assume as obrigações dele derivadas, mantendo-se alheio aos compromissos dos signatários.

Representado por um indivíduo (ou um grupo de indivíduos que compõe uma assembléia) que pode impor determinadas obrigações e cominar sanções ao descumprimento destas, sem que por isso possa ser punido, o soberano deve ter um poder ilimitado. A equação é simples: sem um governo, o destino dos homens é o estado de guerra; sem um governo forte e absoluto, tal destino não se altera. Isso porque se o soberano sofresse alguma limitação e tivesse que respeitar obrigações de qualquer ordem, haveria de ter alguém acima dele para averiguar esse respeito e, então, aquele denominado soberano não o seria, tendo em vista ser subordinado a alguém. E quem seria esse alguém, ocupado em fiscalizar o soberano? Certamente uma autoridade superior a ele, o que não é aceitável numa construção que pretende eleger não uma chefia escalonada, mas sim um soberano único. O fato é que um soberano que não detenha poderes imensos e indeterminados não merece tal alcunha e o resultado disso é a permanência dos homens no estado natural e beligerante.

Como detentor de poderes ilimitados o soberano tem muitas prerrogativas²; a principal delas é a de fazer leis — comandos que retiram sua força e

² “Quanto às características do poder supremo, são estas: elaborar e revogar leis, determinar a guerra e a paz, ter conhecimento e julgar as controvérsias, seja pessoalmente, seja por juízes

autoridade da vontade soberana, aos quais os homens são obrigados a respeitar (Conforme Hobbes, 2003, p. 197: “É evidente que a lei em geral não é um conselho, e sim uma ordem”) — sem se submeter às mesmas.

São três, principalmente, os pontos na definição de soberano feita por Hobbes que foram prestigiados por Austin: o soberano de ambos é um soberano único, com poder irrestrito em suas mãos, além do fato da norma jurídica ser derivada de seu ato de vontade suprema.

Não obstante a influência de Bentham (analisada a seguir) ser mais imediata na obra de Austin, não se pode negar que este reconhece sua dívida com Hobbes em virtude de toda a clareza empregada no desenvolvimento da idéia de um governo forte, baseado na razão, e que usa suas leis para criar e estruturar os deveres, as obrigações e as respectivas sanções, sempre no intuito de permitir o progresso e avanço da sociedade (Morrison, 2006, p. 254).

4.3.2.2

Bentham e o soberano utilitário

Já foi dito que Bentham encontrou no utilitarismo um princípio capaz de julgar a adequação de toda e qualquer conduta, de modo que toda sua concepção de direito se vê influenciada pela busca por tal ideal. A começar pelo método da legislação que deve se basear nas conseqüências malélicas que cada ato pode ensejar: comportamentos que produzam o mal devem ser evitados por serem danosos ao corpo social, e a única maneira de desestimular a prática dos mesmos é infligindo punição aos transgressores — a sanção é para Bentham a força vinculatória das regras, e, por conseguinte, o elemento que confere ao direito sua base racional.

Portanto, como a finalidade do Direito na concepção benthaniana é otimizar a felicidade total da sociedade e como a fonte criadora do direito é o soberano, a análise do respeito ao princípio reitor implica num exame dos feitos deste último. Como legislador ele é onipotente — assim como o era o soberano de Hobbes — não podendo haver, logicamente, qualquer limitação ao seu poder. Isso não impede, todavia, que se visualize na feitura das leis uma diretriz de cunho utilitário, que indica (sem obrigar) ao soberano quais ações e atividades devem ser reguladas e como isso deve ser feito. Ressalte-se, no entanto, que é

designados por ele; nomear todos os magistrados, ministros e conselheiros.” (Hobbes, 2004, p. 105).

relativa essa obediência ao princípio da utilidade, pois não impede que o legislativo aprove leis contrárias ao mesmo.

A crença ferrenha de Bentham na utilidade foi compartilhada por Austin — que dedica suas Lições III e IV à defesa do mesmo — o que aproxima ambos os escritores, mas, paradoxalmente, depois os afasta. Isso porque enquanto Bentham pugnava por reformas toda vez que detectava discrepâncias entre a ordem jurídico-social e o princípio da utilidade, Austin utilizava o mesmo princípio só que de forma a alcançar resultado diverso e mais conservador.

Bentham se questionava sobre o porquê dos males sociais e jurídicos permanecerem na estrutura da sociedade se ele próprio já havia demonstrado maneiras diversas de alcançar a maior felicidade para o maior número de pessoas. Sua resposta estava na certeza de que os governantes não estavam buscando a felicidade do maior número, ao contrário, privilegiavam interesses pessoais. Tal conduta é plenamente aceitável se praticada por indivíduos isolados, que realmente buscam sua própria felicidade; mas quando estes formam o governo torna-se impossível aceitar tal postura, uma vez que ela desvirtua a finalidade do governo. A solução para tal desvio seria mesclar governantes e governados, de modo a criar um autêntico governo do/e para o povo, o que culminaria numa democracia radical, limitada constitucionalmente e garantidora de direitos. Na visão de Bentham o utilitarismo exigia tal rejeição à monarquia e seus adornos, que podemos nos arriscar a dizer que sua visão de soberano é democrática.

É possível especular que Austin enquanto jovem comungasse dos mesmos ideais, mas que estes, com a maturidade, foram paulatinamente abandonados, até que ele concluísse pela impossibilidade de visualizar lógica defensável nas limitações constitucionais propostas pelo círculo intelectual de Bentham. Ademais, para defender a figura de um soberano ilimitado juridicamente, mas restrito pelos ditames da moral positiva e pelas leis de Deus, valeu-se do princípio da utilidade. Acreditava Austin, um utilitarista consumado, que a existência de referido princípio era suficiente para legitimar os atos do soberano, formando um verdadeiro governo de direito, em oposição ao governo de homens que Bentham parecia defender.

Vê-se, pois, que enquanto a utilidade indicava a Bentham a necessidade de reformas sociais e o aproximava de um constitucionalismo radical, o mesmo princípio parece funcionar em Austin como a razão de se manter o *status quo*, representado por um soberano com ares de despótico.

Tais considerações não abalam, evidentemente, a certeza de que Austin compõe a tradição jurídica da qual Hobbes e Bentham fazem parte, e que seu conceito de soberano foi edificado sob o cimento formado pelos seus precursores.

4.3.2.3

A construção do conceito de soberano em Austin

Em apertada síntese o soberano austiniano poderia ser descrito como sendo um indivíduo, ou um conjunto de indivíduos, que comanda sem restrições de cunho jurídico, e é habitualmente obedecido sem possuir o hábito de obedecer a ninguém. Tal construção pode ser reformulada a fim de explicitar seu conteúdo. Senão vejamos.

A primeira característica que se faz notar é a imprescindibilidade da individualização do soberano, uma vez que para Austin absurda seria a existência de um superior impassível de determinação. Se acaso os súditos, frente à indefinição sobre a figura soberana, perderem a localização da origem das ordens e comandos, a consequência esperável é a fragmentação do poder e dissolução da sociedade. É preciso, portanto, que o soberano seja sempre uma entidade “determinada”, corporificada em um único indivíduo ou em um grupo de indivíduos. Ressalte-se que a questão da determinação afigura-se como importante não só para garantir a identificação do ser supremo, como também para diferenciar as ordens jurídicas das emanadas da moralidade. Isso porque as jurídicas, por serem expressão de um desejo (o desejo do soberano, como veremos adiante), são sempre emitidas por uma entidade “determinada”, seja ela unitária ou coletiva; enquanto as ordens morais nada mais são do que “una opinión o sentimiento relacionado com un tipo de conducta mantenidos o sentidos por un grupo *indefinido* de personas o por un sujeto determinado” (Austin, 2002, p. 163. Grifo nosso).

Além de determinado, o soberano deve ser único, pois, se assim não fosse, a sociedade se encontraria em um estado de natureza ou anárquico, ou então dividida em duas ou mais sociedades. Conclusivamente, nas palavras do autor: “(...) la obediencia habitual debe prestarse a *una misma y única* persona determinada, o cuerpo determinado de personas” (Austin, 2002, p. 202. Com grifos no original).

O segundo elemento que podemos extrair do conceito de soberano de Austin é a habitualidade da obediência por parte da sociedade. Isso importa

dizer que essa entidade única e determinada deve ser obedecida usualmente; qualquer ato isolado e espaçado de submissão não satisfaz o rigor austiniano, pois a sujeição que a relação requer depende de um permanente e sempre renovado respeito às ordens – algo que não se conquista com uma obediência meramente eventual. O hábito de obedecer é, pois, importante para definir uma sociedade política independente: um grupo de pessoas específico só pode ser assim chamado quando formado por um soberano que é habitualmente obedecido e por seus súditos que habitualmente o obedecem. Conforme frisa o próprio Austin, em determinados momentos históricos pode acontecer que autoridades de alguns Estados assumam temporariamente o comando em outros Estados que não sejam os seus. Em casos como estes, ainda que a população obedeça às suas ordens não é possível dizer que seu conjunto constitui uma sociedade política independente. O exemplo citado por Austin explicita bem tal situação:

En 1815 los ejércitos aliados ocuparon Francia, y mientras duró la ocupación los mandatos de los soberanos aliados fueron obedecidos por el gobierno francés, y por mérito de él, por todo el pueblo. Pero como los mandatos y la obediencia fueron relativamente ocasionales y transitorios, no fueron suficientes para constituir la relación de soberanía y sujeción entre los soberanos aliados y los miembros de la nación invadida. A pesar de los mandatos y de la obediencia, el gobierno francés y sus súbditos formaban una sociedad política independiente de la que los soberanos aliados *no* constituían la parte soberana (Austin, 2002, pp. 200-201).

Há que se dizer, entretanto, que referido hábito deve ser dirigido ao soberano pela maioria dos membros da sociedade, sob pena de não se ter um governo reconhecido como tal: “Para que una sociedad determinada pueda formar una sociedad política, la obediencia habitual debe prestarse por al *generalidad* o *grueso* de sus miembros a un superior común y determinado” (Austin, 2002, p. 202. Com grifos no original).

Das afirmações anteriores, deduz-se facilmente que o reconhecimento do hábito de obediência é imprescindível para a caracterização do soberano. Nosso autor, entretanto, dá à expressão mais uma função em sua teoria do direito na medida em que a utiliza para desconstruir as teses contratualistas de que é o contrato que dá origem a sociedade civil, taxando-as de ficção desnecessária e inútil.

Primeiramente não há como conceber um pacto senão como uma convenção que retira sua eficácia de uma lei positiva, pois de outro modo seu insucesso seria patente, na medida em que nenhum pacto fictício (não fundado em fatos reais) seria capaz de obrigar alguém a algo. Do reconhecimento de que

uma lei estabelecerá o dever do pacto surge outra dificuldade, agora relativa a própria idéia que se faz de soberania. Se o soberano também é um dos pactuantes, será vinculado pelo pacto como todos os contraentes. Só que o autor não aceita a possibilidade do soberano se sujeitar juridicamente ao pacto, pois isto importaria na sua descaracterização enquanto superior já que subordinação é algo próprio aos súditos. E isso não é só; ainda há a objeção acerca dos súditos subseqüentes deverem obediência ao estabelecido pelos originários, bem como os soberanos posteriores restarem vinculados ao pacto formado por outros, situação que Austin enxerga como absurda.

Em suma, a teoria do pacto civil é rechaçada porque Austin que, sempre pragmático, crê na possibilidade de justificar as causas da obediência ao governo pelos súditos de maneira mais empírica, através, por exemplo, da análise do hábito de obediência — algo que pode ser comprovado mediante a experiência, ou seja, passível de verificação.

Entretanto, a sociedade política independente só se forma se, ademais de todos os requisitos acima listados, somar-se o seguinte: a ausência do hábito de obediência do soberano a qualquer outro superior. A influência passageira que porventura sofra por determinado sujeito, ou pela opinião dos súditos, não é suficiente para descaracterizar sua soberania. Esta somente se inviabiliza com a subordinação habitual do soberano a um superior, tendo em vista a impossibilidade de se reconhecer como independente uma sociedade política que se sujeite de forma reiterada a uma vontade externa.

Isso posto, pode-se dizer que constatadas faticamente as condições acima mencionadas estaremos frente a uma sociedade que possui um soberano³.

Quais são os fundamentos desse poder alcançado pelo soberano é questão que não interessa à teoria austiniana, afinal, o soberano é concebido de forma meramente empírica. Tal posicionamento gerou, evidentemente, críticas, em razão de não ser capaz de sobreviver ao questionamento referente à continuidade das normas jurídicas em casos de sucessão de soberanos, nem mesmo de determinar qual o fundamento da legitimidade de um novo soberano enquanto o hábito de obediência não se difunde entre os súditos. Como salientou Hart:

³ O autor vê a sociedade política independente como a junção de duas categorias bem distintas de membros: de um lado temos os súditos e de outra exclusivamente o soberano. Só que o autor não vislumbra uma única feição para tal governo, pois além da óbvia perspectiva monocrática, aceita a apresentação do governo na forma colegiada — quando teríamos então uma aristocracia, que, em Austin, podem ser de três tipos, a depender do número de participantes do governo, quais sejam, a oligarquia, a aristocracia, e a democracia.

(...) a idéia de obediência habitual é incapaz, por dois modos diferentes, embora relacionados, de dar conta da continuidade que se observa em qualquer sistema jurídico normal, quando um legislador sucede a outro. Em primeiro lugar, os meros hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer *direito* à sucessão do anterior e a dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao legislador antigo não pode, por si própria, tornar provável, ou fazer de algum modo presumir, que as ordens do novo legislador serão obedecidas (Hart, 1994, p. 64).

Em Austin a explicação dos sistemas jurídicos é dependente da demonstração do hábito geral de obediência, logo, qualquer alteração da figura do soberano e o ainda inexistente hábito de obedecer a este novo soberano criam um lapso temporal em que os novos comandos não se caracterizam como normas jurídicas⁴.

A essa altura já é possível perceber que identificado o soberano, resta aos demais componentes da estrutura social o papel de súditos – conceito este dependente e obtido por exclusão. Se soberano é quem é habitualmente obedecido pelos súditos, estes últimos são justamente os que obedecem àquele com habitualidade. A existência de referida dependência conceitual entre as duas categorias poderia nos levar a acreditar que Austin se utiliza de uma definição circular e pouco esclarecedora na medida em que o termo a ser definido compõe a definição (soberano é soberano porque não é súdito, que por sua vez é súdito porque não é soberano). O intuito do autor, entretanto, é mais singelo: demonstrar a relação de domínio que une os dois componentes sociais, explicitando a superioridade do soberano e a conseqüente inferioridade dos súditos. Isso porque estes últimos indivíduos podem, inclusive, possuir propensão e vontade de comandar, mas como não têm meios de exigirem o cumprimento de suas ordens e de se eximirem do respeito a qualquer outra, só estão aptos a obedecer.

A relevância em conceituar a soberania para Austin será reafirmada no estudo dos tópicos seguintes, como conseqüência da percepção de que este é um dos conceitos centrais de sua teoria, do qual muitos outros são corolários.

⁴ De acordo com a proposta hartiana, contida em sua obra “O conceito de direito” (Hart, 1994, p. 64), para que as ordens dadas pelo sucessor sejam vistas como direito e, conseqüentemente, obedecidas, deve ter havido uma prática social mais complexa; deve ter havido a aceitação de uma regra, de acordo com a qual o novo legislador faz jus à sucessão. A solução dada por Hart é que seja pressuposta uma regra que determine as condições da sucessão. A pressuposição desta regra invalida a concepção austiniana de que o direito é direito porque é um comando emitido pelo soberano e porque é habitualmente obedecido pelos súditos; uma norma seria considerada jurídica tão somente se satisfizesse as condições contidas em tal regra.

4.3

O objeto de estudo do Direito

A circunstância do superior austiniano não se sujeitar à ordens de qualquer espécie enseja uma importante conclusão: estamos novamente, assim como em Hobbes e Bentham, ante um soberano de poderes ilimitados, com capacidade ampla para legislar. Afinal, acaso houvesse uma restrição esta teria sido imposta por uma autoridade superior ao soberano, capaz de fiscalizar o seu acatamento. Só que nos termos propostos por Austin tal autoridade não pode existir, pois sua presença implicaria na negação da figura do soberano; destarte, ou se aceita a imensa e ilimitada possibilidade de legislar do soberano ou todo o esquema fica comprometido. A subordinação do soberano a algum outro poder foi chamado por Austin de contradição nos termos:

De la diferencia específica de una ley positiva y de la naturaleza de la soberanía y de una sociedad política independiente se sigue que el poder de un monarca propiamente dicho o el poder de un cuerpo soberano con respecto a su capacidad soberana y colegiada no es susceptible de limitación *legal*. Un monarca o cuerpo soberano obligado por un deber legal estaría sujeto a un soberano más importante o superior; es decir, un monarca o cuerpo obligado por un deber legal sería soberano y no soberano al mismo tiempo. Un poder supremo limitado por la ley positiva es una clara contradicción en los términos (Austin, 2002, p. 249).

Tal conjunto de leis impostas pelo soberano aos seus súditos foi denominado por Austin de “direito positivo”. Frise-se, entretanto, que identificar esse grupo de normas não é tarefa simples, na medida em que o vocábulo ‘lei’ se confunde comumente com outros objetos com os quais se relaciona tão somente por semelhança ou analogia. Ocorre com o vocábulo “lei” o mesmo que Wittgeinstein assinalou a propósito dos vários sentidos da palavra “jogo”: todos têm uma semelhança que justifica a utilização de uma única e mesma palavra para designá-los, no entanto, é muito difícil englobá-los numa definição comum.

O objetivo da primeira lição de Austin, como mencionado anteriormente, é exatamente este: evitar as dificuldades decorrentes dessa confusão que a amplitude do conceito “lei” gera, o que será feito através da delimitação do objeto do direito, que implica uma distinção preliminar entre as espécies de leis.

A princípio poder-se-ia dizer que “lei” é uma “regla para guiar la conducta de un ser inteligente puesta por otro ser inteligente que tiene poder sobre él” (Austin, 2002, p. 33). É de se notar, porém, que nesta definição se encaixam infinitas variedades de regras, o que ensejou uma delimitação mais específica, capaz de definir com propriedade o que é o objeto do direito. Para por fim a sua

preocupação analítica em conhecer o objeto de seus estudos Austin deu cabo à imprecisão ao efetivar a separação entre “leis propriamente ditas” e “leis impropriamente ditas”. A primeira expressão registra tanto as leis colocadas por Deus às criaturas humanas, como também as leis postas por homens dirigidas a outros homens — que são as leis positivas —, enquanto a segunda designa as leis anômalas, as leis por analogia e as leis por metáfora.

Para Austin existe um conjunto de objetos denominados constantemente (mas impropriamente) de “leis” que se não for devidamente identificado acarreta a imersão do direito em um complexo e confuso sistema de regras, no qual não haveria um enunciado capaz de exprimir simultaneamente, e de forma completa, todos os componentes. Daí a necessidade de proceder a uma rearticulação dos elementos, a fim de identificar quais, de fato, merecem tal denominação.

Os elementos que mais facilmente podem ser identificados como pertencentes a esse conjunto são as “leis”, assim denominadas em sentido meramente metafórico, decorrentes de uma analogia com o objeto do direito que Austin chamou de fraca ou débil. Resultantes de conseqüências naturais que independem da vontade humana para ocorrerem, tais fenômenos não podem ser taxados de leis — seja porque incontroláveis pela racionalidade humana, ou em virtude de não haver sequer uma mínima possibilidade da vontade humana influir na referida “lei”, para modificar seu resultado. Um exemplo elucidativo é a “lei” que afirma a dilatação como conseqüência do aquecimento dos corpos metálicos. Austin (2002, p. 35) lista como “leis em sentido metafórico” as seguintes: as que regulam o crescimento ou deteriorização dos animais, as observadas pelos animais inferiores, e, finalmente, as que determinam o movimento dos corpos inanimados e das massas.

Mas a analogia com as leis propriamente ditas (que serão examinadas a seguir) nem sempre é fraca. Quando analisamos as chamadas “leis” da moda, as honorárias, as “leis” internacionais e as idéias comuns entre os homens resultantes da moral positiva, percebemos que estamos frente a regras postas e reforçadas pela opinião difundida entre os homens acerca de determinado assunto. Tais regras não são de observância obrigatória e não sujeitam o infrator a punições estatais, afinal o Estado não incomodará ninguém que se vista em descompasso com as tendências da estação, ou que não tenha retirado o chapéu para sentar-se à mesa durante uma refeição. Tal desinteresse frente ao usual descumprimento destas regras decorre exatamente da característica que as diferencia das leis humanas propriamente ditas: somente estas últimas são

elaboradas e postas pelo soberano e ensejam, conseqüentemente, atenção quanto a sua observância.

Vê-se, portanto, que o principal critério diferenciador das leis propriamente ditas das nominadas impróprias, é o agente formulador da regra. Para Austin, sempre que uma diretriz for formulada por Deus ou pelo soberano, pode-se tê-la como lei. Mas, ainda que ambas possam ser classificadas como leis no sentido austiniano, por ser a fonte produtora tão diversa, possuem diferenças intrínsecas. Vejamos primeiramente as leis divinas e, após, os caracteres elementares das leis humanas que, como conjunto, compõem o objeto do Direito.

As leis divinas emanam do único poder verdadeiramente absoluto e simples, que é o de Deus (já que as demais relações sociais são estabelecidas tendo por base a dualidade de perspectiva que as torna instáveis e mutantes, haja vista ser facilmente perceptível a mudança de papéis que o desvio de foco pode acarretar: um mesmo indivíduo é simultaneamente súdito de um soberano, portanto inferior a ele, e superior com relação a este mesmo soberano se mudarmos a ótica para o poder latente que a multidão exerce sobre esse último, que deverá domar o uso de sua força com o intuito de preservá-la). De acordo com Austin tais leis podem ser reveladas aos homens (“Son mandatos expresos; fragmentos de las palabra de Dios, mandatos que se manifiestan a los hombres por médio del lenguaje humano y que se espresan directamente por Dios o por los siervos que envia para anunciarlos”, Austin, 2002, p. 56) ou não, quando então somente se tornarão conhecidas através do princípio da utilidade. Afinal, se Deus é benevolente e deseja a felicidade de todos os homens só as ações humanas tendentes a alcançar tal fim são consentâneas com a vontade divina implícita. Para descortinar quais são os comportamentos tendentes a potencializar a felicidade geral, Deus nos deu faculdades de tecer prognósticos acerca de nossos atos, de modo que basta observar e racionalizar uma ação para desvendarmos a tendência dela em ser socialmente útil, e, conseqüentemente, compatível com os mandatos tácitos divinos.

Diferentemente dos deveres impostos por homens, tais leis estabelecem deveres divinos, que, se violados forem, conferem ao comportamento a qualidade de pecado e culminam em sanções de caráter exclusivamente religioso, consistentes em malefícios ou danos que podem recair sobre o indivíduo no presente ou no futuro, como conseqüência da vontade direta de Deus em castigar a infração de suas ordens.

A importância do reconhecimento das leis divinas reside na circunstância de serem o cânon ou parâmetro de todas as outras leis do ordenamento, ao qual estas últimas devem necessariamente se ajustar, além de serem consideradas leis no sentido estrito da palavra — que, juntamente com as leis emanadas do soberano, compõem o conjunto de leis propriamente ditas.

O intuito primordial de John Austin ao proceder a essa enumeração analítica das espécies de regras existentes, identificando-as devidamente, foi encontrar o verdadeiro objeto do qual o operador do direito deve se ocupar. E esse objeto, vê-se, não se forma pelas “leis” impropriamente ditas, nem pelas divinas. A delimitação adequada do campo de atuação do direito requer que identifiquemos quais são, então, as regras passíveis de serem taxadas de leis.

Em virtude da já mencionada centralidade do conceito de soberano na teoria de Austin, pode-se dizer que o critério definidor de uma regra como lei positiva encontra-se na origem da norma. Se ela foi produzida por uma pessoa soberana (ou por um corpo de pessoas soberano) a uma outra pessoa (ou a um grupo de pessoas) que se encontra em estado de sujeição e obediência em relação ao elaborador, é porque ela é uma lei e compõe o direito positivo. Nos dizeres do autor:

Para explicar los caracteres distintivos de las leyes positivas, debo analizar el término soberanía, el término correlativo sujeción y la expresión, unida de manera inseparable a los términos precedentes, *sociedad política independiente*. Porque la diferencia esencial de una ley positiva (la diferencia que la separa de una ley no positiva) puede señalarse así: toda ley positiva, o toda ley así llamada simplemente y en sentido estricto, es establecida por una persona o cuerpo soberano a uno o más miembros de la sociedad política independiente en la que tal persona o cuerpo es soberano o superior; o (en otros términos) es establecida por un monarca o cuerpo soberano para una o más personas que se encuentran en un estado de sujeción con respecto a su autor (Austin, 2002 p. 142).

Ademais, afirma o autor que “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 mandatos” (Austin, 2002, p. 36. Grifos no original), isto é, toda lei guarda em si uma ordem. Isso porque todo aquele que formula ou declara um desejo para que outro indivíduo faça ou se abstenha de fazer alguma coisa e, frente à não satisfação desse desejo, possa infligir um dano ao transgressor, está, em verdade, formulando uma ordem. Para definir com clareza este conceito, Austin afirma que ele pode ser desdobrado em seus três elementos, quais sejam, as noções de desejo, comunicação do desejo e dano. Por desejo entenda-se a manifestação volitiva emanada de um ser racional e dirigida a outro ser racional para que faça algo ou

deixe de fazer algo. Por comunicação do desejo entenda-se a manifestação da vontade, que deve encontrar algum signo ou palavra que a transmita e, finalmente, o dano afigura-se como a consequência da desobediência ao desejo daquele que emite o comando.

Em síntese, toda lei requer, para fazer jus a tal designação, que sejam observados alguns pressupostos: ter sido elaborada por uma pessoa (ou por um grupo destas) que seja soberana; que signifique a enunciação de um desejo desse sujeito superior e que se ligue a uma possibilidade de aplicação de um dano ante ao desrespeito.

4.4

John Austin e as sanções

4.4.1

Introdução

A opção por iniciar o capítulo com uma exposição acerca da teoria de John Austin justifica-se não só pela tentativa de apresentar as linhas mestras capazes de guiar o estudioso do autor pelos conceitos elementares, bem como pela necessidade de indicar o quanto a compreensão da importância atribuída ao conceito de sanção é tarefa que começa pela percepção da ligação e dependência conceitual que paira sob os termos “comando”, “soberano”, “dever” “obrigação” e “sanção”.

Pretendeu-se, pois, nos itens anteriores, fornecer subsídios teóricos suficientes para que, a esta altura, seja possível compreender-se amplamente a afirmação de que Austin é um imperativista e que sua concepção de direito baseia-se em comandos, podendo ser resumida de forma simples e clara: se uma norma (N) pertence a um ordenamento jurídico determinado (OJ), certamente sobre esta podemos observar que foi enunciada pelo soberano — consubstanciando a manifestação de um desejo dele — e, por encontrar-se acompanhada de uma sanção, reveste-se de obrigatoriedade.

Tal formulação parece apontar, fundamentalmente, para um aspecto da sanção, qual seja, o de compor, juntamente com o desejo do soberano, os comandos. Há, porém, a possibilidade de, numa análise mais acurada do instituto, vislumbrarmos uma nova perspectiva para as sanções: ademais de estruturalmente serem parte essencial das ordens, seriam também importantes

razões para, através da ameaça que constituem àquele que transgride a norma, alcançar maior obediência ao Direito. A viabilidade de analisarmos as sanções nessa dupla perspectiva, bem como a necessidade de identificarmos seus caracteres fundamentais — diferenciando-a de outros institutos jurídicos — e concluindo por sua imprescindibilidade na estrutura jurídica que Austin criou é o propósito dos itens a seguir.

Parece mais adequado dedicar a primeira parte do estudo à análise estrutural das sanções, para posteriormente dedicar a atenção a idéia de que estas teriam algum conteúdo psicológico, para, ao final, analisar as críticas que o autor sofreu relativamente a formulação de sua estrutura jurídica.

4.4.2

A inafastável correlação dos termos comando, dever e sanção

Já se cogitou que em Austin as sanções podem ser estudadas sob dois focos: o estrutural e o funcional.

Quanto ao primeiro pode-se aduzir que as normas jurídicas se formam da junção da vontade do soberano com uma sanção — consistente na imposição de um dano frente ao descumprimento do disposto segundo o desejo do soberano acerca da realização (ou não) de determinada conduta. A esta altura é fácil concluir que a sanção é parte essencial da idéia de Direito de Austin na medida em que apresentou sua teoria do Direito como um sistema conjugado de desejos do soberano, dever de obediência dos súditos e sanções, sendo que a combinação desses três elementos culmina na noção de comando e o Direito, em última análise, é um conjunto destes. Segundo o autor:

(...) mandato, deber e sanción son términos inseparablemente relacionados: cada uno implica las mismas ideas que los otros, aunque cada uno se refiere a ellas en un orden o en una sucesión particular. Un deseo concebido por un sujeto y expresado o manifestado a otro, junto a un mal que se inflige y se sufre en el caso de que el deseo non sea atendido, constituyen el significado directo o indirecto de alguna de las tres expresiones. Cada una de ellas es un nombre distinto de la misma noción compleja (Austin, 2002, p. 40).

Conforme se vê, o primeiro elemento que merece atenção na estrutura jurídica austiniana é a noção de comando. Isso porque alguns estudiosos quando se põem a analisar a obra de Austin costumam utilizar o conceito de forma indiscriminada, designando duas ordens de coisas distintas: tanto a palavra é empregada para designar o sentido de uma norma jurídica (comando seria o somatório entre o desejo do soberano e a ameaça de sanção), como

também para indicar o próprio desejo do soberano. Carlos Santiago Nino, afirma que:

Toda norma jurídica es un mandato u orden, o sea una expresión del deseo de que alguien se comporte de determinada manera y de la intención de causarle daño si no se conduce de conformidad con el deseo (Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, apud Chagoyán, 2004, p. 78).

Certamente quando o autor assim se expressa está se referindo ao comando enquanto uma norma jurídica — caso em que se pressupõe a sanção. Situação diversa se dá quando Hart se utiliza do termo, pois ao fazer uso da expressão “comando” remete-se não mais à norma completa, mas a uma parte dela: o desejo do soberano. Nesta interpretação vê-se, claramente, que a sanção não compõe o conceito, mas se agrega a ele para dar-lhe sentido e funcionalidade. Nas palavras de Hart:

Esta teoria consiste na pretensão de que a chave da compreensão do direito se encontra na noção simples de uma ordem baseada em ameaças, que o próprio Austin denominou “comando” (Hart, 2002, p. 20).

Essa ambigüidade no uso do termo por parte dos comentadores de Austin decorre, muito provavelmente, do fato da duplicidade de significados também ser perceptível nos textos do nosso autor. Em determinados momentos Austin assinala que dever e comando são termos co-extensivos, o que nos indica estar equiparando comando à norma jurídica a fim de concluir que haverá dever toda vez que o desejo provenha do soberano e esteja garantido por uma sanção. Quando, de outra forma, o termo dever é relacionado com a expressão comando (significando agora um desejo do soberano), pode-se dizer que ele não atribui ao primeiro o caráter de verdadeiro e genuíno dever, haja vista ser decorrente de uma obrigação imperfeita (ou não obrigação) na medida em que o desejo do soberano não possui o respaldo da sanção.

Ao definir sanção a confusão não se dissipa. Vejamos:

El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandato, o (si se usa una expresión equivalente) en el caso de trasgresión de un deber, se llama generalmente *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia*; en otros términos, se dice que el mandato o el deber son *sancionados* o *impuestos coactivamente* por la posibilidad de sufrir un daño (Austin, 2002, p. 37).

Toda sanción propiamente dicha es un mal eventual que está *unido a un mandato*. Todo mal eventual puede operar como *motivo* de la conducta: pero, a menos que la conducta sea ordenada y el mal esté unido al mandato con el fin de exigir la obediencia, el mal no es una *sanción* en el sentido propio del término. Todo deber propiamente dicho presupone un *mandato* por el que es creado. Pues toda sanción propiamente dicha es un mal eventual que está *unido a un mandato*, y el deber propiamente dicho es el expuesto a males de ese tipo (Austin, 2002, p. 144).

No primeiro trecho, o autor equipara comando a norma jurídica ao dizer que da desobediência decorrerá a imposição de sanção, enquanto no segundo há, a princípio, uma inversão dessa idéia — na medida em que ele preceitua ser necessário anexar à sanção a um comando — e um retorno à concepção inicial quando afirma que a cada dever corresponde um comando (norma) que o cria.

Em que pese toda a confusão que reveste o conceito, parece mais razoável definir comando como a junção de um desejo do soberano com a ameaça de aplicação de dano advinda da sanção. Ressalte-se, todavia, que também estes dois outros termos merecem cuidadosa análise, haja vista não serem todos os desejos do soberano efetivos comandos e por não serem todos os castigos, sanções.

Um comando, enquanto expressão do desejo do soberano, distingue-se de outras manifestações de vontade não por seu caráter imperativo, pois ambos, em regra, se revestem de tal característica, mas sim pela intenção do emitente do desejo de infligir um dano àquele que não satisfaça a expectativa, bem como por possuir poderes para tanto. É possível, ainda, que na forma de um pedido, desprovido de qualquer autoritarismo, se expresse um comando, caso se queira (e se possa) produzir dano ao violador. Conclui o autor:

Un mandato es, por consiguiente, la manifestación de un deseo. Pero hay una peculiaridad que lo hace distinguirse de otras manifestaciones de deseos: que aquel al que se dirige esté expuesto a un daño por parte del otro en el caso de que no cumpla con su deseo (Austin, 2002, p. 37).

Por seu turno, as sanções não se reduzem na obra austiniana a mera violência física, pois, não obstante ambos conceitos trazerem consigo, associada, a idéia de dor e sofrimento, podemos identificar a nota que distingue a sanção de uma mera compulsão física: a existência de um dever. Quando um indivíduo obriga-se a algo sabe estar sujeito à imposição de um mal acaso desobedeça a ordem, possuindo, evidentemente, a possibilidade de escolha entre o cumprimento de seu dever e o conseqüente afastamento do dano ou a desobediência ao dever e a assunção de suportar o castigo previsto para a violação. Pressupõe-se, pois, que toda obrigação traz em si uma possibilidade, ainda que eventual, de descumprimento, sendo tal característica o que garante aos indivíduos a liberdade de optar por escapar do mal ou aceitá-lo como corolário da malsinada ação, ou seja, a submissão à sanção depende do próprio agente e suas escolhas.

Por outro lado, existem castigos dos quais o sujeito não se livra por sua vontade, visto estar materialmente impossibilitado de evitá-los, o que, sem

dúvida, nos impede de chamá-los de sanções. O exemplo utilizado por Austin é bastante esclarecedor: se uma pessoa se encontra encarcerada em uma prisão, possuindo, todavia, a chance real de fuga deve, antes de optar por fugir, conscientizar-se de que essa ação é contrária ao desejo do soberano e está vinculada a uma sanção. Se há a obrigação de não fugir, encontra-se o preso ante uma possibilidade — já que pode decidir pela fuga caso concorde em arcar com a aplicação de um provável castigo, ou manter-se inerte caso não deseje se sujeitar sequer à probabilidade de um dano — o que deposita no próprio sujeito a responsabilidade por seus atos, afinal se uma sanção for aplicada esta decorre exclusivamente de uma escolha pessoal e livre⁵ (Chagoyán, 2004, p. 90). Diferente é a condição daquele que não tem nenhuma chance de fuga, pois este não experimenta nem mesmo o direito a especular se desobedeceria ou não a regra; está fadado ao cumprimento (suponhamos porque está devidamente amarrado) da mesma.

Concluindo, como visto acima, a sanção é a reprimenda provável anexada à vontade do soberano, sendo que sua imposição não existe autonomamente; é absolutamente dependente da opção que o súdito faz entre transgredir ou não. A aplicabilidade da sanção sujeita-se, pois, à discricionariedade dos agentes que através de suas vontades livres e conscientes farão a escolha entre um atuar conforme e um agir proibido, sabendo-se que somente este último comportamento, caso eleito, dará lugar à punição. Por outro lado, naqueles casos em que a escolha sobre a restrição física não é do agente, em virtude da existência de um estado de imposição que inviabiliza a opção, a causação de um dano não será considerada como aplicação de sanção, exatamente porque esta só tem lugar nas hipóteses em que um dever jurídico tenha sido violado.

Definidos os conceitos, é intuitivo concluir pela inseparabilidade destes três termos — comando, dever e sanção — na teoria austiniana. De fato, parece ser impossível pensar em ordens emanadas do soberano que não instituem deveres de obediência, tanto quanto pensar em deveres que não se apóiam no medo gerado pela possibilidade de infligir sanções para otimizar o cumprimento. E é exatamente dessa interligação entre os conceitos que começa a se delinear o lugar de destaque ocupado pela sanção, que, com as considerações dos próximos itens, irá se tornar claro.

⁵ Segundo Austin “La intención de seguir un determinado curso de acción es la única ley o regla que un hombre puede imponerse a sí mismo” (Austin, 2002, p. 180).

4.4.3

A estrutura das sanções

Nos parágrafos precedentes foi colocada a origem de todas as leis positivas na vontade do soberano. Foi dito também que essa vontade se manifesta através de comandos e que estes, para evitar que sejam vítimas de um atordoante descumprimento — o que culminaria na percepção por parte dos súditos da desnecessidade da figura do soberano — deverão ser guarnecidos e amparados por uma punição, aplicável a quem seja recalcitrante em obedecer.

Vê-se, pois, que conhecer a estrutura das sanções é imprescindível para a plena compreensão da composição teórica de Austin, de forma que tomaremos como ponto de partida alguns fragmentos da obra *A delimitação do objeto do direito*, abaixo citados, para destacar algumas notas características que possibilitem não só distinguir a sanção de outros conceitos, como também explicar esse instrumental que garante obediência às comunicações feitas pelo soberano. Afirma nosso autor que:

El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandado, o (si se usa una expresión equivalente) en el caso de trasgresión de un deber, se llama generalmente *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia*; en otros términos, se dice que el mandado o el deber son *sancionados o impuestos coactivamente* por la posibilidad de sufrir un daño (Austin, 2002, p. 38. Com grifos no original).

Desta primeira citação pode-se extrair três notas definidoras da sanção, quais sejam: ser a sanção um *dano*, com *probabilidade* de ser aplicado, ante a *desobediência*.

Austin nos apresenta uma quarta característica das sanções, a saber, a de funcionar como uma ameaça. Pode-se deduzir isso, a partir da leitura de passagens em que, segundo o autor: “La virtud vinculante de una ley reside en la sanción que la acompaña” (Austin, 2002, p. 180), uma vez que, lembrando seu posicionamento:

Cuanto mayor sea el daño eventual y cuanto mayor sea la probabilidad de su imposición, mayor será la eficacia del mandato y la fuerza de la obligación; dicho de otro modo, mayor será la probabilidad de que el mandato sea obedecido o que el deber no sea incumplido” (Austin, 200, p. 38).

Finalmente, na passagem “Toda sanción propiamente dicha es un mal eventual que está unido a un mandato” (Austin, 2002, p. 144), identifica-se a derradeira nota: a *eventualidade*. Vejamos o que significam cada uma destas.

4.4.3.1

O Dano

Quando nos adverte ser a sanção um dano, quer o autor deixar claras, desde logo, três coisas: 1) não é qualquer dano que recebe a alcunha de sanção — afinal já foi dito que a simples violência de um ato ou um castigo físico não é um dano, na medida em que não encontra suporte numa norma jurídica; 2) há uma relação proporcional entre a intensidade, a severidade do dano e o cumprimento dos deveres — quanto mais grave e rigoroso é o dano estabelecido para determinada ordem, maior será o cumprimento a esta, conforme veremos quando da análise do aspecto funcional das sanções; 3) o dano será sempre um mal causado pelo soberano — não se vislumbrando, portanto, em hipótese alguma, a possibilidade de recompensas ou prêmios serem consideradas sanções.

Sobre o apontamento de número três Austin foi explícito⁶ ao asseverar que existem autores conceituados — e por ele admirados, como Locke e Bentham — que se equivocam gravemente quando se valem do termo sanção para referirem-se tanto ao possível mal a ser aplicado quanto ao possível bem, isto é, quando utilizam o termo sanção para designar coisas distintas: os castigos e os prêmios.

A incompatibilidade entre a idéia austiniana de comando, posta nos itens precedentes, com a previsão de prêmios para seu cumprimento é intuitiva. Isso porque a observância das ordens contidas nos comandos é dependente do medo que aflige os súditos de sofrerem um provável mal, nunca da possibilidade de obterem alguma recompensa. É óbvio que prêmios motivam os indivíduos a atuarem de certa maneira, mas motivar é algo bem diverso de obrigar; o ser humano pode se sentir motivado e inclinado a fazer algo acaso a não feitura gere dano ou traga a esperança de ganhar uma recompensa, mas só se sente devidamente obrigado ou compelido a fazer determinada coisa quando há a probabilidade de sofrer um mal. Além disso, as sanções positivas guardam uma idéia de permissão, visivelmente incompatíveis com as noções do autor sobre soberano, comando e dever. Diz Austin:

⁶ “Algunos autores célebres (Locke, Bentham y creo que también Paley) aplican el término *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia* tanto al posible mal como al posible bien: tanto al castigo como a la recompensa. Sin embargo, a pesar de mi constante admiración por Locke y Bentham, creo que esta extensión del término está preñada de confusión y perplejidad” (Austin, 2002, p. 39).

Los premios son, sin duda, *motivos* para cumplir los deseos de otros. Pero hablar de mandatos y deberes como *sancionados* o *impuestos* por recompensas, o al hablar de recompensas que *obligan* o *constríen* a la obediencia, es seguramente una desviación del significado establecido de tales términos (Austin, 2002, p. 39).

Poderíamos cogitar, todavia, numa obrigação para o funcionário que oferecer o prêmio de efetivá-lo, pois, segundo Austin, “(...) la parte imperativa de la norma está dirigida a quien se le exige otorgar la recompensa” (Austin, 2002, p. 39).

4.4.3.2

A probabilidade

Dando continuidade a verificação dos elementos componentes das sanções não se pode olvidar que a probabilidade é um deles, afinal sanção é um dano que se pode evitar. Como a ordem do soberano se faz sentir através de um comando com o qual o sujeito mantém uma relação simultaneamente de subordinação e de liberdade — já que está obrigado, mas ao mesmo tempo livre para optar entre cumpri-lo e se livrar do mal previsto ou não cumprir e suportar as conseqüências — a imposição de sanção ante a desobediência é somente provável e não certa.

Nesta relação do indivíduo com a ordem contida na norma, só uma coisa é certa: a existência da cominação de um dano vai ser uma razão para ele não oferecer resistência ante o ordenado, vai cumprir com a função motivadora em que o aspecto funcional das sanções se baseia.

4.4.3.3

A desobediência

Por seu turno afigura-se a desobediência como a condição necessária e suficiente para que se dê aplicação à sanção: todo aquele que não obedece é um homem injusto e merece ser sancionado. Mister, todavia, analisar o porquê dessa desobediência.

Sendo o homem um ser dotado de vontade, é certo que pode direcionar o seu querer, o que se traduz em intencionalidade — elemento inseparável das condutas humanas. Assim, toda vez que um indivíduo é renitente em obedecer aos comandos deve a sanção atuar na formação desse desejo contrário ao ordenamento a fim de evitar a insubordinação dos súditos. Entender como se

forma e se manifesta tal ação indesejada requer que reconheçamos, primeiro, que nem todas as manifestações corporais humanas decorrem da vontade.

Existem movimentos corporais reflexos — ou puramente somáticos, nos quais o movimento corpóreo, ou sua ausência, é determinado por estímulos dirigidos diretamente ao sistema nervoso, sem que sejam determinados pela vontade, como é o caso de um ataque epilético — há também movimentos inconscientes — se consciência é o resultado da boa atividade das funções mentais, quando essas não funcionam direito, diz-se que há um estado de inconsciência, que, óbvio, é incompatível com a vontade; exemplo o sonambulismo — e ainda há os movimentos determinados pela conduta de um terceiro — como na coação física irresistível em que quem atua obrigado por uma força irresistível não age voluntariamente, não sendo o responsável pelo resultado material praticado, pois não passa de um mero instrumento realizador da vontade do coator — que não são orientados pela consciência e vontade, de forma que não podem ser imputados ao agente.

O direito, através de suas normas, só pode ordenar ou proibir os atos regulados finalisticamente à produção de um resultado. Os que geram um resultado apesar de não orientados pela vontade (pois são processos que independem desta para se concretizarem), jamais serão imputados ao indivíduo.

Além dos exemplos acima mencionados, também se pode ilustrar tal apontamento com o aborto: o direito não pode ordenar a uma mulher que gere uma criança saudável aos quatro meses de gravidez, assim como não pode obrigá-la a evitar um aborto natural e espontâneo (pois ambos os resultados independem da vontade humana e condicionam-se por um processo causal regido pelas leis da natureza que, evidentemente, não pode gerar reprimenda estatal); o conjunto normativo só consegue ordenar à mulher que se comporte de maneira a evitar um aborto e proibir condutas destinadas a gerar tal resultado.

A primeira conclusão que se faz sentir é a de que os comportamentos não dirigidos pela vontade não geram reprimenda exatamente porque a previsão e a conseqüente aplicação de sanção não fazem sentido se a ação que viola o direito não foi querida e desejada. Pois se a ação não passou pela consciência, o indivíduo não pôde ponderar seus desejos e escolher, dentre os mesmos, aquele que lhe pareça trazer menor dor.

Quando, entretanto, o agente atua animado pela vontade, poderá fazer um balanço entre o agir desconforme ao desejo do soberano e se sujeitar à sanção e ao atuar de acordo com o preceituado evitando os males decorrentes da

desobediência. E se for racional e utilitário certamente optará por evitar a punição, já que esta impõe um dano, que traz dor como conseqüência.

Vê-se que Austin acreditava que quem desobedece o ordenamento só o faz por não possuir o necessário sentimento utilitário de evitar as dores e os males, havendo necessidade de uma ameaça que o constranja a corrigir seus desejos desviantes. E isso nos remete a uma outra conclusão: a previsão de sanções é útil, pois a existência dela nos faz, através da ponderação dos nossos desejos, dar maior peso ao caminho que nos faz escapar do dano.

A esse propósito importante destacar que as sanções recaem sobre os desejos do sujeito e não sobre a vontade dos mesmos, vez que a conduta devida muitas vezes não coincide com a vontade — com aquilo que se quer verdadeiramente fazer — mas sim com o desejo de afastar o possível dano que é a conseqüência da desobediência. Portanto, nossos atos (conformes às normas ou não) dependem do balanço dos desejos, ou, dito de outra forma, primeiro desejamos as coisas para só depois atuarmos.

4.4.3.4

A ameaça

Esta se afigura como um caractere na medida em que se reconhece a capacidade das sanções em motivar a conduta dos indivíduos.

Segundo o autor, devemos reconhecer que algumas pessoas interiorizam o ordenamento jurídico e suas prescrições voluntariamente — muito provavelmente em razão do sentimento inerente de obediência próprio do resultado obtido a partir da ponderação entre a dor (mínima) resultante do comportamento conforme e a dor (máxima) conseqüência do descumprimento de preceitos normativos — enquanto outros, por não possuírem propriamente esse viés utilitário, necessitam de um convencimento extra.

Esta persuasão será criada através da advertência de uma futura sanção, para que o indivíduo se conscientize e exteriorize aquele que deve ser o desejo mais forte: o de evitar o mal maior da punição.

A simples intimidação através da sanção, vê-se, funcionaria como um fator de correção, válido e útil para operar um processo gradual de recriação de limites e freios para os desejos individuais a partir da associação feita entre essas vontades desmedidas e as conseqüências estabelecidas entre elas.

4.4.3.5

A eventualidade

O dano decorrente da sanção é contingencial: não é presente e sim possível. A eventualidade decorre, pois, da possibilidade de o agente cumprir com o ordenado, afinal, os deveres só surgem para aqueles que estão em condição de cumprir com o ordenado. Caso a obrigação seja impossível (como por exemplo, exigir que alguém toque o sol com as mãos ou que viva eternamente) ou seu cumprimento inerente à condição humana (como respirar), não estaremos frente a um dever, pelas razões aventadas no item 4.4.3.3, quais sejam, a de que o homem somente se torna sujeito de obrigações na medida em que se encontra capaz de obedecê-las.

4.4.4

A funcionalidade das sanções: motivos para obediência

É clara na teoria de Austin a função que o direito desempenha: garantir eficazmente a certeza e a segurança das relações sociais sempre que não forem suficientes, como instrumento de controle social, as normas divinas e as de caráter moral. Só que a prática do comportamento considerado correto e adequado segundo os ditames do soberano deve ser induzida em sociedade para atingir aqueles sujeitos nos quais a obediência não se dá de forma espontânea. A maneira mais eficiente de alcançar altos índices de comportamento conforme as normas decorre da existência de sanções. Já traçadas suas características formadoras resta-nos aqui averiguar o aspecto funcional que o autor atribui às sanções, definindo de que forma podem garantir a convivência social através de razões de tipo motivacional ou psicológico.

Para tanto, utilizar-se-á a separação estabelecida em Austin relativa aos efeitos que as sanções podem gerar nos súditos: o direto (ou próximo) — relativo a estímulos ao cumprimento das ordens, tendentes a demonstrar o prejuízo e a dor que a desobediência pode acarretar — e o indireto (ou remoto) — que pressupõe uma tendência à obediência desinteressada e não utilitária, nascida de uma internalização do justo e devido.

4.4.4.1

Efeito direto: o encorajamento à obediência

Todas as vezes em que um súdito (disposto a atuar) demonstrar não ser detentor de um sentimento utilitário que irá levá-lo à obediência — ou possuir referido sentimento em menor grau que o necessário para a manutenção da ordem entre os sujeitos —, ver-se-á a atuação do efeito direto das sanções. Porque, considera nosso autor, o desígnio de impor um dano a quem desatenda ao comando é certo e evidente, e somente será obstado se o indivíduo se conscientizar dos males da desobediência.

Esta ameaça direta poderia ser estudada sob o ponto de vista do soberano — que expressa seus desejos de forma vinculada à possibilidade real de infligir danos — e do sujeito obrigado. Esta última perspectiva é a que nos interessa.

Em primeiro lugar diga-se que as sanções operam sobre os desejos e não sobre a vontade dos súditos, já que não é impróprio considerar que, não raro, todos têm vontades não coincidentes com o desejo maior de evitar a sanção, de acordo com as observações feitas acima (item 4.4.3.3). Ademais, quando a vontade de se fazer algo não se coaduna com o desejo de obedecer ao direito, isto é, nos casos de conflito entre ações contrárias à norma e consentâneas com esta, não se está frente a um conflito que polariza desejo e vontade, e sim ante um embate entre desejos.

Um exemplo ilustra bem essas considerações. É possível que uma pessoa ao se ver perante uma obrigação de pagar impostos sofra um conflito interno: por um lado compreende lucidamente a necessidade de arcar com esta obrigação, afinal se não pagar poderá se sujeitar à sanção prevista para o inadimplemento; por outro possui um desejo claro e inequívoco de não pagar (seja porque não possui o dinheiro momentaneamente, ou porque não acredita na contraprestação estatal). Supondo que a pessoa, não obstante as razões aventadas, faça o pagamento devido, poder-se-ia supor que o fez voluntariamente, de modo que entrariam em choque o desejo (de não pagar) com a vontade (de pagar) que acabou por informar a atuação.

Em verdade, segundo Austin, o que ocorre é um choque entre dois desejos que se resolve a partir da consideração de que um deles é mais fraco, ou ocupa, no momento da ponderação, uma posição desvantajosa. Descobrir qual deles prepondera em cada caso depende da associação mental que se faz entre condutas e conseqüências: entre pagar e, por conseguinte, não ser sancionado,

e não pagar e ser sancionado. Num sistema jurídico como o austiniano, certamente, o desejo forte é o de pagar e evitar a sanção, visto que esta seria um dano que só acarreta dor e traz prejuízos para o súdito. Débil ou fraco, por seu turno, seria o desejo de desobedecer que não terá primazia sobre o anterior — exatamente porque desencadeia a aplicação de sanção, sendo que esta se afigura como o maior dos males.

Compreender que a obediência nasce do confronto — ou de um balanço de razões refinado, porque esclarecido — entre desejos antagônicos nos leva a concluir que não pode o soberano tencionar obrigar seus súditos a sempre desejarem afastar a sanção. Isto não é possível. O desejo de evitar a sanção pode (e deve) ser aquele que controla e subjuga os demais no embate, mas nunca será o único e nunca será capaz de aniquilar o desejo de violar o dever.

O que pode acontecer, segundo Austin, é esse lento processo de associação entre ações e seus efeitos gerarem no indivíduo estímulos à obediência de forma a encorajá-lo a não mais agir contrariamente aos comandos, em decorrência daquilo que o autor denominou “processo de associação gradual dos desejos”. Essa idéia pressupõe que os desejos originalmente agradáveis passariam à condição oposta em atenção às suas conseqüências não queridas e poderiam ser gradualmente eliminados da mente dos indivíduos na medida em que estes, racionais que são, fossem agregando aos desejos desconformes à ordem, às conseqüências que deles adviriam. Com o tempo não haveria necessidade por parte dos súditos de uma pausa reflexiva para definir ou optar entre desejos contrários, tendo em vista que todos (exceto os que Austin diz que têm a mente voltada para a injustiça) possuem aversão ao resultado negativo que a imposição de sanção traz.

Tal tese só não prospera nos casos em que a sanção é ínfima e o proveito a ser alcançado com o descumprimento de uma norma é superior — pode-se vislumbrar uma hipótese, ainda que excepcional, em que o sujeito deseje realizar um contrato proibido pela lei “A” que renderá dividendos na ordem de “X” e a multa prevista a título de sanção para os que descumpram referida norma é de um décimo do valor de “X”. Neste caso, não se discute que a sanção não atua na formação da convicção em obedecer ao direito, por ser um dano pouco relevante ante os benefícios que o descumprimento traz — o que só reforça a idéia de que, para cumprirem com suas funções, devem as sanções ser significativas.

Resta claro que, para Austin, sanções cumprem com sua função de motivar diretamente a obediência dos súditos, provocando uma ponderação

racional que os leva a se conscientizarem das conseqüências nefastas que o desacatamento das normas de conduta ocasiona.

Há, porém, duas ordens de problemas apontados por Chagoyán que Austin não aborda.

Em primeiro lugar é certo que utiliza a palavra “desejo” sem se preocupar com o fato de que é um termo ambíguo, de forma que considera “desejos” todas as preferências e razões existentes para atuar, desconsiderando a classificação adotada por Juan Carlos Bayón que distingue níveis de desejos. Segundo Bayón (citado por Chagoyán), poderíamos ordenar hierarquicamente todos os desejos na medida em que ocupam papéis diferenciados no momento da deliberação prática. Somente os de primeiro nível seguiriam recebendo a denominação desejos, enquanto os demais, pertencentes aos níveis subseqüentes, seriam considerados interesses. O exemplo de Chagoyán para este caso é bastante esclarecedor:

Estoy haciendo planes para la próxima semana; tengo el deseo de ir al cine todas las noches porque hay una semana de cine francés, que es mi favorito. Pero, dado que tengo el interés de tomar las clases gratuitas de inglés que me ofrece mi centro de trabajo el martes y el miércoles por la noche, me perderé las funciones de cine esos dos días. Sin embargo, estoy dispuesto a sacrificar lo que haga falta, si mi esposa, que está a punto de dar a luz, entra en trabajo de parto en cualquier momento, pues, es mi deber estar a su lado en semejantes circunstancias (Chagoyán, 2004, p. 99).

A admissão desta classificação nos leva a considerar que quando Austin faz referência a “desejos” está a se referir ao sentido amplo que a palavra contém, sem preocupar-se com a possibilidade de hierarquizá-los; enquanto ao mencionar o conflito entre desejos, estaria, em verdade, listando um embate entre diferentes níveis de desejos, logo entre um interesse e um desejo.

Secundariamente aponte-se o problema das omissões, que para Austin não são voluntárias (por não gerarem movimentos corporais) e, portanto, não seriam sancionáveis. Isso decorre da impossibilidade para o autor de perceber as omissões como uma espécie de ação (em seu sentido geral), confundindo-as com meros estados de inação.

É preciso distinguir os dois estados de coisas: se o agente não faz coisas que poderia fazer se o quisesse; se permanece inerte quando poderia agir, está em estado de inação, irrelevante juridicamente. Exatamente é o que ocorre quando o agente revela que se omite de andar, ou que se omite em assistir um programa de TV, pois estas expressões possuem pouco, quiçá nenhum, sentido jurídico, afinal para o direito tais condutas não são ordenadas. Também não há uma omissão considerável juridicamente quando alguém omite, no plano fático,

algo absolutamente irrealizável. Não faz qualquer sentido o agente dizer que se omite de ir à lua hoje à noite, bem como não traz qualquer relevância se omitir de fechar uma janela que já se encontra fechada.

No entanto, em havendo a possibilidade e o dever normativo de agir — hipóteses em que o estado considera a omissão relevante —, caso se abstenha de praticar a conduta ordenada estará, voluntariamente, descumprindo uma norma, comportando-se de maneira a merecer a sanção. Cite-se como exemplo o salva-vidas que possui a função normativa de entrar num mar bravio para salvar um banhista que se afoga, enquanto não se pode dizer o mesmo com relação aos demais banhistas, devido ao notório risco.

Parece ser este precisamente o ponto em que Austin confunde os dois distintos estados: uma omissão é diferente de um simples estado de não fazer e pode, sim, ter relevância para o direito, desde que praticada nos casos em que previamente foi estabelecida uma norma com conteúdo mandamental na qual se estabelece que o sujeito, tendo a possibilidade de agir, encontra-se obrigado a fazê-lo.

4.4.4.2

Efeito indireto — ou como se forma um hábito de obediência?

Já foi dito que a definição do soberano passa pela análise do hábito de obediência na medida em que essa entidade única e determinada deve ser obedecida usualmente; de forma que foi possível pensar no hábito de obedecer por parte dos súditos como um dos elementos viscerais à formação da sociedade política independente. Afinal, um grupo de pessoas específico só pode ser assim chamado quando formado por um soberano que é habitualmente obedecido e por seus súditos que habitualmente o obedecem.

A formação deste hábito deve-se ao efeito pedagógico das sanções que, ao longo da vida dos súditos, vai inculcando neles a necessidade de obediência ao, paulatinamente, extinguir os desejos opostos às normas.

A tendência é que o temor e o medo de contrariar o direito, derivados da existência de uma sanção, vão apagando os desejos que impulsionam o homem a delinquir provocando uma mudança paradigmática no comportamento dos súditos: se suas primeiras ações são guiadas somente pelo receio de receber uma sanção — caso em que não seriam considerados homens justos, mas sim delinquentes conformados —, para as subseqüentes pode-se pensar com mais

otimismo, na medida em que seriam determinadas não mais pelo sentimento de pavor ante à sanção, mas de maneira espontânea e por amor à justiça.

Neste ponto Austin se afasta ligeiramente de Hobbes, já que este último percebia no homem forte propensão às injustiças, domáveis somente pelo temor fundado nas sanções, enquanto o primeiro crê que, de fato, as sanções operam uma inversão nos desejos dos súditos, mas uma inversão que somente é possível para aqueles que já possuem inclinação ao correto. Ademais, essa mutação de desejos na mente do indivíduo faz com que o passar do tempo torne patente seu sentimento desinteressado por fazer o que é certo; em suma, pela justiça.

Acaso um súdito cumpra o determinado pela norma, mas tão somente por temer a aplicação da sanção, poderíamos dizer que é um sujeito injusto ainda que sua atitude tenha sido justa. Não se pretende aqui, desconstruir a tese outrora apontada de que o temor tem relevância comportamental nos indivíduos, pois é óbvio que auxilia o cumprimento de deveres. O que se quer é dar ênfase à posição austiniana de que a grande maioria dos indivíduos consegue perceber a utilidade da justiça — é o desprezo pela injustiça um sentimento presente nos sujeitos — de forma que o cumprimento das obrigações também se dá por questões utilitárias. A atuação dos homens se rege, portanto, por um conjunto complexo de fatores, dentre os quais se insere a sanção, como um importante e imprescindível reforço para as razões de cumprir uma norma.

4.4.4.3

O conceito extraordinariamente amplo de sanção e sua primordial consequência: a caracterização das nulidades como sanção

Já foi dito que o soberano é para Austin a única fonte do direito. Entretanto, não é ele o único a emitir comandos na medida em que, para poder governar, depende que outras pessoas, a partir de sua autorização, produzam tais normas.

En una sociedad política independiente de las menores dimensiones posibles, que ocupa un territorio de la menor extensión posible y que vive bajo una monarquía u oligarquía extremadamente pequeña, todos los poderes supremos en ejercicio (excepto los conferidos a los súbditos como sujetos privados) podrían ser ejercitados directamente por el monarca o por el cuerpo supremo. Pero 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. Este ejercicio de los poderes soberanos por medio de os subordinados o delegados políticos, resulta absolutamente necesario, en toda sociedad real (Austin, 2002, p. 226-227).

Vê-se que o processo de criação das normas em Austin se dá de três formas distintas: ou o comando é produzido pelo soberano, que exercita seu caráter de entidade suprema e legislador por excelência, ou é formulada pelas autoridades públicas subordinadas, ou, finalmente, pelos súditos, que observam necessariamente as diretrizes ditadas pelo soberano. O fato é que, sendo o soberano o titular único do direito de legislar, a feitura de uma norma conforme as duas outras maneiras listadas acima gera normas de validade derivada que só são possíveis em virtude do soberano conceder uma autorização para atuar e estender a garantia da sanção para além dos seus próprios comandos.

Por tudo isso, não há erro algum em afirmar que Austin é um imperativista e que sua estrutura jurídica se forma a partir da reunião de comandos, criados através da junção entre um preceito que contém a prescrição da conduta que se ordena ou que se deseja proibir, bem como por um preceito tácito dirigido aos funcionários para que estes façam valer o desejo do soberano aplicando a sanção prevista para a desobediência. Como se pretende que as delegações que o soberano faz aos seus súditos e às autoridades públicas sejam considerados comandos, para que o sejam verdadeiramente, não se pode abrir mão que sejam sancionáveis.

Destarte, sempre que houver uma concessão por parte do soberano para que seus súditos ou subordinados criem leis, não se deve descartar o contexto no qual essa permissão é dada: toda a normativa estabelecida pelo soberano para o caso deve ser observada, sob pena do ato gerar prejuízo para as partes em virtude da desobediência a alguma formalidade prevista.

Como Austin assinala que se existe “la menor probabilidad de sufrir el daño más pequeño” (Austin, 2202, p. 38) estamos frente a uma sanção, podemos concluir que é da adoção deste conceito amplíssimo que decorre a consideração das nulidades como espécie de sanções, já que todas as desvantagens geradas pela aplicação do direito poderiam ser vistas como tais. Outra razão que pode ser aventada é relativa à restrição da palavra “lei” que impera na doutrina austiniana. Como a concepção do que é uma “lei” passa, necessariamente, pelos comandos dotados de sanção, o único modo de tornar alguns comandos, desprovidos de sanção, em “lei” é estender o conceito de sanção para abarcar também as nulidades.

Austin deseja que o direito seja obedecido, tanto pelos cidadãos quanto pelos funcionários; qualquer um que atue em desacordo com essa expectativa — por violar um comando praticando um ilícito, ou por desobedecer a uma formalidade — receberia uma reprimenda estatal. Esta última possuindo a

função de motivar e induzir o comportamento conforme. Se pensarmos por este ângulo, ou seja, na perspectiva funcional, sanções e nulidades realmente possuem semelhanças, afinal, ambas são previstas com o mesmo intuito, qual seja, o de evitar o descumprimento das diretrizes estatais.

Mas a semelhança pára por aqui. Caso se passe a verificar a estrutura e o significado conceitual de ambos os institutos a diferença se torna patente. Afinal, uma sanção é estabelecida para casos em que há verdadeira transgressão de um dever jurídico, enquanto a nulidade tem lugar quando o sujeito não observa regras sobre como proceder para praticar determinado ato jurídico e, portanto, não obtém dessa prática descuidada nenhum efeito jurídico. Quem não adota postura cautelosa no momento de praticar um ato e acaba por invalidá-lo não comete nenhum ilícito e, portanto, não precisa ser castigado com aplicação de uma sanção.

Essa concepção de Austin lhe rendeu muitas críticas, conforme ver-se-á adiante.

4.5

Sanções civis, sanções criminais

Para entender tal distinção mister revisitar a diferenciação feita por Austin acerca dos deveres.

De acordo com o autor todo direito implica em uma ordem do soberano. Tais ordens obrigam alguns súditos a determinados comportamentos e, simultaneamente, beneficiam outros. Estes últimos podem, inclusive, exigir judicialmente a benesse que foi anunciada. Deste modo em todos os direitos distinguem-se três partes, quais sejam, a primeira evidenciada na ordem emitida pelo soberano para que alguém realize determinado ato ou se abstenha de fazê-lo; a segunda parte criadora de um benefício decorrente da prática da ação ou omissão que constitui o objeto do dever; e, por fim, o soberano que, ao mesmo tempo que impõe o dever, concede o direito correlativo.

Todo derecho jurídico (*legal right*) es creado por una ley positiva, y corresponde a un deber relativo impuesto por esa ley y que recae sobre una persona o personas distintas de aquéllas en las que reside el derecho. Por tanto, para cada derecho jurídico hay tres partes: el gobierno soberano de uno solo o de una colectividad que establece la ley positiva y que mediante ésta confiere el derecho jurídico e impone el deber relativo; la persona o personas a quienes se impone el deber, o a quienes se establece o se dirige la ley positiva (Austin, 2002, p. 272 a 274).

En todo derecho jurídico existen tres sujetos distintos; a saber, un sujeto titular del derecho; un sujeto gravado con el deber relativo; y un gobierno soberano que establece la ley mediante la que el derecho u el deber vienen respectivamente conferidos e impuestos (Austin, 2002, p. 275).

Estes deveres impostos aos súditos são decorrentes de normas de cunho obrigatório que tanto podem gerar obrigações relativas quanto obrigações absolutas — as primeiras consistentes nos deveres que possuem como destinatário uma ou várias pessoas determinadas, enquanto as segundas possuindo como destinatários toda a comunidade em geral.

É nas obrigações relativas, pois, que notamos o surgimento de direitos subjetivos — isto é, de fundamentos para o direito de alguém — de modo que, nestas, direito de alguém e dever de outrem são face e contraface de uma mesma coisa, duas maneiras de se identificar o mesmo fenômeno normativo.

Por seu turno, obrigações absolutas são aquelas que não podem se — relacionar, de forma alguma, com direitos subjetivos.

Idêntico fundamento utilizado para distinguir as obrigações é empregado na distinção das sanções: a violação a certos deveres relativos ofende primordialmente a vítima, de forma que, via de regra, a sanção sofrida será de cunho civil; enquanto a sanção decorrente da desobediência de deveres absolutos (e alguns civis, como o caso de uma menor que não é capaz de impulsionar, sozinho, a jurisdição) é de caráter público. As sanções privadas seriam as sanções civis aplicadas em casos de transgressão às normas dirigidas aos particulares, enquanto as sanções públicas, ou criminais, teriam lugar frente ao descumprimento de deveres absolutos (normas obrigacionais dirigidas a todos da comunidade).

Quanto à finalidade da sanção em ambos, Austin não a percebe como um critério distintivo. O argumento de que o intuito maior da sanção pública frente a um crime é o de prevenir futuros delitos, enquanto o fim precípua da sanção privada é restituir ou reparar o dano para a parte ofendida — o que as diferenciaria sensivelmente — não se sustenta em razão de, a par destas duas funções, existir para ambos ilícitos, uma maior: a de castigar o infrator.

Em resumo, para Austin tal distinção entre ilícitos não se afigura como relevante, principalmente porque ambas são danosas ao indivíduo e cumprem a mesma função de ameaçar os possíveis desobedientes.

4.6

Críticas ao modelo coercitivo austiniano

4.6.1

Introdução

Como é sabido, um dos críticos que de forma mais contundente apresentou objeções à teoria de John Austin e, conseqüentemente ao seu conceito de sanção, foi H. L. A. Hart. Em sua mais importante obra, *O conceito de direito*, o autor demonstra ser herdeiro de uma tradição que rejeita qualquer relação intrínseca entre direito e moral, da qual fazem parte pensadores como Bentham (que se esforçou para diferenciar a ciência do direito expositiva, *expository jurisprudence*, de uma teoria jurídica de censura, *ensorial jurisprudence*), Austin (que separou claramente a análise do direito em jurisprudência analítica, responsável por dizer o que é o direito, e jurisprudência normativa, útil para tecer juízos de valor e proceder à críticas ao direito⁷) e Kelsen (que fez da teoria pura um projeto de elevar o direito ao status de ciência⁸), todos adeptos da tese da separação, consistente em afirmar a possibilidade de se descrever o direito como uma tarefa autônoma e independente dos juízos valorativos e morais.

O objetivo de Hart, seguindo a linha de pensamento de seus precursores, foi descrever o direito de modo objetivo, explicativo e moralmente neutro, rejeitando critérios valorativos e apelos morais, que não contribuem em nada para a definição do objeto do direito. Para tanto, optou por construir seu particular conceito de direito valendo-se das investigações de Austin e, por isso, dedicou grande parte dos capítulos a demonstrar os problemas que afetam a construção jurídica austiniana. Destarte, partindo do estudo de referida obra pode-se identificar quais são as maiores imperfeições da teoria do nosso autor relativas à sanção.

⁷ “La existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito, otra. Si existe o no, en una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente”. (p. 188, Lição V).

⁸ “As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico. A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político”. (TGDE 166)

4.6.2

Concepção homogênea das normas: a sanção como critério individualizador dos ordenamentos jurídicos

Um ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas. Tal afirmação, apesar de intuitiva, não dispensa alguns comentários. O primeiro é relativo à utilização do termo “conjunto”: se esta palavra procura designar uma certa coletividade de normas que estão juntas, provavelmente há um critério definidor daquilo que pode ingressar devidamente no conjunto, porque a ele pertence, e que separe os demais elementos, exteriores ao mesmo. Essa investigação e a conseqüente busca por critérios capazes de delimitar quais são as normas que pertencem a um sistema jurídico é a descrição do problema da identidade do direito.

Muitos foram os teóricos que se dedicaram a formular tais caracteres diferenciadores, aptos a individualizar o ordenamento jurídico frente aos demais ordenamentos. Alguns propuseram o modo de origem do direito como critério de sua identificação, como John Austin e Hans Kelsen; outros conferiram menor importância à forma como é fundado um sistema jurídico e apostaram na sua aplicação (ou na sua eficácia social) para processar essa leitura da juridicidade do ordenamento, como foi o caso de Alf Ross e, mais recentemente, de Joseph Raz. Por seu turno, Hart vale-se como critério último de identificação da conformidade com a regra de reconhecimento. Excetuando o critério de Austin — objeto de estudo deste capítulo — e o de Kelsen, que será detidamente analisado no próximo, não discutirei neste capítulo, nem nos seguintes, as contribuições teóricas dos demais autores citados porque isso desvirtuaria completamente o objeto proposto para este trabalho.

John Austin formulou com bastante clareza o critério de pertinência de uma norma ao seu modelo de sistema jurídico: a identidade é determinada exclusivamente com referência ao modo como se originou a norma, vale dizer, a norma pertence ao ordenamento jurídico se tiver sido pronunciada (direta ou indiretamente) pelo soberano, de forma que o ponto de origem comum a todas as normas é uma pessoa (ou um grupo de pessoas), vista (ou vistas) como sua única fonte. Como as noções de “comando”, “sanção” e “soberano” estão estritamente conectadas — já que comando é a ordem emanada do soberano, que sempre será sancionada — pode-se dizer que o autor compõe, seguindo a tradição analítica da qual faz parte, o grupo de autores que adota uma

concepção homogênea das normas. Isso porque seu ordenamento jurídico é composto tão somente por preceitos destinados a determinar condutas que se apresentam como mandados, ou seja, ordens respaldadas por ameaças.

Não obstante o mérito de afigurar-se como uma das primeiras tentativas factíveis de se individualizar o objeto do direito, isolando-o dos demais conjuntos de preceitos existentes, a teoria austiniana não ficou livre de críticas, em razão da adoção do critério da sanção como o referente individualizador das normas jurídicas.

As mais consistentes foram apontadas por Hart. Primeiro quando afirmou que o imprescindível para determinar o pertencimento de uma norma ao ordenamento jurídico não é a existência de uma sanção e sim a obediência aos critérios de ingresso previstos nas normas secundárias do ordenamento⁹. Em sendo assim, é plenamente possível que uma norma não sancionada seja considerada norma jurídica em virtude de atender os requisitos estabelecidos por outras normas.

Da descaracterização da sanção enquanto critério definidor da juridicidade dos objetos decorre uma outra: Hart rechaça a idéia de o direito ser reduzido a um conjunto de mandatos, afinal, tal proposição não dá conta das normas que conferem poderes jurídicos. A presença da sanção é claramente perceptível nas normas de direito penal e nas semelhantes, não existindo, no entanto, em outras normas (como aquelas que estabelecem referidos poderes) que, nem por isso (ausência de previsão de castigo para o caso de descumprimento), se tornam menos jurídicas. Na percepção de Hart, não são normas imperfeitas (conforme classificação de Austin) mas, sim, autênticas normas jurídicas.

De fato, a teoria austiniana parece funcionar só para certo tipo de normas, as que configuram ordens enquanto expressão da vontade do soberano e que, desta forma, criam deveres para seus destinatários. Só que ao lado delas existem outras igualmente importantes, mas que cumprem função significativamente diferente daquela de determinar comportamentos. Não se pode olvidar que nos sistemas jurídicos modernos há normas que conferem poderes públicos ou privados e que não impõem a ninguém a obrigação de agir de uma ou de outra maneira; simplesmente fixam as condições sob as quais é possível criar direitos e deveres dentro da estrutura coercitiva do direito (Hart, 1994, p. 57). Acaso se queira (é uma faculdade) celebrar um contrato, contrair

⁹ Vê-se que a regra de reconhecimento hartiana ocupa, em sua teoria jurídica, o lugar outrora pertencente ao soberano de Austin e a sanção, por se situar no ápice do sistema jurídico e determinar o que vale como direito.

matrimônio ou outorgar um testamento, é suficiente observar os requisitos estabelecidos em normas jurídicas para que os atos ganhem validade; não existe qualquer resquício de dever na prática desses atos que autorize seja aplicado o mesmo tratamento dos comandos. Desconsiderar a juridicidade e validade dessas normas é privar o direito de conceitos importantes para a vida social, como a adoção, o casamento, a celebração de contratos, outorga de testamentos ou as doações.

Vê-se que o primeiro grupo das críticas hartinianas dirige-se à plausibilidade do modelo homogêneo de normas em tentar definir de maneira inequívoca a extensão dos sistemas jurídicos. Segundo Hart, a falha se dá porque esse modelo só permite a criação de um tipo de estrutura que, cedo ou tarde, se revela incapaz de delimitar precisamente o conjunto normativo, exatamente porque desconsidera uma imensa gama de normas que, sob aspectos distintos, não se encaixam na descrição proposta (Hart, 1994, p. 57).

4.6.3

Nulidades como sanções: redenção do modelo austiniano?

Já foi devidamente apresentada no item 4.4.4.3 a idéia de que para Austin todas as desvantagens geradas na aplicação do direito podem ser vistas como sanções. Sempre que o sujeito não observa as regras atinentes à prática de determinados atos jurídicos e não obtém dessa prática descuidada nenhum efeito jurídico, acaba por invalidá-lo. A essa consequência chamamos nulidade, que, por acarretar a perda de vantagens é, na visão austiniana, uma sanção. E isso só ocorre porque o autor vê o Direito como um todo interligado, de forma que o não nascimento de direitos subjetivos para o indivíduo que os deseja em virtude da não obediência a certas restrições é a perda de uma vantagem almejada, um mal que pode ser equiparado a uma sanção.

E se a nulidade é para Austin uma sanção, então as normas que conferem poder são sancionadas e, em assim sendo, todas as normas caberiam dentro da estrutura criada pelo autor, não procedendo as críticas feitas em relação à escolha da sanção enquanto critério identificador da juridicidade das normas. Vê-se que há a extensão do conceito de sanção para alcançar também as nulidades, de forma a tornar alguns comandos desprovidos da sanção propriamente dita em verdadeiras leis.

Há que se dizer, contudo, que o significado conceitual dos institutos é absolutamente diverso. Enquanto a sanção é prevista para as hipóteses em que há violação de um dever jurídico, a nulidade tem lugar nos casos em que o agente não é suficientemente cauteloso no que diz respeito às regras sobre como proceder para praticar validamente determinado ato. As diferenças são patentes: se o sujeito só inobserva uma formalidade, certamente não comete nenhum ilícito e, por esta razão, não precisa ser castigado com aplicação de uma sanção, que só se faria presente quando houvesse desobediência a um dever jurídico.

Exemplos não faltam. Se a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que somente pelo voto de no mínimo 1/3 (um terço) dos membros de uma das casas do Congresso Nacional se forma validamente um projeto de emenda à Constituição¹⁰, não se está, com esta regra, pretendendo desestimular os congressistas a reformarem o texto constitucional, mas, sim, a evitar que projetos ofertados em desconformidade com esta formalidade sejam tidos por válidos. A nulidade não existe para ameaçar ou impedir comportamentos, mas tão somente para alertar o sujeito: ou ele obedece ao rito predeterminado ou será impossível obter do ato alguma força ou efeito jurídico.

As críticas de Hart quanto a essa extensão do conceito de sanção para abarcar as nulidades são bastante rigorosas. Diz o autor que tal comportamento denota confusão na medida em que ignora o fato de em alguns casos a nulidade não ser um mal para aquele que não satisfaz as formalidades requeridas para conferir validade ao ato — um juiz pode ser absolutamente indiferente quanto à validade de sua sentença, bem como um particular pode não encarar como um mal, ou como uma sanção, o fato de não obter os efeitos pretendidos e a vinculação desejada em determinado contrato porque se descuidou das regras estabelecidas para a celebração do mesmo.

Também por desconsiderar um importante aspecto que afasta definitivamente os institutos, é falha tal assemelhação. Faz-se referência, neste caso, à independência que as regras de direito penal (ordens) possuem com relação às sanções ou castigos, não existente entre as formalidades e suas respectivas sanções. Argumenta Hart ser logicamente possível pensar em ordens ainda que não exista qualquer ameaça de castigo relacionada a elas, pois pode-se “subtrair a sanção, sem eliminar um padrão inteligível de

¹⁰ Ver o artigo 60, CF/88. *In verbis*: “**Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.**”

comportamento que aquela visava manter” (Hart, 1994, 43). O autor reconhece que, evidentemente, tais normas perderiam sua juridicidade, o que não o impede de supor que a ordem exista sem a sanção. Algo diverso, entretanto, passa-se com as regras que só se afirmam ante a presença de nulidades, como a exigência de duas testemunhas, no mínimo, presenciarem a celebração do casamento para que este seja juridicamente válido¹¹. Estatuir a nulidade é imprescindível para que a formalidade faça sentido, afinal, se o ato produzisse efeitos de qualquer forma, ninguém se ocuparia com cautelas ou cuidados pois a inobservância das formalidades seria incapaz de impedir a concretização dos efeitos almejados.

Não tem lógica, portanto, exigir requisitos para a realização de um ato se este é válido em qualquer caso. E por esta razão Hart considera a referência à nulidade essencial à regra, sendo este um consistente argumento que o guia à conclusão de que existe uma diferença intrínseca entre nulidades e sanções.

4.6.4

O encadeamento de sanções e o inevitável regresso ao infinito

Se um determinado sistema jurídico se organiza partindo da premissa de que todas as suas normas somente terão eficácia caso seu cumprimento seja garantido por uma outra norma que estabeleça uma sanção, teremos, como resultado óbvio, um sistema composto por uma série infinita e indeterminada de sanções. Pois uma norma N1 só adquire *status* jurídico se estiver garantida por uma norma N2 que prevê uma sanção para o caso de N1 ser desrespeitada. Mas para que N2 seja também considerada norma jurídica, requer uma outra norma (N3) que lhe dê suporte. E assim, sucessivamente, o que nos leva a um encadeamento de normas sem fim.

A tal problema denominamos “regresso ao infinito”. Muitos são os autores que o identificam na teoria austiniana, argumentando que o regresso é uma decorrência do estudo da sanção de Austin ter sido feito considerando-a em relação à violação ou negação do Direito, enquanto uma outra estratégia deveria ter sido adotada, consistente na análise da sanção com relação ao próprio direito. Em outras palavras, a falha resultaria do papel desempenhado pela

¹¹ Ver artigo 1534, Código Civil, *in verbis*: “A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutra edificação pública ou particular”.

sanção: ao invés de garantir a eficácia das normas, deveria ser o próprio conteúdo das mesmas.

Note-se, entretanto, que o conceito de norma jurídica para Austin não autoriza essa interpretação, na medida em que o autor definiu-a como o comando que contém, simultaneamente, uma prescrição de comportamento e uma sanção. Uma norma não adquire juridicidade por estar garantida por outra norma que a reforça, sim porque contém uma sanção. Sanções não podem ser consideradas, na obra austiniana, como meros reforços das normas; são parte essencial destas últimas.

Por seu turno, Hart considerou ser plausível um sistema com normas sancionadoras encadeadas que não incorra em um regresso ao infinito, bastando, para tanto, frear a cadeia através de uma norma parcialmente autoreferente, isto é, através de uma norma que, ao mesmo tempo em que exerce a função de sancionar eventuais descumprimentos de uma série de deveres estabelecidos por outras normas, contém a capacidade de sancionar o dever por ela mesma previsto.

Ter-se-ia, por exemplo, uma norma N1 que estabelece a proibição de furtar (“proibido furtar”), que é garantida por uma norma N2 que determina o castigo ante a desobediência da primeira e dela própria, descrita nos seguintes termos: “*um juiz deverá impor pena a quem quer que descumpra os deveres, inclusive este*”. Esta última iria conferir ao ordenamento a capacidade de possuir uma série infinita de deveres, sem ter que recorrer a uma infinidade de sanções, afinal a última norma (no exemplo a norma N2) sempre incluiria a si mesma, não necessitando de pensar numa norma N3 para garanti-la.

A auto referência normativa precisaria ser parcial, pois se fosse total (“o juiz deverá impor pena a quem quer que descumpra os deveres, inclusive este”) estaríamos frente a uma situação bastante curiosa: caso o juiz descumprisse seu dever deveria castigar a si mesmo.

A solução do professor de Oxford em aplicar o esquema das normas autoreferentes, todavia, não se coaduna com a teoria austiniana exatamente porque a mesma não padece do regresso aqui discutido. Como já frisado, tanto o dever quanto a previsão da sanção são partes de uma mesma norma jurídica.

Joseph Raz parece concordar com a ilação do parágrafo anterior ao utilizar a teoria de Austin para exemplificar as teorias que se baseiam no princípio da independência; este preceitua que toda norma jurídica é uma unidade independente, cuja existência, significação e forma de aplicação não dependem logicamente de nenhuma outra disposição jurídica. Conforme o autor:

The fact that every law is a command entails that every law can be an independent unit, the existence, meaning or application of which is not logically affected by others laws. Thus Austin's views on the nature of a law determine his negative solution to the problem of structure¹² (Raz, 2003, p. 23).

A estrutura da norma de mandado seria independente e não geraria o regresso ao infinito, pois existe um momento em que não se necessita mais de amparar com sanções a disposição jurídica em questão. Para sustentar tal tese Raz afirma que:

It seems reasonable to attribute to Austin the view that the intention to cause harm can be expressed either directly, by what may be called declaration of a punitive policy, or indirectly, by ordering some subordinate to apply sanctions to the subjects of the law if they violate it¹³ (Raz, 2003, p. 23).

Quando o soberano expressa seu desejo de causar o dano da sanção diretamente, isto é, quando ele mesmo está disposto a impor e aplicar o dano, a norma de mandado tem, segundo Raz, a expressão de uma política punitiva, vale dizer, a possibilidade real de infligir o castigo aos desobedientes. Ocorre que, com relação à maioria das normas, o soberano tem que conferir poderes a outros sujeitos para que eles apliquem as sanções; mas isso não altera em nada o conteúdo da disposição jurídica original. O que se exige, entretanto, é que esta expressão indireta do poder soberano esteja também amparada por uma disposição jurídica punitiva. Por seu turno, esta nova norma necessitará de um respaldo, sendo aqui, precisamente, o ponto em que Raz põe fim à possível cadeia que levaria a teoria austiniana ao infinito

The punitive law, is, of course, itself backed either by some punitive law or by a policy of sanctions. A policy of sanctions, though part of a law, is not an independent law; it does not impose a duty and therefore need not be backed by a punitive law. For this reason, if for no other, Austin's theory does not involve an infinite series of laws, each providing a sanction for the violation of the other¹⁴ (Raz, 2003, p. 23-4).

¹² “O fato de que toda disposição jurídica seja um mandado implica que toda disposição jurídica pode ser uma unidade independente, cuja existência, significado ou aplicação não é logicamente dependente de outras disposições jurídicas”.

¹³ “Parece razoável atribuir à Austin a opinião de que a intenção de causar dano pode ser expressada diretamente, através do que pode ser chamado declaração de política punitiva, ou também, indiretamente, ordenando a algum subordinado aplicar as sanções aos sujeitos da disposição jurídica se a desobedecerem”.

¹⁴ A própria disposição jurídica está, óbvio, respaldada por alguma disposição jurídica punitiva ou por uma política de sanções. Uma política de sanções, ainda que parte de uma disposição jurídica, não é uma disposição jurídica independente; não impõe um dever e, portanto, não necessita ser respaldada por uma disposição jurídica punitiva. Por esta razão, e não por qualquer outra, a teoria de direito de Austin, não pressupõe uma série infinita de disposições jurídicas, prevendo, para cada uma, uma sanção para a violação da outra.

4.6.5

A diferença entre “se ver obrigado” e “ter uma obrigação” como crítica à teoria imperativista do Direito

A teoria imperativista austiniana define o direito como sendo um conjunto de comandos emanados do soberano, consistentes em ordens — expressão do desejo do soberano — garantidas por sanções. Estas últimas afiguram-se como a possibilidade de infligir dano ante o descumprimento da ordem, vez que a não observância da vontade soberana significa uma desobediência, um dever descumprido e, pois, sancionável.

Claramente opta Austin por tratar as obrigações como avaliações de probabilidade de sofrer um castigo ou um dano, pois basta um desejo amparado por uma sanção para surgir um dever de obediência à vontade expressa nesse desejo.

Tal concepção encontrou objeções na teoria hartiana por desconhecer a variedade de imperativos existentes na vida social e, conseqüentemente, por ignorar a distinção entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação”.

Para Hart, é preciso reconhecer que em muitos momentos da vida uma pessoa pode manifestar um desejo para que outrem faça, ou abstenha-se de fazer, algo e, em regra, para que a pessoa interpelada corresponda à expectativa e cumpra o desejado, é muito comum a utilização do modo imperativo. Frases como “Abra a janela”, “Não se mova”, “Não se esqueça de mim” são comuns no cotidiano e, não obstante sejam a representação de um desejo para que outra pessoa faça, ou deixe de fazer algo, não geram um dever de obediência, isto é, não obrigam normativamente a pessoa destinatária da ordem, ainda que tragam a possibilidade real de um dano frente ao descumprimento.

O mesmo se diga quanto ao exemplo dado por Hart do assaltante “A” que ordena a “B” que lhe entregue o dinheiro e lhe ameça com um tiro, caso “B” se recuse a obedecer. Em casos como este, é muito provável que “B” cumpra a vontade de “A”, entregando o dinheiro, de forma a podermos dizer que ele se viu obrigado a fazê-lo. No entanto, algo bem diverso é afirmar que, no caso, “B” tinha a obrigação de cumprir com a ordem (Hart, 1994, 92).

Isso porque dizer que alguém se viu obrigado a agir implica no reconhecimento de que o sujeito age motivado por crenças e razões de ordem psicológica que conectam sua desobediência a um mal ou a conseqüências não

queridas, que certamente recairão sobre ele caso não obedeça. Diversa é a situação quando alguém tem a obrigação de fazer algo, pois neste caso a sujeição à obrigação traz implícita a existência de uma regra que, depois de internalizada, passa a funcionar como um motivo para o agir.

Outra diferença que pode ser aventada refere-se às conseqüências visíveis em cada uma das situações: quando o agente se vê obrigado ele efetivamente age; por seu turno, quanto o sujeito tem uma obrigação isso é um fato que independe do cumprimento, pois a obrigação de fazer, ou deixar de fazer, algo permanece intacta mesmo que violada; se isto acontecer entrará em cena a sanção.