

---

---

***Utilitarismo Teológico e Positivismo Legal no  
Pensamento de John Austin\****

**Marcelo de Araujo**

www.geocities.com/marceloeva

© 364.596 livro 674 folha 256 / Biblioteca Nacional  
dezembro 2005

---

***1. Introdução***

Em que medida o conceito de lei envolve também o conceito de justiça? Existem, de fato, uma infinidade de tipos de leis que surgem em contextos sociais específicos, seja por conta de acordos ou contratos, seja pela imposição de quem tem o poder de fazer as leis. Mas, para além das “leis positivas”, haveria também um conjunto de leis que *não* existiriam como o resultado de circunstâncias sociais específicas, mas que seriam, de alguma maneira, “naturais”? Ao longo da tradição do pensamento jurídico, o jusnaturalismo (ou doutrina do direito natural) se compreendeu basicamente como um tipo de teoria que buscou justificar uma resposta afirmativa a essas duas perguntas, comprometendo-se, assim, com duas teses fundamentais: (i) a de que o conceito de lei envolve o conceito de justiça e, (ii) a de que existem, para além das “leis positivas”, “leis naturais” que geram para todas as pessoas um tipo de obrigação ou dever que não é meramente legal, mas moral. A primeira tese tem como consequência que uma teoria do direito, compreendida basicamente como uma investigação acerca do que é a lei, não pode ser defendida de modo coerente sem uma investigação acerca do que é a justiça. Com outras palavras, da primeira tese se segue que a teoria do direito não é um âmbito de investigação independente da ética. A segunda tese, por outro lado, nega que os princípios da moral possam ser compreendidos como o resultado de circunstâncias sociais específicas. Com efeito, justamente por serem indispensáveis para a vida em sociedade, os princípios da moral não poderiam ter sua origem na dinâmica mesma da vida em sociedade, de modo que teríamos de admitir, segundo diferentes representantes da tradição jusnaturalista, que deve haver algumas “leis naturais” que constituiriam a própria condição de possibilidade da vida social.

---

\* Este trabalho contou com apoio financeiro do PRONEX (CNPq / FAPERJ).

A despeito da enorme influência que uma diversidade de autores associados à tradição jusnaturalista tiveram sobre a discussão acerca de problemas filosóficos de ordem política, moral, e jurídica, a partir do final do século XVIII começa a surgir uma crítica sistemática às teses fundamentais do jusnaturalismo. É, com efeito, no contexto dessa crítica que surge uma outra importante tradição do pensamento jurídico, a saber: o positivismo legal. John Austin figura na história do pensamento jurídico como um dos mais importantes representantes do denominado positivismo legal. Contudo, diferentemente de outros importantes representantes do positivismo legal, tais como Jeremy Bentham, H. L. A. Hart, ou Hans Kelsen, Austin não nega a segunda tese do jusnaturalismo, i.e. a tese segundo a qual haveria também, para além das leis positivas, um conjunto de leis naturais. O que Austin de fato nega é a primeira tese, rejeitando, portanto, a suposição de que haja uma conexão necessária entre o conceito de lei e o conceito de justiça. Ao longo de sua principal obra, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832, doravante simplesmente *P. J. D.*), única publicada no período em que viveu, Austin procura justamente demarcar a “província” ou âmbito próprio da jurisprudência de outros tipos de investigações, mais especificamente do âmbito da ética. No entanto, embora Austin busque dissociar o conceito de lei do conceito de justiça, de modo a fazer da ciência do direito ou jurisprudência um tipo de investigação autônoma com relação a outros tipos de investigação, ele também procura, por outro lado, estabelecer os princípios gerais de um tipo de teoria moral que nos permitisse apreciar o valor moral de uma lei positiva. Para Austin, o conceito de lei não se confunde com o conceito de justiça, o que, no entanto, não significa que não possamos dar uma resposta satisfatória à pergunta sobre as condições sob as quais podemos reconhecer uma lei como sendo moralmente boa. Nesse sentido, se Austin, por um lado, na história do pensamento jurídico, pode seguramente ser considerado um dos mais importantes representantes do positivismo legal, na história do pensamento moral, por outro lado, Austin figura como representante de um importante tipo de teoria moral, a saber: o utilitarismo. É a partir de uma concepção bastante particular do *princípio da utilidade* que Austin trata de dar uma resposta à pergunta sobre a qualidade moral das leis positivas.

Das seis *lectures* de que se compõe sua principal obra, escrita entre 1827 e 1828 na Alemanha, três são dedicadas à discussão de questões morais a partir de uma perspectiva utilitarista. Na verdade, na época de publicação da *P. J. D.*, foram sobretudo os capítulos centrais, mais especificamente o segundo, o terceiro, e o

quarto capítulos, que suscitaram maior discussão, pois é neles que Austin apresenta sua versão do utilitarismo. Os demais capítulos, onde o positivismo legal de Austin é propriamente discutido, só começaram a despertar maior interesse, segundo Wilfrid Rumble, a partir do final do século XIX.<sup>1</sup> O fato de Austin procurar de modo bastante sistemático distinguir conceitualmente a pergunta sobre o que é a lei da pergunta sobre o que torna justa uma lei é o que o caracteriza como um defensor do positivismo legal. No entanto, embora Austin procure fazer da jurisprudência uma disciplina autônoma com relação à ética, a teoria moral e a teoria jurídica de Austin têm em comum três teses fundamentais: (i) a fonte (*source*), tanto da lei moral quanto da lei positiva, deve ser buscada, em última instância, em uma *vontade*; (ii) a lei moral e a lei positiva se dirigem aos indivíduos a elas submetidos sob a forma de *comandos*; e (iii) tanto a lei moral quanto a lei positiva visam, não ações tomadas isoladamente, mas *classes de ações*. Vejamos então como Austin discute, no contexto da *P. J. D.*, a relação que há entre sua teoria juspositivista do direito e sua teoria moral utilitarista.

## **2. Lei positiva e moralidade positiva**

A pergunta que norteia o primeiro capítulo da *P. J. D.* é: o que é uma lei no sentido próprio do termo? Em seu sentido mais geral, e sem o recurso a metáforas e analogias, Austin compreende o conceito de lei da seguinte forma: “*a rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him.*”<sup>2</sup> Esta definição, no entanto, é muito geral, pois se refere tanto às leis humanas quanto às leis de Deus: “*Laws set by God to his human creatures, and laws set by men to men.*”<sup>3</sup> Segundo Austin, apenas as leis de Deus poderiam ser propriamente denominadas “leis naturais” ou “leis da natureza”. Austin, contudo, prefere evitar o uso das expressões “leis naturais” e “leis da natureza” por considerá-las equívocas e ambíguas. Trata-se de expressões inadequadas porque elas, de modo geral, são utilizadas para designar tanto as descrições de fenômenos do mundo natural quanto as prescrições relativas ao modo como devemos nos comportar no âmbito das relações sociais.<sup>4</sup> Por essa razão, Austin denomina então as leis de Deus, as únicas

<sup>1</sup> Wilfrid Rumble, “Nineteenth-century perception of John Austin: Utilitarianism and the reviews of *The Province of Jurisprudence Determined*”, in *Utilitas*, p. 199-216. Cf. também do mesmo autor: *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*, 2005.

<sup>2</sup> *P. J. D.*, p. 18.

<sup>3</sup> *P. J. D.*, p. 18.

<sup>4</sup> Cf. e.g. *P. J. D.*, p. 20: “... *there are numerous applications of the term law, which rest upon a slender analogy and are merely metaphorical or figurative. Such is the case when we talk of laws observed by the lower animals; of*

“leis naturais” que geram obrigações para nós, simplesmente de *Divine law*, ou *law of God*. Austin retém da tradição jusnaturalista a tese segundo a qual existem, de fato, leis naturais. No entanto, como veremos mais adiante, ele nega que as obrigações decorrentes da lei de Deus possam ter algum fundamento “natural” diferente da vontade de Deus. É nos capítulos centrais da *P. J. D.* que Austin se ocupa das leis divinas. No primeiro capítulo, por outro lado, ele se detém sobre o exame das leis humanas – *laws set by men to men* – na medida em que o objeto de investigação da jurisprudência se encontra entre as leis desse tipo.

O ponto de partida de Austin é que a jurisprudência tem como objeto de investigação a lei positiva. Essa tese é formulada já no início de sua obra: “*The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors.*”<sup>5</sup> No entanto, as leis positivas não são todas as leis humanas, na medida em que podemos encontrar leis que, por um lado, surgem de fato como resultado da interação entre indivíduos – e neste sentido não são “leis naturais” – sem, por outro lado, terem sido estabelecidas por uma espécie de “autoridade política” (*political superiors*). Austin denomina as leis humanas que escapam ao âmbito da jurisprudência de leis da “moralidade positiva” (*positive morality*). Leis desse tipo dizem respeito a certos sentimentos de aprovação ou reprovação relativamente a um determinado tipo de conduta no contexto de uma comunidade específica. As leis da moralidade positiva variam de sociedade para sociedade e poderiam ser descritas, por exemplo, por um sociólogo que buscasse investigar, no contexto de uma determinada comunidade, quais são as leis que, sem terem sido impostas ou endossadas pela autoridade política local, costumam ser observadas pelos indivíduos, de forma que, quando elas são violadas, os indivíduos reagem, de modo geral, com um sentimento de desaprovação, ao passo que, quando elas são efetivamente observadas, os indivíduos reagem com um sentimento de aprovação. Examinando uma comunidade específica, o sociólogo poderia constatar, por exemplo, que os indivíduos desaprovam que se entre em uma igreja sem se retirar o chapéu. Enquanto o sentimento de reprovação de outros indivíduos for o único constrangimento a que estamos submetidos ao não retirarmos o chapéu no interior de uma igreja, então a lei que regula esse tipo de conduta é apenas uma lei da moralidade positiva. Ela se torna, porém, uma lei

*laws regulating the growth or decay of vegetables; of laws determining the movements of inanimate bodies or masses.*

<sup>5</sup> *P. J. D.*, p. 18. Cf. também p. 34: “*I propose, in my earlier lectures, to determine the province of jurisprudence; or to distinguish the laws established by political superiors, from the various laws, proper or improper, with which they are frequently confounded.*”

positiva, a partir do momento em que a autoridade política vigente ameaçar com algum tipo de penalidade os indivíduos que não se comportarem desse modo. A lei da moralidade positiva, portanto, se distingue da lei positiva pelos tipos de conseqüências resultantes de sua violação: à violação das leis da moralidade positiva segue-se apenas o sentimento de reprovação por parte de outros indivíduos, ao passo que à violação das leis positivas seguem-se penalidades ou sanções impostas pelos indivíduos ou grupos de indivíduos que têm autoridade para criar as leis e fazer com que elas sejam cumpridas.

Nesse sentido, a posição que Austin defende no que se refere à relação entre a moral e o direito não é inteiramente diferente, por exemplo, da posição defendida por Kelsen. Em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen sustenta que as normas jurídicas, diferentemente das normas da moral, envolveriam uma “ordem coercitiva” (*Zwangsordnung*) no contexto da qual estão previstas certas sanções (*Sanktionen*), impostas no caso da violação dessa ordem coercitiva. As normas da moral, por outro lado, envolveriam apenas um sentimento de “desaprovação” (*Missbilligung*) por parte dos indivíduos.<sup>6</sup> Para Austin, no entanto, as normas morais vigentes em uma dada sociedade podem ser, elas próprias, avaliadas moralmente. É por essa razão que Austin não fala simplesmente em “moralidade”, mas em “moralidade positiva”: podemos, segundo Austin, não apenas descrever as regras morais de uma determinada sociedade, como um sociólogo faria, mas poderíamos também avaliar moralmente – e de modo sistemático – essas mesmas regras conforme elas estejam ou não de acordo com a “lei divina”. Dessa forma, podemos fazer uma distinção entre a moralidade “tal como ela é” (*as it is*) e a moralidade “tal como ela seria” (*as it would be*), se fosse conforme às leis naturais (ou leis divinas).<sup>7</sup> Austin inclui no âmbito da moralidade positiva as denominadas “leis dos costumes” (*customary law*). Enquanto não são endossadas pelo poder do Estado, as leis dos costumes são apenas as regras morais vigentes, e não leis positivas. A partir do momento, porém, em que são endossadas pelo Estado, quer sob a forma de estatutos, quer sob a

---

<sup>6</sup> Cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 64-65: “Das Recht kann von der Moral nur dann wesentlich unterschieden werden, wenn man – wie im Vorbergehenden gezeigt – das Recht als Zwangsordnung, das heißt als eine normative Ordnung begreift, die ein bestimmtes menschliches Verhalten dadurch herbeizuführen sucht, dass sie an das gegenteilige Verhalten einen gesellschaftlich organisierten Zwangsakt knüpft, während die Moral eine gesellschaftliche Ordnung ist, die keine solchen Sanktionen statuiert; deren Sanktionen nur in der Billigung des normentsprechenden und der Missbilligung des normwidrigen Verhaltens bestehen, Anwendung physischer Gewalt daher überhaupt nicht in Betracht kommt.”

<sup>7</sup> P. J. D., p. 20. Cf. também p. 112: “Now, by the name ‘positive morality’, I mean the human laws which I mark with that expression, as considered without regard to their goodness or badness”.

forma de referência a elas nos tribunais, as leis dos costumes, então, se tornam propriamente leis positivas. Como afirma Austin:

“... to those who can see the difference between positive law and morality, there is nothing of mystery about it. Considered as rules of positive morality, customary laws arise from the consent of the governed, and not from the position or establishment of political superiors. But, considered as moral rules turned into positive laws, customary laws are established by the state: established by the state directly, when the customs are promulgated in its statutes; established by the state circuitously, when the customs are adopted by its tribunals.”<sup>8</sup>

Austin inclui ainda no âmbito da moralidade positiva a “lei da honra” (*law of honour*), a “lei ditada pela moda” (*law set by fashion*), e até mesmo o “direito internacional” (*international law*).<sup>9</sup> Em todos esses casos, com efeito, falta uma autoridade política que tenha algum tipo de poder sobre os indivíduos aos quais a lei se dirige. E é justamente a ausência de uma autoridade política que caracteriza a diferença entre, de um lado, as leis da moralidade positiva e, de outro lado, as leis positivas, que constituem o objeto próprio de investigação da ciência do direito ou, no vocabulário mais freqüentemente empregue por Austin, o objeto da jurisprudência.

Segundo Austin, toda lei, no sentido mais geral próprio do termo, é, antes de qualquer outra coisa, um “comando” (*command*). A idéia de lei como comando é, de fato, uma das marcas distintivas da teoria jurídica de Austin. E o que caracteriza um comando enquanto tal, segundo Austin, é o fato de ele envolver, por um lado, um desejo (*wish*), por parte de quem realiza o comando, no sentido de que aquele a quem o comando se dirige se comporte de uma determinada maneira. Por outro lado, todo comando envolve também uma sanção (*sanction*) ou punição (*punishment*), que recai sobre aquele a quem o comando se dirige, caso ele não se comporte conforme o desejo do autor do comando. A existência da sanção, evidentemente, depende de algum tipo de poder (*power*) de coerção que o autor do comando possua sobre aquele a quem o comando se dirige.<sup>10</sup> Podemos, de fato, exprimir nossos

---

<sup>8</sup> P. J. D., p. 36.

<sup>9</sup> P. J. D., p. 20. Com relação ao direito internacional como pertencente ao âmbito da moralidade positiva, ver também p. 112.

<sup>10</sup> Cf. P. J. D., p. 21: “If you cannot or will not harm me, in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase.” Cf. também Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 1970, p. 11: “For Austin a

desejos relativamente ao comportamento de uma outra pessoa mesmo na ausência de um poder de sancionar, porém a expressão de nosso desejo, nesses casos, não pode ser caracterizada como um comando, mas, antes, como uma mera solicitação ou pedido. A caracterização do conceito de lei em termos de comando torna também mais claro o modo como as leis se distinguem, por exemplo, de recomendações, conselhos, ou sugestões. Com efeito, quando estamos submetidos a uma lei, somos então *obrigados* a fazer isso a que a lei nos obriga. Quando, por outro lado, alguém nos sugere ou recomenda que realizemos uma ação, não somos, unicamente por força da recomendação ou conselho em questão, obrigados a realizar a ação. Por essa razão, sustenta Austin, uma lei sempre gera, para aquele a quem a lei se dirige, uma obrigação (*obligation*) ou dever (*duty*). Para Austin, os conceitos de dever (ou obrigação) e de comando são correlatos, ou seja: onde quer que haja um comando *c*, há também o dever *d*, por parte daquele a quem o comando se dirige, de obedecer *c*. Como afirma Austin: “...wherever a duty lies, a command has been signified; and whenever a command is signified, a duty is imposed.”<sup>11</sup> Em alguns contextos, Austin chega mesmo a se referir a “comando” e “dever” como “expressões equivalentes” (*equivalent expressions*).<sup>12</sup>

A tese segundo a qual o conceito de comando envolve o conceito de dever, no entanto, envolve alguns problemas. Se *A* dirige a *B* um comando, *B*, em um certo sentido, é *obrigado* a obedecer ao comando de *A*. Isso ocorre quando o sentido de *estar obrigado* a fazer *x* é o mesmo de *estar forçado* ou *compelido* a fazer *x*. Dizemos, por exemplo, que um assaltante obrigou sua vítima a lhe passar o dinheiro; a vítima, dessa forma, foi obrigada a agir em conformidade com as ordens – ou comando – do assaltante. No entanto, pareceria estranho dizermos que, nessas circunstâncias, alguém tenha também o *dever* ou *obrigação* de entregar a outra pessoa seu dinheiro. A discrepância que há entre o uso do verbo “obrigar”, na frase “estar obrigado a fazer *x*”, e o substantivo correspondente “obrigação”, na frase “ter a obrigação de fazer *x*”, ocorre também em inglês. Como afirma Hart: “There is a difference, yet to be explained, between the assertion that someone was obliged to do something and the assertion that he had an obligation to do it.”<sup>13</sup> A distinção entre o mero estar obrigado (ou

---

*command is defined in terms of the following six conditions: c is A's command if and only if: (1) A desires some other persons to behave in a certain way; (2) he has expressed this desire; (3) he intends to cause harm or pain to these persons if his desire is not fulfilled; (4) he has some power to do so; (5) he has expressed his intention to do so; and, finally, (6), c expresses the content of his desire (1) and of his intention (3) and nothing else.”*

<sup>11</sup> P. J. D., p. 22.

<sup>12</sup> P. J. D.

<sup>13</sup> Hart, *The Concept of Law*, p. 80.

compelido) a fazer  $x$  e a obrigação de fazer  $x$  ocorre, em muitos contextos, quando reconhecemos que  $A$  dirige um comando a  $B$  de forma legítima; quando, por exemplo,  $A$  é o coletor de tributos em um Estado democrático no qual  $B$  está sendo legitimamente acusado de sonegar impostos. Nessas circunstâncias,  $B$  está não apenas obrigado, mas tem também a obrigação de agir em conformidade com as instruções de  $A$ . Por outro lado, para Austin, o fato de alguém estar sendo legitimamente compelido a fazer alguma coisa é, do ponto de vista da jurisprudência, irrelevante. O que interessa a Austin é, com efeito, demarcar o âmbito próprio da jurisprudência de outros âmbitos de investigação no contexto dos quais poderíamos reconhecer um determinado comando como sendo legítimo ou não. Por essa razão, ele é levado a afirmar que, do mero fato de estarmos obrigados a fazer  $x$ , temos também a obrigação de fazer  $x$ .<sup>14</sup> A discussão acerca da legitimidade de nossas obrigações ele relega para o âmbito da ética. No entanto, ao sustentar que, simplesmente por estarmos obrigados a fazer  $x$ , temos também a obrigação de fazer  $x$ , Austin impõe à expressão “obrigação” (ou “dever”) um sentido que se afasta bastante do modo como ordinariamente empregamos tal expressão. Posteriormente, outros autores da tradição do positivismo legal, tais como Kelsen e Hart, buscarão elucidar o conceito de dever, no sentido jurídico do termo, sem, no entanto, compreenderem tal conceito em termos de *comando*.<sup>15</sup>

Por sustentar que apenas comandos geram obrigações, Austin nega, de modo bastante plausível, que uma recompensa (*reward*) possa gerar algum tipo de obrigação. Com efeito, seria possível alegarmos, pelo menos em princípio, que, da mesma forma como somos obrigados a realizar uma ação porque reconhecemos que, do contrário, ficamos sujeitos a algum tipo de conseqüência negativa (*evil*), seríamos também obrigados a realizar uma ação quando tivéssemos a expectativa de auferirmos algum tipo de recompensa. Contudo, não importa o quanto  $A$  ofereça a  $B$  pela realização de uma determinada ação  $x$ ,  $B$  não estará, unicamente em virtude da recompensa, obrigado a fazer  $x$ . Uma recompensa pode, no máximo, motivar  $B$  a agir em conformidade com o desejo de  $A$ , mas ela, por si só, é incapaz de transformar o desejo de  $A$  em um comando.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Cf. *P. J. D.*, p. 22: “*Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am bound or obliged by your command, or lie under a duty to obey it.*”

<sup>15</sup> Cf. Kelsen, op. cit. p. 45-51 *et passim*; Hart, op. cit. p. 77-96 *et passim*.

<sup>16</sup> *P. J. D.*, p. 23. Existe, contemporaneamente, uma discussão sobre se, e em que medida, haveria “ofertas irrecusáveis” que nos obrigariam a realizar uma ação da mesma maneira que comandos, respaldados em ameaças, nos obrigam. Um exemplo freqüentemente mencionado no contexto dessa discussão é o do milionário que oferece a uma mulher pobre o dinheiro necessário para

Tendo mostrado que o conceito de lei envolve o conceito de comando, Austin procura tornar claro, em seguida, que nem todo comando é um tipo de lei. Existem basicamente dois tipos de comando: (i) comandos que, de fato, são *leis* ou *regras* (Austin não faz uma distinção rígida entre o conceito de lei e o conceito de regra); e (ii), comandos que, à falta de uma terminologia mais adequada, podem ser denominados “comandos ocasionais ou particulares”.<sup>17</sup> Leis, no sentido próprio do termo, são comandos que exigem a realização de uma determinada *classe* de ações (por exemplo: salvar pessoas em perigo), ou, conforme o caso, que exigem a omissão de uma determinada *classe* de ações (por exemplo: matar pessoas indefesas). Dessa forma, quando dizemos que a lei nos obriga a salvarmos pessoas em perigo, ou que a lei nos obriga a nos abstermos de matar outras pessoas, o que se tem em mente não é a realização ou omissão de um ato particular (salvar esta pessoa, ou não matar aquela pessoa), mas a realização ou omissão de uma determinada classe de ações, tomadas de modo geral.

Austin ilustra a distinção entre um comando que pode propriamente ser considerado um tipo de lei, de um comando que, sendo apenas ocasional, não pode ser considerado como um tipo de lei, através do seguinte exemplo: se o parlamento determinar a proibição da exportação de milho – seja por um período específico de tempo ou indefinidamente –, então esse comando pode ser considerado uma lei, na medida em que diz respeito à proibição de um “tipo ou espécie” (*kind or sort*) de ação. Mas se, por uma razão qualquer, o parlamento decidir que um determinado carregamento de milho em um porto específico não pode ser exportado, então esse comando, mesmo que tenha sua origem em uma autoridade política, não pode ser considerado uma lei. Por outro lado, Austin reconhece que, no uso ordinário da linguagem, referimo-nos freqüentemente a esse tipo de comando, também, como um tipo de lei, ainda que, conceitualmente, ele se distinga claramente de um comando relativo à realização ou proibição de uma classe de ação, tomada de modo geral. No entanto, ainda que, no contexto da linguagem ordinária, empregemos a palavra “lei” para designar tanto comandos gerais como também comandos ocasionais, Austin procura enfatizar que uma confusão entre esses dois conceitos

---

cobrir os custos da operação de seu filho enfermo em troca de algum tipo de favor sexual. Em *Coercion* (Princeton University Press, 1987), A. Wertheimer sustenta que, nessas circunstâncias, poderíamos dizer que a mulher é, de certa maneira, *obrigada* a agir em conformidade com o desejo do milionário. Ver também D. Zimmermann, “Coercive wage offers”, in *Philosophy and Public Affairs*, 1981, p. 121-45; e J. Feinberg, *Harm to Self*, Oxford University Press, 1986.

<sup>17</sup> P. J. D., p. 25.

poderia nos levar a confundir as atribuições específicas dos legisladores e dos juízes. Isso ocorre no caso das denominadas “decisões judiciais” (*judicial commands*). Decisões judiciais visam o *enforcement* de uma determinada lei, mas elas próprias não são tipos de leis. Decisões judiciais são, segundo Austin, comandos ocasionais. Se quem faz as leis – o legislador – exige que as ações do tipo *x* sejam condenadas com a morte, então cabe aos juízes, nos casos particulares em que *x* de fato ocorrer, determinar a execução do autor de *x*.<sup>18</sup> Nesses casos, como se pode ver, é importante que seja preservada a distinção entre comando particular e comando geral, pois, do contrário, seríamos forçados a admitir que o comando particular de um juiz seria a própria lei. A figura do juiz, dessa forma, se confundiria com a figura do próprio legislador.

Austin considera então uma possível objeção à distinção que faz entre comandos particulares e comandos gerais. Para William Blackstone, um dos mais importantes teóricos da *common law* na Inglaterra, a distinção entre comandos particulares e gerais diria respeito ao número de indivíduos aos quais o comando em questão se dirige: enquanto comandos particulares se dirigiriam a uma única pessoa, comandos gerais se dirigiriam a um grupo de pessoas. Mas os dois tipos de comando, segundo Blackstone, seriam igualmente tipos de leis. Austin tenta mostrar que essa distinção entre comandos gerais e comandos particulares é equivocada, alegando, em primeiro lugar, que nem sempre um comando que se dirige a um grupo de indivíduos pode ser considerado uma lei ou regra. Sua tese é que a generalidade da regra diz respeito ao gênero de ações a que a regra se refere, e não ao gênero de pessoas às quais a regra se dirige. Em segundo lugar, Austin alega ainda que um comando que se dirige a uma única pessoa pode ser considerado, em algumas circunstâncias, uma lei. O parlamento, por exemplo, pode deliberar quanto ao estabelecimento de uma lei que regule os atos de uma única pessoa, a saber, o primeiro ministro. Desta forma, Austin torna mais precisa sua definição de lei afirmando o seguinte: “*A law is a command which obliges a person or persons.*”<sup>19</sup>

No primeiro capítulo da *P. J. D.* Austin busca elucidar o conceito de lei em termos de comandos. Nesse contexto Austin deixa deliberadamente em aberto a pergunta pelo critério por meio do qual poderíamos avaliar moralmente as leis, i.e. ele considera as leis independentemente do fato de elas serem boas ou más – *without*

<sup>18</sup> *P. J. D.*, p. 27: “... the lawgiver commands that thieves shall be hanged. A specific theft and a specified thief being given, the judges commands that the thief shall be hanged, agreeably to the command of the lawgiver.”

<sup>19</sup> *P. J. D.*, p. 29.

*regard to their goodness or badness.*<sup>20</sup> É nesse sentido que Austin pode ser tomado como um dos mais importantes representantes do positivismo legal, na medida em que ele busca demarcar sistematicamente o âmbito específico da jurisprudência – ou ciência do direito – do âmbito da ética. Por outro lado, nos três capítulos seguintes de sua principal obra, Austin procura também desenvolver uma teoria moral por meio da qual pudéssemos avaliar moralmente tanto as normas da moralidade positiva quanto as normas legais de uma determinada comunidade política. É nesse contexto que Austin defende uma concepção utilitarista de moralidade.

### **3. Leis divinas e o princípio da utilidade**

O tipo de utilitarismo defendido por Austin foi claramente influenciado pelo denominado “utilitarismo teológico”, sobretudo na versão discutida por William Paley. A mais conhecida obra de Paley, *Principles of Moral and Political Philosophy* (1785), constituiu uma espécie de manual de ética, obrigatório na Universidade de Cambridge, até início do século XIX. Segundo Schneewind, essa obra teria motivado Bentham, em 1789, a publicar sua *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.<sup>21</sup> Para Paley as leis divinas que se encontram nas *Escrituras* são “declarações expressas” da vontade de Deus. Contudo, além das leis “reveladas”, existiriam também, segundo Paley, leis divinas que, embora não tenham sido reveladas, poderiam ser descobertas por meio da razão ou “*light of nature*”.<sup>22</sup> As leis não-reveladas, porém, não seriam intuídas por meio de um “sentido moral”; elas seriam descobertas racionalmente através da aplicação do princípio da utilidade. Como afirma Paley:

“The method of coming at the will of God concerning any action, by light of nature, is to inquire into the ‘tendency of the action to promote or diminish the general happiness.’ This rule proceeds from the presumption, that God Almighty wills and wishes the happiness of his creatures; and consequently, that those actions, which promote that will and wish, must be agreeable to him.”<sup>23</sup>

<sup>20</sup> P. J. D., p. 112.

<sup>21</sup> J. B. Schneewind, *Moral Philosophy from Montaigne to Kant: An Anthology*, vol. 2, p. 446. Ver também Anthony Quinton, *Utilitarian Ethics*, p. 25; Wilfrid Rumble, *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*, p. 63-65.

<sup>22</sup> Paley, op. cit. 452.

<sup>23</sup> Paley, op. cit. 453.

Essa concepção do princípio da utilidade é retomada por Austin nos capítulos centrais da *P. J. D.* Assim como Paley, Austin distingue as leis divinas reveladas das leis divinas não-reveladas. As leis divinas não-reveladas podem também ser denominadas “*law of nature*”, “*natural law*”, ou ainda “*the law manifested to man by the light of nature or reason*”.<sup>24</sup> Do mesmo modo que as leis positivas, que constituem o objeto próprio da jurisprudência, as leis naturais são definidas em termos de comandos; elas são os “comandos tácitos de Deus” (*the tacit commands of the Deity*).<sup>25</sup> E uma vez que todo comando envolve a possibilidade de uma sanção, caso aqueles a quem o comando se dirige não se comportem em conformidade com o que é prescrito pelo comando, os comandos de Deus – expressos ou tácitos – também envolvem uma sanção, a saber: “*the evils or pains, which we may suffer here or hereafter, by the immediate appointment of God, and as consequences of breaking his commandments*”.<sup>26</sup> Para Austin, portanto, a lei natural existe como resultado da vontade de Deus, da mesma forma que a lei positiva existe como resultado da vontade do legislador. Podemos considerar a discussão acerca do modo de existência da lei natural como dizendo respeito ao aspecto ontológico da teoria moral de Austin. Por outro lado, sua teoria moral envolve também um aspecto epistemológico, pois podemos nos perguntar ainda sobre o modo como conhecemos o conteúdo das leis naturais. Tradicionalmente, essa pergunta foi respondida a partir da suposição de que as leis naturais poderiam, de alguma forma, ser intuídas por uma espécie de “sentido moral” ou “instinto moral”.<sup>27</sup> Austin, no entanto, rejeita a hipótese segundo a qual pudéssemos ter “consciência imediata” do conteúdo das leis naturais. Seu principal argumento contra essa hipótese é que, se tivéssemos de fato uma tal faculdade moral, não haveria tanta divergência acerca de nossas obrigações morais.<sup>28</sup> Podemos, de fato, alega Austin, conhecer o conteúdo da lei natural, porém não por meio de um instinto moral, mas através da aplicação do princípio da utilidade. Como ele afirma:

“From the probable effects of our actions on the greatest happiness of all, or from the tendencies of human actions to increase or diminish that aggregate,

---

<sup>24</sup> *P. J. D.*, p. 39. Austin reconhece seu débito para com Paley em *P. J. D.*, p. 71-2.

<sup>25</sup> *P. J. D.*, p. 48. Cf. também p. 94.

<sup>26</sup> *P. J. D.*, p. 38. Cf. também p. 45: “*Our motives to obey the laws which God has given us, are paramount to all others. For the transient pleasures which we may snatch, or the transient pains which we may shun, by violating the duties which they impose, are nothing in comparison with the pains by which those duties are sanctioned.*”

<sup>27</sup> *P. J. D.*, p. 81.

<sup>28</sup> *P. J. D.*, p. 82-3.

we may infer the laws which he <*sc.* God> has given, but has not expressed or revealed.”<sup>29</sup>

Uma ação, portanto, estará ou não em conformidade com a lei natural conforme essa ação tenda a aumentar ou diminuir a felicidade geral. Contudo, é importante notarmos que Austin não considera a aplicação do princípio da utilidade tendo em vista uma ação tomada isoladamente. Com efeito, não faria sequer sentido dizermos que uma ação qualquer, tomada isoladamente, tenha uma *tendência* a gerar tais e tais conseqüências. Somente podemos falar da tendência de uma ação se, em diferentes ocasiões, tomarmos as diversas ocorrências isoladas da ação em questão como sendo todas relativas a um mesmo *tipo* de ação.<sup>30</sup> Dessa forma, ao nos perguntarmos se uma determinada ação está em conformidade com a lei natural, o que devemos de fato examinar é se a *classe* sob a qual essa ação recai tende a aumentar ou diminuir a felicidade geral.<sup>31</sup> Mas como, em circunstâncias específicas, poderíamos reconhecer a classe à qual uma determinada ação pertence? Segundo Austin, a conduta humana é sempre guiada por “regras” (*rules*), “princípios” (*principles*), ou “máximas” (*maxims*).<sup>32</sup> Isso significa que, em circunstâncias específicas, podemos sempre nos perguntar se a regra que – conscientemente ou não – estamos seguindo ao realizarmos uma determinada ação tende ou não a aumentar a felicidade geral. Por conseguinte, o que em última instância é objeto de

<sup>29</sup> P. J. D., p. 41. Cf. também, p. 41: “... *the benevolence of God, with the principle of general utility, is our only index or guide to his unrevealed law.*”; p. 45: “*The greatest possible happiness of all his sentient creatures, is the purpose and effect of these laws*”; p. 47: “*The final cause or purpose of the Divine laws is the general happiness or good*”; p. 58-59: “*If our conduct were truly adjusted to the principle of general utility, our conduct would conform, for the most part, to laws or rules: laws or rules which are set by the Deity, and to which the tendencies of classes of actions are the guide or index*”; p. 103: “*According to the theory of utility, the principle of general utility is the index to God’s commands, and is therefore the proximate measure of all human conduct.*”

<sup>30</sup> P. J. D., p. 42. “... *we must not consider the action as if it were a single and insulated, but must look at the class of actions to which it belongs.*” Cf. também p. 49: “... *we must not contemplate the act as if it were single and insulated, but must look at the class of acts to which it belongs. We must suppose that acts of the class were generally done or omitted, and consider the probable effect upon the general happiness or good.*”

<sup>31</sup> P. J. D., p. 42: “*If acts of the class were generally done, or generally forborne or omitted, what would be the probable effect on the general happiness or good?*” Cf. também p. 43: “*What would be the probable effect on the general happiness or good, if similar acts, forbearances, or omissions, were general or frequent?*”

<sup>32</sup> P. J. D., p. 51: “*Speaking, then, generally, human conduct is inevitably guided by rules, or by principles or maxims.*” Cf. também p. 43: “... *if the tendencies of actions be the index to the will of God, it follows that most of his commands are general or universal. The useful acts which he enjoins, and the pernicious acts which he prohibits, for the most part, not singly, but by classes: not by commands which are particular, or directed to insulated cases; but by laws or rules which are general, and commonly inflexible.*”

avaliação moral não são as ações, mas as regras que estamos seguindo ao realizarmos uma determinada ação. Por defender essa tese, Austin se compromete claramente com um utilitarismo de regra, ainda que ele próprio não empregue esse vocabulário.

Austin defende um utilitarismo de regra, por oposição a um utilitarismo de ação, por considerar que algumas ações, tomadas isoladamente, podem, de fato, contribuir para a maximização da utilidade. Contudo, em algumas circunstâncias, ao empregarmos de modo sistemático a regra ou máxima subjacente a essas ações, terminamos por diminuir a utilidade. Austin discute alguns exemplos que ilustram esse tipo de situação. Vejamos então dois exemplos especialmente importantes para Austin, um relativo à violação da propriedade privada, o outro relativo à imposição de sanções legais. Se um indivíduo *A*, pobre, roubar uma pequena soma de um indivíduo *B*, rico, então esse o roubo, tomado como um ato isolado, gera para *A* mais benefício do que prejuízo para *B*. Com outras palavras, a utilidade é incrementada para um indivíduo, sem, porém, ocasionar grandes prejuízos para o outro indivíduo. No “cálculo” geral, portanto, parece haver um aumento da utilidade. No entanto, esse aumento é apenas aparente, pois as conseqüências da violação sistemática da propriedade privada, sempre que isso parecesse oportuno para um determinado indivíduo, teria, de modo geral, conseqüências deletérias para todos, inclusive para o autor do roubo.<sup>33</sup> A regra subjacente ao ato isolado de *A*, por conseguinte, entra em conflito com a lei natural. O mesmo argumento Austin emprega em sua discussão sobre a imposição de penalidades legais. Considerada como um ato isolado, a sanção imposta a um criminoso gera para o condenado mais sofrimento (*evil*) do que benefícios imediatos para a sociedade como um todo. Por outro lado, na medida em que, de modo geral, a punição sistemática de criminosos contribui para que outros crimes sejam “coibidos” (*prevented*), ela gera utilidade e, portanto, é uma regra em conformidade com a lei natural.<sup>34</sup>

Evidentemente, seria possível objetarmos aqui, contra Austin, que, se seu argumento é válido, então, em algumas circunstâncias, poderíamos talvez aprovar a condenação de um inocente com base na alegação de que, agindo dessa maneira,

<sup>33</sup> P. J. D., p. 42: “Frequent invasions of property would bring the rich to poverty; and, what were a greater evil, would aggravate the poverty of the poor.” Cf. também p. 67 e 85.

<sup>34</sup> P. J. D., p. 43: “A punishment, as a solitary fact, is an evil: the pain inflicted on the criminal being added to the mischief of the crime. But, considered as part of a system, a punishment useful or beneficent by a dozen or score of punishments, thousands of crimes are prevented.”

dissuadiríamos outras pessoas de cometerem o mesmo crime supostamente cometido pelo condenado. O sofrimento (*evil*) imposto ao inocente, no cômputo geral da utilidade, seria compensado pela segurança gerada para a maioria. Na ausência de uma teoria sobre direitos fundamentais, i.e. direitos que não poderiam ser violados quaisquer que fossem as conseqüências decorrentes da violação de tais direitos, a instrumentalização de indivíduos com vistas à maximização da utilidade parece ser, pelo menos em princípio, compatível com as exigências da lei natural. De fato, a teoria da lei natural defendida por Austin não envolve uma discussão acerca de “direitos naturais”. Também em sua teoria jurídica, Austin evita a discussão acerca de “direitos legais”, com a justificativa de que as questões centrais da jurisprudência poderiam ser adequadamente elucidadas sem uma investigação minuciosa em torno do conceito de “direito” (*right*).<sup>35</sup> Mas, ao meu ver, seria talvez possível lidarmos com essa objeção à teoria moral de Austin sem recorrermos a uma concepção de direitos. No quadro conceitual de sua teoria moral essa objeção poderia ser evitada de duas maneiras. (i) Se assumirmos que a condenação de um inocente está em conflito com uma das leis reveladas de Deus (algo como “não levantar falso testemunho”), então, nesses casos, não precisaríamos sequer empregar o princípio da utilidade, i.e. não precisaríamos inferir o comando *tácito* de Deus através da aplicação do princípio da utilidade, uma vez que já teríamos uma espécie de acesso cognitivo direto ao comando *expresso* de Deus. Essa solução, porém, é bem pouco satisfatória, pois, de certa forma, admite a incapacidade de resolvermos o problema em questão a partir de uma perspectiva utilitarista: para resolução de um problema que surge no contexto do utilitarismo não teríamos outra alternativa a não ser apelarmos para uma teoria teológica. (ii) Uma outra possibilidade seria *negarmos* que a condenação de um inocente possa ser compatível com a aplicação do princípio da utilidade. Com efeito, apenas ocasionalmente poderíamos esperar maximizar a utilidade através da condenação de um inocente. Isso ocorre apenas quando consideramos a condenação de um inocente como uma ação isolada. Mas é justamente essa possibilidade que o utilitarismo de regra de Austin rejeita. Se, por outro lado, examinarmos a regra subjacente a essa ação isolada, então é razoável supormos que, da aplicação sistemática dessa regra, não se segue a maximização da utilidade, pois, nesse caso, em primeiro lugar, sempre teríamos dúvida sobre a adequação das acusações que recaem sobre os réus nos

<sup>35</sup> P. J. D., p. 34: “The meanings of the term right, are various and perplexed; taken with its proper meaning, it comprises ideas which are numerous and complicated; (...) I propose, in my earlier lectures, to determine the province of jurisprudence; or to distinguish the laws established by political superiors, from the various laws, proper and improper, with which they are frequently confounded. And this I may accomplish exactly enough, without a nice inquiry into the import of the term right”

tribunais; em segundo lugar, porque estaríamos constantemente incertos sobre a nossa própria segurança, não apenas pela possibilidade de nos tornarmos vítimas de criminosos, mas também pela possibilidade de nos tornarmos vítimas da própria comunidade política em que vivemos.

Austin procura discutir em seguida uma possível objeção à sua teoria moral. Seria possível objetarmos que, em circunstâncias concretas, raramente dispomos do tempo necessário para avaliarmos de modo adequado as conseqüências que a aplicação de uma determinada regra teria sobre a maximização da utilidade. O tempo necessário para a avaliação adequada de todas as conseqüências resultantes de um determinado *tipo* de conduta é freqüentemente superior ao tempo de que efetivamente dispomos para tomarmos decisões.<sup>36</sup> Esse problema é agravado por um certo egoísmo moderado, presente de modo geral na conduta humana.<sup>37</sup> Com efeito, Austin assume que agimos comumente motivados pelo auto-interesse, e apenas secundariamente motivados pela promoção do bem comum. Assim, diante da dificuldade de anteciparmos as conseqüências resultantes da aplicação do princípio da utilidade, tenderíamos a privilegiar a maximização de nosso próprio interesse, por oposição à maximização do interesse de todos.<sup>38</sup> Austin procura responder essa objeção chamando atenção para dois importantes aspectos de sua teoria moral: (i) em primeiro lugar, seria preciso considerarmos que a ética não é uma ciência *a priori*. Uma vez que a “razão humana é falível”<sup>39</sup> e que não dispomos de “princípios práticos inatos”<sup>40</sup>, devemos recorrer a “observações e induções” na tentativa de descobrirmos um guia para um tipo de conduta que seja compatível com a lei natural. Isso significa que o “cálculo” da utilidade é sempre aproximado e sujeito a revisões. (ii) Em segundo lugar, Austin sustenta que sua teoria moral *não* é uma teoria sobre motivações morais. Uma conduta motivada pelo auto-interesse não é incompatível, segundo Austin, com a aplicação do princípio da utilidade. Do primeiro aspecto derivam-se considerações acerca da possibilidade de obtermos um progresso no âmbito da ética da mesma forma que obtemos progresso no âmbito de outros tipos de ciências. Do primeiro aspecto derivam-se considerações acerca

<sup>36</sup> P. J. D., p. 46.

<sup>37</sup> P. J. D., p. 96: “... our self-regarding affections are steadier and stronger than our social: the motives by which we are urged to pursue our peculiar good operate with more constancy, and commonly with more energy, than the motives by which we are solicited to pursue the good of our fellows.”

<sup>38</sup> P. J. D., p. 46-47: “But, as we commonly prefer our own interest to the interest of our fellows-creatures, and our immediate to our own remote interest, it is clear that we should warp the principle to selfish and sinister ends”.

<sup>39</sup> P. J. D., p. 90.

<sup>40</sup> P. J. D., p. 48.

da relação entre ações motivadas pelo auto-interesse e ações motivadas por sentimentos como benevolência ou altruísmo. Vejamos separadamente esses dois aspectos da teoria moral de Austin.

Austin, como vimos, procura caracterizar a ciência do direito como uma disciplina autônoma com relação a outras disciplinas. Seu objetivo é conferir à jurisprudência um caráter propriamente científico. Da mesma forma, Austin procura conferir também à ética um caráter científico. E isso ele faz rejeitando a idéia de que temos uma faculdade natural por meio da qual tivéssemos “consciência imediata” do que é moralmente bom. No âmbito da “ciência da ética” (*ethical science*), assim como em outros âmbitos de investigação científica, nossos juízos dependem de “observação e indução”.<sup>41</sup> A tentativa de Austin no sentido de tornar tanto o estudo do direito quanto o estudo da moral parte de um programa de investigação empírica é claramente formulada na seguinte passagem:

“According to the theory of utility, the science of Ethics or Deontology (or science of Law and Morality, as they *should* be or *ought* to be) is one of the sciences which rest upon observation and induction.”<sup>42</sup>

Se a ética faz parte de um programa empírico de investigação, então nosso conhecimento moral – nosso conhecimento sobre o *tipo* de conduta que melhor contribui para promoção da utilidade, bem como nosso conhecimento acerca das *regras* que exprimem esse tipo de conduta – progride na mesma medida em que descobrimos um nexo causal entre dois tipos de eventos distintos: nossos atos, por um lado, e as prováveis conseqüências desses atos sobre a promoção da felicidade geral, por outro.<sup>43</sup> Contudo, assim como ocorre em outras ciências, nenhum indivíduo poderia, sozinho, pretender conhecer todos os nexos causais relevantes. Em nossas investigações devemos confiar, pelo menos parcialmente, nos resultados já alcançados por outros indivíduos envolvidos em um âmbito análogo de investigação. Austin considera que até mesmo no âmbito da matemática o que um

<sup>41</sup> P. J. D., p. 64.

<sup>42</sup> P. J. D., p. 60.

<sup>43</sup> P. J. D., p. 46: “First: *We shall conjecture the consequences of the act, and also the consequences of the forbearance. For these are the competing elements of that calculation, which, according to our guiding principle, we are bound to make.* Secondly: *we shall compare the consequences of the act with the consequences of the forbearance, and determine the set of consequences which gives the balance of advantage: which yields the larger residue of probable good, or (adopting a different, though exactly equivalent expression) which leaves the smaller residue of probable evil*”.

indivíduo toma como uma prova matemática pode depender, em parte, da verdade de certas proposições  $p_1$ ,  $p_2$ ,  $p_3$  para as quais ele próprio não tenha nenhuma evidência imediata; mas  $p_1$ ,  $p_2$ ,  $p_3$  podem, ainda assim, ser tomadas “sob confiança” (*upon trust*) como verdadeiras porque outros indivíduos, envolvidos em um mesmo programa de investigação, dispõem de evidências imediatas em favor dessas proposições.<sup>44</sup> No âmbito da ética, nosso conhecimento moral, em muitas circunstâncias, também dependerá da “autoridade”, “testemunho”, e “confiança” de outras pessoas. Como Austin afirma: “*So numerous are the classes of actions to which those <sc. divine> laws relate, that no single mind can mark the whole of those classes, and examine completely their respective tendencies.*”<sup>45</sup> Há, no entanto, uma importante diferença entre a ética e as demais ciências, pois o progresso da ética parece, de modo geral, estar em descompasso com o progresso que se verifica nas demais ciências. Isso ocorre porque, segundo Austin, no âmbito da ética – e de disciplinas correlatas como a legislação, a política, e a economia política – dificilmente formulamos juízos de modo inteiramente imparcial. Ao invés de “examinarmos as evidências e seguirmos honestamente as conseqüências”, no contexto de discussões morais freqüentemente defendemos posições de modo bastante parcial.<sup>46</sup> Contudo, a despeito da parcialidade com que somos conduzidos na formulação de nossos juízos morais, Austin é extremamente otimista no que concerne à possibilidade de alcançarmos no âmbito da ética um progresso análogo ao progresso alcançado no âmbito das demais ciências. Fundamental para a promoção do progresso moral é, segundo Austin, um comprometimento dos governos com a educação de seus respectivos cidadãos. Como ele afirma: “*... it is not less incumbent on governments to forward the diffusion of knowledge, than to protect their subjects from one another by a due administration of justice, or to defend them by a military force from the attacks of external enemies.*”<sup>47</sup> Austin chega mesmo a considerar que promover a difusão do

---

<sup>44</sup> P. J. D., p. 60-61: “*Many mathematical truths are probably taken upon trust by deep and searching mathematicians*” (...) “*The powers of single individuals are feeble and poor...*”

<sup>45</sup> P. J. D., p. 59. Cf. também p. 60: “*... no single mind could have found the whole of those rules, nor could any single mind compass the whole of their proofs. Though all the evidence would be known, the several parts of the evidence would be known by different men.*”

<sup>46</sup> P. J. D., p. 61: “*Those who have inquired, or affected to inquire into ethics, have rarely been impartial, and, therefore, have differed in their results.*” Cf. também p. 75-6.

<sup>47</sup> P. J. D., p. 68. Cf. também p. 66-67: “*An enlightened people were a better auxiliary to the judge than an army of policemen.*”; p. 69: “*If the elements of the ethical science were widely diffused, the science would advance with proportionate rapidity.*”; p. 75: “*If there were a reading public numerous, discerning, and impartial, the science of ethics, and all the various sciences which are nearly related to ethics, would advance with unexampled rapidity.*”

conhecimento não é menos importante do que garantir a proteção da propriedade privada.<sup>48</sup> Além da promoção da educação, Austin considera também importante para o progresso moral a reforma de algumas instituições sociais como, por exemplo, os presídios e, de modo geral, a própria estrutura do direito penal. Dessa forma, medidas deveriam ser tomadas para que, por exemplo, um ex-detento fosse mais facilmente reintegrado à sociedade. Como Austin já reconhece no contexto da primeira metade do século XIX: “... *the stigma of legal punishment is commonly indelible; and, by debarring the unhappy criminal from the means of living honestly, forces him on further crimes*”<sup>49</sup>.

A teoria moral de Austin não envolve o tipo de individualismo característico de outros tipos de teorias morais. Com efeito, Austin não endossa a idéia segundo a qual cada indivíduo poderia sozinho, e independentemente de sua inserção em uma comunidade política específica, investigar racionalmente o conteúdo das normas morais. Para Austin a moral – ou, para sermos mais precisos: a moralidade positiva tal como ela deve ser – consiste de um conjunto de regras que são “conformes” à lei natural.<sup>50</sup> Contudo, como não temos um acesso cognitivo direto às leis naturais, devemos então aplicar o princípio da utilidade na tentativa de descobrirmos, gradualmente, quais são as regras cuja aplicação efetivamente contribui para a promoção da felicidade geral. Essas regras, como Austin enfatiza em diferentes passagens da *P. J. D.*, são um “index” da lei natural.<sup>51</sup> Não podemos comparar diretamente as regras da moral com as leis naturais, mas podemos avaliar o quanto as regras da moral se aproximam, ou se mostram mais conformes, com o conteúdo da lei natural, na medida em que verificamos empiricamente que o cumprimento de tais regras de fato contribui para um aumento da felicidade geral, ou para um aumento do “bem público”. Austin compreende por “bem público” o “agregado das satisfações” (*aggregate enjoyment*) de cada um dos indivíduos de uma dada comunidade – ou mesmo da espécie humana como um todo.<sup>52</sup> Só podemos avaliar o quanto a aplicação de uma regra contribui para a promoção do bem público se

---

<sup>48</sup> *P. J. D.*, p. 68.

<sup>49</sup> *P. J. D.*, p. 67.

<sup>50</sup> *P. J. D.*, p. 20.

<sup>51</sup> *P. J. D.*, p. 94: “*Strictly speaking, therefore, utility is not the measure to which our conduct should conform, nor is utility the test by which our conduct should be tried. It is not in itself the source or spring of our highest or paramount obligations, but it guides us to the source whence these obligations flow. It is merely the index to the measure, the index to the test.*” Cf. também p. 45: “*The principle of general utility is the index to many of these duties; but the principle of general utility is not their fountain or source. For duties or obligations arise from commands and sanctions.*”

tivermos um conhecimento, ainda que impreciso, acerca do que, efetivamente, deve contribuir para a satisfação de *cada* indivíduo. Mas só podemos adquirir esse tipo de conhecimento em contextos de intersubjetividade. Com outras palavras, o conhecimento que temos acerca dos interesses e expectativas de outros indivíduos não pode ser obtido independentemente do modo como efetivamente interagimos com outros indivíduos. O que nós podemos saber sobre a moral, portanto, dependerá do que nós sabemos sobre as expectativas de outros indivíduos, i.e. sobre o que, provavelmente, contribuirá para um aumento de suas respectivas satisfações.

Por outro lado, no entanto, o conhecimento acerca de nossos próprios interesses e expectativas não depende de contextos intersubjetivos. A teoria moral de Austin é não-individualista no que concerne ao modo como descobrimos o conteúdo das regras morais. Porém, no que concerne ao problema da motivação moral, Austin defende um tipo de individualismo. Sua tese é que cada indivíduo é o melhor conhecedor de seus próprios interesses: “... *every individual person is the best possible judge of his own interests: of what will affect himself with the greatest pleasures and pains.*”<sup>53</sup> Isso significa que, no cálculo do “agregado de satisfações”, se buscássemos promover em primeiro lugar o bem de outras pessoas ao invés de nosso próprio bem, chegaríamos a um resultado pior do que o resultado que alcançaríamos se cada um buscasse, em primeira instância, promover o seu próprio bem, pois os outros não conhecem nossos interesses melhor do que nós próprios conhecemos. Por essa razão, o tipo de utilitarismo defendido por Austin não exige que negligenciemos nossos próprios interesses em prol da maximização da felicidade geral. Pelo contrário, se cada indivíduo buscasse maximizar o bem público às custas da realização de seu próprio interesse, então o bem público não seria realmente maximizado, pois não podemos assumir que conhecemos os interesses das outras pessoas melhor do que elas próprias conhecem.<sup>54</sup> Dessa tese, porém, não se segue

---

<sup>52</sup> P. J. D., p. 95: “When I speak of the public good, or of the general good, I mean the aggregate enjoyment of the single or individual persons who compose that public or general to which my attention is directed. The good of mankind, is the aggregate of the pleasures which are respectively enjoyed by the individuals who constitute the human race. The good of England, is the aggregate of the pleasures which fall to the lot of the Englishmen considered individually or singly.”

<sup>53</sup> P. J. D., p. 95.

<sup>54</sup> P. J. D., p. 96: “If every individual neglected his own individual to the end of pursuing and promoting the interests of others, every individual would neglect the objects with which he is intimately acquainted to the end of forwarding objects of which he is comparatively ignorant. Consequently, the interests of every individual would be managed unskillfully. And, since the general good is an aggregate of individual enjoyments the good of the general

que poderíamos buscar a implementação de nossos interesses sem qualquer tipo de restrição. A busca pela maximização irrestrita do próprio interesse equivaleria a uma espécie de “estado de natureza” em que todos sairiam perdendo. A tese de Austin é que, na busca pela promoção de nosso próprio interesse a única restrição a que estamos submetidos consiste em não agirmos de modo deletério à promoção do bem geral. Como ele afirma:

“... the principle of general utility imperiously demands that he commonly shall attend to his own rather than to the interests of others: that he shall not habitually neglect that which he knows accurately in order that he may habitually pursue that which he knows imperfectly.”

(...)

“The principle of general utility does not demand of us, that we shall always or habitually intend the general good: though the principle of general utility does demand of us, that we shall never pursue our own peculiar good by means which are inconsistent with that paramount object.”<sup>55</sup>

Por essa razão, Austin afirma que sua teoria moral não é uma teoria sobre o problema da motivação moral.<sup>56</sup> Quando, por exemplo, um comerciante vende um determinado produto, ele age comumente motivado pelo interesse que tem em obter lucro. Mas as conseqüências decorrentes do tipo de ação que ele realiza contribuem para a promoção do bem público. Sua conduta, portanto, é conforme ao princípio da utilidade, muito embora não seja a própria aplicação do princípio da utilidade o que o motiva em sua conduta. Do mesmo modo, segundo Austin, o cultivo de relações afetivas está entre os mais importantes tipos de bens. Por essa razão, quando nos dedicamos ao cultivo de relações afetivas, contribuimos para a soma de bens. Mas esse não deve ser, evidentemente, o motivo pelo qual cultivamos relações afetivas: *“It was never contended or conceited by a sound, orthodox utilitarian, that the lover should kiss his mistress with an eye to the common weal.”*<sup>57</sup> Austin, na verdade, chega mesmo a reconhecer que alguns tipos de motivações se apresentam como melhores do que outras, na medida em que elas comumente nos impelem, mais do que outras, a realizar tipos de ações que tendem a contribuir para a

---

*or public would diminish with the good of the individuals of whom that general public is constituted or composed.”*

<sup>55</sup> P. J. D., p. 96.

<sup>56</sup> P. J. D., p. 103: *“Now the theory of ethics which I style the theory of utility has no necessary connection with any theory of motives”* (...) *“The theory of utility will hold good, whether benevolence or sympathy be truly a portion of our nature, or be nothing but a mere name for provident regard to self.”*

<sup>57</sup> P. J. D., p. 97.

promoção da utilidade. Por outro lado, ele insiste também na tese segundo a qual, a rigor, seria um equívoco dizermos que os motivos em função dos quais agimos, considerados em si mesmos, são bons ou maus: “... *no motive is good or bad: since there is no motive which may not by possibility, and which does not occasionally in fact, lead both to beneficial and mischievous conduct.*”<sup>58</sup> Mesmo quando as pessoas, de modo geral, exigem de nós algum tipo de atitude altruísta ou benevolente, é necessário que, pelo menos em parte, sejamos motivados pela promoção de nosso interesse ou pela promoção dos interesses daqueles que nos são imediatamente próximos.<sup>59</sup> No entanto, podemos nos perguntar como seria possível conciliarmos de modo satisfatório essas duas teses no quadro conceitual da teoria moral de Austin:

(i) a tese de que somos não apenas motivados em nossa conduta pela realização do auto-interesse, mas que é mesmo através da busca pela realização do auto-interesse que o bem público é maximizado de modo mais eficiente.

(ii) a tese de que a moral pode exigir de nós, em algumas circunstâncias, que nossa conduta seja motivada, ou pelo menos parcialmente motivada, por altruísmo ou benevolência, pois são essas as motivações que, em tais e tais circunstâncias, conduzem as pessoas à promoção do bem público.

Embora negue que tenhamos um “sentido moral”, compreendido como uma faculdade por meio da qual teríamos “consciência imediata” acerca do que é moralmente bom, Austin procura reintegrar o conceito de “sentimentos morais” no contexto de sua teoria moral. Sua tese é que, após termos descoberto, através do cálculo da utilidade, que um determinado tipo de ação contribui para a promoção do bem público, e que, portanto, é conforme à lei natural, desenvolvemos um sentimento de aprovação com relação a esse tipo de ação; e um sentimento de desaprovação com relação aos tipos de ações que são contrárias à promoção bem público. Como Austin afirma:

“If I believe (no matter why) that the acts of a class or description are enjoined or forbidden by the Deity, a moral sentiment or feeling (a sentiment

---

<sup>58</sup> P. J. D., p. 98.

<sup>59</sup> P. J. D., p. 97: “*Even where utility requires that benevolence shall be our motive, it commonly requires that we shall be determined by partial rather than general benevolence: by the love of the narrower circle which is formed of family relations, rather than by sympathy with the wider circle which is formed of friends or acquaintance: by sympathy with friends or acquaintance, rather than by patriotism: by patriotism, or love of country, rather than by larger humanity which embraces mankind*”.

or feeling of approbation or disapprobation) is inseparably connected in my mind with the thought or conception of such cases”.<sup>60</sup>

Isso significa que, em situações concretas, depois de termos desenvolvido um sentimento moral – sentimento esse, convém enfatizar, que não é inato – não é mais necessário refazermos o cálculo da utilidade, ou mesmo sermos guiados por uma regra. Ao nos encontrarmos novamente em circunstâncias em que está em questão o mesmo tipo de ação, nossa conduta passa a ser então determinada pelo sentimento de aprovação ou desaprovação que desenvolvemos anteriormente. Apenas indiretamente estará em questão nessas ocasiões a aplicação de uma regra. Por essa razão, nossa conduta pode estar “ajustada” (*adjusted*) ao princípio da utilidade, sem, no entanto, que ela seja determinada pela aplicação desse princípio, mas, antes, por um sentimento moral, i.e. um sentimento de aprovação ou desaprovação com relação à conduta em questão.<sup>61</sup> Isso não significa, porém, substituímos o cálculo de utilidade por sentimentos morais.<sup>62</sup> Os sentimentos morais, eles próprios, estão sujeitos a revisões na mesma medida em que nosso conhecimento moral é revisto à luz de novas evidências acerca do modo como nossa conduta contribui para um aumento do bem público. Mas como não podemos modificar nossos sentimentos com a mesma facilidade com que, de modo geral, modificamos nossas crenças à medida em que aumenta nosso conhecimento sobre o mundo social, é necessário que os sentimentos morais dos indivíduos seja, pelo menos em parte, o resultado de um processo de educação moral. Em sua discussão sobre a reforma do direito penal Austin alega, por exemplo, que a o problema da criminalidade não pode ser integralmente resolvido sem que “a raiz do mal” (*the root of the evil*) seja de fato extirpada. O que ele tem em mente aqui é a obrigação, por parte dos governos, de propiciar aos cidadãos um tipo de educação que lhes permita suprimir preconceitos e corrigir alguns sentimentos morais.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> P. J. D., p. 51.

<sup>61</sup> P. J. D., p. 52: “If my conduct be truly adjusted to the principle of general utility, my conduct is guided remotely by calculation. But, immediately, or at the moment of action, my conduct is determined by sentiment. Cf. também p. 51: “The human conduct which is subject to the Divine commands, is not only guided by rules, but also by moral sentiments associated with those rules.”

<sup>62</sup> P. J. D., p. 52: “Calculation is a guide, not the antagonist of sentiment. Sentiment without calculation were blind and capricious; but calculation without sentiment were inert.”

<sup>63</sup> P. J. D., p. 67: “... nothing but the diffusion of knowledge through the great mass of the people will go to the root of the evil. Nothing but this will cure or alleviate the poverty which is the ordinary incentive to crime. Nothing but this will extirpate their prejudices, and correct their moral sentiments.” Cf. também p. 52: “Through my previous habits of thought and my education, a sentiment of aversion has become associated in

Austin reconhece que sua teoria moral deixa em aberto algumas questões relativas à relação entre “motivações egoístas e motivações sociais” (*selfish and social motives*). Por outro lado, ele alega ter proporcionado nos capítulos centrais da *P. J. D.* apenas os “*princípios da ética*”, e não “*a complete dissertation upon ethics*.”<sup>64</sup> Mas, de todo modo, importantes representantes da tradição utilitarista, como, por exemplo, John Stuart Mill, reconheceram na principal obra de Austin uma contribuição decisiva em prol de uma ética utilitarista.<sup>65</sup>

#### **4. Conclusão**

Por ter sido um dos primeiros autores a buscar demarcar de modo sistemático o âmbito de investigação próprio da jurisprudência do âmbito da ética, Austin figura na história do pensamento jurídico como um dos mais significativos representantes do denominado positivismo legal. No entanto, como procurei mostrar aqui, metade de sua principal obra é também dedicada à exposição e defesa sistemáticas de uma concepção utilitarista de ética. Para Austin uma resposta às questões mais fundamentais da jurisprudência não envolve necessariamente um exame acerca de questões morais. Contudo, ainda assim, Austin discute problemas morais no contexto de sua teoria jurídica por reconhecer que há uma semelhança estrutural entre as demandas da legalidade e as demandas da moralidade. Com efeito, tanto as regras legais quanto as regras morais se fazem exercer sobre nós sob a forma de comandos. Além disso, ambos os tipos de regras nos obrigam à realização ou, conforme o caso, à omissão, não de ações isoladas, mas de classes ou tipos de ações. E as obrigações a que estamos submetidos, sejam elas de caráter legal, sejam elas de caráter moral decorrem, respectivamente, da vontade do legislador e da vontade de Deus.

Em sua teoria moral Austin defende uma versão teológica do utilitarismo de regra. Sua tese é que o princípio da utilidade não é o fundamento de nossas obrigações. O princípio da utilidade não é também o que nos motiva em nossa conduta. Como Austin enfatiza em diferentes passagens de *P. J. D.*, o princípio da utilidade consiste, na verdade, em uma espécie de “index” ou “guia” para descobrirmos,

---

*my mind with the thought or conception of a theft.*”

<sup>64</sup> *P. J. D.*, p. 100.

<sup>65</sup> Cf. J. S. Mill, “Austin’s lectures on jurisprudence”, in *Essays on Equality, Law, and Education*, p. 53-60.

através de um processo gradual de observação e generalização, que tipos de condutas são conformes à lei natural.

### **Bibliografia**

AUSTIN, J.: *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Cambridge, Cambridge University Press, 1995. (Edição moderna estabelecida por Wilfrid E. Rumble).

CATTANEO, Mario A.: *Il Positivismo Giuridico Inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962.

HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Oxford, At Clarendon Press, 1961.

KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre*, Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960.

KING, Peter J.: *Utilitarian Jurisprudence in America: The Influence of Bentham and Austin on American Legal Thought in the Nineteenth Century*, New York, Garland, 1986.

LÖWENHAUPT, Wilfried: *Politischer Utilitarismus und bürgerliches Rechtsdenken: John Austin und die "Philosophie des positiven Rechts"*, Duncker & Humblot, 1972.

MILL, John Stuart: "Austin's lectures on jurisprudence", in *Essays on Equality, Law, and Education*, (Collected Works, vol. 21), University of Toronto Press / Routledge and Keagan Paul, 1984, p. 53-60.

MORISON, William L.: *John Austin*, London, Edward Arnold, 1982.

PALEY, William: *Principles of Moral and Political Philosophy*, in (org.) J. B. Schneewind, *Moral Philosophy from Montaigne to Kant: An Anthology*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 2, 1990, p. 447-459.

QUINTON, Anthony, *Utilitarian Ethics*, Londres, Duckworth, 1989.

RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970.

RUMBLE, Wilfrid E.: *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution*, London, Athlone Press, 1985.

RUMBLE, Wilfrid E.: “Nineteenth-century perception of John Austin: Utilitarianism and the reviews of *The Province of Jurisprudence Determined*”, in *Utilitas*, vol. 3, 1991, p. 199-216.

RUMBLE, Wilfrid E.: *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin’s Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*, Continuum International Publishing Group, London, 2005.

SCHNEEWIND, J. B.: “William Paley”, in *Moral Philosophy from Montaigne to Kant: An Anthology*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 2, 1990, p. 446-447.

© Marcelo de Araujo  
E-mail: [marcelo.araujo@pq.cnpq.br](mailto:marcelo.araujo@pq.cnpq.br)

