

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 196
outubro/dezembro – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Jeremy Bentham

Entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário

Louise Menegaz de Barros Mota

Sumário

1. O pensamento visionário de Jeremy Bentham. 2. A afirmação do caráter científico do estudo do Direito e o esquecimento da “arte da legislação”. 3. A ascensão da Legística e o resgate das ideias de Bentham. 4. Tocando em frente.

1. O pensamento visionário de Jeremy Bentham

Quando o filósofo inglês Jeremy Bentham nasceu, em 1748, o Iluminismo já tomava conta da Europa. Durante o chamado Século das Luzes, ideias como autonomia intelectual e liberdade de pensamento, em oposição a uma atitude passiva e dependente, foram amplamente difundidas. Naquele tempo, a palavra de ordem era ousar. Bentham parece ter interiorizado muito bem a lógica iluminista. Sendo um jurista de vanguarda, não se rendeu à tradição do jusnaturalismo, mas deu origem a uma nova forma de pensar o direito – que viria a culminar no positivismo.

Bentham encarou o Direito como algo que tem origem na vontade humana, e que é por ela criado e posto. Segundo Schofield (1991, p. 60), no âmbito do Estado, a concepção e adoção das normas jurídicas se davam por meio da expressão do soberano, sendo que tais normas deveriam ser observadas pelos seus respectivos súditos. O papel da razão não estaria, portanto, em determinar qual é o Direito, como pensavam os jusra-

Louise Menegaz de Barros Mota é mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Bolsista Capes Demanda Social. Estagiária docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Graduada em Direito pela UFMG.

cionalistas, mas sim em permitir a distinção entre aquilo que é bom e o que é ruim, e assim definir *o que deve ser* e *o que não deve ser* posto como Direito.

O Direito, para Bentham, não era mais do que *instrumento* a serviço da vontade humana. Tal instrumento, de acordo com ele, deveria ser manipulado segundo o princípio da *utilidade*, que propiciaria um padrão democrático para a formulação das leis, tendo em vista o bem estar do maior número de pessoas. É importante frisar que Bentham foi um verdadeiro reformista. Ele teve consciência de que as pessoas em geral e os juristas em particular viam o Direito como uma instituição complexa por natureza, incompreensível ao cidadão comum, e que, por isso, não se atreviam a propor mudanças significativas no sistema jurídico – seja no que se refere à elaboração das normas jurídicas, seja no que concerne à sua implementação. Assim sua produção intelectual foi destinada a desmistificar aura de mistério que envolvia (e ainda envolve) o Direito.

Ele denunciou mecanismos utilizados para tornar o Direito obscuro, e dessa forma garantir a manutenção do *status quo* dos juristas e das instituições jurídicas, livrando-os do entendimento e da crítica da sociedade. Além da doutrina do Direito natural (que aponta para uma moralidade objetiva, rechaçada pelo filósofo), Bentham censurou não apenas o cerimonial e a pompa que permeavam o mundo jurídico, com seus títulos, togas e demais aparatos que o afastavam da realidade, mas também, e principalmente, a linguagem dos textos de Direito, a qual abusava de jargões e travestia de sentenças descritivas comandos que eram, na verdade, imperativos. Para Bentham, o Direito se expressava mediante comandos, proibições ou permissões – razão pela qual sua doutrina é chamada de positivismo imperativo (Hart, 1973, *passim*).

Hart (1973, p. 8) salienta que a defesa que Bentham (1843) faz do uso de um vo-

cabulário moralmente neutro no discurso jurídico e político está no centro do positivismo jurídico, do qual o segundo pode ser considerado o fundador. Bentham (1843) introduziu uma distinção entre Direito e moral que escandalizou seus contemporâneos. Para ele, a existência e a validade do Direito não se sustentavam sobre um conteúdo moral. Ao contrário, o papel da moral residia justamente em avaliar criticamente o Direito posto. Assim é que sua teoria do Direito se subdividiu entre 1) *expository jurisprudence*, destinada a conhecer o Direito tal como ele existe; e 2) *censorial jurisprudence*, cujo objeto consistia em determinar como o Direito deve ser (também chamada de Arte da Legislação).

Nesse sentido, o princípio da utilidade, também denominado princípio da maior felicidade, exerceu função essencial na teoria de Bentham. De acordo com esse princípio, uma ação poderia ser considerada boa ou correta se proporcionasse mais felicidade do que dor, e má ou incorreta se resultasse no contrário. Para ele, é inerente ao ser humano buscar sua maior felicidade. Todavia, no âmbito da sociedade, em regra os indivíduos perseguem objetivos contrapostos, de forma que a maior felicidade de um pode culminar em grande infelicidade para outro. Caberia, portanto, ao legislador (e também ao juiz – lembremos que Bentham viveu no *common law*) equacionar essa disparidade de interesses, direcionando, por meio das leis, a conduta dos indivíduos, à luz do princípio da utilidade e com vistas a atingir a maior felicidade para o maior número de pessoas – o interesse geral. Conforme tal raciocínio, Bentham atribuía à *censorial jurisprudence* um papel preponderante sobre a *expository jurisprudence*, uma vez que aquela forneceria elementos críticos para a reforma do Direito (SCHOFIELD, 1991, p. 59-60).

Em *Nomography; or the art of inditing laws*, Bentham (1843) enfatiza diversos problemas relacionados à elaboração e à comunicação do Direito, desenvolvendo

um trabalho minucioso. Além de enumerar as imperfeições relacionadas à forma pela qual o Direito de seu tempo era expresso, ele é taxativo em afirmar que o principal vício do Direito consistia na sua *incognoscibilidade*. Qualquer semelhança com a nossa realidade atual não é mera coincidência.

A respeito da incognoscibilidade do Direito, Bentham (1843, p. 243) percebeu que o desconhecimento das normas jurídicas pelos indivíduos as impedia de produzir os bons efeitos desejados. De acordo com ele, o conhecimento do Direito pelos seus destinatários dependia de circunstâncias externas – medidas tomadas pelo Estado com o escopo de lhe dar notoriedade –, e internas – aptidão do cidadão para ser informado. Entretanto, aspectos intrínsecos à lei também estavam em jogo, aspectos estes relativos ao seu conteúdo ou forma, como se pode ver a partir das imperfeições listadas adiante.

Como imperfeições de primeira ordem (BENTHAM, 1843, p. 239 et seq.), isto é, as imperfeições em si mesmas ou relacionadas aos fins imediatos do discurso¹ ele aponta: 1) ambiguidade, 2) obscuridade e 3) texto mais extenso do que o necessário².

Já as imperfeições de segunda ordem, ou seja, aquelas que conduzem às de primeira ordem, são as seguintes:

1) Instabilidade a respeito das expressões (abuso da sinonímia para designar a mesma ideia);

2) Instabilidade a respeito da ideia (utiliza-se a mesma expressão várias vezes, significando coisas diferentes);

3) Redundância;

4) Prolixidade³;

5) Confusão (proposições distintas expressas em uma mesma sentença);

¹ No caso do discurso jurídico, a compreensão do comando normativo e sua observância pelos destinatários.

² *Overbulkiness*, nas exatas palavras do autor (BENTHAM, 1843, p. 239), que, em Português, quer dizer algo como “sobrevolume”.

³ *Longwindedness*, no original.

6) Ausência de recursos que facilitem a intelecção (e. g., divisão em partes de comprimento moderado, designação dessas partes por títulos concisos, e referência a elas por meio de títulos e números); e

7) Desordem (reunião sob o mesmo nome de matérias que, pela sua natureza, merecem tratamentos distintos, ou o oposto disso, ou ainda dar a um artigo precedência sobre outro que, para maior clareza e entendimento, deveria vir primeiro).

A partir daí, Bentham (1843) desenvolve uma série de “remédios” para os males indicados, tendo inclusive se debruçado sobre questões pertinentes à linguagem do Direito. Ele condena recurso abusivo a termos técnicos e reforça a necessidade de conhecimento da lei pelos destinatários como condição imprescindível para a produção dos resultados calculados (BENTHAM, 1843, p. 269).

Bentham (1843) tinha plena consciência da radical mudança de pensamento que propunha, bem como da dificuldade de convencer seus pares, de forma que, conforme nos conta Hart (1973, p. 3), elegeu o ano de 2440, “‘apenas por devaneio’ – como a data em que as coisas começariam a melhorar”. É interessante que o tenha feito, uma vez que sua doutrina sobre a Arte da Legislação, extremamente avançada tendo em conta o pensamento jurídico da época, restou abafada durante os anos que se seguiram à sua morte. Apenas por volta dos anos de 1970 é que o mundo contaria mais uma vez com estudos sistemáticos nessa seara.

2. A afirmação do caráter científico do estudo do Direito e o esquecimento da “arte da legislação”

O jurista Philip Schofield, membro do Bentham Project, da University College London, suscita dois fatores principais e interligados que ocasionaram o esquecimento da Arte da Legislação de Bentham. O primeiro deles está relacionado com o de-

envolvimento da própria ciência jurídica, enquanto o segundo, com a interpretação que foi dada às ideias de Bentham por aqueles que lhe seguiram, especialmente o jurista John Austin (SCHOFIELD, p. 61 et seq.).

Na esteira da revolução científica deflagrada ainda no século XVII, os ramos do conhecimento que se dedicavam à observação e ao estudo dos fatos humanos procuraram, ao longo do século XIX, alcançar o reconhecimento de seu *status* de ciência. Em virtude disso, os estudiosos da economia, da sociologia, da história e também do Direito (entre outros campos do saber) buscaram traçar um método, nos moldes dos utilizados pelas ciências da natureza, para conhecer seu objeto. Prevalencia o entendimento de que as ciências humanas também deveriam se fundar na observação dos fatos. A partir dessa constatação, cada um desses ramos passou a ter como missão definir claramente seu objeto de estudo, delineando seus limites em face das outras ciências.

O Direito, como não poderia deixar de ser, foi bastante influenciado pelo pensamento científico que rondava as ciências humanas naquela época. Era preciso convencer que o estudo do Direito era digno de ser considerado uma ciência. Até porque, o estudo acadêmico e sistemático do Direito até então era negligenciado em face do entendimento de que se tratava de um ofício aprendido na prática. Especialmente a partir da segunda metade do século XIX, os juristas estavam preocupados em firmar uma ciência jurídica que se dispusesse a conhecer o Direito tal como ele é, ou seja, tendo em mira o fato jurídico tal como ele acontecia na prática e era tratado pelo sistema, expondo-o, conceituando-o e sistematizando-o formalmente. Dizer *como o Direito deveria ser* soava como algo distante do “científico”, como mera especulação. Assim é que o fenômeno da criação do Direito, o questionamento acerca de qual deveria ser o seu conteúdo e, igualmente, o ímpeto de reformá-lo, foram postos de lado.

Isso não tardou a acontecer. Amigo de Bentham e considerado seu sucessor, John Austin (1790-1859), foi o primeiro de seus seguidores a abandonar a *censorial jurisprudence*, inaugurando a tradição do positivismo descritivo. Embora influenciado por Bentham, Austin desenvolveu uma teoria mais restrita e conservadora, apegada, conforme o modelo científico vigente, a expor o fenômeno jurídico como ele se apresentava. Uma diferença marcante se refere ao conteúdo do princípio da utilidade, que, para Austin, coincidia com a vontade de Deus. Como resultado, enquanto Bentham defendia que os legisladores de seu tempo não faziam uso do princípio da utilidade (segundo sua concepção, ou seja, os legisladores não tinham em vista, quando da criação das leis, a maior felicidade do maior número de pessoas, mas sim a sua própria felicidade), Austin estava convicto de que tal princípio era posto em prática, porquanto as leis refletiam de fato a vontade de Deus. Sendo assim, se Bentham (1843) acreditava que as instituições do Direito estavam pervertidas e precisavam ser reformadas, Austin estava certo de que o sistema funcionava bem e deveria ser mantido como tal. Consequentemente, estudar como deveria ser o Direito não lhe parecia relevante do ponto de vista da ciência jurídica, cabendo à ética o estudo da chamada ciência da legislação (SCHOFIELD, 1991, p. 63-65). Muitos juristas que o seguiram aderiram a esse pensamento, defendendo ainda que os propósitos do Direito caberiam também à política. Enfim, a qualquer outro ramo do conhecimento, mas definitivamente não à ciência jurídica.

Para Austin, a positividade do Direito residia no fato de ele derivar de uma fonte humana, ao contrário das leis divinas, que, obviamente, emanavam de Deus. O Direito positivo formava então o objeto da ciência jurídica, a qual não contemplava investigações acerca de sua bondade ou maldade. Sua obra *The province of jurisprudence deter-*

mined foi o manual de ensino do Direito mais usado na Inglaterra nos anos que se seguiram à sua morte, de forma que seu pensamento esteve presente na formação de inúmeros juristas (SCHOFIELD, 1991, p. 65).

Porém, o grande responsável pelo abandono, por parte da ciência jurídica, do estudo sobre como deveria ser o Direito, é o jurista austríaco Hans Kelsen (1996), para muitos, o maior filósofo do Direito do século XX. Indiscutivelmente, sua obra teve imensa repercussão no Ocidente, especialmente o clássico *Teoria pura do direito*, escrito em 1934. Ele se perfilhava à corrente dominante, que procurava afirmar a cientificidade do Direito, tendo feito disso o principal objetivo de sua produção intelectual, chegando mesmo a asseverar, no prefácio à primeira edição de sua *Teoria pura*, que “ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou a desimplicação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do séc. XIX” (KELSEN, 1996, p. 12).

Kelsen atribuiu à ciência do Direito um caráter essencialmente dogmático. Ao escolher como seu objeto de estudo o Direito, ou melhor, o Direito positivo, Kelsen procurou isolá-lo dos elementos não jurídicos que influenciam sua elaboração ou interpretação, ou seja, os fatores políticos, ideológicos, morais, psicológicos, sociológicos etc. Para ele, a ciência jurídica deveria ocupar-se tão-somente do Direito, tal como ele é, desvendando sua natureza inerente – independente do tempo e lugar e das variações de conteúdo que eles impõem –, qual sua estrutura e formas típicas, enfim, elucidar os princípios fundamentais do Direito por meio dos quais *qualquer* ordem jurídica pode ser compreendida (KELSEN, 1971, p. 266). Desse modo, caberia à ciência do Direito, na visão de Hans Kelsen, estudar as normas jurídicas que compõem um sistema jurídico, e não os fatos sociais e o verdadeiro comportamento dos indivíduos em relação a essas normas.

Para ele, importava distinguir o Direito da política e da moral, uma vez que elas eram instâncias em que predominava a subjetividade na definição de seus postulados. Esses postulados interferiam na criação do Direito, mas não eram objeto da ciência do Direito porquanto não permitiam constatações objetivas nos moldes das obtidas pelas ciências. A ciência jurídica, por sua vez, era terreno em que o estudo e a exposição do Direito posto pela autoridade se davam de maneira objetiva. Ainda em seu prefácio, Kelsen (1995, p. 14) justificou-se, salientando que uma teoria que se abrisse à política poderia facilmente ser corrompida:

“A este respeito não pode seguramente perder-se de vista a distinção muito importante que existe, precisamente neste ponto, entre a ciência natural e as ciências sociais. Não que a primeira não corra qualquer risco de os interesses políticos procurarem influenciá-la. A história prova o contrário e mostra com bastante clareza que até pela verdade sobre o curso das estrelas uma potência terrena se sentiu ameaçada. Se é lícito dizer-se que a ciência natural pôde ir até o ponto de levar a cabo a sua independência da política, isso sucedeu porque existia nesta vitória um interesse social mais poderoso: o interesse no progresso da técnica que só uma investigação livre pode garantir.”

Ele ainda enumerou outra crítica muito comum à sua *Teoria pura*: a de que ela, ao colocar de lado todos esses fatores que influenciam o Direito, acaba por afastar-se da realidade (KELSEN, 1996, p. 12). Kelsen não se defendeu diretamente deste argumento. Talvez não fosse necessário. Conforme a lógica dogmática de sua teoria, esse afastamento parece ser mesmo desejável.

É importante deixar claro que a *Teoria pura* trata, em verdade, de uma pureza metodológica em relação ao estudo do Direito. Kelsen (1996) tinha plena consciência de que o Direito sofre, a todo momento,

interferência de outras áreas, sobretudo a moral, a política e a religião, jamais tendo negado esse fato. Ocorre que, no ímpeto de estabelecer limites bem definidos à ciência do Direito, ele pinçou como seu objeto o ordenamento jurídico, isto é, o conjunto das normas jurídicas positivas, oriundas da autoridade e postas por meio da lei ou do costume, focando-se em descrevê-lo, e ignorando a atuação desses outros elementos, porquanto não jurídicos. É assim que, em um novo prefácio à *Teoria pura*, escrito em 1960, Kelsen (1996, p. 18) foi categórico:

“O problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica.”

Do mesmo modo, na sua obra-prima:

“Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.” (KELSEN, 1996, p. 1).

Nessa senda, não interessava a Kelsen (1996) debater acerca da bondade do Direito posto, ou da necessidade de reformá-lo em razão de sua maldade ou injustiça. O fundamento de validade de uma norma jurídica, para ele, será sempre outra norma jurídica, que lhe é hierarquicamente superior, até se atingir a norma fundamental. A legitimidade, para Kelsen (1996, p. 233), é o princípio de acordo com o qual “a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica”. Por conseguinte, o Direito sempre encontra fundamento nele próprio, para sua criação e aplicação, e não em um fato social, moral ou político.

O pensamento kelseniano transformou a maneira de pensar o Direito no século XX, consolidando-se como a corrente majoritária. O positivismo analítico criado por Austin e desenvolvido e difundido por Kelsen, que atribui à ciência do Direito a tarefa de meramente descrever seu objeto, de maneira dogmática e sem se preocupar com o momento da elaboração do Direito é a tradição que ainda hoje domina a filosofia do Direito, tendo sido seguido inclusive pelo notável Herbert Hart, entre outros.

Na prática, isso significa que faculdades de Direito de todo o Ocidente focaram o ensino jurídico na dogmática tradicional, deixando de abordar aspectos relacionados à elaboração das normas jurídicas. É bom frisar que esse não é um fenômeno brasileiro, ou do Terceiro Mundo. Mesmo países desenvolvidos, nas últimas décadas do século XX, passaram a ressentir-se desse abandono. Muito embora pontualmente pudesse haver críticas à legislação vigente, seja em matéria trabalhista, civil, penal, tributária, ou em qualquer outro ramo do Direito, infelizmente não houve um estudo sistemático do papel do legislador, nem de técnicas para aperfeiçoar a qualidade e o conhecimento das leis – tal como preconizava Bentham.

3. A ascensão da Legística e o resgate das ideias de Bentham

O avanço científico e tecnológico experimentado no século XX, especialmente no que concerne aos meios de transporte e de comunicação, somado à explosão populacional, o surgimento do Estado social, os processos de integração regional – nomeadamente a União Europeia –, entre outros fatores, culminou em sociedades cada vez mais complexas, governadas por Estados igualmente complexos e com cada vez mais competências regulatórias. Não obstante, estudos acerca da elaboração normativa seguiram escassos, até que, em 1973, o suíço Peter Noll lançou a obra *Gezetsge-*

bungslehre ou (*Teoria da legislação*), em que sistematizou saberes e métodos que podem auxiliar na elaboração das leis (em sentido lato, incluindo a constituição, as emendas constitucionais, os diversos tipos de leis, os atos normativos infralegais e mesmo tratados internacionais).

Na segunda metade do século XX, a qualidade da legislação passou a ser uma preocupação concreta para países como o Canadá – em que vigora, na parte francófona, o *bijuridismo*, com o *civil law* valendo para o direito privado e o *common law*, para o direito público – e da Europa, onde a legislação foi apontada como elemento estratégico para o nivelamento socioeconômico necessário à reunião harmônica de países com culturas distintas (alguns deles recém saídos de trás da Cortina de Ferro e carentes de tradição democrática).

A doutrina jurídica parece, contudo, ainda não ter percebido essa demanda. Em 2003, Caupers (2003, p. 8-9, grifo do autor) relaciona algumas razões pelas quais, no seu entendimento, isso acontecia:

“Em primeiro lugar, uma espécie de defesa subconsciente da estagnação do discurso normativo, que deveria conservar uma certa impenetrabilidade – quando não mesmo algum esoterismo – por isso mesmo somente acessível a iniciados, e uma relativa obscuridade intrínseca, propícia ao desenvolvimento das actividades das múltiplas profissões jurídicas envolvidas na aplicação da lei – tanto mais envolvidas quanto menos clara e mais complexa for esta. Em segundo lugar, um preconceito, mais ou menos generalizado em tudo quanto respeita à *respublica*, de que fazer leis não é propriamente algo que tenha regras e princípios próprios, susceptíveis de serem ensinados e aprendidos. Seria como uma espécie de qualidade inata dos representantes do povo, sejam eles agrónomos, poetas ou canalizadores (ou, se se

preferir, uma graça divina que desceria sobre estes). De tal atividade se poderia dizer, como alguém disse da ciência da administração pública, ser mais uma arte do que uma ciência. Ou uma ‘política’, como preferem outros, optando por uma forma diversa de negar o carácter científico da ‘ciência’ da legislação.

Em terceiro lugar, uma visão da lei que propende a encarar esta exclusivamente no plano estático formal, isto é, da conformidade com as normas constitucionais que regulam sua produção e com o princípio da divisão de poderes. [...]

Por último, e afetando sobretudo os países da Europa do sul, a ideia de que todos os problemas se resolvem com leis – como se a lei fosse, senão a única, pelo menos a mais eficiente forma de regulação social – e de que uma nova lei representa necessariamente um passo a frente – entenda-se, no caminho do bem comum –, ainda que, por imponderação ou deficiente formulação, venha criar novos problemas em vez de resolver os existentes ou, mais simplesmente, não venha produzir efeito nenhum.”

Como se pode perceber das palavras de Caupers (2003), a obra de Bentham (1843) segue bastante atual. Ambos tratam da necessidade de se desmitificar o Direito, e igualmente, de se estabelecer técnicas para a elaboração normativa. Caupers condena ainda o pensamento, derivado dos escritos de Kelsen, segundo o qual cabe ao Direito avaliar a legitimidade das leis apenas num sentido formal, qual seja, a da sua conformidade com as demais normas do ordenamento. Quanto ao último ponto, a ideia de que todos os problemas se resolvem com leis, Noll já havia chamado atenção para esse aspecto, que denominou “idealismo normativo”, e que, segundo nos esclarece Mader (2009, p. 46), consiste na crença de que as leis confeccionadas segundo um

modelo normativo produzirão automaticamente o efeito que deveriam produzir.

Em 1999, o também suíço Charles-Albert Morand lançou o livro *Légistique formelle et materielle*, consolidando o termo “Legística” nas línguas de raiz latina para designar a disciplina que se ocupa do

estudo do fenômeno legislativo como um todo, tendo em vista a produção normativa de maior qualidade. A fim de elucidar as diferenças que marcam a metodologia da Legística e da dogmática jurídica tradicional, ele formulou o seguinte quadro comparativo:

	<i>Direito/Dogmática</i>	<i>Legística</i>
Racionalidade	Lógica (presunções e ficções necessárias).	Gerencial (objetivos-meios).
Critério	Conformidade com a lógica.	Eficácia: concretização dos objetivos.
Controle	Jurisdicional de conformidade.	Avaliação por órgão político-administrativo (prioridades-políticas públicas).
Funcionamento	Linear – hierarquia de normas.	Sistemática – vários sistemas em conexão.
Tônica/Sentido	Aplicação – hermenêutica.	Criação e aplicação das normas – otimizar a aplicação.
Mecanismo Lógico	Dedução (silogismo).	Indução/ dedução (simulação do cenário).
Realidade Social	Isolamento (dever-ser).	Interação (diálogo com o contexto).
Tipo de normas	Deônticas.	Pragmáticas (compromisso com resultado; razoabilidade).

(Charles-Albert Morand, 1999)

Na esteira de Bentham, a Legística desenvolveu técnicas para driblar as imperfeições – que seguem sendo basicamente as mesmas apontadas por ele, há quase dois séculos atrás. Muito desse desenvolvimento se deve não aos juristas, mas sim a grupos de trabalho ligados a governos – como no caso do Canadá, em que a avaliação legislativa foi incorporada ao ordenamento jurídico e hoje é procedimento obrigatório para uma série de leis e atos normativos; e da União Europeia, que patrocinou a elaboração do Relatório Mandelkern, em que foram traçadas diretrizes a serem seguidas tanto em nível nacional quanto comunitário para a melhoria dos atos normativos.

No que se refere aos vícios formais, elencados por Bentham como imperfei-

ções de primeira ordem – a ambiguidade, a obscuridade e a extensão do texto para além do necessário –, a Legística preceitua a simplificação da linguagem das leis. Clareza, coerência e concisão são princípios fundamentais e que devem ser seguidos, conforme elucidam, e. g., Charles-Albert Morand (1999), Marta Tavares de Almeida (2009), Fabiana de Menezes Soares (2004, p. 47), Vasco Duarte de Almeida (2004) e Alexandre Sousa Pinheiro (2005, p. 5). Ainda de acordo com este último, as técnicas de simplificação da linguagem devem basear-se em dois critérios: a neutralidade discursiva (também defendida por Jeremy Bentham) e a frugalidade estilística.

Para Morand (1994, p. 27), a clareza é a qualidade principal a alcançar. A redação

clara, simples e precisa culmina em uma linguagem jurídica mais legível. Nesse sentido, o Relatório Mandelkern (2000, p. 80) prescreve que:

“Embora a linguagem jurídica não possa ser reduzida à linguagem comum do dia-a-dia, porquanto tem de garantir um certo nível de previsibilidade e segurança, o objetivo geral deve consistir em torná-la compreensível por aqueles a quem se dirige.”

A clareza exige que o legislador tenha um pensamento normativo claro, sendo imprescindível abster-se de adotar textos ambíguos a fim de conciliar artificialmente os grupos de pressão – uma estratégia bastante usada em Casas Legislativas de todo o mundo. Também demanda que se renuncie ao emprego de sinonímia, haja vista que não existem sinônimos perfeitos, e a polissemia é fonte de ambiguidades. Ao contrário, deve-se buscar a padronização e a harmonização da terminologia, tanto no bojo de uma só norma, quanto em face do ordenamento jurídico.

Pinheiro (2005, *passim*) ainda elenca as seguintes técnicas que conduzem à clareza do conteúdo das normas: 1) epígrafes que reflitam todos os conteúdos por ela regulados; 2) deve-se evitar a inclusão de termos de língua estrangeira, a menos que o conceito esteja fortemente estabilizado na língua alheia – o que ocorre frequentemente com as Tecnologias da Informação; 3) as revogações devem ser expressas, a fim de facilitar a identificação do direito vigente; 4) deve-se evitar o uso de adjetivos e advérbios e demais valorações, que não raro culminam em conceitos jurídicos indeterminados, acarretando problemas quando da interpretação e aplicação da norma; 5) siglas e acrônimos devem ser empregados com moderação, e virem acompanhados da respectiva decodificação; 6) no caso de normas que tenham título, este deve transmitir informações mínimas sobre a matéria a que se referem; 7) fornecer definições para os termos-chave empregados na lei, e que

fora do mundo do direito podem assumir outros significados.

A coerência das normas, por sua vez, refere-se tanto à relação interna entre seus comandos, bem como à sua interação com os demais atos normativos. Assim, as leis em particular e o ordenamento jurídico como um todo devem ser sempre vistos como um sistema, e, portanto, a harmonização entre seus preceitos deve ser perseguida. A coerência passa por uma percepção das normas enquanto conjunto. A intensa atividade legiferante conduz recorrentemente à proliferação de textos redigidos de maneira apressada, o que costuma impactar na coerência interna e externa dessas normas.

A coerência pode ser resguardada mediante: 1) estabelecimento, quando necessário, de remissões a dispositivos dentro da mesma norma ou a outras normas que identifiquem claramente o regime jurídico aplicável; 2) organização de uma estrutura adequada do texto normativo, segundo padrões lógicos; 3) elaboração de um pensamento normativo claro, que contribui para evitar dispositivos contraditórios dentro do mesmo texto de lei; 4) reconstrução da cadeia de fontes do direito, quando de uma avaliação prospectiva do ato normativo, a fim de se identificar quais normas jurídicas em vigor versam sobre a matéria objeto da nova legislação, preservando-se sua coerência externa; 5) revisão periódica dos textos normativos que tratam do mesmo objeto; 6) harmonização da terminologia utilizada em textos diferentes; 7) proporcionar aos destinatários, quando da publicidade das normas, a percepção do ato normativo dentro do seu contexto de elaboração, bem como dos demais atos a ele relacionados.

A concisão, segundo as palavras de Morand (1994, p. 32), consiste em “dizer em poucas palavras o mais possível”. Assim, passa pelo que Pinheiro (2005, p. 11) chama de frugalidade estilística, isto é, uma linguagem enxuta de recursos estilísticos. Morand (1994, p. 33) enumera os seguintes princípios, com o fito de proporcionar a

concisão dos textos: 1) utilização de frases e palavras curtas; 2) construções textuais simples, como frases na ordem direta, evitando orações intercaladas; 3) emprego de palavras funcionais de indicação, que permitem antecipar o texto que se segue (ex: porque, como), bem como palavras de ligação (ex: o qual, onde); 4) evitar enumerações demasiadamente longas.

Bentham (1843), no entanto, identificava como um problema central ao Direito o desconhecimento das normas jurídicas por parte daqueles que deveriam observá-las. Isso segue sendo uma questão a ser resolvida em nossos dias. Por um lado, o número de normas é imensamente maior; por outro, nunca tivemos à disposição tantos meios de comunicação. Um dos fatores que maximizam o conhecimento das normas jurídicas é a simplificação legislativa, que, segundo Almeida (2004, p. 14 et seq. grifo do autor), pode ocorrer em graus distintos:

“Num primeiro grau a simplificação intervém apenas sobre o *arranjo formal do texto*... [caso em que] a simplificação incide apenas sobre a forma literária, a estrutura interna ou o suporte gráfico do texto. É o caso, por exemplo, das correcções ou retificações de erros materiais e das republicações do texto dos diplomas no momento em que sofrem uma modificação mais extensa.

[...]

Num grau intermediário, a simplificação legislativa refere-se a título principal à própria *forma do acto* [...]. Nessa instância, a simplificação procede sob a forma de compilação, consolidação, revisão [...]. Um dos efeitos importantes é, como vimos, a substituição de uma pluralidade de diplomas anteriores por um novo e único acto normativo.

[...]

Finalmente, poderá haver simplificação num grau máximo quando a medida ou instrumento em questão

se dirige, antes de mais, ao *conteúdo normativo dos actos*, só atingindo a respectiva forma num plano secundário e meramente reflexo. É isto que geralmente acontece com os processos de reforma, revisão, sistematização ou codificação do direito anterior.”

No que se refere ao arranjo formal dos textos, a Legística recomenda o seguinte:

1) Republicação dos atos normativos: sempre que tenham sofrido alterações vultosas (PINHEIRO, 2005, p. 24);

2) Compilação: consiste na mera recolha de vários diplomas normativos que tratam de um mesmo tema, sem promover qualquer alteração textual ou de seus efeitos jurídicos (PINHEIRO, 2005, p. 11);

3) Consolidação: a consolidação com efeito jurídico consiste na revogação por substituição de todo um conjunto disperso de diplomas por um único ato normativo, sem qualquer alteração substancial às disposições revogadas. Fala-se também em consolidação com sentido reforçado, que também elimina as disposições obsoletas, contraditórias, excessivamente onerosas ou ineficazes, suprimido ainda as lacunas da regulação (PINHEIRO, 2005, p. 12);

4) Codificação: procede a uma sistematização geral e a uma reforma parcial do direito anteriormente existente, acabando por simplificar o acesso aos regimes que disciplina (PINHEIRO, 2005, p. 17);

5) Revisão: trata-se do processo de rever os atos normativos em vigor, a fim de determinar quais as alterações a fazer (RELATÓRIO MANDELKERN, 2000, p. 139).

Outros recursos podem ser empregados pelo Estado no intuito de, nas palavras de Bentham, conferir notoriedade à legislação. Atualmente, as novas Tecnologias da Informação, em especial a internet, mas também tecnologias tradicionais, como a imprensa, o rádio e a televisão, podem ser utilizadas com essa finalidade. De acordo com o Relatório Mandelkern (2000, p. 80), devem ser envidados “os esforços necessá-

rios para que todos lhe tenham acesso". O importante é que o Estado aja no sentido de garantir a publicidade real das leis e dos demais atos normativos, tornando-os de fácil acesso àqueles que dele desejam ou precisam ter conhecimento. Obviamente, como Bentham anteviu, o cidadão também deve esforçar-se para obter esse conhecimento, isto é, precisa colocar-se numa posição de aptidão para ser informado – ir ao encontro da informação. Isso, todavia, não pode se transformar em um calvário, ou em uma missão impossível, a exemplo do personagem de Kafka que, em *O processo*, queria entrar na Lei.

Por fim, muito embora a concepção de democracia de Bentham estivesse relacionada ao princípio da utilidade, com vistas a se obter sempre a maior felicidade do maior número de pessoas possível, é impossível negligenciar que a doutrina de Legística, atualmente, aponta para a participação dos interessados/afetados/destinatários da lei em sua elaboração como uma poderosa ferramenta para que estes possam conhecê-la e, mais ainda, observá-la. A interação entre esses atores, que se situam, em regra, em polos distintos do processo legislativo, quando da criação da norma permite não apenas que o cidadão comum conheça a lei e compreenda as razões que levaram o legislador a legislar em um determinado sentido, em detrimento de outras possibilidades, como também o persuade a aceitar aquela norma. Nesse sentido escrevem Guilherme Wagner Ribeiro (2007, *passim*) e Fabiana de Menezes Soares (2004, p. 31).

No que se refere ao conteúdo das normas jurídicas, o princípio da utilidade de Bentham também conduz a uma reflexão importante resgatada pela Legística. Ao defender que a legislação deveria proporcionar a maior felicidade ao maior número de pessoas, e que a felicidade significava o predomínio do prazer sobre a dor, Bentham acabou por estabelecer a necessidade de avaliação do conteúdo das leis. O soberano poderia, conforme seu pensamento, legis-

lar em qualquer sentido, porque o Direito estava separado da moral. Isso significa que a lei poderia ser ruim, e por isso é que Bentham desenvolveu sua *censorial jurisprudence*: para que fosse possível determinar quando uma lei era ruim e o que era necessário para que ela fosse boa.

A Legística tem por escopo proporcionar a elaboração de leis de qualidade; assim, da mesma forma que a teoria de Bentham, os doutrinadores da Legística estão convictos de que a lei pode ser ruim, e que a elaboração de uma boa lei demanda um procedimento de avaliação. Luzius Mader escreveu em 1991 um artigo intitulado *A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito*, no qual definiu três principais critérios para se aferir a qualidade de uma lei, a saber: efetividade, eficácia e eficiência.

A efetividade identifica o grau de força vinculante da norma; efetiva é a lei que é amplamente observada por seus destinatários. A eficácia está relacionada à capacidade intrínseca à norma de produzir os resultados almejados quando de sua criação – característica bastante relevante para Bentham (1843, p. 269), que a menciona em sua *Nomography*. Por fim, a eficiência consiste numa avaliação de custo-benefício; mais eficiente é a norma quanto menos custos (econômicos, sociais, de tempo, etc.) demandar para conduzir aos objetivos desejados. Indubitavelmente, a eficiência é um critério de avaliação legislativa baseada no princípio da utilidade tal como concebido por Bentham.

4. Tocando em frente

Por fim, dando um passo adiante das magníficas lições demasiadamente negligenciadas de Bentham, a Legística, ao propor dois momentos de avaliação legislativa, finda com a cisão entre o Direito como ele é e como *deve ser*.

Como dito anteriormente, a Legística ocupa-se de *todo o fenômeno legislativo*, o qual vai desde o impulso para legislar até

a avaliação *ex-post* da legislação em vigor. Trata-se de um verdadeiro “circuito”, nos dizeres da Professora Marta Tavares de Almeida (2009, p. 85), em que a lei é pela primeira vez pensada, a partir de um estímulo (social, jurídico, político, etc.) que deflagra o procedimento legislativo.

Em seguida, cabe ao legislador definir bem o problema que pretende resolver com a lei, pensar nos cenários alternativos com vistas a decidir se deve mesmo legislar e em que sentido, levar a cabo uma avaliação prospectiva (ou *ex-ante*, como é também chamada pela doutrina), para então adotar um texto a ser promulgado e entrar em vigor (DELLEY, 2004, p. 102).

Ocorre que, para a Legística, o *iter* da lei não termina aí. Depois de sua entrada em vigor, a doutrina preceitua que se proceda à avaliação retrospectiva, ou *ex-post*, a fim de monitorar a execução da lei, certificando-se de sua efetividade e eficácia. Não raro, serão precisos ajustes para que o texto se adeque à realidade, otimizando seus efeitos. Trata-se de uma constante interação entre objetivos e resultados de uma lei, e isso é particularmente importante na implementação de políticas públicas, que dependem do êxito da legislação que as ampara.

A avaliação *ex-post* pode apontar para dispositivos legais que devem ser modificados, à luz do objetivo que se pretende atingir. A modificação desses dispositivos, no âmbito do Estado de Direito, opera-se por meio da edição de outras leis. Falando claramente: a avaliação retrospectiva evidencia defeitos na lei, que consistem em um novo impulso para legislar.

Assim, não há que se falar, nos dias atuais, em estanquicidade entre o que é o Direito e o que deve ser o Direito, ou entre a dogmática jurídica e a Legística (ou Teoria da Legislação, ou Legisprudência), pois o Direito que é agora em breve não mais será. Não é possível retornar a Kelsen e defender a ideia de uma ciência jurídica que se limita a descrever o seu objeto, porque essa é uma atitude conservadora e não

condizente com o princípio democrático. Ao enxergar o Direito como instrumento, Bentham visualizou seu potencial para afetar a vida de cada cidadão, do mais pobre ao mais rico, e produzir felicidade. A Legística vê o Direito como instrumento de ação do Estado, de forma que num Estado democrático, a finalidade é sempre o bem-estar dos indivíduos, nunca o Estado em si mesmo. Sendo assim, o Direito deve ser em prol dos cidadãos, que merecem conhecê-lo e participar de sua formação e constante reforma.

No entanto, essa é uma batalha que está sendo travada a cada dia, pois, a despeito de toda a evolução iniciada por Bentham e coroada pela Legística, o ensino jurídico nos moldes da dogmática tradicional ainda prevalece. Embora a afirmação do *status* científico da Teoria do Direito tenha contribuído para a consolidação de muitos cursos de Direito, de profissões jurídicas e para o desenvolvimento de alguns ramos desse saber (avanços fundamentais, e que ocorreram sobretudo em virtude da difusão do pensamento de Kelsen), concorreu para um enorme atraso no que se refere à elaboração das normas jurídicas. Resta-nos recuperar esse conhecimento, retomar o seu estudo e aperfeiçoá-lo. É urgente a necessidade de reforma dos currículos das faculdades de Direito.

Referências

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <http://consulta.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulta/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/marta_tavares.pdf>. Acesso em: 09 out. 2012.

ALMEIDA, Vasco Duarte de. Formas de simplificação legislativa: elementos para o seu estudo. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 37, p. 5-21, abr./jun. 2004.

- BENTHAM, Jeremy. Nomography: or the art of inditing laws. In: _____. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: John Bowring, 1843. v. 3. p. 231-283.
- CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da Legislação. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 35, p. 5-87, out./dez. 2003.
- DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei: uma introdução a um procedimento metódico. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.
- HART, Herbert. L. A. Bentham and the demystification of the law. *The Modern Law Review*, v. 36, n. 1, p. 2-17, Jan. 1973.
- KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: "O que é iluminismo?". Tradução de Artur Morão. [S.l.]: [s.n.], 1784. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. In: _____. *What is Justice?: Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley: University of California Press, 1971. p. 266-287
- _____. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO, 2007, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. p. 43-54. Disponível em: <http://consulta.almg.gov.br/openscms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/integra.pdf>. Acesso em: 09 out. 2012.
- MORAND, Charles Albert. Éléments de légistique formelle et matérielle. In: _____. *Légistique formelle et matérielle: Formal and material legistic*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires D` Aix-Marseille, 1999. p. 17-45.
- _____. Para uma metodologia da comunicação legislativa. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n.11, p. 19-34, out./dez. 1994.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa. Algumas notas sobre temas de legística formal. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 41, p. 5-34, dez. 2005.
- RELATÓRIO MANDELKERN. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 29. out./dez. 2000.
- RIBEIRO, Guilherme Wagner. Poder Legislativo: entre a assimetria informacional e o pluralismo cognitivo. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 45, p. 5-23, jan./mar. 2007.
- SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence. *The Journal of Legal History*, v. 12, n. 1, p. 58-88, May 1991.
- SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: Informação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- _____. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.