XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA CRISTINA ZAINAGHI

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Lorena de Melo Freitas , Maria Cristina Zainaghi – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-556-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Inspiração realista. 3. Natureza. 4.Processo Judicial. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Este conteúdo resulta de artigos apresentados no XXVI Congresso Nacional do Conpedi São Luís – MA realizado em São Luiz, Maranhão, nos dias 15 a 17 de novembro de 2017, no Grupo de Trabalho denominado de TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO I, tema proposto em 2014.2 pela então Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, hoje coordenadora deste grupo.

Assim foram apresentados e debatidos 9 artigos sobre temas variados com relevância ao ativismo judicial, bem como temas autorais sobre ideias de Luhmann e Austin.

No primeiro artigo A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS CASOS DIFÍCEIS, as autoras trataram de discorrer sobre a a história das inúmeras teorias que se propuseram a estabelecer parâmetros para a atuação do magistrado frente aos casos difíceis, considerando as diferentes maneiras de se aplicar e entender o Direito.

Na sequência os autores no artigo ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO USO MEDICINAL DO CANABIDIOL NO BRASIL, buscaram a reflexão do ativismo judicial e a judicialização da saúde no Brasil, especificamente, a utilização medicinal do Canabidiol no Brasil na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

O artigo seguinte ATIVISMO JUDICIAL: UMA LEGITIMIDADE NECESSÁRIA OU UMA NECESSIDADE LEGÍTIMA?, a autora buscou analisar a legitimidade do ativismo pautado em um Estado de Direito pautado na teoria da separação dos poderes.

A luz da separação dos poderes a autora de O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS INTERFERÊNCIAS NO PODER LEGISLATIVO avaliou o ativismo da Corte Suprema. Ao final, constata-se que as ingerências do STF no âmbito dos demais poderes estão calcadas no objetivo precípuo de proteção da ordem constitucional.

O ativismo pautou o artigo A CRISE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O "MIDIATISMO" DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS RISCOS DEMOCRÁTICOS DE UM "SUPERPODER", onde os autores buscaram indagar sobre a

legitimidade e a eficácia do ativismo judicial no Brasil e a influência do poder da mídia nas decisões da Suprema Corte.

No artigo A REVISÃO JUDICIAL REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DOS ELEMENTOS MÍNIMOS NECESSÁRIOS PARA FUNDAMENTAR A DECISÃO JUDICIAL ESTABELECIDOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015, o autor buscou analisar a revisão judicial realizada pelo Supremo Tribunal Federal do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil 2015.

Mudando um pouco o grupo debateu sobre PRECONCEITO E DECISÃO JUDICIAL - UMA INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA SOBRE A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS, onde os autores buscaram analisar a política de combate às drogas no Brasil a partir de uma abordagem hermenêutica.

Mudamos um pouco os debates quando tratamos do realismo jurídico no artigo INDICADORES SOCIAIS COMO COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA: UMA LEITURA A PARTIR DE NIKLAS LUHMANN, onde se busca a relação dos indicadores sociais e a teoria dos sistemas sociais.

E finalizando vimos OS PROBLEMAS DA COERÇÃO E DO SOBERANO NO IMPERATIVISMO DE JOHN AUSTIN: UMA ANÁLISE COM BASE NAS CRÍTICAS FEITAS POR HERBERT HART, onde o autor busca demonstrar que o imperativismo de John Austin é uma teoria que deve ser rejeitada.

Esta apresentação conclui assim uma breve síntese dos artigos ao tempo que convida o leitor a desfrutar dos textos e reflexões que eles podem provocar.

Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas - PNPD/UNIPÊ

Profa. Dra. Maria Cristina Zainaghi - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS PROBLEMAS DA COERÇÃO E DO SOBERANO NO IMPERATIVISMO DE JOHN AUSTIN: UMA ANÁLISE COM BASE NAS CRÍTICAS FEITAS POR HERBERT HART

THE PROBLEMS WITH COERCION AND THE SOVEREIGN IN JOHN AUSTIN'S IMPERATIVISM: AN ANALYSIS BASED IN THE CRITICS MADE BY HERBERT HART

Marcelo Barros Leal Victor [1]

Resumo

O imperativismo de John Austin consiste numa teoria positivista que compreende o Direito como sendo formado por ordens suportadas por ameaças emanadas de um soberano que é frequentemente obedecido e não costuma obedecer a ninguém. A partir das críticas feitas por Herbert Hart à teoria de Austin, é possível visualizar que ela falha por considerar a coerção um elemento essencial do conceito de Direito e por adotar uma noção de soberano ilimitável que não corresponde à realidade dos sistemas jurídicos concretos. Conclui-se que o imperativismo de John Austin é uma teoria que deve ser rejeitada.

Palavras-chave: Imperativismo, Coerção, Soberano, John austin, Herbert hart

Abstract/Resumen/Résumé

John Austin's imperativism consists in a theory that comprehends Law as being formed by orders backed by threats emanated from a sovereign who is frequently obeyed and does not customarily obey nobody. Based on Herbert Hart's critics directed to Austin's theory, is possible to see that it fails by considering coercion an essential element in the concept of Law and because it uses a notion of boundless sovereign that does not correspond to the reality of concrete legal systems. The paper concludes that John Austin's imperativism is a theory that should be rejected.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Imperativism, Coercion, Sovereign, John austin, Herbert hart

[1] Mestrando em Direito Constitucional pela UNIFOR - Universidade de Fortaleza

1 INTRODUÇÃO

A teoria de Herbert Hart sobre a natureza do Direito, exposta de forma mais amadurecida na obra *The concept of law*, de 1961, é um das formulações teóricas mais robustas dentro do positivismo jurídico. Isso é sustentado inclusive pelos seus críticos[1]. Nela, Hart estabelece que o fundamento do Direito consiste em regras sociais, que surgiriam espontaneamente nas sociedades a partir da consolidação de práticas reiteradas.

Os sistemas jurídicos, sem exceção, conteriam uma regra social de reconhecimento responsável por identificar as normas que lhe pertencem. Essa regra de reconhecimento é apreendida por meio de uma análise factual do que os operadores do Direito (tribunais, juízes, advogados etc.) costumam considerar como juridicamente vinculante. Dessa maneira, não há espaço para que considerações morais desempenhem qualquer papel que seja na identificação das normas juridicamente válidas. Essa função é realizada exclusivamente por meio de uma apreciação fática, correspondente à utilização dos critérios presentes na regra de reconhecimento. Tal separação conceitual entre Direito e moralidade permite identificar a teoria de Hart como sendo uma teoria positivista.

Antes de apresentar a sua fundamental concepção de regras sociais, Hart realiza um exame crítico da teoria positivista dominante em sua época: o imperativismo de John Austin, que recebeu forte influência de Jeremy Bentham. O caráter positivista da doutrina de Austin é marcado pela defesa da distinção entre o "direito como ele é" do "direito como deve ser" (HART, 1958, p. 594), o que busca impedir que considerações morais afetem o reconhecimento das normas jurídicas pertencentes a um ordenamento. Nesse sentido, Billier e Mariyoli afirmam: "trata-se de construir uma ciência do direito a partir de uma realidade empírica, constituída pelo direito positivo racionalizado, e não partir de 'abstrações' julgadas inconsistentes" (2005, p. 190). Em que pese Hart também defender essa diferenciação metodológica, sua teoria do Direito se distancia em diversos aspectos do imperativismo.

A teoria de Austin traz em seu cerne a compreensão de que o fundamento do Direito está presente em ordens suportadas por ameaças e emitidas por um soberano habitualmente

1 É o caso de Ronald Dworkin, um dos maiores adversários teóricos de Hart, que desenvolve sua teoria interpretativista construtivista a partir de críticas à teoria hartiana, considerada por ele a versão mais desenvolvida do positivismo jurídico (DWORKIN, 1978, p. 16).

obedecido e que habitualmente não obedece a ninguém. Portanto, vê-se que existem dois componentes centrais na teoria imperativista de John Austin: a coerção, imanente às normas jurídicas, e o soberano do qual elas se originam.

O objetivo do presente artigo consiste em afirmar, por meio de pesquisa bibliográfica, que o imperativismo de Austin é deficiente por considerar a coerção (as ameças) como elemento essencial do conceito de Direito e por defender uma concepção de soberano que é inviável se se levar em consideração a configuração dos ordenamentos jurídicos em concreto. Essa afirmação será feita, primordialmente, com base numa análise da crítica realizada por Hart nos capítulos 2 a 4 de *The concept of law.*

No primeiro capítulo do presente trabalho, serão feitos breves apontamentos acerca da metodologia que embasa a argumentação de Hart, com o fim de melhor compreender o paradigma teórico do qual ele parte para avançar sua argumentação. No segundo capítulo, será examinada a estratégia reconstrutiva por ele executada, com a utilização de uma hipótese exemplificativa (o caso do assaltante), a fim de identificar os incrementos necessários à concepção de Austin para uma aproximação em relação ao real funcionamento do Direito. No terceiro capítulo, serão analisadas as críticas pontuais de Hart a noções elementares do imperativismo austiniano – sua ideia de norma jurídica e de soberano – a partir de uma apreciação da versão reconstruída e incrementada exposta no capítulo anterior.

2 HART E A METODOLOGIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA

O propósito da teoria positivista de Hart, exibida em *The concept of law*, não é fornecer critérios objetivos, claros e bem determinados que digam quando o qualificativo "jurídico" é utilizado corretamente. Seu intento, segundo o próprio autor, é avançar o estudo analítico a respeito da estrutura distintiva de um sistema jurídico, aprofundando a compreensão das semelhanças e diferenças entre direito, coerção e moralidade, como espécies de fenômenos sociais (HART, 1994, p. 17).

Hart busca o aprofundamento da compreensão dos fenômenos jurídicos por meio da

utilização de uma metodologia bem específica. A forma com que ele vai construir seus argumentos passa primordialmente por uma análise dos usos linguísticos cotidianos, sendo essa postura metodológica uma influência do ambiente filosófico ao qual Hart pertencia, na universidade de Oxford, onde frequentavam filósofos e linguistas que buscavam revolucionar o estudo da linguagem (MACCORMICK, 2008, p. 23). Esse movimento teórico, que teve forte influência sobre a teoria hartiana, defendia que a filosofia da linguagem deveria ter como objeto de estudo a linguagem aplicada no cotidiano, ou seja, a "linguagem ordinária".

Ademais, é importante frisar que Hart é contra a utilização de meios tradicionais para a definição de institutos jurídicos[2]. Durante sua produção intelectual, argumentou que procurar resolver problemas analíticos definindo termos jurídicos do modo usual, isto é, por gênero e diferença, não funciona (BAYLES, 1992, p. 7). Nas palavras dele, "parece a mim que o modo de definição comum é inadequado ao Direito e tem complicado sua exposição"[3] (HART, 1983, p. 21). Isso se daria porque termos jurídicos, como "corporação", "direito" e "dever", não possuem uma contraparte no mundo dos fatos, diferentemente do que ocorre com outros termos linguísticos mais corriqueiros (HART, 1983, p. 23).

Assim, apoiando-se em Jeremy Bentham, entende que o foco do justeórico deve recair não sobre as palavras, mas sobre as frases. Defende que a conceituação de institutos jurídicos (direitos, deveres, obrigações, corporações etc.) deve ser realizada através não da busca de sinônimos ou de palavras que possam substituí-los, mas por meio da consideração das condições sob as quais uma declaração (*statement*) sobre determinado instituto é corretamente empregada no contexto das práticas jurídicas (HART, 1983, p. 47).

Segundo Bayles (1992, p. 15), apesar de Hart indicar que sua intenção é aplicar técnicas de filosofia linguística desenvolvidas por volta de 1940 e 1950, ele não negligencia a contribuição de outros campos do saber. Logo, essa análise linguística é apenas mais um aspecto da teoria de Hart.

---

2 Hart afirma que não há como definir o Direito a partir da atribuição de uma característica específica a um certo gênero, isto é, localizar um tipo especial dentro de um grupo bem conhecido de coisas. Isso porque não é fácil encontrar um gênero do qual o Direito faça parte. Poderia ser mencionado o gênero das regras de comportamento, porém o conceito de regras é muito problemático, e não traria muito progresso (1994, p. 15). Assim, Hart descarta o uso dessa forma simples de definição para a formulação de seu conceito de Direito. O fato é que nenhuma assertiva concisa, que possa ser considerada uma definição no sentido tradicional, serviria.

3 Tradução livre de: "...it seems to me that the common mode of definition is ill adapted to the law and has complicated its exposition".

Destaca Hart que sua obra, *The concept of law,* pode ser vista também como um ensaio de sociologia descritiva[4], já que, quando da análise das diferenças de significados de palavras (p. ex., a diferença entre "estar obrigado" e "ter uma obrigação"[5]), atenta-se para a circunstância de que muitas importantes distinções linguísticas que não são imediatamente óbvias podem ser clarificadas se observarmos os diferentes usos padrões em determinados contextos sociais (1994, p. vi). Essencialmente, ele busca, seguindo o caminho da jurisprudência analítica[6], analisar e elucidar os conceitos e ideias através dos quais o Direito se articula na prática (MACCORMICK, 2008, p. 17).

Restando esclarecidos os principais pontos da metodologia adotada por Hart na construção de sua teoria, passa-se agora a examinar como ela é articulada em sua crítica à teoria imperativista de John Austin.

3 A RECONSTRUÇÃO DO IMPERATIVISMO DE JOHN AUSTIN POR HERBERT HART

O positivismo de Austin, quando Hart escreveu *The concept of law*, em 1961, era a teoria do Direito dominante no mundo anglo-saxônico. Sua tese consiste em que as normas jurídicas são nada mais que ordens suportadas por ameaças e emitidas por um soberano que habitualmente é obedecido e habitualmente não obedece a ninguém. Tal teoria é conhecida por imperativismo[7]. Arnaldo Vasconcelos, ao tratar da escola analítica inglesa, na qual a

4 Bayles discorda. Para ele, o método usado por Hart não torna sua teoria um ensaio de sociologia descritiva. Primeiro, mesmo que Hart fale que o estudo dos termos linguísticos localiza o objeto a que se referem no mundo, é possível ver que sua argumentação se restringe a comparações entre diferentes espécies desses termos. Segundo, a noção de que definições nos instruem sobre as coisas definidas é enganadora. Elas nos instruiriam apenas sobre tipos de coisas ou significados dos termos em si (1992, p. 19).

5 Tradução livre de: "be obliged" e "have an obligation".

6 Por Jurisprudência Analítica, faz-se referência à postura metodológica que busca um aprimorado entendimento do Direito e ideias jurídicas tanto pelo valor teórico como pelo prático (MACCORMICK, 2008, p. 23). Torrano afirma que a Jurisprudência Analítica "preocupa-se com os mecanismos lógicos e empíricos de conceitos como valor, autoridade, obrigação, regras, etc. Constitui um empreendimento híbrido de análise conceitual e de observação empírica" (2014, p. 44). Shapiro identifica como objeto de estudo da Jurisprudência Analítica a análise da natureza fundamental do Direito e seus institutos, sem se preocupar com sua qualidade moral (2011, p. 3).

7 Segundo Bayles, o positivismo imperativista deriva de uma interpretação egoística de Thomas Hobbes, reduzindo obrigações jurídicas e morais à coerção, ou à prudente esquiva de um mal a ser sofrido (1992, p.

discussão teórica aqui examinada se localiza, afirma que Bentham seria seu precursor, Austin o sistematizador e Hobbes o inspirador (2006, p. 126).

Hart inicia sua reconstrução da concepção austiniana aduzindo que, ao defender que o Direito é constituído por ordens suportadas por ameaças, Austin iguala-o a um assaltante que ordena que o funcionário de um banco lhe entregue o dinheiro do caixa, sob a ameaça de lesão ou morte[8]. É com essa conotação que Austin afirma que o Direito é constituído essencialmente por comandos[9].

Hart critica o significado conferido por Austin a "comando". Ao identificar ordens suportadas por ameaças com comandos, Austin equipararia dois fenômenos distintos. Afirma Hart: "a simples situação, onde ameaças de um mal e nada mais são usadas para forçar obediência, não é a situação em que naturalmente se fala em 'comandos'"[10] (1994, p. 20). Conclui, de forma significativa, que o Direito se identifica muito mais com um comando, que pressupõe autoridade, do que com uma ordem suportada por ameaça, o que Austin teria falhado em perceber.

Desenvolvendo sua crítica, Hart realiza uma série de incrementos à hipótese exemplificativa do caso do assaltante no sentido de torná-la semelhante ao funcionamento de um sistema jurídico, para então apontar as insuficiências dessa forma de compreender o Direito. Esses acréscimos, portanto, são realizados supostamente com o intuito de apresentar a teoria imperativista de Austin da forma mais plausível possível e consistem nos quesitos de generalidade, perenidade, obediência habitual e soberania. Será examinado, agora, o primeiro deles.

---

16). Na filosofia política hobbesiana existe uma crença em que o medo da sanção levaria ao cumprimento das leis. Nos termos de Hobbes (2003, p. 253): "de todas as paixões, a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo. Mais: excetuando algumas naturezas generosas, é a única coisa que leva os homens a respeitá-las (quando a violação da lei não parece dar lucro ou prazer)".

8 Segundo Shapiro (2011, p. 21), Hart estaria aqui empregando uma Estratégia Construtivista, na qual se parte de uma simples situação hipotética não-jurídica, e tenta-se transformá-la, com pontuais incrementos e alterações, em algo equiparado ao funcionamento de um sistema jurídico.

9 Austin conceitua comando como sendo algo formado por três elementos: i) um desejo concebido por um ser racional de que um outro ser racional deva fazer ou se abster de algo; ii) um mal a ser causado pelo primeiro em desfavor do segundo em caso de não cumprimento do desejo; iii) uma expressão do desejo por palavras ou outros sinais. (1832, p. 11). Percebe-se que, para o autor inglês, a ameaça de sanção é elemento essencial de um comando.

10 Tradução livre de: "...the simple situation, where threats of harm and nothing else is used to force obedience, is not the situation where we naturally speak of 'commands'".

Hart afirma que o Direito é composto primariamente por diretivas gerais, assumindo as ordens individualizadas um papel secundário de complementação e reforço. Formas de controle direcionadas a indivíduos, como, por exemplo, um policial rodoviário que ordena ao condutor de um veículo que pare, são excepcionais se comparadas ao controle exercido pelos estatutos legais, os quais são dotados de generalidade (HART, 1994, p. 21). Primeiramente, portanto, para tornar o exemplo do assaltante semelhante ao funcionamento de um sistema jurídico, deve-se generalizar suas ordens, tanto quanto às pessoas às quais elas são endereçadas, quanto com o uso de referências a classes de objetos, em vez de objetos individualizados.

Outro aspecto notável do ordenamento jurídico, é o de que as leis normalmente se prolongam no tempo durante um longo período. Já a ordem do assaltante, "passe o dinheiro ou eu atiro", morre na ocasião. Isto é, o assaltante não emite ordens duradouras (*standing orders*) para o funcionário do banco seguir vez após vez. Hart visualiza ainda, ligado a esse aspecto de perenidade, "uma prolongada crença nas consequências da desobediência"[11] (HART, 1994, 23). Logo, a ordem do assaltante dever ter sua vigência prolongada temporalmente.

Ademais, para Hart, as normas jurídicas não se endereçam às pessoas no mesmo sentido que a ordem do assaltante: “ordenar que as pessoas façam coisas é uma forma de comunicação e implica “se endereçar” a eles, i. e., atrair suas atenções ou tomar passos para atraí-la, enquanto que isso não ocorre no caso das leis"[12] (HART, 1994, p. 22). A ordem do assaltante somente se perfaz se a vítima toma conhecimento efetivo dela. As leis, por sua vez, são válidas mesmo que os cidadãos não saibam de sua promulgação. Logo, esse aspecto pertinente ao Direito deve ser levado em conta em sua conceituação.

Prosseguindo, Hart entende que, para o caso do assaltante representar mais fielmente o funcionamento do Direito, deve haver um hábito geral de obediência a suas ordens, já que, em geral, o grosso da população costuma obedecer às normas jurídicas. Isso é feito, inclusive, pelo próprio Austin, já que, em seu conceito de soberano, exige-se uma "habitual" obediência

11 Tradução livre de: “ a continuing belief in the consequences of disobedience”.

12 Tradução livre de: “Ordering people to do things is a form of communication and does entail actually 'adressing' them, i. e., attracting their attention or taking steps to attract it, but making laws for people does not”.

a suas ordens.

Por fim, seriam necessárias para a configuração de um sistema jurídico as qualidades de supremacia interna e independência externa. Nas palavras de Hart: "o sistema jurídico de um Estado moderno é caracterizado por um certo tipo de supremacia em seu território e independência em relação a outros sistemas"[13] (1994, p. 24). Se por um lado, internamente, o sistema jurídico provém somente de uma única fonte, igualmente, do ponto de vista internacional, não pode o Direito de um Estado ser subordinado a um ordenamento estrangeiro.

Portanto, após esses acréscimos realizados por Hart, chega-se a um versão final reconstruída da teoria de Austin. Essa estratégia reconstrutivista permitiu a Hart redefinir a teoria de Austin em termos que favorecem sua argumentação crítica. Apesar disso, como se verá adiante, os seus argumentos possuem notável força.

4 AS DEFICIÊNCIAS CONCEITUAIS DO IMPERATIVISMO DE AUSTIN

A reconstrução da teoria imperativista de Austin, tal como levada adiante por Hart, pode ser resumida da seguinte forma: onde quer que exista um sistema jurídico, deve haver uma pessoa, ou um grupo delas, que emita ordens gerais e perenes suportadas por ameaças que são frequentemente obedecidas, e cuja desobediência crê-se acarretar no provável cumprimento do mal ameaçado. Ademais, os emissores das ordens devem ser internamente supremos e externamente (internacionalmente) independentes (HART, 1994, p. 25).

Mesmo após a reconstrução da tese imperativista, com os já examinados incrementos, Hart entende que a teoria imperativista de Austin não explica satisfatoriamente a real natureza de um sistema jurídico. Para ele, o conceito de normas jurídicas como sendo ordens suportadas por ameaças é problemático. Além disso, a própria noção austiniana de soberano implica uma série de dificuldades conceituais. As suas razões para esse entendimento serão agora examinadas, em sequência.

13 Tradução livre de: “The legal system of a modern state is characterized by a certain kind of supremacy within its territory and independence of other systems...”.

4.1 Os problemas da noção de norma jurídica como sendo uma ordem suportada por ameaça

A teoria imperativista de Austin, segundo Hart, falha em representar fielmente a natureza das normas jurídicas de um sistema jurídico em, pelo menos, três aspectos de fundamental importância: seu conteúdo, alcance e origem. Aqui a atenção será concentrada sobre o aspecto do conteúdo, que tem maior relevância para o presente trabalho.

Sem dúvidas, o modelo de ordens suportadas por ameaças se aproxima da realidade de um estatuto criminal, que estipula uma sanção como uma forma de desencorajamento para a prática de determinada conduta que atente contra um bem jurídico relevante. O mesmo pode ser dito da área do Direito concernente à responsabilidade civil (HART, 1994, p. 27). Essas normas jurídicas que impõem, ou proíbem, determinada conduta aos cidadãos, são denominadas normas mandatórias.

Contudo, existem importantes tipos de normas, presentes na maioria dos ordenamentos jurídicos, que não se adequam a esse modelo, já que desempenham uma função social bem distinta das normas supracitadas. Como exemplo, podemos citar aquelas que estipulam os requisitos de validade de um contrato jurídico. Elas não tornam obrigatória ou proibida uma determinada conduta de maneira peremptória. Não impõem deveres ou obrigações. Ao invés disso, elas proveem aos indivíduos facilidades para a realização de seus desejos, conferindo poderes legais para que eles criem, por meio de procedimentos especiais, e sujeitando-se a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do aparato legal (HART, 1994. p. 27-28).

Assim, a existência no Direito de normas dessa espécie, chamadas de normas conferidoras de poderes[14], é negligenciada na definição imperativista austiniana, que visualiza uma norma jurídica como sendo nada mais que uma ordem suportada por uma ameaça de um mal, e, portanto, serve para representar apenas a ideia de normas mandatórias.

14 Hart (1994, p. 28-29) aponta que, mesmo dentre as normas que conferem poderes legais é possível verificar uma grande variedade de espécies normativas: normas que exigem qualificações pessoais mínimas para o exercício de um poder (requisitos para casar), normas que detalham a maneira e a forma com que o poder deve ser exercitado (exigência de duas testemunhas na assinatura de um testamento), normas que delimitam a varidade de estrutura dos direitos e deveres que surgem do exercício desse poder (prazos decadenciais), normas que conferem poderes legais de natureza pública (competência judicial) etc.

De fato, o modelo de ordens gerais suportadas por ameaças não abrange essas espécies de normas jurídicas, razão pela qual o elemento coercitivo, embora deva ter sua importância reconhecida, não pode ser considerado a essência do Direito. Além disso, não se deve descartar a importância das normas conferidoras de poderes na configuração dos sistemas jurídicos (HART, 1994, p. 32).

Em seguida, Hart passa a analisar duas possíveis objeções a essa sua crítica, destinadas a permitir que o modelo imperativista abarque as normas conferidoras de poderes. Primeiramente, a de que a nulidade (de um contrato, p. ex.) pode ser considerada uma sanção. Segundo, a de que as leis conferidoras de poderes são, na verdade, fragmentos de uma norma mais abrangente, essa sim uma norma jurídica.

Segundo a primeira dessas objeções, o insucesso em cumprir com um dos requisitos impostos por uma norma conferidora de poderes acarreta na nulidade do ato jurídico que se pretendia formar, de modo que essa nulidade deve ser considerada uma sanção ao não cumprimento de uma ordem. Dessa maneira, a nulidade seria a ameaça que suporta a norma conferidora de poderes.

A resposta de Hart, num primeiro momento, vai no sentido de afirmar que nem sempre a nulidade de um ato jurídico representa um mal para as partes envolvidas na constituição desse ato e, portanto, não pode ser considerada uma sanção. Um juiz, por exemplo, pode estar indiferente ao fato de sua decisão ser inválida por falta de competência (HART, 1994, p. 34). Dificilmente, nesse caso, pode ser dito que um mal foi causado ao magistrado.

Mais ainda, Hart entende haver uma razão lógica que impossibilita a equiparação entre a ameaça de prisão de uma norma criminal (norma mandatória) e a nulidade no descumprimento de um requisito para testamentar (norma conferidora de poderes). No seu entendimento (HART, 1994, p. 34), é possível distinguir facilmente, numa norma criminal, duas partes: a conduta proibida (que os criminalistas brasileiros chamam de preceito primário) e a sanção que pretende desencorajá-la (ou preceito secundário).

Já no caso de uma norma que confere poderes legais, isso seria diferente. É inviável dividir uma norma desse tipo em uma parte referente à previsão de uma conduta a ser seguida e uma parte que prevê uma nulidade no caso de descumprimento dessa conduta[15]. Afirma Hart

15 Shapiro aponta uma notável diferença entre esses dois tipos de normas. Enquanto uma norma mandatória, em

que, se se subtrai a parte sancionatória de uma norma criminal, o que resta é um padrão de comportamento inteligível. E continua: "Mas não podemos logicamente fazer diferenciação semelhante entre a regra que requer submissão a certas condições, p. ex., certificação para um testamento válido, e a suposta sanção de 'nulidade'"[16] (HART, 1994, p. 35).

Em seguida, passa Hart a analisar a segunda objeção. Esta, bem representada pela teoria de Hans Kelsen, sustenta que nem mesmo as normas criminais seriam consideradas verdadeiras normas jurídicas (HART, 1994, 35). Haveria uma sequência de fragmentos de normas que, no final, se completaria com a aplicação de uma sanção por um juiz, de maneira que toda essa cadeia configuraria uma norma jurídica propriamente dita. Assim, de acordo com essa objeção, normas mandatórias e normas conferidoras de poderes são nada mais que partes constitutivas de uma norma jurídica que se completa apenas no momento da decisão judicial.

Assim, aquilo que é comumente entendido como a norma jurídica não passaria na verdade de um antecedente condicional, uma "cláusula-se" (*if-clause)*, numa regra que não seria direcionada aos cidadãos, mas aos funcionários públicos responsáveis pela aplicação da sanção. Toda norma jurídica, portanto, teria a seguinte forma: "se qualquer coisa do tipo X é feita ou omitida ou acontece, então aplique a sanção de tipo Y". (HART, 1994, p. 36). Trata-se de uma concepção de Direito que dá proeminência ao elemento sancionador. Partindo-se dessa premissa, então, as normas que conferem poderes legais não seriam normas completas, configurando somente a parte antecedente de uma norma jurídica sancionadora. Estaria resolvido então o problema apontado pela crítica hartiana.

Hart retruca que essa teoria, ao unificar o conceito de Direito sob a noção de sanção, equivocadamente distorce os diferentes funcionamentos sociais das variadas espécies normativas[17] (HART, 1994, p. 38). Dessa forma, ao concentrar a atenção sob o aspecto

caso de descumprimento, gera um custo concreto ao indivíduo, as normas que conferem poderes implicam a ausência de um benefício. Assim, essas últimas seriam melhor explicadas pela noção de oferta do que de ameaça (2011, p. 64).

16 Tradução livre de: "But we cannot logically make such a distinction between the rule requiring compliance with certain conditions, e. g. attestation for a valid will, and the so-called sanction of 'nullity'".

17 Hart entende que o objetivo primário das normas penais é configurar um padrão de comportamento a ser seguido pela população, servindo a sanção apenas como um fator acessório, a ser ativado quando esse objetivo não for alcançado (HART, 1994, p. 38-39).

sancionatório, esconde-se uma faceta notável do sistema jurídico, a de que a sanção somente entra em cena quando a função primária de controle social das normas jurídicas tenha falhado. Na maioria dos casos, vale dizer, o cumprimento às normas jurídicas pelos cidadãos ocorre de maneira voluntária. Quanto às normas sancionatórias, "elas podem, de fato, ser indispensáveis, mas elas são secundárias"[18] (HART, 1994, p. 39). No mesmo sentido, Arnaldo Vasconcelos afirma: "O normal e o comum é que o Direito se resolva silenciosa e tranquilamente, e não de modo ruidoso e espetacular, como sói ocorrer nos casos esporádicos de sua apuração judicial" (2006, p. 84).

Para Hart, essas normas jurídicas devem ser compreendidas a partir do ponto de vista daqueles que usufruirão delas[19]. Conclui, então, afirmando que a representação de normas que conferem poderes legais, seja na esfera privada (contratos, casamento, testamento) ou na pública (poderes legislativos e judiciários), como meros fragmentos de normas jurídicas, ou seja, como a parte antecedente condicional de uma regra direcionada a um juiz para que ele aplique determinada sanção, significa obscurecer as características distintivas do Direito e dos variados comportamentos por ele albergados (HART, 1994, p. 41).

Conclui Hart sua crítica da acepção de Austin sobre normas jurídicas afirmando que diversas alterações foram implementadas para tentar responder às objeções expostas, porém essas concessões acabaram deixando patente que o modelo de ordens suportadas por ameaças mais obscurece do que revela a essência do Direito. Na busca de se acomodar as variadas espécies normativas em torno de um elemento unificador, a coerção, erigiu-se uma uniformidade fictícia insustentável.

As críticas de Hart retiram a força da concepção de norma jurídica de Austin. Sua teoria não fornece um quadro satisfatório em que caibam as diferentes espécies normativas. Nas palavras de Shapiro, "o problema definitivo com a Teoria de Austin, podemos dizer, é que ela ignora essa distinção básica entre as funções das diferentes espécies de normas jurídicas"[20]

18 Tradução livre de: “they may indeed be indispensable but they are ancillary”.

19 Para Shapiro (2011, pp. 67-68), as normas conferidoras de poderes ajudam seus destinatários fornecendo instruções para a utilização das prerrogativas conferidas. Quando uma norma de direito civil estatui que um testamento válido deve ter a assinatura de uma testemunha, está instruindo o testador a agir dessa maneira para exercer esse poder jurídico. Não faria sentido, portanto, falar-se em um sanção no caso de não-observância dos requisitos para exercício de competências.

20 Tradução livre de: “ The ultimate problem with Austin's theory, we might say, is that it ignores this basic distinction between the functions of different kinds of legal rules”.

(2011, p. 65-66).

Além das insuficiências conceitual-analíticas, há uma questão axiológica que merece destaque. O enfoque posto sobre a coerção demonstra uma visão antropológica negativa e pessimista, tal qual a filosofia política de Hobbes, em que se crê que o homem é mal por natureza e somente por conta do medo da coerção se comporta de acordo com o Direito. Uma outra teoria que também peca por valorizar o aspecto sancionatório do fenômeno jurídico é o positivismo de Hans Kelsen. Segundo o austríaco (2009, p. 125), não é nenhuma consideração de ordem moral que torna uma determinada conduta humana permitida ou proibida, mas tão somente a circunstância de ela se configurar, positivamente, como o pressuposto da aplicação de uma sanção. Essa ênfase dada sobre o elemento sancionatório, portanto, permite considerar a teoria de Kelsen como uma visão semelhante ao imperativismo de Austin.

As concepções imperativistas, desse modo, não explicam adequadamente o funcionamento dos sistemas jurídicos. Hodiernamente, como é facilmente observado, as normas jurídicas são cumpridas pela maioria dos cidadãos, enquanto que a aplicação de uma sanção ocorre de maneira excepcional. O Direito, portanto, habita primordialmente a vida comunitária pacífica. Somente em último caso, quando há conflito, ele se manifesta por via dos tribunais.

Para Shapiro (2011, p. 70), a existência dos bons cidadãos, que cumprem as normas jurídicas de boa vontade, isto é, não por medo de um futuro mal a ser-lhes imposto, representa um forte obstáculo à concepção imperativista de Austin, ou de qualquer outro autor. Uma teoria jurídica, compreende ele, deve se basear na noção de que normalmente o Direito é cumprido porque fornece boas razões morais para tanto, o que faz com que os cidadãos o considere legitimamente digno de obediência. Austin, dentre outros imperativistas, negligencia esse relevante aspecto humano.

Diante da análise aqui empreendida, conclui-se que não é conceitualmente correto, nem moralmente desejável, posicionar a coerção como o cerne da essência do Direito, como faz a teoria imperativista ao identificar a norma jurídica como sendo nada mais que uma ordem suportada por ameaça.

4.2 As deficiências da noção de soberano de Austin

O modelo de Direito como ordens suportadas por ameaças, tal como concebido por Austin, pressupõe a existência de uma pessoa, ou grupo de pessoas, responsável pela emissão dessas ordens. Esse emissor é chamado por ele de soberano. Neste tópico será visto porque, segundo Hart, essa noção acarreta uma série de problemas conceituais.

Segundo a doutrina imperativista, no seio de qualquer Estado, tenha ele a forma de uma monarquia absolutista ou de uma democracia, existe, mesmo que latente, essa relação entre os súditos que habitualmente obedecem ao soberano, enquanto que este habitualmente não obedece a ninguém. "Essa estrutura vertical, composta por soberano e súditos, é, de acordo com a teoria [imperativista], uma parte tão essencial de uma sociedade quanto a espinha dorsal o é para um homem"[21] (HART, 1994, p. 50).

Assim, percebe-se que na teoria imperativista de Austin, a noção de hábito geral de obediência ao soberano é o núcleo que fundamenta a existência e o funcionamento de um sistema jurídico. Demonstrada a inaptidão dessa noção para tal, a teoria de Austin perde qualquer valor.

A crítica de Hart passa pela análise da inadequação do modelo de soberano de Austin no que diz respeito a três pontos. Os dois primeiros estão diretamente ligados à noção de hábito geral de obediência. Primeiro, a questão da continuidade da autoridade de produzir normas jurídicas, que se mantém no caso de uma sucessão de soberanos. Segundo, a situação de persistência de leis mesmo muito tempo após a morte do soberano e daqueles que o obedeciam habitualmente. Terceiro, o fato de que a defesa de Austin de que o soberano é juridicamente ilimitado não se verifica nos sistemas jurídicos empíricos (HART, 1994, p. 50-51).

Para melhor explicitar essas deficiências, Hart utilizará mais uma vez do método anedótico. Aqui ele apresenta o fictício monarca chamado Rex. O reinado de Rex tem se estendido durante um tempo muito longo, durante o qual ele tem comandado seus súditos. As ordens coercitivas de Rex requerem que os indivíduos efetuem atividades que eles nunca

21 Tradução livre de: “This vertical structure composed of sovereign and subjects is, according to the theory, as essential a part of a society which possesses law, as a back-bone is of a man”.

desejariam fazer e que se abstenham de fazer coisas que eles certamente fariam, caso não existissem tais ordens (HART, 1994, p. 52).

Suponha-se, então, que Rex falece e é sucedido por seu filho Rex II, o qual começa a emitir ordens gerais. O mero fato de que havia um hábito geral de obediência a Rex I, durante sua vida, não garante que as ordens de Rex II serão igualmente obedecidas, o que levaria ao desmoronamento da ordem jurídica. Explicando essa consequência lógica da concepção de soberano de Austin, Joseph Raz afirma: "assim, a exigência de obediência pessoal significa que a duração da vida do supremo legislador de um sistema jurídico determina o período de existência das leis do sistema e, portanto, também a do sistema mesmo"[22] (1980, p. 33-34).

Entretanto, mesmo nas monarquias absolutistas históricas, a morte do soberano não acarreta a extinção do ordenamento. Pelo contrário, há uma continuidade de validade mesmo enquanto se estabelece um sucessor. Em virtude disso, cabe perguntar, o que daria juridicidade às ordens emitidas por Rex II logo após o falecimento de Rex I? Se a noção de hábito geral de obediência for aceita como fundamento do Direito, então teria que se aceitar que, durante o período de transição, seria inviável a produção de qualquer norma jurídica. Essa descontinuidade, obviamente, compromete a higidez de uma comunidade política[23].

Quando se fala na sucessão entre legisladores, utiliza-se termos como "regra de sucessão", "título", "direito de sucessão", "direito de fazer leis". É improvável que essas realidades, diz Hart, sejam descritas em termos de "obediência habitual a ordens gerais" (HART, 1994, p. 54). Essa obediência, embora seja suficiente para fundamentar a juridicidade das ordens emitidas por Rex I, não o é em relação às normas emitidas por Rex II no período de transição entre soberanos.

Em seguida, Hart analisa a questão de normas jurídicas que mantêm sua vigência muito tempo após a morte do soberano que as produziu e dos súditos que habitualmente o obedeciam. Cita, como exemplo, o caso de uma mulher condenada em 1944 por adivinhar o futuro, em violação ao Decreto de Bruxaria (*Witchcraft Act)* de 1735 (HART, 1994, p. 62). A

22 Tradução livre de: "Thus the demand for personal obedience means that the span of life of the supreme legislator of a legal system determines the period of existence of the laws of the system and hence also of the system itself".

23 Com esse mesmo raciocínio, Shapiro afirma que, já que as leis, segundo Austin, são comandos de um soberano, ou seja, existe aí um caráter pessoal, essas leis não poderiam viver mais do que o seu autor (2011, p. 74). Assim, a teoria de Austin seria inadequada para caracterizar a persistência do Direito.

teoria austiniana não abarca satisfatoriamente essa hipótese. Como pode uma lei ser considerada juridicamente válida se a obediência habitual a seu autor acabou há centenas de anos? Percebe-se, então, que um dos problemas do conceito de soberano de Austin é a ênfase dada à pessoalidade da obediência ao Direito.

Thomas Hobbes provê uma possível solução a esse problema, afirmando que o legislador é aquele não pelo qual as leis são feitas, mas aquele graças a quem elas têm preservado seu caráter de lei (HART, 1994, p. 63). Assim, o soberano seria o atual governante, responsável por dar fiel cumprimento às ordens em vigor. Para Hart, no entanto, a ideia de Hobbes traz graves dificuldades, já que não é possível presumir que a omissão do soberano, ou seja, o fato dele não revogar as ordens anteriores, configuraria seu assentimento a essas normas antiquíssimas.

As normas jurídicas, portanto, possuem uma característica específica: "uma capacidade de sobreviver aos seus criadores e àqueles que habitualmente o obedecem"[24] (HART, 1994, p. 62). A teoria imperativista, portanto, falha por confiar numa ideia de soberano que não admite esse caráter perene das leis de uma sociedade.

Por fim, será analisado agora o terceiro problema. Na teoria austiniana, além da obediência habitual ao soberano, existe o requisito de que o soberano não obedeça habitualmente a ninguém. Com isso, Austin não quer dizer que não podem existir quaisquer limites ao poder do soberano, mas que não são possíveis limites de natureza jurídica ao exercício de seu poder. Veja-se: "Ele faz leis para seus súditos e faz a partir de uma posição exterior ao Direito"[25] (HART, 1994, p. 66).

A objeção de Hart é a de que, nas sociedades contemporâneas, é comum haver limitações jurídicas ao soberano (legislador). Assim, não são raras Constituições que restringem o poder legiferante, no que diz respeito a certas matérias. Vale a leitura da declaração de Hart:

> A concepção do soberano juridicamente ilimitado representa erradamente o caráter do Direito em muitos Estados modernos onde ninguém duvidaria de que exista Direito. Aqui existem legislaturas, mas algumas vezes o legislador

24 Tradução livre de: “[a] capacity to survive their makers and those who habitually obey them”.

25 Tradução livre de: “He makes law for his subjects and makes it from a position outside any law. There are, and can be, no legal limits on his law-creating power”.

> supremo dentro do sistema está longe de ser ilimitado. Uma Constituição escrita pode restringir a competência da legislatura não meramente ao especificar a forma e maneira do ato de legislar (o que podemos aceitar como não sendo limitações), mas ao excluir desde logo certas matérias do alcance de sua competência legislativa, impondo, portanto, limitações substantivas[26] (HART, 1994, p. 68).

Em uma das vertentes do imperativismo, tenta-se identificar como soberano o eleitorado ou o parlamento, para, assim, escapar a essas críticas. Contudo, essas tentativas de salvação da teoria imperativista não se sustentam. Primeiramente, será tradada a possibilidade de o Parlamento ser considerado o soberano.

Em algumas sociedades contemporâneas existe uma série de matérias que se encontram fora da competência do Poder Legislativo, podendo isso ser constatado na Constituição Federal de 1988. Por exemplo, a existência de cláusulas pétreas é uma evidência de que o Parlamento está sujeito a limitações jurídicas. Assim, de acordo com o Art. 60, §4º, os legisladores não podem deliberar sobre emendas que visem abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Ou seja, o que está disposto na Constituição sobre cada um desses assuntos deverá sempre ser levado em conta pelos parlamentares, que não podem alterá-lo nem mesmo pelo rígido procedimento de reforma constitucional.

Assim, deve ser descartada a hipótese de o Parlamento poder ser considerado o soberano juridicamente ilimitado de Austin. Cabe examinar, então, se o soberano poderia ser o eleitorado (ou o povo).

No Brasil, essa seria a forma aparentemente mais adequada de se adotar a tese de Austin, já que, como fala o Art. 1º, Par. Único, da CF/88, "todo poder emana do povo". No entanto, essa noção, segundo Hart, não estaria livre de problemas. Segundo ele, se o eleitorado fosse considerado o soberano que emite ordens, chegar-se-ia ao ponto de afirmar que parte considerável da população obedeceria a si própria. Em suas palavras:

> Portanto, a imagem original e clara de uma sociedade dividida em dois segmentos: o soberano livre de limitação jurídica que dá ordens e os súditos

26 Tradução livre de: "...the conception of the legally unlimited sovereign misrepresents the character of law in many modern states where no one would question that there is law. Here there are legislatures but sometimes the supreme legislative power within the system is far from unlimited. A written constitution may restrict the competence of the legislature not merely by specifying the form and manner of legislation (which we may allow not to be limitaions) but by excluding altogether certain matters from the scope of its legislative competence, thus imposing limitations of substance".

> que habitualmente obedecem, deram lugar à confusa imagem de uma sociedade em que a maioria obedece ordens dadas pela maioria ou por todos[27] (HART, 1994, p. 75).

Nesse caso, não há como falar mais em "ordens" ou "obediência", já que estes são conceitos que exigem a existência de duas partes: uma que ordena e outra que obedece. Se o povo for aceito como sendo o soberano austiniano, então ele obedeceria a ordens dele mesmo, o que conceitualmente é insustentável.

Um artifício pode ser adotado para preservar a coerência lógica da tese do eleitorado como soberano, com a criação de uma ficção jurídica, no sentido de distinguir entre a vida particular e a função pública dos cidadãos. Dessa forma, o eleitor em sua vida privada obedeceria ao eleitor na função pública.

Esse estratagema teórico, entretanto, não é oportuno, já que a qualificação de um cidadão como estando exercendo uma capacidade política pressupõe a existência de regras que legitimam seu poder para tanto. O simples hábito, noção adotada por Austin, é incapaz de estabelecer os efeitos e requisitos para o exercício de uma competência (HART, 1994, p. 76).

Para Shapiro (2011, p. 76), a teoria de Austin foca equivocadamente nos aspectos pessoais do soberano. Isto é, em seu imperativismo, o soberano é quem é por conta de suas qualidades e características personalísticas, que o tornam capaz de coagir alguém a obedecê-lo. No entanto, e isso é visto com mais clareza ainda nas sociedades contemporâneas, a autoridade dos governantes é impessoal. O presidente Michel Temer não possui autoridade porque é a pessoa Michel Temer, mas porque ocupa o cargo mais elevado do executivo federal, o que é regulado por normas que conferem poderes públicos – as quais são ignoradas na teoria imperativista.

Diante da argumentação empreendida, percebe-se que a tese do soberano esbarra em sólidos obstáculos conceituais, devendo ser afastada, juntamente à ideia de normas jurídicas como ordens suportadas por ameaças. Assim, conclui-se que os dois pilares do imperativismo austiniano não são idôneos para sustentar uma Teoria do Direito conceitualmente consistente e comprovada na realidade dos sistemas jurídicos concretos.

---

27 Tradução livre de: "Thus the original clear image of a society divided into two segments: the sovereign free from legal limitation who gives orders, and the subjects who habitually obey, has given place to the blurred image of a society in which the majority obey orders given by the majority or by all".

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, as críticas examinadas de Hart à teoria imperativista de Austin podem ser resumidas nos seguintes pontos: i) normas que conferem poderes, as quais desempenham papel essencial em qualquer ordenamento jurídico, são incompatíveis com a ideia de ordens suportadas por ameaças; ii) a noção de um soberano habitualmente obedecido e que habitualmente não obedece a ninguém falha por não considerar a questão da continuidade de autoridade legislativa em caso de sucessão de soberanos; iii) uma norma que permanece vigente mesmo muito tempo após a morte de seu autor vale mesmo que o seu emissor e seus súditos já tenham falecido há bastante tempo; iv) por fim, o conceito de soberano como sendo juridicamente ilimitado é derrubada por casos empíricos em que essa limitação se verifica nos sistemas jurídicos concretos, não sendo possível identificá-lo como o Parlamento ou o povo.

Conforme Joseph Raz (2010, p. 45), os filiados à corrente imperativista veem nela a vantagem de uma explicação simplista, com a atraente noção de um polo central de onde derivam todos os comandos jurídicos. Apesar das tentativas engenhosas, muitas delas aqui examinadas, de tentar salvar o imperativismo das objeções teóricas de seus opositores, sua futilidade restou devidamente comprovada no pensamento jurídico contemporâneo.

A sanção é somente uma das técnicas utilizadas pelo Direito para motivar a obediência dos cidadãos às suas normas. Os deveres e as recompensas são outros exemplos. Uma teoria acurada sobre a natureza de um sistema jurídico deve adequadamente representar todas essas técnicas e não focar de forma míope em apenas uma delas, como faz o imperativismo (SHAPIRO, 2011, p. 71). Do mesmo modo, uma noção de soberano que se apega a elementos personalísticos e que prega sua ilimitabilidade jurídica não corresponde à realidade concreta dos Estados Constitucionais contemporâneos.

Assim, chega-se à conclusão de que deve ser buscado um modelo alternativo que dê conta adequadamente da natureza e funcionamento de um sistema jurídico, levando em consideração a variedade de funções das suas normas e as particularidades do conceito contemporâneo de soberania. Hart fundará seu modelo teórico na noção de regras sociais, em substituição à coerção. Essas regras sociais apresentam uma nova perspectiva para o problema do fundamento do Direito, com suas próprias vantagens e obstáculos. Devido ao limite

temático deste trabalho, não coube aqui desenvolver essa análise.

Diante de tudo o que aqui foi exposto, pode-se atestar que a coerção, o hábito de obediência como fundamento de validade do Direito e o soberano juridicamente ilimitado não podem ser considerados elementos essenciais do conceito de Direito, dados os graves problemas de ordem conceitual e axiológica que acarretam. O imperativismo de John Austin consiste numa concepção do fenômeno jurídico que merece todas as críticas e refutações que lhe são dirigidas, inclusive aquelas empreendidas por Herbert Hart, devendo, portanto, ser rejeitado.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **Province of jurisprudence determined.** London: John Murray, Albermarle Street, 1832.

BAYLES, Michael. **Hart's legal philosophy: an examination**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. São Paulo: Editora Manole, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Harvard University Press, 1978.

HART, Herbert L. A. **Essays on jurisprudence and philosophy**. New York: Oxford University Press, 1983.

_____. **The concept of law**. 2ªed. Oxford: Claredon Press, 1994.

_____. Positivism and the separation of law and morals. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, vol.71, No. 4, Fev., 1958, pp. 593-629.

HOBBES, Thomas. **Leviatã.** Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

RAZ, Joseph. **The concept of a legal system: and introduction to the theory of legal system.** 2ª ed. Oxford: Claredon Press, 1980.

_____. **Razão prática e normas.** Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

TORRANO, Bruno. **Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VASCONCELOS, Arnaldo**. Teoria da norma jurídica.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.