

“A irresistível ascensão dos filósofos”. Teoria da legislação e o ‘problema penal’ em Jeremy Bentham*

Ricardo Sontag**

Resumo: Neste artigo pretende-se inserir Jeremy Bentham no processo de ascensão dos filósofos durante o chamado “Século das Luzes” (século XVIII) na discussão dos problemas penais, traço identificável em determinada impostação do discurso que cria para si um lugar diferenciado em relação ao discurso jurídico tradicional. Em Bentham, essa postura tomou a forma de forte polêmica contra a tradicional *common law* que, segundo ele, seria um discurso que teria escondido seus erros em uma aura de mistério e profundidade, em choque frontal com sua utopia de uma ordem legal e de um conhecimento absolutamente transparentes. Por fim, o pós-escrito esboça uma comparação entre Bentham e a concepção ainda atual de Arturo Rocco sobre a relação entre o saber jurídico e o não-jurídico.

Palavras-chave: Jeremy Bentham – História do direito – Problema penal – Iluminismo – Saber jurídico.

* Este artigo é parte da pesquisa sobre teoria da legislação e direito penal em Jeremy Bentham, cujo principal fruto, até o momento, foi minha monografia *Pannomion: teoria da legislação e direito penal em Jeremy Bentham ou o código como utopia lingüística* do Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. Orientador: Arno Dal Ri Jr.

** Monitor do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – *Ius Commune* (CNPq/UFSC), coordenado pelo Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.. Graduado em Direito (UFSC), mestrando em Direito (UFSC) e graduando em História (UDESC).

“The irresistible ascension of the philosophers.” Theory of legislation and ‘penal matters’ in Jeremy Bentham

Abstract: This article intends to insert Jeremy Bentham in the process of the philosophers’ ascension, during the so-called “Age of Enlightenment” (the 18th century) in the discussion of penal matters, a trace of which is recognizable in determinate discourse representations that created a differentiated place in relation to the traditional *common law*, which, according to him, concealed its errors through an aura of mystery and depth, in a head-on clash with legal order utopia and absolutely clear knowledge. Finally, the postscript presents a comparison between Bentham and Arturo Rocco’s still-current concept on the relationship between juridical and non-juridical knowledge.

Keywords: Jeremy Bentham – Legal history – Penal matters – Enlightenment – Juridical knowledge.

A expressão “o problema penal no século XVIII” foi cunhada na década de 70 por Giovanni Tarello para compreender a especificidade da maneira como os filósofos iluministas trataram, na segunda metade do século XVIII, os temas conexos àquilo que chamaríamos hoje, aproximativamente, de direito penal e direito processual penal. Desde a década de 70, então, a expressão ganhou fama, e é passagem obrigatória para quase todos os que abordam questões penais no século XVIII, principalmente na historiografia italiana, muitas vezes focando a análise do problema penal no conjunto de textos de um determinado filósofo.

Antes de seguir, então, eis a citadíssima definição de Tarello:

Por ‘problema penal’ se entende um complexo de problemas conexos entre si, do qual é difícil apresentar uma lista completa. A título provisório, podemos, todavia, indicar uma primeira

série: 1) Existe, fazendo referência a qualquer sujeito, um direito de punir, ou seja, de infligir um mal a um outro sujeito, baseado na ação ou no modo de ser do segundo sujeito? 2) Admitindo-se que tal direito exista, a quem pertence? 3) Definido a quem pertence, contra quem se aplica? 4) Quais punições são lícitas, ou seja, que tipos de males podem ser infligidos a um sujeito em função de uma ação ou modo de ser deste último? Quais ações ou modos de ser podem ser tomadas como pressupostos de um direito de punir? 5) Existe uma relação natural entre o tipo de punição e o tipo de ação ou modo de ser punidos? Caso sim, que tipo de relação? Como se executam as punições?¹

Esta maneira geral, relativamente abstrata, globalmente articulada, com que são tratados os problemas penais só teria sido possível, segundo Tarello, no século XVIII. Não é o escopo com este trabalho, propriamente, discutir as razões de Tarello, ainda que sua noção de problema penal possa ser um ponto de partida útil. Portanto, não se pretende discutir, como Tarello, as exigências funcionais as quais essa forma de ordenar os problemas se vinculou. É mais importante, aqui, apontar a que tipo de sujeitos do discurso essa formulação global e articulada do problema penal está associada. Isso porque a maneira como sujeito do discurso se coloca parece, justamente, orientar a reordenação da mudança de perspectiva referida por Tarello.

Se o direito penal e o direito processual penal parecem ser temas fortemente enraizados no *atelier* dos juristas, debruçar-se sobre a segunda metade do século XVIII nos coloca diante de uma primeira e bastante evidente perplexidade: as figuras que tomaram as rédeas e que determinaram mais profundamente os caminhos da discussão e das transformações no sistema penal não

¹ TARELLO, Giovanni. Il problema penale nel secolo XVIII. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, p. 14.

foram os juristas, mas os filósofos. Basta lembrar de alguns nomes sistematicamente mencionados: Voltaire, Beccaria e o próprio Bentham. É o fenômeno que poderíamos chamar de “irresistível ascensão dos filósofos“:

O direito penal racional e a justiça civilizada que a idade nova pretende tomam forma nas críticas corrosivas que um grupo de ideólogos reformadores, difusos e conectados em escala européia, dirigidas com grande agudez e eficácia contra os ordenamentos existentes. Pela primeira vez na história da Europa os intelectuais desenvolvem uma função crítica de oposição, em côro e conflitiva, e o fazem no campo penal, atribuindo-lhe uma centralidade cultural e política que não perderá mais. De Montesquieu à Voltaire, de Rousseau à Beccaria (que depois de 1764, ano de publicação do *Dei delitti e delle pene*, foi eleito o relutante corifeu do reformismo penal iluminista), com Blackstone e Bentham na Inglaterra, Verri, Filangieri e Pagano na Itália, Sonnenfels na Áustria, Hommel na Alemanha, Lardizabal na Espanha, um côro de intelectuais que primeiro impôs a discussão e depois a reforma do sistema penal europeu.²

Mario Sbriccoli ainda acrescenta que a maioria dos penalistas “juristas” ficou à margem, intervindo, quase sempre, para defender a tradição. Vale acrescentar que, apesar dessa ascensão dos filósofos, os juristas práticos, os tribunais, não abandonaram suas atividades. Isto é, as velhas tradições do *ius commune* (no continente) e da *common law* (na Inglaterra) continuavam a existir paralelamente a esse debate, mas, aos poucos, o discurso iluminista entrou em contato e se articulou com a formação jurídica em sentido estrito, reorientando os rumos da ciência jurídico-penal

² Cf. SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*. Roma e Bari: Laterza, 2004.

ao longo do século XIX, e com sortes diferentes na Inglaterra e nos vários países da Europa.³ Mas esta é outra história.

De volta aos filósofos da segunda metade do século XVIII, é preciso acrescentar, ainda, que a diferença entre um “filósofo juridicamente informado” e um “jurista em sentido estrito” não se faz, simplesmente, observando a formação acadêmica do indivíduo em questão, principalmente porque as disciplinas acadêmicas não eram organizadas como hoje, onde encontramos cursos específicos de direito, filosofia, história, ciências sociais, etc. Além disso, quando se fala em ascensão dos filósofos na discussão das questões penais (e jurídicas em geral), o objeto dessa afirmação não é somente a biografia deste ou daquele indivíduo, mas uma determinada impositação do discurso. Ou seja, é preciso observar nos textos a serem analisados como o autor se coloca ao enunciar um discurso sobre o direito. É possível, portanto, encontrar indivíduos que se colocam inteiramente como filósofos e não como juristas ao tratarem de temas penais, mas que têm alguma formação jurídica. É justamente o caso de Bentham, que estudou direito na Lincoln’s Inn, mas que procura, sistematicamente, diferenciar o seu discurso daquele dos juristas em sentido estrito. Não é à toa que Bentham praticamente não exerceu qualquer profissão jurídica.⁴ Já Beccaria atuou como jurista em sentido estrito, apesar de no seu *Dei delitti e delle pene* ele ter se colocado como “filósofo juridicamente informado”. Ou

³ Para o caso italiano, cf. SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia Unita. In: COSTA, Pietro *et al.* *Stato e cultura giuridica in Italia dall’unità alla repubblica*. Roma: Laterza, 1990.

⁴ TOMASELLI, Sylvana. Bentham, Jeremy. In: BLACK, Jeremy; PORTER, Roy (Ed.). *Dictionary of eighteenth-century history*, p. 74; PESSANHA, José Américo Motta. J. Bentham: vida e obra. In: BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação: sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos*, p. VI.

seja, muitas vezes, mesmo com alguma formação jurídica, esses autores filiavam-se à chamada ideologia antijurisprudencial que marcou o século XVIII.⁵ Uma ideologia que tocava, na verdade, o centro da ordem jurídica clássica: a produção jurisprudencial, que era a referência principal desse sistema de fontes, tanto do *ius commune* continental como da *common law* inglesa.

A ideologia antijurisprudencial, então, acompanha a crise do velho sistema jurídico, ora sugerindo transformações radicais, ora sugerindo reformas. Na maior parte da Europa continental, o final dessa história é o colapso do antigo sistema de fontes em favor de sistemas fundados na lei e em códigos. Na Inglaterra, porém, as alternativas para a crise não passaram pela adoção de códigos de leis, para a infelicidade de Bentham, que defendia, justamente, a solução codificatória.

Em Bentham, essa postura desdobra-se em: 1. diferenciação epistemológica e elaboração de um espaço discursivo paralelo (ainda que com cruzamentos possíveis) em relação ao jurídico em sentido estrito; 2. crítica aberta ao discurso dos juristas. Em relação ao primeiro, vale a pena exemplificar com uma situação vinculada ao direito penal: Bentham procura diferenciar o que seria a noção ontológica de crime e a noção deontológica de crime. A primeira define o crime como aquilo que é proibido pela lei positivada pelo Estado. A segunda entende crime como aquilo que constitui infração aos ditames do princípio da utilidade, isto é, as ações que deveriam ser proibidas por produzirem algum mal socialmente relevante.⁶ A primeira noção, então, estaria vinculada à atividade dos juristas que deveriam limitar-se à aplicação da lei

⁵ Cf. CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano: Giuffrè, 2005, v. II.

⁶ BENTHAM, Jeremy. Principios del código penal. In: GIL, Magdalena Rodríguez (Ed.). *Tratados de legislación civil y penal*, p. 225.

obedecendo ao princípio da legalidade ou à exegese fiel do texto legislativo. Já a segunda estaria vinculada à atividade do filósofo que pretende cooperar nas políticas legislativas do Estado – é o campo da teoria da legislação, da teoria das penas, etc. Isto é, justamente o campo por onde pretende mover-se o próprio discurso de Bentham – e de tantos outros iluministas.

Jeremy Bentham é considerado um dos maiores expoentes do utilitarismo inglês do final do século XVIII e início do século XIX. Embora a identificação do bom com o útil possa remontar a Epicuro, o utilitarismo é considerado uma corrente do pensamento ético, político e econômico inglês dos sécs. XVIII e XIX,⁷ ainda que se deva também considerar a presença constante do princípio da utilidade nas teorias dos iluministas do continente, entre eles, principalmente, Cesare Beccaria,⁸ não à toa evocado por Bentham como um de seus antecessores mais diretos.⁹ Bentham, então, radicalizando o uso do princípio da utilidade, colocava-se contra a idéia de direito natural, pois, segundo ele, toda essa ordem normativa poderia ser substituída pela máxima utilitária “a maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número de pessoas”. Porém, ainda que crítico do jusnaturalismo muito comum no Iluminismo jurídico, o empenho de Bentham em projetos de reforma social, econômica e institucional permite enquadrá-lo como representante (ainda que tardio) dos reformismos iluministas

⁷ ABBAGNANO, Nicola. Utilitarismo. In: _____. *Dicionário de filosofia*, p. 986.

⁸ Sobre a importância da fórmula utilitária em Beccaria confrontada com as formulações jusnaturalistas, em português cf. CASTRO, Alexander Rodrigues de. *Cesare Beccaria e as sombras do Iluminismo: Direito Penal e Absolutismo Esclarecido na Lombardia Austríaca*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Orientador: Arno Dal Ri Jr.

⁹ Por essas razões, a expressão “pai do Utilitarismo” que Mozart Linhares utiliza para qualificar Bentham deve ser lida com essas ressalvas. (SILVA, Mozart Linhares da. *Do império da lei às grades da cidade*, p. 43)

da segunda metade do século XVIII. Declino Iluminismo no plural por entender que, embora se possa falar num espectro iluminista europeu, as inflexões regionais são igualmente importantes.

Além disso, o princípio da utilidade continua exercendo uma função bastante típica do Iluminismo em matéria jurídica, função outrora associada, exatamente, ao direito natural: a criação de espaços discursivos paralelos àquele jurídico em sentido estrito. Isso não quer dizer, porém, que o deslocamento de Bentham em relação ao direito natural fosse completamente sem significado. Para exemplificar, eis duas conseqüências: 1. limitação das possibilidades de casos legítimos de desobediência civil, pois, além da verificação da adequação da conduta do soberano aos ditames do direito natural, o princípio da utilidade exigia que fossem avaliados, também, os malefícios da pura desobediência; 2. apesar da força reformista atribuída a lei positiva como reflexo da utilidade (analogamente à relação entre direito natural e direito positivo), o princípio da utilidade também exigia que fossem considerados, também, os malefícios do choque frontal com os costumes estabelecidos. De qualquer forma, o espaço do princípio da utilidade é o espaço do problema penal em sentido tarelliano, isto é, o espaço da teoria da legislação, da teoria da pena, no qual o filósofo se coloca fundamentalmente como um colaborador do legislador na atividade de legislar para a *criação* de determinada ordem civilizacional por meio do direito. Muito diferente, portanto, da atividade típica dos juristas em sentido estrito, que consistia em adequar a ordem jurídica pré-vigente aos novos problemas, uma atividade mais vinculada ao exercício da atividade jurisdicional que, nesse momento, pretende diferenciar-se mais claramente da atividade de legislar. Em Bentham, a família seria o lugar em que as funções legislativa e judicante se confundiriam na figura do pai. Já o Estado deveria consagrar a diferenciação entre essas funções por meio de dois órgãos institucionais

devidamente diferenciados¹⁰ e, conseqüentemente, os saberes de referência também se distinguiriam.

É bem verdade que o auge do Iluminismo aconteceu na França por volta da década de 1750, enquanto a obra de Jeremy Bentham abrangeu o final do século XVIII e início do século XIX (ele nasceu em 1748 e morreu em 1832), e, além disso, trata-se de um inglês. Porém, é preciso considerar, em primeiro lugar, que os textos iluministas circulavam em escala européia, tanto é que alguns escritos de Bentham foram publicados pela primeira vez em francês, de modo que estamos diante daquilo que poderíamos chamar de um *espectro iluminista* em escala européia (com inflexões locais relevantes, certamente, de modo que seria mais adequado falar em Iluminismos no plural), que transcende o período do seu auge no lugar em que nasceu: a França. O discurso de Bentham faz parte, então, desse espectro iluminista que, como discurso reformista das instituições jurídicas, se caracteriza por um esforço de desvincular-se das fontes jurídicas tradicionais (no caso, a *common law* inglesa, cujo centro de gravidade estava na produção jurisprudencial) na construção de *projetos jurídicos* capazes de subverter a dinâmica das fontes do direito e de promover as relações sociais burguesas fundadas na propriedade e no indivíduo. Por isso, o *Pannomion* de Bentham, o código geral de leis, não é simplesmente um conjunto ordenado de institutos jurídicos destinados à aplicação judicial, mas um projeto de sociedade por meio do direito. Por essa razão, em relação à noção de código em Bentham, Pietro Costa qualifica-o como *código-projeto*.¹¹

¹⁰ BENTHAM, Jeremy. Of Nomography. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*, v. III, p. 234.

¹¹ Cf. COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milano: Giuffrè, 1974.

No que tange aos laços de Bentham com o Iluminismo, ele pode ser considerado muito mais um consolidador,¹² e, nesse sentido, um “iluminista tardio”, do que um dos pensadores cuja fama deve-se à originalidade do seu pensamento. Um consolidador, de fato, que leva às últimas conseqüências muitas das questões levantadas pelo Iluminismo, e justamente por isso ele é considerado um reformista radical. Radicalidade, poderíamos dizer, que empurra o seu pensamento para os limites do Iluminismo, mas que não perdia de vista essa tradição que o circundava. E radical, é certo, nas conseqüências lógicas do seu sistema de pensamento, pois a própria radicalização do uso do princípio da utilidade fez com que Bentham criticasse o extremismo do reformismo de alguns dos seus predecessores, como aquele de Voltaire segundo o qual se deveria “botar abaixo” todos os costumes e editar novas leis, pois, mesmo para a reforma dos costumes, na concepção benthaminiana, era preciso considerar que nem sempre seria útil chocar-se com eles frontalmente.

Mesmo assim, apesar de Jeremy Bentham ter formação jurídica (formou-se pela Lincoln’s Inn em 1767, mas não chegou a praticar a profissão), o seu discurso como reformador não é o discurso dos “práticos” do direito que procuram a superação “interna” da crise das fontes e do saber jurídico tradicional. Pelo contrário, o lugar de enunciação dos discursos aqui analisados é o do *jurista-filósofo*, ou *filósofo-jurista* (mas nunca do *jurista-jurista*). Bentham, portanto, se enquadra nessa singular coletividade de escritores que, segundo Pietro Costa, elabora um projeto de sociedade cuja unidade não permite as cesuras internas entre, por exemplo, economistas, juristas, etc. Um discurso, portanto, refratário às cisões entre disciplinas e profissões previamente definidas e

¹² *Jeremy Bentham [...] was less important as an original utilitarian thinker than as a systematiser and a publicist of its doctrines.* (SCARRE, Geoffrey. *Utilitarianism*, p. 72)

historicamente construídas. Ainda segundo Costa, esses escritores “falam a mesma língua, se ocupam das mesmas preocupações temáticas, colaboram, do mesmo modo e com os mesmos objetivos, com o projeto social da hegemonia burguesa”.¹³

Embora os enunciados jurídicos tenham um lugar privilegiado nessa construção (como é bastante claro em Bentham), os juristas práticos da *common law* não têm esse mesmo privilégio na elaboração desses discursos, uma vez que se movem num universo textual muito diferente desse encampado pelos “filósofos juridicamente informados”, como apontou Pietro Costa:

Quem ‘está fora’ desta construção é, porém, o ‘jurista-jurista’, o técnico da ‘Common Law’, que não delinea um modelo jurídico projetual, mas se move no terreno da experiência jurídica [...] essencialmente diferente: o terreno dos ‘casos’, da adequação prática das velhas normas a novos problemas, [...] um terreno qualitativamente distinto daquele, absolutamente teórico e projetual, do intelectual ‘juridicamente informado’.¹⁴

Bentham, portanto, se enquadra na grande onda de ascensão do “intelectual” (em oposição ao “jurista letrado”) nas discussões jurídico-penais da segunda metade do século XVIII.

¹³ COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, p. XI. No original, em italiano: [...] *parlano lo stesso linguaggio, sono mossi dalle stesse preoccupazioni tematiche, collaborano, allo stesso modo e con gli stessi intenti, al progetto sociale ad egemonia borghese.*

¹⁴ COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, p. XII. No original, em italiano: [...] *chi ‘sta fuori’ dalla costruzione di questo è invece il ‘giurista-giurista’, il tecnico della ‘Common Law’, che non delinea un modello giuridico-progettuale, ma si muove su un terreno dell’esperienza giuridica [...] essenzialmente diverso: il terreno dei ‘casi’, l’adeguamento pratico di vecchie norme a nuovi problemi, [...] un terreno qualitativamente distinto da quello, tutto teorico e progettuale, dell’intellettuale ‘giuridicamente informato’.*

Um sujeito do discurso, portanto, que encampa enunciados cujos intertextos e destinatários são perfeitamente distintos do discurso jurídico tradicional. Quanto aos intertextos, já não encontramos tanto os velhos textos da tradição penal letrada, mas, sim, a nova ciência de polícia e a literatura sobre temas penais, mais ou menos panfletária, consumida pela opinião pública européia na segunda metade do século XVIII.¹⁵

Quanto aos destinatários, os textos assim dirigidos à opinião pública “[...] modelam um novo leitor, criam um novo auditório, não já o dos peritos em direito, mas o dos ‘homens ilustrados e amantes do bem público’”,¹⁶ e entre esses amantes do “bem público” destaca-se o próprio soberano-legislador, seja ele um monarca, um parlamento, ou uma comissão para a elaboração de um código de leis. E aqui é possível surpreender a aposta política tão característica do reformismo iluminista na força da função legislativa do soberano articulada com as “luzes” dos intelectuais para a consecução das reformas almejadas. Exemplo eloqüente dessa aposta pode ser percebido na seguinte passagem de Bentham:

Mas destes erros [na criminalização de atos anti-religiosos] o legislador em si está necessariamente livre: para os homens perfeitamente iluminados, libertos, sem preconceitos, têm tamanhas vantagens sobre o resto do mundo, que quando eles sentarem para inquirir a verdade relativa a pontos tão simples e

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: _____ (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, p. 294.

¹⁶ HESPANHA, António Manuel. Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: _____ (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, p. 294.

familiares como esses em questão, eles não falharão em encontrar.¹⁷

Por fim, dadas essas condições, os próprios *objetos* desses discursos se modificam. Aparecem não tanto os problemas técnico-jurídicos relacionados à adaptação das velhas normas para a resolução de problemas novos nos tribunais, mas, sim, no caso do direito penal, um conjunto geral e abstrato de questões articuladas em nível projetual – o problema penal tarelliano, poderíamos dizer.

Na formulação desse estatuto característico para o seu discurso, Bentham investe muito, justamente, na diferenciação em relação ao discurso e à linguagem utilizada pelos juristas de profissão.

Em razão do seu reformismo, Bentham, apesar de formado em Direito, cultiva uma grande aversão ao discurso jurídico em sentido estrito, como se pode perceber em passagens como as seguintes:

Na arte médica e na ciência, o progresso é rápido e extensivo [...]: na legislação e na jurisprudência, tudo é ou retrógrado, ou, na melhor das hipóteses, estacionário. A causa não é segredo. Na medicina é interesse de todo o prático promover o progresso [...] – não é esse o interesse de qualquer prático da justice – o seu interesse é diametralmente oposto.¹⁸

¹⁷ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*, v. II, p. 256. No original, em inglês: *But from these errors [na criminalização de atos anti-religiosos] the legislator himself is necessarily free: for the men perfectly enlightened, unfettered, and unbiased, have such advantages over all the rest of the world, that when they sit down to enquire out the truth relative to points so plain and so familiar as those in question, they cannot fail to find it.*

¹⁸ BENTHAM, Jeremy. Of Nomography. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*, v. III, p. 271. No original, em inglês: *In medical art and science, improvement is rapid and extensive [...]: in legislation and jurisprudence, everything is either retrograde, or at best stationary. The cause is no secret. In medicine it is the interest of every practitioner to promote improvement [...] – of no judicial practitioner is this the interest – his interest is directly opposite.*

E, numa provocação deveras eloqüente, afirma Bentham: “Quando eu analiso as idéias mais sensatas, o que parece trivial aos homens sensatos, é um paradoxo para os juristas”.¹⁹ Uma aversão que vai desembocar nas críticas sistemáticas ao caráter técnico do discurso jurídico e da legislação, já que “o horror à inovação na linguagem forma o acompanhamento natural do horror à inovação nas leis”.²⁰

Tentando diferenciar, assim, o uso das palavras “difíceis” numa filosofia correta e o uso dos termos técnicos, Bentham afirma que o afastamento da linguagem comum que eventualmente possa ocorrer (ainda que o procedimento mais correto seja evitá-lo e usar as palavras em seu sentido comum) deve ser fruto de uma forte necessidade para expressar uma idéia. Por isso, essa operação deve trazer um grande esforço em explicar a necessidade de atribuir aquele sentido específico à palavra. Muito ao contrário do que teria acontecido, segundo Bentham, na linguagem jurídica, na qual se teria abusado da terminologia técnica entendida como um vocabulário de domínio exclusivo dos especialistas que tende a afastar sistematicamente as palavras dos seus sentidos comuns.

Em suma, para Bentham, o afastamento do sentido comum das palavras por meio da linguagem técnica, na verdade, não responde a um imperativo de expressividade, antes pelo contrário, é usado justamente para tolher a expressividade das palavras tornando-as acessíveis somente para uma comunidade específica de especialistas. Nas palavras de Bentham,

¹⁹ BENTHAM, Jeremy. Idea general de un cuerpo completo de legislación. In: GIL, Magdalena Rodríguez (Ed.). *Tratados de legislación civil y penal*, p. 496. Na versão consultada, em espanhol: *Cuando yo analizo las ideas mas sencillas, lo que parece tribal á los hombres sensatos, es una paradoja para los juristas*.

²⁰ BENTHAM, Jeremy. Of Nomography. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*, v. III, p. 271. No original, em inglês: *the horror of innovation in language forms a natural accompaniment to the horror of innovation in law*.

a diferença entre essas palavras peculiares da jurisprudência e as outras palavras peculiares é esta: no caso das outras palavras peculiares, o desvio em relação às palavras ordinárias é questão de absoluta necessidade [...]; enquanto no outro caso, o desvio em relação à linguagem ordinária tornando-se tão corriqueira quanto se possa imaginar, – nenhuma atenção foi dada para torná-las expressivas, aproximando-as, por analogia, na medida do possível, às palavras do estoque comum: – para esta finalidade, nenhuma atenção foi empregada, e se foi dada alguma atenção, o foi no sentido oposto, isto é, de torná-las tão inexpressivas quanto fosse possível.²¹

E, noutra ocasião, no mesmo sentido, afirma Bentham que “os termos técnicos da jurisprudência são ou inexpressivos ou calculados para produzir erros: a necessidade de progresso não pode, portanto, ser negada, senão por aqueles que estão cegos para a sua importância por interesse”.²²

O discurso técnico-jurídico seria, então, para Bentham, uma construção meramente arbitrária. Um jogo de palavras, porém,

²¹ BENTHAM, Jeremy. Of Nomography. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*, v. III, p. 270. No original, em inglês: *the difference between these jurisprudential peculiar words, and the other peculiar words, is this: in the case of the other peculiar words, the deviation from ordinary words is matter of absolute necessity [...] whereas in the other case, the deviation from ordinary language being as wide commonly as can be imagined, – no attention has been paid to render it expressive, by rendering it as near akin as possible to the words appertaining to that same common stock: – to that end no attention whatsoever was employed, the attention, if any, applied to the subject, having the direct opposite end, viz that of rendering them as inexpressive as possible, as unlikely as possible to convey correct conception.*

²² BENTHAM, Jeremy. Of Nomography. In: BOWRING, John (ed.). *The works of Jeremy Bentham*, v. III, p. 270. No original, em inglês: *the technical terms of jurisprudence are either inexpressive, or calculated to produce error: the necessity of improvement cannot therefore be denied, except by those who are blinded to its importance by interest.*

que daria ao discurso jurídico uma aparência de profundidade e mistério. Nas palavras de Bentham,

nada é mais comum entre juristas e escritores políticos do que construir teorias, e mesmo fazer vastos trabalhos apoiados em definições puramente arbitrárias. Todo o artifício consiste em tomar uma palavra em um sentido particular, longe do senso comum, e empregar essa palavra de uma maneira nunca empregada antes, desse modo *confundindo o leitor com uma aparência de profundidade e mistério*.²³

A linguagem técnica e a linguagem meramente metafórica (que é, para Bentham, não-precisa, não-científica, etc.) convergiriam, portanto, em dois pontos: 1. no afastamento do jogo comunicativo através de uma linguagem hermética; 2. ao fundar os seus raciocínios sobre falsas bases (arbitrárias). E, conseqüentemente, essa linguagem seria imprecisa tanto na produção como na transmissão do saber. Ou seja, A crítica de Bentham à linguagem técnica não se resume a sua inacessibilidade, mas também ao seu potencial de gerar equívocos em função do seu caráter metafórico, já que, segundo ele, “um arranjo técnico, governado, então, dessa maneira, por uma nomenclatura técnica, não poderia ser outra coisa senão confuso e insatisfatório”.²⁴

Em suma, uma disciplina fundada nesse tipo de linguagem seria, na verdade, uma falsa ciência. Nas palavras de Bentham, “é

²³ BENTHAM, Jeremy. *Principles of legislation*, p. 287, grifo nosso. No original, em inglês: *Nothing is more common among jurists and political writers, than to build up theories, and even to construct huge works upon definitions that are purely arbitrary. All the artifice consists in taking a word in a particular sense, far out of the common acceptation, and employing this word as it had never been employed before, thereby bewildering the reader with an appearance of depth and mystery.*

²⁴ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*, v. II, p. 265. No original, em inglês: *A technical arrangement, governed then in this manner, by a technical nomenclature, can never be otherwise than confused and unsatisfactory.*

preciso fazer esquecer uma língua que se dizia sábia, e é preciso ensinar uma língua sensata e familiar; mas os que nada sabem tem mais de meia vantagem sobre aqueles que têm que esquecer aquilo que os juriconsultos chamam entre eles de ciência”.²⁵

A linguagem jurídica, então, na concepção de Bentham é inexpressiva não em razão de falhas sanáveis, como seria o caso, segundo ele, do uso da noção de direito natural entre os filósofos que, apesar de ser uma noção metafórica, poderia facilmente ser substituída pelo princípio da utilidade e, assim, todos os equívocos se dissipariam. E não se trata de uma falha casual do discurso jurídico, uma vez que essa sua característica reproduziria o *status* social dos juristas, ou, para usar a terminologia de A. M. Hespanha, garantiria o seu *poder corporativo* mediante essa espécie de “jogo de linguagem”. Bentham distingue, assim, o caso do discurso jurídico das outras ciências nos seguintes termos:

No caso das ciências físicas, as palavras são expressivas, e assim pretendem ser: – no caso da ciência da jurisprudência, as palavras ou são simplesmente inexpressivas, assegurando, assim, a continuação da ignorância, ou, o que é pior, ou melhor, pior para o povo e na mesma proporção melhor para os inventores, produtora de erros, os efeitos disto, seja lá onde for, são nocivos.²⁶

²⁵ BENTHAM, Jeremy. Idea general de un cuerpo completo de legislacion. In: GIL, Magdalena Rodríguez (Ed.). *Tratados de legislación civil y penal*, p. 498. Na versão consultada, em espanhol: [...] *hay que hacer olvidar una lengua que se dice sabia, y hay que enseñar una lengua sencilla y familiar; pero los que nada saben, tienen adelantado mas de la mitad sobre los que tienen que olvidar lo que los juriconsultos llaman entre ellos ciencia*’.

²⁶ BENTHAM, Jeremy. Of Nomography. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*, v. III, p. 270. No original, em inglês: *in the case of physical science, the words are expressive, and so intended to be: in the case of jurisprudential science, the words are either simply inexpressive, thus securing the continuance of ignorance, or what is worse, viz. for the people, but proportionably better for the inventors, productive of error, the effects of which, in so far as they have place, are mischievous.*

Um exemplo claro do deslocamento do texto de Bentham em relação ao discurso técnico dos juristas em favor de outras figuras, tal como o legislador (essência do próprio caráter de ‘teoria da legislação’ das suas obras), está no capítulo XIV do *Princípios da moral e da legislação*, onde ele endereça cinco das seis regras para efetivar a proporcionalidade entre crimes e punições para o legislador e apenas uma para os juízes. E quanto à única regra destinada aos juízes, ele sublinha que ela deve ser um meio para que ele atue da maneira o mais conforme possível com as intenções do legislador.²⁷ E é exatamente esse deslocamento que caracteriza o discurso de Bentham como eminentemente uma teoria da legislação.

Por isso Bentham procura distinguir claramente o campo da “jurisprudência” (não tanto no sentido estrito de decisões dos tribunais, mas incluindo também a atividade acadêmica dos juristas), que seria a exposição das leis de um país, comentando-as, confrontando-as e conciliando-as, enquanto a arte da legislação, onde ele se inseriria, compreende a explicação das noções preliminares, a busca e o exame dos princípios gerais sobre os quais devem fundar-se as leis.²⁸

Essa teoria da legislação, então, em Bentham, se subdivide em dois campos: o primeiro, que se ocupa da questão da forma das leis, ou seja, uma arte de redigir leis, campo para o qual Bentham utiliza a denominação *Nomography*, que é “a parte da arte da legislação que tem relação com a forma dada ou a ser dada para o conteúdo do qual é composto o corpo das leis”.²⁹ Já a teoria

²⁷ Cf. BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*, v. II, p. 22.

²⁸ BENTHAM, Jeremy. Idea general de un cuerpo completo de legislación. In: GIL, Magdalena Rodríguez (Ed.). *Tratados de legislación civil y penal*, p. 428.

²⁹ BENTHAM, Jeremy. Of Nomography. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*, v. p. 233. No original, em inglês: *That part of the art of legislation which has relation to the form given, or proper to be given, to the matter of which the body of the law and its several parts are composed.*

da legislação, no que se refere aos conteúdos das leis, compreende, assim, por exemplo, todo o conhecido campo da teoria das penas desenvolvida por Bentham.

Em relação à teoria das penas, Bentham se coloca claramente como uma espécie de continuador da obra de Beccaria, uma vez que retoma, por exemplo, a demanda por proporcionalidade entre os delitos e as penas. O que Bentham reprovava em Beccaria era a falta de concretude das propostas do famoso *Dos delitos e das penas*, que fazia da proporcionalidade um imperativo filosófico que não se transformava em regras concretas para a efetivação de uma legislação conforme este imperativo. Sem esses critérios mais específicos, o legislador, segundo Bentham, continuaria desprovido dos instrumentos necessários para estabelecer uma legislação conforme esses pressupostos. E é essa lacuna que Bentham tenta colmar com a sua teoria das penas, estabelecendo critérios que pudessem ser utilizados para comparar a quantidade de mal produzido por um delito, e a quantidade de bem que a pena é capaz de produzir. Critérios que Bentham tenta construir através da radicalização do uso do princípio da utilidade, que já se encontrava, de certa forma, em Beccaria, para a formulação de regras mais específicas para a elaboração de um corpo de leis fundado nesses novos valores civilizacionais que os ordenamentos jurídicos liberais deveriam empunhar.

Para tanto, Bentham passa a decompor os conceitos de pena e delito para tentar estabelecer as regras concretas de proporcionalidade entre eles.

O delito para Bentham, então, seria o ato tendente a produzir um mal. Mal entendido como tendência a produzir dor, de acordo como esquema benthaminiano, segundo o qual os seres humanos seriam governados pelos princípios básicos da dor e do prazer. Mal produzido, evidentemente, contra as vítimas diretas e contra os indivíduos diretamente ligados à vítima, pois o delito, para o

agente, seria cometido por trazer-lhe alguma espécie de prazer sensível.

Quanto à pena, a primeira providência de Bentham é extirpar as metáforas que cercam o seu conceito: para ele, a pena não é mais do que um mal produzido contra aquele que cometeu um crime. Se a pena e o delito produzem um mal, qual o critério que faz do crime algo indesejável e a pena algo desejável se, até aqui, trata-se de fenômenos da mesmíssima natureza?

Bentham resolve esse embaraço teórico admitindo que deve ser considerada para a análise da estrutura dos delitos e das penas uma série de efeitos de segunda ordem. Os delitos, assim, produziram um mal de primeira ordem contra as vítimas e contra as pessoas diretamente ligadas às vítimas, porém, mais do que isso, produziram também males de segunda ordem, que Bentham classifica em duas categorias: o alarme e o perigo. O alarme significa o medo social produzido pelo delito que outros delitos idênticos venham a ocorrer. Já o perigo significa o medo social produzido pelo delito em razão da expectativa produzida de que outros delitos análogos venham a ocorrer. Todo o problema da impunidade, portanto, para Bentham, se concentra nos males de segunda ordem.

Já a pena, embora produza um mal de primeira ordem contra o criminoso, produz um bem de segunda ordem, uma vez que preveniria os males de segunda ordem do delito. Eis aqui, portanto, a diferença estrutural entre penas e delitos para Bentham: um produz males de primeira e segunda ordens, enquanto o outro produz um mal de primeira ordem, mas compensa-o com um bem de segunda ordem.

A arte de legislar, portanto, em relação ao direito penal, deveria acrescentar disposições contrárias ao prazer de cometer o delito mediante a cominação de penas. Nesse sentido, a arte de legislar, para Bentham, depende do conhecimento o mais profundo

possível da natureza, inclinações e sensibilidade humana,³⁰ uma vez que bem legislar significaria distribuir adequadamente as penas e recompensas para induzir os indivíduos a agir no sentido de os seus interesses particulares se harmonizarem e co-produzirem a felicidade geral. Para tanto o legislador interferiria nas disposições humanas dos indivíduos quando tiverem influência na felicidade alheia,³¹ e ir além desse ponto seria um dispêndio (e eis aqui o caráter politicamente liberal das teses de Bentham mesmo para um poder totalizador, isto é, que se pretende arquiteto e garante de toda a ordem social, ainda que indiretamente). Assim, por meio deste “modo de direcionar a educação, dispondo das funções, das recompensas, das punições” seria possível para o legislador, segundo Bentham, “determinar as qualidades físicas e morais de um povo”.³²

De volta ao estatuto do discurso de Bentham, é interessante notar que o seu legalismo não impediu que ele operasse com um conceito de crime absolutamente extralegal, fundado num valor determinado pelo princípio da utilidade – o *mal*. Aqui devemos retomar mais uma vez a distinção benthaminiana entre o conceito ôntico e deôntico de delito. Bem se percebe que os dois conceitos de delito têm destinatários diversos e muito bem definíveis: o conceito ôntico, para os magistrados, na operação cotidiana de aplicar a lei aos casos concretos (princípio da legalidade), e o

³⁰ *When the legislator studies the human heart [...] this tempering of power gratifies us as a sort of paternal condescension. (In: BENTHAM, Jeremy. Principles of legislation, p. 258)*

³¹ Cf. capítulo XI: Of human dispositions in general. *In: BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of moral and legislation. London: W. Pickering, 1823. v. I.*

³² BENTHAM, Jeremy. *Principles of Legislation*, p. 251. No original, em inglês: [...] *mode of directing education, of disposing of employments, of rewards, of punishments, will determine the physical and moral qualities of a people.*

conceito deôntico para os filósofos-juristas, como o próprio Bentham, que estabelecem as grandes linhas da política legislativa fundada na *utilidade* a ser aproveitada pelos soberanos na tarefa de elaboração dos textos legislativos. O conceito deôntico de delito é o *fora* necessário em relação ao seu próprio “legalismo” que Bentham precisa elaborar para viabilizar o próprio discurso.

Analisando, portanto, a relação do próprio discurso de Bentham com a idéia de legalidade, o seu lugar de enunciação está muito longe de ser o de um “positivista jurídico” (ou “tecnicista”) em senso próprio. Apesar de ser um crítico da idéia de direito natural e de admitir que só existe legalidade na lei positiva estatal, é preciso relevar algumas questões importantes para evitar a referida confusão: a começar pela alergia de Bentham ao discurso técnico dos juristas. O lugar do discurso de Bentham não se confunde com o chamado tecnicismo jurídico, tendo em vista que ele substituiu o direito natural pelo princípio da utilidade. É nesse campo paralegal, antitécnico que se move o discurso de Jeremy Bentham, perfeitamente desvinculado, assim, do ponto de vista das engrenagens que produzem esse discurso, das leis positivas estatais em que ele tanto aposta, mas para tutelar o espaço dos magistrados.

Importa sublinhar, por fim, que os textos de Bentham fazem parte deste universo discursivo peculiar e original em relação à tradição jurídica do *ius commune* e da *common law* caracterizado por um arquivo textual de *intertextos* específico (a nova ciência de polícia, a literatura reformista sobre temas penais e o discurso filosófico de maneira geral), um *auditório* (os “homens ilustrados e amantes do bem público”, e, dentre eles, em particular, aqueles envolvidos na função legislativa), e um campo de *objetos* (as questões ligadas à política legislativa, de maneira geral, e ao chamado problema penal) que os singularizam como acontecimentos históricos.

É possível concordar com Robert Darnton quando afirma que o Iluminismo está muito vinculado ao contexto francês de meados do século XVIII e que mesmo a sua relação com a Revolução Francesa deve ser bem sopesada, e não tomada como consequência direta desse ideário, como adverte Roger Chartier.³³ Na França, segundo Darnton, os traços do Iluminismo já se enfraqueciam mesmo antes da eclosão da Revolução Francesa, como se pode depreender das mudanças nas edições reformadas e mais tardias da *Enciclopédia* de Diderot, tida como o grande monumento desse movimento. Nessas edições mais tardias, ao invés da primazia da filosofia (identificada com a própria racionalidade), que marcava mesmo os verbetes de biologia ou teologia, Darnton encontra uma progressiva ampliação do espaço para os profissionais de cada área, inclusive, por exemplo, para os teólogos, que mudaram significativamente a velha orientação anticlerical das primeiras enciclopédias.³⁴ De qualquer forma, o *espectro* iluminista e os outros tantos Iluminismos que pululam pela Europa não fenecerão assim tão rápido: em Bentham, por exemplo, já no final do século XVIII, encontramos essa “absorção” de campos disciplinares para o interior de uma filosofia geral. Em Bentham, é perceptível, justamente, a postura do filósofo juridicamente informado diferenciada da postura estritamente

³³ CHARTIER, Roger. ‘A quimera da origem’: Foucault, o Iluminismo e a Revolução Francesa. In: _____. *À beira da falésia: a história entre certezas e inquietude*, p. 133. Vale acrescentar que, a respeito da objeção de Chartier, trata-se de uma objeção teórico-metodológica que se refere, em verdade, à espessura própria dos regimes das práticas e o das representações, de modo que a idéia da *dedução* de práticas (revolucionárias) a partir dos textos iluministas, bem como da *tradução* de representações (iluministas) em práticas (revolucionárias) seria insuficiente para dar conta da complexa relação entre os regimes das práticas e o das representações.

³⁴ Cf. DARNTON, Robert. *O Iluminismo como negócio: história da publicação da Enciclopédia (1775 – 1800)*. Tradução Laura Teixeira Motta; Maria Lúcia Machado (textos franceses). São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

jurídica. As questões jurídicas, em Bentham, são tratadas no interior de uma filosofia que começa, na verdade, por uma definição de humano, pela busca de suas características essenciais.

É nesse sentido que Bentham compartilha a construção da noção de um indivíduo, por assim dizer, “abstrato”, como centro de gravidade da ordem jurídica, característica já sublinhada como essencial pela historiografia jurídica das ideologias e dos movimentos codificatórios do final do século XIX e início do século XX.³⁵ A teoria da legislação de Bentham, então, gira em torno da disposição do *prazer* e da *dor*, os motores, segundo ele, de toda ação humana. É com base na geometria das paixões humanas que se construiria a arte de legislar.³⁶ Segundo Bentham, “[...], todo sistema de legislação assenta-se sobre esse fundamento – o *conhecimento das dores e dos prazeres*”.³⁷

PÓS-ESCRITO: DEPOIS DE BENTHAM

Bentham concebe dois planos claramente diferenciados de discursos sobre o direito: o primeiro, metapositivo, no qual opera o princípio da utilidade, isto é, a teoria da legislação, a *Nomography*, a teoria das penas, e afins. O segundo é o plano da ciência jurídica

³⁵ Cf. CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno: la forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: _____. *Storia del diritto moderno*. Milano: Giuffrè, 2003; GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Jr. 2. ed. rev. e amp.. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007; TARELLO, Giovanni. Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici. In: _____. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988.

³⁶ BENTHAM, Jeremy. *Principles of Legislation*, p. 258.

³⁷ BENTHAM, Jeremy. *Principles of legislation*, p 229. No original, em ingles: “[...] *every system of legislation rests upon this foundation – knowledge of pains and pleasures*.”

em sentido estrito e da produção jurisprudencial, que deveria ater-se ao máximo às leis positivas vigentes.

Uma duplicação dos planos do discurso sobre o direito que poderia lembrar a duplicidade entre ciência jurídico-penal em sentido estrito e as ciências ditas auxiliares (criminologia, política criminal, etc.), construídas entre o final do século XIX e início do século XX, conforme o esquema do tecnicismo jurídico-penal de um Arturo Rocco.³⁸

Há que se levar em consideração, porém, que Bentham e Rocco estão em duas pontas opostas da parábola moderna do direito penal e da ciência jurídico-penal. Portanto, a título de indicação para ulteriores aprofundamentos, é possível elencar algumas diferenças entre essas duas pontas da experiência jurídico-penal moderna em relação ao estatuto da ciência penal.

Em Bentham, aquilo que se aproximaria da noção genérica de “ciências auxiliares” de Rocco é que constitui o centro do seu sistema. É a ciência jurídica que gravita em torno daquilo que seria, na concepção de Rocco, a ciência auxiliar. Decorrencia dessa relação é a subordinação da ciência jurídica e da jurisprudência à legalidade positiva estatal. Em suma, a relação entre “ciência auxiliar” e “ciência principal” é “invertida” em Bentham (se tomarmos como referência o esquema de Rocco).

Essa é uma diferença que não pode ser tomada como algo de pouca monta, dadas as diversas conseqüências que dela decorrem.

Em primeiro lugar, é diferente a dignidade atribuída ao jurista em sentido estrito. Em Bentham, trata-se de limitar de todas as formas a mediação dos juristas e magistrados na constituição daquilo que poderia ser chamado de “jurídico”. Já em Rocco há

³⁸ Cf. ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, p. I.

uma valorização maior tanto do magistrado como do jurista doutrinador. Apesar da persistência da necessidade de manter sob controle o arbítrio judicial por meio do princípio da legalidade, ainda que algumas experiências tenham se desvinculado até mesmo desse liame com a tradição liberal-moderna (é o caso da Alemanha nazista),³⁹ o importante a reter é que no início do século XX já não havia mais a obsessão antijurisprudencial que marcou os debates jusfilosóficos da segunda metade do século XVIII e que empurrou a ascensão e consolidação do princípio da legalidade.⁴⁰ No início do século XX, já aparecem com mais facilidade discursos apostando nos magistrados, mostrando como a atribuição de mais espaço para o arbítrio judicial poderia ser até desejável em alguns momentos.

A diversidade na centralidade atribuída a um ou outro tipo de discurso também se vincula à diferença na função geral atribuída ao discurso sobre o direito. Em Bentham, urge o problema da reforma geral tanto dos conteúdos como de todo o sistema de fontes do ordenamento jurídico. A centralidade da teoria da legislação, da teoria das penas e afins, portanto, serve a esse escopo. Em suma, o discurso central do sistema benthaminiano é reformista.

No caso de Rocco, do tecnicismo, o discurso central – a dogmática penal –, ao contrário, deve ser funcional à manutenção da ordem jurídica vigente. As eventuais reformas deveriam ser indicadas e formuladas pelas ciências auxiliares. Reformas, porém, que têm incidência e alcance limitados, isto é, não tocam, por

³⁹ Cf. BARATTA, Alessandro. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1966.

⁴⁰ Ainda que, desde o começo, tenham aparecido os problemas práticos da vinculação demasiado rígida do magistrado com a legalidade no momento da aplicação da lei nos tribunais. (Cf. CAVANNA, Adriano. *La codificazione penale in Italia: le origine lombarde*. Milano: Giuffrè, 1975)

exemplo, o sistema de fontes e são representadas, na maioria das vezes, como “atualizações”, mesmo quando as transformações políticas que as acompanham são verdadeiramente significativas (ou quando se representam como tal).⁴¹ É preciso considerar, portanto, como o discurso tecnicista, em verdade, tem a pretensão de “domesticar” o reformismo e a crítica. Sobre isso, vale a pena citar um pouco mais longamente um trecho da famosa prolusão de Arturo Rocco sobre a ciência jurídico-penal. Segundo ele, os juristas abandonavam-se a uma

sfrenata voluttà della critica legislativa e della riforma delle leggi penali vigenti, a una critica che, nelle sue snodate tendenze riformatrici, non trova, bene spesso, confini, che disconosce talora la legge, prima ancor di conoscerla, e che mira a scrollare dalle fondamenta quase tutto l’edificio del diritto costituito. Sempre è una trascuranza, un disprezzo, che cela talvolta un’evidente incapacità, per la costruzione dogmatica degli istituti penali in base ai principi del diritto positivo vigente; [...] sempre è un lasciar da parte l’indagine delle ragioni di necessità sociale e di opportunità politica che stanno a base del diritto costituito: un tenersi fermi alla gretta e materiale esegesi della lettera della legge, ancor più meschina nel diritto penale, per i limiti segnati all’interpretazione di esso per saltar, poi, alla critica e alla riforma della legge medesima, quase

⁴¹ Um exemplo desse tipo de atitude diante das reformas penais pode ser encontrado no processo da reforma penal brasileira de 1940. Sobre o assunto, cf. SONTAG, Ricardo. *Código e técnica: a codificação penal de 1940 e a construção da identidade do penalista*. Brasil (1930-1942). Monografia (Graduação) – Curso de Graduação em História, Departamento de História, Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. Orientador(es): Maria Teresa Santos Cunha; Airton Cerqueira-Leite Seelaender. Disponível em: <http://www.pergamum.udesc.br/dados-bu/000000/0000000000005/000005DE.pdf>.

*gioendo nella fretta di contraporre ad essa ciò che non potrebbe spesso tenerne luogo.*⁴²

Em suma, é possível dizer, deixando claro que se trata de uma grande simplificação (especialmente em função da desconsideração de contextos regionais com declinações muito específicas), que a parábola do direito penal moderno entre Bentham e Rocco, no que tange à concepção de ciência jurídica em sentido estrito, vai da marginalização e da desconfiança, passando pela integração dessa dupla ordem de discursos sobre o direito no interior do trabalho do jurista de formação ao longo do século XIX⁴³ (Francesco Carrara e Enrico Ferri seriam exemplos disso), até a reordenação dessa dupla ordem de discursos, na qual a ciência jurídico-penal ocuparia o lugar central e a identidade do penalista deveria ser resguardada do que não fosse “estritamente jurídico”. É possível dizer, também, que essa parábola é caracterizada pela passagem de uma concepção na qual o discurso central é aquele que colabora com o legislador no seu intento de instituir novas relações sociais (Bentham), para aquele no qual o discurso central é aquele que colabora com juiz na aplicação judicial das normas já estabelecidas, como queria Arturo Rocco.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1966.

⁴² ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, v. I, p. I., p. 498.

⁴³ Cf., sobre a ciência jurídico-penal italiana do século XIX, SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita. In: COSTA, Pietro *et al.* *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*. Roma: Laterza, 1990.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*. London: W. Pickering, 1823, v. I.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*. London: W. Pickering, 1823, v. II.

BENTHAM, Jeremy. Idea general de un cuerpo completo de legislacion. In: GIL, Magdalena Rodriguez (Ed.). *Tratados de legislación civil y penal*. Madrid: Editora Nacional, 1981.

BENTHAM, Jeremy. Of Nomography. In: BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v. III.

BENTHAM, Jeremy. Principios del código penal. In: GIL, Magdalena Rodriguez (Ed.). *Tratados de legislación civil y penal*. Madrid: Editora Nacional, 1981.

BENTHAM, Jeremy. *Principles of legislation*. Boston: Wells and Lilly, 1830.

CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno: la forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: _____. *Storia del diritto moderno*. Milano: Giuffrè, 2003.

CASTRO, Alexsander Rodrigues de. *Cesare Beccaria e as sombras do Iluminismo: direito penal e absolutismo esclarecido na Lombardia Austríaca*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito. Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Orientador: Arno Dal Ri Jr.

CAVANNA, Adriano. *La codificazione penale in Italia: le origine lombarde*. Milano: Giuffrè, 1975.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Milano: Giuffrè, 2005, v. II.

CHARTIER, Roger. "A quimera da origem": Foucault, o Iluminismo e a revolução francesa. In: _____. *À beira da falésia: a história entre certezas e inquietude*. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2002.

COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico*. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Milano: Giuffrè, 1974.

DARNTON, Robert. *O Iluminismo como negócio: história da publicação da Enciclopédia (1775-1800)*. Tradução de Laura Teixeira

RICARDO SONTAG

Motta; Maria Lúcia Machado (textos franceses). São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Jr. 2. ed. rev. e ampl. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007.

HESPANHA, António Manuel. Da “iustitia” à “disciplina”: textos, poder e política penal no antigo regime. In: _____ (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d].

PESSANHA, José Américo Motta. J. Bentham: vida e obra. In: BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação: sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos*. Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, v. I, p. I, 1910.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Roma e Bari: Laterza, 2004.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita. In: COSTA, Pietro *et al.* *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*. Roma: Laterza, 1990.

SCARRE, Geoffrey. *Utilitarianism*. London; New York: Routledge, 1996.

SILVA, Mozart Linhares da. *Do império da lei às grades da cidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

SONTAG, Ricardo. *Código e técnica: a codificação penal de 1940 e a construção da identidade do penalista. Brasil (1930-1942)*. Monografia (Graduação) – Curso de graduação em História. Departamento de História, Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. Orientador(es): Maria Teresa Santos Cunha; Airton Cerqueira-Leite Seelaender. Disponível em: <http://www.pergamum.udesc.br/dados-bu/000000/0000000000005/000005DE.pdf>

SONTAG, Ricardo. *Pannomion: teoria da legislação e direito penal em Jeremy Bentham ou o código como utopia lingüística*. Monografia

(Graduação) – Curso de graduação em Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. Orientador: Arno Dal Ri Jr.

TARELLO, Giovanni. Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici. In: _____. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988.

TARELLO, Giovanni. Il problema penale nel secolo XVIII. *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1975. v. V.

TOMASELLI, Sylvana. Bentham, Jeremy. In: BLACK, Jeremy; PORTER, Roy (Ed.). *Dictionary of eighteenth-century history*. England: Penguin Books, 1996.

