

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant¹

RESUMO: O presente trabalho se desenvolve a partir da pergunta fundamental: é possível haver Direito sem coerção? Como tal, ergue-se sobre uma base metodológica de cunho essencialista cujos pressupostos aqui são sustentados com base na tese elaborada por Julie Dickson. A coerção é entendida como a possibilidade de atos de força serem empregados como sanção pelo ordenamento jurídico. Esclarecidas essas questões metodológicas, para responder à pergunta, analisam-se, de um lado, as posições coercitivistas de John Austin e Hans Kelsen e, de outro, as posições não coercitivistas de Herbert Hart e Joseph Raz. Essa investigação conduzirá a alguns pontos centrais das teorias dos referidos autores, demonstrando sua relação direta com o conceito de Direito. Os argumentos delineados são então contrapostos, considerando-se vencedora aquela posição que melhor se sustenta à luz de um conceito de Direito que se mostre adequado de acordo com os parâmetros metodológicos estabelecidos. Ao final, tecem-se algumas considerações acerca do que essa resposta nos permite concluir.

Palavras-chave: Coerção; Conceito de Direito; Teoria Geral do Direito.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados pela Universidade São Judas Tadeu. Orientador da Câmara de Mediação Extrajudicial da Universidade Federal de Minas Gerais (CME-UFMG). Mediador Extrajudicial inscrito na lista de mediadores da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Minas Gerais (CCMA MG BRASIL). ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2463-1438>. E-mail: periclesalvares98@gmail.com.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

LAW AND COERCION: IS THERE LAW WHERE THE USE OF FORCE AS SANCTION IS NOT POSSIBLE?

Abstract: The present work is developed from the fundamental question: is it possible to have Law without coercion? As such, it is built on an essentialist methodological basis whose assumptions are supported here based on the thesis elaborated by Julie Dickson. Coercion is understood as the possibility of using acts of force as a sanction by the legal system. Having clarified these methodological questions, in order to answer the question, we analyze, on the one hand, the coercitivist positions of John Austin and Hans Kelsen and, on the other hand, the non-coercitivist positions of Herbert Hart and Joseph Raz. This investigation will lead to some central points of the theories of these authors, demonstrating its direct relationship with the concept of Law. Then the arguments outlined are opposed and the position that best sustains itself in the light of a concept of Law that proves to be adequate according to the established methodological parameters is considered the winner. In the end, some considerations are made about what this answer allows us to conclude.

Key-words: Coercion; Concept of Law; Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Quando iniciados no estudo jurídico através da análise desse fenômeno social a que chamamos Direito, é comum que se chame a atenção do estudante para o fato, por muitos ignorado, de que o Direito estende seus domínios para praticamente todos os espaços da vida social. Com efeito, se, por um lado, o Direito possibilita o desenvolvimento das capacidades humanas por meio da promoção da liberdade, por outro, ele o faz pela restrição dessa liberdade, papel que desempenha através de suas regras e princípios e da organização jurídica do aparato repressivo do Estado. Mas tão logo compreendemos o Direito como um complexo normativo, surge então a questão de distingui-lo das demais ordens normativas com as quais coexiste no meio social, em especial, a Moral. Nesse ponto, dentre outras considerações, como o fato de que a Moral é autônoma enquanto o Direito é heterônimo, uma se destaca: “a Moral é incoercível e o Direito é coercível. O que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade” (Reale, 2012, p. 46).

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

Esse parecer é generalizado para destacar o que distingue o Direito também de outras ordens sociais e a coerção é assim elevada ao rol dos elementos característicos do Direito, ou seja, daqueles elementos constituintes do fenômeno jurídico. Onde quer que o Direito se encontre, encontrar-se-á também a possibilidade de que a força seja mobilizada para fazê-lo ser cumprido. Nas palavras de Ihering, essa relação foi exposta de modo poético:

Eis a razão por que vemos a Justiça segurando em uma das mãos a balança, por meio da qual o direito é pesado, e na outra a espada, por meio da qual o direito é defendido. A espada sem a balança é força bruta, ao passo que a balança sem a espada é a impotência do direito (Ihering, 2019, p. 19).

Assim, para muitos autores a coerção aparece como essencial ao Direito. Entretanto, caso a afirmação seja verdadeira, o que faz com que as coisas sejam assim? O que faz com que o Direito seja definido pela sua força coercitiva? Não será possível que exista Direito sem que haja também coerção? Esta última pergunta orienta este trabalho, cujo propósito é respondê-la. Estamos cientes de que a questão já foi colocada há muito tempo e de que incontáveis vozes se posicionaram nesse debate secular. Entretanto, se, por um lado, é prudente considerarmos as posições anteriores ao formularmos a nossa própria, por outro, a impossibilidade prática de dar atenção a todos os autores nos obriga a limitar nosso escopo. Assim, considerando as duas posições dominantes, coercitivista e anticoercitivista, escolhemos dois autores de cada uma a fim de, a partir deles, identificar os argumentos mobilizados por cada corrente em favor de sua tese. Por sua influência, posição de destaque no debate e por uma questão de afinidade da nossa parte, escolhemos trabalhar com John Austin e Hans Kelsen no estudo da tese coercitivista e com Herbert Hart e Joseph Raz no estudo da posição contrária.

Após as ponderações metodológicas que se fazem na seção subsequente, a seção dois é dedicada à identificação dos argumentos coercitivistas na figura dos autores supramencionados. A terceira seção tem o mesmo propósito, mas agora considerando a tese anticoercitivista. No item quatro, propõe-se um enfrentamento dos argumentos deduzidos nas seções anteriores e apresenta-se um posicionamento em face da questão. O último item é dedicado a considerações finais quanto às conclusões obtidas e, como não poderia deixar de ser, revela novas inquietações resultantes da investigação proposta.

1 TEORIA JURÍDICA INDIRETAMENTE AVALIATIVA COMO MÉTODO DA TEORIA GERAL DO DIREITO

Antes de prosseguir à análise do vínculo entre Direito e coerção, faz-se necessário esclarecer a metodologia adotada, tendo em vista a natureza conceitual da investigação e o campo de estudos em que ela se insere: a Teoria Geral do Direito. Esse campo busca identificar e explicar as características abstratas e generalizáveis do fenômeno jurídico — aquilo que o define enquanto tal —, de forma que uma teoria bem-sucedida deve oferecer uma explicação adequada sobre a natureza do Direito, por meio de proposições necessariamente verdadeiras (Dickson, 2001, p. 17; Raz, 2004, p. 324; Shapiro, 2011, p. 9).

A adequação entre teoria e objeto impõe uma exigência metodológica: o método deve ser compatível com o fenômeno jurídico, entendido como prática social complexa, marcada por normatividade interna e por certo grau de generalidade histórica. Essa exigência afasta abordagens que projetem valores morais sobre o Direito (como certas correntes jusmoralistas) ou que tentem descrever o fenômeno com neutralidade absoluta e externa (como na sociologia do Direito). A disputa metodológica entre Kelsen e Dworkin ilustra esse impasse.

Kelsen (1998b, p. 1) propôs o chamado princípio da pureza, defendendo que a Teoria Geral do Direito deve se ater ao conhecimento do Direito “como ele é”, excluindo qualquer juízo sobre como ele “deve ser”. Com isso, rejeita explicações fundadas em avaliações morais, por considerá-las contingentes. Para o autor, o Direito, como fenômeno replicado em sociedades distintas, só pode ser adequadamente compreendido por suas características formais essenciais, e não por seu mérito axiológico (Kelsen, 1998b, p. 1).

Dworkin, por sua vez, entende o Direito como um conceito interpretativo, cujo conteúdo depende da prática interpretativa dos agentes envolvidos (Dworkin, 1986, p. 87). Para ele, é impossível interpretar o Direito sem atribuir-lhe um propósito e, por consequência, um valor. Toda teoria jurídica, nesse sentido, implica necessariamente uma avaliação moral, pois o que o Direito “é” dependerá do que ele “deve ser”, conforme os padrões de justiça da comunidade jurídica. Em sua concepção, a identificação do Direito exige que o intérprete se posicione frente a ele (Dworkin, 1986, p. 47-48).

Diante desse impasse, Julie Dickson propõe uma terceira via metodológica, denominada teoria jurídica indiretamente avaliativa. Segundo a autora, ainda que seja impossível excluir completamente os valores da teoria jurídica, isso não implica a necessidade

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

de avaliação moral direta. É possível construir uma teoria do Direito que seja sensível ao modo como os participantes da prática jurídica compreendem o fenômeno (isto é, ao ponto de vista interno), mas sem emitir juízos sobre seu mérito moral (Dickson, 2001, p. 26).

Dickson identifica três teses que permeiam, muitas vezes de forma implícita, o debate sobre o papel da avaliação moral nas teorias jurídicas (Dickson, 2001, p. 9):

1. Tese da avaliação moral: toda teoria jurídica adequada deve avaliar moralmente o Direito.
2. Tese da justificação moral: o Direito só pode ser compreendido como um fenômeno moralmente justificado.
3. Tese das consequências morais benéficas: o sucesso de uma teoria pode depender de seus efeitos morais positivos.

Tais teses representam abordagens diretamente avaliativas do Direito. Em oposição a elas, a proposta de Dickson permite a formulação de juízos indiretamente avaliativos, que reconhecem certas características do Direito como importantes para sua explicação, mas sem atribuir a elas valor ou mérito (Dickson, 2001, p. 51-53). Por exemplo, afirmar que o Direito reivindica obediência é reconhecer um dado normativo importante, mas não necessariamente dizer que essa reivindicação é boa ou justa (Dickson, 2001, p. 53).

O método indiretamente avaliativo tem a vantagem de preservar a neutralidade axiológica, permitindo a explicação conceitual do Direito sem fazer juízos morais (Dickson, 2001, p. 65), ao mesmo tempo em que reconhece a importância do ponto de vista interno dos participantes da prática jurídica. O teórico do Direito, nessa abordagem, não impõe um conceito externo, mas trabalha com um conceito que já tem um uso socialmente difundido, tentando identificar os elementos que caracterizam o fenômeno jurídico como tal (Dickson, 2001, p. 43).

Essa sensibilidade ao ponto de vista interno aproxima a proposta de Dickson da postura metodológica de Kelsen, embora com uma diferença importante: Kelsen pretende manter neutralidade total, enquanto Dickson reconhece a inevitabilidade de certos juízos de importância, ainda que não morais. Ambas as propostas, porém, partem da premissa de que é possível identificar características comuns e distintivas nas práticas historicamente chamadas de “Direito”.

Como ensina Kelsen, uma definição conceitual deve partir do uso comum da palavra, perguntando-se se os fenômenos sociais assim denominados compartilham alguma

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

característica essencial e distintiva (Kelsen, 1998a, p. 7). Mesmo que se reconheça que tais práticas não sejam idênticas, é plausível supor que compartilhem certos elementos que as tornam variações do mesmo fenômeno. A identificação dessas características seria um exemplo de juízo indiretamente avaliativo: reconhecer que algo é essencial ao Direito não implica afirmar que é bom (Dickson, 2001, p. 59). O juízo de importância se distingue do moral porque se limita a reconhecer que uma determinada característica se repete em todas as formas de Direito conhecidas ou que tem impacto relevante sobre a forma como o Direito é praticado. Ainda que essa característica possa vir a ser julgada moralmente, esse segundo juízo não decorre do primeiro.

Além disso, mesmo em casos em que uma característica não é essencial, ela pode ser eleita como importante por razões práticas: por sua relevância na compreensão da prática jurídica de uma comunidade específica, pelas consequências de sua presença ou ausência, ou pela frequência com que aparece nos discursos jurídicos. Em qualquer um desses casos, trata-se de juízos de importância que não pressupõem valor moral (Dickson, 2001, p. 59).

Respondida essa crítica, uma segunda e mais profunda se revela. A razão para rejeitar uma abordagem diretamente avaliativa parte de uma concepção sobre as qualidades de uma teoria (neutralidade, por exemplo) que se voltam especificamente para um tipo de objeto: um objeto cuja existência e reconhecimento independa de seu mérito axiológico. Esta, contudo, seria uma afirmação substantiva acerca da natureza do objeto, de modo que a escolha metodológica não antecederia, mas, antes, sucederia um entendimento quanto ao que é o objeto. Em outras palavras, no fundo de toda teoria cuja abordagem pode ser tida como indiretamente avaliativa, estaria uma afirmação diretamente avaliativa sobre o objeto de estudo (Priel, 2010, p. 662). Com efeito, ao longo de toda a nossa discussão metodológica e no fundo da divergência entre as propostas kelseniana, dworkiniana e dicksoniana, o que se revela é uma tomada de posição primordial quanto ao que é o Direito. Nesse sentido, os argumentos em favor de determinada metodologia “são verdadeiros apenas porque a teoria substantiva que eles sustentam acontece de ser verdadeira, não o contrário” (Priel, 2010, p. 663)².

Sendo esse o caso, a abordagem metodológica aqui proposta somente pode ser adequada se o Direito puder ser conhecido independentemente da formulação de juízos

² Tradução livre do original: “[...] they are true only because the substantive theory they hold happens to be true, not the other way around”.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

morais. Este nos parece ser o caso justamente porque, como anteriormente dito, por mais que apareça com peculiaridades em cada comunidade, entende-se que é um mesmo o fenômeno social chamado de Direito em todas elas.

Assim, um professor de direito civil brasileiro hoje consegue entender o que demandava o direito civil romano da época de Justiniano, assim como o direito civil da Alemanha nazista, sem que ele precise reconhecer que isso é devido no Brasil ou sequer que isso é devido de um ponto de vista moral. O Direito, como instituição normativa, não só pode ser compreendido apartado da moral ou de qualquer outro juízo valorativo, como deve efetivamente ser compreendido dessa forma a fim de fazer jus às diversas visões valorativas que ele comporta. Abordagens apenas diretamente avaliativas devem ser rejeitadas por implicarem uma redução do conceito de Direito, da forma como ele é correntemente pensado e praticado. A única afirmação diretamente avaliativa que uma teoria jurídica adequada comporta é essa do ponto de partida, as demais devem ser indiretamente avaliativas.

Conclui-se, assim, que a abordagem indiretamente avaliativa é não apenas possível, mas preferível para os fins da Teoria Geral do Direito. Isso porque ela permite uma investigação conceitual rigorosa, sensível à prática jurídica e à historicidade do fenômeno, sem incorrer na fragilidade teórica de avaliações morais contingentes. Além disso, permite construir uma teoria útil para compreender o Direito como ele é praticado nas diversas sociedades e épocas.

Posto isso, a metodologia adotada neste trabalho será a da teoria jurídica indiretamente avaliativa, segundo a qual se buscará verificar se a coerção é uma característica essencial ao Direito. Por “essencial”, entender-se-á o elemento constitutivo sem o qual o fenômeno não pode ser pensado e reconhecido como tal. A coerção, por sua vez, será definida segundo a concepção de Kelsen: como a possibilidade de que atos de força sejam empregados como sanção (Kelsen, 1998a, p. 26). A investigação, portanto, não buscará saber se a coerção é útil, justa ou eficaz, mas se ela é necessária à própria ideia de Direito.

2 COERCITIVISMO

A pergunta orientadora deste trabalho — se é possível haver Direito onde não há possibilidade de uso da força como sanção — encontra resposta negativa entre os teóricos aqui identificados como coercitivistas. Para esses autores, como John Austin e Hans Kelsen, a relação entre Direito e coerção é conceitualmente necessária. Ou seja, uma explicação

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

adequada sobre o que é o Direito deve, invariavelmente, incluir a possibilidade do uso institucionalizado da força como parte de sua definição. A coerção, nesses termos, é o elemento que distingue o Direito de outras ordens normativas, como a moral ou os costumes.

2.1 Austin: Direito como ordens baseadas em ameaças

A teoria do Direito desenvolvida por John Austin é apresentada, principalmente, na obra *The Province of Jurisprudence Determined*. Como o nome indica, o principal objetivo do autor nesse livro, dividido em seis *Lectures*, é demarcar o objeto de estudos da *Jurisprudence* ou Teoria Geral do Direito. Contudo, ao contrário do que se pode imaginar, não há, a princípio, grande controvérsia acerca de qual seja esse objeto, tanto que Austin abre a *Lecture I* com a seguinte declaração: “o objeto da Teoria Geral do Direito é o direito positivo” (Austin, 1995, p. 18)³. A questão de dissenso gira em torno de saber o que conta como *Direito positivo* para fins da disciplina, considerando-se que existem diversos tipos de leis⁴. Para o autor, a resposta é obtida por meio de sua distinção em relação a objetos semelhantes com os quais pode se confundir.

Após diferenciá-lo do Direito natural e da moralidade positiva, Austin conclui que o Direito positivo é o conjunto de leis estabelecidas por um soberano ou corpo político superior de uma determinada nação independente para os membros dessa mesma sociedade (Austin, 1995, p. 165). A figura do soberano é central para a teoria austiniana e sua caracterização se dá quando a generalidade de uma dada sociedade deve habitualmente obediência a uma mesma e determinada pessoa ou grupo, enquanto essa pessoa ou grupo habitualmente não deve obediência a ninguém (Austin, 1995, p. 166-167). Entretanto, não é a origem em si que define o direito positivo, visto que as leis são apenas uma parcela das manifestações de vontade do soberano, dentre as quais existem também conselhos e opiniões. As leis são espécie do gênero comando, um tipo de manifestação de vontade pela qual uma pessoa expressa seu desejo de que outra se conduza de determinado modo mediante a ameaça de um mal (Austin, 1995, p. 21).

É nessa sujeição ao mal que poderá ser aplicado em caso de descumprimento que, segundo Austin, residem as ideias de obrigação e dever (Austin, 1995, p. 22). Esses conceitos centrais, portanto, são definidos em função da sanção, isto é, do mal aplicado em caso de

³ Tradução livre do original: “The matter of jurisprudence is positive law”.

⁴ O autor trata “lei” como sinônimo de “regra” e “norma”.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

violação, de modo que na teoria do autor os três conceitos estão inseparavelmente conectados (Austin, 1995, p. 24).

Embora essa concepção tenha sido criticada por autores como Hart, que aponta uma desconexão entre as ideias de regra e obrigação (Hart, 2012, p. 85), ela sustenta um ponto fundamental: o elemento coercitivo é constitutivo da norma jurídica, e não acessório. Assim, o Direito se diferencia de outras ordens sociais — como normas morais ou costumes locais — porque suas normas têm caráter geral e coercitivo. Retirada a ameaça de sanção, restaria apenas um conselho ou recomendação. O que faz o Direito ser o que ele é, para Austin, é exatamente a presença dessa estrutura coercitiva essencial.

2.2 Kelsen: Direito como ordem coativa

Para Hans Kelsen, a coerção também ocupa lugar central na definição do Direito. Em sua Teoria Pura do Direito, assim como Austin, ele parte da ideia de que o Direito é uma ordem normativa específica dentro do universo mais amplo das ordens sociais (Kelsen, 1998a, p. 40). A especificidade do Direito reside no fato de que sua técnica normativa consiste em motivar condutas por meio da ameaça de sanções coercitivas (Kelsen, 1998a, p. 27-28). Assim, o que distingue o Direito das demais ordens normativas — como a moral ou a religião — é que o Direito é uma ordem coercitiva institucionalizada (Kelsen, 1998a, p. 40).

Essa constatação costuma ser erroneamente interpretada de modo que a eficiência da sanção, isto é, a capacidade da sanção de efetivamente motivar os indivíduos sujeitos à ordem jurídica, seja vista como parte do conceito de Direito. Contudo,

A doutrina de que a coerção seja um elemento essencial do Direito não se refere à conduta efetiva dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, mas à própria ordem jurídica, ao fato de que a ordem jurídica sustenta sanções e que, exatamente por esse fato e apenas por ele, ou seja, por essa técnica específica, ela é distinta de outras ordens sociais (Kelsen, 1998a, p. 36).

O ponto relevante não é o impacto prático da adoção dessa técnica (eficácia), mas a própria adoção da técnica. Nesse sentido, devemos nos perguntar se a adoção da coerção não seria uma questão contingente, circunstancial. Ou seja, falta ainda demonstrar, para se ter um argumento forte em favor do coercitvismo, o porquê de a adoção dessa técnica característica do Direito ser imprescindível para a própria existência do Direito. Entra em cena, então, a concepção kelseniana de norma jurídica.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

Para o jurista austríaco, a regra jurídica não é a que estabelece o que o indivíduo sujeito à ordem jurídica deve fazer, cuja estrutura é “A deve ser”, onde A é a conduta socialmente desejada. A regra jurídica é a que estabelece a sanção que deve ser aplicada caso o indivíduo sujeito à ordem jurídica não realize determinada conduta ou realize uma conduta socialmente indesejada, tendo como estrutura, no primeiro caso, “se não A, deve ser B” e, no segundo caso “se A, deve ser B”, onde B é a sanção. Logo, “a conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção” (Kelsen, 1998b, p. 17). Porém, sendo a sanção um mal que se pretende evitar, pode-se de imediato deduzir que a conduta oposta é desejável e devida. É nesse sentido que se diz que a norma que prescreve a conduta socialmente desejada é supérflua (Kelsen, 1998b, p. 39). A autêntica norma jurídica é aquela que prescreve determinada conduta ao prever uma sanção para a conduta oposta.

Apesar de sua natureza, a autêntica norma jurídica não se confunde, por exemplo, com meras ordens de criminosos — que também prescrevem determinada conduta pela estipulação de uma sanção para a conduta oposta — em razão de sua normatividade específica (Kelsen, 1998b, p. 31). Enquanto as ordens de um criminoso têm apenas sentido subjetivo de dever ser, isto é, são ordens válidas apenas do ponto de vista de indivíduos particulares; as normas jurídicas têm sentido objetivo de dever ser porque são consideradas obrigatórias (devidas) não apenas do ponto de vista de quem as estipulou, como também do ponto de vista de um terceiro desinteressado (Kelsen, 1998b, p. 6). O que garante essa objetividade é o fato de a norma jurídica estar autorizada por uma norma superior anterior. Esse esquema dá origem a uma estrutura hierárquica pela qual as normas de um sistema retiram sua validade de normas superiores e estas, ao seu turno, retiram de outras normas superiores a elas, remetendo, em última instância, na teoria kelseniana, à chamada norma fundamental, o pressuposto fundante da validade objetiva do ordenamento jurídico (Kelsen, 1998b, p. 6).

Apesar do destaque dado à normatividade específica do Direito, a partir da qual parece ser possível encontrar a essência dessa técnica de organização social, o jurista austríaco não abre mão da essencialidade da ideia de coerção para o Direito:

Se o Direito não fosse definido como ordem de coação mas apenas como ordem posta em conformidade com a norma fundamental e esta fosse formulada com o sentido de que as pessoas se devem conduzir, nas condições fixadas pela primeira Constituição histórica, tal como esta mesma Constituição determina, então poderiam existir normas jurídicas desprovidas de sanção, isto é, normas jurídicas que, sob determinados pressupostos, prescrevessem uma determinada conduta humana, sem que uma outra norma estatuísse uma sanção para a hipótese de a primeira não ser

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

respeitada. Nessa hipótese, o sentido subjetivo de um ato posto em conformidade com a norma fundamental — sentido esse que não é uma norma nem pode ser posto em relação com uma norma — seria juridicamente irrelevante. Nessa hipótese ainda, uma norma posta pelo legislador constitucional que prescrevesse uma determinada conduta humana sem ligar à conduta oposta um ato coercitivo — a título de sanção — só poderia ser distinguida de uma norma moral pela sua origem, e uma norma jurídica produzida pela via consuetudinária nem sequer poderia ser distinguida de uma norma de moral também produzida consuetudinariamente. Se o costume é considerado pela Constituição como fato produtor de normas jurídicas, então toda a Moral constituiria parte integrante da ordem jurídica, na medida em que as suas normas são efetivamente produzidas pela via consuetudinária (Kelsen, 1998b, p. 38-39).

Dois argumentos em favor da tese coercitivista podem ser deduzidos desse trecho. Um deles já foi anteriormente enunciado e diz respeito ao fato de a coerção nos permitir distinguir, em meio ao universo normativo que habitamos, as normas jurídicas das demais normas. O segundo deles é mais sutil e está expresso com mais evidência quando, ao comentar a possibilidade de uma norma jurídica ser destituída de sanção, Kelsen afirma que “o sentido subjetivo de um ato posto em conformidade com a norma fundamental — sentido esse que não é uma norma nem pode ser posto em relação com uma norma — seria juridicamente irrelevante”. Por juridicamente irrelevante o jurista parece querer dizer que nenhuma consequência adviria da existência da norma. Isto é, o fato de ela ter sido criada não conferiria direitos nem deveres a ninguém. Essa tese provavelmente se alicerça no fato de que, se a norma é destituída de uma sanção coercitiva, mesmo que ela pretenda criar um dever para alguém, como essa pessoa não poderá ser compelida a cumpri-lo, em última instância é como se o dever inexistisse. A todo direito está associado um dever cujo cumprimento pode ser exigido judicialmente. Seria esse o traço marcante do Direito. Se o direito não pode ser juridicamente tutelado, ele não existe, ainda que tenha sido pretendido por um ato de vontade cujo sentido subjetivo foi posto em conformidade com a norma fundamental. Provavelmente decorre disso a conclusão de que:

Se [...] as ordens sociais a que chamamos Direito contivessem de fato em quantidade apreciável normas prescritivas que não estivessem essencialmente ligadas a normas que estatuem atos coercitivos como sanção — o que não é, porém, o caso —, então a admissibilidade de uma definição do Direito como ordem de coerção seria posta em causa. E se das ordens sociais a que chamamos Direito viesse a desaparecer — como profetiza o socialismo marxista — o elemento coação (como consequência do desaparecimento da propriedade privada dos meios de produção), estas ordens sociais mudariam radicalmente de caráter: perderiam — no sentido da definição do Direito aqui admitida — o seu caráter jurídico, do mesmo modo que as comunidades por elas construídas perderiam o seu caráter estatal; ou seja, na terminologia de Marx, o Estado — e com o Estado também o Direito — “morreria” (Kelsen, 1998b, p. 39).

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

Esse argumento é, portanto, a resposta para a pergunta que nos fizemos anteriormente. A autêntica norma jurídica é aquela que estatui a sanção coercitiva pelo fato de que a função essencial do Direito é obrigar (1998b, p. 83) e, paralelamente, conferir direitos, sendo que isso só se faz possível na medida em que o Direito é capaz de efetivamente compelir os indivíduos sujeitos às suas normas a obedecerem. O ordenamento normativo a que chamamos de Direito se destaca por sua capacidade de efetivar pela força, se necessário, os deveres estabelecidos.

3 ANTICOERCITIVISMO

Em oposição à tese coercitivista, o anticoercitivismo responde afirmativamente à questão central do trabalho: sim, é possível haver Direito onde não há a possibilidade de uso da força como sanção. Ressalta-se, porém, que o reconhecimento dessa possibilidade não exige que existam, na realidade, sistemas jurídicos sem coerção, mas apenas que seja conceitualmente possível que o Direito exista independentemente dela. Tampouco se defende aqui um Direito sem sanções: é compatível com o anticoercitivismo que normas jurídicas prevejam consequências normativas para sua violação. O ponto distintivo entre as duas correntes está no fato de que, para os anticoercitivistas, a coerção — possibilidade de atos de força como sanção — não é essencial ao conceito de Direito. Essa tese é defendida, com diferentes fundamentos, por Herbert Hart e Joseph Raz, cujas contribuições são analisadas a seguir.

3.1 Hart: Direito como união de regras primárias e secundárias

Em *The Concept of Law*, Hart parte da crítica à teoria imperativista de Austin para propor uma nova compreensão do Direito. Em vez de um conjunto de ordens apoiadas em ameaças, o Direito é concebido como uma combinação de regras primárias e secundárias (Hart, 2012, p. 81). As primárias são as regras que regulam diretamente a conduta dos indivíduos e as secundárias as que têm como objeto outras regras, definindo, por exemplo, como são criadas, modificadas ou aplicadas (Hart, 2012, p. 81-82).

Para fundamentar essa estrutura, Hart desenvolve sua teoria das regras sociais. Segundo ele, uma regra existe quando há um comportamento generalizado em certa direção dentro de uma comunidade (Hart, 2012, p. 55), acompanhado da aceitação social de que esse

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

comportamento é devido (Hart, 2012, p. 56). Essa dimensão normativa, que ele chama de aspecto interno da regra, distingue regras sociais de meros hábitos.

Todavia, nem todas as regras impõem obrigações. A obrigatoriedade decorre da presença cumulativa de três características (Hart, 2012, p. 86-87):

1. A pressão social por sua observância é intensa;
2. Elas são vistas como necessárias ou valiosas para a vida social;
3. Exigem condutas que frequentemente vão contra interesses pessoais.

Notadamente, a possibilidade de atos de força como sanção não figura entre os requisitos essenciais para a constituição da obrigação. Com base nisso, Hart critica a teoria de Austin, que associa a obrigação à previsibilidade de um mal. Defende que existem casos nos quais é possível afirmar que alguém tem uma obrigação jurídica mesmo quando não há perspectiva de punição (Hart, 2012, p. 84), como quando é sabido que a autoridade não tem a menor condição de constatar a violação à regra, mas, ainda assim, se considera que o indivíduo está obrigado. Além disso, a teoria austiniana falha em capturar a normatividade das regras, promovendo uma desconexão entre as noções de regra e obrigação. Para Hart, as regras não apenas explicam reações punitivas, mas justificam tais reações. A existência de regras transforma certos comportamentos em motivos para críticas e sanções, e não meras predições de punição (Hart, 2012, p. 84).

Para explicar esse último ponto, Hart desenvolve a ideia de ponto de vista interno sobre as regras: aquele dos membros de certa comunidade que aceitam e usam as regras como guias para sua conduta (Hart, 2012, p. 89). Por essa perspectiva, certos indivíduos agem como se eles próprios e os demais membros do grupo estivessem obrigados a se comportar de determinado modo. Assim, em certas circunstâncias eles se comportam sempre de determinado modo e a conduta diversa de algum outro membro do grupo é vista como razão para reação. Esta resposta pode se manifestar na prática como atos verbais de repreensão ou mesmo como atos de violência, mas pode ocorrer também que esse indivíduo apenas perca a autorização para fazer determinada coisa, de maneira que a consequência será puramente normativa. O ponto é que os membros dessa comunidade agem de modo a refletir a existência, ainda que implícita, de regras.

Ocorre que a existência dessas regras permite a adoção também de um ponto de vista externo, que é aquele do indivíduo que observa a vida nessa comunidade regida por regras. Segundo Hart, suas manifestações podem ser de duas naturezas. Na primeira, que podemos

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

chamar de ponto de vista externo engajado, o observador, “sem aceitar ele próprio as regras, afirma que o grupo as aceita e, portanto, pode de fora se referir ao modo como *elas* estão preocupados com elas do ponto de vista interno” (Hart, 2012, p. 89). Dessa forma, sem participar efetivamente da prática em questão, o observador pode notar o modo como os participantes percebem a si mesmos e aos demais como devendo agir. Já na segunda espécie de ponto de vista externo, chamado de extremo, o observador nem sequer se dá conta do ponto de vista interno do grupo. Com isso, uma descrição da comunidade por esse observador jamais poderá ser feita em termos de regras e, logicamente, em termos de noções dependentes de regras, como obrigação e dever (Hart, 2012, p. 89-90), sendo este o erro de Austin.

Logo, o reconhecimento dos pontos de vista em relação à regra, especialmente o interno, é fundamental para explicar a normatividade. O que torna determinada regra obrigatória não é a sanção, mas a aceitação dessa regra pelos membros da comunidade. Decorre dessa constatação a teoria de que o Direito é o enlace entre regras primárias e secundárias. Considera-se que o comportamento é determinado por uma regra jurídica em certo caso quando essa regra primária é aceita como válida em uma determinada comunidade. Essa aceitação, por sua vez, se dá quando a regra primária foi criada de conformidade com os critérios de validade facultados por uma outra regra — tipo secundário — chamada de regra de reconhecimento. De modo semelhante a Kelsen, em Hart todas as normas remetem a uma regra de reconhecimento última. Entretanto, diferente do austríaco, o jurista inglês defende que a regra de reconhecimento última é um fato bruto da prática social, qual seja, a aceitação comum pelos oficiais aplicadores do direito de certos critérios de validade.

Em suma, Hart mostra que a normatividade do Direito decorre de uma estrutura institucional de regras aceitas e não da ameaça de sanções. A coerção pode estar presente, mas não é necessária para que se reconheça a existência de um sistema jurídico.

3.2 Raz: Direito como razões excludentes

Inicialmente, Raz sustentava que a coerção era um dos traços essenciais do Direito (Raz, 1980, p. 5). Contudo, o autor revisa essa posição em *Practical Reason and Norms*, onde argumenta que a coerção, embora comum nos sistemas jurídicos existentes, não é uma característica conceitual lógica e necessária do Direito (Raz, 1999, p. 134 e 158).

Para Raz, o Direito é um sistema institucionalizado de normas (Raz, 1999, p. 155), composto por razões excludentes, ou seja, razões que excluem a consideração de outras no

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

processo decisório. Os operadores jurídicos — especialmente os juízes — devem agir conforme essas razões, mesmo quando não concordam pessoalmente com elas (Raz, 1999, p. 141-142).

O Direito distingue-se de outros sistemas normativos por ser (Raz, 1999, p. 150-153):

1. Compreensivo: reivindica autoridade para regular todo tipo de conduta;
2. Supremo: reivindica autoridade para regular todas as instituições da comunidade;
3. Aberto: torna obrigatórias normas de terceiros, como contratos e costumes.

A coercitividade não está entre essas características distintivas. Primeiro, porque, embora o Direito frequentemente preveja sanções e o uso da força, a normatividade das normas jurídicas não decorre disso. Raz explica que sanções apoiadas na força funcionam, no máximo, como razões auxiliares para agir, mas não como a base da autoridade normativa do Direito (Raz, 1999, p. 157). Em segundo lugar, a evidência empírica também desmente a essencialidade da coerção: há normas dirigidas a autoridades que não são sancionadas em caso de descumprimento — como certas regras aplicáveis a parlamentares ou juízes com imunidades funcionais. Ainda assim, tais normas são juridicamente válidas e obrigatórias, o que demonstra que a ausência de sanção não elimina sua juridicidade (Raz, 1999, p. 158).

Raz admite que um sistema jurídico sem coerção é humanamente improvável, porém é lógica e conceitualmente possível (Raz, 1999, p. 158). Ele sugere que outros seres racionais — e mesmo os seres humanos no futuro — poderiam reconhecer razões suficientes para obedecer ao Direito sem necessidade de sanções (Raz, 1999, p. 159), pois não há nada na ideia de Direito, nem mesmo a sua normatividade, que implique a essencialidade da coerção.

Em Raz, a normatividade do Direito se explica pela crença compartilhada de que as normas jurídicas são razões que devem preponderar no agir (Raz, 1999, p. 170). Essa crença é expressa por aqueles que adotam o que o autor denomina de “ponto de vista jurídico”, isto é, o ponto de vista de quem cumpre as normas consideradas jurídicas e as aceita como razões excludentes para desconsiderar razões conflitantes (Raz, 1999, p. 171). Assim como Hart, Raz não exige que todas as pessoas da comunidade tenham internalizado o Direito e adotem o ponto de vista jurídico. A condição teórica é que os juízes, no exercício dessa função, o adotem, bem como considerem e julguem os cidadãos comuns como vinculados a ele. Na prática, entretanto, o fato de os juízes adotarem o ponto de vista jurídico é geralmente o

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

resultado de pelo menos parcela dos demais cidadãos também o adotarem. Nas palavras do autor, “Um sistema jurídico é o Direito de uma comunidade se, e somente se, ele é geralmente cumprido por aqueles sujeitos à norma das leis e os oficiais estabelecidos pelas leis do sistema as endossam e obedecem” (Raz, 1999, p. 126)⁵.

Em suma, a normatividade do Direito decorre de algumas pessoas acreditarem na validade de suas normas e as seguirem. Como essa crença independe de considerações extrajurídicas, como o fato de a respectiva norma ser coercitiva ou moral, por exemplo, a existência do Direito se mantém independente, a princípio, de quaisquer outras razões, por mais que todas essas razões coexistam com o Direito.

4 EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Como visto nos tópicos acima, a resposta dada à pergunta de se é possível um Direito sem coerção está intimamente atrelada à teoria do Direito de cada autor. Não poderia ser diferente, já que, como dito no início, o desenvolvimento de um conceito de Direito implica investigar a natureza desse fenômeno, e esta, por sua vez, diz respeito às relações que ele mantém com outros fenômenos sociais, sendo a coerção um deles. Durante muito tempo, tomou-se o fato de que o Direito faz uso de medidas coercitivas como um indicativo de que ele seria, por natureza, um fenômeno coercitivo.

Assim, Austin definia as leis positivas como uma subespécie de comando, sendo este gênero caracterizado pelo poder e intenção daquele que emite o comando de infligir um mal a quem o desrespeitar (Austin, 1995, p. 21). E, conquanto sustente essa posição, Austin não oferece maiores razões para justificá-la, o que, como pontuado por Brian Bix, pode ser encarado como uma característica paradigmática ou caricatural da abordagem da filosofia analítica: “[...] suas discussões são, na verdade, cheias de distinções, mas fracas em argumentos” (Bix, 2022). Isto posto, considerando as posições do jurista inglês, podemos deduzir que sua caracterização do Direito como comandos é um resultado de suas observações a respeito do papel que esse fenômeno desempenhava em sua sociedade.

⁵ Tradução livre do original: “A legal system is the law of a community if, and only if, it is generally conformed to by the norm subjects of the laws and the officials set up by the laws of the system endorse them and follow them”.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

Austin observa que o indivíduo sujeito ao Direito está obrigado a adotar determinada conduta e isso se justifica apenas pelo fato de que se ele agir de modo diverso estará sujeito a um mal. O raciocínio envolvido parece ser o seguinte: se eu não posso ou não serei compelido a fazer ou deixar de fazer determinada coisa, então eu não estou obrigado a fazer essa coisa. “[...] é apenas pela chance de incorrer em um *mal* que eu estou *vinculado* ou *obrigado* a obedecer” (Austin, 1995, p. 24). Nesses termos, o Direito não é outra coisa senão o conjunto das manifestações de vontade pelas quais determinadas condutas são obrigadas por meio da imposição de um mal no caso de inobservância.

Kelsen defende uma concepção similar. Concebendo o Direito como ordem coercitiva, “uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção” (Kelsen, 1998b, p. 81). Por trás dessa afirmação está o comprometimento com um argumento mais profundo pelo qual os direitos e deveres de uma ordem jurídica só tem sentido e conteúdo na medida em que derivados de uma norma coercitiva. Se ninguém pode ser responsabilizado sofrendo medidas de coerção caso eu pratique determinado ato, ainda que ele seja declarado como proibido por uma norma, eu em verdade não tenho o dever de me abster desse ato. “Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma conduta oposta à sua é tornada pressuposto de um ato coercitivo (como sanção)” (Kelsen, 1998b, p. 84).

Essa alegação sobre a natureza coercitiva da regra jurídica, comum a Austin e Kelsen, desempenha na teoria dos autores o importante papel de caracterizar e identificar as normas jurídicas em meio a todas as outras normas. Consequentemente, para ambos, são elas, as normas ou regras coercitivas, que ocupam lugar de primazia na definição do Direito, permitindo diferenciá-lo de outras ordens normativas, como a moral, por exemplo. Por essa razão, respondem negativamente à pergunta por nós formulada. A coerção é um elemento essencial para que o Direito exista, na medida em que é o elemento característico das normas características do Direito.

Essa resposta, todavia, pode ser desafiada. Com efeito, pode-se questionar se, embora amplamente comum, a coerção não seria apenas uma característica contingente nos sistemas jurídicos. Considerando as posições de Austin e Kelsen, para os quais a regra coercitiva, apesar de não estar sozinha, é que caracteriza o Direito, imediatamente somos levados a concluir que para se confirmar a suspeita anteriormente formulada dois caminhos se

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

fazem possíveis: ou a norma que caracteriza o Direito não é ela própria caracterizada por sua coercitividade; ou o Direito não é caracterizado por nenhum tipo de norma em específico.

Os dois autores por nós estudados adotam a primeira via de refutação. Para eles, a norma característica do Direito não é necessariamente coercitiva. Começando por Hart, temos que não há um tipo normativo básico característico do Direito, mas dois — as regras primárias e as regras secundárias. Nenhum deles, porém, é intrinsecamente coercitivo. As regras primárias, que equivalem às leis no vocabulário de Austin e à autêntica norma jurídica em Kelsen, são caracterizadas por requerer de seus destinatários que façam ou se abstenham de fazer certos atos, quer queiram quer não (Hart, 2012, p. 81). A despeito de serem frequentemente associadas a regras sancionatórias, isto é, regras que impõem uma consequência para o caso de a obrigação estipulada ser violada, não há nada em sua estrutura que pressuponha isso. A regra primária é a regra que estabelece a obrigação e a ideia de obrigação, em Hart, não depende da sanção.

Como defendido pelo autor, os membros de uma determinada comunidade compreendem que têm a obrigação de agir de determinado modo pelo fato de haver uma regra que estipule isso. Aliás, a própria sanção, entendida como uma consequência que deve ser aplicada em desfavor de alguém que violou a norma, não passa de um comportamento prescrito e, nesse sentido, devido apenas em função de uma regra que a determina. Assim, a sanção é constituída pela obrigação jurídica, e não o contrário, ao passo que a obrigação é uma decorrência natural de haver uma regra. A juridicidade desta, por sua vez, vem do fato de ela ter sido posta em conformidade com os critérios estabelecidos por uma regra de reconhecimento. Nesse sentido, como a existência jurídica da regra primária, aquela que estabelece a obrigação, deriva de sua relação com uma regra secundária, no caso, a regra de reconhecimento, o Direito deve ser entendido como a união entre esses dois tipos normativos.

Embora partindo de perspectivas diferentes, é análoga a resposta de Raz. Segundo ele, o Direito, como sistema institucionalizado, é o conjunto das normas aplicadas por determinadas instituições e das normas que criam essas instituições aplicadoras. Nenhuma dessas normas, contudo, é caracterizada por ser essencialmente coercitiva. Antes, destacam-se por serem uma inter-relação de razões, dentre as quais está contida uma razão excludente. Em outras palavras, ao passo que são razões para agir de determinado modo, são também razões para excluir do raciocínio todas as razões contrárias (Raz, 2019, p. 216). Assim, a natureza mandatória das normas jurídicas que Austin e Kelsen pensavam ter encontrado na sanção, Raz

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

atribui à própria lógica de operação dessa espécie de norma. Não é a medida coercitiva posta como consequência da violação de uma norma que a torna obrigatória, é o próprio fato de ela ser uma norma jurídica considerada possuidora da autoridade legítima que reivindica. Nesse ponto, assim como Hart, também Raz fundamenta a juridicidade das normas não numa característica própria sua, mas no seu pertencimento a um dado ordenamento jurídico.

Portanto, ambos os autores constroem teorias sobre a natureza do Direito que emancipam as normas jurídicas das sanções coercitivas e, com isso, confirmam a suspeita de que embora seja uma característica amplamente difundida nos ordenamentos jurídicos, a coerção é contingente. Aliás, a formulação kelseniana, ao estabelecer uma norma fundamental como pressuposto fundante da validade de um ordenamento jurídico, abre margem para que o Direito seja concebido não como uma ordem coercitiva, mas como o conjunto das normas elaboradas de acordo com essa norma fundamental.

Todavia, como exposto, por mais que Kelsen reconheça a possibilidade de um sistema normativo assim constituído, ele defende que um tal sistema já não seria mais jurídico. Ao comentar a possibilidade de uma ordem social marxista livre de coerção, afirma o seguinte:

Esta é, fundamentalmente, a doutrina do chamado direito natural, que se distingue do direito positivo pela circunstância de que não requer nenhuma sanção para ser eficaz e, portanto, deixou de ser “Direito”, Direito no sentido que chamamos as ordens históricas encontradas na realidade social, o Direito. Quem acredita na existência de um direito natural acredita na existência de uma ordem social, cujo caráter obrigatório resulta diretamente de seu conteúdo. Isso porque esta ordem regula o comportamento humano de uma forma que corresponde à natureza dos homens e à natureza de suas relações e é, portanto, uma forma satisfatória para todos os indivíduos cuja conduta é regulada. Por isso mesmo, não são exigidas medidas de coerção como sanções para o caso de o comportamento não corresponder à ordem natural. Pois tal possibilidade está excluída (Kelsen, 1941, p. 83)⁶.

Esse trecho nos remete à visão que o jurista austríaco tem do Direito como uma técnica social específica que busca obter determinada conduta mútua dos indivíduos a ela

⁶ Tradução livre do original: “This is, fundamentally, the doctrine of so-called natural law, which is distinguishable from positive law by the circumstance that it requires no sanction to be efficacious, and therefore has ceased to be “law”, law in the sense that we call the historical orders to be found in social reality, law. He who believes in the existence of a natural law believes in the existence of a social order, the binding character of which results directly from its content. For this order regulates human behavior in a way that corresponds to the nature of men and to the nature of their relationships and is, therefore, a way satisfactory to all the individuals whose conduct is regulated. For this very reason no measures of coercion are required as sanctions for the case of behavior not corresponding to the natural order. For such a possibility is excluded”.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

sujeitos por meio da aplicação de medidas de coerção à conduta oposta. A característica do Direito seria o emprego da coerção como técnica de motivação específica.

Essa explicação, entretanto, é insatisfatória para explicar *como* as condutas se tornam obrigatórias pelo mero fato de ser fixada uma sanção para o caso de ser realizada a conduta oposta. O próprio Kelsen reconhece que as ordens de um assaltante não são juridicamente devidas, por mais que ele faça uso dessa mesma técnica de motivação indireta. A explicação do jurista reside no fato de que as ordens do assaltante não têm sentido objetivo de dever ser, querendo com isso dizer que elas não são normas válidas. Em contraposição, as normas jurídicas são objetivamente válidas pelo fato de terem sido produzidas de acordo com a norma fundamental. No final das contas, portanto, somos levados a crer que reside aí o poder normativo do Direito. Apesar disso, como visto, o autor não aceita que o Direito seja o conjunto de normas produzidas conforme uma norma fundamental. Para ele, continua sendo essencial o emprego de sanções coercitivas. A única razão que parece embasar essa posição é o fato de ser por meio dessa característica que se faz possível diferenciar as normas jurídicas de outras espécies de normas e, com isso, voltamos ao primeiro argumento discutido nesta seção.

Isto posto, a nosso ver, as teses de Hart e Raz explicam melhor o que é característico das normas jurídicas. Com efeito, a sanção que ocupa um lugar privilegiado nas explicações de Austin e Kelsen são elas próprias devidas apenas na medida em que estão prescritas por uma regra, ao passo que essa prescrição somente ocorre em razão de uma regra pré-existente que determina a conduta socialmente desejada. A sanção sem uma regra subjacente que a justifique não passa de violência. A regra jurídica, por outro lado, ainda que destituída de sanção, continua sendo uma regra obrigatória. Essa força normativa, como expresso por Hart e Raz, reside no fato de essa regra ter sido internalizada pelos membros da comunidade, em especial pelos oficiais aplicadores do Direito. As normas jurídicas são tidas como válidas e exigíveis na medida em que os membros da comunidade as encaram dessa forma.

Cabe aqui a objeção de que ninguém, nem mesmo os oficiais aplicadores do Direito, tem conhecimento de todas as normas e, por essa razão, não há como todas elas serem obrigatórias por terem sido aceitas. De fato, é uma característica marcante do Direito que

[...] o indivíduo é juridicamente obrigado à conduta assim prescrita, mesmo que a representação desta norma jurídica não desencadeie nele qualquer espécie de impulso para essa conduta, sim, mesmo quando ele não tenha qualquer representação da norma jurídica que o obriga (Kelsen, 1998b, p. 81).

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

A isso Hart responde que não é necessária a aceitação de todas as regras de um determinado ordenamento, bastando para que ele exista e suas normas sejam válidas que haja a internalização da regra de reconhecimento (Hart, 2012, p. 103). A validade das regras individualmente consideradas é uma decorrência de elas terem sido produzidas em conformidade com os critérios postos pela regra de reconhecimento. Sendo assim, a coerção permanece como um elemento contingente nos ordenamentos jurídicos, necessário apenas na medida em que assim o faça a condição humana (Hart, 2012, p. 199-200).

A favor desse ponto, é preciso ressaltar, também, o fato de que é mais característico do fenômeno a que chamamos Direito o seu *modus operandi* do que o seu uso da coerção. Os autores coercitivistas citados, em especial Kelsen, poderiam sustentar que é justamente o emprego da coerção que caracteriza o funcionamento do Direito nas várias sociedades onde ele é reconhecido. Entretanto, é precisamente ao considerar o modo como o Direito é praticado que notamos o caráter accidental do emprego da força. Essa, como reconhecido por Kelsen, surge como um modo de motivar nos indivíduos a conduta socialmente desejada. Todavia, não passa disso. A coerção é apenas uma forma de motivação, não a própria conduta socialmente desejada. No entanto, sempre que falamos em Direito e temos em conta a noção subjacente do que deve ser feito, estamos a considerar a conduta socialmente desejada. Logo, parece haver uma inversão quando se identifica o Direito não no elemento da conduta socialmente desejada, mas na técnica que se pretende utilizar para obtê-la.

Aliás, soa até mesmo contraditório o autor situar o Direito no campo do dever ser, querendo significar com isso que uma determinada pessoa deve se comportar de certo modo, e ao mesmo tempo caracterizá-lo como uma técnica social específica de motivação. É verdade que essa contradição desaparece se considerarmos que, na realidade, a proposta de Kelsen é colocar como característico da conduta socialmente desejada o fato de seu descumprimento levar ao dever de aplicar uma sanção que pode inclusive resultar na força sendo empregada contra o indivíduo que não a observar. Porém, mesmo nessa que parece ser a melhor interpretação do autor, a tese coercitivistista não se sustenta, pois é reconhecido por vários autores dessa corrente, inclusive por Austin⁷ e pelo próprio Kelsen⁸, que algumas condutas

⁷ Austin fala em leis imperfeitas por referência àquelas leis que fazem parte do Direito, mas que não possuem sanção. Nas palavras do autor: “uma lei imperfeita (com o sentido no qual o termo é empregado pelos juristas romanos) é uma lei que carece de sanção e que, portanto, não é vinculante. Uma lei declarando que certos atos são crimes, mas não atrelando nenhuma punição para o cometimento desses atos é o mais simples e óbvio

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

podem ser socialmente desejadas, no sentido de serem previstas por normas objetivamente válidas, mesmo que elas sejam destituídas de sanção.

A questão a respeito do que deve ou pode ser feito em determinada comunidade, portanto, não se responde por recurso à identificação das hipóteses nas quais o sujeito deverá e poderá ser sancionado com medidas coercitivas. Uma resposta adequada somente pode ser obtida se se identificar quais condutas são previstas ou permitidas por normas consideradas vinculantes naquela comunidade. Estas, por sua vez, possuem esse caráter pelo fato de serem tidas como válidas nessa da comunidade, sendo que essa validade decorre de terem sido aceitas. A aceitação, ao seu turno, pode ser aceitação da própria norma ou uma aceitação indireta em função de ter sido aceita a norma superior com base na qual essa norma em questão foi produzida. Além disso, a aceitação que torna a norma vinculante não é a aceitação por todos os membros da comunidade, mas a aceitação por parte significativa deles, em especial por aqueles reconhecidos como oficiais aplicadores do Direito. Essa aceitação não precisa ser anunciada, mas, antes, é um reflexo da prática dessa comunidade.

Para aqueles que não aceitam essas normas da comunidade, elas mantêm a sua validade e ainda funcionam como normas pelo fato de serem as normas da comunidade onde essas pessoas vivem ou sobre a qual elas falam. Em outras palavras, essas pessoas têm um interesse prático nessas normas, qualquer quer seja ele, e graças a isso elas funcionam também para essas pessoas como razões para agir de determinado modo em detrimento de outros. Declarações normativas do ponto de vista do Direito, em suma, não dependem necessariamente de o declarante aceitar como válido esse ponto de vista (Raz, 1999, p. 177).

Conseqüentemente, não há nada na natureza das normas jurídicas que as torne dependentes da possibilidade de que atos de força sejam empregados no caso de serem violadas. Sendo assim, devemos conceber como logicamente possível a existência de um Direito não coercitivo sem sermos obrigados a conceder que um tal ordenamento já não seria mais propriamente Direito no sentido como este é correntemente concebido. Basta pensar, por exemplo, que em um tal ordenamento jurídico a restrição geral ao uso da força alcança inclusive suas próprias normas. É dizer, nessa comunidade hipotética, nem mesmo ao Direito

exemplo” (Austin, 1995, p. 32). Tradução livre do original: “An imperfect law (with the sense wherein the term is used by the Roman jurists) is a law which wants a sanction, and which, therefore, is not binding. A law declaring that certain acts are crimes, but annexing no punishment to the commission of acts of the class, is the simplest and most obvious example”.

⁸ Já dissemos anteriormente que Kelsen reconhece essa possibilidade, embora, assim como Austin, não reconheça o caráter obrigatório das condutas assim previstas.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

é dada autorização para empregar a força contra seus membros. As sanções, se é que existiriam, poderiam se limitar apenas ao campo normativo, isto é, alterando o placar normativo dos membros da comunidade ao retirar direitos ou conferir deveres em caso de transgressão das normas. A questão de se essa comunidade hipotética poderia de fato existir é uma questão interessante que envolve ponderações acerca da natureza humana, mas que, contudo, ultrapassam os limites do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação aqui empreendida nos levou a concluir que a coerção não é uma característica necessária do Direito, embora seja um elemento extremamente comum e, porque não dizer, importante nos ordenamentos jurídicos em geral. Está fora de dúvida que as sanções coercitivas desempenham um papel importante na motivação das pessoas para agirem conforme o Direito nas sociedades atuais, e nesse sentido é certamente um fator de eficácia que deve ser considerado no estudo do Direito. O ponto, portanto, não é excluir a apreciação do uso da força no Direito, mas situá-la adequadamente.

Como pontua Mata Machado, a coerção é um direito da sociedade (Mata Machado, 1999, p. 244). Ela serve como um instrumento do Direito para se fazer cumprir e, com isso, fazer cumprir seus propósitos sociais. Com efeito, os sistemas jurídicos têm o importante papel de orientar a conduta e resolver as disputas em dada sociedade. Um meio pelo qual podem fazer isso é através do estabelecimento de atos de força como sanção, posto que o medo do mal pode refrear o impulso de determinados indivíduos de transgredir as prescrições jurídicas.

Além disso, empregando-se a força contida potencialmente em nossa ideia de coerção podem-se fazer cumprir os preceitos do Direito e, com isso, torná-lo exigível. Recorde-se que, para Kelsen, essa é uma das razões pelas quais o Direito deve ser visto como essencialmente coercitivo⁹. Entretanto, como defende Vilella,

[...] A exigibilidade, no sentido de garantia estatal de observância, é, na verdade, um atributo meramente acidental do direito. Reflete, antes, um particular modo de comportar-se a sociedade relativamente a certos valores, a que privilegia com a imposição coativa. Mas, nem esta faz mais jurídico o direito a que é reconhecida, nem torna fundamentalmente menos exigível aquele a que falte. Um direito é

⁹ Kelsen fala que apenas assim as prescrições jurídicas seriam dotadas de substância.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

sempre exigível, enquanto visto em si mesmo. Isto é, resolve-se em prerrogativa que pode ser validamente oposta pelo titular a quem compete o dever de respeitá-lo (Vilella, 1982, p. 19).

Feita essa ressalva e preservado seu caráter instrumental, resta claro que a coerção se presta não só a compelir, mas também a fazer cumprir o Direito. Nesse sentido, o fato de que a coerção é um elemento accidental do Direito não impede que ela seja tomada como objeto de estudo dos juristas e, aliás, pode ser muito proveitoso investigar o modo como ela realiza esses dois papéis anteriormente estabelecidos a fim de lapidar seu uso. Apenas a título de exemplo, podemos pensar no controle do cabimento de astreintes ou na possibilidade de serem concedidas determinadas medidas cautelares atípicas no processo civil à luz das conclusões alcançadas quanto à adequação e à função da coerção em cada caso. Em sentido análogo, podemos também invocar as críticas na seara criminal com relação às visões retributivistas que tradicionalmente fundamentaram a pena. Através do reposicionamento da coerção, torna-se possível também perceber outras funções, em geral, inclusive, mais corretas, para as sanções criminais, e com isso estabelecer uma dosagem mais adequada entre crime e castigo.

Finalmente, situar a coerção adequadamente pelo papel que ela desempenha tem ainda a importante consequência de recolocar em cena e com a devida primazia o papel ético desempenhado pelo Direito. Uma vez que a ordem jurídica não seja mais vista como uma ordem coercitiva da conduta humana, como uma organização da força, pode-se novamente invocá-la como uma ordem para manutenção e promoção da liberdade humana. Inclusive, esse aspecto, por si só, é encarado por alguns autores como argumento para afastar a suposta natureza coercitiva do Direito. Dentre eles, encontra-se Oberdiek, para quem

Nada que tenha em si a capacidade de ser tão profundamente *libertador* como o Direito pode ser necessariamente, universalmente ou por natureza coercitivo. Mesmo nos piores sistemas jurídicos dos governos mais opressores, o potencial libertador do Direito nunca é totalmente suprimido (Oberdiek, 1976, p. 92)¹⁰.

Além desse ponto, o autor, que ao final de sua investigação alcança conclusão semelhante à nossa, ressalta justamente o ponto que estamos tentando firmar: a crença de que o Direito é essencialmente coercitivo gera enganos que obscurecem a verdadeira natureza do fenômeno jurídico e com isso causam algumas perplexidades danosas. Por isso, ainda que a

¹⁰ Tradução livre do original: “Nothing can be necessarily, universally, or by nature coercive which has within it the capacity to be as profoundly *liberating* as law. Even in the worst legal systems of the most oppressive governments, the liberating potential of law is never wholly suppressed”.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

condição humana seja incompatível com uma ordem jurídica livre de sanções coercitivas, é importante assinalar que não se trata de uma associação logicamente necessária para o Direito.

Aliás, embora para os fins deste trabalho, com os parâmetros metodológicos estabelecidos, contentássemos-nos com a conclusão de que é possível um Direito livre de coerção, ainda que dependente de sanções, viu-se que alguns autores, como Raz, vão além e sustentam a possibilidade lógica de um Direito sem sanção. E, a despeito de soar extrema, essa alegação é bastante plausível. Pense-se, por exemplo, em uma sociedade de anjos que são extremamente apegados a suas leis. Mesmo que a mera representação delas fosse suficiente para inspirar obediência, ainda poderia haver problemas para decidir quais valores implementar, quais objetivos perseguir e como resolver suas disputas (Raz, 1999, p. 159-160). Dessa forma, nessa sociedade ainda poderíamos falar em Direito, mesmo que ele não previsse sanções para nenhuma de suas normas, devido à completa inutilidade de um tal recurso.

Apesar de ser um exemplo convincente, não nos sentimos ainda autorizados a concordar com Raz. Como dito, a tese por ele sustentada ultrapassou o escopo do que nos propusemos a investigar e, na ausência de suficiente reflexão sobre a hipótese contrária, é temeroso ceder de imediato ao argumento raziano. Essa limitação, contudo, não nos parece negativa, afinal de contas, abriu-nos as portas para uma nova investigação.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Ed. Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BIX, Brian H. **John Austin**. 2022. Stanford encyclopedia of philosophy. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/austin-john/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oregon: Hart Publishing, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

DIREITO E COERÇÃO: EXISTE DIREITO ONDE NÃO HÁ A POSSIBILIDADE DE USO
DA FORÇA COMO SANÇÃO?

Péricles Alvares Caldeira Brant

KELSEN, Hans. The Law as a Specific Social Technique. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 9, n. 1, p. 75-97, 1941, p. 83. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol9/iss1/5>.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2012.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2019, p. 19 (e-book).

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. **Direito e Coerção**. São Paulo: Unimarco Editora, 1999.

OBERDIEK, Hans. The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 21, n. 1, p. 71-94, 1976.

PRIEL, Dan. Description and Evaluation in Jurisprudence. **Law and Philosophy**, v. 29, n. 6, p. 633-667, 2010.

RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 216.

RAZ, Joseph. Can there be a theory of law? *In*: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William (eds.). **Blackwell guide to philosophy of law and legal theory**. Malden; Oxford; Victoria: Blackwell Publishing, 2004.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1980 (versão digital).

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (*E-book*).

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

VILELLA, João Baptista. Direito, Coerção e Responsabilidade: por uma ordem social não-violenta. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 13-35, 1982.