

A CRÍTICA DE BENTHAM À DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO: CONFRONTO ENTRE O POSITIVISMO DA FILOSOFIA ANALÍTICA DO DIREITO E O IDEALISMO ALEMÃO

MURILO STRÄTZ*

PAULA CAROLINA ALVES FERNANDES **

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As objeções de Bentham à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; 3. A Escola da Filosofia Analítica do Direito (*Analytical Jurisprudence*); 4. Modernidade: o embate Idealismo *versus* Positivismo; 5. Conclusões.

RESUMO: Análise crítica do conjunto de objeções que Bentham opôs à Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tendo como pano de fundo metodológico o cotejo entre as principais correntes jurídico-filosóficas do Iluminismo. O artigo investiga se as críticas benthamianas tinham por alvo o conteúdo material dos direitos humanos ou apenas a roupagem formal da qual se revestiam. Faz-se, por fim, um exame metodológico tanto daquelas objeções quanto do material que lhes servia de objeto.

PALAVRAS-CHAVE: Bentham; Direitos Humanos; Positivismo; Idealismo; Escola Analítica.

* Advogado da União (membro da Advocacia-Geral da União — AGU), pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho (Portugal) e em Direito Público pela Universidade de Bordeaux (França), Coordenador acadêmico, na Escola da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro (EAGU/RJ), de Direito Processual e Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, Revisor (parecerista) *Ad Hoc* da Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Revista Brasileira de Arbitragem (RBA), professor da Escola da AGU e dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da UERJ em Direito Processual Civil e em Advocacia Pública. Pesquisador junto do “Laboratório de Justiça — JusLab”, vinculado ao Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov). *E-mail:* murilo.stratz@agu.gov.br.

** Advogada colaborativa, pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS). *E-mail:* paulafernandes.ma@hotmail.com.

ABSTRACT: Critical analysis about Bentham's objections against the 1789 French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, on the basis of comparison among the main legal and philosophical currents of the Enlightenment. The article seeks to find out if the Benthamian criticism had in mind the material content of human rights or just the formal dress they were wearing. Finally, a methodological examination is made of both those objections and the material that served them as an object.

KEYWORDS: Bentham; Human Rights; Positivism; Idealism; Analytical Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca reunir e situar sob a perspectiva jurídica, mas também sob a filosófica, as principais objeções que Jeremy Bentham opôs à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por meio do enfático texto que ficou conhecido como *Anarchical Fallacies*.

A partir daí se relacionam tais críticas com o paradigma filosófico da Escola Analítica do Direito (*Analytical Jurisprudence*), para, em seguida, confrontar os traços basilares deste modelo positivista com os demais enfoques iluministas que culturalmente rivalizaram durante a Modernidade, com destaque para o Idealismo alemão.

O embate entre o formalismo da Jurisprudência Analítica e a metafísica especulativa dos autores alemães, com destaque especial para Kant e sua busca filosófica por valores substantivos¹ que legitimem a autoridade do Direito, resultará numa reflexão crítica e contextualizada acerca daquelas objeções que o teórico do utilitarismo formulou.

O presente artigo não tem o propósito de estabelecer qualquer relação constitutiva entre o jusracionalismo iluminista (e os argumentos de Kant) e o positivismo normativista do século XIX, senão, quando muito, o de problematizar a eventual congruência que se pode desenhar entre a doutrina utilitarista e a proteção legal dos Direitos Humanos. Com efeito, embora as objeções benthamianas voltem-se contra o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, daí não se poderá inferir, ao final do presente trabalho, uma absoluta incompatibilidade teórica entre o utilitarismo de Bentham e a defesa das prerrogativas mais caras aos seres humanos, afinal, nada se mostra mais útil à sociedade que a inviolabilidade dos direitos de seus membros, ainda que se possa vislumbrar a hipótese de restrição de direitos individuais em prol da coletividade.

Para tanto, a conclusão levará em conta os elementos de que Bentham dispunha e os limites que encontrava à época de sua análise, mas não abdicará de pontuar, com senso crítico, eventuais falhas metodológicas deste grande autor que é considerado o pai do utilitarismo.

1 Não tendo o presente texto por objeto problematizar os diversos aspectos da relação entre direito e moral, referimo-nos aqui à expressão “valores substantivos” apenas enquanto recurso retórico voltado a designar uma abordagem metafísica que se contrapõe ao convencionalismo legal de matriz positivista.

E a última observação introdutória a registrar-se desde logo — portanto, previamente ao início propriamente dito do percurso argumentativo que a seguir se trilhará — diz respeito a um importante aspecto metodológico: a utilização por vezes sobreposta no texto abaixo dos termos positivismo, formalismo, legalismo e convencionalismo, apesar de implicar uma aparente falta de rigor terminológico, não deve ser vista como fruto de eventual confusão epistemológica, senão apenas enquanto ocasional emprego de expressões que ora salientam os aspectos do gênero assim denominado formalismo mais ligados ao núcleo duro da espécie assim denominada positivismo jurídico (como o legalismo e o convencionalismo), ora dizem respeito, de modo mais geral, ao positivismo científico *lato sensu*.

2. AS OBJEÇÕES DE BENTHAM À DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Em veemente texto que ganhou o epíteto de *Anarchical Fallacies*², Jeremy Bentham (1748-1832) tece duríssimas críticas à redação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pelos revolucionários franceses em 1789.

Maria Clara Calheiros³ reúne tais críticas de Bentham e as divide em três grupos, quais sejam: objeções lógicas, objeções políticas e objeções legais.

A principal objeção lógica refere-se à má redação, à contradição e ao alto grau de abstração do texto pelo qual os direitos humanos são previstos naquela Declaração, como, por exemplo, no seu artigo 1º, ao prever que “Todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Para Bentham, a proposição é falsa, uma vez que os homens não nascem iguais, dadas as inegáveis diferenças de berço, de fortuna pessoal, de condição social, etc. E, além disso, a previsão contida na segunda parte do artigo 1º é contraditória, pois, se

2 Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies. The works of Jeremy Bentham*. (Edinburg: John Bowring Editor, 1843).

3 Maria Clara Calheiros, “A crítica aos Direitos do Homem. Notas à luz das *Anarchical Fallacies* de Jeremy Bentham, in “Do direito natural aos direitos humanos” (Coimbra: Almedina, 2015), 159-187.

houvesse direitos absolutos como a igualdade e a liberdade, não poderia haver exceções, ainda que fundadas na “utilidade comum”. Haveria também incoerência entre liberdade e propriedade. Além disso, dada a redação abstrata da Declaração, aberto estaria o caminho para todo tipo de sofisma, de recursos puramente retóricos e de inoperatividade.

Já a objeção política, por sua vez, contesta o caráter imprescritível dos direitos humanos, os quais poderiam ser oponíveis até mesmo em face do Estado. Isso é inadmissível para Bentham, pois ele não admite a existência de direitos que não advenham do próprio Estado. Assim como não há leis irrevogáveis, tampouco haveria direitos imprescritíveis, na visão positivista e imperialista de Bentham, totalmente refratária a qualquer vestígio jusnaturalista. A possibilidade antevista pela própria Declaração de que os súditos desobedecessem ao próprio Estado mediante o direito de resistência à opressão seria um convite à revolta, pois cada um poderia ser juiz da própria causa, o que levaria a convulsões sociais, à instabilidade e até mesmo à própria anarquia.⁴ O Estado é autolimitado, de modo que só o Soberano pode impor limites ao Governo. Aliás, a própria noção de direito individual, potencialmente oponível à coletividade, é desprovida de sentido (*nonsense*) para a concepção benthamiana sobre os fins que regem o Estado, invariavelmente atrelados ao princípio utilitarista plasmado na seguinte fórmula, repetida como um mantra no pensamento de Bentham: “*the greatest happiness of the greatest number*”⁵.

Por fim, a objeção legal, de seu turno, impugna o conceito de direitos humanos enquanto prerrogativas inatas ao homem, imprescritíveis, pré-estatais e supraleais. Bentham não aceita que um direito preexista ao Estado, pois todo direito decorre necessariamente da lei positiva. Há aqui mesmo uma objeção substantiva à afirmação de direitos inatos e imprescritíveis, vez que só se poderia falar de direitos positivados. A preocupação de Bentham era de que qualquer capricho político fosse confundido com um direito desprovido de efetividade (dada a ausência de coerção pelo seu descumprimento) e banalizado em catálogos maximalistas sem força cogente.

4 Aqui a crítica benthamiana, ao inadmitir que mandamentos legais sejam excepcionados/derrotados, ampara-se no vetusto brocardo *dura lex sed lex*.

5 “*The end or object in view, to which every political measure, whether established or proposed, ought according to the extent of it to be directed, is the greatest happiness of the greatest number of persons interested in it, and that for the greatest length of time*” — Bentham, *Anarchical Fallacies*, 482.

Vistos os contornos gerais — ainda que de forma extremamente sumária e sem pretensões exaurientes — da visão de Bentham sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pelos revolucionários franceses em 1789, passa-se agora à ousada tentativa de situar filosófica e metodologicamente a concepção benthamiana e de confrontá-la com os principais modelos teóricos em vigor naquela época, para, ao fim e ao cabo de tal cotejo, esboçar uma resposta, à guisa de conclusão, à seguinte provocação acadêmica: será que Bentham era mesmo contrário à tutela dos direitos humanos?

3. A ESCOLA DA FILOSOFIA ANALÍTICA DO DIREITO (*ANALYTICAL JURISPRUDENCE*)

Embora Bentham tenha nascido e desenvolvido seus pensamentos na Grã-Bretanha — onde a influência da sua filosofia utilitarista até hoje se faz sentir, assim como nos Estados Unidos da América —, o *Common Law* é objeto de suas críticas, já que Bentham é considerado o *founding father* da Filosofia Analítica do Direito (“*Analytical Jurisprudence*”), cujos postulados dogmático-positivistas, de cunho teórico-sistemático, contrapõem-se ao estilo prático-problemático que anima o *judge-made law*.

Para a concepção particularista adotada no *Common Law*, a razão que orienta a aplicação da lei pressupõe que esta só tenha aplicabilidade no caso concreto, individual, de modo inseparável da situação de fato que atrai a sua incidência.

Assim, de acordo com Gerald J. Postema, não haveria que se falar em normatividade abstrata no âmbito do *judge-made law*, senão apenas em força cogente concreta, pois a razão a nortear os julgamentos anglo-saxões não viria da lei, senão exclusivamente dos fatos.⁶ Bentham, ao revés, como se sabe, entendia que toda a força normativa do Direito somente poderia advir da lei editada pelo soberano.

Já Cass Sustein adverte que, embora Bentham fosse um positivista, ele defendia uma dicotomia utilitarista quanto aos destinatários da lei, tese

6 Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*. 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), 30-1.

conhecida como *acoustic separation*, segundo a qual a população em geral estaria vinculada à lei, enquanto os juízes, no exercício da judicatura, estariam vinculados apenas aos casos concretos (aspectos fáticos) colocados sob sua jurisdição.⁷ Vê-se, aqui, portanto, uma importante exceção no pensamento benthamiano, o que acaba tendo como resultado o reconhecimento de maiores poderes aos juízes, em detrimento da força da lei que eles deveriam aplicar em seus julgamentos.

Isso não invalida, porém, a constatação geral no sentido de que o formalismo jurídico ocupa um papel central na Filosofia Analítica do Direito (*Analytical Jurisprudence*), da qual Bentham foi um dos principais fundadores.

Com efeito, Jeremy Bentham (1748-1832) contrapunha-se tanto à metafísica jusnaturalista, cujo maior expoente é sem dúvida a filosofia transcendental de Immanuel Kant (1724-1804), quanto ao empirismo puramente problemático dos anglo-saxões. De um lado, o positivista Bentham afasta-se do Idealismo alemão, cujo conceito de Direito é universal, imutável e cognoscível só pela razão, porque, para a Escola Analítica, tal conceito é excessivamente abstrato e jusracionalista, além de desconsiderar a autoridade do Soberano para ditar o que é Direito. De outro lado, Bentham contrapõe-se ao *Common Law*, dada a sua assistemática lógica-formal e os seus particularismos/casuísmos.

Também a Escola Histórica⁸ é assaz divergente da Analítica, pois a visão unilateral e voluntarista de Bentham não admitia que o cambiante *Volksgeist*⁹

7 Cass R. Sustein, “Rules and Rulelessness”, in Program in Law and Economics Working Paper N. 27, 1994, 1994. Disponível em <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12795546/Rules%20and%20Rulelessness.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04.04.2020, 53-4.

8 O Historicismo no Direito veio como reação ao positivismo jurídico. Savigny (1779-1861) e Puchta (1798-1846), ao sustentarem que o *Volksgeist* não poderia ser apreendido nem ficar aprisionado nos limites de uma lei, ainda que codificada, opuseram-se ao movimento codificatório que se alastrava pela Europa continental nos séculos XVII e XVIII e lograram, assim, atrasar em quase cem anos a promulgação do BGB, que só foi publicado em 1900, ao passo que o *Code Napoléon* é de 1804. Somava-se a isso a dificuldade de a lei condensar, num único documento normativo, todas as variações do espírito alemão, o que leva Neuville a afirmar que: “Savigny soutient qu’il ne faut pas un code mais une science du droit d’autant que la diversité des États allemands interdit la rédaction d’une unique compilation” — Sébastien Neuville, *Philosophie du Droit*. (Paris: LGDJ Lextenso éditions, 2019), 290.

9 “El *Volksgeist* actualiza lo divino y lo humano, lo normativo y lo positivo, en inseparable unidad” José Antonio Escudero, *Historia del Derecho: Historiografía Y Problemas*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1988, 93). “La conexión de lo histórico y lo sistemático fue reclamada por SAVIGNY mismo — como «indispensable al jurista» — en su famoso escrito programático *Vom Beruf unserer Zeit*” — *Ibidem*, 95.

fosse a verdadeira fonte do Direito, já que este não existiria fora do Soberano. A concepção nominalista, imperativista e voluntarista a animar a Escola Analítica é avessa aos modelos *organicistas*, próprios da Escola Histórica e do romantismo alemão. Enquanto estes estão sempre preocupados com o espírito coletivo (da *comunidade* regida pelo Direito)¹⁰, os juristas da *Analytical Jurisprudence* preocupam-se com o problema da ordem e da autoridade donde ela provém e do responsável por assegurá-la, que é sempre o Soberano. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), fundador da Escola Histórica ao lado de Gustav Hugo (1764-1844), desenvolveu paradigmas técnicos importantíssimos para a ciência do Direito, mas não se deixou seduzir nem pelo formalismo¹¹ positivista responsável pelas grandes codificações¹², nem pelo jusnaturalismo iluminista (embora o Direito Romano, enquanto modelo jurídico meta-histórico, fosse tido pelos *pandectistas* como o seu direito natural). Mas o Historicismo, ao perder gradativamente os traços do seu romantismo inicial, acabou servindo de ponte entre o Jusnaturalismo e o Positivismo que se consagrou como concepção jurídica predominante desde o final da Modernidade até hoje, com o seu marcante aspecto formal-sistemático, dedutivo-legalista e técnico-dogmático.

10 José Lamego bem anota esse caráter espiritual-coletivo: “As forças históricas geradoras do ordenamento jurídico são forças espirituais colectivas, que transcendem a consciência dos indivíduos” — José Lamego, *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma “recepção”*. (Lisboa: Fragmentos, 1990), 20.

11 Joana Aguiar lembra que é a partir da segunda metade do século XIX que o formalismo legalista começa a ser questionado, *verbis*: “A decadência do princípio *in claris non fit interpretatio*, ou da negação da interpretação em função da clareza literal da disposição normativa, começa a fazer-se sentir já no final do século XIX, com a ascensão de sucessivos movimentos e correntes anti-formalistas (a própria Escola da Exegese se mostra em declínio, com François Géný a publicar, em 1899, o seu monumental *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*), que têm como detonador o crescente abismo que se vai fazendo sentir entre teoria e *praxis*. Movimentos que se vêm a consolidar, sobretudo, a partir da segunda metade do século XIX” — Joana Maria Madeira Aguiar e Silva, “Desafios hermenêuticos da juridicidade pós-moderna: entre texto, norma e método/ para lá da interpretação negativa”, *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade — FIDES*, Natal, V. 8, n. 2, (jul./dez. 2017), 83-100, p. 86.

12 “Na verdade, no contexto da Escola Histórica, na qual a *Pandectística* se desenvolveu, a crença no poder da legislação, especificamente sob o formato de Código, era pouca. Basta lembrar aqui a posição de Savigny, contra Thibaut, a respeito da precedência da ‘ciência do direito’ em relação à legislação. A lei não deveria ser ferramenta da evolução do Direito, mas sim a investigação juscientífica, uma codificação aparecendo como ferramenta útil somente quando o saber jurídico já se encontrasse estabilizado pelos esforços sistematizadores dos juristas” — Torquato Castro Jr., “Influência da Pandectística no Código Civil Brasileiro”, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (RIHGB)*, (Rio de Janeiro, v. 473, pp. 91-104, jan./mar. 2017): 99.

Assim, enquanto para os historicistas a única fonte do Direito é o “espírito do povo” (*Völkgeist*) — ente anímico-coletivo do qual necessariamente derivam a lei e as demais espécies jurígenas —,¹³ para os positivistas em geral (dos mais variados matizes, desde a Escola da Exegese até o *soft positivism* de Hart, passando pela Escola Analítica de Bentham/Austin e pela Jurisprudência dos Conceitos de Jhering/Puchta, bem como pelo normativismo puro de Kelsen), a lei se identifica como a fonte por excelência do Direito, o centro originário de onde se irradia toda a ordem jurídica, justa ou injusta, democrática ou não. As pretensões de correção substantiva da aplicação da norma legal só advieram a partir da II Guerra Mundial, com as doutrinas pós-positivistas, descontentes com a legalidade puramente formal e acrítica que imperava até então no Positivismo.

O pensamento benthamiano — como se fosse possível tratá-lo no singular, tamanha é a profusão de escritos sobre as mais variadas áreas do conhecimento humano que o autor londrino legou à humanidade — funda-se em postulados *nominalistas* e *imperativistas*, pois sua noção de Direito está inseparavelmente atrelada a uma fonte (sempre o Soberano, na esteira da concepção hobbesiana do Leviatã), não havendo espaço para outros centros produtores da norma jurídica que não o Estado. Clássica é a expressão, neste sentido, de que toda lei emana da autoridade (“*auctoritas non veritas facit legem*”).

Mas para Bentham não basta que a lei emane da autoridade competente. É também recomendável que ela promova a felicidade, pois o Direito deve ter alguma utilidade, deve fornecer algo de bom e válido à sociedade. E é sob essa perspectiva utilitarista do fenômeno jurídico que a proteção universal dos Direitos Humanos pode ser inserida no espectro benthamiano, a fim de verificarmos se de fato existe alguma incompatibilidade insolúvel nesse sentido, ou, ao revés, se tal contradição é só aparente.

13 A isso, Tercio Sampaio Ferraz Jr. acrescenta, *verbis*: “O agrupamento sistemático é mais comum à tradição jurídica e se liga à chamada questão das *fontes do Direito*. Na origem, a questão se funda na consciência de que o Direito não é apenas um *dado*, mas também uma *construção*, isto é, não é apenas um dado para a disciplina do comportamento humano, mas também uma construção deste mesmo comportamento. Assim, por exemplo, o jurista Savigny, no início do século XIX, coloca-se esta questão, tentando distinguir a lei (enquanto um ato do Estado e um dado para o intérprete) do seu sentido ou, mais precisamente, do seu espírito, que repousa nas convicções comuns de um povo (no ‘espírito do povo’). Esta distinção permite-lhe separar o centro emanador (sua fonte) dos atos formais de concretização ou realização do Direito, sendo fonte o ‘espírito do povo’, e o Estado o instrumento de realização” — Tercio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do direito* (3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014), 79.

Claro que é possível que se restrinjam ou até eliminem certos direitos individuais em nome da “maior felicidade do maior número”, tal como se daria com a supressão de prerrogativas ou subsídios em desfavor de determinadas minorias da sociedade, tal como, por exemplo, a recusa estatal em observar o devido processo legal na privação da liberdade de muçulmanos suspeitos de atos de terrorismo, ou a revogação do tratamento jurídico diferenciado dado a indígenas isolados (cuja responsabilidade por atos ilícitos — inclusive infrações penais — é mitigada em razão de viverem em sociedades praticamente desconectadas de outras culturas e civilizações constituídas sob o Direito do Estado). Em um exemplo horrendamente extremo, até mesmo a proposta de execução em massa de todos os presidiários de um país — e no Brasil atual não haveria poucas pessoas a aplaudir uma tal iniciativa, sob o desumano lema “bandido bom é bandido morto” — poderia agradar à maioria da população, a qual obviamente não está custodiada.

Em um primeiro momento, a sociedade poderia ter a equivocada impressão de beneficiar-se pela economia de tempo e recursos que tais supressões de direitos poderão trazer ao corpo social, haja vista que, nos exemplos dados, muçulmanos, índios isolados e custodiados representam ínfima minoria da população. Assim sendo, os gastos estatais voltados a proteger os direitos desses pequenos segmentos — tais como os dispêndios ordinários com a alimentação dos presos e a manutenção das estruturas dos presídios — seriam poupados, retornando à sociedade em forma de outras modalidades públicas de investimentos, como escolas, hospitais, parques de uso comum do povo, etc.

Mas logo a sociedade obviamente perceberia que o retorno à barbárie jamais pode ser o melhor caminho para a felicidade geral e que o respeito à dignidade de cada membro do corpo social por parte do Estado reflete o respeito deste a toda a sociedade, enquanto um conjunto ordenado de indivíduos dotados de igual dignidade humana e merecedores, por conseguinte, de igual respeito e consideração.

De acordo com a concepção kantiana, que aqui se adota, o indivíduo deve sempre ser visto como um fim em si mesmo, e jamais como instrumento para consecução de qualquer objetivo, por mais nobre que este seja, conforme nos ensina a clássica fórmula kantiana da humanidade, sintetizada no seguinte

imperativo categórico: “age de tal maneira que uses a tua humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como *fim* e nunca simplesmente como *meio*”.¹⁴

Com efeito, o ser humano não tem preço, mas sim dignidade, cujo valor, jamais podendo ser precificado, é absoluto.¹⁵ Por essa razão, a dignidade de uma pessoa jamais poderia ser sacrificada em prol de determinados objetivos, ainda que alegadamente superiores ou nobres, tal como ocorreria com a exclusão de direitos inatos à condição humana de quem quer que seja, criminoso ou não, civilizado ou não, perigoso ou não.

Ao renunciar a noções básicas de humanidade como essas, a própria sociedade deixaria de se reconhecer enquanto tal, haja vista que o elemento que a une, que a funda e que constitui sua verdadeira *ratio essendi* é a dimensão humana. Ao instrumentalizar o ser humano no afã de beneficiar o maior número de pessoas, a sociedade acabaria por cometer, ela mesma, uma autofagia moral e destruiria a própria razão de sua existência, com efeitos nefastos não apenas para os indivíduos, mas também para a coletividade.

Verifica-se, portanto, a partir da leitura kantiana feita acima, que a eliminação pura e simples de direitos individuais tende a afetar o máximo agregado de felicidade, revelando-se nada útil à própria sociedade e também aos membros que a compõem.

Assim, como se vê, a objeção de Bentham parece dar-se mais no plano formal — considerada, sobretudo, a falta de instrumento legal a veicular a Declaração por ele tão criticada — que no plano filosófico ou metafísico propriamente dito.

No Reino Unido, a lei não desempenhava um papel tão relevante na jurisdição estatal em comparação com os sistemas de *Civil Law*, mormente no período em que Bentham produzia sua doutrina. E, no caso da

14 Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. (Tradução de Paulo Manuel Pires Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007), 69.

15 Kant distingue, aqui, os seres racionais dos demais, os quais denomina “coisas”, *verbis*: “Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio e é um objecto do respeito” (*Ibidem*, 68). E completa mais adiante: “Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (*Ibidem*, 77).

Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, nem mesmo de lei em sentido estrito se poderia falar. Não se tratando de precedente judicial nem de lei formal, a carga vinculante de uma bem-intencionada Carta de Direitos seria quase nula, menor até que a vaga força da *equity*.

Bentham não foi o único jurista anglo-saxão a filiar-se a uma corrente antitética ao *Common Law*. Também poderiam ser enquadrados nessa Filosofia Analítica autores como John Austin (1790-1859) e Herbert L. A. Hart (1907-1992), apenas para citar dois conterrâneos de Bentham também preocupados em discernir o Direito da Moral, enquanto critério voltado à proteção da segurança jurídica.

Não obstante, Hart logra, ao contrário de Austin, superar a concepção imperativista que é apanágio do pensamento benthamiano, para substituí-la por um enfoque *institucional*, que vai muito além do imperativismo de Bentham. A teoria hartiana é, por isso, considerada a versão mais bem acabada do positivismo jurídico — pelo menos na visão de seu maior adversário filosófico, Ronald Dworkin, que elege a obra de Hart como o alvo preferido de suas críticas antipositivistas, todas, porém, exemplarmente rebatidas por este no posfácio do seu *O conceito de direito*¹⁶ —, versão esta que vê o Direito como prática social institucionalizada, na forma do *model of rules* (em contraposição ao *Common Law*).

Tal prática social, todavia, deve permitir que o sistema jurídico seja ainda identificado segundo o “critério das fontes” (tão caro ao positivismo jurídico),

16 Dentre as respostas dadas por Hart às críticas de Dworkin, destaca-se a seguinte, relativamente ao grau de certeza proporcionado pelas regras jurídicas, *verbis*: “No caso de muitas normas jurídicas, deve-se tolerar uma certa margem de incerteza, e mesmo vê-la como um elemento bem-vindo, de modo que possibilite uma decisão judicial bem informada quando se conheça a composição de um caso inédito, tornando possível identificar os problemas envolvidos em sua decisão e dar-lhes solução racional. Somente se a função de conferir certeza for considerada suprema em relação a todas as outras funções da norma de reconhecimento, é que a forma de positivismo brando que inclui entre os critérios do direito a obediência a princípios ou valores morais discutíveis poderia ser considerada incoerente. Aqui, a questão subjacente diz respeito ao grau ou à extensão da incerteza que um sistema jurídico pode tolerar para que lhe seja ainda possível qualquer evolução significativa, de um regime descentralizado de normas consuetudinárias a outro capaz de oferecer orientações geralmente confiáveis e decisivas para a conduta, identificáveis com antecedência” — Herbert Hart, *O conceito de direito* (2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994), 324-325. Hart, como se sabe, dividia as normas jurídicas em duas grandes espécies: regras primárias e regras secundárias (de criação, alteração e adjudicação), de modo que estas seriam regras sobre regras (meta-regras).

de acordo com uma perspectiva *convencionalista*¹⁷. Tudo com vistas a assegurar a identificação do que seja Direito e a previsibilidade de como será sua aplicação.

Deveras, não por acaso atribui-se a Bentham a crítica metafórica segundo a qual os ingleses criam o Direito como se ensinam os cães, querendo com isso dizer que, sendo o Direito criado no caso concreto pelo juiz, o jurisdicionado só saberia se suas ações são corretas após um julgamento (isto é, *a posteriori*, tal como um cão quando repreendido pelo dono após ter feito algo inconveniente), e não de modo prévio, com a calculabilidade necessária ao planejamento de suas condutas diante das regras mandatórias, proibitivas e permissivas ditadas pelo Estado. Bentham não ignora que o *Common Law* reúne a sabedoria coletiva plasmada pela tradição, mas o enfoque positivista que caracteriza a Filosofia Analítica não se contenta com a vagueza que tal conhecimento tradicional pode representar, sobretudo em sociedades complexas, como as que passaram a existir a partir da Modernidade.

4. MODERNIDADE: O EMBATE IDEALISMO *VERSUS* POSITIVISMO

Esboçaram-se acima os principais traços da Escola Analítica, a cuja metodologia positivista o pensamento de Bentham tem sido reconduzido, ainda que abundem, em rol nunca exaustivo, outras classificações nas quais cada uma das profundas teses benthamianas pode também ser enquadrada, o que não constitui, porém, o objeto do presente trabalho. Cita-se, apenas a título ilustrativo, a possibilidade que o utilitarismo de Bentham abriu para teorias jurídicas pragmático-consequencialistas, das quais se destaca, a título ilustrativo, a Análise Econômica do Direito, ainda hoje tão prestigiada, sobretudo em meio a correntes jurídicas mais instrumentais, que costumam atribuir menor autonomia ao Direito legislado.

¹⁷ Dworkin critica o *convencionalismo*, por considerá-lo uma perspectiva pragmático-instrumentalista e, por consequência, relativista; a teoria dworkiniana sustenta, ao revés, uma visão do Direito sob o prisma hermenêutico-constitutivista, em que o Direito é “um conceito interpretativo”, e não algo dado independentemente do ideal moral e político à luz do qual ele é interpretado — Ronald Dworkin, *O Império do Direito* (Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999), 271-274.

Mas, como já antecipado acima, Bentham não era avesso ao direito positivado, ao contrário do que se sucedeu com alguns autores e escolas que se dizem caudatários da filosofia benthamiana, embora deixem o formalismo analítico em segundo plano. A maior prova disso é o fato de Bentham referir-se ao Direito extraído do *Common Law* como sendo “aquela composição fictícia e desprovida tanto de autor conhecido quanto de acordo semântico definido”¹⁸.

Segundo o utilitarismo benthamiano, um comportamento humano deve ser considerado moralmente correto se, em consequência de seu exercício, puder produzir mais felicidade que sofrimento para o conjunto das pessoas que formam uma sociedade¹⁹.

O que mais importa para o escopo deste breve ensaio, porém, é o ambiente filosófico e cultural em que se forjou o método benthamiano, incluída a crítica formulada à Declaração de 1789, a dar-se no auge do Iluminismo.

Dois movimentos culturais se rivalizaram durante toda a Idade Moderna nas sociedades ocidentais, quais sejam, o Idealismo e o Positivismo. Por óbvio que o presente ensaio não tem — e nem poderia ter a pretensão de retratar com fidedignidade a imensa vastidão intelectual que permeia tais movimentos, senão apenas a de pinçar-lhes determinados aspectos reputados relevantes para o presente escopo, que é o estreito de contextualizar a opinião jurídica de Bentham sobre os direitos humanos, tal como previstos na Declaração redigida pelos revolucionários franceses em 1789.

Sébastien Neuville define o Idealismo como uma corrente filosófica que subordina tudo o que existe ao pensamento²⁰, o que consiste num tipo de subjetivismo, tal como o que levou o sofista Protágoras, ainda na Antiguidade, a afirmar que “o homem é a medida de todas as coisas”, no sentido de que

18 No original em inglês, *verbis*: “Common law, as it styles itself in England, judiciary law, as it might more aptly be styled everywhere, that fictitious composition which has no known person for its author, no known assemblage of words for its substance, forms every where the main body of the legal fabric: like that fancied ether, which, in default of sensible matter, fills up the measure of the universe” — Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation* (Edinburgh: William Tait Magazine, 1838), IV.

19 Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea* (São Paulo: Martins Fontes, 2006), 11.

20 « L’Idealism est ainsi un courant philosophique qui subordonne tout ce qui est existant à la pensée » — Sébastien Neuville, *Philosophie du Droit* (Paris: LGDJ Lextenso éditions, 2019), 231.

toda a verdade seria subjetiva e de que não existiria uma objetividade fora do pensar humano²¹.

O Idealismo não teve grande acolhida em países católicos (como Espanha, Portugal, França e Itália), mas sim em nações protestantes, como Alemanha, Inglaterra e Escócia, com indiscutível destaque para os pensadores germânicos, em especial Kant, Fichte, Schelling e Hegel, enquanto os principais filósofos do período iluminista que em terras tedescas recebeu a designação de *Aufklärung*.

Maior expoente do Idealismo alemão, Immanuel Kant (1724-1804) pode ser classificado como um jusnaturalista filiado a uma teoria normativa que se contrapõe ao relativismo e ao empirismo puro.²² Malgrado Kant tenha enfatizado a distinção entre Direito e Moral²³, bem como entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*)²⁴, atribui-se ao jusracionalismo kantiano a fundamentação metafísica de direitos inatos ao homem, tais como os plasmados na Declaração criticada por Bentham.

21 Mas, para Neuville, Descartes não deve ser considerado um idealista, pois concebia a existência de um mundo exterior à mente humana. Desse modo, o Idealismo contrapõe-se ao Realismo filosófico (não confundir com os realismos jurídicos). Assim, nem mesmo Platão poderia ser considerado um idealista, pois, no realismo platônico, as ideias existem de modo autônomo, vale dizer, no mundo “real” das ideias. Também no realismo aristotélico, com muito mais razão, a realidade se acha no mundo real que é “descoberto” pela razão, de modo que também não se deve falar de Idealismo em Aristóteles.

22 José Lamego, *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão* (Coimbra: Coimbra Editora, 2011), 36-37.

23 «*Depuis Kant, la distinction entre le droit et la morale apparaît, alors qu’auparavant le droit était une partie de la morale*» — Neuville, *Philosophie du Droit*, 241. Na «*Introduction à la doctrine du droit*» de sua «*Métaphysique des moeurs*», Kant escreve, *verbis*: “*Le droit est donc l’ensemble conceptuel des conditions sous lesquelles l’arbitre de l’un peut être concilié avec l’arbitre de l’autre selon une loi universelle de la liberté*» — *apud* Neuville, *Philosophie du Droit*, 253.

24 Kelsen retoma com maestria tal dicotomia para desenvolver a tese, hoje consagrada, de que os eventos da natureza, inatos a esta enquanto ontologia, dar-se-iam por uma relação de “causalidade”, ao passo que o Direito, enquanto deontologia provida de sanção estatal, seria regido por relações de “imputação”, de tal modo que fenômenos naturais e fenômenos jurídicos pertenceriam a ordens distintas e, portanto, inconfundíveis. Nas palavras do normativista de Viena: “A distinção entre causalidade e a imputação reside em que — como já notamos — a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e consequência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa — para a distinguir de uma relação causal. ‘Imputação’ designa uma relação normativa. É esta relação — e não qualquer outra — que é expressa na palavra ‘dever-ser’, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica” — Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito* (6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998), 64.

A relação entre Kant e a jusfundamentalidade dos direitos humanos, estes enquanto manifestações jurídicas do que há de mais intrínseco à dignidade do homem, perpassa pela noção de “autonomia”, considerada “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”²⁵, já que é apanágio da condição humana a capacidade de autolegislar e de se determinar de acordo com o seu próprio entendimento. Assim se autogovernando, o ser racional passa a participar da legislação universal e se torna apto, dessa forma, a ser membro de um possível reino dos fins, ao qual ele livremente se submete, dada a natureza humana como um fim em si.

À liberdade e à autonomia do ser humano está ligado o princípio universal da moralidade, o qual é consequência da autonomia da vontade e constitui a base de todas as ações inteligentes dos seres racionais, assim como as leis naturais constituem a base de todos os fenômenos sensíveis. Aqui Kant contrapõe o mundo sensível ao mundo inteligível, para concluir que neste último, governado pela liberdade, todas as ações humanas são racionais e perfeitamente conformes ao princípio da autonomia da vontade pura, enquanto que no mundo sensível, governado pela heteronomia das leis naturais, as ações do homem são empíricas e seguem a tendência dos apetites e inclinações. Em suma, no mundo sensível impera a felicidade, ao passo que no inteligível, a moralidade²⁶.

Nesse sentido, apesar de o utilitarismo militar no campo sensível da felicidade, nada o impede de colher, ainda que por via oblíqua, os benefícios trazidos pela moralidade que norteia a proteção dos direitos humanos, já que o resultado prático dessa proteção contará com a inclusão de toda e qualquer pessoa no até então privilegiado rol daquelas cujos direitos inatos estão sob a tutela do Estado. E, considerando que estes decorrem da dignidade moral do homem em sua acepção inteligível (e, portanto, não empírica, mas puramente especulativa), constata-se que o idealismo de Kant lhes serve de fundamento transcendental, independentemente do tratamento jurídico que a lei lhes conceda.

O mais insigne discípulo de Kant, na abalizada opinião de José Lamego, é Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833). Embora negasse a

25 Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 79.

26 *Ibidem*, 101-105.

existência de um “Direito Natural Objectivo”²⁷, este neo-kantista formado pela Universidade de Jena sustentava a existência de direitos naturais subjetivos e indisponíveis, decorrentes da autonomia moral do homem e passíveis de fundamentação racional.²⁸

O pensamento de Immanuel Kant (1724-1804) pode ser dividido em três fases:

1ª fase: “Crítica da Razão Pura” (1781). Doutrina da “apercepção transcendental”, estruturada na autorreferência da subjetividade. As “categorias dos juízos” é que permitem a “experiência sensível”, uma vez que esta não existe por si só.²⁹ Na segunda edição da “Crítica da Razão Pura” (1787), Kant passa a refutar o Idealismo puramente transcendental e subjetivo, para adotar como referência a “experiência possível”³⁰. Essa filosofia transcendental kantiana, fundamentada num juracionalismo apriorístico, passou a ser combatida pelo método historicista de Savigny, embora tenha sido posteriormente resgatada pelo positivismo kelseniano, na forma de pressuposição da norma fundamental.³¹ “A inspiração filosófica fundamental da Teoria Pura do Direito de Kelsen é a problemática da ‘experiência possível’, tratada por Kant na Crítica da Razão Pura e reinterpretada pelo neo-kantismo de Marburgo num sentido logicista formal”³².

2ª fase: “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (1785) e “Crítica da Razão Prática” (1788). O uso prático da razão passa a funcionar como a autolegislação do sujeito moral, único ser dotado da capacidade de agir

27 José Lamego anota que Christian Thomasius (1655-1728), na sua obra *Fundamenta iuris naturae e gentium*, afirma que os deveres do Direito Natural seriam só aqueles suscetíveis de imposição coercitiva (*iustum*), pois seriam intersubjetivos e externos, enquanto os deveres morais (*honestum*) seriam subjetivos e interiores — Lamego, *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*, 42.

28 *Ibidem*, 71.

29 Lamego, *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*, 22.

30 Neuville afirma que Kant abandona o Idealismo radical de Leibniz após ler *A Treatise of Human Nature*, de David Hume, a partir de quando passa a valorizar a “experiência empírica”, sem aderir incondicionalmente, no entanto, ao ceticismo humano — Neuville, *Philosophie du Droit*, 238.

31 Lamego, *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*, 67-68.

32 *Ibidem*, p. 68.

segundo princípios.³³ Essa fase teve influência no pensamento de Gustav Radbruch (1878-1949) e Emil Lask (1875-1915).

3ª fase: “Crítica da Faculdade do Juízo” (1790). Kant descobre um terceiro domínio em que se exerce a reflexão racional, para além do uso teórico e prático da razão, que é a faculdade do juízo (*Urteilkraft*).³⁴ Essa terceira fase influenciou, sobretudo, autores como Jürgen Habermas (1929-) e Robert Alexy (1945-).

A obra de Kant, apesar de ter atraído muitos seguidores,³⁵ não deixou de despertar reações adversas, que passaram a colocar em xeque os “poderes da razão”. Entre os autores mais críticos ao racionalismo puro, destacam-se Friedrich Heinrich Jacobi (1743-1819)³⁶ e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831).

Hegel se contrapõe ao universalismo jurídico e ao “deontologismo abstrato da filosofia kantiana da *Moralität*”³⁷. Em “Linhas Fundamentais

33 Nas palavras do próprio Kant, *verbis*: “Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir *segundo a representação* das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma *vontade*. Como para derivar as ações das leis é necessária a *razão*, a vontade não é outra coisa senão razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, as ações de um tal ser, que são conhecidas como objectivamente necessárias, são também subjectivamente necessárias, isto é, a vontade é a faculdade de escolher *só aquilo* que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom” — Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 47.

34 Lamego, *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*, 18.

35 Há ao menos três escolas jusfilosóficas que são caudatárias do pensamento kantiano, que correspondem, em linhas gerais, ao resgate de cada uma daquelas fases da rica obra de Kant. São elas: a) “Escola de Marburgo”, também conhecida como “neo-kantismo formalista”, que tem Hans Kelsen (1881-1973) como o seu mais notório expoente; b) “Escola sudocidental alemã” (ou “Escola de Baden”), também conhecida como “neo-kantismo culturalista” (a adotar a “lógica das ciências da cultura”), cujos principais autores são Gustav Radbruch (1878-1949) e Emil Lask (1875-1915); e c) Escola da fundamentação “discursiva” ou “comunicacional” de Jürgen Habermas (1929-), que, a partir das exigências de racionalidade prático-discursiva do Direito, tem por objeto o estabelecimento de ideias “reguladoras” da formação comunicacional da vontade e de regras de reconhecimento recíproco. Essa fase crítico-transcendental sobre o problema do conceito e validade do Direito é também marcada pela teoria pós-positivista de Robert Alexy (1945-), a contemplar a “pretensão de correção” (*Richtigkeitsanspruch*) como instância reflexiva do Direito. A tradição de Kant, em seu sentido universalizante, foi, ainda, atualizada por John Rawls (1921-2002), em sua Teoria da Justiça, que substituiu a noção kantiana de “facto da razão” pelo conceito de “facto do pluralismo”, traduzido no progressivo afastamento de uma concepção construtivista da razão e na aproximação a uma perspectiva hermenêutica da razão prática — Lamego, *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*, 68-71.

36 Friedrich Heinrich Jacobi (1743-1819), por exemplo, em “Cartas sobre a doutrina de Espinoza”, afirmou que o culto racional exacerbado só poderia conduzir a um resultado na investigação filosófica: o nihilismo ou ceticismo — *Ibidem*, 19.

37 *Ibidem*, 80.

da Filosofia do Direito”, § 124, Hegel afirma que “o direito de liberdade subjectiva constitui o marco de transição e o ponto central da distinção entre a Antiguidade e a Idade Moderna”. Mas opunha a esse marco central uma visão exaltada do Estado, uma doutrina institucionalista que vê no ente estatal o local por excelência de realização substancial do “espírito objectivo”.

Essa “exaltação do Estado como momento ético coletivo”³⁸, ou “divinização absoluta do Estado”³⁹, foi sendo interpretada como o germe de um sistema nacionalista e totalitário, contrário ao individualismo liberal. A crítica hegeliana à neutralidade do modelo liberal de Estado e ao racionalismo subjetivista passou a ser associada ao Romantismo, em contraposição ao Liberalismo. Assim, o “espírito absoluto” de Hegel desafia a “subjetividade abstrato-intelectual” de Kant.

Em decorrência, o formalismo logicista, sobretudo o de matriz positivista, tornou-se alvo das críticas formuladas pelos neo-hegelianos — dos quais se destacam Karl Larenz⁴⁰ (1903-1993) e Erich Kaufmann⁴¹ (1880-1972) —, que passaram a defender uma doutrina “substancialista”, “transpersonalista” ou “comunitarista” de Estado, por meio da concretização de uma noção estatal “material”, e não puramente “formal”.

Tal visão substancial de Estado se teria dado na Constituição de Weimar, por exemplo. A visão neo-hegeliana contrapõe-se, igualmente, à dos pandectistas alemães, tais como Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), Georg Friedrich Puchta (1798-1846), Rudolf von Jhering (1818-1892) e Bernhard Windscheid (1817-1892). Por fim, os neo-hegelianos também reagem contra o método exclusivamente “jurídico” da Escola Alemã do Direito Público — formada, entre outros, por Carl Friedrich von Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) e Georg Jellinek (1851-1911).⁴²

38 *Ibidem*, 38.

39 *Ibidem*, 50.

40 Karl Larenz busca uma “nova ciência do Direito”, a partir de “conceitos geral-concretos” e da “doutrina dos conceitos fundamentais do Direito alemão”, caracterizados pelo anti-individualismo e pelo comunitarismo organicista — *Ibidem*, 76.

41 Erich Kaufmann publicou, em 1921, a “Crítica da filosofia do Direito neo-kantiana”, na qual, pondo em causa o formalismo abstrato e a neutralidade liberal, resgata a perspectiva filosófica de Hegel — *Ibidem*, 75.

42 *Ibidem*, 61-64.

Nessa perspectiva, a visão hegeliana parece chocar-se também com a de Bentham, embora em alguns poucos pontos possa com ela convergir, como no que toca à ideia de que só o Soberano pode impor limites ao Governo e de que não existem direitos que não tenham sido outorgados pelo Estado (nessas hipóteses, ambas as visões recusam a existência de direitos pré-estatais e supralegais).

Com efeito, o utilitarismo da visão benthamiana de Estado e a neutralidade do modelo liberal (própria do positivismo) colidem com a ideia de “exaltação do Estado como momento ético coletivo” e com a “divinização absoluta do Estado” propugnadas por Hegel, que via no ente estatal o local por excelência de realização substancial do “espírito objectivo”.

Por fim, Bentham não parece comprometer-se com a concepção transcendental de Estado sustentada por Hegel, até porque o autor britânico não propugnava uma visão metafisicamente predefinida de Estado, senão apenas um modelo pragmático de Estado que buscasse a “utilidade comum”, o que denota um relativismo e uma certa neutralidade axiológica desse paradigma estatal, em contraposição àquela suposta divinização espiritual do absoluto. De outro lado, Bentham defendia que os provimentos estatais não poderiam conter elevado grau de abstração, com o que Hegel parecia não se importar, dada a altíssima dose de confiança que depositava em sua tão exaltada ideia de Estado.

Visto o quadro filosófico geral da época em que Bentham escreveu sua contundente *Anarchical Fallacies*, passa-se doravante a caminhar rumo às considerações finais.

5. CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, não se pretende aqui redimir nem defender Bentham da grave acusação de ter incitado truculenta repulsa à Declaração Francesa de 1789.

Mas o caminho contrário tampouco será seguido, pois nada temos a acrescentar ao substancioso libelo acusatório ou mesmo à culpa já formada que recaí sobre Bentham a partir das atuais e poderosas críticas que há décadas

lhes vêm sendo dirigidas pela comunidade acadêmica estudiosa dos Direitos Humanos. O que se pode dizer, por ora, é apenas que Bentham foi coerente com a metodologia positivista de que foi artífice.

Filiando-se a uma dogmática exclusivista que não consegue enxergar fora da lei o menor indício de direito — perspectiva que Amartya Sen alcunhou de Pós-Legal, conforme bem aponta Maria Clara Calheiros⁴³ —, Bentham não poderia mesmo aceitar a juridicidade da Declaração francesa de 1789 (que não tem *status* formal nem de lei nem de constituição), a menos que renunciasse ao positivismo analítico que ele mesmo defendia tão enfaticamente. De Bentham também não se poderia exigir que aceitasse a veiculação, em textos normativos, de “cláusulas gerais”, “princípios”, “tipos”, “conceitos jurídicos indeterminados” ou outras categorias abstratas (tais como “liberdade”, “igualdade” e “utilidade comum”, utilizadas na Declaração), cuja técnica de previsão só se popularizou mais tarde. Pode-se mesmo dizer que o texto de Bentham ainda serve de fonte para posições mais cépticas sobre os direitos humanos que subsistem na atual contemporaneidade.

No que tange ao direito de resistência contra a opressão previsto na Declaração, o que Bentham reputa como um convite à revolta, milita em favor de sua crítica o fato de que não cabe ao autor de uma fonte de Direito prever nesta mesma fonte outras fontes que lhe seriam paralelas e igualmente importantes no plano horizontal, tal como ocorre, por exemplo, quando a lei prevê a possibilidade de utilização do costume ou dos princípios gerais de direito.⁴⁴ Se o direito de resistência pode ser oposto ao próprio Estado, não caberia a este reconhecer aquele, sob pena de não se tratar de verdadeira oposição à lei, mas sim de sua perfeita aplicação. Haveria aqui uma contradição lógica, até porque a lei, fruto do positivismo, não deveria conter em seu texto o recurso ao jusnaturalismo.

Tal objeção, tida como política, também poderia ser tomada como lógica, mas não deve, em hipótese alguma, ser confundida com a questão das

43 “Este autor classifica aquelas teorias em três categorias: as teorias de direitos pós-legais, as teorias de direitos proto-legais e as teorias de direitos ideais-legais. A teoria de BENTHAM pertenceria justamente à primeira delas, uma vez que, como atrás se disse, os únicos direitos existentes são aqueles que a lei cria em cada momento” — Calheiros, *A crítica aos Direitos do Homem. Notas à luz das Anarchical Fallacies de Jeremy Bentham*, 14.

44 Por maior que seja a pretensão totalizante da lei, ela não pode intitular-se como a única fonte do Direito.

exceções que podem surgir em face da aplicação de um texto legal. Até mesmo um positivista como Hart reconhece que “as regras são dotadas de exceções incapazes de serem previstas de forma exaustiva”⁴⁵, de forma que implicitamente toda regra contém a conjunção “a menos que”, pois é indiscutível que nenhum legislador teria a capacidade de prever, no próprio texto legal, a infinidade de situações que concretamente podem impedir a observância específica de um comando legal. Outro respeitado positivista, Joseph Raz, aluno de Hart, sustentou, em texto publicado em 1979,⁴⁶ não haver qualquer tipo de obrigação *prima facie* ao cumprimento de uma lei, disso fornecendo alguns exemplos.

Quanto a eventual diálogo entre a doutrina utilitarista (“*the greatest happiness of the greatest number*”) e a proteção legal aos Direitos Humanos, não se conclui por sua prévia incompatibilidade, ao menos no plano lógico-formal, já que estes pertencem a todas as pessoas que compõem a coletividade humana, de sorte que, *a fortiori*, quanto menos violações houver aos bens jurídicos tutelados pelas Declarações protetivas de direitos humanos, mais provável será o incremento dos níveis de felicidade na sociedade em geral.

Por fim, conclui-se que, das teorias contemporâneas ao pensamento de Bentham visitadas acima, a que melhor se adapta à gramática dos Direitos Humanos é a kantiana, na medida em que reconhece e preserva a autonomia individual em face da dimensão “externa” que o Direito representa em relação à vontade racional. Concordamos com José Lamego⁴⁷ quando afirma ser

45 *Apud* Donald Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, (Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008), 328.

46 “*The law’s claims for obedience are very different from the current philosophical conception of the obligation to obey the law as a prima facie reason to obey. Most of the current philosophical writings assume that the obligation to obey the law is not violated when an offence is committed in circumstances where there are strong moral reasons for committing it even though its commission is liable to lead to a conviction in a court of law. One can imagine, for example, unlawfully obtaining or stealing a medicine necessary to cure a patient and which for various reasons cannot be lawfully obtained (suppose that the man is a tourist with very little money in a country whose language he does not speak, etc.). Obviously such an act is a violation of an obligation to obey the law if that is understood as an obligation to obey the law as it requires to be obeyed. On that interpretation any act which is a breach of law is also a violation of the obligation to obey the law*” — Joseph Raz, “The Obligation to Obey the Law” (Chapter 12), in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 283.

47 “No futuro mais próximo, a concepção kantiana do Direito como legislação ‘externa’ cujo objectivo é a coexistência das autonomias irrá, decerto, constituir o recurso argumentativo mais fecundo contra o dogmatismo moral em matérias tão controversas como a descriminalização do aborto ou a legalização do casamento homossexual” — Lamego, *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*, 89.

a visão de Kant sobre o Direito o arcabouço mais fecundo contra o dogmatismo moral em temas que ainda são tabus, como, por exemplo, a descriminalização do aborto e a legalização do casamento homoafetivo. E, ao contrário de Bentham, Kant mergulhou no mundo inteligível para buscar na dignidade humana, de modo puramente especulativo, o fundamento transcendental do respeito que por influxo moral é devido a todas as pessoas, indistintamente. A empreitada kantiana dá-se a partir de deveres universais (imperativos categóricos), enquanto a proposta benthamiana é empírica e por isso procura, no plano sensível do funcionamento prático do Estado, a felicidade coletiva tão almejada pelo utilitarismo, ignorando, porém, todo e qualquer mandamento de natureza extra-estatal. Mas, pelo menos, pode-se dizer que Bentham foi coerente com a metodologia analítico-positivista tão bem engendrada por sua Escola.

