

3

O conceito de sanção em Jeremy Bentham

3.1

Introdução

Jeremy Bentham criticou insistentemente o modelo do *Common Law*, afirmando que o mesmo deveria ser urgentemente substituído. Argumentava que tal modelo não servia, satisfatoriamente, como diretriz para os comportamentos humanos, pois era insuficiente enquanto referência racional para as ações. Provavelmente, o descontentamento de Bentham decorre do fato do *Common Law* fundar-se em opiniões de juízes, que somente se tornam conhecidas depois que a conduta indesejada já foi praticada. Tal superveniência, exatamente por não permitir o conhecimento prévio das condutas inaceitáveis não serve ao objetivo de coordenar a sociedade e otimizar a felicidade no corpo social, já que não é capaz de coibir os atos maléficis, principalmente em razão da dificuldade em precisá-los (A. Sgarbi, *Jeremy Bentham*, material inédito cedido pelo autor, p. 16-7).

Essa ausência de um soberano que dê ordens claras e definidas aos súditos, na visão do autor, gera uma conseqüência nefasta aos destinatários das normas, que acabam por não as obedecer, simplesmente por não possuírem o conhecimento prévio e necessário para se conduzirem.

Tal descumprimento sucessivo e constante das ordens emanadas do soberano acaba por deslegitimá-lo, por levar os súditos a se questionarem acerca da necessidade de manutenção de um Estado que não é capaz de direcionar condutas, assegurando o bem estar e a felicidade geral. Isso significaria um lento e regressivo caminhar ao indesejável estado de natureza, marcadamente um ambiente de competição e luta interna pela posse dos bens que, fatalmente, leva os homens ao medo, à inveja e a disputa.

Bentham foi leitor de Hobbes e sabe, por isso, que a única maneira de evitar a mísera condição de guerra generalizada narrada no capítulo anterior, passa pelo estabelecimento preciso de normas jurídicas, que contenham de forma clara a vontade emanada do soberano e que sejam garantidas por sanções, estas últimas imprescindíveis para a conservação e continuidade da vida em sociedade.

Vê-se, pois, que foi como herdeiro intelectual de Hobbes que Bentham elaborou, de modo inovador, uma teoria do Direito na qual as normas imperativas jogam o papel

principal. Seu conceito de sanção é absolutamente fundamental para toda a sua construção jurídica, tanto quando ela é analisada sob a perspectiva estrutural (quando a sanção aparece como requisito essencial, além de ser útil para a individualização do ordenamento), quanto sob a ótica funcional (como um dos fatores principais a motivar os indivíduos).

Em toda a sua vasta obra pode-se identificar a probabilidade da aplicação da sanção como uma particular forma de assegurar o cumprimento das normas. Isso porque para ele a única coisa que nunca muda na natureza humana é a tendência do homem em alcançar a maior felicidade, e as sanções vão se identificar com os motivos que o Estado quer promover nos indivíduos para que cumpram as normas em benefício da maior felicidade para o maior número de pessoas, de forma que há uma relação bastante estreita entre o utilitarismo, a eficácia das normas e as sanções, conforme se tentará demonstrar ao longo do texto.

O objeto de investigação deste capítulo é, pois, a teoria jurídica de Bentham. Na tentativa de dar conta das principais teses do autor seguirei um padrão de argumentação consistente em, num primeiro momento, fazer uma breve indicação biográfica; em seguida examinar os aspectos-chave de sua teoria — sempre tendo em mente a necessidade de relacioná-los com o tema primeiro deste estudo, qual seja, as sanções —; para, ao final, apresentar as principais críticas que recaem sobre as teses do autor. Tal estrutura se repetirá, dentro do possível, nos dois próximos capítulos, com o intuito de apresentar a doutrina dos três autores escolhidos para análise de um modo que torne perceptível serem eles expoentes de uma mesma tradição jurídica, na qual cada um deles exerceu influência decisiva na doutrina do que veio a seguir.

3.2

Apontamentos biográficos

Jeremy Bentham nasceu em Houndsditch (Londres) no dia 15 de fevereiro de 1748, numa família abastada; seu avô havia sido advogado, seu pai possuía a mesma profissão e desejava aos filhos (seu irmão nasceu em 1757) um brilhante exercício também nas carreiras jurídicas. Muito precoce, ingressa no Queen's College, em Oxford, quando tinha apenas 12 anos (em 1760) e se torna mestre no ano de 1766. No ano seguinte se instala em Londres, onde começa a exercer a profissão de advogado. Em 1776, no ano da Declaração de Independência das colônias inglesas da América, publica sua primeira obra importante, “Um fragmento sobre o governo”, consistente numa severa crítica a teoria do direito elaborada pelo jurista e ex-professor William Blackstone (a clássica obra *Commentaries on the Laws of England*, foi uma

das mais importantes apologias do Common law, modelo contra o qual Bentham se insurgiu desde seus primeiros escritos e cuja crítica o ocupou até seus últimos anos de vida).

No também revolucionário ano de 1789, o autor publica *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*”, que é considerada sua obra prima. Como se vê, as publicações do autor foram todas coerentes com as mudanças e com os movimentos liberais de seu tempo: se dedicou a uma reforma da legislação que logo se converteu num programa social; lutou por reformas constitucionais que abrangessem questões sociais e políticas; impulsionou com suas idéias o direito de sufrágio e movimentos de difusão e extensão da educação; criou um sistema carcerário radial denominado “Panóptico” que logo se tornou um modelo de prisão difundido e copiado em todo o mundo.

Filosoficamente falando, foi o fundador do utilitarismo inglês do século XIX e crítico contundente do modelo do *Common Law*. Juntamente com os pensadores filosóficos liberais mais importantes da época, como John Stuart Mill (1806-1873), fundou *Westminster Review*, uma revista cujo principal objetivo era difundir os ideais reformistas e utilitaristas por todo o mundo.

Bentham faleceu em Londres no dia 6 de junho de 1832, e, de acordo com sua solicitação, seus restos mortais foram doados para dissecação. Seu esqueleto, completamente vestido e com uma reprodução da cabeça feita de cera (a verdadeira foi mumificada), está exposto em uma vitrine de cristal na University College de Londres, instituição da qual foi um dos fundadores.

3.3

Alguns pressupostos da teoria do direito de Bentham

Primeiramente, Bentham afirma que sob a mesma denominação “teoria do direito” têm-se expressado, com certa confusão, duas ordens de coisas distintas: tanto a doutrina “expositiva” (expository jurisprudence), quanto a doutrina “crítica” (censorial jurisprudence). Tal divisão — da qual Kelsen também se valerá, posteriormente, para individuar o mundo do “ser” do mundo do “dever ser” — trata de diferenciar a descrição do direito tal como ele é no mundo dos fatos (caráter expositivo), de como ele deve ser (caráter prescritivo).

Normalmente aponta-se Beccaria como o precursor direto dessa concepção benthaniana, na medida em que foi o primeiro autor a criticar as leis postas e advogar uma reforma das mesmas, sem que isso importasse em confundir tal tarefa com a

mera descrição das leis que já existiam, vale dizer, sem misturar o que a lei “é” com o que ela “deveria ser”.

Muitas outras idéias desenvolvidas por Bentham guardam estreita relação com as teses de Beccaria: algumas construções que nesse último parecem incompletas ou mal delineadas foram aproveitadas por Bentham, que as desenvolveu com sua característica paixão por análises extremamente detalhadas, classificações e subdivisões. Centraremos nossa análise, a princípio, em um ponto principal no qual a influência parece decisiva, a saber, à luta favorável de ambos para que os atos legislativos penais fossem claros, compreensivos e proporcionais¹.

Tanto Bentham quanto Beccaria partilhavam a visão de que os homens costumam recorrer a penalidades extremamente severas parcialmente para aliviar seus sentimentos de hostilidade e ódio frente ao agressor e, também, para lhes poupar o trabalho de pensar nos efeitos de meios alternativos de punição. Por essas razões, barbaridades inúteis do sistema penal de seu tempo foram cometidas e mantidas.

Ambos concordavam que temas como a punição poderiam e deveriam ser submetidos à uma crítica racional — ao invés de serem deixados aos não-confiáveis guias dos sentimentos de antipatia e simpatia — bem como insistiam na inutilidade da selvageria da lei penal tradicional, pois acreditavam que a punição deveria ser a menor possível capaz de contrabalançar a vantagem que o homem esperava obter de seu crime.

Além de acordarem nos aspectos das medidas, intensidade e maneiras de punir, os dois autores também se aproximavam em outros aspectos da lei penal como a natureza da regra legal e a função apropriada do legislador e do juiz.

Ambos insistiam constantemente que o direito/lei deveria ser composto por atos gerais da legislatura, e deveria ser tão compreensível e claro quanto possível; e a criação jurisprudencial/judicial do direito, bem como a discricionariedade em nome da interpretação, deveriam ser reduzidas ao mínimo. A função do juiz é decidir se determinada lei foi ou não violada, e não produzir leis, pois é imprescindível que os homens saibam de antemão o que as leis esperam deles e quais são as conseqüências de sua desobediência. Ambos denunciam casos onde a lei obscura dá ensejo a algo como “juízes legisladores”.

¹ “Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado” (Beccaria, 2003, p. 58). “A pena deve ser econômica, isto é, não deve ter senão o grau de severidade necessário para alcançar o seu fim” (Bentham, 2002, p. 41).

Existem, todavia, divergências entre os dois filósofos: parece que Bentham considerava Beccaria um autor um tanto negligente no que tange às exposições detalhadas. Muito embora, por exemplo, Bentham admirasse a insistência de Beccaria em estabelecer uma proporção entre o crime e a punição, ele o criticava por não explicar e analisar melhor e de forma mais acurada tal idéia². A resposta de Beccaria para não examinar o assunto detalhadamente é que, caso o fizesse, o resultado seria um catálogo de detalhes imenso e entediante³ — definição que se aplica a muitos dos escritos de Bentham (Hart, 2001, p. 49).

Outro ponto importante na teoria benthaniana, que não pode ser desconsiderado, refere-se à utilidade. Bentham inaugura sua obra *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* afirmando que:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores: a *dor* e o *prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos (Bentham, 1974, p. 9. Grifos no original).

Tal assertiva parte do pressuposto de que os indivíduos são governados pelos ditames do prazer e da dor, de forma que um legislador hábil, ao produzir as regras, deve ter em mente a necessidade de utilizar esse instrumental para obter a obediência das pessoas às condutas prescritas — momento em que a sanção aparecerá como importante mecanismo de dissuasão através dos castigos.

Se assim procede, está o legislador a obedecer o princípio da utilidade, segundo o qual aprova-se ou desaprova-se qualquer ação levando em conta a tendência que a mesma possui para aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está sob análise. Objetiva-se, pois, com o reconhecimento deste princípio, “construir o edifício da felicidade através da razão e da lei” (Bentham, 1974, p. 9).

Com uma tentativa de obter precisão matemática, Bentham cria um cálculo da felicidade, consubstanciado em conjuntos de prazer e dor que todos os indivíduos devem consultar antes de agir. As variáveis prazeres e das dores incluídas neste cálculo – que Bentham chamou “elementos” ou “dimensões” – são: a intensidade; a duração; a certeza e a propinquidade (ou proximidade). Quando consideramos não

² “Estabelecei uma proporção entre os delitos e as penas: é um dos preceitos de Montesquieu, de Beccaria, e de outros muitos. Excelente máxima na verdade; mas que tem mais de aparato do que de instrução, uma vez que se reduz a termos gerais; trabalho estéril enquanto não soubermos em que consiste uma tal proporção, enquanto não houverem regras que nos possam encaminhar seguramente na aplicação de certa pena a respeito de qualquer delito que se pode oferecer” (Bentham, 2002, p. 30).

³ “Este seria, quiçá, o instante de examinar e diferenciar as diversas espécies de delitos e a maneira de os punir; contudo, o número e a diversidade dos crimes, de acordo com as várias circunstâncias de tempo e de lugar, atirar-nos-iam por um atalho imenso e cansativo” (Beccaria, 2003, p. 15).

apenas o prazer em si, mas as consequências às quais o mesmo pode levar, outras duas variáveis devem ser analisadas, como a fecundidade— a probabilidade do acto ser seguido por sensações de mesmo tipo — e a pureza — a probabilidade do acto ser seguido por sensações contrárias, isto é, as possibilidades de que o prazer não será acompanhado por prazer, mas por sofrimento. A sétima circunstância é a da extensão do prazer, ou seja, o número de pessoas aos quais ele chega, ou que por ele são afetadas.

Como indica esse cálculo, nosso autor estava muito mais interessado nos aspectos quantitativos do prazer do que nos qualitativos; desta forma, todas as ações que produzirem a mesma quantidade de prazer serão consideradas igualmente boas. Uma outra importante conclusão pode ser extraída desta percepção de que a interação social se dá em respeito à utilidade: assim como o prazer e a dor atribuem verdadeiros valores aos atos, as obrigações apenas fazem sentido quando apoiadas por alguma forma de sanção ou punição, afinal, os homens somente se sentem ligados aos atos e os cumprem rigorosamente quando eles possuem uma sanção prevista para os casos de infração.

3.3.1

Os deveres e a teoria probabilística

Estudar a visão benthaniana de “dever” em apartado justifica-se pela dependência deste com as sanções, o que se torna perceptível pela própria definição que o autor fornece ao conceito: sempre que uma pessoa diz ter um dever, o que afirma, em verdade, é que existe provavelmente um evento externo — isto é, um evento extrínseco e distinto dos sentimentos daquela pessoa de quem se fala (a que possui o dever) — e esse evento externo é sempre uma sanção. Há uma resistência por parte do autor em acatar qualquer outra explicação possível para os deveres que não passe pelas sanções, pois quem afirma um suposto dever, mas não se refere a nenhuma cláusula sancionadora agregada ao descumprimento, está simplesmente esboçando um sentimento interior, que até pode gerar dor ou prazer, mas que não possui qualquer juridicidade.

Para nosso autor, portanto, existe um dever de fazer alguma coisa quando a omissão desta ação importe na imposição de uma sanção. Tal conceituação é válida para os quatro tipos de deveres que ele reconhece: físicos, políticos, morais ou religiosos, todos correspondentes às quatro espécies de sanções (analisadas no item 3.4.5), quais sejam, as físicas, as políticas, as morais e as religiosas.

Os deveres naturais, ou físicos, são as precauções que se deve tomar frente aos atos intrinsecamente perigosos para evitar as conseqüências danosas consistentes em sanções físicas. Para exemplificar, Bentham cita o caminhar muito próximo à beira de um precipício: um ato perigoso que, se praticado de forma descuidado ou imprudente, acabará por gerar conseqüências lesivas. Politicamente se cria um dever sempre que a autoridade competente para tanto estabelece para a conduta contrária uma sanção, óbvio, de cunho político, ao passo que os morais surgem quando a comunidade em geral condena a prática de certos atos, de forma que se estes se realizarem, nada obstante não serem proibidos legalmente, haverá uma reprovação do transgressor pelos seus pares. Finalmente, os deveres religiosos são dependentes dos castigos divinos, ou seja, dos males previstos por um ser supremo.

Note-se, entretanto, que em virtude da vasta obra de Bentham, é possível encontrar em seus escritos várias informações sobre o conceito de dever que autorizam diversas interpretações sobre a relação entre dever e sanção. A mais difundida — e que será, ao final, criticada através dos escritos de Hart — é baseada na teoria da probabilidade.

Essa teoria pressupõe que o dever existe para o indivíduo quando existe a probabilidade empírica do mesmo ser sancionado acaso não cumpra com a obrigação. Esta última, pois, só é observada em razão dos homens serem conscientes de que uma dor futura será imposta, ou seu prazer será diminuído, se não a cumprirem. Aqui nosso autor transmuda uma entidade fictícia (dever) numa entidade real (predição empírica de se aplicar um castigo).

A discussão sobre o caráter desta relação — se é de caráter probabilístico, imperativo (que propugna ser a parte sancionadora das normas uma parte secundária ou subsidiária, uma vez que a vontade do soberano está na parte diretiva, isto é, na prescrição) ou misto (teoria que mescla as duas anteriores, ao dizer que o caráter probabilístico das sanções resultaria da imperatividade da norma que postula a conduta devida) — não faz tanto sentido por duas razões: primeiro porque todas parecem se encaixar no que Bentham quis dizer, sem que para isso tenha que se fazer um esforço interpretativo ou distorcer as teses do autor⁴. Segundo porque, independente de qual se adote, os deveres jurídicos continuam a ser definidos a partir da idéia que se tenha de sanção.

⁴ Alguns comentaristas de Bentham ironicamente afirmam que não tendo sido o autor enterrado, impossível se revirar no túmulo ante uma nova interpretação de sua obra.

3.4

Jeremy Bentham e as sanções

3.4.1

Introdução

È fato que a teoria da norma jurídica em Bentham é de uma complexidade sem precedentes. O autor inglês produziu um vasto conjunto de obras que, além de significativamente extenso, também é bastante prolixo. Ademais, ao longo desta produção, Bentham alterou, por mais de uma vez, o sentido de algumas definições jurídicas.

Destarte, para compreender o papel das sanções nas normas benthanianas, mister revisitar o sentido de alguns conceitos centrais (como o de *law*, *statute* e *provision*, *mandate* e *command*), com o intuito, não de aprofundar em tal análise e estabelecer definitivamente o significado destes termos, mas sim de esboçar algumas idéias acerca da estrutura das normas. Em seguida, após o alcance da conclusão sobre onde estão as sanções na estrutura das normas, outras questões surgirão, relativas à necessidade de saber se todas as normas possuem sanções (isto é, analisar se elas são elementos necessários), bem como à possibilidade de serem o critério de individualização dos sistemas jurídicos.

Além disso, uma análise funcional das sanções é imperiosa. Bentham bem sabe que se as pessoas fossem razoáveis iriam internalizar o princípio da utilidade e agir tão somente para o bem da coletividade, mas ao mesmo tempo reconhece a plausibilidade das pessoas serem pouco ou nada razoáveis. Para estas últimas, deverá existir no ordenamento algum forte motivo que determine, ou ao menos influencie, seus comportamentos. Como a sanção é vista por ele como um instrumento de prazer e de dor, irá desempenhar papel de grande importância na eficácia das normas jurídicas.

3.4.2

Aspectos estruturais das sanções em Bentham

Em que pese a confusão gerada e a difícil distinção, poderíamos separar os termos *law*, *provision*, *statute*, *mandate* e *clause* do seguinte modo: uma norma (*law*) é uma simples abstração, uma entidade fictícia que necessita ser parafraseada em uma entidade real, denominada de disposição jurídica (*statute*). A disposição (*statute*)

é o enunciado normativo que tem determinado caráter ou significado e um conteúdo ou objeto. Para averiguar quais são estes, Bentham utiliza o termo *provision* (prescrição). As prescrições por seu turno, trazem consigo o objeto (tipo de ato que a norma ordena, vale dizer, seu conteúdo) e o aspecto ou vontade do legislador (o caráter da norma). Existem quatro aspectos possíveis para as normas: os mandatos, as proibições, os não-mandatos, e as permissões. As partes adicionais do *statute* que não contém o caráter e o conteúdo das normas são as cláusulas (*clauses*).

As prescrições, juntamente com as cláusulas (que podem ser de muitos e variados tipos: limitativas, excepcionais, expositivas, satisfativas, iniciativas — aqui aparecem as sanções) formam o enunciado normativo (um *statute*) completo. Exatamente este enunciado completo é que Bentham denomina mandato. Este pode se dividir em mandato legal (emanado do soberano) e ilegal (que não podem ser atribuídos à vontade do soberano).

Sempre que se fala em enunciados normativos, sabe-se que podem estar formados por uma ou várias prescrições; dependendo de que tipo de prescrição se fala, ou seja, dependendo do seu conteúdo, se saberá se contam ou não com cláusulas iniciativas, ou melhor, com cláusula sancionadora. Evidentemente que se a norma em questão for uma norma obrigatória ou uma norma proibitiva, é natural que seja sancionada (o que pode não acontecer, de forma a surgirem no ordenamento normas incompletas). Mas nem todas as disposições são sancionáveis, de forma que existem normas sem sanção. No caso dos deveres, entretanto, esta última precisa estar presente para a norma ser considerada completa. Outras normas imperativas podem não conter tal cláusula, o que acaba por gerar as três seguintes situações possíveis (Chagoyán, 2002, p. 40):

- “O exame é obrigatório”: tem-se uma disposição e uma prescrição;
- “Proibido copiar e utilizar anotações no exame”: tem-se uma disposição e duas prescrições;
- “Quem ‘colar’ no exame terá que repetir o curso como sanção”: uma disposição completa ou mandato, formado por uma prescrição e uma cláusula sancionadora.

Somente no último caso uma norma jurídica completa se formou, já que é a única que estabelece um enunciado composto de uma prescrição cujo conteúdo é a ação de ‘colar’ no exame e cujo caráter é uma proibição; ademais, tal norma conta com uma sanção que determina qual será a conseqüência jurídica da norma.

Falando das cláusulas sancionadoras, estas somente se encontram nas normas obrigatórias (mas não nas não-obrigatórias), que tanto podem ser uma proibição, quanto uma obrigação. Todas as normas que podem ser chamadas de obrigatória estão constituídas em duas partes: uma diretiva, que é uma prescrição imperativa e

uma segunda que é a sanção, enquanto expressão de um ato que se traduz em um prognóstico do que acontecerá se o destinatário da parte diretiva não a cumprir.

Em Bentham, a parte diretiva e sancionadora constituem a norma primária ou principal que se dirige aos cidadãos (existem normas primárias que são dirigidas aos governantes e que somente possuem parte diretiva). Para que as normas primárias sejam efetivas, entretanto, é preciso que uma outra norma ordene aos juizes que apliquem as sanções para os casos de descumprimento, sendo estas as normas secundárias ou subsidiárias do ordenamento, vistas sempre em estreita conexão com as primárias.

Tal ligação enseja um problema, apontado também na doutrina de Austin, como se verá adiante, relativo à potencialidade de regresso ao infinito: já que toda norma secundária depende de uma primária que ampare o seu cumprimento, ingressa-se numa sucessão infinita de normas. Bentham procura solucionar tal impasse com a consideração de que não existe uma série infinita de sanções, vez que isso importaria numa série infinita de não cumprimento das normas, o que para ele constitui claramente um conjunto de normas ineficazes e, portanto, normas não consideráveis.

Para finalizar, importante não perder de vista que o termo ‘norma jurídica’ (*law*) para nosso autor pode ser visto sob três perspectivas distintas: como entidade fictícia (estruturalmente como o ‘todo lógico’ que gera a norma, isto é, pelo somatório de uma prescrição e uma cláusula); como matéria legislativa (uma entidade real composta pelos enunciados que o legislador elabora); e como disposição jurídica (que é uma fórmula, uma abstração, cujas variáveis vão sendo substituídas pelo legislador, resultando na entidade real relevante para a individualização das normas).

3.4.3

A individualização das normas jurídicas

Possivelmente, o primeiro autor que tentou estipular critérios de individualização das normas jurídicas — percebendo a importância em destacá-las das demais ordens normativas — de que se tem notícia foi Bentham. De acordo com Raz:

Bentham is probably the only legal philosopher who understood the necessity and the importance of principles of individuation apart from the doctrine of the structure of laws. (Raz, 2003, p. 74)⁵.

⁵ “Bentham é provavelmente o único filósofo legal que compreendeu a necessidade e a importância dos princípios da individualização separadamente da doutrina da estrutura das normas”.

Assim, após expor sua estrutura das normas, mister passar a análise dos princípios de que se vale o autor para identificar os sistemas jurídicos. Bentham inicia a análise afirmando que para determinar se uma norma imperativa é completa deve-se analisá-la enquanto sua expressão — uma norma é completa se for formada por uma prescrição, cujo conteúdo seja uma proibição ou uma obrigação; se a prescrição estiver alterada por alguma cláusula alternativa, então só será completa se analisada juntamente com estas cláusulas —, quanto a sua conexão — pois uma norma é completa quando está formada por várias prescrições (ou justapostas, isso é, todas as prescrições no mesmo discurso, ou por referência, quando a norma é formada por prescrições presentes em diferentes discursos, vale dizer em distintos textos) — e, finalmente, quanto a seus desígnios — pois uma norma imperativa completa deve ter prescrições que fazem referência a sanções).

Uma síntese da interpretação que Raz (2004, p. 75-76) faz sobre a individualização em Bentham poderia ser descrita nos seguintes termos:

- toda disposição jurídica é uma norma e uma prescrição (vale dizer, toda disposição jurídica é uma norma que prescreve determinado comportamento como obrigatório em certas circunstâncias, isto é, cada uma das leis expressa o desejo do legislador de que certos atos sejam praticados por determinadas pessoas, sob circunstâncias específicas);

- uma expressão da vontade do legislador equivale a imposição de um dever, se, e somente se, estiver amparada por uma sanção (o dever somente surge nas hipóteses em que o desejo do legislador se manifesta acompanhado de uma sanção, seja ela positiva, que visa estimular condutas, seja negativa, no sentido de proibir determinados comportamentos, seja, inclusive, de cunho moral ou religioso)⁶;

- todo ato ordenado ou proibido pelo legislador é o núcleo de uma disposição jurídica independente (o fato de uma lei ordenar que os juízes punam assassinos traz como implicação direta a proibição do assassinato, no entanto, isso não significa que se tenha apenas uma lei — dirigida aos juízes —, mas sim duas, embora uma contém a outra);

- os conflitos entre disposições jurídicas são resolvidos antes da representação da disposição jurídica em sua forma apropriada (isso quer dizer que a descrição apropriada de um sistema legal não descreve qualquer conflito de leis, nem tampouco fornece meios para solucionar tais conflitos; as regras através das quais os conflitos entre duas leis são resolvidos se referem, entre outras coisas, a importância relativa

⁶ “The sanction need not always be a legal sanction. A law may impose a duty even if the only sanction for its breach is a moral or religious sanction” (Raz, 2004, p. 76); numa tradução livre: “A sanção não necessariamente precisa ser uma sanção legal. A norma pode impor um dever até mesmo quando a única sanção prevista para seu desrespeito seja moral ou religiosa”.

dos legisladores que criaram as leis e as datas nas quais elas foram feitas, fatos estes que, de acordo com a teoria de Bentham, não estão expressos na descrição apropriada do sistema);

- a individualização das disposições jurídicas depende parcialmente da maneira como se formula o material jurídico por parte do legislador (como, por exemplo, se em uma determinada data o legislador institui uma lei ordenando [1] que todo homem se comporte da maneira 'A', sob as condições 'C' e, posteriormente, institua uma outra lei determinando [2] que toda mulher se comporte da maneira 'A', sob as condições 'C', para Bentham existirão duas disposições jurídicas distintas — uma correspondendo a [1] e a outra a [2]. Se, Entretanto, a segunda lei dispusesse de forma diversa, isto é, [3] toda pessoa deve se comportar de maneira 'A', sob as condições 'C', o sistema legal conteria, então, apenas uma lei correspondente tanto a [1] quanto a [2]).

Todo exposto, pode-se deduzir que dentre os elementos que formam a unidade mínima de material legislativo de que falava Bentham, não se encontra a sanção — exceto nos casos em que se trata de uma norma que impõe um dever, pois esta possui como unidade mínima uma prescrição e uma cláusula sancionadora —, o que nos leva a concluir que a sanção não é presença necessária numa disposição jurídica benthaniana. Conforme preceitua Raz “Obviously, not every law would be backed by a sanction”⁷ (Raz, 2004, p. 77).

Vê-se, pois, que de uma investigação mais atenta do conjunto normativo de Bentham, é possível deduzir que as normas imperativas não estão sozinhas; ainda que se reconheça o fato de elas desempenharem, principalmente no que tange ao aspecto funcional, papel imprescindível para a obtenção das finalidades decorrentes do princípio da utilidade, há que se dizer que não são as únicas normas a que Bentham confere juridicidade. Ademais das imperativas (que sem dúvida apresentam-se como as principais normas da ordem jurídica, e cujo fim precípua é conferir ao soberano instrumental suficiente para bem desempenhar seu objetivo de reger as condutas humanas), existem outras normas, denominadas não-imperativas (ou não coercitivas). Estas teriam uma atuação subsidiária e dependente das primeiras, como, por exemplo, as permissivas, que conferem uma esfera de liberdade aos súditos. Em síntese, Sgarbi conclui:

Enfim, em que pese o fato da “natureza” da norma jurídica – considerando o princípio da utilidade (e vislumbrado o aspecto funcional) – ser a de expressar diretivas, pode-se encontrar, na literatura benthaniana, composição mais complexa e articulada do que a de simples ordens e obediência. (A. Sgarbi, *Jeremy Bentham*, material inédito cedido pelo autor, p. 16-7).

⁷ “Obviamente, nem toda norma será amparada por uma sanção”.

3.4.4

Aspectos funcionais das sanções em Bentham

Ao se perguntar por que razão o Direito é eficaz, Bentham procurou analisar um sem número de forças possíveis que influenciariam os seres humanos e, *a posteriori*, dariam ao Direito a eficácia que deseja. Dentre todas essas o autor centrou sua atenção nos motivos. A começar, dividiu-os em dois tipos básicos: os motivos práticos e os meramente especulativos. Os primeiros são os motivos que influenciam os atos externos, podendo ser de dor ou de prazer (onde se incluem certamente as sanções); dito de outra maneira, são as razões capazes de influir na vontade dos seres racionais e que, por isso, os induzem a atuar de determinado modo ou a deixar de atuar. Por seu turno os motivos especulativos são os que operam simplesmente nas faculdades intelectuais dos agentes, incentivando certo entendimento, mas impróprios para ensejar a produção de qualquer ato de vontade.

Feita a divisão, o autor considerou que somente os primeiros teriam aptidão para traduzir os sentimentos de dor e prazer, regentes maiores das condutas dos homens, e, pois, seriam os únicos que originariam comportamentos guiados a sustentar a eficácia do Direito. Portanto, em querendo o legislador induzir os cidadãos a agirem de determinada maneira, basta radicar as normas nos motivos: se estes são conseqüência direta do grau de dor ou prazer que o homem experimenta em cada uma das situações postas pela realidade, e se o homem se move guiado pela vontade de alcançar o maior prazer como conseqüência final das suas condutas, certamente ao se deparar com uma legislação que imponha castigos aos transgressores frente à condutas perniciosas ou que estipule recompensas por condutas vantajosas, irá, sem dúvida, se omitir da prática das primeiras e agir conforme às segundas.

Aos motivos que se apresentam como fontes de prazer, Bentham denominou motivos sedutores (prêmios), ao passo em que os que se traduzem em medo da dor, foram chamados de coerções (castigos). Tanto um quanto outro, na leitura do nosso autor, configuram fontes capazes de conferir força obrigatória a qualquer norma ou regra de conduta e, exatamente por esta razão, podem ser chamadas de sanção.

A definição ampla de sanção poderia ser formulada, portanto, nos seguintes termos: fonte de motivos, ou melhor, de dor ou prazer, que atuam como verdadeiras e únicas razões para que se aja de determinada forma. Também é possível uma classificação que distinga, em quatro, tais fontes de prazer ou de dor, a saber, a física, a política, a moral (ou popular) e a religiosa.

As primeiras são a base de todas as demais e teriam lugar quando o prazer ou a dor são produzidos por poderes da natureza não propositadamente modificados pela interposição da vontade de algum ser humano nem por qualquer interposição extraordinária de algum ser invisível superior; vale dizer, quando a dor e o prazer decorrem dos impulsos e restrições que derivam de circunstâncias naturais⁸.

As políticas referem-se a dor e ao prazer gerados pelas mãos de uma pessoa em particular, ou de um grupo de pessoas da comunidade, escolhidas com o objetivo de aplicar o castigo ou o prêmio segundo a vontade do poder soberano do Estado. Seriam, pois, as impostas pelas autoridade políticas.

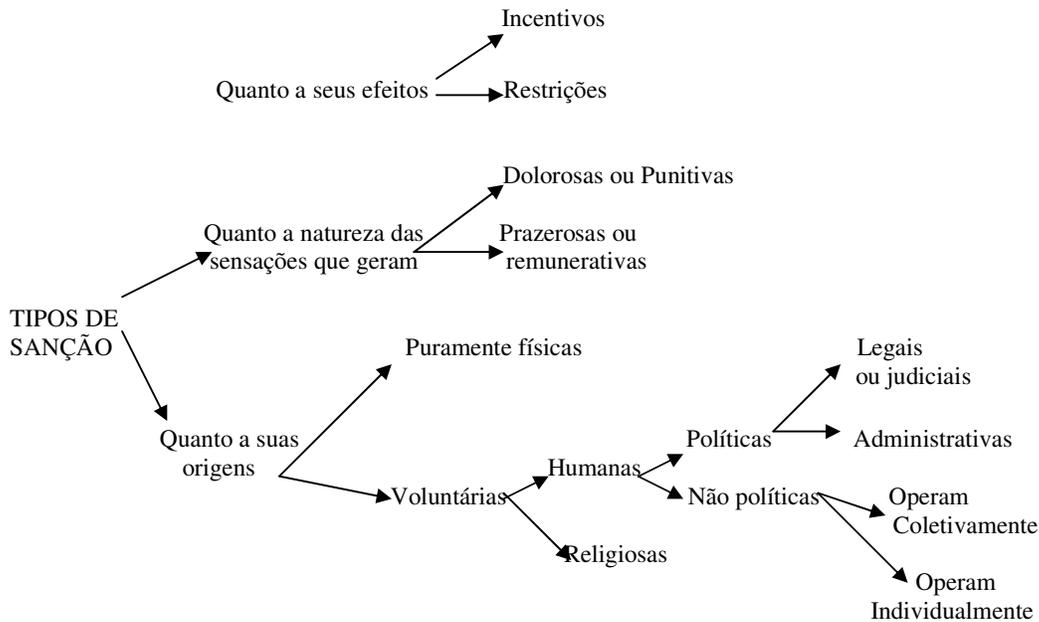
Por seu turno, as morais são os prazeres ou dor vindas das pessoas da comunidade, desde que não autorizadas pelo poder público a aplicar uma sanção fundamentada em regra escrita. Em verdade, seriam estas sanções as aprovações ou reprovações sofridas pelos pares e provenientes da opinião coletiva.

Finalmente, as religiosas advêm da dor e do prazer aplicado por um ser divino e superior. Consistiriam no temor religioso em receber castigos divinos ou na crença de obter recompensas de mesmo caráter.

Das quatro sanções listadas somente três delas são concebíveis em relação a seres inteligentes, racionais e dotados de vontade, quais sejam, as sanções políticas, as morais e as religiosas. Destas, não há dúvida que a principal é a política, por representar a prática institucionalizada do Estado em coordenar condutas, quanto às outras (sanção moral e religiosa) são sanções meramente coadjuvantes ou, como diz o autor, auxiliares.

Ademais, Bentham, analítico que é, continua a classificar as sanções de outras três maneiras (que irão gerar outras tantas subdivisões), a seguir apresentadas de modo esquemático:

⁸ No entanto, se um acontecimento natural, um incêndio por exemplo, produz dor para alguns indivíduos, Bentham refere-se a ele como uma calamidade. Mas se uma dor semelhante for causada também por meio de um incêndio, desta vez imputado à alguém que, negligentemente, esqueceu de apagar uma vela, ter-se-ia uma sanção física.



Conforme a tabela posta acima, Bentham primeiro subdivide as sanções em três grandes grupos: quanto a seus efeitos, quanto à natureza da sensação que as constitui e quanto a suas origens.

No primeiro grupo (efeitos) estão os incentivos (tendente a originar uma ação positiva ou induzir a ação humana em alguma direção, como o são, por exemplo, os impostos) e as restrições (assim como as proibições, produzem um impedimento para a prática de determinada ação, mas ao contrário das primeiras, são temporárias; a suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor por determinado período de tempo é um exemplo).

A segunda classificação preocupa-se com a natureza das sensações constitutivas das sanções, já que as sanções podem ser fontes de dor (caso das punitivas que importam em sofrimento para os indivíduos; são as mais eficazes e, por essa razão, universalmente adotadas; um exemplo são as privações de liberdade e a pena de morte) ou de prazer (são as que geram sensação de bem estar para o sujeito ou beneficiam seus interesses, de alguma forma; cite-se como exemplo a concessão de um prêmio nobel).

A classificação mais detalhada advém, porém, das origens das sanções que podem ser puramente físicas (são aquelas cujo conteúdo de dor ou prazer são consequência direta da ação da natureza não alterada por um comportamento de um ser inteligente e sensato e nem mesmo de uma divindade, como o já citado incêndio

decorrente da vela esquecida acesa) ou voluntárias. Essas últimas se subdividem nas sobrenaturais ou religiosas (são aplicadas voluntariamente por uma agente, mas este é de uma espécie desconhecida e nunca vista, como por exemplo, as penas aplicadas no inferno) e humanas; estas últimas, por seu turno, podem ser políticas (judiciais — quando as sanções são impostas por funcionário devidamente investido da função jurisdicional; por exemplo, aplicação da pena de multa ou da pena de privação de liberdade — ou administrativas — políticas quanto as primeiras, mas aplicadas por sujeitos investidos de poderes administrativos para a imposição de sanção, como é o caso, das multas administrativas) ou não políticas (que podem ser operadas coletivamente — quando se aplica uma sanção não política por membros de uma sociedade que guardam com os sancionados relação de identidade comunitária, como é o caso da marginalização de um grupo social — ou operadas individualmente — quando um pai repreende seu filho, por exemplo, pois caracteriza-se como uma sanção não política, que considera o indivíduo de forma isolada, sem relacioná-lo com o corpo social).

3.5

As recompensas em Bentham

Bentham foi um dos primeiros autores a dedicar-se seriamente a construir uma teoria das recompensas que pudesse sustentar a idéia de um Direito Premial ao lado do, já conhecido e amplamente divulgado, Direito baseado nas sanções negativas.

Como ocorre com todos os conceitos que pretendeu estudar, também para este Bentham formulou uma série de regras e princípios aplicáveis para as recompensas. A título de ilustração vale apontar sua análise do que seja o salário: de acordo com a formulação de nosso autor o que induz ao trabalho não é, de modo algum, a esperança em se obter ao final do mês o salário e sim o medo constante de não recebê-lo ou vê-lo diminuir; se é assim que de fato as pessoas se comportam, então não se pode dizer que o salário seja uma recompensa, afinal embutido no estímulo em trabalhar tem-se uma sanção negativa, consistente em ameaçar com dor (porque implica numa sensível diminuição do prazer) para obrigar a um determinado comportamento.

Traçando um paralelo entre as funções das penas decorrentes das sanções negativas e das recompensas, chegar-se-ia ao seguinte: a pena tem por escopo alcançar a abstenção de certas condutas consideradas socialmente desvantajosas para o Estado, ao passo em que as recompensas procuram estimular e fomentar práticas consideradas desejáveis; a pena se refere sempre aos comportamentos

danosos, enquanto as recompensas aos particularmente saudáveis; a pena destina-se a toda a população, indistintamente considerada, ao passo que as recompensas dirigem-se aos eleitos, tão somente; finalmente, as penas são necessárias, tanto para manutenção da ordem, quanto para a própria justificação estatal; mas as recompensas, por seu turno, são prescindíveis.

Vê-se que as recompensas são, portanto, verdadeiras sanções jurídicas plenamente compatíveis com a teoria jurídica de Bentham, nada obstante o próprio autor as reconhecer como instrumentos ocasionais, aplicáveis em casos pontuais, incapazes de substituir as sanções negativas, ou sequer, retirar-lhes o protagonismo. Em verdade, poder-se-ia dizer que para o autor tais sanções positivas constituem parte de um ordenamento que já se encontra garantido pela existência e efetividade das sanções negativas, únicas aptas a impor o verdadeiro temor de que necessita o conjunto normativo para se fazer obedecer.

3.6

Críticas ao modelo benthaniano

Um problema recorrente na tese de Bentham parece ser relativo à conexão dever-sanção. H. L. A. Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, ocupa-se em demonstrar o quanto a teoria das obrigações enquanto predições obscurece o debate ao privilegiar uma leitura do aspecto externo das regras obrigatórias, decretando a inexistência do caráter interno das mesmas.

Hart inicia suas considerações afirmando que as teorias do direito que o concebem como ordem coercitiva partiram de um pressuposto correto de que onde há direito, há, por conseguinte, condutas humanas proibidas, obrigatórias ou não facultativas. Deste modo, em certas ocasiões, estariam os indivíduos obrigados a agir de determinado modo, caso desejem adotar uma conduta conforme ao Direito. No entanto, tais teorias, dentre as quais se encaixa a de Bentham, definiram a noção de obrigação em termos de possibilidade ou probabilidade de que a pessoa obrigada venha a sofrer um mal ou um castigo às mãos de outros, nas hipóteses de desobediência. Tal postura leva-os a tratar as afirmações de obrigações como meras avaliações de sofrer um castigo, e não como afirmações psicológicas. O prejuízo decorrente de tal postura pode ser apontado através de duas críticas: a primeira envolvendo o fato de que a interpretação de uma obrigação através simplesmente da previsibilidade obscurece o fato de que, quando existem regras, as transgressões a respeito delas não constituem somente fundamentos para a previsão de que sobrevirão reações hostis ou de que os tribunais aplicarão sanções aos que a violem;

tais transgressões são também uma razão ou justificação para ditas reações e sanções.

A segunda refere-se à impropriedade em se pensar a previsão de sanção como único motivo para a existência dos deveres em virtude da possibilidade de um sujeito legalmente obrigado conseguir escapar com êxito da punição; neste caso, segundo a teoria baseada na previsibilidade, o sujeito não mais estaria obrigado, uma vez que, de alguma forma, conseguiu se furtar do castigo. Num sistema que efetivamente sanciona uma elevada quantidade de transgressores, pode-se dizer que qualquer transgressor corre o risco de ser efetivamente sancionado. Se não o for é causa de um funcionamento anormal do sistema. Para Hart, dizer que uma pessoa tem uma obrigação e afirmar que é provável que ela venha a ser sancionada são enunciados verdadeiros e harmônicos, que se conectam através de uma forte ligação — pois a não ser que seja bastante provável que as pessoas desobedientes sejam reprovadas, não valeria de nada construir enunciados acerca das obrigações das pessoas.

Ademais, analisando o exemplo recorrente em Hart do assaltante armado que ordena à vítima que entregue o dinheiro sob pena de desferir-lhe um tiro em caso de desobediência, ver-se-ia, sob a ótica da teoria das predições, que a vítima encontra-se frente a uma obrigação de satisfazer o pedido do assaltante, tendo em vista a probabilidade do dano iminente. Entretanto, a vítima que entrega o dinheiro, só o entrega por temor às conseqüências desagradáveis que recairão sobre ele, mas não porque estava juridicamente obrigado. Nesse ponto Hart assinala a necessidade de diferenciar a asserção alguém *foi obrigado* a fazer algo, da asserção alguém *tinha a obrigação* de fazer algo. A primeira refere-se exclusivamente aos motivos e crenças que uma pessoa possuía para praticar determinada ação, pois é uma afirmação meramente psicológica, ao passo que a segunda deve ser pensada em termos de regras sociais, isto é, regras que instituem determinados comportamentos como modelos a serem seguidos e que, por isso, constituem as obrigações⁹. Em sendo assim, Hart diferencia o *sentir-se obrigado* do *ter uma obrigação*, pois apesar das regras conterem caráter interno — relativo ao sentimento de vinculação e aceitação que os destinatários devem possuir com relação às normas —, este não é dependente do sentimento de compulsão experimentado pelo obrigado, que por vezes pode não se fazer presente.

⁹ “Assim, a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação, por exemplo de dizer a verdade ou de apresentar-se para prestar serviço militar, é verdadeira, ainda que ela acreditasse (razoavelmente ou não) que nunca seria descoberta e que nada tinha a temer por causa da desobediência. Além disso, enquanto que a afirmação de que tinha esta obrigação é basicamente independente da questão sobre se essa pessoa de fato se apresentou ou não a prestar o serviço, a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo acarreta normalmente a implicação de que a pessoa efetivamente o fez” (Hart, 1994, p. 93).