
O Positivismo Legal Inglês: John Austin (1790 – 1859)

Marcelo de Araujo UERJ-CNPq

Publicado como: "John Austin", in: (org.) Vicente de Barreto, *Dicionário de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Unisinos / Renovar, 2006, p. 72-76.

[\[clique para adquirir este livro\]](#)

Em 1825 Austin abandona a prática do direito para se dedicar à investigação de problemas teóricos relativos à natureza de alguns dos principais conceitos jurídicos, sobretudo o conceito de lei. Sua principal obra, *A Província da Jurisprudência Determinada* (1832), única obra publicada no período em que viveu, consiste de uma série de seis “preleções” (*lectures*) que foram preparadas sobretudo entre os anos de 1827 e 1828, período em que Austin viveu em Bonn, na Alemanha. Tais preleções constituem o essencial do curso que começou a ministrar a partir de 1829 na então recém-inaugurada Universidade de Londres, na qualidade de professor de Jurisprudência. Austin figura na história do pensamento jurídico como um dos mais importantes representantes do positivismo legal. E a razão para isso pode ser buscada já na primeira frase da primeira preleção de *A Província da Jurisprudência Determinada*, em que Austin afirma que o objeto próprio da Jurisprudência é a “lei positiva”, i.e. a lei colocada por uma autoridade política para os indivíduos que estão submetidos a esta autoridade. Por outro lado, a versão do positivismo jurídico defendida por Austin é bastante diferente, por exemplo, daquela defendida por Jeremy Bentham (1748-1832) ou Hans Kelsen (1881-1973), na medida em que Austin não nega que haja algo como “leis naturais”. O que ele nega, de fato, é que as leis naturais constituam o objeto de que se ocupa a Jurisprudência. As leis naturais seriam, na verdade, objetos da Ética, um âmbito de investigação não menos sistemático do que o âmbito da Jurisprudência, mas que, no entanto, não se confundiria com este último. Vejamos então de que maneira Austin distingue a lei positiva – o objeto da Jurisprudência – de outros tipos de lei que escapam à “província” da Jurisprudência.

Logo no início de *A Província da Jurisprudência Determinada* Austin define nos seguintes termos o conceito de lei (*law*): “*uma regra estabelecida para a conduta de um ser inteligente por um ser inteligente tendo poder sobre ele*”. Esta definição, no entanto, é muito geral, pois

ela inclui em seu âmbito regras que, por um lado, podem ser corretamente denominadas de lei, sem que, por outro lado, tais regras possam ser consideradas objeto da Jurisprudência. O principal objetivo de Austin é demarcar o âmbito próprio da Jurisprudência, de modo a excluir deste âmbito várias regras que, mesmo sendo tipos de lei, não constituem a rigor o objeto do qual a Jurisprudência se ocupa. O objeto próprio da Jurisprudência é, segundo Austin, a lei positiva (p. 18, *et passim*).

Em seu sentido mais geral, o conceito de lei envolve tanto as leis humanas quanto as leis de Deus (p. 19). Para Austin, apenas as leis de Deus poderiam ser propriamente denominadas “leis naturais”. Contudo, ele prefere evitar o uso desta expressão (“lei natural”), por considerá-la equívoca e ambígua. Austin denomina então a lei de Deus simplesmente de “lei divina” (*Divine law*). Quanto às leis humanas, elas são de dois tipos, frequentemente confundidos: leis “positivas” e leis da “moralidade positiva”. As primeiras são estabelecidas por uma autoridade política (*political superiors*), as segundas, não. É do conjunto das leis positivas que se ocupa a Jurisprudência. A moralidade positiva se distingue, por um lado, da lei positiva, na medida em que ela não é estabelecida por uma autoridade política. Ela diz respeito, antes, ao sentimento de aprovação ou desaprovação de uma determinada comunidade com relação a certos tipos de comportamento. Por outro lado, a moralidade positiva se distingue também da lei divina (ou lei natural), na medida em que ela diz respeito a um conjunto de regras efetivamente adotadas por uma comunidade, independentemente do fato de essas regras estarem ou não de acordo com a lei divina. Segundo Austin as leis da moralidade positiva são denominadas de “leis” no sentido “impróprio” deste termo. Trata-se de um sentido impróprio pois falta às leis da moralidade positiva uma instância superior com o poder de impor algum tipo de penalidade no caso da violação deste tipo de lei. A mera desaprovação da comunidade não constitui para Austin um tipo de penalidade. Evidentemente, as leis da moralidade positiva podem ser endossadas e impostas pelo poder de coerção do Estado. Quando isso ocorre, elas se tornam então leis positivas. Como exemplos de “leis” da moralidade positiva, e portanto “leis” no sentido impróprio deste termo, Austin aduz a “lei da honra” (*the law of honour*), a “lei ditada pela moda” (*the law set by fashion*), e até mesmo o direito internacional (*international law*, p. 20; ver também p. 112 ss., *et passim*). Nestes casos o que está em questão é a “mera opinião” e “sentimentos” de um determinado grupo de pessoas, e não o poder de coerção de uma autoridade política. Cumpre ainda incluir no conjunto de leis da moralidade positiva as “leis consuetudinárias” (*customary laws*). Enquanto não são instituídas como as normas de um Estado, as leis consuetudinárias são, na verdade,

apenas “regras” (*rules*) da moralidade positiva. A “força” dessas leis decorre da “desaprovação geral” que recai sobre as pessoas que as transgridem. Como Austin afirma: “*consideradas como regras da moralidade positiva, as leis consuetudinárias surgem do consentimento dos governados, e não da colocação (position) ou estabelecimento da autoridade política*” (p. 36). Ainda que impróprio, o termo “lei” utilizado para se referir às regras da moralidade positiva é “bastante análogo” (*closely analogous*) ao uso do termo “lei” em seu sentido próprio. Existe, no entanto, um uso do termo “lei” que é inteiramente equivocado. Tal é o caso quando falamos das “leis” que regulam o comportamento dos animais, das “leis” que regulam o crescimento das plantas, etc. Nestes casos, não podemos falar nem de uma “vontade” nem de uma “razão” em função das quais as supostas leis teriam sido estabelecidas. Segundo Austin, é devido a este uso equivocado da palavra “lei” que tradicionalmente houve muita confusão tanto no âmbito da moral quanto no âmbito da Jurisprudência. A palavra “positiva” na expressão “moralidade positiva” é necessária, segundo Austin, para podermos demarcar, de um lado, a moralidade positiva, e, de outro lado, a lei divina. Se falássemos simplesmente em moralidade (ou moral) poderíamos ter em mente: (i) a moralidade *tal como ela é*, independentemente de seus méritos; ou (ii) a moralidade tal como ela *deveria ser*, i.e. considerada sob a perspectiva da vontade de Deus. Esta distinção entre a moralidade “tal como ela é” (*as it is*) de fato, e a moralidade “tal como ela seria” (*as it would be*), se fosse conforme à lei divina (ou lei natural), torna Austin um representante pouco comum da tradição do positivismo legal. Com efeito, Austin *não* nega, como por exemplo Bentham ou Kelsen, que existam coisas como “leis naturais” em função das quais poderíamos avaliar moralmente quer sistemas jurídicos específicos, quer o conjunto das regras não institucionalizadas juridicamente de uma determinada comunidade. O que Austin no entanto nega é que uma resposta à pergunta sobre o que é a lei no sentido próprio do termo – a pergunta de que se ocupa a Jurisprudência – tenha de envolver especulações sobre o que é moralmente certo ou errado. No entanto, ainda assim, ao longo das seis preleções de que se compõe sua principal obra, Austin se dedica sistematicamente também a questões de ordem moral. Com efeito, até quase final do século XIX, Austin foi muito mais lido como um pensador da moral do que do direito. Neste contexto, foram sobretudo as preleções 2, 3, e 4 que constituíram o foco central da atenção na discussão do pensamento de Austin. São nessas preleções que sua teoria moral é discutida de modo sistemático. As preleções 1, 5, e 6, que contêm propriamente a teoria do direito de Austin, só começaram a ser lidas com mais atenção a partir do final do século XIX (Rumble, 1991). Nas partes de sua obra em que se dedica à investigação de problemas morais, Austin se compromete claramente com uma

posição utilitarista. Contudo, o que torna sua versão do utilitarismo bastante peculiar é o fato de Austin desenvolver uma teoria moral utilitarista no contexto de uma discussão sobre a lei divina. Na segunda preleção Austin distingue as leis de Deus “reveladas” das leis de Deus “não reveladas”. Sua tese é que os princípios do utilitarismo conteriam as leis de Deus que não nos foram reveladas. Como ele afirma: “*A partir dos efeitos prováveis de nossas ações sobre a maior felicidade de todos (...) podemos inferir as leis que ele <sc. Deus> nos deu, mas não exprimiu ou revelou*” (p. 41).

Tendo deste modo especificado seu objetivo, a saber, demarcar o âmbito próprio da Jurisprudência, Austin procura então definir o que entende por lei no sentido mais geral deste termo, ou melhor dizendo: lei no sentido mais geral *próprio* deste termo. Inicialmente, Austin explicita os conceitos constitutivos do conceito de lei, para então examinar separadamente os elementos do conceito de lei. Em seu sentido mais geral próprio, leis são antes de mais nada “comandos” (*commands*). O que é próprio de um comando é que ele envolve, por um lado, um “desejo” (*wish*) por parte de quem realiza o comando, e, por outro lado, ele envolve também uma “sanção” (*sanction*) sobre aquele que não se comporta em conformidade com aquilo que o comando exige. Desta forma, o que distingue um comando de outros tipos de expressão de desejos não é o modo como o comando é expresso, mas, antes de mais nada, o poder de sanção daquele que estabelece o comando. Para aquele a quem o comando se dirige, e que está portanto submetido a uma sanção no caso da não obediência ao comando, surge então o “dever” (*duty*) ou “obrigação” (*obligation*) de obedecer. Segundo Austin, os conceitos de “dever” e de “comando” são correlatos: o significado de um envolve o significado do outro. Onde quer que haja um comando, alguém tem o dever de obedecê-lo; e onde quer que haja um dever, há alguém que estabeleceu o comando correspondente. Em alguns contextos Austin chega mesmo a afirmar que os termos “comando” e “dever” são “expressões equivalentes” (p. 22). O não cumprimento do dever, portanto, envolve a imposição de um tipo específico de consequência negativa (*evil*), que nada mais é do que a sanção associada ao não cumprimento desse dever. A sanção também costuma ser denominada de “punição” (*punishment*). Contudo, segundo Austin, o conceito de sanção é mais amplo do que o conceito de punição. Embora haja uma relação entre a intensidade da sanção e a probabilidade de que o comando correspondente seja obedecido, foge ao âmbito da Jurisprudência, segundo Austin, o exame da magnitude da consequência negativa que recai sobre aquele que infringe seu dever (p. 22). Desta forma, é irrelevante para a Jurisprudência a questão sobre se a magnitude da

sanção é suficiente para mover as pessoas a cumprirem a lei. Mesmo que a sanção seja extremamente branda, basta que a sanção exista para que possamos falar em um comando.

Austin procura então deixar claro que o conceito de comando envolve o conceito de sanção, mas não envolve, por outro lado, o conceito de “recompensa” (*reward*), ao contrário do que sustentavam, por exemplo, Locke (1632-1704) e Bentham. Com efeito, seria possível alegar que, assim como um comando é “imposto” (*enforced*) pela ameaça da pena, da mesma forma um comando seria imposto, também, pela perspectiva do recebimento de algum tipo de recompensa. Contudo, sustenta Austin, não importa o quanto alguém ofereça em termos de recompensa pela prestação de um determinado serviço, aquele a quem se dirige a recompensa não estará, unicamente pela perspectiva de recebê-la, obrigado a realizar o serviço em questão. Com outras palavras, recompensas não geram deveres. Uma recompensa pode, no máximo, motivar-nos a agir em conformidade com um determinado desejo, mas ela por si não é capaz de transformar um desejo em um comando (p. 23).

Desta forma, Austin, na elucidação do conceito de lei, chega ao seguinte resultado: o conceito de lei envolve o conceito de comando. O conceito de comando, por sua vez, envolve o conceito de sanção, e o conceito de sanção envolve o conceito de dever (ou obrigação). O conceito de comando, por outro lado, não envolve o conceito de recompensa, ainda que a recompensa possa ser um estímulo ao cumprimento do dever. Cada um desses termos – “comando”, “sanção”, e “dever” – denota, segundo Austin, uma “parte” de uma mesma noção, a saber a noção de *lei*.

Tendo elucidado o conceito de lei em suas partes constitutivas, Austin busca em seguida elucidar melhor algumas dessas partes constitutivas, começando, novamente, pelo conceito de comando. O conceito de comando, afirma, é de duas espécies diferentes. A primeira espécie são leis (*laws*) ou regras (*rules*). Austin não faz uma distinção rígida entre esses dois termos (p. 25). Quanto à segunda espécie, não há, segundo Austin, um vocabulário específico aqui. Ele se refere a ela, à falta de termo melhor, como “comandos ocasionais ou particulares”. Com relação ao primeiro tipo de comandos, o que está em questão é a exortação à realização de uma determinada “classe” de ações (por exemplo: salvar pessoas em perigo) ou, conforme o caso, à omissão de uma determinada classe de ações (por exemplo: matar pessoas indefesas). Quando dizemos que a lei exige que salvemos pessoas em perigo, ou que nos abstenhamos de matar outras pessoas, o que temos em mente não é, portanto, a realização (ou

omissão, conforme o caso) de um ato particular (salvar esta pessoa; ou não matar aquela pessoa), mas uma classe de atos *em geral*. Quando um comando visa a realização de um ato específico, então esse comando é do segundo tipo reconhecido por Austin. A tese de Austin é que uma lei, no sentido próprio, consiste em um comando que determina a realização (ou proibição) de um determinado *tipo* de ato, tomado de modo geral. Um comando particular ou ocasional não é uma lei no sentido estrito do termo. O exemplo que Austin considera aqui é o seguinte: 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, pois diz respeito à proibição de um “tipo ou sorte” (*kind or sort*) de ato. Mas se, por alguma razão, o parlamento decidir que um determinado carregamento de milho no porto não pode ser exportado, então o comando aqui em questão, ainda que tendo sua origem em uma autoridade política, não pode ser considerado uma lei. O problema, Austin reconhece, é que, no uso ordinário da linguagem, esse tipo de comando é frequentemente descrito, também, como um tipo de lei, ainda que, conceitualmente, se distinga claramente do que Austin denomina lei em seu sentido próprio, i.e. um comando relativo à realização ou proibição de um determinado tipo de ato. Austin procura ilustrar ainda a distinção entre comandos gerais, que são leis no sentido próprio, e comandos particulares (ou ocasionais) por meio do exemplo de “decisões judiciais” (*judicial commands*), que são comandos ocasionais e, portanto, não são leis no sentido próprio, ainda que tais comandos visem o *enforcement* de uma determinada lei, i.e. um comando geral. Com relação a isso Austin considera o seguinte exemplo: “o legislador determina (commands) que os ladrões serão enforcados. Dado um ladrão específico, o juiz determina que o ladrão seja enforcado, de acordo com o comando do legislador” (p. 27). Neste caso, 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, neste caso, portanto, se confundiria com a figura do próprio legislador. Austin considera então uma possível objeção à distinção que faz entre comandos particulares e comandos gerais (ou leis). Para, por exemplo, William Blackstone (1723-1780), um dos mais importantes teóricos da *common law* na Inglaterra, a distinção entre comandos particulares e gerais é que, enquanto os primeiros se dirigem a uma única pessoa, os segundos se dirigem a um grupo ou comunidade de pessoas. Austin tenta mostrar que essa distinção 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. Seu ponto é que a generalidade da regra diz respeito à generalidade de ações a que ela se refere, i.e. as ações tomadas como pertencentes a um

determinado gênero. A generalidade, dessa forma, não diria respeito às pessoas às quais a lei se refere. 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: “Uma lei é um comando que obriga uma pessoa ou pessoas” (p. 29).

Austin reconhece que sua teoria da lei como comando suscita algumas dificuldades. Mas ele tenta também mostrar, por outro lado, que várias dessas dificuldades são apenas aparentes. Seria possível alegar, por exemplo, que há leis que não são “imperativos”, i.e. não envolveriam um comando. Um dos casos examinados por Austin nesse sentido diz respeito às leis que, supostamente, apenas criariam direitos. Estas leis, na medida em que não estabelecem deveres, não seriam tipos de imperativos. A tese de Austin, contudo, é que não existem leis deste tipo, i.e. leis que apenas criam direitos. Existem, de fato, leis que apenas criam deveres. Leis deste tipo poderiam ser denominadas “absolutas” por não envolverem um direito correspondente. As leis que estabelecem direitos estabelecem também deveres correlatos, pois à violação do direito de uma pessoa deve se seguir uma sanção para aquele que violou o direito em questão (p. 34). Mas, na medida em que direitos podem sempre ser reinterpretados em termos de deveres correlatos, não seria preciso, segundo Austin, incluir o conceito de direito na província da Jurisprudência. Com efeito, Austin nega que seja necessário, na tentativa de determinação do âmbito próprio da Jurisprudência, um exame minucioso do conceito de direito. Nesse sentido, a teoria do direito de Austin não é, de fato, um exame acerca do conceito de *direito*, no sentido estrito do termo “direito”, mas, antes, do conceito de *lei*.

Por fim, o que torna Austin um dos mais importantes representantes do positivismo legal, é sua tentativa sistemática de articular um âmbito específico de investigação – a Jurisprudência – em que a pergunta sobre o que é a lei seja examinada independentemente do fato de as leis serem boas ou más (*without regard to their goodness or badness*, p. 112). Diferentemente de toda uma tradição do pensamento jurídico, mais especificamente a tradição do direito natural, para a qual a lei, no sentido próprio, deveria envolver noções normativas como, por exemplo, a idéia de justiça, Austin procura mostrar que uma lei é lei, no sentido próprio, antes de mais nada por ser a expressão de um comando, quaisquer que sejam as motivações daquele que realiza o comando. Por outro lado, ao contrário de outros importantes representantes do

positivismo legal, Austin não nega que existam leis naturais. As leis naturais existem de fato para Austin, quer sob a forma de leis divinas, quer sob a forma de princípios morais utilitaristas. O ponto sobre o qual Austin insiste, no entanto, é que a Ética e a Jurisprudência constituem dois âmbitos de investigações distintos, ainda que, como atesta uma porção considerável de sua principal obra, possamos avaliar moralmente, e de modo sistemático, as leis positivas sob as quais efetivamente vivemos.

Bibliografia

Austin, J.: *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

Austin, J.: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law (1861-3)*, (org.) R. Campbell, London, John Murray, 1885.

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

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

Morison, W. L.: *John Austin*, London, Edward Arnold, 1982.

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

Rumble, W. 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.

Schwarz, Andreas B.: "John Austin and the German jurisprudence of his time", in *Politica*, vol. 1, 1934, p. 179-99.

Williams, Glanville: "The controversy concerning the word 'law'", in (org.) Peter Laslett, *Philosophy Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1963.

