



Rafaela Gonçalves de Souza

A Teoria da Legislação de Jeremy Bentham

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Adrian Sgarbi

Rio de Janeiro
Março de 2024



Rafaela Gonçalves de Souza

A Teoria da Legislação de Jeremy Bentham

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo:

Prof. Dr. Adrian Sgarbi

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Dr. Noel Struchiner

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Dr. Pedro Chrismann

Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – IBMEC

Rio de Janeiro, 15 de março de 2024

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Rafaela Gonçalves de Souza

Graduada em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA) em 2020. Advogada especialista em Previdência Complementar. Tem interesse nas áreas de Direito Constitucional, Teoria do Direito e Análise Econômica do Direito. Candidata ao título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Ficha Catalográfica

Souza, Rafaela Gonçalves de

A teoria da legislação de Jeremy Bentham / Rafaela Gonçalves de Souza; orientador: Adrian Sgarbi. – 2024.

96 f.: il.; 30 cm

Dissertação (mestrado)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2024.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Teoria da legislação. 3. Jeremy Bentham. 4. Princípio da utilidade. 5. Nomografia. 6. Críticos da teoria de Bentham. I. Sgarbi, Adrian. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Agradeço ao professor Adrian Sgarbi e ao seu projeto Pesquisatec pelas valiosas orientações e por ter me introduzido aos escritos de Jeremy Bentham. Suas lições foram essenciais para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço a todas as amizades que construí ao longo deste período de mestrado, especialmente à Renata e ao Diego. Agradeço também a todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio pelo constante incentivo e pelo crescimento pessoal e acadêmico que me proporcionaram.

À equipe do escritório Santos Bevilaqua, especialmente ao João Marcelo Carvalho, agradeço o ambiente colaborativo e acolhedor. Os desafios enfrentados e os aprendizados obtidos foram fundamentais para meu desenvolvimento profissional e acadêmico.

Agradeço também à minha mãe Gisele, cujo apoio e sacrifícios tornaram possível cada conquista, à minha irmã Rayanne e ao meu cunhado Marco, que me incentivaram a ingressar nessa jornada desafiadora de crescimento que é o mestrado.

Um agradecimento especial à minha irmã Allana, que diariamente alegra o meu dia e me ensina a importância da presença de valores fundamentais em nossas vidas, sobretudo persistência, força e coragem.

Por último, mas não menos importante, agradeço à CAPES pelo auxílio de bolsa de estudos que me foi concedida.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Resumo

Souza, Rafaela Gonçalves de; Sgarbi, Adrian. **A Teoria da Legislação de Jeremy Bentham**. Rio de Janeiro, 2024. p. 96. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Esta dissertação tem como objetivo a análise e exposição da teoria da legislação de Jeremy Bentham, configurando-se como um recorte metodológico e uma análise eminentemente autoral. Na primeira parte, examina-se a origem dos elementos materiais de sua teoria, destacando seu debate com William Blackstone à luz do Princípio da Utilidade. A segunda parte aborda a sua proposta relacionada aos aspectos formais e estruturais das leis, apresentando a Nomografia de Bentham como uma consolidação de regras para prevenir defeitos nos textos legislativos. A terceira parte abrange críticas feitas por alguns autores à teoria de Bentham. A conclusão tentará demonstrar os pontos positivos e negativos da teoria benthamiana, dando encerramento do trabalho.

Palavras-chave

Teoria da Legislação; Jeremy Bentham; Princípio da Utilidade; Nomografia; Críticos da Teoria de Bentham.

Abstract

Souza, Rafaela Gonçalves de; Sgarbi, Adrian. **A Teoria da Legislação de Jeremy Bentham**. Rio de Janeiro, 2024. p. 96. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The present work has as its main purpose to analyze and expose Jeremy Bentham's theory of legislation, constituting a methodological cut and an authorial analysis. In the first part, the origin of the material elements of his theory is examined, highlighting his debate with William Blackstone in the light of the principle of utility. The second part addresses his proposal related to the formal and structural aspects of laws, presenting Bentham's Nomography as a consolidation of rules to prevent defects in legislative texts. The third part encompasses criticisms made by some authors of Bentham's theory. The conclusion will attempt to demonstrate the positive and negative topics in Bentham's theory, providing closure to the research.

Keywords

Theory of Legislation; Jeremy Bentham; Principle of Utility; Nomography; Critics of Bentham's Theory.

Sumário

Introdução	8
1. Definição e Contextualização do Conteúdo das Leis	14
1.1 Debate entre Jeremy Bentham e William Blackstone	15
1.1.1 Fundamento da obediência e o poder soberano	19
1.1.2 O Princípio da Utilidade como fundamento para a obediência às leis	22
1.2 Limites e Alcance da Legislação	28
1.2.1 Interseção entre lei e moralidade.....	28
1.2.2 Fontes motivacionais para a obediência às leis.....	31
1.3 Bentham e a Codificação das Leis.....	36
1.3.1 Críticas aos sistemas jurídicos tradicionais	38
1.3.2 Simplificação e clareza na legislação	40
2. Análise da Forma e Estrutura das Leis.....	42
2.1 Considerações sobre Leis em Geral	42
2.1.1 A estruturação formal das leis.....	42
2.1.2 Comparação entre leis principais e subsidiárias.....	44
2.2 Distinção entre qualidades essenciais e secundárias das leis.....	47
3. Nomografia: Aperfeiçoamento da Estrutura das Leis	52
3.1 Identificação de vícios na estrutura das leis.....	53
3.1.1 Ambiguidade e suas consequências.....	55
3.1.2 Obscuridade e impacto na aplicação das leis.....	57
3.1.3 Desafios do tamanho desarrazado das leis	60
3.2 Estratégias de correção dos vícios identificados.....	62
3.2.1 Regras gerais para mitigação dos vícios identificados	62
3.2.2 Mitigações da ambiguidade e da obscuridade.....	65
3.2.3 Adequação do tamanho das leis	68
4. Críticos de Bentham.....	71
4.2 William Whewell	71
4.2 H.L. A. Hart	78
4.3 Wesley C. Mitchell.....	83
5. Considerações Finais	90
6. Referências	94

Lista de Tabelas

Debate entre Jeremy Bentham e William Blackstone	19
Relação entre Defeitos de Primeira e Segunda Ordem	54

Introdução

Imagine que você está em uma sala de controle do metrô da Central do Brasil, no Rio de Janeiro, responsável por monitorar e garantir a segurança do sistema, quando, de repente, percebe que há um trem desgovernado e em alta velocidade na linha 1, indo em direção a um trecho onde cinco trabalhadores da empresa estão fazendo reparos na via. Imediatamente, você nota que se nada for feito, esses trabalhadores certamente serão atingidos e mortos.

No entanto, você, na condição de controlador do trem, possui a prerrogativa de acionar um desvio que levaria o referido trem para a linha 2, onde há apenas um trabalhador solitário. Nesse caso, se você intervier, somente um trabalhador seria sacrificado para salvar os outros cinco. Se essa fosse a escolha crucial que você precisasse fazer, qual você escolheria?

Esta narrativa decorre do clássico “dilema do bonde”, no qual ilustra uma situação ética relacionada à escolha entre ação e inação, sacrificando vidas humanas em detrimento de outras, considerando que o indivíduo, na condição de operador da via, pode alterar o destino do trem desgovernado. Se o operador não fizer nada, cinco trabalhadores da empresa serão mortos, ao passo que caso seja decidido acionar o desvio para a linha 2, o operador escolherá ativamente sacrificar a vida de um trabalhador para salvar os outros cinco.

É justamente neste tipo de dilema ético que Jeremy Bentham costuma ser invocado por estudiosos da filosofia moral. Para o filósofo inglês, o operador deve acionar o desvio, e assim, alcançar a felicidade ao maior número de pessoas possível. Por outro lado, há outras correntes que discordam dessa abordagem, defendendo que, à luz da inviolabilidade da dignidade humana, não poder-se-ia tomar a decisão de tirar a vida de um indivíduo intencionalmente, ainda que o resultado final fosse salvar o maior número de pessoas.

Todavia, em que pese a frequente invocação de Bentham nesse tipo de dilema na filosofia moral, o autor inglês inegavelmente se dedicou sobre variados temas. Escreveu sobre filosofia moral, na qual nasceu o Princípio da Utilidade, axioma de todo o seu pensamento, a teoria da punição e ao desenvolvimento do panóptico, lógica e linguagem, religião, artes, educação, sexualidade, e sobretudo ao estudo da legislação, sendo, este último, o objeto de estudo da presente pesquisa.

Bentham iniciou a elaboração de sua teoria da legislação desde a sua primeira obra *Um Fragmento Sobre o Governo* (1776), que já contava com algumas disposições acerca de elaboração de leis; e permaneceu seis décadas se dedicando ao tema, sendo as principais publicadas ainda em vida, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (1789); e seus sete tomos em *Tratados da Legislação Civil e Penal*, publicado pela primeira vez em Paris, em 1802.

Porém, há outros escritos de Bentham, que fazem parte da composição de onze volumes¹, que foram publicados após sua morte, por meio de seu editor literário John Bowring². Trata-se de alguns textos escritos pelo próprio Bentham, e outros que, apesar de escritos originalmente por ele, posteriormente foram editados por vários de seus discípulos.

Dentre essa volumosa coleção, destaca-se a terceira obra, intitulada *Nomografia*, na qual os escritos evidenciam um discurso teórico de Bentham mais maduro e aperfeiçoado em relação à forma e estrutura das leis. Nessa obra, o autor apresenta explicitamente um conjunto de regras a serem observadas pelo legislador para a elaboração de textos normativos.

É importante ressaltar, contudo, que na década de 1930, as obras da edição de Bowring³ começaram a perder credibilidade devido a diversos equívocos de escrita, o que poderia resultar em divergências de interpretações acerca das fiéis intenções de Bentham⁴. Diante dessa questão, no final da década de 1950, a Universidade College London, detentora de cerca de 60.000 documentos manuscritos de Bentham, instituiu um comitê para abordar o tema e supervisionar uma nova edição sob a direção de J.H. Bruns.

¹ Todos os volumes encontram-se disponíveis, em domínio público, no sítio eletrônico da Oll Liberty Fund.

² Sobre esse ponto, a *The North American Review* acrescenta que M. Dumont vasculhou o depósito inesgotável de fragmentos de Bentham e reuniu as partes dispersas, conforme lhe parecia, de sistemas de ética e legislação, nos quais, no entanto, ele mesmo supriu muitas deficiências. Mr. Bowring, como executor de Mr. Bentham, sucedeu M. Dumont no trabalho de dar simetria aos exemplares de seu testador; mas sua tarefa é mais árdua, pois, em vez de ter partes finalizadas e meio-finalizadas para completar e unir, ele tem pouco mais do que meros esboços, rudimentos e sugestões, dos quais deve criar sistemas inteiros, como Bentham talvez tivesse construído se tivesse vivido o suficiente. (SPARKS et al., 1840).

³ Thomas Peardon expressa que (...) poucos homens foram tão mal servidos por seus executores literários quanto Bentham. Bowring escolheu mal seus editores, deu-lhes supervisão incompetente e coroou seus pecados lançando o produto acabado em onze volumes de páginas de duas colunas de letra muito pequena. É um dos crimes intelectuais do século XIX que muitos dos livros de Bentham devam fazer enterrados na sombria coleção de Bowring. (PAREKH, 1974, pg. 171, tradução nossa).

Atualmente, o "Projeto Bentham" é conduzido sob a direção de Phillip Shoefield, com a perspectiva de, a longo prazo, substituir integralmente as versões anteriormente editadas por Bowring, visando a aprimorar a fidelidade e confiabilidade dos textos de Bentham e, assim, assegurar uma interpretação mais precisa e consistente das ideias do autor.

Somando-se a este conjunto de obras, Bentham também escreveu *Leis em Geral*, cuja obra foi redigida por ele, mas nunca publicada durante sua vida. A obra foi encontrada, postumamente, em uma biblioteca da Universidade de Londres, tendo sido publicada pela primeira vez por C.W. Everett em 1945 e posteriormente, em 1970, por H.L.A. Hart⁵. Todas as mencionadas obras possuem um ponto em comum, qual seja, abordam a sua teoria da legislação.

Sabe-se que o estudo sobre a elaboração de leis possui vasto histórico teórico, podendo se recordar de alguns autores que trabalharam sobre o tema, tais como Platão, que dedicou cinco décadas escrevendo *As leis* (437 a.C); Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis* (1748); Gaetano Filangieri, que escreveu doze volumes de *A ciência da legislação* (entre 1780 e 1785); Friedrich Savigny, autor de *Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência* (1814), e de oito volumes de *Sistema do Direito Romano Atual* (1840 a 1849).

Observa-se, portanto, que a preocupação sobre como fazer leis melhores esteve em obras de diversos autores, mas foi especificamente Jeremy Bentham que tratou de desenvolver uma teoria da legislação pormenorizada e sistematizada⁶. Ao considerar o conteúdo de suas obras sobre o tema, podemos identificar duas perspectivas fundamentais em sua abordagem: as leis em sentido material/substancial, que se refere à parte responsável por expressar o seu conteúdo; e as leis em sentido formal/estrutural, que

⁵ Sobre essa obra, Hart expressou que, “se fosse conhecida no século XIX, o curso da jurisprudência inglesa teria significativamente caminhado para melhor. Apesar da incontestável relevância da obra para o estudo da legislação, a edição de Hart contém mais de mil erros de transcrição, o que obrigou a publicação posterior de uma errata sobre os erros em questão” (SCHOFIELD, 2009, p. 39, tradução nossa).

⁶ Segundo Wesley Mitchell, o que distinguia Bentham de outros utilitaristas, o que o tornou líder de uma escola, e o que mantém seu trabalho instrutivo até hoje, foi seu esforço para introduzir um método exato em todas as discussões sobre utilidade. Ele buscou transformar a legislação, a economia e a ética em verdadeiras ciências. Seus contemporâneos contentavam-se em falar sobre utilidade de maneira geral; Bentham insistia em medir utilidades específicas - ou melhor, os prazeres líquidos sobre os quais as utilidades repousam. (MITCHELL, 1918, pg. 161, tradução nossa).

consiste nos sinais pelos quais esses conteúdos são significados, ou seja, as palavras e a combinação de palavras utilizadas para expressá-los.

O conjunto da teoria da legislação desenvolvida por Bentham não se encontra exposta de modo unificado em nenhuma de sua obra. Sua abordagem ocorre em diversos de seus escritos, por vezes até mesmo de maneira fracionária, isto é, apresentando-se, isoladamente, em determinados capítulos. Até onde se sabe, não há registro nacional de uma análise que buscou organizar seus escritos sobre a legislação, sobretudo quanto a estrutura e forma das leis.

A finalidade deste trabalho consiste justamente em proporcionar ao leitor a possibilidade de conhecer a teoria da legislação escrita por Bentham, um autor tão importante e reconhecido no ramo da filosofia moral, mas que seus escritos quanto à teoria da legislação são desconhecidos no debate teórico brasileiro⁷.

Para alcançar este propósito, o presente trabalho se desenvolverá de modo descritivo, com base predominantemente na literatura primária, isto é, em obras produzidas pelo próprio Bentham, com eventuais auxílios, quando pertinente, de obras secundárias.

Este trabalho é dividido em três partes. A primeira, correspondente ao primeiro capítulo, consiste em analisar a teoria da legislação de Bentham à luz do Princípio da Utilidade, por meio da identificação dos elementos materiais ou substanciais que o teórico inglês considerava indispensável para o conteúdo das leis. Sua finalidade é trazer uma base teórica para apresentar-se, posteriormente, a teoria da legislação sob aspecto formal/estrutural.

A segunda parte, composta pelo segundo e terceiro capítulo, se dedica a expor a teoria da legislação de Bentham à luz da forma e estrutura das leis. Para tanto, o tema será introduzido, no segundo capítulo, a partir, predominantemente, das obras *Leis em Geral* e *Tratados da Legislação Civil e Penal*. O terceiro capítulo, por sua vez, tratará da

⁷ Há outros trabalhos acadêmicos sobre a teoria da legislação de Bentham produzido no Brasil, como por exemplo a dissertação de mestrado intitulada “Técnica legislativa e linguagem”, produzida por Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida e o artigo acadêmico intitulado “Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis”, produzido por Natasha Schmitt Caccia Salinas, no entanto, esta dissertação dedica-se a consolidar a teoria da legislação de Bentham, oportunizando ao leitor de familiarizar-se com a relevante teoria da legislação desse ilustre autor, cujas contribuições sobre o tema permanecem pouco exploradas no cenário teórico brasileiro.

consolidação das regras de forma e estruturação da legislação, que se encontram consolidadas na obra *Nomografia*.

Já na terceira e última parte, correspondente ao quarto capítulo, serão examinadas as críticas formuladas por William Whewell, H.L.A. Hart e Wesley C. Mitchell. Esses autores enfrentaram os conceitos de soberania, moralidade das leis e aplicabilidade do “cálculo da felicidade”, os quais constituem partes fundamentais da teoria da legislação de Bentham. O objetivo é evidenciar que, embora esses críticos tenham apresentado argumentos válidos, existem pontos na teoria de Bentham que permanecem pertinentes, fornecendo valiosas lições para legisladores na elaboração de leis, maximizando a compreensão de seu conteúdo pela sociedade.

1.

Definição e Contextualização do Conteúdo das Leis

A teoria da legislação de Jeremy Bentham consiste em um conjunto de princípios, regras filosóficas e jurídicas desenvolvidas no final do século XVIII e início do século XIX, cuja finalidade se baseava na ideia de que a legislação deveria ser pensada para promover a felicidade ao maior número de pessoas possível na sociedade, por meio da maximização do prazer e diminuição da dor. Pode-se dizer que essa finalidade é observada sob o aspecto material ou substancial da teoria em questão.

Por outro lado, para alcançar esse objetivo, o filósofo inglês defendeu a transparência, simplicidade e coerência na legislação. Assim, para que a alcançassem sua finalidade material, Bentham acreditava que as leis deveriam ser escritas de forma clara e compreensível para todos, sem ambiguidades ou complexidades. Portanto, é possível dizer que essa segunda parte trata do aspecto formal ou estrutural de sua teoria sobre legislação⁸.

Com o objetivo de identificar a base principiológica do pensamento de Bentham sobre legislação, exploraremos, nos próximos subtópicos, o aspecto material/substancial das leis. Nessa análise, abordaremos as teorias que se debruçam sobre os fundamentos de obediência das leis, com foco específico no Princípio da Utilidade em contraposição à teoria do contrato original fictício. Além disso, será abordada a compreensão do autor inglês sobre a relação entre moralidade e legislação e a codificação das leis.

Considerando que a base da teoria da legislação de Bentham está diretamente relacionada aos seus fundamentos sobre o conteúdo das leis, compreender esse ponto nos auxiliará a identificar as raízes teóricas que sustentam a visão do filósofo sobre a legislação, as quais fundamentam, posteriormente, as regras referentes aos aspectos formais/estruturais das leis.

⁸ Postema, 2019, p. 421.

1.1.

Debate entre Jeremy Bentham e William Blackstone

Jeremy Bentham nasceu em Londres no dia 15 de fevereiro de 1748, época em que o Iluminismo já tomava conta da Europa⁹, e faleceu na mesma cidade, no dia 6 de junho de 1832. Durante sua infância, seu pai, advogado Jeremiah Bentham, o incentivou a estudar grego, latim, música, desenho e dança, e com intuito de que seu filho também caminhasse para uma carreira jurídica, em outubro de 1760, Jeremiah enviou seu filho, Bentham, aos doze anos de idade, para o Queens College, em Oxford, tendo lá se tornado bacharel em direito em outubro de 1763¹⁰.

Em novembro do mesmo ano, Bentham ingressou no Lincoln's Inn, um dos alojamentos da Corte Judicial britânica destinado a receber novos advogados para a prática jurídica, local onde passou anos estudando direito, sobretudo o direito inglês. Nesta época, ele retornou a Oxford para assistir palestras de William Blackstone, que por sua vez, era um grande defensor do Common Law, sistema jurídico contra o qual Bentham se opôs desde sua primeira obra até o fim de sua vida¹¹.

Sobre esse ponto, Adrian Sgarbi leciona que:

(...) a Inglaterra, nos fins do século XVIII, tinha em William Blackstone a representação do domínio do gênero jusnaturalismo racionalismo. Para Blackstone as normas criadas pelas autoridades apenas eram jurídicas se derivassem do que chamava de princípios do direito natural cuja percepção se dava pelo uso da própria razão humana. (SGARBI, 2007, p. 140).

As palestras e as aulas sobre o direito inglês que Blackstone lecionava fizeram com que ele alcançasse grande êxito em sua carreira acadêmica, lhe rendendo, então, a publicação da obra *Comentários Sobre as Leis da Inglaterra*¹², que imediatamente se tornou um sucesso doutrinário sobre o direito inglês¹³.

⁹ Mota, 2012, p. 283.

¹⁰ Atkinson, 1905, p. 13.

¹¹ Ibidem, p. 17.

¹² Blackstone publicou a obra "*Commentaries on the Laws of England*" entre os anos de 1765 e 1769.

¹³ Ibidem.

Sobre essa obra David Lieberman nos diz que:

A Inglaterra no século XVIII testemunhou a composição de um único grande clássico do direito que eclipsou todas as outras escritas legais contemporâneas, os Comentários sobre as Leis da Inglaterra, de Sir William Blackstone. "Diz-se", relatou um dos editores do século XIX de Blackstone, "que esta obra... é a mais valiosa que já foi fornecida ao público pelo trabalho de qualquer indivíduo." Segundo Maitland, em um período de quinhentos anos, apenas dois juristas foram capazes de produzir uma declaração sintética completa do direito na Inglaterra: Bracton e Sir William Blackstone. O feito dos Comentários foi tão avassalador que a criação literária quase consumiu a identidade de seu autor. Assim, Blackstone era mencionado em inúmeros tratados de direito e em Westminster Hall simplesmente como "o erudito Comentarista das Leis da Inglaterra". (LIEBERMAN, 2002, p. 31, tradução nossa).

Os Comentários de Blackstone logo se tornaram alvo de Bentham, que despendeu todos os esforços, em seu primeiro texto escrito e publicado, *Um Fragmento Sobre o Governo*, para demonstrar que a doutrina de Blackstone seria inconsistente e inapropriada na exposição do direito inglês. Nessa obra, em que se discute a natureza do poder político e do governo, o filósofo inglês defendia que alguns posicionamentos de Blackstone consistiam em falácias, sobretudo em relação aos direitos naturais¹⁴.

Assim, já em *Um Fragmento sobre o Governo*, Bentham defendeu a necessidade de uma reforma completa do governo e do sistema político britânico, introduzindo, pela primeira vez, a ideia de utilidade como princípio norteador do governo, defendendo que as instituições deveriam ser criadas e organizadas com base na maximização do bem-estar e da felicidade do maior número possível de pessoas, conforme veremos mais adiante¹⁵.

Nesse sentido, Adrian Sgarbi leciona que:

Exatamente por isso Bentham se insurge contra essa posição afirmando ser o direito instrumento criado pelos seres humanos para a consecução de determinados objetivos, objetivos que Bentham compreendia como estabelecidos pelo princípio da utilidade: a construção do edifício da felicidade através da razão e da lei (...) (SGARBI, 2007, p. 140).

¹⁴ Bentham, 2010, p. 93.

¹⁵ Ibidem, p. 95.

Os teóricos ingleses em questão discordavam quanto ao papel dos juízes. Blackstone acreditava que os juízes deveriam interpretar a lei à luz dos princípios da lei natural e deveriam se esforçar para manter a consistência com a tradição do Common Law. Bentham, por sua vez, defendia que os magistrados deveriam ser guiados pelo Princípio da Utilidade, ou seja, interpretar a lei de forma a promover a maior felicidade para o maior número de pessoas¹⁶.

Influenciado pelo direito natural, Blackstone acreditava, ainda, que o direito penal deveria ser usado para punir irregularidades e defender os valores morais da sociedade, e que a punição deveria ser proporcional à gravidade do crime e baseada nos princípios da lei natural. Por outro lado, Bentham, à luz do Princípio da Utilidade, defendia que o objetivo principal do direito penal deveria ser prevenir a criminalidade (e não somente punir condutas passadas), e que a punição deveria ser proporcional ao dano causado¹⁷.

Ao criticar os escritos de Blackstone sobre o Common Law, Bentham propôs uma distinção entre a doutrina expositiva e crítica. A expositiva "nos explica o que, como ele supõe, é a Lei", ocupa-se principalmente em "afirmar, ou em indagar sobre fatos", e mostra "o que o legislador e seu subordinado, o juiz, já fizeram"¹⁸.

Por outro lado, a crítica "nos observa o que ele pensa que [ou seja, a lei] deveria ser", ocupa-se em "discutir razões" e "sugere o que o legislador deveria fazer no futuro". A doutrina crítica lida em grande parte com afetos e expressa julgamentos ou sentimentos de aprovação ou desaprovação; ele se dirige, ou busca influenciar, a faculdade volitiva. O expositor, no entanto, aplica-se à faculdade intelectual, ou seja, a compreensão, e utiliza as faculdades de "apreensão, memória e julgamento"¹⁹.

Assim, em relação à teoria da legislação de Bentham, pode-se destacar duas principais críticas por ele formuladas, sendo elas:

- (i) Teoria do contrato social como fundamento do poder soberano: Bentham sustentava que o poder soberano não poderia ser justificado com base em um contrato histórico, que sequer possuía existência no mundo real. Para Bentham,

¹⁶ Bentham, 1979, p.4.

¹⁷ Ibidem, p. 66.

¹⁸ Zhai, 2013, p. 146.

¹⁹ Ibidem.

tratava-se, portanto, de mera ficção. O poder soberano jamais poderia ter como fundamento uma ficção. Sobre esse ponto, voltaremos nele nos subtópicos seguintes²⁰; e

(ii) Metodologia adotada nos Comentários. Bentham defendia que Blackstone não teria distinguido corretamente a lei como ela é (papel descritivo ou expositivo) e como ela deveria ser (papel crítico ou prescritivo)²¹, o que acarretava uma falsa sensação de que a lei que existia na Inglaterra era perfeita em seus exatos termos, razão pela qual não necessitaria de nenhuma reforma legislativa²².

Em que pese o *Um Fragmento Sobre o Governo* tenha sido um contraposto declarado aos Comentários de Blackstone, não seria adequado resumi-lo como sendo uma obra dedicada somente à formulação de críticas sobre uma doutrina de direito. Para a carreira de Bentham, essa obra significou muito mais do que isso, considerando que no texto são abordados diversos conceitos relevantes que foram desenvolvidos com mais detalhe ao longo de sua carreira²³.

Além disso, ao distinguir a lei como ela é e a lei como deveria ser, defender que os fundamentos de um sistema jurídico deveriam ser descritos nos termos moralmente neutros de um hábito geral de obediência, Bentham inaugurou uma longa tradição positivista na teoria do direito, a qual persistiu por meio de diversos discípulos²⁴.

Tais considerações são necessárias a fim de compreender o antagonismo existente entre ambos os teóricos. Pode-se esquematizar as diferenças demonstradas acima por meio do seguinte quadro explicativo:

²⁰ Hart, 1982, p. 43.

²¹ Sgarbi, 2020, p. 2.

²² Ibidem, p. 41.

²³ Sobre esse ponto, Hart ressalta que: (...) toda obra [Um Fragmento Sobre o Governo] está repleta do pensamento de Bentham e pode ser considerada como a primeira versão publicada de muitas de suas ideias principais. (HART, 1982, 43, tradução nossa).

²⁴ Ibidem, p. 53.

DEBATE	
Jeremy Bentham	William Blackstone
Origem da lei: positivismo jurídico, ou seja, lei é criada por humanos e deveria ser baseada na utilidade social, ao invés de princípios abstratos.	Origem da lei: direito natural, ou seja, certos direitos e princípios morais são inerentes à natureza humana e devem ser refletidos na lei.
Papel dos juízes: devem ser guiados pelo Princípio da Utilidade e deveriam interpretar a lei de forma a promover a maior felicidade para o maior número de pessoas.	Papel dos juízes: interpretar a lei à luz dos princípios da lei natural e deveriam se esforçar para manter a consistência com a tradição do Common Law.
Direito penal e punição: o objetivo principal do direito penal consiste em prevenir condutas criminosas, e não somente punir condutas já praticadas, e que a punição deveria ser proporcional ao dano causado.	Direito penal e punição: deveria ser usado para punir irregularidades e defender os valores morais da sociedade, por meio de punição proporcional à gravidade do crime e baseada nos princípios da lei natural.

Fonte: elaborado pela autora.

1.1.1.

Fundamento da obediência e o poder soberano

No primeiro capítulo do *Um Fragmento Sobre o Governo*, Bentham critica o uso dos termos “estado de natureza” e “sociedade” e “contrato social” empregados por Blackstone, argumentando que o professor de Oxford não soube distingui-los da forma adequada²⁵. Em suas observações, Bentham destaca que, em algumas ocasiões, Blackstone os utilizou como sinônimos, enquanto em outras, os empregou como

²⁵ Vejamos que nesse primeiro momento Bentham já manifestava suas observações sobre forma e estrutura textuais. Ao longo do texto o filósofo inglês, inclusive, acusa Blackstone de ter escrito de forma ambígua, obscura e contraditória para explicar a origem do governo, defeitos os quais, mais tarde, Bentham expressamente declara que deve ser evitado nos textos legislativos, conforme veremos no terceiro capítulo deste trabalho.

conceitos opostos²⁶.

Para fundamentar sua crítica, Bentham formula o conceito de sociedade política, nos seguintes termos:

A ideia de uma sociedade natural é negativa. A ideia de uma sociedade política é positiva. Com este último, portanto, teríamos que começar. Quando se diz que algumas pessoas (que podemos chamar de súditos) têm o hábito de obedecer a uma pessoa, ou um grupo (que podemos chamar de governador ou governadores) tais pessoas juntas (súditos e governadores) estão em um estado de sociedade política. (BENTHAM, 2010, p. 62, tradução nossa).

E em seguida nos apresenta o conceito de sociedade natural:

A ideia de um estado natural da sociedade é, como já dissemos, negativa. Quando se supõe que algumas pessoas têm o hábito de se relacionar umas com as outras, ao mesmo tempo em que não têm o hábito mencionado acima, diz-se que estão em um estado de sociedade natural (BENTHAM, 2010, p. 62, tradução nossa).

Portanto, segundo Bentham, o que difere a sociedade natural da sociedade política, em princípio, seria o hábito de obediência dos súditos com relação aos soberanos. Na primeira (sociedade natural), não há hábito de obediência, ao passo que na segunda (sociedade política) este hábito já se encontra presente. Assim, na sociedade política, para que qualquer parte obedeça deve haver outra parte que é obedecida²⁷.

É justamente nesta relação entre súditos e soberanos que Bentham e Blackstone constroem teorias distintas acerca da legitimidade do poder político. Isso porque para Blackstone o poder soberano consiste na figura do monarca, que governa em nome de Deus e detém a autoridade absoluta sobre os súditos.

Segundo Blackstone, à luz do direito natural, o poder soberano era uma manifestação da vontade divina, e o monarca era o representante máximo desse poder, tendo direito a tomar decisões e impor leis sem a necessidade de consulta ou aprovação popular.

²⁶ Bentham, 2010, p. 61.

²⁷ Ibidem, p. 63.

Por outro lado, Bentham rechaçava totalmente esse tipo de legitimidade política, defendendo que o poder não residiria no monarca ou em entidades divinas, mas sim na sociedade. Ele sustentava que o poder soberano seria uma prerrogativa do povo, à luz do Princípio da Utilidade, que será detalhado no subtópico seguinte.

Assim, Bentham defendia que somente o povo, por ser capaz de prever suas próprias necessidades, deveria exercer esse poder, possibilitando um governo voltado para o benefício da maioria e, conseqüentemente, buscando alcançar a máxima felicidade para o maior número de pessoas possível. Essa perspectiva ressalta a centralidade do povo como detentor legítimo do poder político e enfatiza a importância de uma governança orientada para o bem comum.

Em suma, ao passo que Blackstone acreditava que o poder soberano pertencia ao monarca, Bentham acreditava que o poder político deveria estar nas mãos da sociedade, e ser exercido em prol da sociedade, atendendo, portanto, ao Princípio da Utilidade.

Isso não significa que Bentham era contra a existência da figura do Estado. O filósofo inglês, na verdade, defendia que a figura do Estado era necessária para a existência do legislador, considerando que em virtude da característica individualista e egoísta da natureza humana, somente por meio do Estado seria possível captar e atender os anseios ao maior número possível de pessoas integrantes da sociedade.

Essa distinção teórica acerca da titularidade do poder soberano se faz relevante para entendermos a fundamentação sobre a eficácia da legislação. Assim, pergunta-se: por que devemos obedecer às leis? Sobre este ponto, Bentham e Blackstone vão nos oferecer motivos distintos o cumprimento da legislação.

Blackstone se fundamenta na teoria do contrato original²⁸, ou seja, na existência de um acordo ou contrato tácito entre os indivíduos que compõem a sociedade e o Estado, no qual os indivíduos se submetem à autoridade do monarca em troca da proteção e da segurança oferecida pelo Estado. Por essa razão, Blackstone entende que o povo deve obedecer às leis por uma simples questão de promessa, decorrente desse contrato original, mesmo que não seja benéfico para a sociedade.

²⁸ Sobre esse ponto, embora Blackstone reconhecesse que o contrato original se tratava de uma ficção, ele entendia que esta teoria era necessária para fundamentar a obediência dos indivíduos ao governo, uma vez que neste contrato os súditos prometem obedecer ao governo (BENTHAM, 2010, p. 82).

Já Bentham, partindo do pressuposto que a legitimidade do poder político pertence ao povo, defendeu que o que deveria fazer o povo obedecer às leis não seria um mero contrato fictício, mas sim as sensações de prazer e dor. Ou seja, para Bentham, o efetivo cumprimento da legislação estava relacionado com a vontade do povo em maximizar seu prazer e diminuir suas dores²⁹.

Assim, segundo Bentham, caso o povo experimentasse um governo desfavorável aos seus anseios, com produção de leis insatisfatórias e dolorosas, certamente a existência de um contrato original fictício não seria o bastante manter o hábito de obediência do povo ao governo. O povo somente obedeceria às leis se constatassem benefício em cumpri-la.

Embora o filósofo inglês reconheça que o contrato original já tenha sido, em alguma época relevante para a produção de diversos trabalhos acadêmicos pertinentes que tentaram justificar a formação do Estado, ele deixa claro que a “temporada da ficção já acabou”, considerando que sua adoção não traria, agora, qualquer utilidade para o avançando da humanidade³⁰.

Logo, Bentham descarta a ideia do contrato original como justificativa para o cumprimento das leis. Ele nos propõe, então, um outro fundamento, baseado no prazer e na dor, em contraposto ao princípio de promessa decorrente do contrato original. Bentham nos apresenta o Princípio da Utilidade como fundamento do cumprimento da legislação pelo povo, que por sua vez, é o verdadeiro detentor do poder soberano da sociedade.

1.1.2.

O Princípio da Utilidade como fundamento para a obediência às leis

O Princípio da Utilidade, também conhecido como utilitarismo³¹, defendido por Bentham, sustenta que a legislação deveria ser baseada na busca pelo maior bem-estar possível para o maior número de pessoas da sociedade. Assim, a utilidade seria o critério mais importante, senão o único, para dirigir as condutas humanas e a legislação, e que a

²⁹ Ibidem, p. 92.

³⁰ Ibidem, p. 84.

³¹ Driver, 2022, p.1

maximização da felicidade deveria ser o objetivo principal da sociedade³².

Como visto no subtópico anterior, o Princípio da Utilidade, invocado pela primeira vez logo na primeira obra de Bentham, à luz da busca pelo prazer e diminuição da dor, seria o verdadeiro fundamento da obediência da sociedade à legislação. Portanto, para Bentham, a promessa de obediência do povo, oriunda do contrato original, não seria o suficiente para garantir a eficiência das leis.

Desse modo, conclui Bentham:

Agora, esse outro princípio que ainda nos é recorrente, que outro princípio pode ser senão o princípio da utilidade? O princípio que nos fornece essa razão, que não depende apenas de qualquer razão maior, mas é em si a única e suficiente razão completa em todas as questões de prática, sejam elas quais forem.” (BENTHAM, 1979, p. 95).

Posteriormente, o Princípio da Utilidade foi mais bem explorado pelo filósofo inglês em sua segunda obra, publicada em 1789, denominada *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Não há dúvidas que a afirmação mais citada do livro por todos os estudiosos de Bentham consiste justamente na primeira fase da obra, a qual define, desde já, o princípio em questão. Vejamos:

A natureza colocou a humanidade sob o domínio de dois mestres soberanos, dor e prazer. Cabem a eles sozinhos indicarem o que devemos fazer, bem como determinar o que faremos. Por um lado, o padrão do certo e errado, por outro, a cadeia de causas e efeitos, estão presos ao seu trono. Portanto, para saber o que os homens farão, para dizer o que deveriam fazer ou avaliar o que fizeram, é preciso ser capaz de medir a quantidade de prazer ou dor. Como essas medições podem ser feitas? (BENTHAM, 1979, p. 3).

Da leitura desta colocação feita por Bentham, pode-se extrair que os senhores soberanos (a dor e o prazer) seriam os responsáveis por dirigir as condutas humanas, tanto na vida privada quanto na vida em sociedade, bem como indicariam “o padrão do certo e do errado”. Desse modo, conclui-se que os senhores soberanos constituem um instrumento da ética, apontando o que cada pessoa deve fazer, como deve agir. Ou seja, a

³² Schofield, 2009, p. 24.

ética está diretamente relacionada com a vontade do humano em maximizar o prazer e diminuir a dor, desejos os quais se encontram na raiz de toda ação humana³³.

Schofield afirma que a preocupação de Bentham nesta obra era explicar ao legislador como a tarefa de promover a maior felicidade da sociedade sob sua jurisdição poderia ser realizada, pois as ações do legislador deveriam ser guiadas pelo Princípio da Utilidade, uma vez que “o legislador precisava reconhecer que o prazer e a isenção de dor constituíam tanto os fins da ação quanto os motivos para a ação”³⁴.

Parekh³⁵ esclarece que em um ensaio sobre utilitarismo escrito por Bentham por volta de junho de 1829³⁶, o autor inglês admitiu que, embora a fórmula da maior felicidade do maior número tenha "superficialmente" as qualidades de "clareza e correção", ela tem "fundamentalmente as qualidades opostas".

Para melhor compreendemos essa autocrítica de Bentham, tomemos o exemplo levantado por Bhikhu Parekh³⁷: imagine uma comunidade de quatro mil e um homens entre os quais o estoque de felicidade está mais ou menos igualmente dividido. Bentham argumenta que se os meios de felicidade, como a propriedade, de dois mil deles fossem distribuídos "de qualquer maneira" entre os dois mil e um restantes, a quantidade de infelicidade causada à minoria superaria tanto a felicidade para a maioria que, embora tal movimento aumentasse a felicidade do maior número, diminuiria a quantidade total de felicidade.

Bhikhu Parekh³⁸ continua o exemplo, esclarecendo que Bentham enfatiza ainda mais seu ponto imaginando o que aconteceria se os dois mil homens fossem distribuídos como escravos entre o resto. Embora aumente a felicidade do maior número, levaria à maior felicidade em geral? Ao entender a resposta como negativa, Bentham decide, portanto, aprimorar o conceito de “maior número”, e o princípio de utilidade passa a centra-se exclusivamente na noção agregativa da maior felicidade.

³³ Ibidem.

³⁴ Schofield, 2006, p. 34.

³⁵ Parekh, 1974, p. 146, tradução nossa.

³⁶ MSS. UCL, Box 14, p. 384.

³⁷ Parekh, 1974, p. 146, tradução nossa.

³⁸ Parekh, 1974, p. 146.

Assim conclui Bhikhu Parekh³⁹ que o princípio de utilidade estabelece que as ações morais devem ser julgadas por sua capacidade de promover a maior felicidade das partes interessadas.

Com isso, é importante esclarecer que Bentham não está sustentando que a legislação está se baseando na vontade individual em aumentar seu prazer e diminuir sua dor. O Princípio da Utilidade não comporta uma perspectiva egoísta. E nem poderia. Para o filósofo inglês, a busca pela felicidade individual seria inconsistente na medida em que existe um conflito de interesses entre o prazer individual e o prazer coletivo.

Sobre esse ponto, Bhikhu Parekh⁴⁰ ressalta que o prazer coletivo deve prevalecer, inclusive, quando estão em jogo questões relacionadas a políticas externas, gerar ou comércio internacional, pois, se a decisão do Estado afeta a felicidade de indivíduos em outros países, os interesses desses indivíduos também devem ser considerados. Ou seja, nessa hipótese, o Estado não deveria dar prioridade aos interesses de sua própria comunidade, mas deve seguir uma política que maximize a felicidade de todos os envolvidos.

É justamente neste ponto que a legislação começa sua atuação, por meio da figura do Estado, com intuito de buscar um equilíbrio geral, regulando as relações humanas, por meio do uso das recompensas e punições, conforme será demonstrado no subtópico adiante, e assim, alcançar a felicidade ao maior número de pessoas.

Bentham sustenta que além de operar observando a busca pelo prazer e evitar a dor, por meio das punições e de recompensas, o legislador também deve considerar que embora as recompensas sejam uma forma de incentivo ao cumprimento das leis, é justamente evitar a dor que as pessoas mais buscam, sendo, portanto, o senhor soberano mais relevante para uma boa eficácia da legislação.

Para aplicar o princípio em termos práticos, o filósofo inglês definiu um método matemático para medir a quantidade de prazer e de dor, usualmente conhecido pela corrente utilitarista como “cálculo da felicidade”. Assim, ele propôs a criação de um cálculo de utilidade, que consiste em avaliar as consequências de uma ação ou lei em

³⁹ Parekh, 1974, p. 146.

⁴⁰ Parekh, 1974, p. 143, tradução nossa.

termos de felicidade ou sofrimento, levando em consideração fatores como intensidade, duração, certeza (ou incerteza), extensão, fecundidade e pureza⁴¹.

Esse “cálculo da felicidade” seria importante porque somente através dele seria possível, segundo Bentham, chegar à um grau razoável de punição, e assim, evitar penas ineficazes ou desproporcionais. Assim, esse “cálculo da felicidade” constitui a base para a criação de um código penal⁴², uma vez que as condutas humanas prejudiciais à maximização do prazer devem ser previstas como ofensas, isto é, tratadas como crimes, passíveis de punição, e, por outro lado, aquelas condutas que não afetam a maximização do prazer e diminuição da dor não devem ser objeto de previsão do código⁴³.

Com isso, verifica-se que Bentham identificou duas fontes motivacionais que influenciam diretamente o comportamento humano, quais sejam: a busca pelo prazer e diminuição da dor. O utilitarismo sempre foi a gênese de todo o pensamento de Bentham em todos os temas os quais ele se dedicou a explorar. E não seria diferente com a teoria da legislação.

Sobre esse ponto Mitchell ressalta que:

Bentham lidou não apenas com muitos ramos da jurisprudência - direito criminal, evidências, procedimentos, codificação, direito internacional, direito constitucional - mas também com economia, psicologia, penologia, pedagogia, ética, religião, lógica e metafísica. No entanto, todos os seus livros são lidos como um só. Eles desenvolvem uma única ideia em diversos materiais. Aplicam o princípio sagrado da utilidade, quer o assunto seja colônias ou cristianismo, usura ou classificação das ciências, crimes de juízes ou reforma de criminosos (MITCHELL, 1918, pg. 162, tradução nossa).

Assim, observa-se que o filósofo inglês defendia que as leis deveriam ser elaboradas levando em consideração o seu impacto na felicidade geral, de forma a maximizar a felicidade e minimizar as dores da sociedade.

⁴¹ Para melhor compreensão, consultar o capítulo IV da obra *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (1979). Além disso, em *A Table of the Springs of Action* (1817), Bentham formula uma lista com 14 condutas relacionadas à prazeres e dores. Como ele próprio ressaltou, a lista não é definitiva, podendo ser objeto de mudanças, mas que seria um guia útil ao legislador.

⁴² Veremos adiante a proposta de codificação formulada por Bentham.

⁴³ Bentham, 1979, p. 16.

Além dos esforços de Bentham em tentar determinar o fundamento do cumprimento das leis, o filósofo inglês também recorreu ao mecanismo de definição por exclusão, explicitamente identificando as crenças equivocadas que levavam a sociedade a acreditar na eficácia das leis.

No Capítulo XIII da obra *Tratados da Legislação Civil e Penal*, Bentham aponta, nesse sentido, a formulação de dez crenças equivocadas para o fundamento do cumprimento das leis, sendo elas: (i) antiguidade; (ii) religião; (iii) inovação, (iv) arbitrariedade⁴⁴, (v) metáfora, (vi) ficção, (vii) “razão fantástica”, (viii) antipatia e simpatia, (ix) pedido de princípio, e (x) lei imaginária⁴⁵.

Bentham sustentava que todas as crenças anteriormente mencionadas, que eram utilizadas para justificar a qualidade das leis, em verdade, consistiam em crenças equivocadas. O fato de uma lei ser antiga, ter origem em uma divindade ou surgir de inovações no mundo não significava, por si só, que ela fosse uma boa lei. Para o autor inglês, acreditar que uma lei seria boa com base nesses fundamentos significava cair em uma falácia⁴⁶.

Em substituição a essas falsas crenças relacionadas à qualidade das leis, Bentham enfaticamente propôs a adoção do Princípio da Utilidade como critério para determinar uma boa lei. Assim, o filósofo inglês sustentava que o cumprimento da lei deveria ser motivado unicamente pela busca do aumento do prazer e pela redução da dor por parte do povo. Somente esse princípio deveria ser, portanto, a razão para o cumprimento e observância das leis⁴⁷.

⁴⁴ Especificamente com relação ao quarto falso motivo apontado por Bentham, a arbitrariedade, nele pode-se verificar que Bentham demonstra enorme desconforto relacionado às diversas expressões impostas por doutrinadores em suas obras, que por vezes acarreta, inclusive, em vícios como da obscuridade, o qual será melhor detalhado no terceiro capítulo deste trabalho.

⁴⁵ Bentham, 1822, Vol. 1, p. 225.

⁴⁶ Ibidem, p. 240.

⁴⁷ Ibidem, p. 242.

1.2.

Limites e Alcance da Legislação

Como mencionado anteriormente, o Princípio da Utilidade forma a base da teoria legislativa de Bentham. Este princípio postula que uma ação humana é considerada correta quando resulta na maior quantidade possível de felicidade ou bem-estar para o maior número de pessoas envolvidas. A compreensão do conteúdo das leis, ancoradas na teoria de Bentham, exige uma análise da interseção entre a lei e a moralidade. No capítulo XII de *Tratados da Legislação Civil e Penal*, intitulado "Dos limites que separam a moral e a legislação", Bentham aborda detalhadamente essa questão, que será examinada adiante.

Além disso, este tópico explorará os diversos tipos de sanções delineados por Bentham em sua obra *Uma Introdução ao Princípios da Moral e da Legislação*. Essa análise torna-se fundamental para a posterior compreensão dos fundamentos da estrutura das leis, destacando a distinção entre a lei principal e a lei subsidiária. Este último conceito é abordado por Bentham no capítulo XI de *Leis em Geral*, sendo detalhado no segundo capítulo desta pesquisa. A delimitação desses conceitos proporcionará uma compreensão mais aprofundada da complexidade da teoria da legislação proposta por Bentham.

1.2.1.

Interseção entre lei e moralidade

Para Bentham, a moralidade e a lei possuíam a mesma finalidade⁴⁸, qual seja, alcançar a maior soma possível de felicidade (Princípio da Utilidade, como demonstrado

⁴⁸ Segundo Bentham, a ética privada tem a felicidade como seu fim: e a legislação não pode ter outro. A ética privada diz respeito a cada membro, à felicidade e às ações de cada membro de qualquer comunidade que possa ser proposta; e a legislação não pode se preocupar com mais nada. Até agora, então, a ética privada e a arte da legislação caminham de mãos dadas. O fim que têm, ou deveriam ter, em vista, é da mesma natureza. As pessoas cuja felicidade elas deveriam ter em vista, assim como as pessoas cuja conduta deveriam se ocupar em dirigir, são precisamente as mesmas. (BENTHAM, 1781, p. 211, tradução nossa).

no subtópico anterior). Entretanto, em que pese ambos possuírem o mesmo objetivo, a lei e a moralidade não poderiam alcançá-lo valendo-se dos mesmos meios⁴⁹.

A moralidade influencia em todas as ações do povo, seja em âmbito público ou na vida privada, funcionando, nesse sentido, na condição de uma fiel diretriz, servindo de auxílio para a conduta dos indivíduos da sociedade. A lei, por sua vez, não poderia atuar desse mesmo modo⁵⁰.

Nesse sentido, Bentham:

(...) Mas há muitos atos úteis à comunidade e que, no entanto, a legislação não deve comandar; como há muitos atos prejudiciais que a legislação não deve proibir, mesmo que sejam proibidos pela moral: ou seja, a legislação certamente tem o mesmo centro que a moral [Princípio da Utilidade], mas não tem a mesma circunferência. (BENTHAM, 1822, Vol. 1, p. 197, tradução nossa).

Bentham aponta duas razões por qual a lei deveria ter uma atuação mais restrita na sociedade do que a moralidade.

Primeiro, a legislação somente poderia alcançar seu objetivo (maior soma de felicidade possível) mediante utilização da punição ou recompensa. Ocorre que nem todas as ações humanas, ainda que moralmente reprimidas, deveriam ser objeto da legislação, sob risco de a imputação da pena ser muito pior ao ato praticado, e, portanto, não pautando-se no Princípio da Utilidade⁵¹.

O autor inglês utiliza como exemplo a tipificação da conduta da embriaguez⁵². Para ele, seriam necessárias diversas regulamentações sobre a restrição, acrescida da quase impossibilidade de se punir a conduta, diante da dificuldade em adquirir provas sobre o ato praticado, de modo que o governo precisaria encorajar informantes e possuir espiões, se intrometendo, assim, na vida privada dos indivíduos da sociedade.

⁴⁹ Bentham, 1822, Vol. 1, p. 196.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem, p. 199.

⁵² Sabe-se que atualmente a tipificação da conduta da embriaguez não guarda a dificuldade para tipificá-la, tal como exemplificou Bentham, considerando que, com o avanço da utilização de instrumentos de perícia, a constatação da embriaguez pode ser realizada de maneira quase que imediata. No entanto, devemos ter em mente que Bentham foi um homem do século XVIII, e que buscou exemplificar sua teoria com base em situações que à época possuíam certo grau de dificuldade para identificação da conduta indesejada.

Segundo, há condutas que não poderiam ser penalizadas pela legislação em decorrência da subjetividade em defini-la⁵³. Tomemos o exemplo de Bentham, o qual aponta as atitudes de ingratidão, grosseria e perversidade, que, apesar de serem condutas socialmente reprováveis, elas não poderiam ser objeto de legislação, considerando a impossibilidade de defini-las com exatidão tanto quanto uma a conduta de roubo ou homicídio, por exemplo⁵⁴.

Sobre esse ponto, David Lyons entende que o posicionamento de Bentham pode parecer complexo:

Bentham diz, por exemplo, que a ética privada e a arte da legislação (parte da arte do governo, ou ética pública) têm ambos a ‘felicidade’ como seu fim adequado? Mas, contrariamente às aparências possíveis, isso não exclui um padrão dual, pois ele aplicaria o termo ‘felicidade’ não apenas a um indivíduo específico, mas também a uma comunidade (cuja felicidade ou interesse, como vimos, ele já explicou). Além disso, Bentham deixa explicitamente espaço para as diferenças necessárias pelo padrão dual quando diz que seus fins não são idênticos, mas ‘da mesma natureza. De maneira semelhante, o que Bentham diz sobre a felicidade e a orientação de todos é compatível com o padrão dual, pois a ética privada e a arte da legislação estão igualmente preocupadas com tais coisas, embora de maneiras um pouco diferentes (LYONS, 1991, p. 52).

Assim, David Lyons entende que, apesar das aparentes nuances, é possível identificar uma abordagem dual na concepção de Bentham. Embora o termo “felicidade” seja aplicado tanto a indivíduos quanto à sociedade, Bentham reconhece a existência de diferenças necessárias entre esses fins, caracterizando-os como “da mesma natureza”.

⁵³ Nesse sentido, John Watson afirma que a legislação não deve interferir quando a punição seria ineficaz. É inútil, por exemplo, punir alguém por não obedecer a uma lei que não foi devidamente anunciada antecipadamente; e, no entanto, admitindo que a lei seja sensata, a ação proibida é prejudicial em suas consequências e, portanto, contrária à ‘ética privada’. Onde nenhuma lei seria eficaz, como no caso de uma pessoa insana, também não há lei privada. Mas a principal área em que a ética privada opera por si só é em casos em que a punição seria improdutiva. Assim, quando a pessoa culpada provavelmente escapará à detecção, especialmente se a tentação de cometer a infração for muito forte, ou quando há perigo de que o inocente seja punido, o assunto é algo que apenas a ética privada deve lidar. Um exemplo deste último é a traição ou ingratidão. (WATSON, 1895, p. 105, tradução nossa).

⁵⁴ Ibidem, p. 202.

Dessa forma, a coexistência da ética privada e da arte da legislação, embora preocupadas com a felicidade e a orientação de todos, revela-se harmoniosa, respeitando as peculiaridades de cada esfera de atuação.

1.2.2.

Fontes motivacionais para a obediência às leis

Conforme antecipado no tópico 2.1.2 deste capítulo, as leis são responsáveis por dirigir as condutas humanas, por meio das punições e das recompensas. Entretanto, Bentham afirma que este último não seria suficiente para eficácia das leis, sendo indispensável a utilização da dor para regular a vida em sociedade. No âmbito da legislação, a aplicação dessa sanção é feita por decisão do magistrado, que atribui uma punição à pessoa infratora. Essa forma de punição, Bentham denominou de sanção política.

A sanção política é definida por Bentham da seguinte forma:

Se o prazer ou a dor têm lugar ou esperam de pessoa particular ou de um grupo de pessoas na comunidade, as quais, sob nomes correspondentes ao de juiz, são escolhidas para o objetivo específico de administrar, de acordo com a vontade do poder soberano ou supremo governo existente no Estado, podemos dizer que o prazer e a dor de uma da sanção política. (BENTHAM, 1979, p. 13).

Somando-se à sanção política, Bentham também identificou outros tipos de sanções aplicáveis sobre as condutas humanas socialmente reprováveis. Essas sanções são: física, moral ou popular e religiosa. Veremos cada uma delas, adiante.

O autor inglês denominou de *sanção física* aquela decorrente de eventos da natureza, tal como uma calamidade, ocasionada pela imprudência do próprio indivíduo. Para exemplificar essa sanção, Bentham supõe o caso de os bens ou de uma pessoa ser consumida por chamas. Se esse acidente foi ocasionado pela própria imprudência da pessoa (que pode ter se esquecido de apagar a vela, por exemplo), então temos a constituição da sanção física. Bentham define a sanção física da seguinte forma:

Se o prazer e a dor têm lugar ou se esperam na vida presente e no curso ordinário da natureza, não propositalmente modificado pela interposição da vontade de algum ser humano nem por alguma interposição extraordinária de algum ser invisível superior, podemos dizer que tal prazer ou tal dor derivam da – ou tem relação com a – sanção física. (BENTHAM, 1979, p. 13).

Relativamente à *sanção moral* ou *popular*, poder-se-ia dizer que ela é aplicada pela própria sociedade, como por exemplo, a reprovação social ou a exclusão, para fazer com que as pessoas obedeçam às leis. Essa sanção pode ser aplicada por meio da opinião pública ou pela influência de pessoas importantes da sociedade. Se valendo do mesmo exemplo utilizado anteriormente da pessoa tomada pelas chamas, caso estas chamas tenham decorrido da negação de ajuda de uma outra pessoa, motivada pela reprovação da conduta moral da pessoa atingida pelas chamas, temos a aplicação da *sanção moral* ou *popular*. Bentham define essa forma de sanção nos seguintes termos:

Se o prazer e a dor estiverem nas mãos de pessoas que por acaso ocupam um lugar de destaque na comunidade, segundo a disposição espontânea de cada pessoa, e não de acordo com uma regra estabelecida ou acordada, pode-se dizer que o prazer e a dor derivam da sanção moral ou popular (BENTHAM, 1979, p. 14).

A *sanção religiosa*, por sua vez, consiste na aplicação de punição feita por um superior invisível, podendo esta ocorrer tanto em vida quanto após a vida. Tomemos o mesmo exemplo da pessoa tomada por chamas. Se essas chamas decorrerem de um ato imediato da desaprovação de Deus, em virtude de cometimento de pecado, então estamos diante da sanção religiosa, conforme define Bentham: “Se dependerem de mão imediata de um ser superior invisível, quer na presente vida, quer em uma vida futura, pode-se dizer que derivam da sanção religiosa.”⁵⁵.

O filósofo inglês ressaltou, ainda, que esta última seria a única sanção que poderia se experimentar pós vida, sendo certo que as outras três restantes (política, moral ou popular e física) somente poderiam ser experimentadas durante a vida. Em decorrência

⁵⁵ Bentham, 1979, p. 14.

disso, não é possível investigarmos a sanção religiosa após a vida como ciência, considerando que essa modalidade se encontra fora de nossa observação⁵⁶.

Assim, segundo Bentham, uma sanção era uma fonte de dor e prazer. Ele identificou quatro sanções: a sanção física surgia “do curso ordinário da natureza”; a sanção política de um funcionário agindo sob a autoridade do estado; a sanção moral ou popular dos membros da comunidade em geral; e a sanção religiosa de um ser sobrenatural⁵⁷.

De acordo com o exemplo formulado por Bentham, do qual nos valem neste subtópico para exemplificar cada tipo de sanção, podemos verificar que a sanção física consiste em fundamento da sanção política, moral ou popular e da sanção religiosa (em vida), estando aquela enraizada nestas. Isso porque a sanção física pode ser aplicada de forma autônoma e independente, ao passo que as outras três (sanção política, moral ou popular e religiosa) dependem da sanção física para serem aplicadas.

É importante ressaltar que, em princípio, qualquer forma de sanção poderia ser aplicada para promover a felicidade em geral, uma vez que o utilitarismo não exclui nada a priori⁵⁸. No entanto, Bentham acredita que é pela sanção política que o Estado poderia obter maior eficiência no cumprimento das leis, por intermédio do sistema de punição ou recompensas aos indivíduos. Sobre esse ponto, detalharemos melhor no segundo capítulo deste trabalho.

No entanto, é relevante destacar que Bentham não deixa claro os limites de punição (como por exemplo, a pena de morte), visando o cumprimento das leis. Assim, vale trazer a contribuição da análise de Scholfield acerca dos escritos de Bentham sobre a tortura como forma de punição. Esses escritos, composto por dois pequenos fragmentos, foram retirados de um vasto material escrito nas décadas de 1770 e 1780 para um código penal.

Bentham definiu a tortura como “quando uma pessoa é submetida a qualquer dor violenta do corpo para aplicá-la a fazer algo ou deixar de fazer algo, e quando isso é feito ou deixado de fazer, a aplicação penal cessa imediatamente”. Essa definição exclui um

⁵⁶ Ibidem, p. 15.

⁵⁷ Schofield, 2020, p. 39.

⁵⁸ Schofield, 2009, p. 137.

senso comum em que a tortura era comumente entendida, como imposição gratuita ou malévola de dor.

Bentham não aprovava tal ação a menos que houvesse um benefício maior na imposição da dor. A definição de Bentham de tortura incluía a imposição de dor por algum agente da autoridade para extrair informações ou uma confissão, mas também era mais ampla do que isso.

Scholfied⁵⁹ traz o exemplo de um castigo que um pai impõe a uma criança prestes a realizar uma ação prejudicial. Por exemplo, se um pai vê seu filho prestes a colocar a mão em uma chama, ele pode dar um tapa na mão da criança, forçando-a a retirá-la antes de se queimar. Nesse caso, o pai teria “torturado” a criança, mas tal ação seria para o bem dela.

Bentham estabeleceu diversas condições que deveriam nortear a aplicação da tortura em contextos forenses. Em primeiro lugar, o propósito para o qual a tortura era empregada deveria ser inequivocamente claro e deveria ser encerrada assim que esse propósito fosse alcançado. De fato, a única finalidade aceitável para a utilização da tortura, segundo Bentham, era a obtenção de informações, não a extração de confissões.

Em segundo lugar, a ação que o prisioneiro deveria realizar precisava ser conhecida como estando dentro de seu poder. Nesse sentido, precauções iguais, se não mais rigorosas, eram essenciais para evitar a tortura de inocentes, assim como eram aplicadas para evitar a punição injusta de inocentes. O mesmo padrão de evidência, no mínimo, exigido para submeter uma pessoa à tortura deveria equivaler ao exigido para sua punição. A tomada de decisão sobre a aplicação da tortura repousaria nas mãos de um juiz, visto que, se um juiz fosse competente para decidir sobre a punição de um prisioneiro, seria igualmente competente para decidir sobre a necessidade de aplicá-lo.

Em terceiro lugar, a ação demandada do prisioneiro deveria estar alinhada com o interesse público. Nesse ponto, Bentham estava disposto a ajustar o limiar no qual a tortura poderia ser aplicada, proporcionalmente ao aumento dos benefícios para a sociedade. Esse raciocínio era particularmente aplicável em situações em que “a segurança de todo o estado pode ser ameaçada pela falta da inteligência que é o objeto da tortura de obter”. No entanto, a tortura não deveria ser empregada em casos nos quais o

⁵⁹ Ibidem, p. 146.

delito fosse contra o governo, como traição, difamação ou sedição; ela seria reservada para delitos contra o povo, como incêndios criminosos, assassinatos, assaltos e arrombamentos.

Em quarto lugar, regulamentações precisas deveriam ser estabelecidas quanto ao ‘tipo e quantidade’ de tortura permitidos. A dor infligida deveria ser do tipo que cessasse imediatamente após a consecução do propósito da tortura. Em quinto lugar, a tortura somente seria justificável quando o atraso não pudesse ser tolerado. Sexto, qualquer pessoa injustamente submetida à tortura deveria receber compensação, enquanto aqueles que infligissem tortura injustamente seriam punidos.

Bentham exemplificou uma situação na qual o uso da tortura poderia ser justificado. No caso de dois incendiários presos por incendiar uma casa e um deles escapando, havia um temor fundado de que mais crimes seriam cometidos. Se, durante o interrogatório, o prisioneiro não revelasse o paradeiro do cúmplice, as autoridades poderiam optar por prometer uma recompensa ou ameaçar a aplicação da tortura. Bentham sugeria que, em países onde a tortura era absolutamente proibida, criminosos raramente delatavam seus cúmplices, pois não tinham incentivo. A introdução da tortura, juntamente com a ameaça de sua aplicação, criaria uma necessidade irresistível de cooperação.

Bentham expressou objeções ao uso da tortura em procedimentos criminais regidos pelo direito civil, especialmente para extrair confissões de culpa. Ele argumentava que, se o juiz já estivesse convencido da culpa, a tortura seria desnecessária, e se não estivesse convencido, não haveria justificativa para sua aplicação. Além disso, a tortura não era vista como necessária para compelir respostas durante interrogatórios. Bentham propunha que o acusado fosse informado de que a recusa em fornecer uma resposta satisfatória seria considerada como evidência presumível de culpa, eliminando assim um suposto ‘direito ao silêncio’.

Assim, de acordo com Scholfied, Bentham parece justificar o uso da tortura em circunstâncias específicas, no entanto, sem ser empregada diretamente como forma de punição.

Entretanto, como o próprio Scholfield alerta, é importante ter em mente que o escrito analisado não foi publicado por Bentham ou seus editores contemporâneos, motivo pelo qual deve-se interpretá-lo com cautela, considerando que a perspectiva de

Bentham evoluiu ao longo do tempo, transitando de uma visão legislativa nas décadas de 1770 e 1780 para uma perspectiva mais centrada no povo nas décadas de 1810 e 1820.

Segundo Scholfield, essa mudança pode indicar que ele passou a considerar o interrogatório em um ambiente inquisitorial, sem exclusão de evidências, com entrega eficiente da justiça e um código utilitário de leis como suficiente para fornecer as informações necessárias, dissuadir infrações e garantir a retidão nas decisões judiciais.

1.3.

Bentham e a Codificação das Leis

O sistema jurídico Common Law que vigorava na Inglaterra no século XVIII foi o qual Bentham estava olhando quando começou a desenvolver sua teoria da legislação. Segundo Bentham, esse sistema, que era concentrado majoritariamente nas mãos dos juízes, por meio das decisões judiciais, era um modelo inconsistente, complexo, fragmentado e de difícil compreensão para sociedade entender seus direitos e obrigações, o que reduzia significativamente a eficácia da legislação⁶⁰. Assim, na década de 1780, pensando em formas de resolver este problema, Bentham já tinha se convencido da necessidade de substituir o Common Law por um sistema codificado baseado no Princípio da Utilidade⁶¹.

Isso porque, conforme observado por Paolo Scarlatti⁶², a proposta de reforma radical de Bentham parte da necessidade de garantir contra a imprecisão das leis, criticando vigorosamente tanto a tradição do Common Law quanto os princípios do jusnaturalismo e da teoria dos direitos naturais.

Assim, por volta de 1811, já nas duas últimas décadas de sua vida, Bentham se esforçou para convencer diversos Estados políticos, tais como Estados Unidos da América e Rússia, a convidá-lo para desenvolver um código de leis, mas foi somente em 1822 que o filósofo inglês recebeu o primeiro convite, feito pelas Cortes portuguesas, para que

⁶⁰ Apesar de suas críticas ao sistema Common Law, Bentham reconhecia a importância da jurisprudência e da tradição jurídica na formação das leis. Ele acreditava que essas fontes de direito deveriam ser consideradas na elaboração do código de leis, mas que o código deveria ser a principal fonte de direito e estar sempre atualizado.

⁶¹ Schofield, 2009, p. 13.

⁶² Scarlatti, 2010, p. 148.

elaborasse códigos civis, penais e constitucionais. Bentham chegou a começar a desenvolver os códigos para as Cortes portuguesas, contudo, seu grande projeto foi interrompido em decorrência da mudança de governo português, que não tinha pretensão de elaborar códigos para o país⁶³.

Thomas Peardon⁶⁴ destaca que um ano depois de as Cortes portuguesas terem aceitado a proposta de Bentham para elaboração dos códigos de leis para o país, as ideias do autor inglês haviam amadurecido ao ponto de ter começado a elaborar um código denominado “Princípios Principais de um Código Constitucional para Qualquer Estado”⁶⁵.

Bentham continuou despendendo esforços para alcançar seu objetivo de codificação das leis, tentando convencer outros países⁶⁶, tais como Espanha, Tripoli, Grécia e alguns da América Latina, além de persistir na reforma para codificar a lei inglesa. Todos essa dedicação em seu projeto de implementar a codificação das leis foi o que motivou seu reconhecimento como “legislador do mundo”⁶⁷.

A proposta de reforma do sistema jurídico do Common Law para a codificação não significa dizer que Bentham estava pretendendo abolir as leis vigentes, ou, como no caso da Inglaterra, a tradição jurídica e decisões judiciais como formas de legislação. A codificação deveria ser implementada considerando a jurisprudência já existente, com intuito preservar a segurança jurídica.

Desse modo, verifica-se que o que Bentham defendeu consiste simplesmente em uma organização e sistematização das leis em códigos específicos de acordo com a

⁶³ Ibidem, p. 14.

⁶⁴ Parekh, 1974, pg. 172, tradução nossa.

⁶⁵ Thomas Peardon esclarece que em 1830, um volume da obra havia sido publicado, e dois anos depois da morte de Bentham, a obra como um todo foi deixada inacabada. O material foi reunido por Richard Doane e apareceu em 1843 como o volume IX da edição de Bowring das Obras de Bentham (PAREKH, 1974, pg. 172, tradução nossa).

⁶⁶ Em que pese não tenha registro de uma tentativa de codificação na França, Bentham ficou amplamente conhecido nas terras francesas em decorrência de suas obras que foram produzidas em francês, por intermédio da tradução da editora Genevan Étienne Dumont, tendo despertado, inclusive, a admiração do imperador Napoleão Bonaparte. Estima-se que, até o final da vida de Bentham, foram vendidos cinquenta mil exemplares de *Traité de Législation Civile et Pénale* (SCHOFIELD, 2009, p. 14).

⁶⁷ A dedicação de Bentham para implementar a codificação em diversos países fez com que ele alcançasse notória reputação internacional da filosofia jurídica liberal. Com isso, José del Valle, advogado e político da Guatemala, grande admirador de Bentham, foi quem lhe chamou de “legislador do mundo” (SCHOFIELD, 2009, p. 13).

matéria tratada, como por exemplo, código civil, código penal, código constitucional, que seria revisitado conforme a necessidade e desenvolvimento da sociedade.

Essa organização e sistematização da legislação, segundo Bentham, aumentaria a eficácia da legislação pela sociedade, uma vez que as pessoas poderiam entender melhor seus direitos e obrigações, e, além disso, os juízes teriam maior facilidade em compreender a legislação para melhor aplicá-la ao caso concreto.

Bentham acreditava que a codificação das leis permitiria uma maior participação popular no processo legislativo, uma vez que as leis seriam mais acessíveis e compreensíveis, contribuindo, dessa forma, para o desenvolvimento do sistema jurídico e político como um todo⁶⁸.

Sabendo que somente a organização e sistematização das leis não seriam o suficiente para garantir sua eficácia, Bentham entendeu que além de postas em um documento de forma sistematizada, as leis deveriam estar bem escritas, isto é, com fácil compreensão popular. Nesse sentido, Paolo Scarlatti⁶⁹ ressalta a necessidade de Bentham em tentar tornar acessíveis os conteúdos normativos codificados, visando a facilitar a identificação da lei pelo interessado e sua devida compreensão.

É neste momento que a teoria da legislação de Bentham assume o segundo viés, sob a perspectiva da forma e a estruturação das leis, sendo estas características indispensáveis para garantir o efetivo cumprimento das leis.

1.3.1.

Críticas aos sistemas jurídicos tradicionais

Segundo David Lieberman⁷⁰, durante a primeira fase de sua carreira, aproximadamente no período que antecedeu a publicação tardia de 1789 de *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, o principal projeto de Bentham foi a elaboração de uma teoria abrangente e um plano de legislação.

⁶⁸ Bentham, 1843, p. 48.

⁶⁹ Scarlatti, 2010, p. 155.

⁷⁰ Lieberman, 2013, p. 128.

O que ele descreveu como um Pannomion – “um corpo completo de leis” – serviu como o principal veículo institucional para seus planos de reforma sistemática da lei e promoção da felicidade humana. O contexto no qual ele dedicou mais atenção aos juízes e tribunais foi sua crítica ao Common Law, onde sua demonstração incansável das falhas do sistema criado pelos juízes sempre figurou como parte fundamental de seu argumento positivo em favor da codificação legislativa.

Para fornecer consistência ao seu projeto de codificação, em diversos trechos da obra *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, Bentham analisou os sistemas jurídicos romano e Common Law em vários aspectos, argumentando que ambos seriam confusos, ambíguos e excessivamente baseado na tradição e em precedentes, e que virtude disso, seria de difícil aplicação na prática.

Em relação ao sistema jurídico romano, Bentham via a complexidade e a falta de sistematização como graves equívocos, uma vez que esse sistema era formado por um conjunto de leis desconexas e, por vezes, contraditórias, o que dificultava o efetivo cumprimento da legislação pela sociedade. A preocupação excessiva do direito romano com questões técnicas arcaicas, em detrimento do alcance de resultados práticos, tornava esse sistema inconsistente aos olhos do filósofo. Para Bentham, o sistema jurídico inglês caminhava pelo mesmo sentido do sistema romano⁷¹.

Ao tentar distinguir quais massas de matérias legislativas deveriam constar em um código civil e um código penal, Bentham levanta suas críticas ao sistema romano, nos seguintes termos:

Naquela enorme massa de confusão e inconsistência, a antiga lei romana, ou, como é chamada, a título de eminência, a lei civil, a matéria imperativa, e até mesmo todos os traços do caráter imperativo, parecem ter sido finalmente sufocados pela exposição. Esta foi a linguagem da simplicidade primitiva, a linguagem das doze tabelas. Na época de Justiniano (tão espessa era a escuridão levantada por nuvens de comentaristas), a linguagem penal havia sido enfiada em um canto estranho em um canto estranho do civil – todo o catálogo de ofensas e até mesmo de crimes de delitos, e até mesmo de crimes, estava enterrado sob uma pilha de obrigações – a vontade estava escondida na opinião – e este original havia se transformado em videtur, mesmo na boca dos soberanos mais despóticos. (...) Entre as nações bárbaras que cresceram a partir das ruínas do Império Romano do Império Romano,

⁷¹ Bentham, 1781, p. 245.

o Direito, emergindo da montanha de lixo expositivo, reassumiu por um tempo a linguagem do comando, e então ela tinha pelo menos a simplicidade, se nada mais, para recomendá-la. (BENTHAM, 1781, p. 245, tradução nossa).

Sobre esse ponto, Hart descreve como Bentham enxergava a legislação inglesa, nos seguintes termos:

(...) Bentham contemplou e documentou de forma elaborada os abusos da lei inglesa de sua época, a fantástica prolixidade e obscuridade de seus estatutos, a complexidade e os custos de seus procedimentos judiciais, a artificialidade e a irracionalidade de seus de seus modos de prova. Ele ficou horrorizado com essas coisas, mas ainda mais horrorizado ainda com a facilidade com que os advogados ingleses engoliram e propagaram a superstição enfraquecedora de que esses abusos eram naturais e inevitáveis, de modo que somente um visionário sonharia com sua reforma radical. (HART, 1982, p. 25, tradução nossa).

Nesse sentido, as críticas de Bentham ao sistema jurídico romano e ao Common Law convergiam em questões similares, todas relacionadas às complexidades desnecessárias, ambiguidades e excesso de formalismos presentes em ambos os sistemas jurídicos. Diante desses defeitos, ele propôs uma reforma radical dos sistemas jurídicos que apresentavam tais vícios, sobretudo o Common Law, com a implementação de leis claras e acessíveis a todos os indivíduos da sociedade.

1.3.2.

Simplificação e clareza na legislação

Como demonstrado nos subtópicos antecedentes, Bentham defendeu que o legislador deveria criar as leis com base no Princípio da Utilidade. Isso significa que o legislador, no momento da elaboração dos textos normativos, deveria se guiar pelos desejos de maximizar o prazer e diminuir as dores, sendo, este método o mais eficaz quando se trata de punição de condutas indesejáveis pela sociedade. E além de punir condutas que prejudicam a maximização da felicidade, a legislação deveria agir, ainda, de forma preventiva, de modo que os indivíduos pudessem prever as consequências de suas condutas.

Como os indivíduos poderiam, de fato, prever as consequências de suas ações, diante da ausência da unificação das leis em um documento específico, e tendo, ainda, um sistema jurídico vasto de termos técnicos, especialmente voltado para juízes e advogados? Para um sistema jurídico mais eficaz, era necessário tornar os textos legislativos mais simples e compreensíveis para a sociedade, eliminando as ambiguidades, prolixidades e demais inconsistências desnecessárias.

As leis mais claras e precisas, organizadas de forma sistemática e coerente em um documento específico, de modo que todos da sociedade pudessem compreender a vontade do legislador, evitaria, por conseguinte, o uso de termos técnicos e linguagem obscura, reduzindo a incerteza e a ambiguidade existente na legislação, e facilitando, inclusive, a tarefa dos juízes na aplicação das leis. Com isso, tem-se um sistema jurídico mais coerente como um todo.

Tendo em vista que trataremos da análise da forma e estruturação das leis, e em seguida, das regras formuladas por Bentham para simplificação da legislação nos capítulos seguintes deste trabalho, em breve conclusão, pode-se depreender que o fácil acesso à legislação, e simplificação e a clareza dos textos legislativos constituíam elementos essenciais de sua teoria, pois somente por meio dessa técnica seria possível garantir o efetivo cumprimento das leis.

2.

Análise da Forma e Estrutura das Leis

Neste capítulo serão introduzidos alguns aspectos formais e estruturais da teoria da legislação de Bentham, conforme abordado em suas obras *Leis em Geral* e *Tratados da Legislação Civil e Penal*. Estes aspectos podem ser considerados como indícios de sua consolidação Nomográfica, uma vez que se eles se apresentam de maneira dispersa nessas obras, evidenciando uma certa ausência de pretensão por parte de Bentham em tê-los, até então, como o ponto central de seus escritos.

2.1

Considerações sobre Leis em Geral

Embora não tenha sido publicada durante a vida de Bentham, a obra *Leis em Geral* carrega um papel fundamental na compreensão da perspectiva de Bentham sobre legislação, especialmente no que se refere ao desenvolvimento da *Nomografia*. Nesta obra, Bentham aprofunda-se na natureza das leis e em sua classificação. Entre essas categorias, ele estabelece uma distinção entre dois tipos de leis: as leis principais (ou primárias) e as leis subsidiárias (ou secundárias)⁷².

Contudo, antes de examinarmos esses dois tipos de lei, faz-se necessário introduzirmos a forma de estruturação das leis apresentadas por Bentham nesta obra, conforme adiante.

2.1.1

A estruturação formal das leis

Sabe-se que, para Bentham, o prazer e a dor servem como a base central para que uma lei influencie o comportamento humano. A partir disso, ele afirma que a

⁷² Bentham, 1970, p. 137.

legislação deve observar a dicotomia entre prazer (motivo atrativo - recompensa) e dor (motivo coercitivo - punição). Assim, apesar de Bentham não excluir nenhum tipo de sanção, como discutido no primeiro capítulo deste trabalho, ele pressupõe que, na maioria das vezes, a sanção política, especialmente quando fundamentada na dor (ou seja, punição), é o meio pelo qual o legislador deve confiar para efetivar sua vontade⁷³.

Essa vontade do legislador, a fim de produzir seu efeito, deve de alguma forma ser comunicada previamente à sociedade, com intuito de criar uma expectativa por parte das pessoas cujo comportamento se pretende influenciar. Bentham sugere que essa comunicação seja feita pelo legislador no texto da própria lei⁷⁴.

Bentham afirma que o método mais apropriado de avisar a intenção do legislador à sociedade seria através da inserção da chamada "cláusula de propósito". Essa cláusula é adicionada à parte da lei que expressa a vontade do legislador e tem a função de indicar o motivo (seja punição⁷⁵ ou recompensa⁷⁶, embora esta última seja menos frequente) fornecido pelo legislador para o cumprimento de sua vontade.

Embora Bentham não tenha sido suficientemente claro, parece-nos obviamente, que trazer essa "cláusula e propósito", o autor inglês estava pensando na estrutura de uma lei penal, uma vez que, segundo ele, as leis civis são denominadas do tipo declarativas, ou seja, sem teor punitivo ou recompensatório vinculado ao cumprimento da vontade do legislador.

⁷³ Ibidem, p. 140.

⁷⁴ Alternativamente, Bentham propõe que esse aviso pode ser dado, no âmbito do Common Law, pelo juiz: o legislador, ordenando, por exemplo, que você realize um ato; o juiz, de sua própria maneira e de acordo com sua própria medida, punindo você no caso de não o fazer, ou, recompensando você no caso de fazê-lo (BENTHAM, 1970, p. 134).

⁷⁵ Segundo Bentham, o caso é que, para o uso comum, a punição é, de longe, a mais eficaz no geral. Apenas com punição, não parece impossível que todo o negócio do governo possa ser conduzido: embora certamente não tão bem conduzido como por uma combinação disso e de recompensa juntas. Mas apenas com recompensa, é certo que nenhuma parte significativa desse negócio poderia ser conduzida por meia hora sequer. (BENTHAM, 1970, p. 134, tradução nossa).

⁷⁶ No entanto, a conclusão parece não ser necessária. Pois, como esses convites são tanto expressões da vontade do legislador quanto os comandos em si, pois emanam da mesma fonte, visam aos mesmos objetivos, são suscetíveis aos mesmos aspectos, aplicáveis aos mesmos objetos e registrados indiscriminadamente nos mesmos volumes que aquelas expressões de vontade que, sem dúvida, merecem a denominação de lei, parece que, sem grande incongruência, eles poderiam ser estabelecidos sob o mesmo nome. No entanto, para distinguir uma lei desse tipo das outras, ela nunca deveria ser mencionada senão sob algum nome específico, como o de uma lei convidativa ou premiadora; ou poderia ser chamada de convite legislativo ou de recompensa.

Assim, a lei divide-se em duas partes: uma diretiva, que informa a vontade do legislador, e outra incitativa ou sancionatória, que revela o motivo fornecido para o cumprimento dessa vontade. A parte incitativa é subdividida, ainda, em cominativa (punição) e convidativa (recompensa), sendo a primeira mais prevalente na legislação para assegurar a conformidade com a lei⁷⁷.

Em resumo, pode-se concluir que é a dor, por intermédio da sanção política que o legislador confia para a efetivação de sua vontade. A estrutura da lei escrita é delineada em duas partes distintas: (i) a diretiva, que expressa a vontade do legislador, e (ii) a incitativa ou sancionatória, que indica o motivo fornecido para o cumprimento dessa vontade. A parte incitativa é subdividida, ainda, em cominativa (punição) e convidativa (recompensa), sendo a primeira mais aplicada na legislação para garantir o cumprimento da lei.

Feito esses esclarecimentos iniciais sobre os conceitos fundamentais para a existência da classificação entre leis principais e subsidiárias, passa-se a abordá-las adiante.

2.1.2.

Comparação entre leis principais e subsidiárias

Em conjunto dessa estrutural formal de leis, Bentham pensou em meios para executar a parte sancionatória da lei, caso a parte diretiva não fosse cumprida. Assim, ele propôs que o legislador fosse responsável por elaborar uma segunda lei, exigindo que alguém verificasse a previsão que acompanhou a primeira. Essa lei secundária, que seria serviria de auxílio à principal, Bentham denominou, com relação a ela, de “lei subsidiária” e com relação à principal, denominada de “lei principal”⁷⁸.

Essa lei subsidiária nunca poderia ser destinada a mesma pessoa a quem a lei principal foi dirigida, pois, segundo Bentham, um homem não pode recompensar ou punir a si mesmo, motivo pelo qual ela deveria ser dirigida a outra pessoa. Bentham afirma que, embora possa ser qualquer tipo de pessoa, normalmente é para alguma classe específica

⁷⁷ Ibidem, p. 137.

⁷⁸ Bentham, 1970, p. 137.

de pessoas que, ocupando alguma posição ou condição civil instituída para o propósito, como a de juiz⁷⁹.

Contudo, presumindo que nem mesmo um juiz poderia alcançar a todos sozinho⁸⁰, sendo necessário contar com uma variedade de assistentes para desempenhar suas funções com qualidade e eficiência, esses assistentes também deveriam ter seus deveres prescritos pela própria lei, daí nasce a necessidade de muitas outras leis subsidiárias ou conjuntos de leis subsidiárias, dos quais eles são respectivamente os sujeitos ativos e seus atos, os objetos.

Indo mais além, considerando a predominância da sanção política, Bentham afirma que da mesma forma que uma lei principal deve ter suas leis subsidiárias, cada uma dessas leis subsidiárias deveria ter sua própria série de leis subsidiárias. Para entendemos melhor esse sistema, tomemos como exemplo o caso trazido pelo próprio Bentham:

“A” comete uma infração: a partir disso, torna-se dever de “B” contribuir de tal ou tal maneira para levá-lo à punição, caso ele se prove culpado; e um processo específico é designado para ser realizado para verificar se ele é ou não. No curso desse processo, são necessários certos passos a serem tomados por C em certas contingências; por “D”, “E” e “F”, e assim por diante indefinidamente. Mas e se “B” também se mostrar refratário? Um processo semelhante deve então ser conduzido e uma disposição semelhante feita pela lei para trazê-lo também à punição: e assim por diante se houver qualquer falha por parte de “D”, “E” ou “F”. Dessa forma, comandos devem seguir comandos: se a primeira pessoa chamada não obedecer, a segunda pode; se a segunda não o fizer, ainda assim a terceira pode; se até a terceira falhar, ainda pode haver esperanças de uma quarta. Se não se espera que alguém obedeça, a lei é claramente impotente e cai por terra: mas, contanto que se espere a obediência de qualquer uma das pessoas abordadas, independentemente da distância que ela esteja do primeiro abordado, essa expectativa pode ser suficiente para manter todas as pessoas intermediárias em seu dever. Se uma infração então for cometida, até que a obediência ocorra por parte de alguém dos

⁷⁹ Ibidem, p. 139.

⁸⁰ Bentham reconhece que para o juízo desempenhar suas funções, ele deve contar com uma variedade de assistentes, que, para certos fins, devem ter vários cargos, ocupações e descrições: testemunhas, registradores, guardiães do tribunal, carcereiros, oficiais de justiça, executores, e assim por diante. Dentre eles, muitos devem começar a agir em seus respectivos papéis mesmo antes de o assunto ser submetido à sua cognição: consequentemente, antes de estarem em condições de receber qualquer comando dele. (BENTHAM, 1970, p. 139).

indivíduos assim conectados, a lei está como que adormecida, e toda a máquina do governo está parada; mas deixe que qualquer lei em todo o conjunto penal encontre obediência, deixe que a punição ocorra em qualquer lugar, a lei desperta de seu transe, e toda a máquina é posta em movimento novamente: a influência da lei que encontrou obediência flui de volta, por assim dizer, por todas as leis intermediárias até chegar àquela principal para a qual todas são igualmente subsidiárias. (BENTHAM, 1970, p. 140, tradução).

Assim, para cada lei, as leis subsidiárias, assim como outras, devem existir que, com referência a ela, sejam subsidiárias. Por outro lado, a descrição e a estrutura da lei subsidiária devem ser determinadas em grande medida pela lei principal. Sempre há uma pessoa que está envolvida em ambas: a pessoa cuja obediência é exigida pela lei principal e para cuja punição, caso ele não obedeça, a lei subsidiária prevê. Essa pessoa, depois de ter sido considerada como um agente em uma, é considerada como um paciente pela outra. Ou, falando mais exatamente, a classe composta pelas pessoas que são os sujeitos passíveis da lei subsidiária é retirada da classe composta por aqueles que são os sujeitos passíveis da lei principal: pois as pessoas sobre as quais a punição deve ser infligida não são todas aquelas às quais o mandato da lei principal foi dirigido, mas apenas aquelas que o transgrediram; nem na verdade, mesmo todas essas, mas apenas aquelas contra as quais tais e tais pessoas, em tais e tais aparências, depuseram; ou mais geralmente, naqueles contra os quais tais e tais formalidades podem ter sido e efetivamente foram observadas⁸¹.

Ao classificar variedade de leis subsidiárias, Bentham esclarece, ainda, que aquela que é destinada ao juiz, contendo o comando para punir, pode ser designada como lei punitiva, enquanto as demais são chamadas de subsidiárias próximas, podendo ser referidas de forma geral como leis subsidiárias remotas. Quando a lei principal é de caráter premiativo, a lei subsidiária próxima pode ser denominada remunerativa⁸².

Portanto, as leis principais desempenham um papel essencial ao estabelecerem diretamente as obrigações e os direitos dos cidadãos, regulando as relações entre indivíduos e o Estado, estabelecendo a base do sistema jurídico e determinando normas e princípios gerais para orientar a sociedade, se tornando indispensáveis para a manutenção da ordem e a promoção da justiça.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem, p. 144.

Por outro lado, as leis subsidiárias oferecem suporte, complementam ou explicam as leis principais. Elas lidam com questões mais específicas e técnicas, esclarecendo detalhes e fornecendo orientações para a aplicação e interpretação das leis principais. Temas como procedimentos legais, regulamentações administrativas e normas específicas para diversas áreas do direito podem ser contemplados pelas leis subsidiárias.

Contudo, é importante notar que Bentham deixa uma lacuna ao não oferecer uma explicação clara sobre os limites das leis subsidiárias, deixando em aberto a possibilidade de sua existência em número infinito. Esse cenário, portanto, parece ter aplicabilidade um pouco limitada.

Em síntese, a distinção fundamental entre as leis principais e subsidiárias consiste no fato de que as primeiras estipulam direitos e obrigações fundamentais, ao passo que as segundas oferecem respaldo e esclarecimento das leis primárias. Ambos os tipos de leis desempenham funções essenciais em um sistema jurídico eficaz e coeso, assegurando a aplicação adequada e justa das normas na sociedade.

2.2.

Distinção entre qualidades essenciais e secundárias das leis

Na obra *Tratados da Legislação Civil e Penal*, em seu capítulo XXXIII, também há escritos de Bentham relacionados à parte estrutural das leis, em que o autor menciona duas qualidades relacionadas ao estilo formal das leis: as qualidades essenciais, que são aquelas que buscam evitar os defeitos que a corrompem; e qualidades secundárias, que consistem naquelas que buscam “compreender a beleza que lhe são adequadas”⁸³.

Em relação às qualidades essenciais, Bentham adverte que a vontade do legislador não será compreendida pelo indivíduo se as leis apresentarem proposições ininteligíveis, ideia incompleta que se pretendeu transmitir, uma proposição diferente daquela que o legislador tinha a intenção de apresentar ou se possuir algumas proposições estranhas em conjunto com a proposição principal. Bentham denominou esses defeitos de

⁸³ Bentham, 1822, Vol. 7, p. 178.

proposição ininteligível, proposição equívoca, proposição muito difusa e proposição excessivamente concisa⁸⁴.

Portanto, a clareza e a concisão são as qualidades essenciais das leis, pois, para que elas possam orientar a conduta da sociedade, é necessário que a lei seja clara, ou seja, que ofereça à compreensão uma ideia que represente exatamente a vontade do legislador, e que a lei seja concisa para se fixar facilmente na memória do indivíduo⁸⁵. Vale ressaltar que a brevidade, estudada por Bentham, refere-se apenas ao texto das leis e à composição das frases e parágrafos⁸⁶.

Um exemplo citado por Bentham ilustra essa ideia: a lei que afirma "Qualquer um que derramar sangue nas ruas será punido com a pena de morte". Veja que, neste comando, poder-se-ia punir um cirurgião que encontra um homem atropelado em uma rua e faz uma operação médica emergencial que o faça sangrar. Parece-nos que a intenção deste comando era abranger em sua proibição todas as espécies de injúrias graves que podem ser cometidas nas ruas públicas; mas seu emissor não soube explicar claramente essa intenção⁸⁷.

Isso evidencia um dos vícios da lei (os quais Bentham, mais tarde, consolida em sua *Nomografia*), demonstrando falha por exceção, ao não explicitar a exceção para os casos em que a ação de derramar sangue nas ruas era um ato inocente e útil, e por falta, ao não se estender às contusões e a outros modos de maltratar mais perigosos do que algumas feridas que derramam sangue⁸⁸.

Isso evidencia, também, que a lógica e a gramática devem ser dominadas pelo legislador ao elaborar as leis, com intuito de torná-las mais claras. Quanto à concisão, deve-se ter em mente que o corpo das leis seja reduzido, por um bom método, à menor dimensão possível, sempre será um volume considerável para não poder ser completamente fixado na memória dos indivíduos. Por esse motivo, Bentham propõe

⁸⁴ Ibidem, p. 179.

⁸⁵ Ibidem, p. 178.

⁸⁶ Ibidem, p. 184.

⁸⁷ Ibidem, p. 181.

⁸⁸ Ibidem.

dividir um código geral em códigos particulares, para o uso das diferentes classes que precisam conhecer uma parte das leis mais do que todas as outras⁸⁹.

De acordo com Bentham, os defeitos que mais afetam a concisão são os seguintes:

(...) as frases incidentes, os parênteses, que deveriam formar artigos distintos; a tautologia, por exemplo, quando se faz o rei da França dizer "queremos, ordenamos, e é nossa vontade" - a repetição das palavras específicas em vez da palavra genérica; a repetição da definição em vez do termo apropriado que deveria ser definido de uma vez por todas; a ampliação das frases em vez de usar as elipses usuais, por exemplo, quando se mencionam os dois sexos em um caso em que o masculino teria significado ambos, ou quando se usa o singular e o plural nos casos em que apenas um destes números seria suficiente; pormenores inúteis, por exemplo, em relação ao tempo, quando, para indicar uma época, em vez de se limitar ao evento para o qual se faz uso, insiste-se nos eventos anteriores. (BENTHAM, 1822, Vol. 7, p. 183, tradução nossa).

Com isso, Bentham ressalta a importância de corrigir esses defeitos para alcançar leis mais concisas e eficientes, contribuindo assim para a clareza e acessibilidade do sistema legal.

Em relação às qualidades secundárias da lei, Bentham nos diz que elas podem ser reduzidas a três características: força e harmonia, que dependem em parte das qualidades mecânicas da língua usada e em parte da disposição das palavras, e nobreza, que depende principalmente das ideias acessórias que se procura evitar ou introduzir⁹⁰.

Embora Bentham não tenha explorado esse ponto exaustivamente, ele nos diz que a elaboração de um conjunto de leis deveria demandar menos conhecimento científico para sua compreensão. Ou seja, ele propõe uma legislação com uma linguagem mais acessível, menos técnica-científica⁹¹.

⁸⁹ Ibidem, p. 182.

⁹⁰ Ibidem, p. 186.

⁹¹ Sobre esse ponto, Bentham declara que esses livros [jurídicos] estão cheios de uma ciência tão desagradável quanto inexata e inútil. O que há de difícil e abstrato nesta obra tem como objetivo facilitar o caminho e simplificar a busca da verdade. Quanto mais esse projeto estiver repleto de fórmulas científicas, mais purificado será o texto das leis: não serão necessárias escolas de direito para explicá-lo, nem catedráticos para comentá-lo, nem glossários específicos para entendê-lo, nem casuístas para desembaraçar suas sutilezas: ele falará a linguagem familiar a todos. Todos poderiam consultá-lo quando necessário, e o que o distinguirá dos outros livros será uma maior simplicidade e uma clareza maior. O pai de família, com

Assim, verifica-se que as regras que devem guiar a prática são as seguintes:

(i) Evitar, sempre que possível, incorporar em um corpo de leis termos legais que não sejam familiares ao público em geral⁹². A clareza e compreensão das leis são promovidas quando a linguagem utilizada é acessível e familiar à população;

(ii) Caso seja necessário recorrer a termos técnicos, é imprescindível o cuidado de defini-los no próprio texto legislativo⁹³. Essa prática não apenas facilita a compreensão imediata, mas também elimina a necessidade de consulta a outras fontes para interpretar termos especializados;

(iii) As definições utilizadas devem empregar termos conhecidos e comuns, ou, pelo menos, a cadeia de definições, independentemente do seu comprimento, deve culminar em um elo que contenha apenas palavras de uso corrente⁹⁴. Isso assegura que a compreensão seja acessível a todos, independentemente do nível de conhecimento técnico; e

(iv) Para expressar ideias similares, manter constância no uso das mesmas palavras⁹⁵. A uniformidade vocabular não apenas serve como meio de abreviação, mas também reforça a clareza da legislação. Evitar a variação de palavras minimiza a ambiguidade e garante que a intenção do legislador seja inequivocamente compreendida.

Com isso, pode-se concluir que a clareza e a concisão são as duas qualidades essenciais da estrutura das leis: a clareza é necessária para que a vontade do legislador possa ser entendida claramente; e a concisão para que a lei possa ser facilmente gravada e retida na memória do indivíduo.

Sobre esse ponto, Fermín Villalpando⁹⁶ esclarece que, havendo conflito entre a clareza e a concisão, a primeira deve prevalecer, pois, caso a lei seja difícil de gravar na memória, sempre será possível consultá-la no código de leis. Além disso, o legislador precisa ter cautela para não se tornar obscuro ao tentar ser conciso, pois, a propriedade

o texto das leis em mãos, poderá ensiná-las aos seus filhos sem intérprete e conferir aos preceitos da moral privada a força e a dignidade da moral pública. (Bentham, 1822, Vol. 7, p. 191, tradução nossa).

⁹² Ibidem, p. 188.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, p. 192.

das palavras, a harmonia e “todas as belezas” do estilo das leis devem ser sacrificadas em prol de sua clareza. Assim, Fermín Villalpando⁹⁷ defende que o essencial é que a vontade do legislador seja manifestada de modo que não haja dúvida nem disputa sobre ela, e que qualquer pessoa dotada de razão comum possa entendê-la.

Assim, verifica-se que Bentham defendeu a importância de qualidades essenciais, como clareza e concisão, na estrutura das leis. Estas características não apenas preservam a integridade da vontade do legislador, como promovem a compreensão e aplicação eficaz das leis na sociedade.

A prevalência pela clareza evidencia a necessidade de evitar ambiguidades, ininteligibilidades e equívocos nas proposições legais. Por intermédio do domínio na lógica e gramática, o legislador tem a habilidade de tornar as leis acessíveis e compreensíveis à sociedade.

Em relação à concisão, a proposta de Bentham de dividir o código geral em códigos particulares para diferentes classes oferece uma abordagem prática. Tal estratégia não apenas simplifica o entendimento das leis, como facilita a sua memorização pelo indivíduo, proporcionando uma aplicação mais eficiente à sociedade.

Assim, a contribuição de Bentham para a teoria da legislação ressalta a importância de uma linguagem clara, concisa e acessível nas leis para garantir sua eficácia, compreensão e justa aplicação na sociedade. Seu legado desafia o legislador a considerar não apenas as leis em sentido material, ou seja, seu conteúdo, mas também a forma em que elas são estruturadas.

⁹⁷ Ibidem.

3.

Nomografia: Aperfeiçoamento da Estrutura das Leis

No início do século XIX, Jeremy Bentham, centrando sua preocupação no entendimento das leis elaboradas pelos legisladores, conduziu uma série de estudos que posteriormente foram compilados sob o título *Nomografia*. Por meio desses estudos, Bentham visava a oferecer uma análise dos desafios inerentes à elaboração das leis⁹⁸.

Logo no primeiro capítulo Bentham esclarece o objetivo da obra nos seguintes termos:

No presente trabalho, o termo nomografia será usado para distinguir a parte da arte de legislar que se relaciona com a forma que foi dada, ou que é apropriada para dar, ao conteúdo do qual o corpo de leis e suas várias partes são compostos; ou seja, vamos nos referir à forma em oposição ao conteúdo, na medida em que uma separação entre os dois é praticável (BENTHAM, 2004, p. 4, tradução nossa).

Da leitura da citação acima, é possível aferir que Bentham defendeu, categoricamente, a viabilidade de separação entre forma e matéria, considerando ambos como elementos constituintes das leis. Para ele, a matéria das leis refere-se à parte responsável por expressar o seu conteúdo, enquanto a forma consiste nos sinais pelos quais esses conteúdos são significados, ou seja, as palavras e a combinação de palavras utilizadas para expressá-los⁹⁹.

Ao admitir a possibilidade de separação entre a lei em sentido material e formal, Bentham realizou uma série de análises acerca da eficácia das leis sob o aspecto formal/estrutural, identificando suas principais deficiências e propondo as respectivas correções.

Paolo Scarlatti¹⁰⁰ ressalta que a *Nomografia* se insere em uma reflexão crítica mais ampla sobre a linguagem, abordando aspectos essenciais do discurso jurídico, tanto em

⁹⁸ Sgarbi, 2007, p. 91.

⁹⁹ Bentham, 2004, p. 4.

¹⁰⁰ Scarlatti, 2010, p. 159.

relação à sua estrutura lógica e sintática quanto à forma gramatical e semântica. Nesse sentido, a análise crítica da linguagem jurídica, constante de toda a obra de Bentham, traz enriquecedores ensinamentos acerca do problema da estruturação e qualidade da lei.

Assim, neste capítulo, serão analisadas as deficiências que podem incorrer os textos legislativos, assim como suas soluções, conforme defendido por Bentham.

3.1.

Identificação de vícios na estrutura das leis

De acordo com a teoria da legislação de Bentham, os defeitos de estruturação das leis podem ser classificados de “vícios de primeira ordem” e “vícios de segunda ordem”. Os vícios de primeira ordem são a (i) ambiguidade, (ii) obscuridade e (iii) volumetria¹⁰¹, ao passo que aqueles de segunda ordem são a (i) insegurança de expressão, (ii) redundância, (iii) prolixidade, (iv) ausência de auxílios para a compreensão da lei e (v) desordem¹⁰².

O primeiro ponto a ser observado é que vícios de primeira ordem se encontram intrinsecamente relacionados às imperfeições de segunda ordem, uma vez que aqueles derivam destes. Isso significa que os efeitos dos vícios de segunda ordem, quando constatados, podem desencadear em vícios nas leis de primeira ordem¹⁰³.

A título de exemplo, observamos que a *incerteza na expressão* é identificada como uma fonte primária de *obscuridade*, pois, neste vício, surgem suspeitas quanto à disparidade de significados, mesmo que essas suspeitas sejam passíveis de esclarecimento. Subsidiariamente, esse vício de segunda ordem pode resultar em volumetria, exceto se diferentes expressões, usadas para denotar o mesmo significado, tenham exatamente o mesmo tamanho¹⁰⁴.

A *redundância* nas leis, por sua vez, é responsável por causar *volumetria* e pode também desencadear *obscuridade* e, em menor grau, *ambiguidade*. Já *prolixidade* é

¹⁰¹ Ibidem, p. 27.

¹⁰² Ibidem, p. 35.

¹⁰³ Ibidem, p. 27.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 36.

responsável por conduzir o texto legislativo à *obscuridade*, e, em menor grau, a *ambiguidade*¹⁰⁵.

A ausência de auxílios para a compreensão da lei acarreta tanto a *ambiguidade* quanto a *obscuridade*, e em menor grau, também pode gerar a *volumetria*¹⁰⁶.

Quanto à *desordem*, Bentham destaca que, dependendo de sua intensidade, ela pode ser fonte de todos os vícios de primeira ordem (*ambiguidade*, *obscuridade* e *volumetria*)¹⁰⁷.

A tabela abaixo esquematiza as relações de causa e efeito apresentadas:

Vícios em textos legislativos e suas consequências formais		
Vícios de 2ª ordem	Vícios de 1ª ordem (consequências)	Outras consequências
Incerteza na Expressão	Obscuridade	Ambiguidade
Redundância	Volumetria	Obscuridade Ambiguidade
Prolixidade	Obscuridade	Ambiguidade
Falta de Auxílios à Intelecção	Ambiguidade Obscuridade Volumetria	
Desordem	Ambiguidade Obscuridade Volumetria	

Fonte: elaborado pela autora.

Com isso, é possível concluir que a relação entre os vícios de primeira e segunda ordem evidencia a complexidade inerente à forma e estrutura das leis, possuindo relação direta com a sua compreensão pela sociedade. Por esse motivo, à luz dos vícios de primeira e segunda ordem, no contexto da reforma do sistema Common Law, Bentham enfatiza que esse sistema representa um exemplo peculiar, manifestando todos esses tipos de vícios não apenas no âmbito jurídico, mas também em outras áreas de conhecimento¹⁰⁸.

Feita essa apresentação dos vícios de segunda e primeira ordem, prossegue-se com a análise específica dos vícios de primeira ordem. Cabe ressaltar que esta pesquisa

¹⁰⁵ Ibidem, p. 37.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 41.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 46.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 22.

se restringe à análise dos vícios de primeira ordem, uma vez que, como mencionado anteriormente, estes derivam dos vícios de segunda ordem¹⁰⁹.

3.1.1.

Ambiguidade e suas consequências

A ambiguidade surge devido à presença de uma palavra ou expressão que pode ser interpretada de duas maneiras distintas. Bentham define a ambiguidade como a constatação de um termo com dois significados, o que gera incerteza sobre a verdadeira intenção do legislador¹¹⁰.

Essa percepção alinha-se à observação de Sgarbi, que, ao abordar a ambiguidade, ressalta que a utilização de uma mesma palavra ou expressão para indicar dois objetos ou fenômenos distintos caracteriza esse vício, resultando no potencial compreensão variada na linguagem comum ou ordinária¹¹¹.

Embora Bentham tenha trazido em sua *Nomografia*, o mencionado vício foi por ele invocado, pela primeira vez, na sua obra *Um Fragmento Sobre o Governo*, quando o autor inglês refutou um trecho da obra *Comentários sobre as Leis da Inglaterra*, escrito por Blackstone¹¹², em que abordava-se aspectos da relação entre governo e sociedade natural. Nessa empreitada, Bentham apontou o referido vício nos seguintes termos:

¹⁰⁹ As definições dos vícios de segunda ordem, de acordo com a teoria de Bentham, encontram-se postas no capítulo V de sua *Nomografia*.

¹¹⁰ Ibidem, p. 30.

¹¹¹ Sgarbi, 2007, p. 1.

¹¹² Texto de Blackstone em que Bentham identificou ambiguidade: o único fundamento verdadeiro e natural da sociedade são as necessidades e os medos dos indivíduos. Não que possamos acreditar, como alguns autores teóricos, que houve um tempo em que não existia algo como a sociedade; e que, por um impulso da razão e um senso de suas necessidades e fraquezas, os indivíduos se reuniram em um grande plano, firmaram um contrato original e escolheram o homem mais eminente presente para ser seu governador. Essa noção de que realmente existiu um estado de natureza isolado é exagerada demais para ser admitida com seriedade; ela também é claramente contraditória com as explicações desenvolvidas sobre a origem primitiva da humanidade e sua preservação dois mil anos depois, que foram realizadas em ambos os casos por famílias individuais. Essas formaram a primeira sociedade entre nós, que a cada dia amplia seus limites e que, quando se tornou grande demais para subsistir com conveniência no estado pastoral, no qual os Patriarcas parecem ter vivido, necessariamente se subdividiu em outras por meio de várias migrações. Posteriormente, quando a agricultura, que emprega e pode sustentar um número muito maior de pessoas, aumentou, as migrações se tornaram menos frequentes; e várias tribos, que antes se separavam, foram novamente reunidas, às vezes por força e conquista, às vezes por acidente e às vezes talvez por acordo. Mas, embora a sociedade não tenha tido suas origens formais em nenhuma convenção de indivíduos, ela agiu a partir de suas necessidades e seus medos; no entanto, é o senso de sua fraqueza e imperfeição que

(...) Pode ser, afinal, que tenhamos confundido seu significado. Que estivéssemos supondo que ele pretendia implicar a afirmação de um fato, e ter escrito, pelo menos no início, esta frase como um observador histórico: quando, tudo o que ele quis dizer com isso, talvez, foi falar em qualidade de Censor, e em um suposto caso, para expressar um sentimento de aprovação. Em suma, o que ele quis dizer, talvez, foi nos persuadir de que não é que o "governo" realmente "resultou" da "sociedade" natural; mas que teria sido melhor se tivesse que ser assim; ou seja, porque é necessário "preservar e manter" os homens "nesse estado de ordem", em que é vantajoso para eles que eles estejam. Qual dos personagens mencionados eu quero sugerir é um problema que devo deixar para ser determinado. A distinção, talvez, seja o que nunca lhe ocorreu; e a verdade é a mudança imperceptível, e sem aviso prévio, de um desses personagens para outro, é um erro que parece inveterado em nosso Autor; e dos quais provavelmente temos mais exemplos do que podemos imaginar.” (BENTHAM, 2010, p. 106, tradução nossa).

No exemplo citado, Bentham identifica a ambiguidade pois ele, ou outros leitores, poderiam ter suposto erroneamente que Blackstone estava afirmando um fato histórico, quando, na verdade, Blackstone poderia estar expressando um sentimento de aprovação como censor/crítico. Essa ambiguidade reside na dualidade de interpretações possíveis da declaração de Blackstone sobre a relação entre governo e sociedade natural.

Nesse contexto, Bentham nota a mudança abrupta no tom da expressão de Blackstone, transitando entre a função de observador histórico para a de censor/crítico, o que resulta em uma ambiguidade sobre a mensagem pretendida. A ambiguidade, portanto, consiste na dificuldade de determinar com certeza o significado exato da declaração de

mantém a humanidade unida; e isso prova a necessidade dessa união; é, portanto, a base sólida e natural e o cimento da sociedade: E é isso que se quer dizer com o contrato original da sociedade; que, embora talvez em nenhum caso seja formalmente expresso como a primeira instituição de um estado, deve, no entanto, por natureza e razão, ser sempre entendido e implícito no próprio ato de associação conjunta: a saber, que o todo deve proteger todas as suas partes, e que cada parte deve obedecer à vontade do todo; ou, em outras palavras, que a comunidade deve proteger os direitos de cada membro individual, e que (em troca dessa proteção) cada indivíduo deve se submeter às leis da comunidade; às quais, sem a submissão de todos, era impossível que a proteção se estendesse aos outros. Uma vez que a sociedade já tenha sido formada, o governo é, naturalmente, necessário para preservar e manter essa sociedade em ordem. A menos que algum superior seja instalado, cujas ordens e decisões todos os membros sejam obrigados a obedecer, eles ainda permaneceriam em um estado de natureza, sem nenhum juiz na terra para definir seus vários direitos e reparar seus vários erros.

Blackstone, já que ela pode ser interpretada de maneiras distintas, gerando dúvidas sobre a intenção original do autor.

Nos textos legislativos, a presença desse mesmo vício pode resultar em interpretações divergentes, criando duplicidade de entendimentos sobre a mesma lei e gerando dificuldades para a sociedade compreender seus direitos e deveres. Essa ambiguidade, além de contribuir para a insegurança jurídica, pode propiciar o surgimento de raciocínios falaciosos e discussões estéreis, meramente verbais¹¹³.

Assim, a análise acerca da ambiguidade, à luz da perspectiva de Bentham, revela a complexidade intrínseca desse defeito na linguagem legislativa. A dualidade de significados, exemplificada no caso de Blackstone, destaca a importância de uma expressão clara e inequívoca nas leis.

Nesse sentido, a transposição desse fenômeno para o contexto legislativo pode gerar interpretações conflitantes, ameaçando a compreensão coesa e a aplicação eficaz das leis pela sociedade. Além de contribuir para a insegurança jurídica, a ambiguidade pode fomentar debates estéreis e raciocínios falaciosos.

Com isso, a necessidade de mitigar a ambiguidade transcende a mera clareza textual, constituindo uma medida essencial para fortalecer a base jurídica, promovendo a compreensão das leis pela sociedade.

3.1.2.

Obscuridade e impacto na aplicação das leis

A compreensão do conceito de obscuridade, segundo Bentham, parte da noção de que uma expressão utilizada no texto legislativo, pelo menos em princípio, não oferece um significado claro e inequívoco que possa ser atribuído à intenção original do legislador¹¹⁴.

¹¹³ Sgarbi, 2004, p. 91.

¹¹⁴ BENTHAM, 2004, p.30.

Reconhecendo que esta definição inicial poderia suscitar dúvidas sobre sua distinção em relação à ambiguidade¹¹⁵, Bentham realiza comparações entre ambos os vícios em diversas passagens da *Nomografia*, visando a esclarecer suas diferenças. Ele destaca que, no caso da ambiguidade, a mente do leitor oscila entre um número determinado de significados, enquanto, na obscuridade, essa oscilação ocorre entre um número indeterminado e possivelmente infinito de interpretações, caracterizando-a como a ambiguidade levada ao máximo¹¹⁶.

Veja, portanto, que a obscuridade implica que determinada passagem do texto legislativo possui mais de dois significados, podendo abranger entendimentos indeterminados. Dessa forma, a obscuridade representa um patamar superior à ambiguidade, uma vez que, na primeira, há pelo menos dois possíveis entendimentos extraídos do texto, enquanto na segunda, podem existir vários, sem limites claros.

Ou seja, a obscuridade surge quando as expressões utilizadas no texto legislativo não oferecem uma clareza inequívoca, permitindo uma multiplicidade de interpretações e entendimentos por parte da sociedade.

Para melhor compreensão do conceito, consideremos novamente o trecho mencionado de Blackstone no subtópico anterior. Além de apontar a ambiguidade, Bentham evidencia que o mesmo trecho está repleto de obscuridades, nos seguintes termos:

"A preservação da humanidade", observa ele, "foi feita por famílias individuais". Isso é o que, com base na autoridade das Sagradas Escrituras, ele assume; e é daqui que teríamos concluído que a noção de um contrato original (a própria noção que ele adota mais tarde) é ridícula. A força desta conclusão, devo admitir, não vejo. A humanidade foi preservada por famílias individuais - Tanto faz. O que há para impedir que "indivíduos" dessas famílias, ou famílias descendentes dessas famílias, se encontrem "mais tarde, em uma vasta planície", ou em qualquer outro lugar, "entrando em um contrato", ou qualquer outro contrato, "e escolher o homem mais eminente", ou qualquer outro, "Presente" ou ausente para ser seu Governador? A "clara contradição" que o nosso Autor encontra entre esta suposta transição e a "preservação da humanidade pelas famílias individuais", é o que devo admitir que não consigo descobrir. Quanto ao "estado de natureza isolado realmente

¹¹⁵ De acordo com Bentham, "a conexão entre ambiguidade e obscuridade é tão estreita que as duas podem ser indistinguíveis (BENTHAM, 2004, p. 30, tradução nossa).

¹¹⁶ Ibidem, p. 30.

existente" do qual ele fala, "cuja noção", diz ele, "é absurda demais para ser admitida seriamente", o que se deve fazer com ele é o que, já que ele nos deu nenhuma noção disso, não posso julgar." (BENTHAM, 2004, p. 79, tradução nossa).

E continua a análise, apontando mais uma evidência de obscuridade:

Algo positivo, no entanto, em um lugar, parece ser. Essas "famílias individuais" pelas quais a preservação da humanidade foi efetuada; essas famílias individuais, ele sugere, "formaram a primeira sociedade". Isso é algo para continuar; uma sociedade de uma classe ou outra; uma sociedade natural, ou outra política, foi formada. Eu colocaria um caso aqui, e então eu proporia uma pergunta. Nesta sociedade, diremos que nenhum contrato ainda foi firmado, nenhum hábito de obediência ainda foi formado. Era então apenas uma sociedade natural, ou era política? De minha parte, de acordo com a noção das duas classes da sociedade explicada acima, não posso ter nenhuma dificuldade. Foi apenas natural. Mas, de acordo com a noção do nosso Autor, o que ela era? Se já fosse uma política, que noção ele nos daria para que fosse natural, e por que acaso o precedente natural teria se tornado uma política? Se isso não era política, então que tipo de sociedade vamos entender que é política? Com que sinal vamos distingui-lo do natural? A isto, é claro, o nosso Autor não deu qualquer resposta. Ao mesmo tempo, dar-lhe uma resposta era, no mínimo, o propósito declarado do longo parágrafo à nossa frente. (BENTHAM, 2004, p. 80, tradução nossa).

De acordo com Bentham, a afirmação de Blackstone de que "a preservação da humanidade foi feita por famílias individuais", revela obscuridade, pois a ausência de clareza na articulação da ideia gera dúvidas ao leitor sobre o verdadeiro significado da frase, dando margem a interpretações variadas e indefinidas.

A obscuridade, nesse contexto, surge da complexidade na compreensão das relações propostas por Blackstone, como a preservação da humanidade pelas famílias individuais e a formação da primeira sociedade. A ausência de respostas claras de Blackstone acerca de pontos cruciais cria uma névoa interpretativa, contribuindo para a obscuridade presente no texto analisado por Bentham.

Nesse sentido, assim como a ambiguidade, a obscuridade não apenas tem o potencial de dar origem a interpretações divergentes, mas também de prejudicar substancialmente a compreensão precisa das leis, contribuindo para o surgimento de potenciais controvérsias e desafios quanto à sua aplicação prática.

À luz do conceito de obscuridade definido por Bentham, verifica-se que esse defeito vai além da simples dualidade de significados observada na ambiguidade. Ao destacar a oscilação entre interpretações indeterminadas e possivelmente infinitas, Bentham evidencia a obscuridade como uma expressão que, no texto legislativo, propicia uma multiplicidade de entendimentos na sociedade.

A comparação entre ambiguidade e obscuridade, exemplificada na análise do trecho de Blackstone, revela que a obscuridade pode abranger uma gama mais ampla de interpretações, criando um ambiente propício para controvérsias e incertezas. O exemplo específico do texto de Blackstone, analisado por Bentham, destaca como a ausência de clareza nas relações propostas pelo autor gera dúvidas e confusões, levando à obscuridade na compreensão das ideias apresentadas.

Portanto, além de seu potencial para gerar controvérsias, a obscuridade compromete a aplicação precisa das leis, instigando a necessidade de uma redação legislativa mais clara e inequívoca para promover uma compreensão efetiva e uma aplicação justa na sociedade.

3.1.3.

Desafios do tamanho desarrazoado das leis

Embora Bentham tenha identificado a volumetria como um vício de primeira ordem no texto legislativo, sua abordagem na *Nomografia* foi mais contida, descrevendo-o como uma imperfeição resultante do acúmulo de leis. A raiz desse vício consiste na incapacidade humana de assimilar o conteúdo de uma grande quantidade de leis, levando a partes significativas de uma legislação a permanecerem desconhecidas para muitos, o que compromete sua eficácia na sociedade¹¹⁷.

Nesse contexto, Bentham distingue a volumetria em duas categorias: absoluta e relativa. A volumetria absoluta ocorre quando a lei, como um todo, é tão extensa que se torna praticamente impossível para qualquer indivíduo que deseje obedecê-la compreender todo o seu conteúdo de maneira consistente e eficaz. Já a volumetria relativa

¹¹⁷ Ibidem, p. 33.

ocorre quando um indivíduo específico não consegue assimilar trechos da lei que são relevantes para ele e de interesse para sua conformidade com as mesmas¹¹⁸.

Sobre essa questão, tomemos como exemplo uma hipótese trazida pelo próprio Bentham:

(...) se uma pessoa que se casa, e portanto, começa a preocupar-se a partir desse momento para conhecer e ter em conta as estipulações contínuas no código matrimonial, pode acontecer no curso natural das coisas que ele ou ela se torna pai. Se do fato de ser marido a paternidade deriva certa e imediatamente, seria necessário conhecer ao mesmo tempo as estipulações relativas à paternidade e as estipulações relativas à condição de marido. Mas não sinto uma conexão tão necessária e imediata neste caso, porque acontece que muitos maridos nunca se tornam pais, aqui está uma razão suficiente para manter o código da paternidade separado do código do casamento. (Bentham, 2004, p. 54, tradução nossa).

Essa hipótese destaca a necessidade, defendida por Bentham, de segregação das leis em diversos segmentos, como por exemplo, conforme a matéria abordada pela lei, o que evidencia a importância de uma lei mais sistematizada e organizada na estruturação do corpo legal. Tal abordagem, ao aumentar a eficácia das leis, assegura que o indivíduo diretamente afetado por determinada lei não terá dificuldades em entendê-la, promovendo uma compreensão mais clara e facilitando a conformidade legal da sociedade.

Ao analisarmos os desafios decorrentes da volumetria, conforme destacado por Bentham, constata-se a necessidade de uma reestruturação eficaz no corpo legislativo. A volumetria se revela como um entrave significativo à compreensão e aplicação efetiva das leis na sociedade.

A distinção entre volumetria absoluta e relativa ressalta a complexidade do problema, indicando que a extensão excessiva das leis pode dificultar tanto a compreensão global por parte dos indivíduos quanto a assimilação de trechos específicos pertinentes a indivíduos em determinadas situações. A hipótese apresentada por Bentham sobre o casamento e a paternidade destaca a importância da segregação das leis conforme a matéria abordada, reforçando a necessidade de uma estrutura mais organizada e sistematizada no corpo legal.

¹¹⁸ Ibidem, p. 34.

Portanto, a reorganização e simplificação das leis são essenciais para mitigar os desafios impostos pelo tamanho desarrazoado, assegurando uma compreensão clara e facilitando a conformidade legal da sociedade.

3.2.

Estratégias de correção dos vícios identificados

Com a consolidação dessas regras na *Nomografia*, Bentham buscou formular diretrizes para a eliminação de ambiguidades, obscuridades e volumetria. Assim, conforme defendido pelo autor inglês, ao observar tais estratégias, o legislador promoveria uma legislação mais acessível e compreensível, melhorando assim, a eficiência, interpretação e aplicação das leis¹¹⁹.

Assim, uma vez apresentados os vícios de primeira ordem, passa-se a expor as estratégias indicadas por Bentham para corrigi-los. Estas estratégias, denominadas pelo autor inglês como “remédios”, constituem regras que o legislador deve observar por ocasião da elaboração das leis.

3.2.1.

Regras gerais para mitigação dos vícios identificados

Antes de examinarmos as estratégias formuladas por Bentham para cada vício específico, faz-se importante analisar as estratégias comuns aplicáveis a todos os vícios, as quais pode-se denominar de regras gerais.

A primeira regra consiste no seguinte: quando um grupo de indivíduos é frequentemente mencionado pela lei, mas não possui uma denominação própria, em vez de recorrer a uma descrição vaga e mutável, deve-se optar por um termo abreviado, se este já existir na linguagem comum. Posteriormente, esse termo deve ser definido de maneira apropriada à natureza do objeto, sempre que possível¹²⁰.

¹¹⁹ Ibidem, p. 49.

¹²⁰ Ibidem, p. 65.

Uma vez que esse termo, simples ou composto, seja definido de acordo com a natureza do objeto, ele deve ser utilizado todas as vezes em que aparecer no texto legal. Além disso, deve-se criar um índice com os termos assim definidos, incluindo referências às passagens em que são utilizados¹²¹.

Bentham destaca que como os diferentes tipos de letras são universalmente reconhecidos, cada uso de um tipo diferente servirá como um certificado de que a palavra consta no índice, indicando que se trata de uma palavra à qual o legislador dedicou atenção especial e cujo escopo foi definido previamente¹²².

Com a adoção dessa regra, o autor inglês defende que essa estratégia beneficiária a sociedade, pois serviria como um aviso sobre a estabilidade conferida à palavra ou combinação de palavras pelo legislador, assim como beneficiária também o legislador, pois as informações atuariam como um lembrete e um alerta para não alterar o significado do termo sem aviso prévio na lei¹²³.

Para melhor compreensão desta regra, Bentham exemplifica o termo “agentes de recompensa”, mencionado no Estatuto 45 Geo. III cap. 72. Neste Estatuto, este termo, mencionado em diversas passagens simplesmente como “agentes de recompensa”, se encontra referenciado de outra forma na primeira menção a eles no Estatuto. O termo inicialmente utilizado é uma longa sequência de palavras, após a qual são usados diversos nomes em diferentes pontos do texto¹²⁴.

A segunda regra consiste no seguinte: quando vários objetos estão estreitamente relacionados e podem ser agrupados sob um mesmo título, a fim de evitar repetições constantes, que podem ser confusas, recomenda-se encontrar ou criar um termo genérico mais abrangente. Esse termo genérico deve ser utilizado em vez das várias séries de termos específicos¹²⁵.

Para melhor compreensão desta regra, Bentham exemplifica o mesmo Estatuto 45 Geo III, cap. 72, cuja palavra “captadores” é empregada no texto. No entanto, para distinguir os grupos de indivíduos mencionados por esse termo, nem na primeira menção

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem, p. 66.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem, p. 66.

nem em qualquer outra são utilizados outros nomes. Em vez disso, uma lista completa e não exaustiva de termos relacionados é usada ao longo do texto. Da mesma forma, as comissões monetárias concedidas a pessoas diferentes por motivos diversos são mencionadas em diferentes partes, com nomes como “prêmio monetário”, “subsídio monetário”, “indenização monetária por salvamento” e “recompensa por apreensão”. “Incentivo monetário” pode ser adotado como termo genérico que engloba todos esses casos¹²⁶.

A terceira regra consiste no seguinte: quando uma denominação para um objeto é longo e pode ser substituído por um termo popular, recomenda-se a utilização deste último. Após definir o termo autêntico, para garantir a clareza, deve-se utilizá-lo de forma consistente¹²⁷.

Tomemos como exemplo o mesmo Estatuto 45 Geo III, cap. 72. Neste documento, o estabelecimento usualmente denominado “Hospital Greenwich” é formalmente designado como “Royal Greenwich Hospital” em algumas passagens, ao passo que em outras é referenciado por uma outra denominação, mais longa, relativo ao nome que constava em seu alvará de fundação, que é “Os Governadores e Diretores do Hospital Real Greenwich”. Segundo Bentham, “Greenwich Hospital” deve ser entendido como englobando tanto os governantes quanto a instituição que eles administram, a fim de evitar confusões introduzidas por um nome longo e composto¹²⁸.

Por fim, a quarta regra apresentada por Bentham, consiste no seguinte: em casos em que um cargo pode ser ocupado de diferentes formas e em momentos distintos, por diferentes entidades ou com nomes variados, recomenda-se o uso do termo mais simples na primeira menção e, posteriormente, a sua associação a sinônimos ou expressões equivalentes em uso. Para garantir a concisão, o termo mais simples deve ser utilizado, a menos que o contexto exija o uso de um sinônimo específico¹²⁹.

Em conclusão, ao examinarmos as estratégias comuns propostas por Bentham para combater os vícios no texto legislativo, denominadas de regras gerais, torna-se evidente sua busca por clareza, precisão e eficácia na comunicação jurídica. A primeira

¹²⁶ Ibidem, p. 67.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem, p. 68.

regra, enfocando a utilização de termos abreviados com definições claras, destaca-se como uma ferramenta para simplificar e uniformizar a linguagem jurídica, proporcionando maior compreensibilidade tanto para os legisladores quanto para a sociedade. A criação de índices específicos reforça a importância de uma organização sistemática, facilitando a localização e entendimento dos termos definidos.

A segunda regra, ao recomendar a adoção de termos genéricos para agrupar objetos relacionados, busca evitar repetições confusas e contribuir para uma legislação mais concisa.

A terceira regra, enfocando a preferência por termos populares em detrimento de nomes autênticos longos, visa garantir a clareza e evitar confusões causadas por denominações extensas. Por fim, a quarta regra, ao preconizar o uso do termo mais simples na primeira menção e a associação a sinônimos posteriormente, enfatiza a importância da concisão e da adaptabilidade da linguagem jurídica.

Ao adotar essas regras gerais, Bentham visava não apenas melhorar a redação legislativa, mas também proporcionar maior acessibilidade, compreensão e eficácia no sistema jurídico como um todo.

3.2.2.

Mitigações da ambiguidade e da obscuridade

Apesar dos esforços de Bentham para distinguir o conceito de ambiguidade e obscuridade, observa-se que embora o autor inglês tenha apresentado regras para evitar a ambiguidade, não abordou as regras específicas para evitar a obscuridade¹³⁰. Contudo, considerando que a obscuridade é concebida como “uma ambiguidade em um grau mais elevado”, poder-se-ia presumir que a apresentação específica das regras para obscuridade foi dispensada por Bentham, uma vez que as regras para ambiguidade também a ela se aplicariam.

Para compreender as regras corretivas, destinadas a mitigar tanto a ambiguidade quanto a obscuridade, é importante ter em mente que sua aplicação varia conforme a

¹³⁰ Ibidem, p. 49.

manifestação do vício no texto legislativo, conforme será melhor detalhado adiante.

De acordo com Bentham, quando se trata de ambiguidade ou obscuridade *in terminis* ou *in vocabulo* (isto é, dentro de palavras ou termos), a estratégia não é universalmente aplicável. Nesse cenário, pode surgir a necessidade de ajustar a palavra ou termo em questão ou delimitar seu escopo por meio de explicações adaptadas à natureza única de cada caso individual. Essa mesma abordagem se aplica quando a ambiguidade ou obscuridade ocorre *in propositione* ou *in contextu* (isto é, a proposição ou no contexto) do texto legislativo¹³¹.

No entanto, quando a ambiguidade ou obscuridade surge *in situ* (isto é, no dispositivo legal como um todo), como resultado de uma colação imprópria, Bentham aponta regra geral que pode ser aplicada a todos os casos. Nesse caso, os vícios frequentemente ocorrem quando uma cláusula é inserida entre duas proposições, inicialmente interpretada como destinada a eliminar uma delas, mas, na realidade, pretendia aplicar-se apenas a uma delas¹³².

Nessa hipótese, a estratégia proposta por Bentham consiste em:

1º. Inserir a cláusula limitante não entre as duas proposições ou após ambas, mas dentro de uma delas, explicitamente sobre aquela à qual se deseja que a limitação se aplique. Contudo, quando o objetivo é aplicar uma cláusula limitante a duas ou mais proposições principais, a regra é inseri-la antes de todas elas¹³³.

2º. Contudo, quando o objetivo é aplicar uma cláusula limitante a duas ou mais proposições principais, a regra é inseri-la antes de todas elas¹³⁴.

Em relação à primeira regra, vale esclarecer que a estratégia apresentada por Bentham consiste em inserir a cláusula limitante não entre as duas proposições ou após ambas, mas dentro de uma delas, explicitamente sobre aquela à qual se deseja que a limitação se aplique¹³⁵.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem, p. 50.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Ibidem.

Com a aplicação de ambas as estratégias propostas acima, Bentham destaca que evitaria ambiguidades e obscuridades quanto ao destinatário da cláusula limitante, prevenindo interpretações equivocadas decorrentes de suposições preferenciais do indivíduo atingido pela lei de aplicação a uma proposição específica, pois, quando a cláusula limitante é posicionada antes da primeira das proposições a serem limitadas, evita-se o erro discutido em relação à primeira proposição, proporcionando uma compreensão precisa desde o início¹³⁶.

Por fim, no que diz respeito à ambiguidade *ex vocabulo* (isto é, nas palavras), Bentham sugere evitar o uso de termos jurídicos ambíguos e fornecer definições, por meio de um glossário, por exemplo, para todas as palavras de significado duvidoso ou variável, com intuito de mitigar quaisquer dúvidas quanto à sua interpretação¹³⁷.

Em síntese, apesar de Bentham não ter detalhado regras específicas para evitar a obscuridade no texto legislativo, sua abordagem centrada na ambiguidade e as estratégias propostas para corrigi-la também podem ser aplicadas à obscuridade. Ao considerar a obscuridade como uma ambiguidade em um grau mais elevado, presume-se que as regras direcionadas à ambiguidade abordariam igualmente a obscuridade.

A ênfase de Bentham na necessidade de ajustar palavras ou termos, delimitar seus escopos e fornecer explicações adaptadas a cada caso individual se estende a ambiguidades e obscuridades tanto dentro de palavras quanto no contexto geral do texto legislativo.

Quando a ambiguidade ou obscuridade surge de uma colação imprópria, Bentham oferece regras específicas, como a inserção de cláusulas limitantes, seja entre proposições individuais ou antes de um conjunto delas.

A aplicação consistente dessas estratégias visa a prevenir interpretações equivocadas e garantir uma compreensão precisa desde o início. Além disso, a sugestão de evitar o uso de termos jurídicos ambíguos e fornecer definições claras para palavras com significados duvidosos ou variáveis, por meio de um glossário, destaca o compromisso de Bentham com a clareza e a compreensibilidade na redação legislativa.

¹³⁶ Ibidem, p. 51.

¹³⁷ Ibidem, p. 52.

Portanto, ao sugerir essas regras e estratégias, Bentham buscou assegurar uma legislação acessível, eficaz e livre de ambiguidades e obscuridades.

3.2.3.

Adequação do tamanho das leis

Para corrigir o vício de volumetria, Bentham propôs a regra da distribuição, a qual preconiza que as leis devem ser estruturalmente divididas com intuito de viabilizar que o indivíduo possa consultar facilmente os pontos de seu interesse, sem que para isso precise acessar partes da lei que não lhe interessam. Essa é a principal estratégia para mitigar o tamanho desarrazoado das leis¹³⁸.

Ao aplicar a regra da distribuição, o legislador deve, primeiramente, analisar dois aspectos relevantes. O primeiro deles consiste em garantir que, ao consolidar a legislação para uso de indivíduos ou grupos específicos, nenhum fragmento da matéria legislativa seja incluído sem relevância para esses indivíduos em particular, garantindo, assim, a pertinência da legislação em questão. O segundo é que, ao distinguir a matéria legislativa com base nos interesses de cada indivíduo ou grupos específicos, torna-se essencial evitar a omissão de qualquer parte que possa envolver essa-los, independentemente de seu grau de interesse imediato¹³⁹.

Um outro viés da regra de distribuição consiste na separação da matéria legislativa relacionada ao interesse imediato daquela relacionada ao interesse a longo prazo de cada indivíduo ou grupos específicos. Essa estratégia decorre do fato de que, segundo Bentham, o indivíduo ou grupos específicos somente estarão motivados a compreender e cumprir as obrigações que essa lei implica, quando a lei desperta lhe despertam interesse, seja em sua vida financeira ou pessoal¹⁴⁰.

Bentham destaca, ainda, que o legislador deve analisar as diferentes perspectivas que uma mesma lei pode ter em relação a diferentes pessoas, levando em consideração os

¹³⁸ Ibidem, p. 53.

¹³⁹ Ibidem, p. 53.

¹⁴⁰ Ibidem.

diferentes impactos em seus interesses e as razões distintas pelas quais é importante compreender seu conteúdo¹⁴¹.

Tomemos como exemplo a hipótese trazida por Bentham, já mencionada no item 4.1.3 deste trabalho. Quando um indivíduo contrai um matrimônio, lhe interessará as regras do casamento, ou seja, do código matrimonial. Esse mesmo indivíduo, caso se torne pai, se tornará interessado no código de paternidade. Todavia, pode acontecer de o indivíduo nunca se tornar pai, e assim, não se interessará pelo código de paternidade. Por esse motivo, com intuito de evitar uma complexidade de leis, torna-se eficiente manter os códigos matrimoniais e de paternidade separados¹⁴².

Além da regra de distribuição, para facilitar o acesso e a compreensão de cada fragmento de lei, independentemente a quem se aplica, Bentham propõe a adoção de cabeçalhos que inclui o nome ou a referência dos indivíduos ou grupo específicos, juntamente com a subdivisão correspondente (capítulo, seção ou artigo). Essa estratégia, acompanhada por uma breve descrição do conteúdo da lei, proporcionará informações adequadas a cada indivíduo sobre o fragmento de lei relevante, evitando a necessidade de incluir detalhes extensos sob o título a quem se aplica¹⁴³.

Em conclusão, a estratégia proposta por Bentham para corrigir o vício de volumetria nas leis, conhecida como a regra da distribuição, oferece uma abordagem sistemática e pragmática para mitigar o tamanho desarrazado das legislações. Ao focar a divisão estrutural das leis, a regra da distribuição visa garantir que os indivíduos possam facilmente acessar os pontos relevantes sem a necessidade de percorrer seções irrelevantes.

A análise da pertinência da legislação para grupos específicos, a distinção entre interesses imediatos e a longo prazo, juntamente com a consideração das diferentes perspectivas que uma mesma lei pode ter em relação a diferentes pessoas, destaca a preocupação de Bentham em adaptar a legislação às necessidades e interesses variados da sociedade.

O exemplo prático dado por Bentham sobre os códigos matrimoniais e de paternidade demonstra a eficácia da separação de leis relacionadas a interesses distintos.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem, p. 54.

¹⁴³ Ibidem.

Além disso, a proposta de incluir cabeçalhos que identifiquem claramente a quem se destina cada fragmento de lei, acompanhados de uma breve descrição do conteúdo, visa tornar a legislação mais acessível e compreensível para todos os cidadãos.

Dessa forma, a adequação do tamanho das leis, conforme delineado por Bentham, não apenas promove a clareza e a eficácia na comunicação legislativa, mas também contribui para a construção de uma sociedade em que as leis são acessíveis, compreensíveis e adaptadas às diversas realidades e necessidades de seus membros.

4.

Críticos de Bentham

Neste capítulo serão exploradas as críticas de distintos pensadores às ideias de Jeremy Bentham. Destacam-se, neste contexto, William Whewell, H.L.A. Hart e Wesley Mitchell, cujas análises proporcionam reflexões relevantes acerca dos fundamentos da teoria da legislação de Bentham. Ao examinar as críticas desses autores, pretende-se apresentar diversas perspectivas sobre o objeto deste trabalho, tal como moralidade, soberania e aplicação prática do pensamento de Bentham, que configuram possíveis implicações e limitações de sua teoria.

4.1.

William Whewell

No artigo intitulado “Palestras sobre a História da Filosofia Moral”, publicado em 1862 em Cambridge¹⁴⁴, William Whewell apresenta uma série de críticas à base axiológica da teoria da legislação de Bentham: o utilitarismo. Para fins desta pesquisa, analisaremos a crítica em que se argumenta que a teoria sobre legislação de Bentham seria fundamentalmente deficiente, pois supostamente falha em não reconhecer o valor da finalidade moral das leis.¹⁴⁵

Embora a teoria de Bentham seja essencialmente parte da filosofia moral, o que Whewell critica é o pensamento do autor inglês de que a moralidade em si, isto é, o que o povo entende como justo ou não, somente deveria ser aplicada à sociedade caso atendesse ao Princípio da Utilidade.

Para Whewell¹⁴⁶, a lei não deve meramente promover o prazer humano, mas também cultivar a natureza moral do homem. Ele defende que a lei tem a responsabilidade

¹⁴⁴ O mencionado artigo faz parte da que faz parte do segundo capítulo da coletânea “Jeremy Bentham: Ten Critical Essays”, publicada em 1974 por Bhikhu Parekh.

¹⁴⁵ Whewell, 1862, p. 95.

¹⁴⁶ Ibidem.

de ensinar e elevar, não apenas permitir uma vida confortável, mas elevar o homem acima da mera existência animal. A visão de Whewell destaca a necessidade de conformidade das leis com a natureza moral do ser humano, considerando-o não apenas como um ser sensível, gregário ou social, mas fundamentalmente como um ser moral¹⁴⁷.

Uma das críticas centrais de Whewell à visão de Bentham é a concepção restrita da punição como meio de evitar o sofrimento, negligenciando seu potencial como uma lição moral. Segundo Whewell, Bentham falha em distinguir entre leis que restringem pessoas sem culpa própria e punições por crimes, sugerindo que, para Bentham, por exemplo, não há diferença entre quarentena e aprisionamento por furto¹⁴⁸. Assim, Whewell declara a necessidade de se observar a moralidade nas leis:

(...) isso vai contra todas as noções comuns e contra toda a verdadeira filosofia jurídica. Mas o fato é que tal visão não pode ser consistentemente mantida. E Bentham mesmo é obrigado a defender leis que não têm base sólida, exceto sua tendência moral; seu efeito em ensinar aos homens uma boa moralidade. (WHEWELL, 1862, p. 96, tradução nossa).

Com o objetivo de ilustrar a tentativa de Bentham de excluir a moralidade de sua teoria sobre legislação, Whewell destaca a posição do autor inglês em relação às leis do casamento¹⁴⁹, conforme será discutido adiante.

Bentham se declara fortemente a favor da liberdade de divórcio por consentimento mútuo, discordando veementemente das leis que conferem caráter indissolúvel aos casamentos, rotulando-as como cruéis e absurdas. Ele argumenta que o Estado que proíbe divórcios assume decidir que entende os interesses do indivíduos melhor do que eles mesmos¹⁵⁰.

Whewell reconhece¹⁵¹ inegavelmente, que em casos como este, e em muitos outros, o Estado, tanto em sua legislação quanto em sua administração, pressupõe

¹⁴⁷ Ibidem, p. 96.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Declara Whewell: (...) de fato, quase toda a lei pressupõe que o governo entende melhor os interesses dos homens em muitos pontos do que eles mesmos. O Sr. Bentham gosta muito de usar esse sarcasmo (pois

compreender os interesses individuais e o interesse público afetado por eles melhor do que os próprios indivíduos. O crítico atribui essa presunção à negligência, ignorância e indolência dos próprios indivíduos:

Qual é o significado de restrições impostas em prol da saúde pública, limpeza e conforto? Por que os indivíduos não são deixados livres para fazerem o que quiserem em relação a tais assuntos? Claramente porque a negligência, a ignorância, a indolência impediriam que fizessem o que é mais do seu interesse. (WHEWELL, 1862, p. 97, tradução nossa).

Whewell percebe que a implementação de tal medida poderia facilitar possíveis concubinatos, uma vez que, em sua visão, se um casal pode se separar a qualquer momento, qual seria a razão para o legislador reconhecer tal união? Dessa forma, a liberalização do divórcio, segundo Whewell, seria incompatível com a existência de famílias¹⁵².

Mais adiante, Whewell argumenta¹⁵³ que não acredita que Bentham levaria o divórcio tão longe como inicialmente defendido. Ele destaca uma aparente inconsistência na conclusão de Bentham, argumentando que o autor não segue seu raciocínio até o fim. Whewell questiona se, nos escritos de Bentham, há sugestões quanto à necessidade de uma lei para regular o divórcio ou se a liberdade total seria suficiente. Ele aponta a falta de clareza na posição de Bentham em relação às restrições sobre o divórcio, indagando sobre a consistência e a lógica de seu argumento:

Portanto, digo que não consigo ver como Bentham prossegue a partir deste ponto, ou qual é a sua conclusão quanto às restrições que deveriam ser colocadas sobre o divórcio. ‘O amor’, diz ele, ‘do homem, amor e previsão por parte da mulher, tudo concorre com liberdade esclarecida e afeto por parte dos pais em imprimir o caráter de perpétuo ao contrato desta aliança.’ Mas e então? Ele diz: ‘Deixe-o ser perpétuo’? Não. A próxima sentença é usada para mostrar o absurdo de tornar o compromisso um do qual as partes não podem se libertar por consentimento mútuo. E não há tentativa de reduzir esses dois argumentos ou seus resultados a uma consistência: nenhuma indicação de como os casamentos devem ser perpétuos e ainda dissolúveis à

é mais um sarcasmo do que um argumento) quando está disposto a depreciar uma lei específica: mas é mais um sarcasmo contra leis em geral. (WHEWELL, 1862, p. 96, tradução nossa).

¹⁵² Ibidem, p. 97.

¹⁵³ Ibidem.

vontade: nenhuma disposição para o caso em que a volubilidade pode ocorrer enquanto as crianças ainda precisam dos cuidados de ambos os pais. O bem geral das famílias aponta para um lado: as inclinações do homem e da mulher podem apontar para o lado oposto. Nenhuma regra é dada ou sugerida quanto a qual influência prevalecerá em qualquer caso específico. (WHEWELL, 1862, p. 98, tradução nossa).

Na complexidade do debate sobre o divórcio, surge uma questão intrigante: e se uma das partes anseia pela separação enquanto a outra se opõe? A indagação sobre a permissão do divórcio nesse cenário ganha contornos morais, especialmente quando o consentimento é obtido mediante maus-tratos. Se a parte mais forte submete a mais fraca a crueldades para obter sua concordância, surge o dilema: é apropriado que o legislador auxilie na concretização desse propósito?¹⁵⁴

A decisão de Bentham sobre este ponto é que, em tal caso, a liberdade deve ser concedida à parte maltratada, e não à outra. Se um marido deseja o divórcio de uma esposa que ele odeia e a maltrata para que ela consinta com o divórcio, ela pode se casar novamente, mas ele não pode¹⁵⁵.

Dessa maneira, Whewell revela que, ao analisar a resposta de Bentham a esse caso específico, depara-se com uma situação que evidencia a dificuldade de qualquer escritor, por mais rigoroso que seja ao seguir os resultados teóricos, em se desvincular da moralidade. A decisão de Bentham, de conceder liberdade à parte maltratada em detrimento da outra, revela uma perspectiva que, segundo o crítico, busca uma fundamentação moral para justificar tal medida¹⁵⁶.

Whewell adverte¹⁵⁷ que não está subestimando a complexidade de casos como este, e muitos outros casos, que são questões de grande dificuldade, tampouco está afirmando que a indissolubilidade do casamento é uma regra que, por meros motivos humanos, deve ser necessariamente a melhor. No entanto, destaca que nenhuma boa regra pode ser estabelecida sobre este assunto sem considerar a união matrimonial sob um ponto de vista moral; sem assumi-la como um grande objetivo de a lei elevar e purificar a ideia dos homens sobre o casamento; 74eva-os a encará-lo como uma união completa de

¹⁵⁴ Ibidem, p. 98.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 99.

¹⁵⁷ Ibidem.

interesses e sentimentos, prazeres e esperanças, entre ambas as partes. Com essa visão, a lei, objeto de análise tanto de Bentham quanto de Whewell, proíbe a poligamia, nega direitos a concubinas e filhos ilegítimos, investe a família com honras e vantagens; e com a mesma perspectiva, ela só permite o divórcio em casos de extrema necessidade.

Aprofundando o argumento de Bentham contra o divórcio com aplicação unilateral, Whewell pondera¹⁵⁸ que a proposta do autor inglês, ao tentar evitar que um marido maltrate a esposa em busca de consentimento para o divórcio, sugere que ele deveria tentar obter esse consentimento de maneira justa. Entretanto, Whewell argumenta que, se essa abordagem falhar, o marido teria a mesma justificativa que, segundo os fundamentos de Bentham, ambas as partes teriam ao desejar o divórcio e não serem permitidas pela lei a obtê-lo. Portanto, Whewell acusa Bentham de ter sido seduzido pela aparentemente feliz ideia de encontrar uma punição apropriada para uma ofensa e, assim, “virar a faca” de um argumento adverso¹⁵⁹.

No que diz respeito à crítica à resistência de Bentham em assumir o propósito moral das leis, Whewell reconhece¹⁶⁰ que o Princípio da Utilidade, em muitos casos, serve como um guia valioso para a legislação. Ele sugere que, embora o legislador não precise ser um moralista, pode adotar o Princípio da Utilidade para orientar suas decisões, visando a promoção da felicidade geral. No entanto, Whewell destaca a necessidade de uma compreensão mais abrangente da felicidade, incorporando elementos morais, como a virtude, para assegurar uma legislação justa e equitativa¹⁶¹.

Whewell propõe¹⁶² que, se abraçarmos esse sentido mais amplo de felicidade, alinhado ao sentimento comum da humanidade e para o qual utilitaristas – diz o crítico – têm uma tendência perpétua de escorregar – a felicidade que inclui elementos morais – a felicidade que surge do conhecimento de que nem fazemos nem sofremos o mal – a felicidade que decorre da promoção da virtude em nós mesmos e nos outros – a felicidade da bondade, justiça, honestidade, veracidade, pureza, ordem -, então, de fato,

¹⁵⁸ Ibidem, 100.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem, p. 101.

a felicidade se torna um guia perfeito e infalível – se apenas pudermos descobrir em que direção sua orientação aponta.

Ao inverter a abordagem de Bentham, passamos a considerar a felicidade como dependente da virtude, em vez de entender a virtude como dependente da felicidade. Contudo, sob essa concepção ampliada de felicidade, o utilitarista, como afirma Whewell, se verdadeiramente uma pessoa amável e virtuosa, encontra-se constantemente inclinado a adotar essa perspectiva, sendo conduzido pela simpatia em relação aos sentimentos comuns da humanidade¹⁶³. Dessa forma, quando Bentham precisa abordar as razões pelas quais deveria haver leis contra casamentos entre parentes próximos, ele argumenta:

Se não houvesse uma barreira insuperável contra casamentos entre parentes próximos, chamados a viver juntos na mais estreita intimidade, essa conexão próxima, essas oportunidades contínuas, até mesmo a amizade em si e seus carinhos inocentes, poderiam acender as paixões mais desastrosas. Famílias, esses retiros onde o repouso deveria ser encontrado no seio da ordem, e onde as emoções da alma, agitadas nas cenas do mundo, deveriam se acalmar; as próprias famílias se tornariam presas de todas as inquietações, rivalidades e fúrias do amor. A suspeita baniria a confiança; os sentimentos mais gentis seriam extintos; e inimizades e vinganças eternas, cuja mera ideia faz tremer, usurpariam seu lugar. A opinião da castidade das jovens, atração tão poderosa para o casamento, não saberia em que repousar, e as armadilhas mais perigosas na educação da juventude seriam encontradas até mesmo no asilo onde poderiam ser menos evitadas. (Princípios do Código Civil, Pt. III, c. v., tradução nossa).

No trecho mencionado, Whewell identifica¹⁶⁴ que o bem a ser alcançado adquire uma dimensão moral, retirando toda a sua robustez desse aspecto. A amizade, inocência, harmonia na ordem, serenidade para as emoções da alma; os infortúnios da rivalidade, paixão, suspeita, desconfiança, inimizade, vingança; e, por último, a consideração acerca da pureza feminina, são apresentados como os fundamentos dessa norma.

Whewell deixa claro não afirmar que, mesmo nessa configuração, pareçam oferecer uma base suficiente para suas perspectivas; e isso se torna ainda mais evidente quando ele se aprofunda nos detalhes. Contudo, esses elementos evidenciam, especialmente a última afirmação, o quanto as considerações morais devem ser

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

consideradas em questões dessa natureza; demonstram que, de fato, essas ponderações devem integrar a visão do moralista em determinados momentos¹⁶⁵.

Mesmo que a moralidade não seja diretamente um objeto legal, deve, no entanto, ser incorporada às leis por razões óbvias, dado o significativo interesse que os indivíduos têm nela. Caso o legislador não perceba um valor positivo e independente na pureza feminina, ainda assim ele deve elaborar leis para preservá-la, uma vez que a opinião sobre esse tema é extraordinariamente valorizada pela sociedade, e sua perda é motivo de grande amargura e indignação¹⁶⁶.

Por outro lado, caso o legislador opte por não adotar uma postura moralista independente, ele, no mínimo, necessitará estabelecer leis para seres morais; para indivíduos que consideram a moralidade como a expressão mais crucial e influente do bem e do mal. Se ele escolher desconsiderar uma voz moral em seu íntimo, não poderá fechar os ouvidos à voz moral que ressoa do público em geral; assim, ao negar à moralidade um papel independente em seu sistema, ele sujeita seu sistema à influência do clamor popular¹⁶⁷.

Caso o legislador prefira não reconhecer a regra moral como algo que deve orientar e moldar o preconceito popular, Whewell apontar que ele precisará extrair elementos morais desse mesmo preconceito. Se não quiser estabelecer um supervisor moral acima dos aplausos e críticas da voz popular, terá que encontrar esse supervisor dentro da própria voz popular. Se ele carecer de uma sanção moral propriamente dita, Whewell¹⁶⁸ diz que deverá adotar uma sanção moral ou popular.

As críticas de Whewell em relação à teoria da legislação de Bentham revelam perspectivas significativas, que merecem ser objeto de futuros estudos. Whewell, ao enfatizar a necessidade de reconhecer o propósito moral das leis, destaca uma lacuna fundamental na abordagem utilitarista de Bentham. Sua crítica à concepção restrita de punição como meio de evitar o sofrimento, negligenciando seu potencial como uma lição moral, ressalta a importância de considerar as dimensões éticas no texto legislativo.

¹⁶⁵ Ibidem

¹⁶⁶ Ibidem, p. 102.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Ibidem.

A discussão acerca da permissão do divórcio, especialmente quando Whewell discorda de Bentham, destaca um dilema moral intrigante. A análise dessa situação particular evidencia as complexidades morais inerentes à legislação sobre o divórcio e a necessidade de conciliar interesses divergentes. Explorar as implicações morais dessa questão, considerando o consentimento obtido mediante maus-tratos, pode oferecer valiosos esclarecimentos sobre como a legislação pode abordar situações éticas complexas.

Whewell também introduz a perspectiva de que o legislador, mesmo não sendo um moralista, pode adotar o Princípio da Utilidade como guia para suas decisões. No entanto, destaca-se a importância de uma compreensão mais abrangente da felicidade, incorporando elementos morais como a virtude. Essa sugestão apresenta uma oportunidade para uma análise mais aprofundada sobre como a virtude pode ser integrada de maneira eficaz na legislação, considerando a promoção do bem comum.

4.2.

H.L.A. Hart

Embora H. L.A. Hart tenha expressado seu entusiasmo por algumas ideias de Bentham, é pertinente explorar algumas críticas fundamentais de Hart em relação ao objeto desta pesquisa, destacadas em um artigo de Hart denominado “Bentham on Sovereignty”, escrito em 1967¹⁶⁹, centrado nos escritos de Bentham sobre soberania.

Inicialmente, vale esclarecer que apesar dessas críticas, Hart¹⁷⁰ ressalta que suas observações não diminuem a importância das contribuições de Bentham, indicando pontos de aprimoramento e aprofundamento teórico, destacando a necessidade de considerar alternativas e explorar mais detalhadamente as complexidades da limitação do poder soberano.

Como discutido no primeiro capítulo deste trabalho, Bentham introduziu suas primeiras reflexões sobre soberania no início de *Um Fragmento Sobre o Governo*, oportunidade em que defendeu a natureza juridicamente ilimitada do poder soberano.

¹⁶⁹ O artigo faz parte que faz parte do sétimo capítulo da coletânea “Jeremy Bentham: Ten Critical Essays”, publicada em 1974 por Bhikhu Parekh.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 209.

Esse esforço inicial visava a compreender os escritos de Blackstone sobre as origens do governo, fixando-se nas noções de ‘governo’, ‘sociedade’ e ‘estado de natureza’, os quais, segundo Bentham, estavam formulados de maneira ambígua. Nessa empreitada, Bentham proporcionou definições precisas para esses termos e estabeleceu a compreensão de sociedade política¹⁷¹, assim como “autoridade”, “superior” e “hábito de obediência”.

Com base nesses escritos, Hart assume¹⁷² que Bentham não estava preocupado em nos dizer o que constitui uma sociedade política independente única ou o poder supremo ou soberano dentro dela. Em vez disso, o foco de Bentham estava na declaração das características gerais da união política, ou seja, em explicar o que significa para os indivíduos estarem em um estado de sociedade política em contraposto com um estado de natureza. Assim, Hart assume que, ao menos neste estágio inicial, Bentham não estava focado em fornecer características da soberania ou do poder supremo.

Esse cenário se altera no quarto capítulo do *Um Fragmento Sobre o Governo*, uma vez que, a partir de então, Bentham aborda a questão da limitação do poder supremo, introduzindo a possibilidade de “limites atribuíveis”, isto é, se o poder supremo poderia ser limitado, e conclui, num primeiro momento, que a autoridade suprema não pode ser considerada como tendo limites atribuíveis. Excepcionalmente, Bentham assume uma possibilidade para que a autoridade suprema seja limitada, por meio de “um acordo expresso”, no qual um Estado independente se submete, sob condições, ao governo de outro, ou quando vários Estados independentes, por acordo, se unem em uma união federal e estabelecem um legislativo federal com autoridade limitada sobre os estados constituintes¹⁷³.

Duas críticas de Hart emergem nesse ponto: a obscuridade na limitação do poder supremo e a ausência de esclarecimentos sobre o status jurídico do “acordo expresso”¹⁷⁴.

Bentham reprova Blackstone por aceitar a doutrina geral sem reconhecer essa exceção importante: é errado, segundo Bentham, dizer, como Blackstone fez, que em “*todas as formas de governo deve haver uma autoridade suprema*”¹⁷⁵, e, segundo Hart,

¹⁷¹ Vide primeiro capítulo deste trabalho.

¹⁷² Hart, 1974, pg. 204.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 205.

¹⁷⁵ Bentham, 2010, p. 154.

depois o autor inglês volta a tratar desse tema, em um único trecho em *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* onde ele discute soberania.

Hart¹⁷⁶ nos diz que o autor inglês havia, de certo modo, confessado seu medo de dizer que deve haver necessariamente um poder absoluto no governo de toda sociedade. À vista dessa obscuridade, Hart ressalta que Bentham nos diz muito pouco acerca do status jurídico do acordo expresso que pode limitar o legislador supremo:

Ele não nos diz se este, ou as limitações que impõe, devem ser considerados legais, mas ele oferece algumas razões para permitir essa forma de limitação e não outras. E sua explicação mostra que, em sua visão, a importância de um acordo expresso na limitação da autoridade de um legislador supremo era derivada do fato mais fundamental da obediência habitual dos súditos. O acordo expresso era importante na visão de Bentham apenas como um 'sinal' mostrando a extensão da disposição dos súditos para obedecer; ele diferenciava as leis que os súditos estavam dispostos a obedecer daquelas que não estavam. Bentham, ao contrário de Austin, sempre insistiu que o hábito ou a disposição de obedecer poderia estar presente em relação a um tipo de ato e ausente em relação a outro, e a soberania limitada é simplesmente a correlata de um hábito e disposição limitados para obedecer. 'Para um corpo que, em outros aspectos, é supremo, ser concebido como sendo, em relação a certo tipo de atos, limitado, tudo o que é necessário é que esse tipo de ato seja distinguível de todos os outros. (HART, 1967, p. 205, tradução nossa).

Outra crítica de Hart¹⁷⁷ é a aparente recusa de Bentham em aceitar modos alternativos de limitação além do "acordo expresso". Hart argumenta¹⁷⁸ que a teoria de Bentham poderia ser enriquecida se ele considerasse outras formas de limitação, como o controle judicial, destacando a falta de exploração por parte de Bentham sobre essa possibilidade:

Se o tivesse feito, poderia ter se libertado da terminologia restritiva de 'comandos' e 'hábitos e disposição de obediência' limitados ou ilimitados. Essa terminologia era inadequada para expressar sua

¹⁷⁶ Segundo o autor, nas Províncias Unidas, no Helvético, ou mesmo no corpo germânico, onde está aquela única assembleia em que um poder absoluto sobre o todo reside? Onde havia isso na Comunidade Romana? Eu não me arriscaria a encontrar uma resposta para todas essas perguntas. (Hart, 1967, p. 205, tradução nossa).

¹⁷⁷ Ibidem, p. 206.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 205.

percepção de que as variedades de arranjos constitucionais possíveis não poderiam ser conciliadas com a doutrina de que em toda constituição deve haver um poder soberano ilimitado e indivisível. (HART, 1967, p. 205, tradução nossa).

No segundo capítulo da obra *Leis em Geral*, Bentham voltou ao tópico da soberania limitada em duas notas de rodapé destinadas a qualificar a definição de um soberano como uma pessoa ou grupo de pessoas cuja vontade se supõe que uma comunidade política inteira está disposta a obedecer¹⁷⁹.

Nesta obra, Bentham, de fato, apresenta de forma muito enfática sua visão de não restringir essas possibilidades de soberania limitada e dividida aos casos em que houve um acordo expresso. No entanto, ele destaca que, em todos esses casos, “uma grande dificuldade é traçar a linha divisória entre tais classes de atos que o soberano pode e tais que ele não pode considerar como objetos de sua lei, e distingui-la por marcas tão claras a ponto de não correr o risco de erro”¹⁸⁰.

Mas neste trecho – diz Hart, Bentham é obscuro. Pois ele diz que a obediência limitada que torna a soberania limitada pode ser estabelecida por lei, assim como por determinação interna que desafia a lei. Mas infelizmente ele não explica que tipo de lei resolveria tais questões ou como sua existência poderia ser conciliada com sua doutrina geral de que toda lei é o comando, expresso ou tácito, do soberano.

Nessas duas últimas questões, nasce a discussão de Bentham sobre a questão de saber se o legislador supremo pode ser vinculado por seus próprios pactos. De acordo com Bentham, a menos que a soberania seja dividida entre o legislador supremo e os tribunais, a obrigação imposta por tais pactos não seria política (ou seja, legal), mas moral ou religiosa.

Mas, segundo Hart¹⁸¹, a divisão da soberania entre o legislador supremo e os tribunais não seria logicamente impossível, e se os tribunais tivessem o poder de julgar de forma a coagir o soberano por violação de seus pactos, essa obrigação seria política

¹⁷⁹ Bentham, 1970, p. 68.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 19, tradução nossa.

¹⁸¹ Ibidem, p. 207.

assim, “novamente, Bentham pensa que uma soberania dividida repousaria em um hábito de obediência dividido”¹⁸².

Hart, numa tentativa de demonstrar que a explicação de Bentham sobre soberania limitada ou dividida em termos de disposição limitada para obedecer é inadequada, utiliza o seguinte exemplo:

Suponha que em um país onde, como no Reino Unido, não há uma constituição que restrinja seu poder legislativo, a legislatura suprema promulgue pela primeira vez leis relacionadas à religião, por exemplo, exigindo sob pena a participação em alguma forma de culto público por parte de todos os adultos. O fato de que tais leis eram geralmente desobedecidas e que aqueles que as desobedeciam anunciavam firmemente a intenção de continuar desobedecendo certamente não seria suficiente para mostrar que o parlamento havia excedido seus poderes e que aqueles que desobedeciam não haviam cometido nenhum delito.

Hart¹⁸³ considera essa conclusão “absurda”, pois, segundo ele, se os tribunais condenassem aqueles que desobedecessem e as penalidades fossem devidamente impostas. Se os tribunais se recusassem a condenar em tais casos e a legislatura mantivesse obstinadamente sua atitude, por exemplo, promulgando leis para punir o judiciário recalcitrante e promulgando novas leis exigindo conformidade religiosa, ocorreria uma divisão entre a legislatura e os tribunais. Haveria uma quebra constitucional ou uma interrupção do consenso normal entre legislatura e tribunais, e até que fosse resolvida, haveria uma situação em que não poderiam ser feitas declarações firmes sobre os poderes da legislatura. Pode ser que, com o tempo, a legislatura ou os tribunais cederiam e um novo consenso seria alcançado, ou o antigo seria restaurado. Se a legislatura cedesse e reconhecesse que não tinha poder para promulgar tais leis, poderíamos dizer que uma legislatura anteriormente irrestrita foi transformada em uma restrita. Se os tribunais cedessem, diríamos que a legislatura manteve seus antigos poderes irrestritos.

Hart¹⁸⁴ tentou demonstrar que obediência limitada não é necessária para a existência de um legislativo limitado, se valendo do seguinte exemplo:

¹⁸² Ibidem, tradução nossa.

¹⁸³ Ibidem, p. 208.

¹⁸⁴ Ibidem.

Suponha que, sob uma constituição escrita que até então funcionou perfeitamente bem, o legislativo supremo não tem poder para promulgar leis sobre assuntos religiosos. Suponha que este legislativo, ignorando essa restrição, promulgue as leis descritas acima e que estas sejam regularmente obedecidas pela maioria da população.

Isso, diz Hart¹⁸⁵, certamente não é suficiente para mostrar que o legislativo não excedeu seus poderes legais, e as leis em questão eram válidas. Seria absurdo afirmar isso se os tribunais se recusassem a punir aqueles que, de fato, desobedeceram às novas leis e alegassem que elas eram inconstitucionais. Novamente, uma divisão entre legislativo e tribunais pode surgir se o legislativo mantiver sua postura e promulgar leis para punir o judiciário recalcitrante. Por outro lado, os tribunais podem, com o tempo, passar a considerar as leis religiosas contestadas como válidas e punir aqueles que as desobedecem. Nesse caso, haveria um novo consenso e uma nova constituição em que os poderes legislativos não seriam mais restritos.

Em conclusão, ao analisar as contribuições de Bentham sobre soberania, Hart aponta críticas relacionadas à obscuridade de Bentham quanto à limitação do poder supremo e na falta de esclarecimentos sobre o status jurídico do "acordo expresso". Hart sugere que Bentham poderia ter enriquecido sua teoria ao considerar modos alternativos de limitação, como o controle judicial, e ao explorar detalhadamente as complexidades da limitação do poder soberano.

Sem prejuízo, a análise revela a evolução do pensamento de Bentham, desde uma abordagem inicial focada nas características gerais da união política até uma consideração mais detalhada da limitação do poder supremo, incluindo a possibilidade de "limites atribuíveis".

Assim, as críticas de Hart apontam para a necessidade de aprofundar e clarificar certos aspectos da teoria de Bentham, enquanto reconhecem sua relevância como base para futuros desenvolvimentos na compreensão da soberania.

4.3.

Wesley C. Mitchell

¹⁸⁵ Ibidem.

No artigo denominado “*Felicific Calculus*” publicado na revista *Political Science Quarterly*, em junho de 1918, Wesley C. Mitchell apresentou algumas críticas em relação às variáveis do método matemático proposto por Bentham para o “cálculo da felicidade”. O objetivo do artigo era investigar as possíveis contribuições de Bentham ao estudo das ciências sociais¹⁸⁶.

Mitchell¹⁸⁷ aponta a dificuldade de aplicação do método matemático de Bentham, argumentando que as orientações técnicas defendidas por Bentham para medir a quantidade de prazer e dor são, na melhor das hipóteses, complexas. Ele questiona a viabilidade do cálculo da felicidade, destacando a complexidade decorrente das trinta e duas “circunstâncias influenciando a sensibilidade” ao prazer e à dor, exploradas por Bentham em sua obra “*Um Introdução aos Princípios de Moral e Legislação*”.

Assim, assumindo que essas trinta e duas circunstâncias existem em uma imensa variedade de combinações, Mitchell¹⁸⁸ afirma que o cálculo da felicidade dificilmente pode ser aplicado. Isso porque, para a sua possível aplicação, o legislador e o juiz deveriam ter diante de si uma lista das várias circunstâncias pelas quais a sensibilidade pode ser influenciada: o legislador deveria considerar aquelas circunstâncias que se aplicam uniformemente a classes inteiras, por exemplo, insanidade, sexo, posição, clima e profissão religiosa; o juiz deveria considerar as circunstâncias que se aplicam em graus variados a cada indivíduo, por exemplo, saúde, força, ocupação habitual, circunstâncias pecuniárias, dentre outros.

Mitchell levanta dúvidas quanto ao postulado da “aditividade” da felicidade, que pressupõe a atribuição de valores numéricos aos sentimentos de cada indivíduo. Ele questiona se seria possível para alguém atribuir números definidos a seus próprios prazeres e dores, destacando as dificuldades conceituais enfrentadas por Bentham ao refletir sobre essa questão:

De fato, algum indivíduo pode atribuir um número definido a seus próprios prazeres e dores, para não mencionar compará-los com os prazeres e dores de outros homens? Quanto mais Bentham refletia sobre esse aspecto de seu cálculo, mais dificuldades ele desenvolvia e mais

¹⁸⁶ Mitchell, 1918, p. 161.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 165.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 166.

pressupostos ele considerava necessários para o seu tipo de ciência social. (MITCHELL, 1918, p. 167, tradução nossa).

Outro ponto da crítica formulada por Mitchell é a questão da intensidade dos sentimentos, que Bentham assume poder ser medida numericamente. Mitchell aponta a falta de explicação de Bentham sobre como seria possível contar as unidades de intensidade dos prazeres e dores, questionando a aplicabilidade desse conceito:

Uma dúvida fundamental que ele às vezes ignorava e às vezes admitia. A intensidade é o primeiro “elemento” em que os sentimentos diferem. Pode algum homem contar as unidades de intensidade em qualquer um de seus prazeres ou dores, como ele conta as unidades de duração? Bentham geralmente assume que ele pode, sem explicar como. (MITCHELL, 1918, p. 167, tradução nossa).

Na Proposta de Codificação, Bentham reconhece que a intensidade não é “susceptível de medição”. Este dilema, intimamente ligado a outro – diz Mitchell¹⁸⁹, permeou o pensamento de Bentham: seria possível realizar comparações quantitativas entre prazeres ou dores qualitativamente diferentes? A complexidade aumenta devido à visão de Bentham de que a maioria dos sentimentos é composta por elementos simples, uma ideia que o levou a listar exaustivamente prazeres e dores “simples”, comparáveis aos elementos químicos, mas combináveis de maneiras diversas¹⁹⁰.

Mitchell destaca¹⁹¹ que na obra *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* Bentham enumerou catorze prazeres simples (contando nove supostos prazeres dos sentidos como um) e doze dores simples. Em sua Tabela das Molas da Ação, ele (ou possivelmente seu editor James Mill) ajustou levemente as listas, mas manteve a ideia geral de que, em última análise, nossos prazeres e dores são compostos por elementos qualitativamente distintos.

Agora – questiona Mitchell¹⁹², se isso for literalmente verdadeiro, como aplicar o cálculo da felicidade mesmo no caso de um único indivíduo? “*Parece ser necessário*

¹⁸⁹ Ibidem, p. 167.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Ibidem, p. 168.

¹⁹² Ibidem.

um denominador comum para as duas dezenas ou mais de elementos; entretanto, se existe um denominador comum, os próprios elementos não são homogêneos?” (Mitchell, 1918, p. 168, tradução nossa).

Quando Bentham escreveu a obra *Uma Introdução ao Princípios da Moral e da Legislação*, ele não abordou essas questões. Mitchell argumenta que apesar do esforço em descrever as várias espécies de dores e prazeres, ele se referiu à dor e ao prazer como “nomes de entidades reais homogêneas”. Ao longo da obra, tacitamente presumiu não apenas que diferentes dores e prazeres são comensuráveis, mas também que as dores e os prazeres em si são comensuráveis¹⁹³. No entanto, a passagem mais relevante mostra que seu método de comparação de quantidades era rigidamente limitado¹⁹⁴.

De fato, em toda essa obra Bentham confia na classificação e não no cálculo. Ele categoriza tudo, como prazeres, dores, motivos, disposições, ofensas, “casos inadequados para punição”, etc., limitando suas comparações quantitativas a relações de maior e menor, e mesmo essas comparações são principalmente entre fenômenos pertencentes ao mesmo tipo. Ele instiga as autoridades a realizar ações que implicam comparações mais ousadas, como ao determinar que 'o valor da punição não deve ser menor em nenhum caso do que o lucro da ofensa;' mas ele próprio evita fazer tais comparações¹⁹⁵.

Mitchell entende¹⁹⁶ que a hesitação de Bentham em seguir essa linha de pensamento promissora decorre de uma dificuldade adicional. Sempre que considerava medidas monetárias de sentimento, esbarrava na utilidade decrescente da riqueza. A “quantidade de felicidade produzida por uma partícula de riqueza (cada partícula sendo da mesma magnitude) será menor e menor em cada partícula; a segunda produzirá menos que a primeira, a terceira que a segunda, e assim por diante”.

Para sustentar sua crítica, Mitchell traz o seguinte exemplo:

Considere o monarca com um milhão por ano e o trabalhador com vinte libras: a quantidade de prazer no peito do monarca será naturalmente maior do que no do trabalhador, mas por quantas vezes maior?

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ O crítico trouxe a seguinte transcrição de Bentham “A única maneira certa e universal de tornar duas punições perfeitamente comensuráveis é tornar a menor um componente da maior. Isso pode ser feito de duas maneiras: 1. Adicionando à punição menor outra quantidade de punição do mesmo tipo. 2. Adicionando a ela outra quantidade de um tipo diferente” (Mitchell, 1918, p. 169, tradução nossa).

¹⁹⁵ Ibidem, p. 169.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 170.

Cinquenta mil vezes? Isso é certamente mais do que qualquer pessoa se atreveria a dizer. Mil vezes, então? Cem? Dez vezes? Cinco vezes? Duas vezes? Qual destes será o número? Para todos os propósitos do monarca, cinco vezes o do trabalhador parece uma concessão muito grande, para não dizer excessiva; mesmo duas vezes, uma concessão liberal. (MITCHELL, 1918, p. 170, tradução nossa).

Segundo Mitchell¹⁹⁷, esse exemplo retrata as diferenças na sensibilidade de diferentes pessoas ao prazer, e, segundo ele, somas iguais de dinheiro de maneira alguma podem ser consideradas representar quantidades iguais de sentimento. Em pelo menos uma ocasião, Bentham pensou ter encontrado uma solução para essa dificuldade. Em Codification Proposal, Bentham argumenta:

(...) dinheiro sendo o instrumento atual do prazer, é evidente, por uma experiência incontestável, que a quantidade de prazer real segue, em cada instância, alguma proporção ou outra à quantidade de dinheiro. Quanto à lei dessa proporção, nada pode ser mais indeterminado... Pois, para tudo isso, é verdade o suficiente para a prática com relação a proporções tão comuns (var.: pequenas quantidades), que *cæteris paribus*, a proporção entre prazer e prazer é a mesma que entre soma e soma. Tanto é estritamente verdade que as razões entre os dois pares de quantidades estão mais próximas da igualdade do que qualquer outra razão que possa ser atribuída. Os homens, portanto, terão uma chance melhor de estar certos ao supor que são iguais do que ao supor que são de outra forma do que iguais...” (MITCHELL, 1917, p. 171, tradução nossa).

Mitchell¹⁹⁸ considera que essa passagem delimita o território do pensamento de Bentham, pois ela evidencia que a ideia de manipular pequenos incrementos de sentimento surgiu como um método para evitar o desconforto causado pela utilidade decrescente, ao mesmo tempo em que utiliza o dinheiro como denominador comum. Contudo, argumenta Mitchell¹⁹⁹, que essa concepção permaneceu em um “estado nebuloso”, sem se desenvolver vigorosamente em sua mente.

Com isso, pode-se concluir que Mitchell, ao analisar o método do cálculo da felicidade de Bentham, entende que: (i) a intensidade dos sentimentos é inquantificável;

¹⁹⁷ Ibidem, p. 171.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 171.

¹⁹⁹ Ibidem.

(ii) mesmo no caso de um único indivíduo, sentimentos qualitativamente distintos não podem ser comparados diretamente, exceto por meio de seus equivalentes pecuniários; (iv) a suposição de que somas iguais de dinheiro representam somas iguais de prazer é arriscada, exceto para pequenas quantidades; e (v) todas as tentativas de comparar os sentimentos de diferentes indivíduos envolvem uma suposição contrária aos fatos²⁰⁰.

Por outro lado, Mitchell²⁰¹, sem a pretensão de esgotar o tema, encerra seu artigo reconhecendo que esses pontos críticos poderiam ser rebatidos, em defesa à teoria de Bentham, utilizando-se os seguintes argumentos: (i) O cálculo da felicidade atinge um grau tolerável de precisão, dado que todas as dimensões do sentimento, exceto uma, podem ser mensuradas; (ii) o cálculo é capaz de lidar com os sentimentos mais diversos, expressando-os em termos de equivalentes monetários; (iii) nos casos relevantes pela frequência, os prazeres produzidos por duas somas de dinheiro equivalem às somas que os produzem; e (iv) em termos gerais, para propósitos científicos, os homens são comparáveis em sentimento, assim como em outros aspectos²⁰².

Em síntese, ao examinar criticamente o método matemático proposto por Bentham para o "cálculo da felicidade", Mitchell levanta dúvidas sobre a viabilidade e aplicabilidade prática dessa abordagem, desde a complexidade das trinta e duas "circunstâncias influenciando a sensibilidade" até a questionável aditividade da felicidade, a inquantificabilidade da intensidade dos sentimentos e a dificuldade de atribuir valores numéricos aos prazeres e dores.

Além disso, ele ressalta a utilização do dinheiro como denominador comum, evidenciando a ambiguidade na concepção de Bentham sobre a manipulação de pequenos incrementos de sentimento. Mitchell conclui reconhecendo que esses pontos críticos poderiam ser contestados, sugerindo que o cálculo da felicidade alcança um grau tolerável de precisão em muitos casos e pode lidar com a diversidade de sentimentos ao expressá-los em termos monetários equivalentes.

No entanto, a análise de Mitchell destaca desafios fundamentais que suscitem questionamentos quanto à eficácia prática do método proposto por Bentham no estudo das ciências sociais.

²⁰⁰ Ibidem, p. 172.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem.

5.

Considerações Finais

Esta dissertação buscou explorar e sistematizar a teoria da legislação de Jeremy Bentham, uma vez que seus escritos sobre o tema não se encontram consolidados em nenhuma de suas obras, frequentemente apresentando-se de maneira fragmentada em capítulos isolados. Dada a carência, até onde se tem conhecimento, de uma análise nacional dedicada à organização desses escritos, o propósito primordial foi proporcionar ao leitor a oportunidade de familiarizar-se com a relevante teoria da legislação desse ilustre autor, cujas contribuições sobre o tema permanecem pouco exploradas no cenário teórico brasileiro.

O escopo desta pesquisa abarcou uma variedade de obras do autor, com destaque para *Um Fragmento Sobre o Governo*, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, *Leis em Geral*, *Tratados da Legislação Civil e Penal* e *Nomografia*, além de obras secundárias de autores como H. L. A. Hart, Philip Schofield e David Lieberman. Importa salientar que este trabalho não procurou esgotar integralmente o tema, reconhecendo a possibilidade da existência de outros aspectos da teoria de Bentham em suas obras que não foram aqui analisadas.

Na primeira parte, dedicada à análise dos elementos materiais da teoria da legislação, ressaltou-se a influência preeminente do Princípio da Utilidade como peça central para a compreensão da origem da soberania, substituindo a perspectiva do contrato social proposta por William Blackstone. A defesa pela descrição dos fundamentos de um sistema jurídico em termos moralmente neutros, como um hábito geral de obediência, marcou o início de uma tradição positivista na teoria do direito.

Neste contexto, destacou-se a importância do legislador em adotar o Princípio da Utilidade como fundamento para as leis, visando assegurar a obediência dos indivíduos, além de ressaltar a distinção crucial entre a lei descritiva e a lei expositiva.

Além disso, ao reconhecer a presença de diversas formas de sanções como motivadoras para o cumprimento das leis, Bentham enfatizou que é por meio da sanção política, fundamentada em um sistema de punições e recompensas, que o legislador tem a maior probabilidade de garantir a obediência à sua vontade. A relação entre legislação

e moralidade foi objeto de análise, concluindo que Bentham não foi completamente claro quanto ao reconhecimento ou não da moral no âmbito legislativo. Este ponto foi desafiado por William Whewell, crítica que exploramos no quinto capítulo desta pesquisa.

A segunda parte, por sua vez, composta pelos capítulos dois e três, abordou a teoria da legislação de Bentham sob a perspectiva da forma e estrutura das leis. A partir das obras *Leis em Geral*, *Tratados da Legislação Civil e Penal* e, posteriormente, *Nomografia*, explorou-se as técnicas legislativas propostas por Bentham. Destacou-se a necessidade de considerar não apenas o conteúdo, mas também a forma das leis, especialmente em seu esforço para simplificar, esclarecer e codificar o sistema jurídico.

Nessa empreitada, Bentham delineou uma estrutura para as leis, composta por uma dimensão diretiva, que comunica a vontade do legislador, e outra incitativa ou sancionatória, que revela o motivo para o cumprimento dessa vontade. Esta última, por sua vez, desdobrava-se em duas categorias distintas: a cominativa (punição) e a convidativa (recompensa), sendo a primeira mais proeminente na legislação para garantir a conformidade com a lei.

Apresentou-se, ainda, as qualidades essenciais e secundárias da estruturação das normas, sendo a primeiras aquelas que buscam evitar os defeitos que a corrompem e a segunda aquela que dependem parte da mecânica da língua usada e em parte da disposição das palavras, enquanto a nobreza está principalmente vinculada às ideias acessórias que se busca evitar ou introduzir.

Posteriormente, Bentham expôs uma série de defeitos que podem surgir no texto legislativo, destacando especialmente a ambiguidade, obscuridade e volumetria. Em seguida, apresentou regras objetivas com o propósito de evitar essas imperfeições nas normas. A análise acerca das estratégias de correção de vícios na estrutura das leis, como ambiguidade, obscuridade e tamanho desarrazoado, revelou a profundidade do pensamento de Bentham e sua abordagem rigorosa em relação à linguagem jurídica. Essa reflexão não apenas enriquece a abordagem da *Nomografia*, mas também estabelece uma conexão essencial entre a forma do direito e a qualidade da lei, oferecendo uma contribuição significativa para o desenvolvimento do pensamento jurídico moderno.

Na terceira e última parte, correspondente ao capítulo quatro, a teoria da legislação de Bentham foi confrontada com as críticas formuladas por proeminentes pensadores como William Whewell, H.L.A. Hart e Wesley C. Mitchell. Whewell criticou

a falta de reconhecimento, por parte de Bentham, da inclusão da moralidade na legislação, argumentando que em certos trechos, o autor inglês parecia considerar a moralidade como um critério para a aplicação do Princípio da Utilidade. H.L.A. Hart apontou obscuridades e a ausência de esclarecimentos necessários sobre os limites da soberania e o conceito de "acordo expresso", áreas em que Bentham careceu de explicações adequadas. Por fim, Wesley C. Mitchell criticou a falta de uma demonstração prática do "cálculo da felicidade", elemento essencial do Princípio da Utilidade e, portanto, do conteúdo das leis.

Embora tenha sido reconhecida a validade dessas críticas, tornou-se evidente que, apesar das objeções, pontos essenciais na teoria de Bentham continuam sendo relevantes, proporcionando valiosas lições para os legisladores na formulação de leis e ampliando a compreensão de seu conteúdo pela sociedade.

Com isso, torna-se evidente que os escritos de Bentham apresentam lacunas e pontos de reflexão mais complexos, que podem ser objetos de investigação mais aprofundada em pesquisas futuras. Entretanto, é relevante considerar que as obras de Bentham passaram por diversas edições, suscitando críticas devido à sua escrita por vezes confusa, o que pode ter contribuído para a falta de esclarecimentos sobre esses pontos. Algumas dessas obras estão sendo reeditadas por Philipp Schofield, numa tentativa de capturar o pensamento de Bentham de maneira mais fidedigna.

Não obstante, a influência da tradição de Bentham na experiência da ciência jurídica confirma a riqueza de seu pensamento. A originalidade de sua contribuição, tanto do ponto de vista dos conteúdos quanto sob a perspectiva das reformas sugeridas e da técnica legislativa, permite situar sua figura como jurista e filósofo entre as personalidades mais inovadoras e influentes na história do pensamento jurídico moderno.

Assim, esta pesquisa proporcionou uma análise aprofundada e abrangente da teoria da legislação de Jeremy Bentham, consolidando seus escritos dispersos em uma estrutura coerente. Conclui-se que, além de suas contribuições inestimáveis para a teoria jurídica, Bentham deixou um legado valioso que transcende seu tempo, continuando a inspirar reflexões e pesquisas na contemporaneidade. Dessa forma, encerra-se este trabalho com a compreensão da teoria da legislação de Bentham não apenas enriquece o conhecimento acadêmico, mas também fornece pontos de reflexão para os desafios enfrentados pelos legisladores e acadêmico na atualidade.

6.

Referências

ATKINSON, C. M. **Jeremy Bentham: his life and work**. Londres: Methuen & Company, 1095.

BENTHAM, J. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Kitchener: Batoche Books, 1781.

BENTHAM, Jeremy; HART, Herbert Lionel Adolphus. **Of Laws in General**. London: Athlone Press, 1970.

BENTHAM, Jeremy. **Nomografía o el Arte de Redactar Leyes**. Boletín Oficial del Estado, 2004.

BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**, vol. 1. William Tait, 1843.

BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. D. Fermín Villalpando, 1822.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

BENTHAM, Jeremy. **Un Fragmento sobre el Gobierno**, preliminary study, translation and notes by Enrique Bocardo Crespo, v. 18, n. 3, 2010.

DRIVER, Julia, "**The History of Utilitarianism**", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2022 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/utilitarianism-history/>>.

EVERETT, E. Lodge, H.C. Lowell, J.R. Sparks. J. **The North American Review**. Vol. 51. Oxford University. O. Everett. 1840.

HART, H. **Bentham on Sovereignty**. In: PAREKH, Bhikhu. Jeremy Bentham: Ten Critical Essays. New York: Routledge, 1978.p. 200- 201.

HART, H. **Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory**. Oxford: Oxford University Press, 1982.

JULIUS, Anthony; QUINN, Malcolm; SCHOFIELD, Philip. **Bentham and the Arts**. UCL Press, 2020.

LIERBERMAN, David. **Bentham's Jurisprudence and Democratic Theory An Alternative to Hart's Approach** In: Bentham's Theory of Law and Public Opinion, Cambridge University Press (Forthcoming), UNC Legal Studies Research Paper, n. 2294730, 2013.

LIEBERMAN, David. **The province of legislation determined: legal theory in eighteenth-century Britain**. Cambridge University Press, 2002.

LYONS, David. **In the interest of the governed: a study in Bentham's philosophy of utility and law**. 1991.

MITCHELL, Wesley C. **"Bentham's Felicific Calculus."** Political Science Quarterly, vol. 33, no. 2, 1918, pp. 161–83. JSTOR.

MOTA, Louise. Jeremy Bentham: entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 196, p. 29o, 2012.

PAREKH, Bhikhu C. **Jeremy Bentham: ten critical essays**. Routledge, 1978.

PEARDON, Thomas. **Bentham's Ideal Republic**. In: PAREKH, Bhikhu. Jeremy Bentham: Ten Critical Essays. New York: Routledge, 1978. p. 171- 199.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. Oxford University Press, 2019.

POSTEMA, Gerald J. **Utility, publicity, and law: essays on Bentham's moral and legal philosophy**. Oxford University Press, 2019.

SCARLATTI, Paolo. **Codificazione e nomografia nell'opera di Jeremy Bentham**. Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 169, p. 147-171, 2010.

SCHOFIELD, Philip. **Bentham: a guide for the perplexed**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2009.

SCHOFIELD, Philip. **Utility and democracy: The political thought of Jeremy Bentham**. OUP Oxford, 2006.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito: primeiras lições**. Lumen Juris, 2007.

WATSON, John. **Bentham**. In: PAREKH, Bhikhu. *Jeremy Bentham: Ten Critical Essays*. New York: Routledge, 1978. p. 104 - 115.

WHEWELL, William. **Lectures on the History of Moral Philosophy**. In: PAREKH, Bhikhu. *Jeremy Bentham: Ten Critical Essays*. New York: Routledge, 1978. p. 80- 103.

ZHAI, Xiabo. **Bentham's Natural Arrangement and the Collapse of the Expositor–Censor Distinction in the General Theory of Law**. In: *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*, Cambridge University Press (Forthcoming), UNC Legal Studies Research Paper, n. 2294730, 2013.

ZHAI, Xiabo. **Bentham's Natural Arrangement Versus Hart's Morally Neutral Description**, *Revue d'études benthamiennes* [Online], 2012.