PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Leandro Magno Xavier Ferrari

# A PRESENÇA DE FUNDAMENTOS UTILITARISTAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Belo Horizonte
2021

Leandro Magno Xavier Ferrari

# A PRESENÇA DE FUNDAMENTOS UTILITARISTAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Álvaro Ricardo de Sousa Cruz

Área de Concentração: Direito Público

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Ferrari, Leandro Magno Xavier
F375p A presença de fundamentos utilitaristas no Supremo Tribunal Federal / Leandro Magno Xavier Ferrari. Belo Horizonte, 2021.
140 f.

Orientador: Álvaro Ricardo de Sousa Cruz
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Bentham, Jeremy, 1748-1832 - Crítica e interpretação. 2. Greene, Joshua David, 1974- - Crítica e interpretação. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). 4. Utilitarismo. 5. Decisão (Direito). 6. Princípio da supremacia do interesse público - Aspectos constitucionais - Brasil. 7. Direito - Filosofia. I. Cruz, Álvaro Ricardo de Sousa. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 17.036.24

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Leandro Magno Xavier Ferrari

# A PRESENÇA DE FUNDAMENTOS UTILITARISTAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

_____

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Sousa Cruz (Orientador) - PUC Minas

_____

Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Junior – PUC Minas

_____

Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota (UFMG)

Belo Horizonte, 06 de Abril de 2021.

Dedico o presente trabalho a minha grande esposa que sempre esteve ao meu lado, ao meu pai que me incentivou e proporcionou essa caminhada, bem como meu eterno mestre, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, que através do seu imenso conhecimento e simpatia tornaram as complexas aulas em lições agradáveis e férteis.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu pai por ter me proporcionado tamanha experiência, a minha grande mulher por ter estado sempre ao meu lado e ao meu mestre, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, por ter iluminado meu caminho durante esta caminhada.

“Não espere por uma crise para descobrir o que é importante em sua vida.”

Platão

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a utilização de fundamentos utilitaristas nas decisões do Supremo Tribunal Federal, tanto as construídas em plenário quanto as construídas por via monocrática, isto é, a partir de seus ministros individualmente. Nesse intuito, será realizada uma incursão em diversas correntes filosóficas do utilitarismo, desde a sua origem, com Jeremy Bentham, até o moderno pensamento de Joshua Greene. Por fim, ressalta-se que será analisada a atividade jurídica da Suprema Corte face à sua função maior, ou seja, de interpretação e de guarda da constituição e, também, de controle de constitucionalidade e de decisões individuais dos ministros da mais alta Corte do país.



Palavras-chave: Utilitarismos. Decisões. Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT**

The present work aims to demonstrate the use of utilitarian fundamentals in the decisions of the Supreme Federal Court, both those built in plenary and those built through monocratic means, that is, from its individual ministers. To that end, an incursion into several philosophical currents of utilitarianism will be carried out, from its origin, with Jeremy Bentham, to the modern thought of Joshua Greene. Finally, it is emphasized that the legal activity of the Supreme Court will be analyzed in view of its greater function, that is, of interpreting and guarding the constitution and, also, of constitutionality control and individual decisions of the ministers of the highest court of the parents.
Keywords: Utilitarianisms. Decisions. Federal Court of Justice.

**SUMÁRIO**


**1 INTRODUÇÃO ..... 9**

**2 O UTILITARISMO ..... 11**

**3 O UTILITARISMO DE SIDGWICK ..... 15**

**4 O UTILITARISMO DE HARE SOB ENFOQUE DO PRESCRITIVISMO ..... 19**

**5 O UTILITARISMO DE WILLIAM PALEY ..... 25**

**6 UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM ..... 33**
**6.1 A fontes do prazer e suas sanções ..... 34**
**6.2 O princípio da utilidade ..... 36**
**6.3 Consequencialismo e suas variáveis ..... 40**
***6.3.1 Motivos ..... 44***
***6.3.2 Disposições humanas ..... 47***
**6.4 Ética privada e a arte da legislação ..... 49**

**7 O UTILITARISMO DE JOHN SUART MILL ..... 52**

**8 O UTILITARISMO DE PETER SINGER ..... 67**

**9 O UTILITARISMO DE JOSHUA GREENE ..... 75**
**9.1 A metamoralidade ..... 80**

**10 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, MODULAÇÃO DE EFEITOS E O UTILITARISMO NO STF ..... 88**
**10.1 Direitos fundamentais: a presunção de inocência face ao utilitarismo 100**
**10.2 O julgamento de Zé Bebelo e o utilitarismo ..... 106**

**11 POR UMA VISÃO ALÉM DO UTILITARISMO ..... 111**
**11.1 STF, ponderação de princípios e suas consequências ..... 120**

**12 CONCLUSÃO ..... 135**

**REFERÊNCIAS ..... 138**

## 1 INTRODUÇÃO

As novas formas do utilitarismo se fazem gradualmente mais presentes no cotidiano dos indivíduos, contaminando o judiciário, os operadores do direito e os cidadãos, que não se dão conta disso na sua grande maioria. Ao empenhar-se nos estudos para alcançar uma boa carreira, comprar DVDs piratas, adquirir ingressos de cambistas, submeter-se a regimes rigorosos na busca do corpo desejado ou fazer academia por horas na busca de uma modelagem perfeita, o indivíduo pauta suas condutas no utilitarismo sem ao menos constatar, na maioria das vezes, a força dessa filosofia política. Assim, o presente trabalho se dispõe a analisar tal incidência no âmbito do judiciário do Brasil, com recorte específico para o Supremo Tribunal Federal (STF).

Pós-constituinte de 1988, o uso *a priori* da doutrina utilitarista se perfaz principalmente por meio de decisões nas quais magistrados enfrentam conflito de interesses, especialmente quando a Administração Pública é parte, em julgados do STF, de matéria constitucional de relevante interesse público. Como exemplo, citam-se as idas e vindas da interpretação do princípio de inocência presente no artigo 5°, inciso LVII, e também em antinomias, sendo mais comum a ponderação de princípios, teoria utilizada em grande monta pela maioria dos tribunais do país.

Ainda assim, segundo Kelsen, o referido ato é válido, e a decisão do Judiciário produz norma, desde que não seja ilegal ou inconstitucional, cabendo ressaltar que o juiz pode escolher, dentre as possíveis respostas dentro do sistema jurídico, a que lhe mais agrade. Logo, cumpre salientar que o STF é um tribunal que atua com uma jurisprudência de arcabouço utilitário para enfrentar as questões forjadas pela Constituição de 1988, qual seja, direitos e garantias fundamentais de cada cidadão.

Ademais, especificamente na teoria da ponderação de Alexy, buscaremos demonstrar que tal teoria é aplicada no Brasil e que, a partir dela, abre-se um maior espaço para o utilitarismo pessoal dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, que, quando estão sob pressão, tendem a ceder em prol da maioria. É nesse processo que o utilitarismo aqui discutido se desvela e se torna objeto de estudo. Acrescenta-se, também, que será demonstrada a atuação preponderantemente político-econômica, seja por interesse próprio, seja por interesse de corporações, em decisões dos ministros do STF.

Para isso, será necessária uma incursão nas diversas formas de utilitarismo de ordem de seus respectivos autores, sem se afastar de Bentham, principal teórico cujos construtos permeiam toda doutrina utilitarista. Logo após a exposição utilitarista, passaremos a uma abordagem crítica da teoria e, assim, a uma análise de julgamentos utilitaristas do Supremo Tribunal Federal.

## 2 O UTILITARISMO

Segundo o historiador e filosofo inglês William Richiet Sorley[1], o pensamento filosófico, na Inglaterra, possuía um aspecto singular: a falta de formação de escolas de conhecimento filosófico, orientadas à discussão, ao aperfeiçoamento e à transmissão de determinada filosofia. Dessa forma, muitos pensadores importantes não conseguiram transmitir suas reflexões, em forma de arcabouço teórico, a estudantes e pensadores comprometidos com o desenvolvimento de seus respectivos trabalhos. Como exemplo, pode-se citar alguns importantes pensadores da época, como Francis Bacon (1561-1626), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e George Berkeley (1685-1753).[2]

No entanto, no fim do século XVIII e começo do XIX, o cenário mudou com o aparecimento dos utilitaristas. Inicialmente, foram identificados como radicais, como membros pertencentes a um grupo que tinha como proposta a produção coletiva de teorias a serem empregadas em várias correntes da investigação filosófica e científica. Essa escola, por sua vez, tinha, como líder e pensador principal, Jeremy Bentham, respeitado e reverenciado por todos utilitaristas até hoje.[3]

Contudo, cabe ressaltar que noções ou concepções acerca do utilitarismo são verificadas desde o pensamento dos antigos gregos. Entre os trabalhos de destaque, têm-se Platão, com *A Virtude* e com sua teoria da medida dos prazeres e dos sofrimentos, juntamente à teoria de harmonização de interesses, e outros filósofos modernos, como Hobbes e a teoria do contrato social e Locke e a sua teoria do contrato social. Assim, infere-se que, apesar de o Utilitarismo não ser uma concepção forjada a partir de teorias nunca antes observadas e produzidas por apenas um pensador,[4] argumenta-se que o seu *status* de filosofia utilitarista e a sua propagação como conhecimento coadunam com a formação e desenvolvimento desta escola, conduzida por Jeremy Bentham.

---

1 BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. VI.

2 BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. VI.

3 BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. VI.

4 Há autores, como Luís Aberto Peluso, que chegam a sugerir que Jeremy Bentham, o mais reconhecido dos Utilitaristas, apenas catalogou e sistematizou as teses que abordavam os pensamentos utilitaristas correntes na Inglaterra, entre o fim século XVIII e começo do XIX. De toda maneira, é fato que Bentham, em várias passagens, reconheceu a contribuição de Beccaria, Helvetius e Adam Smith.

Ultrapassando o contexto histórico, cumpre-se a necessidade da descrição do Utilitarismo, face às suas características gerais e às suas correntes de pensamento e métodos. De fato, os utilitaristas formavam um conjunto de pessoas que não se interessava apenas por questões abstratas, mas que pretendia viabilizar reformas de ordem prática que ajudassem na sistematização da solução das necessidades sociais. Para esse propósito, identificavam a utilidade e a sua convergência do prazer como bem moral.

Dessa forma, o utilitarismo é o esforço de compreender a ética como um ‘’dever ser’’ imposto à conduta humana os seus adeptos, de modo geral, não crerem em uma metafísica humana que condiciona o ‘’ser’’, como acredita o hedonismo grego, a um fim. Por conseguinte, a avaliação dos meios, motivos e causas face aos fins torna-se o importante, prescrevendo a forma de agir do ser humano.

Assim, a ética é compreendida como ciência do saber prático e se materializa na causa, no motivo ou na força que compele o ser humano à ação. Desse modo, a ética utilitarista tende a dirimir ou a conduzir a ação humana, prescrevendo um “dever ser’’ da conduta que corresponda a um agir racional, convergente com a escolha dos melhores motivos ou as forças mais fortes presentes na realidade fática.

Para o Utilitarismo, a ética se desvela com estatuto de saber prático e atua medindo e calculando as variáveis que atuam no agir humano. No entanto, há uma determinante que se apresenta de forma inerente à equação racional da conduta do indivíduo e que condiciona todas as outras variáveis de forma a definir o “dever ser” do agir humano, qual seja, o prazer. Dessarte, a ética no Utilitarismo se fundamenta sob a premissa de que o motivo da ação humana se pauta na busca dos meios mais “adequados” à produção de prazer e à redução ou à eliminação da dor.

“A natureza humana colocou o gênero humano sob o domínio de dois soberanos: a dor e o prazer. Só eles são competes para apontar o que devemos fazer e determinar e o que na realidade faremos [...].”[5].

Com essas premissas, o Utilitarismos expõe suas características individualistas e subjetivas, que levam à escolha dos motivos ou à suscetibilidade das forças que compelem o “ser” ao agir.

Porém, acrescenta-se que essa linha de pensamento tem outra premissa importante, isto é, a tese da utilidade, que deve ser interpretada conjuntamente às

[5] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. XI.

demais forças e de forma obrigatória. Essa tese, por sua vez, prescreve a capacidade de poder produzir vantagens ou prazer, possuindo sua existência nas coisas, o que a classifica como pertencente ao mundo objetivo e lhe confere existência sem correlação ao sujeito moral.

Analogamente, o utilitarismo tem como característica marcante o resultado. Ou seja, ele passa pelo entendimento de que a única resposta racional é buscar e conseguir a maior quantidade de “x”, sendo este o resultado mais vantajoso e que proporciona a maior quantidade de prazer, afastando-se da dor e da desvantagem.

George Edward Moore, no entanto, apresenta outro esquema para a finalística. Se o “x” é certo, então simplesmente é o melhor valor para promoção do bem. Hare, de seu lado, acrescenta que se “x” é o certo, entende-se que “x” maximiza a satisfação de preferência. Em outras palavras, o fato é que todos utilitaristas, respeitadas suas interpretações, mesuram a conduta humana por um cálculo de variáveis que tem como fim alcançar um resultado que gere maior felicidade.

De acordo com o pensamento utilitarista, a comunidade, compreendida como uma unidade de valores e crenças partilhadas, é uma ficção, posto que, para essa teoria, ela é entendida como a soma dos interesses de cada indivíduo, que condicionam os interesses coletivos ou as prioridades públicas ao conjunto das demandas dos diferentes membros da sociedade.

A filosofia utilitarista pode ser dividida em correntes de pensadores. De um lado, há os clássicos ou pioneiros, que têm como maiores representantes Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Henry Sidgwick, William Paley, William Godwin. Do outro lado, há autores contemporâneos, grupo no qual se compreende aqueles que empregaram seus esforços para uma evolução das teorias do Utilitarismo Clássico, como George Edward Moore, Tim Mulgan, Richard Mervyn Hare e Joshua Green.

O pensamento utilitarista pode ser classificado de acordo com seu entendimento acerca do conceito de felicidade com finalidade precípua. Primeiramente, identificam-se os utilitaristas adeptos ao hedonismo, credo segundo o qual a felicidade consiste em conseguir o que quer. Paralelamente, há outra face do pensamento, que diz respeito aos *utilitaristas da lista objetiva*, isto é, aqueles que acreditam que a felicidade consiste em conseguir as coisas que, independentemente do seu valor intrínseco, listam com prioridades de vantagem e dão-lhes valor. Por fim, acrescenta-se que esses pensadores podem ser subdivididos em função do

método que empregam em suas respectivas correntes de pensamento para a busca da felicidade, destacando-se os do ato, os da regra e os das intuições.

*O utilitarismo do ato*, em primeiro lugar, define-se como o melhor instrumento para levar à maior felicidade, o que, por conseguinte, leva o indivíduo a condicionar a moralidade de cada situação à maximização da felicidade, por meio do ato. Em sequência, no que tange ao método da regra, propõe-se que, em vez de utilizarmos os procedimentos de escolha do agir humano individual, passemos, antes da conduta, a analisar um código de regras morais, denominado código ideal. Este teria como pressuposto um conjunto de regras que acarretariam melhores consequências à sociedade do que de qualquer outro elemento normativo. Enfim, há os *utilitaristas institucionais*, que acreditam que o melhor método de avaliação das instituições – executivas, legislativas e judiciárias – é mensurado de acordo com a sua capacidade de produzir a maior quantidade de felicidade em uma dada sociedade formada por indivíduos diferentes.

Por fim, cabe salientar que, apesar da simpatia ou discordância da filosofia utilitarista, ela está presente, em maior ou menor grau, nas realidades contemporâneas da sociedade brasileira, em especial no tocante às interpretações dos nossos tribunais, sendo patente a discrepância de sua aplicação com os princípios do Estado Democrático de Direito.

## 3 O UTILITARISMO DE SIDGWICK

Sidgwick, autor inglês, com raízes e estudos em sua pátria, teve uma vida longeva e produtiva, nascendo no ano de 1838 e morrendo em 1900. Pesquisou e ministrou aulas na Universidade de Cambridge, tendo, como maior obra, *The methods of ethics*, publicada no ano de 1874. Nessa obra, Sidgwick confronta o método do egoísmo ético, a moralidade do senso comum e a benevolência universal.[6]

Embora Sidgwick tenha escrito suas obras no século XIX, o conteúdo dos seus construtos evidencia a ética inglesa e remonta uma visão geral da ética desde de aproximadamente 550 a.C.[7] Para além de seu legado à filosofia moral, também pesquisou sobre filosofia política e jurídica, matemática, epistemologia, metafísica e pedagogia. Cabe salientar, enfim, que *The methods of ethics* foi reeditado sete vezes, o que explica a existência de edições distintas. No entanto, apesar da importância da obra para as pesquisas e estudos referentes à ética, não existe nenhuma tradução para português.

A obra, História da ética, traz uma definição reformulada e ampla do vocábulo Ética, uma vez que Sidgwick escreveu para Enciclopédia britânica. O livro fornece na introdução uma visão detalhada do todo da obra, na qual Sidgwick apresenta distintas concepções de ética e as relaciona à teologia, à política e à lei natural. Na cátedra do autor, ética era compreendida como: “aquilo que dizia respeito ao caráter enquanto distinto do intelecto.”[8].

Em relação aos seus estudos, tem-se que, quando discorre sobre a ética grega e romana, o autor passa de Pitágoras a Plotino e, obviamente, por Sócrates, Platão e Aristóteles. No entanto, ressalta-se que Sidgwick começa a análise da filosofia pré-socrática com foco em Pitágoras, Heráclito e Demócrito.

Ao abordar Sócrates, ele enfatiza a introdução da indução e das definições, ambas advindas da dialética socrática. É por meio da dialética que Sócrates expunha a deficiência dos seus interlocutores, ou seja, a dialética servia para evidenciar a ignorância do outro, manifestando, dessa forma, a necessidade de fornecer-se definições precisas. Sidgwick, assim, salienta que, sob a ética socrática,

---

6 SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 52.
7 SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 61
8 SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 63.

surgem quatro escolas filosóficas: a Megárica, a Platônica, a Cínica e a Cirenaica.

As escolas supracitadas têm um ponto de convergência no que tange ao reconhecimento do conhecimento como bem principal. Porém, linhas de pensamento filosóficas, derivadas do pensamento socrático, possuem distinções. Primeiramente, os cirenaicos pensavam que o bem se identificava com o prazer, entretanto, algum é intrinsecamente maior ou melhor que o outro. Os cínicos, por sua vez, contemplavam o bem na omissão racional do prazer, como prescrevia Diógenes. Os megáricos, em sequência, pensavam o bem como o segredo a ser desvendado no oculto do universo. Já Platão, na obra *Protágoras,* dizia que a luz do bem é saber reconhecer e medir prazeres e dores, levando em conta o futuro e esquivando-se dos equívocos e da entrega aos desejos.[9]

Sidgwick acreditava que a ética platônica era uma moção ininterrupta da posição socrática que deságua em Aristóteles. A cátedra de Aristóteles "consiste no exercício da 'parte mais divina' do homem, a pura razão especulativa."[10].

Em relação ao estoicismo, cujo maior nome é Zenão, que guarda um parentesco com o cinismo, pois, enquanto este frisa o elemento negativo, o estoicismo destaca o positivo, ambas as doutrinas partem do mesmo pressuposto, isto é, de que a virtude é um estado da alma e é necessária para o bem humano. Entretanto, dividem-se em alguns pontos, pois, ao passo que o cinismo vislumbra a independência do sábio em relação a elementos como o prazer, o estoicismo dá ênfase à confiança, à interrupção e à alegria do sábio. Já em outra vertente, os epicuristas elevam o prazer como bem principal, único e último, de tal forma que nenhum prazer deve ser negligenciado, a não ser em situações em que as consequências gerem dor.

Sidgwick, em sua obra *História da ética,* trabalha o Cristianismo e também filósofos medievais da moralidade e da ética cristã. Destacando os termos obediência, paciência e humildade, que se assemelham à concepção grega de magnanimidade, sustenta serem aquilo que forjaria a moralidade como um "dever ser" inquestionável.

Ao tratar a moralidade cristã, Sidgwick assim prescreve que "os pecados capitais foram concebidos como uma lista concentrada de fraquezas humanas que

---

9 SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 75.

10 SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 76.

perturba a vida no claustro.”[11].

Sidgwick destaca, entre os filósofos da moralidade cristã e da ética medieval, Santo Agostinho, Tomás de Aquino, Eckhaert e os jesuítas. Sobre Aquino, tem-se que, em relação ao sumo bem humano, o filósofo o classifica como objetivo e subjetivo, sendo o primeiro Deus e o segundo a felicidade de originada por Deus. Outro ponto importante é o método quase jurídico que ele deu à casuística moral.

Já em relação aos jesuítas, Sidgwick lembra que eles utilizavam a teoria do *Probabilismo,* que prescrevia em não se deveria um leigo examinasse minuciosamente uma questão controvertida entre os doutores em não considerar completamente culpado o leigo que decidisse agir, com base no pensamento de um doutor, o leigo que decidisse como agir, com base no pensamento de um doutor, mesmo que de uma corrente minoritária.[12]

No ponto mais relevante de sua carreira, Sidgwick se dedica à ética inglesa, expondo de forma crítica obras de autores de sua época. De forma indireta, Sidgwick trabalha a ética francesa e alemã, uma vez que elas partem do pressuposto de uma influência sobre os pensadores da Inglaterra.

Como já foi mencionado, o estudo da ética inglesa moderna começa com Bacon, o qual Sidgwick chama de: “um breve esboço da filosofia moral”[13]. Na mesma esteira, ele acrescenta que Bacon nuca conseguiu sistematizar a filosofia da moral inglesa em seus trabalhos.

Além disso, Sidgwick também contrapõe Hobbes com seu princípio do egoísmo e sua ideia de lei de natureza. Esta é definida como regras de comportamento humano, entendidas para além da revelação, em que os homens, de forma justa, podem ser coagidos a obedecer. Já o princípio do egoísmo prescreve que cada indivíduo busque a própria preservação e o prazer.[14]

Sidgwick continua sua crítica, desta vez, face a Henry Moore, afirmando a noção que este tinha acerca da preferência integral pelo bem superior, que é forjado matematicamente, assim como a não revelação das nuances e dos motivos que implicariam ao cidadão se conformar com um princípio social que colide com seus desejos naturais.

Ao tratar de Bentham, Sidgwick ressalta que referido autor desenvolvia o

---

[11] SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 81.
[12] SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 82.
[13] SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 152.
[14] SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 124.

cálculo utilitarista já proposto por Pey e que, na obra *Deontology,* publicada postumamente, prescrevia que a conduta de maior potencial à felicidade geral sempre coincidirá com a conduta que concorre para a felicidade do agente.

Continuando sua análise crítica, Sidgwick chega a Mill, destacando a admissão de autolesão, mesmo sem fazer conta da sociedade e do seu direito, sendo essa inconveniência suportada em nome do bem maior: a liberdade humana.

Com essa personalidade, Sidgwick marcou principalmente a filosofia moral, entre outras matérias. Assim, faz-se cogente abordar alguns passos de sua história, uma vez que o autor é contemporâneo de Bentham, apesar de começar seus estudos antes. Sem dúvida, podemos afirmar que Sidgwick é um grande expoente do utilitarismo, respeitada a corrente que ele representa, e um grande filósofo britânico do século XIX.

## 4 O UTILITARISMO DE HARE SOB ENFOQUE DO PRESCRITIVISMO

Richard Mervyn Hare nasceu em 21 de marco de 1919 em Backwell, no Reino Unido, e faleceu em 29 de janeiro de 2002, em Ewlme. Hare foi filósofo e lecionou na Universidade de Oxford de 1966 a 1983, tendo, após esse período ensinado na Universidade da Flórida. Teve bastante influência na filosofia durante a segunda metade do século XX, sendo muito reconhecido pelo prescritivismo como teoria metaética.

A corrente prescritivista enuncia que os juízos morais envolvem o falante em seus fundamentos e ações. Nessa esteira, os fatos não morais por si mesmo não podem ser concluídos. Assim, o juízo moral principia uma nova variável no pensamento, o elemento prescritivo, que não se encontra na meta narrativa dos fatos.

Todavia, o prescritivista terá que expor não só o porquê de o indivíduo considerar que certos fatos e juízos morais são imprescindíveis, mas também como e qual processo racional leva-nos a um juízo prescritivo em função dos fatos dados. Isso só é verdade para os prescritivistas que comungam que os juízos morais são prescrições, configurando-se de forma mais simplória que enunciados de fato.

Entretanto, os indivíduos, prescreve Hare, constituem suas convicções substantivas no âmbito de seus argumentos morais. Assim, o indivíduo não será capaz de estabelecer um diálogo argumentativo com qualquer outro que não comungue das mesmas convicções.

Será mais esclarecedor, antes de iniciarmos uma argumentação sustentando um posicionamento como se estivéssemos de acordo com a semântica do significado, se compreendemos as palavras morais em questões éticas. Nas palavras de Hare:

> A linguagem moral, cujo significado a ética tenta elucidar, é uma das mais notáveis invenções da raça humana, comparável ao menos a linguagem matemática. Não é uma invenção tão antiga como as vezes se pensa. Talvez seja comparável à linguagem matemática nesse aspecto também: o de que podemos observar seu desenvolvimento durante o curso da História registrada. Assim como os antigos gregos tinham a aritmética e geometria euclidianos e suas linguagens, mas não tinham o cálculo a sua linhagem, vocês também podem, se observarem cuidadosamente como as pessoas falavam nas várias épocas da História, ver que os gregos não tinham uma linguagem moral tão completamente desenvolvida como a nossa, e que a nossa atual linguagem moral tem características que não estavam completamente desenvolvida (embora obviamente houvesse formas mais

primitivas delas) Até talvez a época de Kant ou mesmo de MII.[15]

Partindo de seis elementos (neutralidade, praticidade, incompatibilidade, logicidade, arguibilidade e conciliação) e da diferenciação entre teorias éticas descritivas e não descritivas, Hare segue sua argumentação propondo quatro termos sobre a verdade dessas teorias:

a) uma teoria pertinente, ao ser enfrentada por uma análise de significado e de lógica das palavras morais, deve compreender o pensamento racional face às questões.
b) os enunciados morais têm de ser feitos pela causa das propriedades não morais do agir humano, ademais há de se ponderar sobre as consequências e a superveniência[16] no que diz respeito ao conceito de universalidade.
c) a moralidade só se torna possível com uma enérgica atuação do falante.
d) uma teoria ética pertinente tem de reconhecer a prescritividade dos enunciados morais, sendo essa característica lógica prescrita no limiar que torna possível o pensamento racional, assim diferenciando o fato de os juízos morais terem ou não condições de verdade. Fato é que eles têm essas características, mas o que fixa a coerência de uma dada teoria ética é a prescritividade, que, como elemento variável, possibilita o diálogo entre culturas.

Contudo, essas teorias não conseguiram satisfazer os seis atributos que Hare julga importante na elaboração de uma dada teoria ética. Logo, o sexto desses temos, a conciliação, tem como função tornar possível uma teoria que abra caminho para a um acordo, o que se perfaz apenas em uma contenda racional capaz de reconciliar os interesses conflitantes, sendo esse o papel de uma teoria ética.[17]

Para Hare, é necessário buscar uma mediação entre o descritivismo e o emotivismo, assim evitando o relativismo e o irracionalismo. Dessa forma, só será possível alcançar tal mediação com o uso da prescritividade associada a um conceito de universalidade, que traz consigo a conta das preferências dos

[15] HARE, Richard Mervyn. **Ética**: problemas e propostas. São Paulo: Ed. UNESP, 2003. p. 168-169.
[16] HARE, Richard Mervyn. **Ética**: problemas e propostas. São Paulo: Ed. UNESP, 2003. p. 44-45.
[17] HARE, Richard Mervyn. **Ética**: problemas e propostas. São Paulo: Ed. UNESP, 2003. p. 168.

envolvidos no agir.

Para alcançar esse resultado, Hare pondera que há a necessidade de um pensamento crítico em que não haja nem aceno prévio a intuições nem a significados descritivos que possam levar a um relativismo. Ademais, na mesma esteira, não se pode eliminar da lógica e os fatos, o que geraria um irracionalismo. Dessa forma, ele expõe sua proposta ética prescrevendo que a melhor conduta para análise dos princípios morais é afastar quaisquer tipos de descritivismo, para, além disso, analisá-los objetivamente.

Quando se indaga sobre a possibilidade da prescrição ou se essa máxima poderia se tornar uma lei universal, Kant declara que: “o imperativo categórico é, portanto, só e um único, que é este; assim só se movimenta segundo uma máxima: as pessoas ao mesmo tempo tem que querer que a ética se torne universal.”[18].

Estamos, segundo Hare, em uma direção segura do pensamento moral adequado. Nesse contexto, a máxima Kantiana é considerada uma norma para a vontade, e esta é uma faculdade prescritiva e não descritiva.[19]

O escopo do utilitarismo kantiano de Hare pode ser entendido como uma categoria de utilitarismo com certo grau de refinamento, de predileções que envolvem a seara da priorização da lógica e da linguagem moral bem como as informações factuais como condição para o pensar e para o agir racional em sede de questões morais.

A probabilidade de a razão ser utilizada de forma adequada nas questões morais, ponderando as preferências mais fortes em casos conflituosos, é chamada por Hare de Prescritivo Universal. Dessa forma, aduz-se que a prescritividade e a universalidade são as principais características das propriedades formais da linguagem moral.

As diferentes formas de expressar um pensamento geram a probabilidade de também existirem regras diferentes. Para saber qual a regra, basta indagar como a palavra é normalmente usada. Por exemplo, se estamos discorrendo sobre problemas morais, faz-se necessário e importante aceitarmos ou rejeitarmos certos tipos de enunciados morais. Contudo, em um bom argumento a respeito de juízo moral, faz-se necessária a compreensão dos significados das palavras usadas para

---

[18] HARE, Richard Mervyn. **Ética**: problemas e propostas. São Paulo: Ed. UNESP, 2003. p. 54.

[19] Hare também reconhece elementos prescritivos na ética aristotélica, mas ressalta que nela existem muitos elementos descritivos o que dificulta perceber a prescritividade.

expressá-lo.

Partindo do pressuposto de que os sentidos das palavras condicionam os argumentos congruentes, pode-se aduzir que, para determinar os argumentos congruentes, tem-se que analisar a semântica das palavras e as regras.

Sob a compreensão lógica da linhagem moral, pode-se separar o fato do juízo moral em situações que se misturam, possibilitando, assim, que casos idênticos tenham julgamentos morais idênticos. Essa dinâmica leva à determinada ação que possibilita satisfazer as preferências com o grau de intensidade máximo. De fato, importante é que, dentro da compreensão da linhagem moral, não é necessário o uso de princípios morais próprios da linguagem, posto que ela se utiliza de conceitos lógicos da linguagem e da ação que determina a compreensão das preferências e das consequências.

A teoria normativa de Hare pode ser entendida em três proposições: uma lógica e duas metodológicas. A primeira tangencia a interpretação dos vocábulos utilizados na linguagem moral em suas duas principais características: a prescritividade e a universalidade.

A segunda proposição se refere à imparcialidade, que deriva da primeira. Assim, podemos considerá-la como uma interpretação da fórmula do imperativo categórico de Kant.

> Se estou tentando dar igual peso aos interesses iguais de todos os envolvidos numa certa situação, parece que devo considerar um benefício ou prejuízo feito a alguém como tendo igual valor ou desvalor que igual benefício ou igual prejuízo feito a qualquer outro. Isto parece significar que devo promover o a máximo os interesses dos envolvidos dando ao mesmo temo igual peso a todos eles, se eu maximizo o total dos benefícios sobre a população inteira considerada, e este é o princípio da utilidade.[20]

A concepção de Hare assevera uma espécie de utilitarismo de dois patamares, sendo um o patamar intuitivo e o outro, crítico, que, personificados por ele, apresentam-se como “o proletário” e “o arcanjo”.[21]

No primeiro patamar do pensamento moral, as regras são gerais e podem ser transmitidas pela educação, que tem como finalidade esculpir o caráter sólido do ser humano em código de regras gerais para a conduta ser aplicada como dever. Em

---

[20] HARE, Richard Mervyn. The structure of ethics and morals. *In*: HARE, Richard Mervyn. **Essays in ethical theory**. Oxford: Clarendon Press, 1993. p. 175-190.

[21] DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 134.

sequência, no segundo patamar, a escolha do agir se dá por meio do pensamento reflexivo e das regras que são adequadas para as ações práticas do patamar intuitivo. Assim, é preciso estar em consonância com os princípios do patamar crítico, que demandará reflexão mais minuciosa, análise das consequências e imparcialidade, segundo o prescritivo moral.

No patamar intuitivo, há a aplicação de princípios morais que estão presentes na cultura e, assim, são adotados como um código deontológico para as situações do cotidiano. Suas vantagens são de não exigir um tempo maior, nem informações detalhadas ao passo que não traz riscos de distorção dos motivos da ação para interesse próprio.

Esse patamar foi denominado por Hare como “o proletário” que personifica pensamento intuitivo:

> Não somente ele, como assim muitos de nós, confia em intuições e em sólidos princípios *prima facie* e boas disposições a maior parte do tempo, ele é totalmente incapaz de pensamento crítico mesmo quando há tempo para isto. Tal pessoa, se ele consegue os princípios prima facie que ele precisa, vai busca-los das outras pessoas por educação e intuição.[22]

O patamar crítico, no qual há cognição moral seguindo a lógica e os fatos, sem que se utilizem instituições e princípios prévios, o qual é adotado como filosofia ou metodologia fora do contento de decisões cotidianas, é denominado como “arcanjo” e personificado por Hare como:

> um ser com poderes de pensamento super-humanos com conhecimentos super-humanos e com nenhuma fraqueza humana [...] ele vai precisar usar somente o pensamento crítico. Quando ele está diante de uma nova situação, ele será capaz de procurar todas as suas propriedades, incluindo as consequências de ações alternativas e formar um princípio universal que ele pode aceitar para agir naquela situação não interessando que papel vai ocupar nela.[23]

A aplicação dos dois patamares de pensamento moral é uma característica relevante do utilitarismo de Hare. Nessa concepção filosófica, é possível determinar, em parte, o princípio da utilidade do utilitarismo clássico, mas somente no patamar critico, usado para orientação da justificação intuitiva, nas situações de conflito, para casos novos e para reavaliação dos princípios intuitivos.

---

[22] DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 44.
[23] DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 46.

A opção por essas regras obedece à exigência fundamental da observação da preferência de todos os envolvidos. Sendo assim, a opção por qual regra será utilizada no caso concreto se performará pelas consequências alternativas das ações e não virá diretamente do princípio da utilidade. No entanto, destaca-se que a linguagem da moral nua leva a considerar os casos individuais em suas propriedades universais, portanto, faz-se necessário o uso do utilitarismo de atos, uma vez que a ação individual carrega aspectos de uma prescrição universal.

O utilitarismo de ato nu, por sua parte, leva à adoção regras especificas, enquanto, no utilitarismo de regras, admite-se a adoção de uma generalização das prescrições. É nesse ponto que a solução para os dois patamares de pensamento moral possibilita a utilização dos dois níveis de utilitarismo, qual seja, o de atos e o de regras.

Essa concepção de teoria ética forjado por Hare pretende que:

> Primeiramente, temos de determinar as consequências de medidas alternativas e então encontrar diretrizes que, se adotadas de nodo geral, levarão, em conjunto, aos melhores cursos de ação. E os melhores cursos de ação são aqueles que, tudo considerado, fazem o melhor para as pessoas na sociedade, contando cada um por um e ninguém por mais de um, tratando cada indivíduo como um fim.[24]

Por fim, a discussão que Hare propõem para forjar sua ética normativa, o prescritivo universal, abarca posições do utilitarismo clássico de Bentham e de Mill juntamente com posições conceituais e racionais da ética de Kant. Segundo Hare, quando houver existência de um conflito, uma postura que devemos considerar nas questões morais e uma forma de compor as opiniões divergentes é de traçar escolhas e decisões que gerem a maior satisfação racional das preferências de todos os envolvidos.

[24] HARE, Richard Mervyn. **Ética**: problemas e propostas. São Paulo: Ed. UNESP, 2003. p. 197.

## 5 O UTILITARISMO DE WILLIAM PALEY

Paley nasceu em Peterborough, Inglaterra, e foi educado na *Giggleswick School*, onde seu pai era diretor, e no Colégio de Cristo em Cambridge. Ele se formou em 1763 como *Senior Wrangler*, tornou-se companheiro em 1766 e, em 1768, tutor de sua faculdade. Ele dissertou sobre Samuel Clarke, Joseph Butler e John Locke em seu curso sistemático de filosofia moral, que formou posteriormente a base de seus *Princípios da Moral e Filosofia Política*.

Willian Paley é tido como um utilitarista de exceção, uma vez perquiriu sua teoria associando-a ao princípio da utilidade, a uma premissa transcendente. Essa ideia se perfaz pela busca da maximização da felicidade, no entanto, atendendo, como regra máxima, à devoção à vontade de Deus.

Paley discorre que atender à vontade divina é requisito para que o ser humano possa chegar à felicidade eterna. Para isso, assevera que a vontade de Deus representa o bem e é onipresente em todas as criaturas e natureza a fim de que, assim, o indivíduo seja digno de receber a felicidade eterna, tendo como compromisso, nesta vida, buscar a disseminação da felicidade geral.

Tendo seu nome e obra intelectual vinculados à escola utilitarista clássica[25], Paley tem pequena expressividade na ética do Brasil, podendo ser um grande desconhecido para muitos. Paley, em nossa opinião, representa o maior dos utilitaristas teológicos.[26] Para analisar a sua teoria e suas reflexões filosóficas, é preciso abordar sua obra "*The Principles of Moral and Political Philosophy*", cujo cerne consiste na investigação moral e nos argumentos que vão dar suporte à sua compreensão utilitarista, que corresponde à visão de que o ser humano tem como finalidade de vida a busca pelo benefício próprio, sendo possível correlacionar este à vontade divina, que, em sua concepção, é a premissa maior.

A ética de Paley, em sequência, funda-se no raciocínio simples do princípio da utilidade, que pode ser resumido na seguinte frase: o princípio norteador da ação humana é a maximização do prazer e a minimização da dor. Entretanto, o utilitarismo de Paley apresenta um elemento exterior à subjetividade humana. Assim, segundo sua teoria, a maximização do prazer e a minimização da dor estão

---

[25] SORLEY, William Richiet. **História de la filosofia inglesa**. Buenos Aires: Losada, 1951. p. 256.

[26] GUIZAN, Esperanza. Utilitarismo. *In*: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed.). **Enciclopedia iberoamericana de filosofia:** concepciones de la ética. Madrid: Trota, 1992. v. 2, p. 290.

vinculadas a variantes transcendentais, como a busca da felicidade eterna, fazendo com que os indivíduos movimentem suas ações em razão da vontade de Deus.

Assim, sob a égide do pressuposto divino, o reconhecimento do bom manifesta a felicidade da espécie humana. Paley, assim, avança ainda mais prescrevendo que não só as condutas morais, mas também a própria reforma da sociedade têm que ser forjadas no governo de Deus sobre o mundo.

Com seus estudos filosóficos, o autor pesquisou acerca da incidência ou não de um sentimento moral que funcionasse como uma característica forjadora da condição humana. No entanto, analisando motivos e razões sobre o que é ação moral, Paley sustenta que não há, no indivíduo, possibilidade de identificação do que seja moralmente correto ou moralmente incorreto.

Ademais, ele acrescenta que, avaliando a possibilidade de existir um senso moral, ainda seria necessário um esforço para se adequar à moral instintiva ou ao senso moral. Paley assevera que há uma discrepância entre o que é justo e o correto em diferentes períodos e nações.[27]

Em vista disso, o que pode ser entendido a partir dos desencontros de seu pensamento é que o comportamento de alguns indivíduos advém da premissa de que a aprovação espontânea faz presumir a ideia de que o ser humano possui tendência inata no que tange a aceitar determinadas atitudes e a rejeitar outras. A sua não ocorrência, por sua vez, seria sinal que a pessoa apresenta algum distúrbio cognitivo. Por fim, com ressalva, é possível inferir, como consequência inata, aquela relativa à existência de um sentimento moral instintivo.

No que concerne aos conceitos morais, Paley assevera que semelhante raciocino supracitado não ocorre. Para ele, se houvesse no ser humano um instinto moral, ele seria apto a também a reconhecer e a aceitar condutas consideradas corretas. Em suma, a ideia de instinto teria que ser permeada do propósito de sua existência moral.[28]

Paley não aceita a interpretação que Deus forjou os homens com comandos morais, pois, mesmo que sobreviesse tal tese verdadeira, ainda assim ela não resolveria o problema da diversidade de opiniões, o que implicaria algumas perguntas: qual o comando genuíno de Deus? Quais comandos divinos o ser

---

[27] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 11.

[28] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 15.

humano possui instintivamente?[29]

O autor finaliza sua premissa afirmando que não existe nada que demonstre a superveniência de uma moral instintiva e acrescenta que o indivíduo não tem condição de perceber a existência de “algo” que seja relativo a uma ideia de instinto e, ao mesmo tempo, estar vinculado ao chamado juízo moral.[30] Em suma, ao refutar a moral inata, ele afasta a possibilidade de que o ser humano possa ter valores ou que seja incapaz de discernir e escolher uma ação virtuosa.

Segundo seu entendimento, o indivíduo não nasce com pré-disposição para condutas permeadas de valores, ele apenas adapta as ações virtuosas, que já estão presentes. Nesse caso, tem-se que o indivíduo está sujeito à lei básica da natureza, assim, essa lei prescreve que os indivíduos busquem o benefício e tentem eliminar o dano. Dessa forma, condutas que promovem o benefício são conservadas pelos seres humanos, enquanto as que promovem consequências danosas são rejeitadas.

De modo amplo, Paley entende que os hábitos dos indivíduos de certa forma concorrem para manter aqueles atos benéficos à espécie humana. A ocorrência de uma dada conduta que produz vantagem para o agente desenvolve, no ser humano, a intenção de fazê-la ou de aceitá-la novamente. Logo, a tendência humana não advém de uma dada inclinação moral inata, nem de um instinto moral, e nem de um comando de Deus prescrito na constituição humana.[31]

Desse modo, a hipótese de enxergamos certas condutas em grau de superioridade não coaduna um valor intrínseco nelas contido. Pelo contrário, as condutas por si só não contêm nenhum atributo valorativo. Elas só vão carregar o atributo valorativo quando buscam satisfazer a inclinação natural humana, procurar o benefício e evitar o dano.

Argumentos traçados por Paley buscam exteriorizar que a regra máxima da ação é a vontade divina, na qual o ser humano contribui para efetivação da felicidade geral. A elementar divina forja a ideia de que existe uma entidade superior e que essa recompensará com a felicidade eterna os que, em vida, praticarem seu designo.

Paley defende que o indivíduo possui uma pré-disposição para atos que

[29] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 17.

[30] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 16.

[31] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 12.

promovam sua sobrevivência, incorrendo na reiteração de condutas que possam promover benefícios. Por conseguinte, a felicidade ganha estatuto de cogente da espécie humana,[32] sendo a sua pré-disposição uma característica nata da condição de ser humano. Assim, a busca do indivíduo por essa característica é consequência intrínseca de sua natureza, isso porque Deus, o criador de todas as coisas, só poderia forjar o ser humano revertido para a felicidade.

Entretanto, se Deus desenvolveu o ser humano voltado à felicidade, como ele discorre sobre o sofrimento? Este é a consequência das ações humanas que não estão em conformidade com os desígnios de Deus. Dessa forma, quando o homem age contra a vontade divina, mesmo possuindo uma pré-disposição individual no sentido da felicidade, como consequência, advir-se-á um estado de sofrimento.

Contudo, o ser humano que deseja se orientar pelo princípio da moralidade de nosso filósofo deve a todo o momento se indagar em que consiste e onde reside a vontade de Deus. Dessa maneira, essa dinâmica de questionamento sobre qual seja a vontade divina é uma atividade de investigação moral e, assim, o caminho para a felicidade.

Paley salienta que há dois métodos para se chegar à vontade de Deus: o primeiro está ligado ao conteúdo das proclamadas Escrituras Sagradas; o segundo diz respeito a prescrições dos desígnios e das palavras de Deus, que se manifestam na natureza.[33] Ambas as formas forjadas por ele demonstram que a vontade de Deus pode ser traduzida em uma orientação básica: a contemplação da conduta humana como auxilio para a produção da felicidade geral.[34]

Segundo Paley, são argumentos irrefutáveis da providência divina a harmonia que se perfaz na natureza e modo pelo qual as diversas espécie estão adaptadas. Seu pensamento, por sua vez, denota que o estudo da natureza é entender a suprema sabedoria com que Deus performa todas as coisas.

Nessa esteira, aponta-se a conduta que produz felicidade como o principal objetivo da investigação moral. Felicidade, no pensamento ético de Paley, é resultado de uma escolha de vida que envolve decisões e atitudes que forneçam as condições para que a soma do prazer exceda a da dor. Assim, prazer e dor são

---

[32] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 52 e 286.

[33] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 54.

[34] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 54.

condicionantes simultâneas para aferição de uma existência feliz ao passo que verificam a disposição da vontade de Deus.

O prazer e a dor são instrumentos para o reconhecimento de uma existência de felicidade ou de sofrimento, respectivamente. Dessa forma, quanto maior o grau de dor maior será o de sofrimento, no sentido oposto quanto maior o grau de prazer maior a felicidade.[35]

Devido à pré-disposição do indivíduo de se balizar por condutas que aumentem o prazer (felicidades), essas são conservadas ao passo que ações que gerem dor (sofrimento) são afastadas. Nesse sentido, ele assume uma visão otimista face ao resultado das condutas humanas, isso porque, em seu pensamento, a produção da conduta do homem progride sempre de forma a direcionar-se para o aumento da felicidade.

Paley acredita que a intenção de preservar as condutas de ação que geram felicidade é, de um modo amplo, uma estratégia de análise das diversas espécies presentes na natureza, sendo, desse modo, uma estratégia que as espécies conseguiram para garantir a sua própria existência.

De acordo com ele, para aferição da felicidade ou do sofrimento, é necessário avaliar a intensidade e a continuidade da dor e do sofrimento. A respeito da quantidade, é relevante analisar a proporção formada ao fim, sendo que essa fornecerá o grau de felicidade e/ou sofrimento.[36] Todavia, Paley avalia, amplamente, que os prazeres advindos da conduta humana não são contínuos, portanto, têm limites, indo até um determinado ponto e depois regredindo.[37]

Existem atitudes que, à primeira análise, parecem produzir prazer, porém, quando submetidas ao crivo da racionalidade, mostram-se falsas. A falácia de que essas condutas produzem prazer reside no coeficiente de ignorância dos seres humanos ou na falta da racionalidade nas escolhas. De acordo com Paley, a melhor forma para escolha da ação é a razão, sendo está o instrumento por meio do qual o homem evita que um prazer mais intenso não seja substituído por um menos intenso.

A percepção de que a prática da racionalidade é relevante para a constatação

---

35 PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 18.

36 PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 18.

37 PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 21.

de que a ação que coaduna em um maior grau de felicidade o aproxima da análise feita por J. S. Mill no tocante ao tipo de indivíduo (ignorante ou sábio).[38] De fato, quando ele identifica sanções prazerosas e sanções que geram dor, ele aponta, na verdade, que, no curso da conduta, deve-se ater a ações que gerem um grau mais elevado de felicidade. Assim, pode-se acreditar que ele deseja forjar, sob a égide do prazer e da dor, um conjunto de normas sociais que colaborem para a existência e para o aumento da felicidade ou diminuição da dor.

Para a instrumentalização de sua teoria, Paley assevera que a felicidade não é compreendida na sensação por si só. Na sua visão, ela não está presente nas sensações comuns, como comer e beber, bem como não se encontra em sensações refinadas como música, teatro etc. Os motivos para as sensações não gerarem prazer *per si* são dois: o primeiro é que o prazer sentido por elas tem pouca duração, e o segundo é devido ao fato de sua repetição ou expectativa até o momento de fruição acabar por se desgastar. Não há de se dizer que as sanções não geram prazer, elas geram. Todavia, ele indica que é a razão humana que exerce a função de gerir as sensações e só dessa forma que o prazer por elas produzido será mais contínuo.[39]

Para ele, a caracterização de um estado de felicidade não implica a ausência absoluta de dor, pois um estado ideal em que exista ausência de dor só é possível no imaginário humano. Na mesma esteira, a busca desse estado ideal pelo ser humano só acarreta um desencanto que gera mais dor do que prazer.[40] Nessa linha de pensamento, Paley compreende que, para que haja prazer, o indivíduo tem que se confrontar com desafios, posto que a superação das dificuldades implica satisfação. Assim, o ser racional deve agir face às circunstâncias fáticas da vida, buscando dirimir tipos de condutas que resultem em um ganho de felicidade. Ainda que existam passagens por circunstâncias de sofrimento, é sempre provável detectar a existência de um certo grau de felicidade atingido.[41]

A instrumentalização da razão em torno da felicidade é o caminho que leva o ser humano a um estado em que o resultado dos prazeres exceda a soma das

---

[38] MILL, John Stuart. **A liberdade**. Lisboa: Viúva Bertrand & C. Sucessores Carvalho, 1984. p. 51.

[39] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 19.

[40] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 22.

[41] PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 27.

dores. Dessa forma, a racionalidade nas escolhas é condição para que o ser humano seja mais feliz.

Assim, ele avalia a existência de categorias de condutas que já consagram as exigências postas tanto pela racionalidade quanto pelo princípio da utilidade. De antemão, assevera-se que o ser humano que vive em sociedade e contribui para o bem comum é um indivíduo que tem maior probabilidade de gozar um estado de maior grau de felicidade.[42]

De forma análoga, outra espécie de conduta importante para a materialização de um maior grau de felicidade é a instrumentalização da mente e do corpo. Esse objetivo deve ser observado a luz da racionalidade, visto que, nessa esteira, é necessário que os objetivos sejam aferidos com rigor pela razão para que, assim, sejam adequados às oportunidades humanas. A razão, como instrumento para alcançar o objetivo desejado, é, ao mesmo tempo, um método para a obtenção da felicidade. Assim, devem ser traçadas obrigações que impliquem o prazer e criem mecanismos para a obtenção do objetivo.

Paley prescreve que, em grande medida, a felicidade advém de uma constituição racional das condutas humanas[43], uma vez que, por serem flexíveis, possibilitam escamotear a direção das ações do indivíduo. Contudo, a instrumentalização da razão como elemento de orientação para mudança é o que permite gerar tipos de condutas que colaborem para promoção da felicidade humana.

Para além, a dor advinda de um determinado sofrimento físico é, sem dúvida, um estado de infelicidade. Assim, o sujeito tem que buscar a mudança de seus hábitos com objetivo de obter a saúde do corpo, visando à felicidade.[44]

A concepção de felicidade forjada por ele parece advir de uma influência das proposições iluministas de sua contemporaneidade. Logo, em conformidade com seu pensamento, um homem feliz é aquele que se debruça em desenvolver e em lapidar suas capacidades racionais e reflexivas, maximizando o grau de prazeres.

Com base no princípio da utilidade e como orientador do processo de desenvolvimento das condutas humanas, Paley compreende que a promoção da

---

42 PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 27.

43 PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 37.

44 PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978. p. 33.

felicidade comum implica a obrigação moral cogente ao indivíduo iluminado pela razão. Contudo, o autor prescreve uma análise da natureza humana norteada pela aferição de que o impulsionador da conduta é a pré-disposição natural à busca do benefício pessoal. Em outras palavras, poder-se-ia avaliar que Paley prescreve que o indivíduo possui um grau de racionalidade capaz de entender e seguir uma lei que orienta o homem à felicidade geral da comunidade.

## 6 UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM

Jeremy Bentham nasceu em 15 de fevereiro de 1748, em Londres e faleceu em 6 de junho de 1846, aos 84 anos. Sua trajetória acadêmica começou em 1760 quando foi admitido na Queen Oxford College, tornando-se bacharel em 1763. No mesmo ano, ingressou em Lincon's In com o objetivo de se dedicar ao Direito.

Apesar de seu grande interesse pela parte teórica do Direito, ele nunca exerceu profissões jurídicas. Em 1776, produziu seu primeiro livro, ''Um Fragmento sobre o Governo", considerado o início da escola utilitarista, cujo resultado lhe valeu um convite em 1781 para trabalhar com o Lord Shelbure[45].

A essa altura, Jeremy Bentham já havia escolhido seu caminho rumo à filosofia utilitarista. Assim, escreveu outras obras, como "Teoria dos Castigos e das Recompensas", publicada em 1981 inicialmente em francês, e a "Defesa da Ursa", em 1787.

Escrita em razão de uma viagem à Rússia, a obra "Defesa da Ursa" tem um significado importante, pois foi seu primeiro escrito a respeito de economia no qual expõe seu vínculo a Adams Smith, como seu discípulo, e sua defesa de uma aplicação radical dos princípios de seu mestre[46]. Em sequência, seus escritos posteriores se orientaram pela escola liberal e pelos princípios do "laissez-faire", "laissez-le passer", em defesa da não intervenção do estado na economia assim como da proeminência da lei da oferta e da procura.

Em 1789, já de volta à Inglaterra, Jeremy Bentham publica a sua maior obra e a mais importante para o Utilitarismo: "A introdução aos Princípios da Legislação". Por conseguinte, em 1792, diante do grande sucesso de sua obra, o autor foi contemplado com a cidadania francesa, tornando-se, em 1817, um dos principais membros do corpo de advogados de *Lincon's In*. Nesse cenário, suas ideias começaram a ganhar espaço e visibilidade na Europa e nos Estados Unidos, o que o levou a, em 1823, fundar o periódico *Westminster Review,* que tinha por finalidade a divulgação de sua filosofia utilitarista.[47]

Com os devidos esclarecimentos sobre a vida e obra de Bentham,

[45] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. VI.
[46] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. VII.
[47] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. VIII.

passaremos analise de sua filosofia utilitarista, forjada principalmente em sua obra “Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”.

## 6.1 A fontes do prazer e suas sanções

Para Jeremy Bentham, o prazer e a dor são as variáveis condicionantes da tomada de decisão racional. Consequente da derivação do agir humano, a finalidade concerne à busca pelo prazer ou pela diminuição ou pela eliminação da dor. Vejamos as palavras de Bentham:

> Entretanto, quer seja isto, quer seja aquilo que na realidade deve ser feito, não existe nada em virtude do qual o homem possa em última análise ser moralmente obrigado a fazê-lo se não em virtude de um destes dois fatores: ou a dor ou o prazer.[48]

Essas variáveis determinantes do pensamento utilitarista, que podem ser medidas pela sua finalidade, também são mensuradas sob a lente de sua origem e de sua consecução sob o ser humano. As fontes do prazer e a da dor podem ser classificadas em quatro espécies diferentes, sendo denominadas como fonte física, política, moral e religiosa. De fato, essas fontes não atuam de forma autônoma, ou seja, elas se correlacionam diretamente com as sanções na medida em que o prazer e a dor, respectivos a cada fonte, orientam qualquer norma ou conduta de forma cogente, passando a ser entendidas como sanção.[49]

Dessa forma, é possível inferir, com base na concepção de fontes e de sanções propostas por Jeremy Bentham, que qualquer fonte utilizada na escolha de uma conduta ou norma, sendo esta, a priori, findada na maximização do prazer, ou seja, na teoria utilitarista. Essa fonte, por sua vez, transformar-se-á em um “dever ser” e, consequentemente, sempre se forjará como uma sanção.

As fontes e sanções físicas podem ser compreendidas como aquelas em que o prazer ou a dor derivam da concretude da vida terrena no seu decurso natural da história, no qual o homem é o ator principal, refutando-se qualquer tipo de

---

[48] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 13.

[49] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 13.

metafísica.[50]

É possível, assim, entender, como fonte/sanção política, a dor ou o prazer advindos de uma pessoa específica ou de um conjunto de pessoas, que possua(m) poder dentro de uma sociedade e é(são) nomeada(s) para exercer funções públicas, no âmbito do Estado. Citam-se, para exemplificar, os representantes do poder judiciário, executivo, legislativo e ministério público.

De uma parte, a fonte/sanção moral ou popular compreende a potência de produzir o prazer ou a dor, advinda de pessoas de notória exposição pública na mídia, que sejam reconhecidas por uma sociedade.[51] Analogamente, a fonte/sanção religiosa tem como geração de prazer ou dor a fé religiosa ou crença em ente superior divino na vida presente ao passo que acreditam numa vida transcendental.

Respeitando seu critério material, que será visto a frente, curiosamente ele não prescreve como fonte/sanção a fonte econômica, nem a compreende dentro da fonte/sanção política – motivo pelo qual ele contradiz sua formação liberal, como discípulo de Adams Smith, e, mais relevante, causará um hiato quando da explicação do emotivo de interesse pecuniário, uma vez que esse não terá nenhuma fonte de prazer ou dor correspondente. Dessa forma, a ganância e os interesses econômicos seriam motivos sem fonte de prazer e de dor?

> Jeremy Bentham como discípulo de Adam Smith, mas um discípulo que insistia na aplicação lógica extrema dos princípios elaborados pelo fundador da economia política. Jeremy Bentham argumentava que cada homem era o melhor juiz de seus próprios lucros, que era desejável do ponto vista público obter esses lucros, sem nenhum empecilho.[52]

Os prazeres, além de serem classificados segundo suas respectivas fontes/sanções, também são concebidos por meio de uma escala de fatores, a fim de aferir o seu valor intrínseco e estabelecer um método de orientação à melhor conduta humana ser tomada. Quando a avaliação do prazer, ou da dor, for realizada em um único indivíduo, ela será determinada em função dos seguintes fatores:

a) Sua intensidade;

---

[50] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 13.

[51] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 13.

[52] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. VII.

b) Sua duração;
c) A certeza ou incerteza;
d) A sua proximidade no tempo ou sua longevidade.

Se a aferição da dor, ou do prazer, estiver condicionada à execução do ato, para o alcance do respectivo prazer ou dor, é preciso avaliar duas variáveis:

a) Fecundidade;
b) Pureza.

Submetendo várias pessoas, as valorações de um prazer especificam como a sistemática muda, onde se procede ao método, com as seguintes elementares:

a) Sua intensidade;
b) Sua pureza;
c) Sua certeza ou incerteza;
d) Sua fecundidade;
e) Sua pureza;
f) Sua extensão.

Depois de analisar os critérios de valoração dos prazeres e da dor, que compõem sua teoria utilitarista, infere-se que, embora ele tenha pretendido construir um método cartesiano, suas variáveis são constituídas de forma empírica e, de certa forma, aleatória.

Respeitando a época do surgimento do pensamento utilitarista de Jeremy Bentham, cumpre observar, face à contemporaneidade, que seu processo de aferição de prazer ou dor é essencialmente subjetivo e não possui nenhum componente de ciência moderna, em especial dos campos da psicologia, da psicanálise de Freud e da neurociência contemporânea.

## 6.2 O princípio da utilidade

A análise do comportamento humano, bem como as variáveis e forças que atuam na escolha de uma decisão em busca de um determinado fim, compõe o

cerne do pensamento utilitarista de Jeremy Bentham. Em seu sentir, existe um elemento que é inerente e fundamental à sua filosofia, que age como a variável condicionante em seu método denominado princípio da utilidade.

> Qualquer ato por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo [...] digo qualquer ação, com o que tenciono a dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, más também para medida de governo.[53]

Cabe ressaltar que a noção de felicidade ou de infelicidade é subjetiva, podendo a aquela ser compreendida como benefício, vantagem, bem ou qualquer coisa material que produza prazer ao interessado. A infelicidade, de sua parte, pode ser entendida como dano, mal ou qualquer coisa material que gere dor à pessoa. Metaforicamente, é possível comparar o princípio da utilidade da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham a um catalisador inserido em uma reação química, cuja função precípua é maximizar os resultados e a reação química em si.

A filosofia “benthaniana” usa uma terminologia para designar a sociedade e, consequentemente, a ética, os valores e as crenças comuns de uma dada comunidade. Desse modo, a forma que o princípio da utilidade incide sob dada sociedade é assim descrita:

> A comunidade é corpo fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como um corpo constituído por membros. Qual é o interesse da comunidade? A soma dos interesses dos diversos membros que integram a referida comunidade. É inútil falar em interesse da comunidade, se não compreender o interesse do indivíduo.[54]

Dessa forma, a compreensão do interesse social é condicionada aos diversos interesses individuais que juntos e analisados resultariam no interesse coletivo. Assim, o que promove o interesse do ser humano, ou utilidade, é a proporção de aumento da soma total do resultado de seus interesses em jogo, seja individual, seja coletivo. Entretanto, Jeremy Bentham, ao considerar o interesse coletivo como a soma da maioria dos interesses dos cidadãos de uma sociedade, forja um padrão ético ou uma base de uma conduta a ser seguida. Em consequência, aceitam-se os

---

[53] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 4.

[37] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 4.

sacrifícios de parte da sociedade frente aos interesses da maioria, como Jeremy Bentham assim argumenta:

> Para Bentham, o indivíduo somente possui direitos na medida em que conduz suas ações para o bem da sociedade [...] a declaração de direitos humanos, se encontra nos revolucionários franceses, seria demasiado individualista e levaria ao egoísmo [...] assim o que realmente deve ser procurado é a reconciliação de indivíduo e sociedade, mesmo que seja necessário o sacrifício dos supostos direitos humanos.[55]

A utilidade é uma variável tão fundamental no seu método utilitarista que desempenha dupla função na escolha da conduta humana, seja como a maximização da felicidade, seja também no cálculo utilitário.

Esse último princípio atua de forma a medir a viabilidade do agir humano, entendendo como viável a conduta que tem maior potencial de aumentar o interesse pretendido. Quando inviável, tende a não produzir o resultado desejado.

Contudo, infere-se que o agir humano que aplica o princípio da utilidade procede avaliando-o como variável de dupla função, que, ao mesmo tempo, maximiza a felicidade e determina a conduta a ser tomada de acordo com seus próprios ditames. Ademais, o princípio da utilidade atua na equação da decisão utilitarista como uma variável em evidência que é conjugada sobre as outras (motivo, intenção e outras que explicaremos mais adiante), tendo por finalidade alcançar a felicidade como resultado. Dessa forma, esse princípio atua no cálculo utilitarista conforme a seguinte equação:

Se “x” é o princípio da utilidade e se “x” > o

Se “z” é o motivo.

Se “y” é a intenção então:

X (Z+Y) = conduta que deve ser adotada e que tem o maior potencial de gerar o interesse desejado.

Jeremy Bentham tem, como base fundamental de pensamento utilitarista, o princípio da utilidade e, para tanto, afirma que sua justeza é irrefutável, sendo sua injustiça tarefa impossível de ser demonstrada de forma argumentativa.

Como fundamento de sua afirmativa, ele utiliza dois argumentos:

a) Que não se pode demonstrar, por meio da conduta, que o princípio da

---

[38] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 4.

utilidade gera injustiça, mas, sim, pode-se aduzir que foi mal aplicado.

b) O segundo apresenta um silogismo que propõe uma série de questões pelas quais todo princípio adotado por uma pessoa qualquer coincide ou se torna o princípio da utilidade.

> Admitindo-se que além do princípio da utilidade, exista algum outro princípio válido que se estabeleça o que é reto e o que é errado, e que o homem possa seguir; admitindo-se (o que não é verdade) que possa ter sentido sem referência a utilidade, perguntemos á mencionada pessoa pode existir o que se denomina motivo, que uma pessoa pode ter para seguir os ditames do princípio; se a pessoa responder que existe tal motivo, perguntemos-lhes qual é, e de que maneira se pode distingui-lo daqueles que nos levam a seguir os ditames dos princípios da utilidade. Se o motivo aduzido não for convincente, perguntemos finalmente à pessoa: para que serve esse outro princípio?[56]

Jeremy Bentham prossegue sua teoria acerca da irrefutabilidade da justeza do princípio da utilidade entendendo que os demais princípios do agir humano contrários a ele são errôneos. Para isso, propõe um método que classifica os demais princípios em duas espécies, denominados de *princípio do ascetismo* e *princípio da simpatia e da antipatia*.

Todavia, esses princípios possuem uma característica interessante, pois o modo de ser aplicado à conduta humana é o mesmo do princípio da utilidade, porém de modo oposto face à busca pelo resultado prazer ou dor.

> Por princípio do ascetismo, designo aquele princípio que, como o da utilidade, aprova ou desaprova qualquer ação de acordo com a tendência; de maneira inversa ao que ocorre no princípio da utilidade, pois o do ascetismo aprova as ações na medida em que estas tendem a diminuir a felicidade da parte em questão, desaprovando-as na medida que tendem a aumentá-la.[57]

Pelo princípio do ascetismo, podemos compreender todos aqueles que exercem influência na conduta humana, porém de forma oposta ao princípio da utilidade e de forma constante. Já pelo princípio da simpatia e da antipatia, tem-se um processo caracterizado pela alternância que exerce na ação humana, que ora é contraria ao princípio da utilidade, ora é concernente aos seus ditames.

Dessa forma, esse princípio atua no agir humano de forma subjetiva com uma

---

[56] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 7.

[57] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 7.

interpretação literal de sua denominação (simpatia, antipatia) como método para consecução de seus fins.

> [...] princípio da simpatia e de antipatia. Por essa expressão entendo o princípio que aprova e desaprova certas ações, não na medida em que estas tendem a aumentar ou a diminuir a felicidade da parte interessada, mas simplesmente pelo fato de que alguém se sente dispostos a aprová-las ou propalá-las.[58]

Por fim, depois de todas as características e o protagonismo do princípio da utilidade, conecta-se à conduta moral e também ao determinismo do princípio da utilidade, reportando ao mesmo ser o único meio por meio do qual se dá a conduta moral.

> O único fundamento correto da ação é, em última análise, a consideração da utilidade, a qual, se for o princípio correto da ação e da aprovação em um determinado caso, sê-lo-á em todos [...], porém a utilidade constitui a única razão que explica por que a mencionada ação pode (moralmente) ou deve ser praticada [...], entretanto o princípio da utilidade não necessita nem admite outra norma reguladora além de si mesmo.[59]

Contudo, em nosso sentir, conclui-se que o princípio da utilidade é o alicerce, o elemento *sine qua non* do pensamento utilitarista de Jeremy Bentham, que exerce funções múltiplas sob os outros elementos que compõem a conduta humana. O autor também aprova ou desaprova condutas de acordo com seus próprios ditames além de prescrever um padrão de conduta moral.

### 6.3 Consequencialismo e suas variáveis

Para Jeremy Bentham, a finalidade precípua de um dado governo consiste em atuar de forma a promover a felicidade da sociedade, utilizando-se de dois instrumentos: a punição e recompensa. O ato passível de punição é aquele pernicioso, ou seja, aquele capaz a felicidade, enquanto o ato pernicioso é avaliado de acordo com suas consequências, no qual procede a um balanço entre os resultados classificados como bons e ruins, assim determinando o grau de utilidade.

---

[58] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 9.

[59] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 12.

> A obrigatoriedade ou necessidade de punir uma ação é proporcional à medida em que tal ação tende a perturbar a felicidade, à medida em que tal ação tende a referir à medida do ato pernicioso [...] um ato é menos ou mais pernicioso de acordo com a soma total de suas consequências.[60]

Cumpre ressaltar que as consequências de um ato podem ser imateriais ou materiais, sendo relevante ao utilitarismo aquelas exclusivamente de natureza material, ou seja, aquelas capazes de produzir prazer, diminuir ou eliminar a dor, e, sendo assim, passiveis de punição ou recompensa. Ademais, Jeremy Bentham acrescenta mais uma variável ao seu saber prático, qual seja, a intenção. De acordo com ele, as consequências podem existir ou em função apenas do ato ou por uma ligação entre intenção e consequência.

A essa divisão, ele atribui a diferença entre o agir racional e irracional. Como forma didática, não abordaremos, nesta parte, a intenção e a consciência do ato, posto que daremos ênfase ao ato e às suas circunstâncias de maneira genérica. As circunstâncias, primeiramente, sempre compõem o ato e atuam como elemento condicionante das consequências, estabelecendo se o ato produziu efeitos positivos ou negativos em função de uma determinada circunstância. Em sequência, questionamos o que pode ser denominado circunstância? Segundo as lições de Jeremy Bentham:

> Qualquer coisa que sejam, tomemos qualquer ato e veremos que nada existe na natureza das coisas que impeça qualquer coisa imaginável de ser uma circunstância do ato. Qualquer coisa pode construir uma circunstância de qualquer outra.[61]

Como dito acima, as circunstâncias podem ser classificadas como materiais ou imateriais, e essa categorização se dá em função do modo de sua influência sobre as consequências do ato, determinando assim a sua respectiva natureza.

> Pode-se dizer que uma circunstância é material, quando do ponto de vista da causalidade, apresenta uma relação visível com as consequências. Teremos, em contra partida, uma circunstância imaterial, quando não apresenta visível com as consequências.[62]

Dessa forma, as circunstâncias, sob a ótica de sua relação com a

---

[60] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 19.

[61] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 20.

[62] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 20.

causalidade, com as consequências ou com os eventos, podem dar-se de quatros modos distintos, sendo eles:

a) por via da causalidade;
b) por via da derivação;
c) por via da conexão colateral;
d) por via influência conjunta.

Por via de causalidade produtora, podemos entender as situações em que as circunstâncias estão relacionadas às consequências e pertencem ao conjunto das circunstâncias que favorecem a produção de determinadas consequências. Como exemplo, podemos citar a pessoa que se esforça muito nos estudos para ter uma grande carreira no futuro.

Por via de derivação, compreendem-se as circunstâncias que se relacionam às consequências por meio do pertencimento ao conjunto de consequências para a qual a circunstância contribuiu. Como exemplo, podemos citar o aluno que estuda muito para concursos, cujas consequências relacionar-se-ão à circunstância, devido ao tempo e ao esforço nos estudos, ou seja, à derivação.

Por via de conexão lateral, aduz-se que a circunstância em jogo, assim como as consequências, não tem uma relação instrumental, se relacionado com algo em comum que contribui para produção de consequências e de circunstâncias a ambos. Como exemplo, podemos citar uma demissão sem justa causa, sem motivos aparentes.

Finalmente, a via de influência conjunta se apresenta quando circunstância e consequências se ligam de tal forma que, necessariamente, vão promover conjuntamente a geração de alguma consequência pretendida por ambos. Como exemplo, podemos citar aquele indivíduo poupador e rigoroso com suas finanças, cujo resultado é de circunstâncias e consequências gerarem um indivíduo com uma boa situação financeira.

Jeremy Bentham, então, apresenta duas circunstâncias que atuam influenciando o ato de forma relevante, sendo elas a intencionalidade e consciência. Intenção ou vontade designam dois fatores: o próprio ato ou as consequências do ato, assim sendo denominados fator *intencional*, sempre que a intenção os afetar juntos ou separadamente, e não fator *intencional*, quando não forem influenciados.

Assim, pode o ato ser intencional sem que suas consequências o sejam, como pode a conduta humana ter consequências de um ato que seja intencional, que o ato não seja totalmente intencional, pois assim é em todas suas etapas de execução.

Contudo, se a intenção influência tanto o ato como a consequências, a ação será denominada intencional. É pertinente ressaltar que a intenção, no utilitarismo de Bentham, trata-se de uma circunstância, e nada se assemelha ao sentido corrente do termo, o qual pode ser classificado como sendo desejo, podendo ser mal ou bom. Dentro da teoria utilitarista, as únicas coisas que podem ser entendidas como boas ou ruins são a dor ou o prazer.

No entanto, Jeremy Bentham forja uma exceção e aceita uma linguagem figurada, admitindo o uso da classificação boa ou má em relação à causa da intenção. Ele classifica como motivo também a relação dos resultados às consequências.

Assim, discorre Jeremy Bentham: “Consequente a intenção de uma pessoa em qualquer ocasião pode ser denominada boa ou má, ou com referência às consequências do ato ou com referência aos seus motivos.”[63].

Todavia, as circunstâncias, como já visto anteriormente, não constituem o objeto da ação em si. Assim, a intenção é uma variável, que se acopla ao ato com a finalidade de condicionar a produção de um agir. Este é determinado na medida em que a influência da circunstância, como a intenção, contribui ou não para que o ato alcance suas consequências. As circunstâncias, por serem elementos acessórios, ainda que essências das consequências, não são consideradas objeto do ato.

Assim, as circunstâncias são entendidas como variáveis intrínsecas. Em outras palavras, apesar de serem condicionantes, a não ser que sejam conjugadas ao ato que tem o potencial de gerar consequências, tem-se que circunstâncias em si não produzem resultado.

Dessa forma, o que pode ser entendido como objeto da vontade, ou seja, o que contribui para finalidade da conduta são os atos em si e suas consequências. A inteligência humana é subsidiária das circunstâncias como sendo somente um objeto da capacidade cognitiva do ser humano.

Por fim, a circunstância da consciência que, em suma, avaliam a variável

[63] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 24.

intenção como objeto da inteligência. Em linguagem corrente, quando se toma alguma conduta, é comum dizer que se agiu com boa ou má intenção, atribuindo a essas intenções o respectivo motivo. Entretanto, a natureza dos resultados das consequências bem como a dos motivos que deram origem à intenção, mesmo se relacionando, podem ser diferenciadas. Segundo a cátedra de Jeremy Bentham:

> Em consequências, se pode dizer com inteira propriedade de termos que a intenção é boa, qualquer que tenha sido o motivo. A intenção pode ser qualificada como boa, quando não somente as consequências do ato demonstraram perniciosas, mas o motivo que lhe deu origem foi o que se denomina motivo mal, para se dizer com segurança que uma intenção é boa, é suficiente o fato das consequências do ato teriam sido benéficas.[64]

Contudo, é possível inferir que a intenção, quando influencia o motivo, não interfere na classificação, mas, quando essa intenção influencia o resultado, ela condiciona a sua natureza e, em sequência, as premissas *do princípio da utilidade*.

Cabe observar que a teia de circunstâncias que sempre se acopla às consequências do ato, que Jeremy Bentham constrói, implica a obrigatoriedade de uma correlação necessária entre circunstância – como a intenção –, produção de resultados e, em um momento posterior, a sua classificação da referida.

Logo depois, ele reduz as circunstâncias a uma subjetividade e a uma incerteza notória, qualificando-as como objeto apenas da capacidade intelectual humana, o que nos levar a indagar se essa circunstância não funcionaria como justificativa para alcançar o interesse desejado, independente do ato a ser praticado.

### *6.3.1 Motivos*

É certo, até para o senso comum, que atos diversos possuem características diferentes e, assim, produzem efeitos assimétricos, de acordo com o motivo que os orientou. Dessa maneira, cabe compreender, segundo a teoria utilitarista de Jeremy Bentham, como a natureza dos diferentes motivos exerce influência no agir humano.

A palavra motivo, em primeira instância, tem um significado amplo, mas tem ligação com seres humanos uma vez que eles agem orientados pela razão e não instintivamente como animais. Sendo assim, denomina-se motivo qualquer coisa da qual ser humano se utiliza para orientar sua conduta, sendo realizada por ato

---

[44] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 26.

corporal ou por um ato de mente.

O ato de mente pode ser um *ato da faculdade intelectiva* ou um *ato de verdade*, como assim explica Jeremy Bentham:

> Os atos de faculdade intelectiva por vezes repousam apenas na inteligência, sem exercer qualquer influência na produção de quaisquer atos de vontade. Os motivos que, por sua natureza só influencia este tipo de atos podem ser denominados motivos puramente especulativos.[65]

As variáveis que interessam a Jeremy Bentham são os motivos que possuem a capacidade de influenciar a vontade do agir humano, seja para agir, seja para deixar de agir. Esses motivos podem verificar-se na prática, podendo ser, assim, uns literais, quando se perpassam por um fator existente, ou figurados, quando se desenvolvem por meio de uma perspectiva ideal.

Desse modo, Jeremy Bentham classifica os motivos que exercem influência no ato, em virtude dos fatos reais que os constituem, dividindo-os em duas espécies:

a) Percepção interna compreendida como qualquer equação individual de aumento de prazer ou de fuga da dor, cuja análise objetiva tem por finalidade considerar se deve o ser humano agir dessa ou daquela maneira;
b) Evento externo cuja expectativa da realização do prazer ou da dor advém de uma circunstância casuística

Contudo, para a percepção global dos motivos, é necessário entender que o sujeito que elege tal motivo, ao mesmo tempo em que percebe que ele seja pré-existente à ação, também atua na análise dos eventos posteriores que surgirão com a escolha daquele motivo, cujo objetivo intrínseco é o aumento do prazer e a fuga da dor. Dessa forma, quando o motivo é compreendido apenas com o foco nas consequências do ato, ele é denominado motivo em perspectiva. Agora, quando é entendido sob ótica da preexistência da conduta, é chamado motivo “in esse”.

Dito isso, não resta outra conclusão: os motivos são nada mais, nada menos que prazer ou dor sendo instrumentalizados por uma determinada conformação. Sendo assim, em conformidade com a teoria utilitarista de Jeremy Bentham, que tem

---

[45] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 26.

como função precípua a busca pela maximização do prazer, os motivos só podem ser qualificados como bons ou maus em função do prazer ou da dor que geram.

Assim leciona Jeremy Bentham: “O prazer é em si mesmo um bem, não só isto, mas até o único bem, abstraindo a imunidade da dor; e a dor é um mal me si, não isto, mas o único mal, sem exceção.”[66].

Entretanto, os motivos possuem uma compreensão que geralmente se dá pela língua, o que torna muito difícil exprimir seu conceito intrínseco e que ocasiona uma interpretação ampla de sua terminologia, pressupondo uma junção de ideia e de objeto que acaba por permitir uma classificação de um motivo. Nas palavras de Jeremy Bentham: “Via de regra juntamente com o próprio termo subentende-se tacitamente uma proposição que lhe imputa, uma certa qualidade; em muitos casos, incluirá evidentemente aquela ‘bondade’ ou aquela ‘maldade’”[67].

Por conseguinte, os motivos não são analisados, por si, mas têm sua classificação face à conduta humana, levando-se em consideração circunstâncias particulares e intenções que coadunem com a maximização do prazer.

Diante do exposto, conclui-se que não existe nenhum motivo que seja intrinsecamente bom ou exclusivamente mau. De fato, tem-se uma escolha de motivo conjuntamente a uma análise de ocasiões especificas, que produzem efeitos bons quando maximiza o prazer e maus quando diminui a dor.

Jeremy Bentham forja uma escala de motivos em relação à qualidade de bom, mal ou indiferente e, ao mesmo tempo, deixa explicitado sua classificação é imperfeita.[68]

**Quadro 1**

| Motivos bons | Motivos maus |
|---|---|
| Boa vontade ou benevolência | Desgosto ou descontentamento |
| Amor à reputação | Desejo físico |
| Desejo da amizade | Interesse pecuniário |
| Religião | Amor ao poder |

**Fonte: Elaborado pelo autor.**

[66] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 31.

[67] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 31.

[46] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 41.

De acordo com os interesses da comunidade, Jeremy Bentham propõe outra escala de motivos, sendo estes classificados como sociais, dissocias e pessoais.[69]

**Quadro 2**

| Motivos sociais | Motivos dissociais | Motivos pessoais |
|---|---|---|
| Boa vontade e benevolência | Desgosto e descontentamento | Desejo físico |
| Amor e reputação | | Interesse pecuniário |
| Desejo de amizade | | Amor ao poder |
| Religião | | Autopreservação, incluindo o temor das dores dos sentimentos, o amor ao sossego e o amor à vida. |

**Fonte: Elaborado pelo autor.**

Por último, cumpre observar que Jeremy Bentham desenvolve suas escalas de motivos em consonância ao princípio da utilidade, ou seja, quanto maior o grau na escala, maior será sua conformidade com o princípio da utilidade. Tal situação nos leva à outra premissa, visto que, em caso de conflito de motivos, prevalecerá aquele que tiver maior grau de conformidade ao princípio da utilidade.

### *6.3.2 Disposições humanas*

Até agora, analisaram-se variáveis que influenciam a conduta humana, porém de modo externo à escolha do indivíduo. Todavia, existe uma variável que se correlaciona ao “ser” e que pode ser explicitada por esta pergunta: não existe nada no indivíduo que se caracterize como bom ou mau quando ele realiza a escolha do motivo?

Jeremy Bentham responde afirmativamente à pergunta, em nome dessa variável, que ele denomina de disposição, que pode ser definida em suas palavras como:

> Espécie de ente fictício, criado para conveniência do discurso, com objetivo de exprimir o que supõe ser permanente na estrutura ou inteligência de uma pessoa ou porque aquele motivo de praticar um ato que se apresenta com

[69] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 42.

> essa ou aquela tendência.[70]

Todavia, sem menosprezar a complexidade do conceito de disposição, forjado por Jeremy Bentham, ele pode ser resumido frente a dois aspectos, os quais assim dispõem: a disposição, inicialmente, será boa ou má tendo em vista a conformação com o princípio da utilidade, cujo objetivo é aumentar a felicidade da coletividade. Essa disposição, de sua parte, pode ser gerada por felicidade própria ou por meio da felicidade do outro e se correlaciona diretamente com o motivo.

Porém, para uma análise mais completa, há de se levar em consideração outros fatores, como as circunstâncias da intenção, da consciência (tentação), da inconsciência e da falsa suposição.

> A natureza da disposição de uma pessoa deve necessariamente depender dos motivos pelos quais é capaz de ser influenciada: em outros termos, depende do grau da sua sensibilidade em relação a força destes ou daqueles motivos [...] a disposição é como a soma das suas intenções.[71]

Como se viu anteriormente, as intenções refletem as causas e as consequências de uma conduta utilitária que tem como elemento propulsor o motivo. Na disposição, os motivos, para além das classificações já mencionadas anteriormente, são mensurados por meio da natureza da conduta, cujo motivo foi aplicado. Por um lado, quando uma ação é dirigida por um motivo, e este for de natureza má ou perniciosa (menos prazer e mais dor), temos os motivos denominados sedutores ou corruptores. Por outro lado, se outro motivo atua em contraposição ao primeiro agir em tendência de anulá-lo, trata-se de um *motivo preservador*.

Com efeito, ainda temos mais um elemento, a força de tentação, que atua mensurando a tendência perniciosa da disposição. Quando um indivíduo pratica uma ação perniciosa, avalia-se a força de tentação por meio da diferença entre os motivos sedutores de um lado e os motivos preservadores que incidem nas circunstâncias do fato.

Desse modo, conclui-se que a força de tentação é maior quando do agir pernicioso, pois o indivíduo considera as vantagens dos motivos sedutores maiores

---

[70] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 50.

[48] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 51.

que quaisquer consequências imposta pelos motivos conservadores. De forma análoga, essa força será menor quando das consequências do agir pernicioso, visto que o indivíduo julga-as alta demais em relação às vantagens dos motivos sedutores.

Cumpre ressaltar que a força de tentação não estabelece uma relação exclusiva de valor com os motivos, mas sim com esses e com circunstâncias fáticas do caso. Conforme explica Jeremy Bentham:

> no momento em que a oportunidade for mais favorável, isto é, no momento que o incômodo, ou quaisquer outros aspectos de perigo, for menor que antes, ver-se-á que a tentação se tornará mais forte; em contrapartida, no momento em que a oportunidade for menos favorável, a tentação de tornara tanto mais fraca.[72]

Diante do exposto, podemos afirmar que a disposição humana é constituída por um juízo de valor do indivíduo, o qual pondera as variáveis como motivo, intenção, consciência e força de tentação, sendo todas essas submetidas ao princípio de utilidade. A partir desse ponto, com todos os elementos descritos, identifica-se a conduta utilitarista, desvelando-se a ação humana, que procede escolhendo o motivo, a intenção, que usa a consciência, e a disposição humana, que está sempre em conformidade com o princípio da utilidade, com o objetivo de maximização do prazer.

Para melhor visualização, podemos demonstrá-la em uma equação:

Se x > 0 = princípio da utilidade

Y = Motivo

Z = Intenção

C = Consciência

D = Disposição

X (Y+C+D) = Conduta utilitária

## 6.4 Ética privada e a arte da legislação

Jeremy Bentham estabelece uma correlação ao passo que pretende fixar limites entre ética privada, legislação e atividades do Judiciário. Todavia, para ele,

---

[49] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 55.

existem duas concepções de ética, sendo uma em sentido privado e outra em sentido amplo, que é objeto da arte de legislar estendido ao Judiciário. Desse modo, ao definir ética nesses dois sentidos, Bentham deixa escapar, desses conceitos, uma semelhança muito forte com o princípio de utilidade, como assim expõe:

> Em sentido amplo, a ética pode definir-se como a arte de dirigir as ações do homem para maior quantidade possível de felicidade em benefício daqueles cujos interesses estão em jogo. [...] A ética enquanto arte de dirigir as próprias ações, pode ser denominada a arte do auto governo. ou seja, ética privada.[73]

Consequentemente, a ética em geral se desenvolverá em duas condutas, aquelas em que somente o indivíduo tem interesse (ética privada), e, em segundo plano, aquelas cujo comportamento [leia-se a arte de legislar] influenciará a felicidade de outras pessoas envolvidas, o que Jeremy Bentham denomina de Ética em sentido amplo.

Desenvolvendo seu conceito, nos termos de que a felicidade de cada membro da comunidade diz respeito à sua própria conduta, ele afirma que essa também é a meta da legislação e nesse viés andariam *pari passu*. Todavia, ele começa a fazer algumas diferenciações no concernente à aplicação desses objetivos, que, apesar de iguais, seriam diferentes face à execução dos indivíduos e do legislador. Assim explicita:

> É evidente que acerca do indivíduo legislador não se sabe nada, é obvio que ele nada pode determinar a mais acerca daqueles pontos de conduta que dependem das circunstâncias particulares de cada indivíduo. O legislador só pode interferir em relação aquelas linhas largas de conduta que todos os homens estão dispostos a adotar; jamais o legislador pode esperar conseguir um cumprimento completo, pela mera força da sanção [...] o máximo que ele pode fazer é aumentar a eficácia da ética privado.[74]

Todavia, a ética privada tem uma relação de dependência com a legislação, pois é ela que estabelece a propriedade de cada um, tendo o legislador o dever de estabelecê-las da perspectiva da ética geral, para que, assim, possa ser aplicada a ética privada na arte da legislação. Sendo assim, faz-se necessário ao papel legislador o conhecimento da legislação para depois se proceder à ética privada.

---

[73] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 63.

[74] BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979. p. 66.

Por fim, cumpre observar que a relação e, até mesmo, a distinção que Jeremy Bentham tenta fazer entre ética privada e arte da legislação são, na verdade, uma proposição de submissão. Ali, a arte do legislador coaduna com uma aplicação literal de uma ética privada, entendida como a somatória individual dos interesses da maioria, sendo essa teoricamente a mais benéfica a uma comunidade. Ou seja, uma ética e legislação que ele estende às práticas Judiciárias, que têm como cerne o princípio da utilidade, sendo assim uma ética e uma arte de legislar legitimamente utilitaristas.

## 7 O UTILITARISMO DE JOHN SUART MILL

Nascido em Londres, no dia 20 de maio de 1806, John Stuart Mill foi um filósofo e economista britânico, considerado por muitos como o filósofo de língua inglesa mais influente da metade do século XIX. É conhecido principalmente pelos seus trabalhos nos campos da filosofia política, ética, economia política e lógica, tendo influenciado inúmeros pensadores e áreas do conhecimento. Defendeu o utilitarismo e a teoria ética proposta inicialmente por seu padrinho, Jeremy Bentham. Além disso, é um dos mais proeminentes e reconhecidos defensores do liberalismo político, sendo seus livros fontes de discussão.

No sentido de melhor compreensão da teoria ética de Mill, é interessante asseverar que o modelo de indivíduo prescrito em suas obras compreende, para o autor, um exame político e moral, existindo para o autor apenas o indivíduo. Assim, a sociedade se torna uma mera formação do somatório desses atores, sendo necessário levar em conta que Mill infere que a construção do caráter desses atores seja vital à subsistência das instituições sociais e da educação,[75] ao passo que viabilizam os pleitos individuais com os da sociedade. Nesse sentido, assevera Mill: “Mas não é de modo nenhum uma condição indispensável para a aceitação do modelo utilitarista, pois esse modelo não é a maior soma da felicidade do próprio agente, mas a maior felicidade conjunta.”[76].

O arquétipo de indivíduo para Mill[77], no que tange à moral, é composto por um padrão dinâmico, uma vez que o elemento principal desse indivíduo é a possibilidade de, ao longo do tempo, modificar-se de forma qualitativa, processo que é acompanhado da oportunidade de experimentação de prazeres diferenciados. Além desse atributo, salienta-se que o indivíduo denota, em sua origem, a capacidade de escolhas elevadas, das quais advêm os prazeres hierarquicamente preferíveis e em conformidade com a natureza humana, tais como o prazer de estudar e de ir ao teatro.

---

[75] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.196.

[76] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 196.

[77] Sobre a noção de natureza do indivíduo de Mill vide: DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre o conceito de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: A moralidade derivada das respectivas noções de natureza humana. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 19, n. 32, p. 483-506, 14 jul. 2015. p. 495.

Além disso, para Mill, os seres humanos têm uma habilidade aguçada para agir segundo hábitos que os orientarão a não fazer cálculos a todo tempo sobre qual a ação mais adequada, mas sim a avaliá-la de acordo com experiências passadas ou com situações balizadas pelo princípio da utilidade. Para ele, as habilidades presentes no ser humano advêm do seu valor correspondente à felicidade ou da sua busca, fato que determina a busca da felicidade como o epicentro do ser humano. Em outras palavras, trata-se da persecução da parte do indivíduo pela maximização do prazer e pela fuga da dor, característica essa da qual advêm todas as outras, segundo sua ética.

As outras elementares, como a capacidade do indivíduo de se aprimorar com o tempo, a capacidade de agir por hábito e a capacidade de escolher e experimentar prazeres superiores, são tidas como subteses, uma vez que elas agem proporcionando a busca da felicidade.

Outra elementar indispensável à natureza humana são as leis da mente. Essa característica prescreve que a impressão mental corresponde a uma ideia e as leis de associação, que denotam que a primeira lei enuncia ideias similares, tendem a questioná-las. Em sequência, a segunda lei dispõe que, uma vez que duas impressões forem experimentadas simultaneamente, então sempre que uma delas retornar à mente, a ideia da outra tenderá a ser provocada. Enfim, a terceira lei anuncia que a maior intensidade em uma ou outra das impressões é equivalente, assim, tornando-as provocadoras umas das outras, gerando uma maior frequência de conjugação.

Por esse método, são forjadas todas as leis empíricas para a construção das demais leis tidas como cientificas, sendo que, por elas, também se formam as leis das ciências sociais. Partindo, então, desse padrão de ser humano, deduz-se que o indivíduo inevitavelmente olha para si com o objetivo exclusivo de alcançar a felicidade. Entretanto, ao mesmo tempo, não pode se orientar apenas pelo seu ao autointeresse, pois, segundo o pensamento de Mill, as interações sociais são dinâmicas, evoluindo conforme a capacidade de escolhas superiores são empiricamente aprendidas.

Isso denota que a busca da felicidade subsiste mesmo se o indivíduo não pensar nela e não pensar em alcançar muitos prazeres variados, em adquirir a bonança e emoção ou em forjar seus próprios interesses conforme os outros.[78] Dessa forma, ele não performará uma vida de ímpetos ou uma vida de cunho

[78] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 196-197 e 202.

egoísta. Nas palavras de Mil:

> A felicidade que levam não significava uma ideia de arroubo, mas momentos de êxtase numa existência constituída de poucas dores transitórias, muitos e variados prazeres, com um claro predomínio do ativo sobre o passivo [...]. A deplorável educação, os deploráveis arranjos sociais são, atualmente, o único obstáculo real a que quase todos realizem [...]. Os principais elementos constitutivos da vida satisfeita parecem ser dois: tranquilidade e emoção [...]. Depois do egoísmo, a principal causa que torna a vida insatisfatória é a falta de cultivo intelectual [...].[79]

Na formação da origem do "ser" moral de Mill, forjam-se leis empíricas sobre a conduta humana. Para isso, ele se utiliza de um método de indução, gerando generalizações universais. Após a conversão nestas, essas leis são subsumidas às leis da mente e, assim, interpretadas e aferidas novamente. O próximo passo é comparar ao caso concreto, ratificando-o ou afastando-o, chegando, dessa forma, à lei científica.

Desse modo, fazem-se compreensíveis as leis gerais da natureza humana, atributo principal no método de Mill, uma vez que é da lei geral que se retira fundamentação para as demais, sendo ela o motivo pelo qual os seres humanos sentem prazer, dor e buscam a felicidade. Consoante às leis gerais, o fundamento das condutas humanas é produzido e, também, o objetivo da moral: "Se a felicidade for absolutamente impossível para todos os seres humanos, sua realização não pode constituir a finalidade moral [...]"[80].

Fica evidente que a moral tem como objetivo último garantir a felicidade do indivíduo. Todavia, o que Mill entende por moral e como ela se perfaz? O autor assevera: "Assim, é possível definir a moralidade como regras e preceitos de conduta humana, cuja observação permitiria que uma existência tal como a descrita fosse assegurada, na maior medida possível, a todos os homens."[81].

Assim, o utilitarismo de Mill constrói um grande espaço para produção de regras morais, o que ultrapassa o princípio da utilidade, sendo dessa forma porque a comunidade pensada por Mill é constituída de seres humanos de natureza complexa, não se resumindo ao hedonismo. Nessa esteira, perfaz-se o *princípio da*

---

[79] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 196-197.

[80] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 195-196.

[81] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 194-195.

*utilidad*e com grau de complexidade, com grande denotação hedonista, porém com margem para outras elementares que têm a necessidade de serem compreendidas para o alcance da felicidade, objetivo último da moral.[82]

De acordo com as explicações acerca da moral no pensamento de Mill, indivíduos que levam uma existência egoísta acabam, ainda assim, buscando objetos de afetos individuais e coletivos, produzindo então uma conversão de seus próprios interesses com os interesses da comunidade.

> Por outro lado, os que deixam atrás de si objetos de afeto pessoal e, sobretudo, os que cultivam a solidariedade como os interesses coletivos da humanidade conservam, na beira da morte, um interesse pela vida tão intenso como o que mantinham no vigor da juventude e da saúde. Depois do egoísmo, a principal causa que toma a vida insatisfatória é a falta de cultivo intelectual.[83]

A essência, na concepção de Mill, depara-se com faculdades de interesse infindáveis no mundo do "ser" e não diz respeito somente à do filósofo, e sim a qualquer ser humano que observou e aprendeu a exercer as escolhas tidas como superiores. De fato, esse indivíduo consegue buscar e achar prazeres nas faculdades elevadas, ou seja, encontra prazer, por exemplo na arte, na poesia, na história, e se interessa pelos caminhos da humanidade. Dessa maneira, é possível afirmar que a recepção da tese hedonista por Mill não enseja que o homem seja necessariamente egoísta. Na cátedra de Mill: "Todo ser humano criado corretamente mostra que, em graus distintos, são possíveis afetos privados genuínos em um interesse sincero do bem público."[84].

Segundo Mill, a formação do caráter de um indivíduo é condição fundamental para que ele possa ter uma vida feliz. Inclusive, ele acrescenta que, para uma boa construção do caráter, é importante o uso da etologia política ou do caráter nacional para tornar realidade, sendo assim imprescindível uma forte melhoria nos arranjos institucionais, de modo a viabilizar a educação e a prudência dos desejos humanos. Ainda segundo Mill, a felicidade que os utilitaristas propõem como padrão do que é certo não é a felicidade do próprio agente, mas a felicidade de todos os participantes, uma vez que é a somatória da felicidade da comunidade que

---

[82] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 187.

[83] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 197.

[84] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 198.

interessa.

Torna-se evidente que a busca do indivíduo por sua própria felicidade atua como princípio cogente subjetivo para fazer a confluir seus desejos com o interesse em comum, pelo menos em partes. Nesse sentido, Mill pensa que, nesse interregno tempo, os arranjos sociais possam ir se aperfeiçoando.

Condutas dessa estirpe são louváveis, mas facultativas, pois não impõem ao agente sempre compreender em seus desejos os interesses dos outros.[85] Tampouco a moral utilitarista prescreve que um indivíduo deva abrir mão de sua felicidade particular em prol da felicidade dos outros, já que, em sua concepção, esses fenômenos caminham juntos, equidistantes.

> Honra aos que podem negar a si mesmo gozo pessoal da vida, quando por tal renúncia contribuírem dignamente para aumentar o montante de felicidade no mundo! Mas quem realiza esse sacrifício ou professa realizá-lo para outro propósito não merece mais admiração do que o asceta instalado em sua coluna. Ele pode ser uma prova animadora do que os homens podem fazer, mas certamente não é um exemplo do que deveriam fazer.[86]

Retomando o fato de que a construção do caráter nacional – etimologia da comunidade e do indivíduo –, entende-se que a formação de arranjos sociais é concernente quando, sendo os que proporcionam aos indivíduos circunstâncias necessárias à experimentação de escolhas elevadas, assim como a prudência de desejos que contribui na construção de pessoas com um caráter que possua a resiliência de fazer convergir interesses próprios com anseios da comunidade. Abaixo, exterioriza-se uma transcrição que ratifica a inter-relação entre desenvolvimento do caráter e evolução dos arranjos institucionais.

> Num mundo onde há tantas coisas interessantes, tantas coisas agradáveis, e tanto para se corrigir e melhorar, cada um que possuir essa quantidade moderada de requisitos morais e intelectuais será capaz se levar a uma existência indesejável, por assim dizer; e, a menos que tal pessoa seja negado por meio de más leis ou pela sujeição da vontade de outros, a liberdade para usar fontes de felicidade ao seu alcance, não deixará de encontrar essa existência invejável se conseguir escapar aos males absolutos da vida – grandes fontes de sofrimento físico e mental, tais como a indigência, doença e perda rude, indigna ou prematura dos objetos do afeto. A principal ênfase do problema reside, portanto, na luta contra essas calamidades [...] frustrações relacionadas as circunstâncias mundanas devem, sobretudo, quer à grave imprudência de desejos desagregados,

---

85 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 252.

86 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 201.

quer a instituições sociais más ou imperfeitas.[87]

Assim sendo, para a convergência dos interesses próprios do ser humano com os coletivos, gerando a maximização da felicidade geral os participantes de uma conduta ideal do utilitarismo, deve-se utilizar os seguintes elementos:

a) A legislação e mecanismos sociais de costume devem colocar os desejos individuais de cada integrante da comunidade em harmonia com o interesse coletivo;[88]
b) A educação e os pontos de vistas, os quais são tão importantes sobre o caráter do homem, devem ser orientados no sentido de fixar, no âmago do agente, uma correlação indissociável entre sua própria felicidade e o bem comum.

Como se pode observar mais uma vez, as denominadas leis da mente subsistem na conduta, e é a lei de associação que viabiliza que a pratica do indivíduo possa gerar uma felicidade individual juntamente com a felicidade coletiva. Dessa forma, Mill prescreve regras cuja finalidade é melhorar e moldar o caráter dos agentes e melhorar os arranjos institucionais, no sentido de fazer confluir a maioria dos interesses pessoais com os da comunidade. Acrescenta-se ainda que o investimento em educação de qualidade, além dos demais supracitados, impulsionam o indivíduo ao aprimoramento dos gostos por intermédio do uso das faculdades elevadas.

Antagonistas ao utilitarismo tecem críticas ao modelo de Mill, asseverando que este exorbita as reais condições da sociedade. Acrescentam, também, que a expectativa de que o indivíduo sempre oriente sua conduta na promoção do bem comum é demasiadamente elevada. Porém, essa interpretação é equivocada, pois significa entender mal um padrão de moralidade e confundir a regra como elemento impulsionador da conduta. É a partir da ética que se designa a todos os deveres de participantes da comunidade, porém se deve notar nenhum sistema de ética prescreve que o único fundamento de uma ação humana seja exclusivamente

---

87 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 199.
88 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 203.

proporcionar o bem comum.[89]

Em invés disso, o que podemos observar é um sistema positivado, no qual a motivação do indivíduo é norteada por causas múltiplas, hedonistas ou não, que se orientam e se limitam pela reserva legal. Em suma, o cidadão, por motivos vários, sendo eles elevados, egoístas ou, até mesmo, contra o interesse social, age de acordo com o limite que a lei permite, mesmo estando essa conduta ao arrepio da ética ou da moral vigente: “[...] não há nada na teoria utilitarista incoerente com o fato de que as outras coisas nos interessam nas pessoas além da justiça ou injustiça de suas ações.”[90].

Ao defender o utilitarismo, Mill deixa bem explícito que não existe incongruência no fato de que outros elementos interessem ao indivíduo, mais do que estritamente a justiça ou injustiça de suas ações. De fato, a concepção utilitarista tem pleno discernimento de que sobrevêm condutas além da justiça ou injustiça, das condutas face ao outro. Sobrevêm bens e outras qualidades buscadas e desejadas, assim sendo, defendem doutrinariamente e, imbuídos em sua teoria, atribuem a todos eles o seu pleno valor.

Com o foco para além da justiça ou injustiça das condutas, representando para os utilitaristas a não exclusividade das preocupações dos cidadãos, essa metodologia reverbera de forma a abrir espaço paras as questões referentes à boa vida dentro da moralidade de Mill.[91] Esse pensamento é pressuposto para a composição da moralidade e atende ao requisito da satisfação da natureza complexa do ser humano.

Há de se salientar que o embrião das regras morais é permeado por enunciações de busca do prazer e fuga da dor como postulados inafastáveis. Todavia, pode se dizer que o hábito, a qualidade e a complexidade da natureza humana possam desviar a intensão pela busca do prazer e fuga da dor nas condutas como prescreve Mill:

> A vontade, fenômeno ativo, é diferente do desejo, estado de sensibilidade passiva; e embora em sua origem seja um rebento de desejo, pode com o tempo deitar raízes e se desapegar da cepa materna, tanto é assim que, no

[89] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 204.

[90] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 206.

[91] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 206.

> caso de um propósito buscado por hábito, em vez de querer uma coisa porque a desejamos, com frequência desejamos apenas porque a queremos [...] Às vezes isso é feito de maneira inconsciente, já que a consciência vem só depois da ação; outras vezes se trata de um ato de vontade consciente, mas de uma vontade que se tornou habitual e se põe em ação pela força do hábito [...][92]

No que tange à moralidade, aferre-se que Mill prescreve, em sua teoria, que o indivíduo empiricamente adquire crenças sólidas, que permeiam de forma eficaz o "ser", e elas são a base das condutas face à felicidade. No entanto, denominadas de regras da moralidade costumeira, elas se revelam como pressupostos (não roube, deseje desenvolver seu intelecto, seja honrado etc.) que se formam como um sistema da ética tanto para cidadãos quanto como para os filósofos.

Essa dinâmica se dá com o tempo, e, assim, com o seu desenrolar, com a aplicação da teoria da moralidade, a sociedade evolui de forma a proporcionar a construção de regras morais secundárias, que possibilitem uma maior maximização do prazer dos cidadãos.

> [...] e as crenças assim transmitidas constituem a regra da moralidade para a multidão, bem como para o filósofo, até que consiga encontrar outras melhores [...]. Os corolários do princípio da utilidade, assim como os preceitos de todas artes práticas, são suscetíveis de um avanço indefinido.[93]

Pode-se refletir ou, até mesmo, especular-se se o ser humano, de fato, atua fazendo um ato cálculo para redefinir os costumes ou a moralidade costumeira de modo a aplicar o princípio da utilidade em conformidade com a tese hedonista. Todavia, a premissa é negativa, pois, na concepção de Mill, o indivíduo possui natureza complexa, o que assegura que não se traduz apenas ao hedonismo. O autor ainda traz à baila como exemplo da faculdade da ação por hábito, entretanto é patente que o indivíduo possa agir sem se utilizar dos elementos prazer e dor.

O agente, sob a égide do utilitarismo de Mill, tem natureza complexa, e, dessa forma, pode agir para definir a moralidade com margens para produção de regras. O hábito é constituinte da natureza humana, fazendo com que cada cidadão oriente sua conduta por regras ou normas forjadas no passado, que se consubstanciam na moralidade costumeira.

Faz-se importante observar e ressalvar que a moralidade costumeira

---

92 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 240.

93 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 212.

converge com o princípio da utilidade em tempo pretérito e que também tem o poder de modificá-la, bastando, para isso, que duas regras costumeiras colidam de forma que o princípio da utilidade presente desde a origem seja orientador de modificação da moralidade costumeira.[94]

O pressuposto da moralidade é a felicidade. Em outros termos, a teoria de Mill tem como alicerce *o princípio da utilidade*, instrumento para alçar dada felicidade, o que implica a adoção de toda e qualquer medida tendente à maximização da felicidade e à minimização da dor. Entretanto, segundo o autor, a natureza do indivíduo é complexa, e o princípio da utilidade, um desdobramento dessa natureza típica, o que faz com que o princípio da utilidade ganhe contornos de complexidade.

A complexidade do *princípio da utilidade* de Mill advém de o autor ter formulado proposições que vão muito além das elementares hedonistas. Em sua definição de princípio da utilidade, Mill exterioriza claramente que, para dar uma noção do padrão de moralidade estabelecido por sua teoria, muito tem que ser dito e forjado além da máxima hedonista de que o prazer é desejável e a dor é afastada. Assim assevera Mill:

> O credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como fundação da moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade entende prazer e ausência de dor por infelicidade, dor e privação do prazer. Para dar uma clara ideia do padrão moral estabelecido pela teoria, é preciso dizer muito mais; trata-se de saber, em particular, o que está incluído nas ideias de dor e prazer e em que medida esse debate é uma questão aberta. Mas essas explicações suplementares não afetam a teoria de vida sob a qual se funda a teoria da moralidade, a saber, que o prazer e a imunidade à dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e que todas as coisas desejáveis, são desejáveis quer pelo prazer inerente a elas mesmas, quer como meios para alcançar o prazer e evitar a dor.[95]

O *princípio da utilidade* pode abarcar explanações adicionais face ao padrão moral constituído. No entanto, esse fato não afasta seu posicionamento teórico como utilitarista. Realmente, o autor resiste afirmando que é correto o indivíduo se mover no sentido de alcançar a felicidade e que é errado o comportamento de buscar a dor.

Esse conceito complexo de *princípio da utilidade* de Mill advém de caracterização da natureza complexa do ser humano. Diante do exposto, poder-se-ia

---

[94] HOAG, Robert W. Mill on conflicting moral obligations. **Analysis**, Oxford, v. 43, n. 1, p. 49-54, 1983. p. 51.

[95] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 187.

fazer uma reflexão acerca de como ele deriva seus preceitos morais em compatibilidade com o princípio da utilidade? A teoria hedonista é a elementar mais importante da natureza do indivíduo e deriva-se dela o princípio da utilidade. Todavia, Mill acredita que cidadãos munidos de capacidade de escolhas superiores, quando em consonância com sua teoria moral, são capazes de buscar prazeres de qualidade superior.

Além disso, uma vez que o ser humano entra em contato com prazeres elevados, ele não mais busca o prazer inferior. Dessa forma e seguindo essa dinâmica, o indivíduo se desenvolve até criar uma aptidão por prazeres elevados, como o desenvolvimento intelectual e artístico, a tendência a sentir simpatia pelos outros, o aprimoramento de sentimentos morais e a convergência de interesses com a comunidade etc.

As normas da moralidade costumeira são produzidas num contexto em que existem escolhas elevadas. Da conduta advinda do hábito, nasce a probabilidade de o indivíduo não se restringir ao *princípio da utilidade*. Assim, quando se conjuga a complexidade da natureza humana, abre-se uma margem na qual o indivíduo aja de acordo com regras morais no sentido de vida boa. Ademais, Mill acrescenta a possibilidade de o indivíduo evoluir com o tempo, de forma dinâmica e prática, no sentido de alcançar a capacidade de fazer escolhas superiores, as quais requerem um certo grau de desenvolvimento intelectual face aos interesses da comunidade.

Mill não se afasta da teoria da utilidade, epicentro da tese hedonista, e abre margem para que outros elementos a componham. Devido a essa abertura do *princípio da utilidade*, princípios considerados secundários podem ser forjados como decorrentes de subteses do hedonismo, como o agir por hábito, a capacidade do indivíduo de se desenvolver ao longo do tempo qualitativamente e a possibilidade da experiência de prazeres de qualidade superior.

O hábito, inicialmente, influi na concepção de regras da moralidade costumeira, face à sua característica de empenho do cálculo de custo-benefício que o acompanha no tempo. Esse hábito consente que as condutas morais se estabilizem, pois, com essa elementar, podem agir calculando sem raciocinar. Em sequência, a capacidade que os indivíduos possuem de se desenvolver com o passar no tempo autoriza que atuem escolhendo regras costumeiras, na medida que estas acessem suas faculdades elevadas, trazendo-lhes prazeres superiores. Dessa forma, munidos desses elementos da natureza humana, na concepção de Mill,

permite-se que regras costumeiras ou princípios secundários sejam utilizados e sejam formulados de modo a convergir seus interesses com os da comunidade.

Assim, as regras morais não serão questionadas a cada conduta, mas sim de tempos em tempos conforme a evolução do “ser”. Cabe salientar que a regra moral está em consonância com a tese hedonista e com o princípio da utilidade, visando a um fim último, isto é, alcançar a felicidade.

A parte secundária da ética, ou seja, os princípios secundários ou preceitos da moralidade, parecem ter mais força cogente e possuir mais relevância do que o epicentro hedonista. Nas palavras de Mill: “Pois a moralidade gerada pelo costume, a que se consagram a educação e a opinião, é a única que se apresenta ao espírito com o sentimento de em si mesma obrigatória.”[96].

As regras morais podem ser classificadas de duas formas. Primeiro, as que abordam a orientação da vida do indivíduo e/ou dos direitos e deveres de obrigação imperfeita, como a aproximação do intelecto, a faculdade da arte e a prática do bem ao outro. Em sequência, há as mais cogentes, que estão ligadas a assuntos de justiça, assim gerando direitos e deveres os quais podem ser perquiridos como um pagamento de dívida.[97]

Dessa forma, Mill não distingue as regras morais, tidas como cogentes, das regras de justiça, que também geram direitos e deveres. As regras anunciam direitos e assim se relacionam de forma direta às condições do indivíduo, ou seja, tais regras são exigidas de forma cogente mais rigorosamente do que as demais regras de conduta da vida. De fato, são regras que vedam ao ser humano prejudicar outro e se aplicam no momento em que ocorre uma interferência injusta na liberdade da pessoa.

Para que as regras da moralidade sejam analisadas à luz da liberdade, é infestável a compreensão das máximas inerentes à conduta ou aos princípios secundários de liberdade de ação balizados no princípio da utilidade, como assim prescreve Mill:

> O indivíduo não é responsável perante a sociedade por suas ações, enquanto estas não afetarem os interesses de nenhum outro além dele mesmo. Conselhos, instrução, persuasão e isolamento, caso julguem

---

96 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217.

97 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 252.

> necessário recorrer a este último meio para seu próprio bem, são as únicas medidas pelas quais a sociedade pode com justiça exprimir seu desagrado.[98]

Isso denota que inexiste a necessidade de relações entre os indivíduos para que o referido faça escolhas superiores. Além disso, é perfeitamente possível que indivíduos, ao descumprir a regra da moralidade, que impões direitos e deveres de obrigação perfeita, recebam uma sanção – na forma de isolamento, instrução ou conselho.

As regras morais que impõem obrigações não se diferenciam das regras de justiça, posto que aquelas conformam direitos e obrigações, assim se relacionando às circunstâncias essenciais da boa vida. Tratam-se de regras mais disciplinadamente cogentes do que as regras da conduta do ser humano.

Realmente, são as regras morais que impedem o indivíduo de prejudicar um ao outro. Essas regras estão em consonância com a máxima de liberdade, como assim prescreve Mill: “o indivíduo é responsável pelas ações prejudiciais aos interesses de outros, sujeitando-se então quer à punição social, quer à lega, se sociedade julgar que uma ou outra seja necessária à sua proteção.”[99].

Contudo, regras morais que prescrevem questões como não privar pessoas de sua liberdade, não quebrar contratos, não roubar, não matar, entre outras, têm a capacidade de se tornar normas legais. Nesse contexto, o que distingue se a norma é legal ou moral, no que tange à máxima da liberdade, é em última análise um cálculo de custo benefício. Nas palavras de Mill:

> Ficaríamos gratos por ver conduta justa imposta e a injustiça reprimida, até os mais ínfimos detalhes, se, com razão, não receássemos confiar aos magistrados um poder tão ilimitado sobre os indivíduos. Quando pensamos que uma pessoa está, com justiça, obrigada a praticar um ato, dizemos, em linguagem corrente, que ela deveria ser compelida a praticá-lo. Seria agradável a nós ver a obrigação imposta por alguém que tivesse poder para isso. Se vemos que essa compulsão exercida pela lei seria inconveniente, lamentarmos a impossibilidade, consideramos como um mal a impunidade conferida a justiça, e nos empenhamos em reparar esse mal, conferindo uma expressão enérgica a nossa desaprovação do público que será infligida ao culpado. Assim é sempre a ideia de um constrangimento legal que está na origem da noção de justiça, ainda que esta sofra diversas transformações até tornar a forma acabada que apresenta num estado

---

98 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 143.

99 MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 144.

> avançado da sociedade.[100]

Salienta-se que, na concepção de Mill, não há distinção de natureza entre regras morais, regras legais ou regras de justiça, pois “nada nos permite distinguir a obrigação de justiça da obrigação moral em geral”[101] uma vez que é o próprio *princípio da utilidade* que explica a verificação de uma regra de conduta de incidência moral ou legal, levando em conta que o que faz o ser humano impor a possível perda de liberdade é a respeito de mais dor para o agente e mais liberdade que proporciona mais prazer. Isso acontece devido ao fato de se entender que, da feitura de regras legais, o estado tem prerrogativas de retirar a liberdade de alguém e, por consequências, gerar dor.

Contudo, assegura-se que regras morais que prescrevem direitos conformam deveres a serem observados pelo outro, assim se relacionando à máxima da liberdade, que assevera que todo “ser” é responsável face à comunidade por produzir mal ao outro ou por violar o dever de cumprir. Ainda no que tange à máxima da liberdade, destaca-se que é um direito do ser humano e é um dever a sua proteção.

Nesse ponto, observa-se a conformação da máxima da liberdade em regra legal, a qual o Estado tem por obrigação assegurar a todos os participantes da comunidade e da qual surge a prerrogativa de restringir a liberdade de pessoas que causem mais dor do que prazer à comunidade. À mesma lógica, outras regras morais que produzem direito se revelam na afirmação de que se deve tratar o indivíduo de acordo com o mérito e não restringir ou privar pessoa do que lhe pertença, esse tipo de regra deve ficar sob a jurisdição do Estado.

A imparcialidade, cabe ressaltar a do julgador, é um bom exemplo de regra moral que gera um direito moral, pois, assim sendo, seu rompimento produz dor e dano.

> Conservar as expectativas é mais uma regra da moralidade, que por sua vez também produz direito, gerando dor sua frustração, entendo que deve ser mantida no escopo da moralidade, levando a probabilidade de ser repreendida de forma informal pela comunidade, dado que uma lei com objetivo que as pessoas realizem suas expectativas geradas ocasionaria

---

[100] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 152.

[101] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 203.

> uma demasiada intromissão no conceito de liberdade individual.[102]

Cabe ressaltar que as regras da moralidade costumeira, ou princípios secundários da moral, são fundamentos no *princípio da utilidade* ou no teorema original e passaram a ser aceitas, ao longo da história da humanidade, devido à compatibilidade com o princípio da utilidade. Em outras palavras, por produzirem mais prazer do que dor.

Dessa forma, na eventualidade de que princípios secundários se colidam em uma determinada circunstância ou em alguma prática, o *princípio da utilidade* sempre poderá ser chamado a sua consubstanciação à luz do cálculo de prazer e dor. Entretanto, outras normas da moralidade podem produzir beneficência entre os indivíduos e outras regras cujo cerne é o não envolvimento de relação social e o indivíduo usar a moralidade para orientar sua vida com destino à felicidade.

Assim, as regras morais que não geram uma obrigação ou um direito são benéficas ao desenvolvimento social e possuem a capacidade de induzir ao bem, quer se perpasse pela força do hábito ou por uma remissão ao primeiro princípio, quer se refira ao cálculo hedonista. Existem importantes razões para que os indivíduos prescrevam normas para sua conduta de vida rumo à felicidade, embora as regras obrigatórias[103] se conformem a respeito de ações que possam produzir mal entre eles. Conforme ressalta Mill:

> o interesse que tem de inculcar em cada um o dever de beneficência positiva é incontestável, mas num grau muito menor, pois é possível que não necessitemos dos benefícios de outros. Mas sempre necessitamos que nos causem prejuízo. Assim, as regras morais que protegem cada indivíduo dos prejuízos que os outros possam causar-lhe, seja impedindo sua liberdade de procurar o seu próprio bem, são mais caras [...]. Ora, são essas regras morais que fundamentam a obrigação de justiça.[104]

Outras regras, advindas da natureza complexa da pessoa e não produtoras de direitos e deveres, partem da seguinte questão: como confluir o interesse individual com o interesse da comunidade e ainda proporcionar e obter prazeres de qualidade elevada, sendo estas também parte da moralidade e instrumentos para alcançar a felicidade? Mill afirma que a moralidade é mais importante do que as

---

[102] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 271.

[103] SKORUPSKI, John. **John Stuart Mill**. London: Routledge, 1989. p. 36.

[65] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: MartinsFontes, 2000. p. 270.

relações de justiça que geram uma obrigação moral:

> Onde quer que haja um direito, há um caso de justiça e não de beneficência; e quem não situara distinção entre justiça e moralidade em geral onde acabamos de situar acabará por não fazer distinção alguma entre elas e reduzirá toda moralidade à justiça.[105]

Contudo, é irrelevante que as regras de moralidade do indivíduo sejam concebidas em regras produtoras de direitos e, assim, pertencentes a regras de justiça e a regras que não produzam direitos morais, os quais, apesar disso, funcionam como instrumento e orientam a pessoa ao melhor caminho, seja individualmente, seja na esfera coletiva no sentido do bem. Torna-se relevante observar que o indivíduo de Mill é perfeito no campo prático e é munido de princípios práticos face à natureza complexa que possui.

Sob outro viés, observa-se que há, para Mill, uma moral positiva mais abrangente que a prescrição da moralidade costumeira embasadas por um cálculo de custo/benefício, que é viabilizado pela natureza complexa do indivíduo. De fato, conforme dito, existem regras que não possuem uma relação direta com o cálculo de prazer e dor, essas de tempos em tempos caminham para uma evolução natural.

O indivíduo não responde face à comunidade no que tange às outras regras que não produzem direitos, de acordo com a máxima da liberdade. Somente o que cabe a sociedade nessas circunstâncias é dar conselhos, instruir, isolar o indivíduo, mas não o cobrar, como se exige uma dívida. Ademais, a produção de regras morais não implica restrição de liberdade das pessoas, visto que esses indivíduos precisam de regras no campo prático do agir para melhor atingir a felicidade.

De acordo com a natureza complexa do indivíduo de Mill, que é consubstanciada por elementares que vão além da tese do hedonismo, como capacidade de conduta por hábito, a necessidade de realização de faculdades elevadas podem ser alcançadas por intermédio da experiência, da possibilidade que o indivíduo possui de se modificar qualitativamente e também da presença das leis da mente. Embora esses princípios possam ser modificados face ao princípio da utilidade, são mais reconhecidos que este próprio com o passar do tempo.

---

[66] MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: MartinsFontes, 2000. p. 255.

## 8 O UTILITARISMO DE PETER SINGER

Singer é um conceituado filósofo, professor e humanista, tido por muitos como um grande defensor dos animais, conquistando notoriedade com a popularização da bioética. Peter Singer nasceu em Melbourne, Austrália, seus pais eram judeus imigrantes que chegaram ao país após a Alemanha Nazista unir a Áustria a seus territórios. Era filho de pai comerciante e de mãe médica.

Em Melbourne no ano de 1967, na Universidade de Melbourne, Singer graduou-se em Filosofia e concluiu o mestrado em 1969. Em 1968, casou-se com Renata, colega de sala. Em 1971, lecionou ética em Oxford, na Inglaterra. Sua obra mais conhecida é “Libertação Animal” publicada em 1975, que, mais tarde, tornar-se-ia a mais importante se sua carreira.

O pensamento de Singer perpassa conhecimentos no que tange à ética e recebeu forte influência do prescritivo universal de Hare. Como assim assevera Singer:

> [...] foi R.M que lhe deu; requisito fundamental da ética; a sua forma mais precisa. Com Hare afirma, para que os nossos juízos sejam morais, e tem de ser ‘universalizáveis’ [...] temos que estar preparados para os escrever ou percamos com a sua aplicação [...]. A explicação de Hare da natureza do pensamento ético permiti-nos levar em linha de conta todos os fatos relevantes para o comportamento ético [...]. O pensamento ético limita à medida que podemos colocar nossas necessidades e a nossa e a nossa própria felicidade.[106]

Singer recebe influência de Hare não somente nas questões relativas, mas nas estruturais, como o tipo de utilitarismo a se seguir. “O argumento especulativo a favor do utilitarismo baseado nos interesses ou nas preferências deve muito a Hare [...]”[107].

Singer milita em defesa da tese na qual a ética tem suas próprias origens na conduta social dos ancestrais humanos e pré-humanos. Dessa forma, o agir social é um padrão de limitação que concede as condições dos indivíduos, de uma sociedade, de se agruparem. Essas limitações são de relevante valor social, uma

---

[106] SINGER, Peter. **Como havemos de viver?** A ética numa época de individualismo. Tradução de Fátima St. Aubyn. Lisboa: Dinalivro, 2006b. p. 308-309.

[107] SINGER, Peter. **A ética prática**. 3. ed. Tradução de Jefferson Luiz de Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006a. p. 380.

vez inibem os ataques a indivíduos de outro grupo.[108]

O agir humano, que reside na origem da ética, são o parentesco e o altruísmo recíproco. Essas duas modalidades de conduta social são consideradas naturais, pois foram herdadas ao longo do processo de evolução por seleção natural. No entendimento de Singer, a conduta altruísta é decorrência natural da qualidade de ser humano, implicando a afirmação de que não somos conformados pela natureza e, ao mesmo passo, somos egoístas, ainda que o agir interessado permeie a natureza humana.

Cumpre salientar que, no pensamento de Singer, as prescrições morais não são determinantes morais. Há, a *priori*, uma integração dos elementos biológicos e culturais que, dessa forma, não se excluem, e sim se complementam. A elementar cultura pode figurar de forma intensa ou suave e, até mesmo, retirar tendências genéticas. Assim a *posteriori*, a percepção da explicativa da origem ética não pretende prescrever nenhum conteúdo normativo.

> Nossa biologia não prescreve as formas específicas que a nossa moralidade toma. Existem variações culturais na moralidade humana como até mesmo Heródoto notou. No entanto, parece provável que todas essas diferentes formas são a consequências de comportamentos que existem em animais sociais e são o resultado dos processos habituais evolutivos da seleção natural. A moralidade é um fenômeno natural. Mitos não são necessários para explicar a sua existência.[109]

A moralidade permeia a estrutura do ser humano e é uma característica que afeta de maneira comum a todos que se entregam à coletividade, de tal forma que o reconhecimento de padrões é verificado na totalidade dos grupos sociais. Todavia, a norma que consubstancia de forma cogente as condutas de determinados grupos pode variar conforme o costume e a pluralidade de padrões sociais entre eles.

A estrutura explicativa do naturalismo biológico, exemplificado pela sociobiologia e que pode meramente descrever e explicar a conduta social, não consegue explicar, à luz da ética, se essas ações são ou não corretas. Singer fomenta uma percepção ética que se consubstancie com uma determinada explicação acerca da origem da ética, levando em conta as contribuições do

---

[108] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 2.

[109] SINGER, Peter. Ethics and institutions. **The Journal of Ethics**, Amsterdã, v. 9, p. 331-352, 2005. Disponível em: https://www.utilitarian.net/singer/by/200510--.pdf. Acesso em: 11 maio 2020. p. 337.

pensamento da corrente evolucionista.

Entretanto, cabe ressalvar que sua aceitação sobre determinados pontos da teoria da evolução não se confunde com o naturalismo da biológico da sociobiologia. Singer não abstrai prescrições de conteúdo normativo das justificativas da conduta humana. Nessa esteira, ressaltam-se também os avanços da filosofia moral principalmente de Hare.

> Estamos lidando com um estágio de desenvolvimento humano para o qual não existem registros históricos, e as ideias não deixam fosseis. No entanto, a explicação que eu darei é inerente coerente e se encaixa na evidência disponível, o que é mais do que pode ser dito para as explicações puramente biológicas que ignoram a lógica inerente ao pensamento ético.[110]

Para fundamentar seu objetivo, Singer se utiliza da teoria da evolução afirmando que esta contribui para a razão frente ao crescimento da capacidade humana. A capacidade para a razão gerou espaço para uma reflexão, que perpassa as modalidades de comportamento sociais, que se pode exemplificar como: o *altruísmo de parentesco* e o *altruísmo recíproco*. Contudo, as modalidades geram as condições para que os humanos contestem seu comportamento social herdado, que possibilita a mudança para uma tradição costumeira e as teorias éticas.

Ao demonstrar que a capacidade para a razão e a reflexão e o elemento estruturante desempenham  um importante papel na formação dos costumes socias e da ética, Singer começa um processo de afastamento da sociobiologia, que propunha culminar normas morais da explicação naturalista da natureza humana.

De fato, a ciência propicia um entendimento maior sobre fatos importantes e faz com que uma determinada decisão seja tomada pela compreensão simultânea da ampla possibilidade de circunstâncias e de possíveis resultados de um ato. Os avanços e descobertas das ciências, por sua vez, contribuem na interpretação de como se perfaz um processo biológico e ainda afetam a psicologia e o comportamento dos seres humanos.

Ao mesmo instante, os avanços da ciência somam de “forma indireta”. Para a ética normativa, ao rever o modo como se deve encarar o debate sobre a origem da ética, as contribuições da teoria da evolução não proporcionam diretamente princípios normativos, entretanto são utilizados para fragilizar outras concepções da

---

[110] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 90.

ética que caminham a determinadas conclusões normativas. Contudo, o que se queria alcançar não é tão somente a refutação de regras normativas, mas sim afastar o pensamento que legitimava a concepção de normatização das regras.[111]

A doutrina da evolução afastou a ideia da existência do Jardim do Éden, opondo-se aos pensamentos que concebem uma distinção ontológica das espécies.[112] Essa distinção se daria por grau, o que gera a possibilidade de se falar em continuidade entre anatomia, fisiologia e vida mental. Segundo Singer, o pensamento evolucionista desestruturou o fundamento racional da ideia de seres humanos serem criados a partir de outros animais.

Outro argumento utilizado por Singer para rechaçar a teoria naturalista consiste na afirmação de que o comportamento social não é natural devido à sua natureza de ser exclusivamente sociocultural. A transcrição de experiências antropológicas é demonstrada desde de Heródoto (V a.C.), para quem distintas sociedades possuem diferentes códigos morais. A leitura costumeira das transcrições de relatos é a premissa de que discutir ética implica focar nas culturas peculiares e nos elementos sociais e históricos que implicaram determinados códigos morais.[113]

Com o avanço da teoria da seleção natural, a estrutura científica passou a considerar a natureza do homem como extremamente flexível. É patente para Singer que há incidência de elementos comuns que estão permanentemente na diversidade cultural e que são relacionados ao *altruísmo de parentesco* e ao *altruísmo recíproco*, que se verifica em outras espécies. Nesse viés, características como cooperação e reciprocidade em forma e em grau insipientes podem ser interpretadas como não exclusivas da raça humana, mas, de forma oposta, são partes do processo de evolução presentes antes mesmo de os humanos terem desenvolvido a capacidade de razão.[114]

Contudo, Singer prescreve que as instituições morais são a conformação do processo de evolução e, assim, não possuem valor como critério para aferir

---

[111] SINGER, Peter. Ethics and institutions. **The Journal of Ethics**, Amsterdã, v. 9, p. 331-352, 2005. Disponível em: https://www.utilitarian.net/singer/by/200510--.pdf. Acesso em: 11 maio 2020. p. 349.

[112] SINGER, Peter. **Uma izquierda darwvina**: política, evolucion y cooperacion. Tradução de A. J. Desmonts. Barcelona: Crítica, 2000. p. 29.

[113] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 28-29.

[114] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 3-4, 24.

normatividade. Todavia, a premissa de que o núcleo da ética se perfaz pelo comportamento social altruísta e possui origem natural é totalmente afastada. Na corrente filosófica que seguiu no Ocidente, determinou-se uma separação ontológica entre os homens, que têm como característica distintiva a racionalidade e a autoconsciência e os animais não humanos, os quais se movem unicamente pelo instinto.

> O núcleo da ética (o altruísmo de parentesco e o altruísmo recíproco) é mais profundo em nossa espécie e é comum aos seres humanos em toda parte. Ele sobrevive às dificuldades mais terríveis e às tentativas mais cruéis de privar os seres humanos de sua humanidade. No entanto, algumas pessoas resistem à ideia que este núcleo tem uma base biológica que herdamos de ancestrais pré humanos. Um terreno de resistência é que nós gostamos de pensar em que nossas próprias ações como radicalmente diferente do comportamento de animais, não importa o quão altruísta esses animais são. Animais que agem instintivamente; seres humanos são racionais, seres autoconscientes. Podemos refletir sobre a correção ou incorreção de nossas ações. Os animais não podem. Podemos seguir as regras morais. Podemos ver o que é bom, escolhe-lo. Os animais não podem. Ou assim muitas pessoas pensam.[115]

No começo, pensava-se que os animais não possuíam habilidades para o manuseio de ferramentas. Entretanto, foi descoberto que o pica-pau das Ilhas Galápagos se utilizava de espinhos para buscar insetos dentro de buracos de árvores. Prevalecia, até então, o entendimento de que só humanos possuíam a habilidade de produzir ferramentas, mas a teóloga e primatóloga Jane Goodal fez a descoberta de que chimpanzés eram capazes de arrancar folhas para fazerem ferramentas para apanhar insetos. Como consequência, essa linha de separação entre o animal homem e os demais animais, que parecia intransponível, desapareceu. De forma similar, a linguagem era outro abismo que recentemente se desenvolveu em alguns primatas, por exemplo chimpanzés, gorilas e orangotangos, que estão aprendendo a linguagem dos sinais dos surdos. Além disso, ninguém mais duvida de que golfinhos e baleias possuam uma linguagem complexa.[116]

Um item subjacente às incursões de tentar a separação de homens e animais é a suposta incapacidade e irracionalidade face ao comportamento social dos animais não humanos. Singer opõe-se e argumenta que a capacidade da razão e do comportamento de uma dada sociedade, que se localizam no núcleo do

---

[115] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 27.

[116] SINGER, Peter. **A ética prática**. 3. ed. Tradução de Jefferson Luiz de Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006a. p. 82-83.

comportamento social, não são exclusividade da raça humana. Segundo Singer, os chimpanzés, orangotangos e gorilas desenvolvem a capacidade para razão ao longo do processo da seleção natural. Todavia, o grau apresentado por esses animais não humanos é incipiente e encontra-se muito abaixo do encontrado em seres humanos.[117]

Singer não refuta a patente existência da distinção sob o desenvolvimento moral atingido pelos homens face aos demais animais. Ao ponto que a capacidade para o raciocínio se desenvolveu, a reflexão e as escolhas raciocinadas tornam-se viáveis, ao passo que se dão com uma maneira complexa de comunicação.

Com a evolução da autoconsciência, os homens se dispuseram a enxergar a si próprios como situados no tempo com passado e futuro. Entretanto, não se gerou a possibilidade de um coeficiente maior de conhecimento face aos padrões de vida social.

> A ideia de costume implica a capacidade de ver além dos eventos particulares, para classificar o que acontece aqui e agora e o que aconteceu há algum tempo atrás. Essa capacidade que – embora provavelmente não limita exclusivamente os seres humanos –, é seguramente mais desenvolvidas em seres humanos do que em outros animais. A prontidão que podemos compreender eventos particulares sob uma regra geral pode ser a diferença mis importante entre a ética humana e a animal.[118]

São os princípios e regras gerais que conformam um padrão de decisões para além de casos individuais. Segundo Singer, muitas interações dos animais não humanos podem ser analisadas pelo comportamento social. Todavia, não são passíveis de serem concebidas como um princípio moral refletido que pode atuar em casos parecidos. Ademais, outra diferença que se desfaz é que os animais cooperam entre si e aplicam determinas sanções àqueles que tentam levar vantagem, mesmo não apresentando justificativas para tais ações.

Na concepção de Singer, o processo paulatino, que abrange o comportamento social que advém do processo de seleção natural e vai até o costume social e a ética, pode ser lido como um crescimento do círculo de reflexões pelo outro. O processo pode ser exposto com as seguintes “fases”:

---

[117] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 28.

[118] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 95.

1) *Altruísmo de parentesco* leva à propriedade da “aptidão reprodutora” dos indivíduos com a mesma linhagem genética.
   1.1 Cuidar dos filhos.
   1.2 Cuidar dos familiares.
2) *Altruísmo recíproco* expande o círculo de concepções para se analisar indivíduos que não possuem a mesma linguagem genética.
3) Costumes sociais.
4) Críticas aos costumes sociais
5) “Progresso” à possibilidade da solução racional das divergências morais.

A atitude humana que os homens recebem como legado é encontrada no agir determinado pelo interesse próprio e pela atitude social. Para o altruísmo *de parentesco*, são relevantes os indivíduos com a mesma genética, que, dessa forma, aduzirão os cuidados dos pais com os filhos e, até certo ponto, alguns outros graus de parentesco. Já o *altruísmo recíproco* se dá na abrangência do círculo, implicando a concepção de chegar a indivíduos que não têm a mesma carga genética, o que poderia ser uma das razões por que o grupo se cuida.

A construção dos costumes sociais se dá por meio da análise do comportamento do homem que a recebe como legado. O processo de evolução dos costumes tradicionais é composto por duas fases: um *estágio intermediário* de desenvolvimento no qual começa a emergir questionamentos sobre esses costumes e o *estágio mais complexo,* que pode ser perquirido quando a solução para conflitos morais é buscada de forma racional.[119]

O altruísmo pode ser compreendido como um comportamento no qual se beneficia outro com o custo para si.[120] Essa qualidade precisa ser laborada para se aproximar do sentido comum sobre ela, posto que altruísta, no entendimento popular, é aquele cujo comportamento ou ação é benéfico para o outro, porém com um ônus para o agente, que age sob a motivação do próprio benefício do outro. Dessa forma, atitudes humanas motivadas pelo ganho de benefícios para si só e também pelo interesse próprio subjacente não se entendem como altruísta.

A distinção entre dois pensamentos, em que, primeiro, avalia-se uma atitude

[119] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 97-98.

[73] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 5.

como altruísta apenas considerando suas consequências e, na segunda, um comportamento é avaliado como altruísta pela razão de suas consequências e seus motivos.

A possibilidade da existência do comportamento altruísta forja o problema central nas justificativas evolucionistas do comportamento social. Se a evolução é um embate cego e cruel pela sobrevivência, pelo fato de o altruísmo não ter sido eliminado ao longo do processo, as consequências parecem ser a diminuição da própria capacidade de sobrevivência do indivíduo altruísta e melhora da capacidade de outro indivíduo.[121]

[74] SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 5.

## 9 O UTILITARISMO DE JOSHUA GREENE

Psicólogo, professor, neurocientista e filósofo, Greene é reconhecido por seu trabalho sobre como a racionalidade e a emoção afetam a tomada de decisão moral. É membro do *Center for Brain Science* e diretor do *Greene Lab* na Universidade de Harvard. Em 2012, venceu o Prêmio Stanton da Sociedade de Filosofia e Psicologia, e, em 2013, foi agraciado com o Prêmio de Harvard Roslyn Abramson, por sua excelência no ensino.[122] Destaca-se que suas pesquisas envolvem as áreas de intersecção entre a filosofia, a psicologia e a neurociência.

Joshua Greene tenta demonstrar, partindo da filosofia utilitarista de Bentham e Mill, que a neurociência pode comprovar as máximas utilitaristas. Para isso, ele se mune de vários experimentos para demonstrar o agir humano. Nesse intuito, tem-se que o cérebro dual e o utilitarismo, como metamoralidade comum a todos os povos, são os dois pilares de seu pensamento traduzidos em sua obra *Tribos Morais*.

O conceito de cérebro dual é explicado por meio de experimentos científicos, tais como o conhecido *dilema do bonde*. Esse mesmo teste é ministrado com variáveis distintas, sendo que uma delas se perfaz quando um indivíduo é questionado se apertaria o botão para o bonde ser desviado matando um operário em vez de cinco. Nessa situação, a autonomia do indivíduo está restrita a apertar um botão e efetuar o cálculo utilitarista, salvar cinco vidas é melhor do que uma. No entanto, a situação muda radicalmente quando a questão proposta coloca o indivíduo na passarela. Ele vê o bonde descontrolado e pode pará-lo, evitando a morte de cinco operários, porém ele deve jogar uma pessoa da passarela para, assim, bloquear o trilho. Seria ético fazê-lo? Já podemos adiantar que o dilema tem resultados e interpretações diferentes.

> A maioria das pessoas dirá que é errado empurrar o homem da passarela a salvar cinco outros. Essa não é a premissa utilitarista ao menos se aceitarmos as premissas do dilema. Empurrar promove o bem maior, e mesmo assim, parece errado.[123]

E por que deve ser errado? A alegação mais comum no que diz respeito ao

---

[122] GREENE, Joshua. Perfil. **Fronteiras do Pensamento**, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.fronteiras.com/saopaulo/conferencia/joshua-greene. Acesso em: 30 jul. 2020.

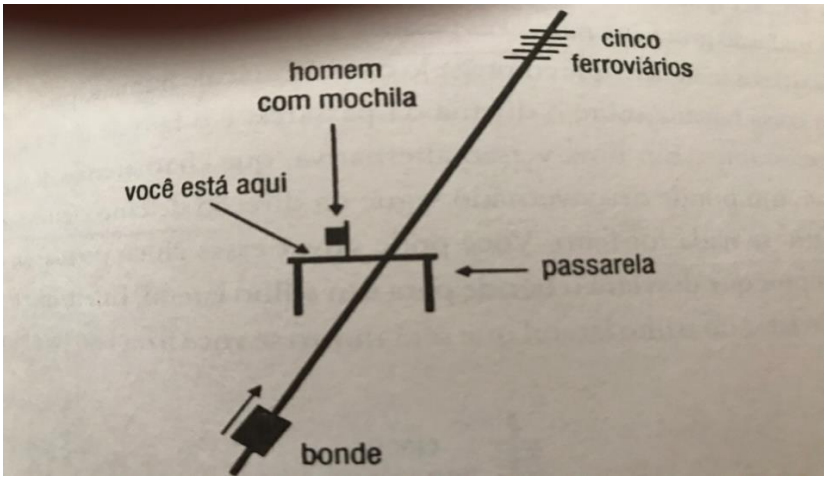
[123] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 121.

utilitarismo é que ele desconsidera os direitos das pessoas, que nos retiram os limites e abrem as portas para que façamos coisas fundamentalmente erradas sem levar as consequências. Greene, então, propõem o teste do "*interruptor*". Nele, basta apertar um botão, e o bonde é desviado do trilho onde há cinco ferroviários para o que tem apenas um. Nesse caso, o resultado é que a grande maioria apertaria o botão.

Por que, então, dizemos sim para o caso do interruptor, mas não para o caso da passarela?

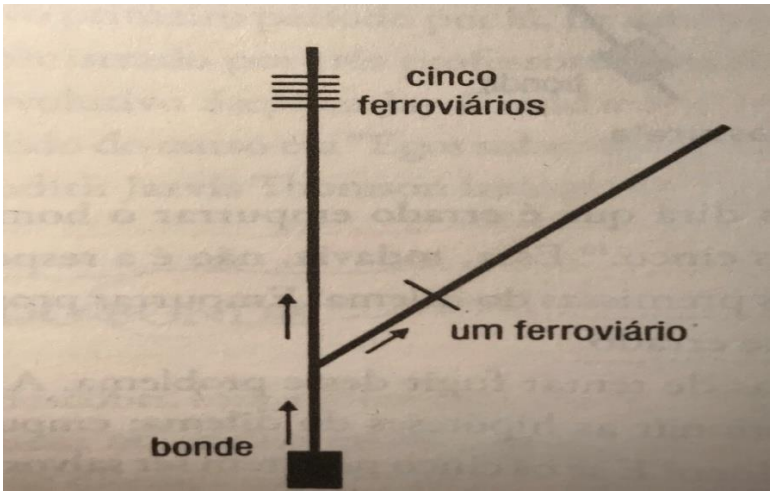
No dilema da passarela, subtrair a vida de uma pessoa em nome do bem maior parecia errado, uma grave violação dos direitos individuais. No dilema do interruptor, trocar uma vida parecia justificado, embora não ideal.

**Figura 1 - Dilema da passarela**




**Fonte: GREENE, 2018, p. 124.**

**Figura 2 - Dilema do interruptor**




**Fonte: GREENE, 2018, p. 123.**

Para Joshua Greene, o distanciamento do indivíduo, no caso do interruptor em relação à proximidade da passarela, parece resgatar o valor do cálculo de custo/benefício. O horror de atirar alguém da passarela desaparece diante do ato mecânico de apertar um botão. No entanto, a diferença entre o caso do interruptor e da passarela é mínima. Em algum lugar dessa curta lista de diferenças, estão aquelas que importam moralmente, ou amenos parecem importar.[124] Assim, sua aposta o coloca mais e mais no caminho da explicação ética, que justifica o utilitarismo, pela psicologia comportamental.

Antes de ir para Princeton, Joshua Greene refletiu sobre um assunto interessante, o caso de Phineas Gage, conhecido paciente neurológico que viveu em Vermont no século XX e foi objeto de estudo de Damásio no livro “O erro de Descartes”. Cage era um supervisor ferroviário cujo caráter mudou radicalmente após um acidente que lançou um soquete de 90 centímetros que atravessou seu crânio e saiu pelo topo da cabeça, destruindo grande parte de seu córtex pré-frontal medial. De maneira surpreendente, após algumas semanas, parecia que Cage havia recuperado suas habilidades cognitivas. Ele podia falar, fazer contas, obter lembranças e assim por diante. Todavia, já não era mais o mesmo homem, o supervisor tornou-se um andarilho irresponsável.[125]

Damásio estudara pacientes com danos às porções ventrais (inferiores) do córtex pré-frontal ventromedial ou CPFVM. Em seus construtos, ele regista ter

[124] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 123.
[125] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 124.

encontrado um padrão consistente, no qual pacientes similares a Cage eram bons em testes cognitivos, como o de Q.I., mas tomavam decisões calamitosas na vida real. Por conseguinte, Damásio inferiu que esses problemas teriam motivação emocional, o que fazia o paciente “saber, mas não sentir”.

Após os resultados, Joshua Greene empolgou-se com a possível ligação com o problema do bonde. Em sua reflexão, o que faltava nos pacientes era o que motivava as pessoas comuns no caso da passarela, mas essa premissa teria que ser testada e Joshua Greene não tinha esses pacientes para o estudo. Então, imbuído em uma solução científica para o dilema do bonde, Greene foi admitido no programa de Ph.D. em Filosofia em Princeton, onde se filiou ao Centro de Estudo do Cérebro, da Mente e do Comportamento, coordenado por Cohen, que usava de imagens cerebrais. “Talvez pudesse eu não precisasse de pacientes neurológicos, afinal. Talvez ver o efeito da passarela no cérebro de pessoas saudáveis [...]”[126].

Ao chegar ao primeiro encontro com Cohen, Joshua Greene apresentou o problema do bonde (passarela e interruptor) e, para sua surpresa, Cohen respondeu: “Entendi! Entendi! Ventral/ Dorsal!”.

Cohen havia entendido e o que Joshua Greene não conseguiu, isto é, a outra metade da história neurocientífica do bonde relacionada a seu trabalho. Enquanto Joshua Greene refletia sobre emoção, no que faz o indivíduo “dizer não” no caso da passarela, restava a questão do que nos faz “dizer sim” no caso do interruptor. Assim, o que permanecia intacto com Phineas Gage e outros como ele? Se esses pacientes possuíam a capacidade de “saber”, mas não de “sentir”, o que lhes concedia “saber”? Para Joshua Greene, era óbvio, ele acreditava que era a filosofia utilitarista, em teor do custo benefício, pois salvar cinco vidas é melhor que uma.[127]

Todavia, para um neurocientista cognitivo, nada sobre o funcionamento da mente é simples ou óbvio. Cohen, em seu Laboratório de Neurociência do Controle Cognitivo e definindo-se pela “habilidade de orquestrar pensamentos de acordo com objetivos internos”, ministrava um teste clássico de controle cognitivo que consiste em nomear cores de Stroop, o que consiste em dar nomes às cores que surgem na tela. Por exemplo, você pode ver a palavra “pássaro” e sua tarefa é dizer “azul”. Entretanto, o teste vai ficando mais difícil quando a palavra que surge nomeia uma cor à qual ela não corresponde. Por exemplo, a palavra vermelho pode aparecer

[126] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 125.
[127] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 126.

escrita em verde e a sua tarefa é dizer verde, todavia seu primeiro impulso será dizer vermelho, pois dizer “vermelho” será mais automático que nomear as cores.

São nesses casos complicados que se apresentam os conflitos internos, com neurônios dizendo “Leia a palavra!” e outra parte de neurônios dizendo “Nomeie a cor!”. Assim, o que soluciona o conflito entre seus comandos? E o que garante que será solucionado da maneira correta (“Nomeie a cor”) e não da maneira errada (“Leia a palavra)? “Esse é o trabalho do controle cognitivo, um selo distintivo da cognição humana, que é ativado por circuitos neurais no córtex pré-frontal dorsal lateral ou CPFDL.”[128].

Devido à longa experiência em testes de Stroop, Cohen exclamou “Ventral Dorsal!”. Como especialista em neurociência do controle cognitivo, ele imediatamente viu que “Salve mais vidas” é como “Nomeie a cor”.

> É uma regra explícita de decisão que pode ser usada para guiar a resposta de alguém ao problema. Além disso, Cohen percebeu que a resposta utilitarista ao caso da passarela (aprovar o ato de empurrar o homem para salvar mais vidas) é como nomear a cor em uma daquelas tarefas de Stroop, como quando a palavra “vermelho está escrita em verde. Para dar uma resposta utilitarista, é preciso superar o impulso conflitante.[129]

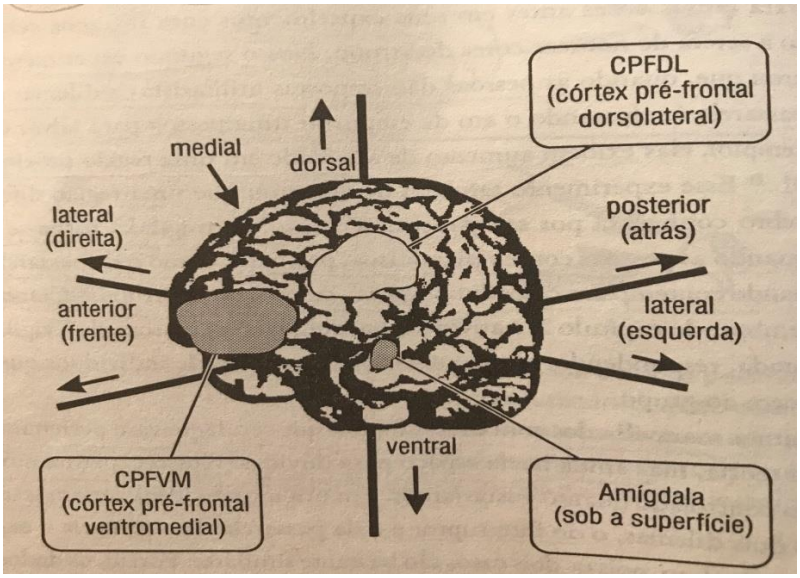
Unindo essas duas premissas, temos a teoria “de modo dual” do julgamento moral, ilustrada pelo caso da passarela e seu contraste com o caso do interruptor. Trata-se de uma teoria de modo dual porque postula distintas e, às vezes, conflitantes respostas automáticas e controladas.

Em resposta ao caso do interruptor, aplicamos de maneira consciente uma regra utilitarista usando o CPFDL (córtex pré-frontal dorsal lateral). Como resultado, tendemos a dar respostas utilitaristas, favorecendo acionar o interruptor para maximizar o número de vidas salvas. No caso da passarela, também aplicamos a regra de decisão utilitarista usando nosso CPFLD (córtex pré-frontal dorsal lateral), contudo, por alguma razão, a ação prejudicial gera uma resposta forte, ativada pelo CPFVM (córtex pré-frontal ventromedial). Todavia, como resultado, a maioria das pessoas julga a ação errada, mesmo entendendo que esse julgamento conflita com a análise utilitarista de custo-benefício.[130]

---

[128] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 127.
[129] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 127.
[79] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 127.

**Figura 3 - Imagem em 3D destacando três das regiões do cérebro implicadas no julgamento moral**




**Fonte: GREENE, 2018, p. 130.**

Assim, em face de situações complicadas, que ora são resolvidas pelo córtex pré-frontal dorsolateral (CPFDL), ora pelo córtex pré-frontal ventromendial (CPFVM), simultaneamente se perfaz a dinâmica do modo dual defendida por Joshua Greene.

## 9.1 A metamoralidade

Como técnica didática permeada em toda sua obra “Tribos Morais”, Joshua Greene se vale de testes simulados para a construção de seus respectivos raciocínios e para a formulação de seus conceitos. Essa técnica, por usa vez, foi empregada na construção no conceito da metamoralidade.

*Pergunta 1:* O botão da felicidade. Na próxima semana, você, sem querer, tropeçará numa calçada irregular e quebrará a patela. Isso será bastante doloroso e reduzirá significativamente sua felicidade por vários meses. Contudo, se pressionar um botão, uma pequena mágica torná-lo-á mais atento evitando a quebra da patela. Você apertará o botão? É claro que sim. Isso demonstra o óbvio: *se todo restante for igual*, as pessoas preferem estar mais felizes que menos felizes.[131]

*Pergunta 2:* O Botão da felicidade líquida. Aqui também se evita a quebra de uma patela ao apertar um botão. Todavia, nesse caso, existe um custo ao apertá-lo.

[80] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 197.

Um mosquito irá picar-te, gerando uma coceira irritante durante alguns dias. Você apertará o botão? Claro que sim. Antes uma coceira que uma patela quebrada. Lição: estamos todos dispostos a assumir *compromissos* nos quais aceitamos uma perda de felicidade em troca de um grande ganho de felicidade. Dessa forma, se todo restante for igual, optamos por mais felicidade líquida a menos felicidade líquida.[132]

*Pergunta 3:* O botão da felicidade do outro. Aqui, as coisas são como na pergunta 1, excetuando que agora estamos em terreno moral. Em vez de poupar a si mesmo de uma patela quebrada, o acionar do botão impedirá alguém de ter uma patela quebrada. Você apertará? Certamente que sim, alguém que conheça, alguém com quem se identifique. Ou talvez não, se for alguém que você não gosta. Suponhamos que se trate de alguém que "você não conhece". Aposta-se que você apertará o botão.[133]

Podemos refletir sobre as situações propostas por Joshua Greene, será que todas as pessoas agiriam da forma proposta na pergunta 3? É possível que não. Mesmo dentro da população "normal", existem psicopatas que não ligam para os outros, há pessoas que exibem graus variáveis de altruísmo, indiferença e antipatia.

Joshua Greene busca uma metamoralidade baseada em valores partilhados e, para esse propósito, os valores partilhados não precisam ser perfeitamente universais. Basta que eles sejam bastante partilhados por membros de tribos diferentes cujas discordâncias esperam-se resolver apelando a um padrão moral comum, ou seja, a uma moeda comum.

O que o autor forja, primeiramente, é que, se todo restante for igual, preferiremos mais felicidade que menos felicidade, não só para nós mesmos, mas também para os outros. Segundo, quando se trata dos outros, importamo-nos não apenas com a quantidade de felicidade dos indivíduos, mas também com o número de indivíduos afetados. Por último, ele estabelece que importamos com a soma de felicidade dos indivíduos, levando em conta tanto a quantidade de felicidade para cada indivíduo quanto o número de indivíduos afetados. Se todo o restante for igual, preferimos aumentar a quantidade total de felicidade entre as pessoas.

Todavia, o "nós", para Joshua Greene, não abrange todo ser humano que já viveu. A ele, interessa que esse "nós" seja amplo e diverso, incluindo membros de

---

[132] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 197.

[133] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 197.

todas as tribos. Ademais, conjecturando Joshua Greene, afirma-se que não existe tribo no mundo cujos membros não possam sentir a atração pelo pensamento utilitarista.

> Se estiver certo (se todos tivermos compromisso) um compromisso 'se todo o restante for igual' com o aumento da felicidade, isso possui profundas implicações morais. Significa que temos um terreno moral comum muito substancial.[134]

É notório que se tenha apenas um compromisso padrão com a maximização da felicidade, refletido no qualificador "se todo o restante for igual". É esse qualificador que torna as perguntas tão tediosas.

> Não é uma questão de grande ganho pra 'nos' versus grande perda pra 'eles'. Na versão tediosa, não há diferença significativa entre vencedor e perdedor e, assim, a maximização imparcial da felicidade prevalece de maneira previsível.[135]

Todos estamos felizes em maximizar a felicidade desde que fazer isso não conflite com aquilo com o qual nos importamos. Se se retira o qualificador, temos o utilitarismo. Temos um sistema moral completo, uma metamoralidade que pode resolver qualquer discordância moral.

Porém, ao remover o qualificador, aquilo que se ganha em "potência" perde-se em aprazibilidade. Maximizar a felicidade significa (ou poderia em princípio, significar) fazer coisas que parecem erradas, como empurrar pessoas na frente de bondes.[136]De fato, não somos todos utilitaristas, longe disso, mas todos compreendemos o utilitarismo. Todos entendemos por que maximizar a felicidade é, ao menos à primeira vista, um ato razoável de se fazer. Todos nós entendemos por que existe uma filosofia moral sistemática que faz sentido para todo mundo. "E por que essa filosofia universalmente compreensível também consegue, em um momento ou outro ofender as sensibilidades morais de todo mundo?"[137].

É como se houvesse uma parte de nosso cérebro que pensa que o utilitarismo faz perfeito sentido e outras que ficam terrivelmente ofendidas com ele. Entender o utilitarismo requer o conhecimento da estrutura de processo dual aqui

---

[134] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 199.
[135] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 200.
[136] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 200.
[137] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 201.

exposta.

> Se eu estiver certo, o utilitarismo é a filosofia nativa do modo manual humano, e todas as objeções a ele são essencialmente motivadas pelas configurações automáticas. O utilitarismo faz sentido para todo mundo porque todos os seres humanos possuem mais ou menos a mesma maquinaria de modo manual. É por isso que o utilitarismo é unicamente adequado para servir como nossa metamoralidade e nos fornece uma inestimável moeda comum.[138]

Pessoas aleatórias podem ter o mesmo tipo de configuração automática, as mesmas emoções morais, que incluem sentimentos de empatia, raiva, repulsa, culpa, vergonha e desconforto em relação a certas formas de violência pessoal. Porém, os gatilhos precisos de nossas emoções morais podem variar de tribo para tribo e de pessoa para pessoa.

> A despeito dessa variedade, as configurações automáticas de todas as tribos humanas têm algo em comum: os instintos de ninguém são sempre utilitaristas. Assim, nosso cérebro moral de processo dual faz com que o utilitarismo pareça parcialmente, se não completamente, correto para todos. Todos sacamos o utilitarismo porque todos temos o mesmo modo manual, e todos ficamos ofendidos com ele porque todos possuímos configurações automáticas não utilitaristas.[139]

Segundo a teoria de Joshua Greene, o cérebro moral evoluiu para ajudar a disseminar nossos genes e não nossa felicidade coletiva. De maneira mais específica, o aparato moral evoluiu para conseguir um equilíbrio biologicamente vantajoso entre egoísmo e cooperação no interior do grupo, sem preocupação com as pessoas mais propensas a serem competidoras que aliadas.

Portanto, espera-se que nossas instituições morais sejam, no todo, mais egoístas e tribais que o prescrito pelo utilitarismo. Mesmo que nosso cérebro tivesse evoluído para maximizar a felicidade coletiva, as configurações automáticas são, por sua própria natureza, instrumentos cegos, isto é, eficientes, mas inflexíveis. Assim, seria surpreendente se o homem se guiasse com consistente direção à maximização da felicidade, mesmo que esse fosse seu fim biológico, o que não acontece. Nossas configurações automáticas não são, nem se poderia esperar que fossem, utilitaristas.[140]

Para melhor compreensão da teoria de Joshua Greene, é preciso abordar um

---

[138] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 201.
[139] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 201.
[140] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 201.

pouco sobre modo dual. É este que dá a flexibilidade de ignorar às configurações automáticas do ser humano. Como exemplo, cita-se o caçador que está atrás de uma presa feroz e passa por goiabas deliciosas. É o modo manual que permite ignorar o impulso automático de comer as goiabas e que possibilita escolher melhor os objetivos de longo prazo. Esse O modo também dá a habilidade de fazer planos complexos e viabilizar possibilidades que não são automaticamente sugeridas pelo que quer que esteja a nossa frente.

Joshua Greene enfatiza que aquilo que chama de “modo manual” não é uma classificação abstrata, e sim um conjunto de redes neurais, baseado primariamente no córtex pré-frontal, que permite o engajamento de seres humanos em raciocínios e planejamentos conscientes e controlados, de forma a permitir que os seres humanos, ao contrário das aranhas, solucionem problemas novos e complexos.[141]

Entretanto, o que é a solução do problema, na língua da inteligência artificial, é solucionar um problema comportamental, é realizar um estado objetivo. Um decifrador de problemas parte de uma ideia de como o mundo poderia ser e então perfaz sua existência no mundo de modo a tentar torná-lo da maneira que pensa.

Um tipo muito peculiar de decifrador de problemas é o termostato. Ele tem um estado objetivo (a temperatura desejada) e funções que o permitem perfazer no mundo a fim de alcançar esse estado objetivo.[142] Por exemplo, ele é bastante flexível, pode aquecer ou resfriar as coisas e pode fazê-lo por tempo determinado. Para tanto, ajusta-se o seu comportamento de acordo com as circunstâncias flutuantes de temperatura. Todavia, no que tange a sistemas solucionadores de problemas, ainda é um elemento muito simples e flexível, posto que é fácil alterar sua função, bastando colocar algo quente ou frio no seu sensor.

Os sistemas decifradores de problemas oscilam muito. No entanto, no patamar mais abstrato, todos comungam certas propriedades. Primeiro, todos trabalham com consequências, modelo no qual uma situação objetiva é uma consequência, que ora pode ser real, ora pode ser mero desejo. Em sequência, todos os decifradores de problemas praticam ações, de acordo com seus relacionamentos causais com resultados desejados e indesejados. Assim, o termostato pode elevar o calor, uma ação, porque a elevação do calor irá desaguar nas consequências desejadas.

---

[141] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 202.

[84] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 203.

O termostato é qualificado como um sistema decifrador de problemas simples por vários motivos. Em qualquer circunstância, ele tem apenas um fim: atuar de forma que a temperatura real se iguale à desejada, e também tem apenas uma crença sobre o estado corrente do mundo: sua idealização da temperatura corrente. Acrescenta-se que um termostato tem a capacidade de executar quatro ações diferentes, ligar ou desligar a fornalha e ligar ou desligar o ar condicionado, e conhece apenas duas relações casuísticas, que são: a) ligar a fornalha aumenta a temperatura e b) ligar o ar condicionado diminui a temperatura. Contudo, ainda ele pode fazer cálculos para aferição da temperatura para saber se está mais alta, mais baixa ou igual à temperatura desejada.

Por mais simples que possa ser um termostato, existem elementos úteis que são ainda mais simples. O sensor de movimento, por exemplo, tem apenas uma crença e uma ação e poderá contribuir no que tange a elucidar o problema, mas não é, em si mesmo, um decifrador de problemas. Isso porque ele não representa um estado objetivo e não age no mundo até sentir que esse estado foi realizado. Esse aparelho apenas liga ou não dependo do externo que se sente. Dessa forma, é um sistema reflexo, uma configuração automática.

É desnecessário dizer que o modo manual humano é muito mais complexo que um termostato. Um único ser humano tem muitos propósitos, muitas crenças sobre o estado corrente do mundo, muitas ações disponíveis e várias crenças gerais sobre as relações causais entre ações e eventos.

> Mesmo assim, a solução humana de problemas, ao menos no nível mais abstrato, partilha a 'ontologia' básica de um termostato: consequências, ações, crenças sobre o estado corrente do mundo e crenças gerais sobre como o mundo funciona, ou seja, sobre as relações causais entre possíveis ações e consequências. Para ver como isso funciona, vamos considerar um problema que, no presente, é solucionável apenas por um cérebro humano.[143]

Suponha que alguém lhe ofereça 10 mil dólares para o encontrar na agência de correio de Oxford Maine, ao meio dia da próxima sexta feira. Antes de receber a oferta, seu cérebro codifica três coisas diferentes: um conjunto de objetivos, um conjunto de ações que você pode realizar e um modelo elaborado de como o mundo funciona. Então, você recebe a oferta e seu cérebro começa a trabalhar. Usando seu modelo do mundo, você infere que, ao obter 10 mil dólares adicionais, atingirá com

[143] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 85.

mais facilidade alguns de seus objetivos atuais. Seu modelo de como o mundo funciona também lhe diz que a oferta é confiável, isto é, que pegar a quantia realmente fará com que você obtenha 10 mil adicionais. Assim, seu córtex pré-frontal transfere o valor de 10 mil dólares para as consequências de chegar ao local certo na hora marcada.[144]

Segundo o pensamento de Joshua Greene, estabelecendo seu novo objetivo, você se apoia em seu entendimento sobre as relações causais para elaborar um plano de ação. Contudo, para que seu corpo possa estar no local e hora certa, você necessitará de um carro ou talvez de passagens de avião.

> A sequência particular de movimentos corporais que você realiza é muito elaborada e bastante específica a cada situação. Nenhum conjunto de instintos, nenhuma coleção de configurações automáticas, poderia fazer isso, nenhuma criatura na história do planeta; nem mesmo você; possui experiência de tentativa e erro na movimentação de seu corpo de sua casa até o lugar certo na hora certa, com seu conjunto único de restrições lógicas. É por isso que você precisa de um tipo fundamentalmente diferente de sistema cognitivo, um planejador de ações de uso geral que possa adotar um objetivo arbitrário e usar um modelo complexo do mundo para mapear a sequência específica de ações que realizará esse objetivo. Isso em resumo, é o que o córtex pré frontal humano faz.[145]

Por que, então, face ao pensamento de Joshua Greene, afirmamos até aqui que o modo manual é utilitarista?

> Eu não acho que ele seja inteiramente utilitarista. Acho que o utilitarismo é a filosofia que o modo manual humano se mostra predisposto a adotar quando está em busca de uma filosofia moral. Vamos reformular: por que o modo manual humano está predisposto na direção do utilitarismo? O trabalho do modo manual é novamente realizar estados objetivos, produzir consequências desejadas. Para um solucionador de problemas simples, como um termostato, não há muita avaliação de consequências. Tudo que importa para o termostato é se a temperatura corrente está muito quente, muito fria ou correta. Um termostato não enfrenta nenhum compromisso. Para um termostato, não há algo como uma temperatura que é boa de certas maneiras, mas ruim de outras. A tomada de decisão humana, em contraste, sempre envolve compromisso.[146]

Como um termostato, seu córtex pré-frontal seleciona as ações que geram consequências desejadas, mas ele apenas não o impele à ação quando traça o caminho comportamental entre onde você está e onde você quer estar, ele leva em conta tanto o valor do objetivo quanto os custos de atingi-lo. Todavia, isso não é

---

[144] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 204.
[145] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 205.
[146] GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 86.

suficiente nos casos de comportamento adaptativo. O córtex pré-frontal não apenas compara benefícios de fazer X com os custos de fazer X, ele também compara os custos e benefícios líquidos de fazer X com os custos e benefícios líquidos de fazer Y.

Dessa forma, forjando o utilitarismo como um elemento comum em todas as tribos e seus integrantes, como uma moeda comum que perpassa o córtex pré-frontal e suas funcionalidades, Joshua Greene constrói seu conceito de metamoralidade.

# 10 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, MODULAÇÃO DE EFEITOS E O UTILITARISMO NO STF

No Brasil, o artigo 28 da Lei nº 9.868/99 já prescreveu taxativamente as sentenças normativas da “interpretação conforme” e da “declaração de nulidade sem redução de texto” como maneiras especificas de controle de constitucionalidade, não havendo, pois, razão para a diferenciação de sua natureza no Direito brasileiro, tal como preconiza Mendes.[147] Devido a ambas produzirem resultados parecidos de redução dos elementos normativos, é menosprezável a investigação de pontuais distinções, como se encontra na doutrina.

Aparecem, em 1999, duas leis que disciplinam o controle de constitucionalidade no atual sistema brasileiro, a 9.868 e a 9.882, a primeira disciplinando a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Direita de Constitucionalidade (ADC), e a segunda regrando a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A primeira, em seu artigo 27, e a segunda, em seu artigo 11, expressam as opções de mensuração temporal, isto é, da modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo. Aparecem assim algumas possibilidades.

O efeito *ex tunc* permanece como via de regra, exatamente de acordo com a linha de pensamento do ex-Ministro Sepúlveda Pertence. Entretanto, três outras opções estão presentes nesse dispositivo. O primeiro é chamado de efeito *ex tunc* temperado ou *efeito ex tunc* mitigado[148], ou seja, reconhece-se que a decisão de controle de constitucionalidade deve gerar a retroatividade de seus efeitos, mas excepciona algumas situações, como a boa-fé objetiva, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e, algumas vezes, a questão da coisa julgada, balizando-se a data da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal. A segunda opção é denominada *efeito ex nunc,* nos parâmetros e bases Kelsiano. Por fim, o terceiro efeito que aparece, chamado de *efeito pro futuro*, destaca-se por ser uma inovação em relação ao pensamento de Sepúlveda Pertence.

Em nosso sentir, é extremamente importante diferenciar o *efeito ex nunc* do *efeito pro futuro,* uma vez que tal diferenciação poderá servir como uma condição

[147] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 473.

[148] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 474.

para decisões utilitarista no seio da Suprema Corte. Curiosamente, uma série de manuais no Brasil não o fazem e tratam como se fossem um só, como se fossem efeitos prospectivos, pois ambos vão gerar efeitos para o futuro.

> Contudo a diferença é absolutamente pertinente porque, se o *efeito ex nunc* é um efeito absolutamente constitucional, uma vez que, diante do reconhecimento de que a norma é inconstitucional ela automaticamente perde efeitos, tal não se dá com a implementação dos efeitos *pro futuros.* Pelo efeito *pro futuro* a Corte Constitucional reconhece que a norma é inconstitucional e, a rigor, pode determinar a continuidade de sua eficácia por mais um tempo indeterminado que pode ser de seis meses, um ano, dez anos, etc.[149]

A situação supracitada demonstra a abertura a decisões de cunho político ou econômico, demonstrando que a corte pode agir calculando os custos e benefícios de manter ou não (por tempo indeterminado) a eficácia de uma norma julgada inconstitucional de acordo com interesse de seus onze ministros e dos interesses em jogo em determinada situação. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, como instituição, ao contrário de sua razão institucional de guarda da constituição, demonstra que atua relativizando a máxima democrática de supremacia da constituição. Dessarte, a respectiva premissa da existência de um poder que figure acima da Constituição e que tenha a faculdade de escolher a incidência de normas que colidam com ela é tida como inaceitável.

Constata-se, em inúmeras obras de Direito no Brasil, a premissa de que a supremacia da Constituição possa ser tida como um princípio, como uma norma jurídica sujeita à incidência da ponderação de direitos fundamentais pelo emprego da proporcionalidade, cuja natureza, seja de princípio, seja de regra, seja de postulado, encontra-se em disputa por teóricos da denominada ponderação de valores, como Virgílio Afonso da Silva e, com ressalvas, Humberto Ávila.[150]

Não comungamos dessa ideia. Para nós, a “supremacia da Constituição” deve ser vista como a “supremacia da fundamentabilidade”, de modo a compatibilizar uma ordem jurídica estatal interna, que não abra brechas para que o utilitarismo, na forma da doutrina de ponderação, deságue em decisões em que se balize pelo cálculo de custo benefício, desestabilizando a ordem jurídica

---

[149] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 474.

[89] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 476.

fundamentada na supremacia da Constituição.

Se não há “supremacia da Constituição”, não existe autopoiese no direito, não há modo de reconhecimento, de codificação e de programação do ordenamento jurídico, o que acarreta a incidência de fundamentos utilitaristas na Corte Suprema, uma vez que, sem as possibilidades de utilização de códigos binários e de um padrão sistemático do ordenamento, o que sobra, como balizamento para uma decisão, é o cálculo utilitarista de custos e benefícios.

Dessa forma, argumentos de cunho político e econômicos passam a controlar a atividade jurídica. A premissa da existência de um efeito *pro futuro* ocasiona a ratificação de um poder que coloca o Supremo Tribunal Federal em uma posição superior à supremacia da Constituição, situação essa que, em nosso sentir, apresenta-se como uma realidade teratológica.

Ressalta-se que a insistência em destacar “o efeito *pro futuro”* se dá pelo fato de nossa recusa face a situações que possam causar alopoise do sistema jurídico, especialmente a pensamentos que gerem raciocínios utilitaristas, particularizados nas variáveis econômicas e políticas.

> Em choque está, pois, de um lado, uma visão predominantemente denominada pelo pressuposto de que a ação moral/jurídica deve ser determinada pelo seu resultado e, de outro, uma visão que nega essa possibilidade a partir de suposições normativas dos direitos fundamentais. De um lado, o cálculo utilitário de Bentham e Joshua Greene. De outro toda a tradição kantiana do universalismo, que constrói tanto no campo do liberalismo igualitário (Rawls e Dworkin) quanto no campo crítico-deliberativo da Escola de Frankfurt.[151]

No entanto, o utilitarismo pujante, principalmente na Suprema Corte e seus efeitos no sistema jurídico, não deve ser contraposto a sua absoluta negação. De fato, o universalismo de teorias da justiça, tanto em Dworkin quanto em Klaus Gunther, não tem a mesma exigência de Kant. A dicotomia entre os discursos de justificação e aplicação (administração e jurisdição) trazem subjacentes a si uma perspectiva de um universalismo fraco, que admite, por conseguinte, um utilitarismo também fraco.

Cabe salientar que o utilitarismo é essencialmente uma teoria que sustenta a premissa de a decisão judicial ser pautada pelo cálculo de custos e benefícios dos

---

[151] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 477.

interesses que estão em jogo, em que a melhor decisão corresponde à conduta que gerar os maiores ganhos particulares, sendo que, para atingir o fim, é aceitável se munir de qualquer meio, para que, com fulcro no princípio utilidade, tome-se a decisão que gere maior ganho. Então, o magistrado deve decidir seus casos aplicando o cálculo de custo e benefício e a máxima da utilidade visando ao maior ganho.

O utilitarismo pressupõe que a densidade normativa das normas jurídicas é variável, cambiando entre uma abertura maior e outra menor. Assim, essa abertura textual normativa confere aos juízes discricionariedade para julgamento, de modo que a magistratura assume o papel de legislador e que os juízes terão sempre um espaço de discricionariedade para aplicação do direito. Assim, frente a esse “espaço normativo”, para o utilitarismo, a melhor decisão será aquela que trouxer o maior ganho face à conjunção de interesses em jogo das partes, da sociedade e do Supremo Tribunal Federal.

Nesse cenário, o juiz utilitarista vai decidir usando o cálculo de custo benefício, levando em conta os interesses em jogo e a vontade particular da somatória de indivíduos de uma sociedade. Sendo assim, cabe salientar que o magistrado utilitarista não julga em favor da sociedade compreendida como somatória dos diferentes indivíduos com diversas maneiras de viver e compreender o mundo.

Ademais, o pensamento consequencialista é uma teoria que se abre à chamada argumentação utilitarista, presente em algumas correntes de pensamento, como o *Critical Legal Studies,* bem representado nos domínios nacionais e internacionais pela teoria de Mangabeira Unger. No Brasil, tem-se desenvolvido bastante pensamento semelhante na área tributária, que se refere à interpretação econômica do direito.

Na visão de Dworkin, o consequencialismo, que, como havíamos dito, é uma face do utilitarismo, apresenta-se também na chamada corrente pragmatista no direito norte-americano, que, a seu ver, contrapor-se-ia ao convencionalismo de Herbert Hart em seu aspecto temporal. Enquanto o utilitarismo volta seus olhos ao futuro, o convencionalismo, muito apegado à tradição, está sempre com olhos no

passado.[152]

O utilitarismo pode se apresentar em duas formas, a primeira está contida na interpretação econômica de Richard Posner, do *Critical Legal Studies* e do pragmatismo, nesse sentido, como na ponderação de fundo alexyano. Já a segunda defende que nenhum operador do direito pode desconsiderar os interesses em jogo nas circunstâncias do caso concreto. Assim, o pensamento utilitarista alimenta a chamada ética deontológica do direito, uma vez que essa viabiliza que o julgador passe a decidir livremente se orientando por suas próprias referencias pessoais, norteando-se por aquilo que entende que é melhor para sociedade, ignorando o direito vigente.

Dessa forma, aspectos funcionais ligados à oportunidade e à conveniência dominam os fundamentos da decisão, impedindo qualquer possibilidade de abertura aos elementos dogmáticos normativos do direito.

> Uma crítica que a ele pode ser originada encontra-se em um voto do Ministro Eros Grau na ADPF 101/DF, no qual ele se opõe à ideia de aplicação do princípio da proporcionalidade que, em síntese, permitiria o mesmo raciocínio, um cálculo utilitarista entre dois princípios.[153]

Um bom exemplo de sentença intermediária de visão utilitarista está no disposto no artigo 11, § 2º, Lei nº 9.868/99. Esse é dispositivo legal que trata da modulação de efeitos repristinatórios e prescreve que o Supremo Tribunal Federal poderá modular o efeito repristinatório face a casos de inconstitucionalidade da lei e também em razão de conveniência ou de oportunidade do Tribunal. Nessa esteira, face a essa última hipótese, observa-se uma análise utilitarista intensa e robusta na hermenêutica do Supremo Tribunal Federal. “Quando a Corte reconhece o descabimento do efeito repristinatório por fundamentos de inconstitucionalidade, na prática, ela estende os efeitos de sua decisão para impedir que lei inconstitucional volte a gerar efeitos.”[154].

Todavia, impedir o efeito repristinatório por questão de mera conveniência ou de oportunidade, claramente, abre ao Supremo Tribunal Federal um perigoso leque

---

[152] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 478.
[153] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 479.
[154] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 480.

de argumentos funcionais e utilitários contra os quais manifestamos nossa oposição. Essa possibilidade e tal poder facultados à Suprema Corte não são compatíveis com a Constituição da República tão pouco com o Estado Democrático de Direito.

Nesse viés, o utilitarismo pode ser entendido como uma autorização argumentativa ao Judiciário para se afastar da deontologia normativa e adotar decisões “mais convenientes” ou “mais preocupadas” com os interesses em jogo, tais como os econômicos, políticos, sociais e morais para a comunidade. Tanto o realismo jurídico quanto as correntes de interpretação econômica e do pragmatismo jurídico assumem, de modo mais ou menos acentuado, o pensamento utilitarista.

> Pela mesma maneira, uma das mais importantes críticas contrárias à técnica de ponderação de valores giza justamente essa questão, pois a prevalência do exame de consequências práticas acabam suprimindo qualquer exame próprio direito, restando a decisão no âmbito da mera conveniência política ou econômica do julgador.[155]

O minimalismo constitucional, como é desenvolvido pela escola de Chicago, principalmente nas lições de Cass Sunstein,[156] face a decisões controversas em matéria de moralidade política, escolhe, em casos de risco e de prematuridade de uma decisão, um não provimento da Justiça. Em outras palavras, o tribunal examinaria se deveria decidir ou não sobre uma questão altamente complexa e controversa na sociedade com a finalidade de preservar seu “prestigio”, principalmente em um sistema de *common Law.* Dessa forma, o mero risco de que o prestígio da Corte ficasse arranhado seria o suficiente para que se adotasse a postura de negar conhecimento ao recurso de modo a não apreciar a questão. Em outras palavras, a Corte exerce sua jurisdição constitucional se pautando pelo utilitarismo, pois, na medida em que escolhe o agir ou o não agir, incorre necessariamente num cálculo de custo e benefício, atuando conforme um juízo de oportunidade e conveniência. “Por conseguinte, a decisão ou a não decisão, como prescreve o minimalismo, são pautadas pela previsão de interesses e consequências que a decisão trará para o prestígio e confiabilidade da Corte.”[157].

Também no viés da interpretação econômica, a sentença deverá ser aquela

---

[155] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 481.

[156] SUSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism at the Supreme Cort. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

[157] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 93.

que trouxer maiores benefícios econômicos à comunidade, ou seja, a sentença será forjada com fundamentos utilitaristas a despeito de um suposto benefício da coletividade. De fato, o utilitarismo age ampliando o espectro de sua análise para avaliar interesses futuros.

Uma importe análise da influência do utilitarismo e também do utilitarismo sob o viés do consequencialismo fora feita por Richard Posner a partir do julgamento realizado Suprema Corte Americana no caso *Bush v. Gore* [531 U.S 98 (2000)].[158] Nesse caso, a Corte, reanalisando decisão da Suprema Corte da Flórida, determinou a suspenção da recontagem de votos naquele Estado, fazendo preservar a última contagem que atribuía a vitória na campanha presidencial a George W. Bush.

Al Gore, candidato democrata, havia conseguido na corte local o prosseguimento da recontagem, que, fatalmente, lhe daria a vitória. Richard Posner foi um dos que se colocou lado a lado da Suprema Corte Norte Americana, defendendo que a decisão assentava-se em diversos argumentos utilitaristas, centrados na ideia de que uma interrupção seria mais vantajosa (cálculo de custo benefício), uma vez que evitaria a incerteza a respeito de quem seria o Presidente dos Estados Unidos, ainda que tal incerteza fosse temporária – Posner coordena sua argumentação, a qual chama de "pior cenário", ou seja o maior custo do cálculo utilitarista.

Dessa maneira, Posner, ao defender a postura da Suprema Corte Americana dizendo que foi corajosa e que sofreu arranhões para evitar uma suposta crise, ele assevera que a decisão foi pautada por circunstâncias, interesses calculados por um juízo de oportunidade e consequências bem distintas de uma jurisdição constitucional.

> Para além do fato de que Posner trabalha com o campo de probabilidades que pode facilmente ser substituído por outro, o que ocorre é que ela camufla o grande argumento utilitarista que poderia ser descortinado: o fato de que os juízes da Suprema Corte optaram por quem achavam que seria o melhor Presidente da República.[159]

Essa fundamentação não passou desapercebida para o utilitarista Posner,

[158] A análise encontra-se em: POSNER. POSNER, Richard A. Bush v. Gore as a pragmatist adjudication. *In*: DWORKIN, Ronald (org.). **A badly flawed election**: debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and american democracy. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 143; e POSNER, Richard A. **Breaking the deadlock**: the 2000 election, the Constitution, and courts. Princeton: Princeton University Press, 2001.

[159] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 94.

mas nem em sua visão ela deixaria de ser considerada lamentável. Assim, ele apela para o que convencionamos ser um “utilitarismo de regras”. Ao longo do tempo, uma regra cuidadosamente estabelecida pode produzir consequências e realizar interesses vantajosos a um determinado bom termo, em outras palavras, uma decisão com fulcro no cálculo utilitarista estabilizar-se-ia e, com tempo, perpetuaria interesses não democráticos.

Essa regra, *in casu,* seria o impedimento de que juízes emitissem posicionamento de cunho partidário e político. Com isso, os próprios juízes da Suprema Corte Americana teriam camuflado suas posições utilitaristas, escondendo um fato que foi do conhecimento de toda sociedade americana: as eleições foram decididas por cinco magistrados conservadores.

> No fim das contas, o processo proposto por Posner mistura uma avaliação utilitarista caso a caso com a ignorância em relação a consequências mais importantes. Então, o problema não é propriamente o de exigir que juízes formulem decisões baseadas apenas pelas consequências, mas, muito mais, o de como encarar tais consequências. E o que acaba restando é uma avaliação pessoal e baseada nas próprias convicções do juiz.[160]

Por certo, qualquer juiz examina as possibilidades de sua decisão, em outras palavras, perpassa pelo cálculo utilitarista. No entanto, deve ser sabedor de que não há uma relação de causalidade absoluta de seus julgados como pressupõem os utilitaristas. A entropia está sempre presente, e esse é o elemento a ser considerado. Dessa forma, o utilitarismo deve ser abrandado para incluir o concretismo, ou seja, o exame do conjunto de provas e de fatos alegados, percebendo o magistrado que o exame utilitarista de uma decisão não pode determinar o conteúdo de suas decisões.

Nas palavras de Ronald Dworkin, o necessário exames das consequências (cálculo utilitarista) de uma decisão judicial não pode jamais suprimir o caráter deontológico do provimento jurisdicional:

> os utilitaristas identificam como condutas moralmente corretas aquelas que maximizam os ganhos que gerem o maior benefício, o deontologista afirma que às vezes é assim que precisamos agir.[161]

---

[160] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 482.

[161] DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 89.

Em termos de controle de constitucionalidade, a questão do utilitarismo é introduzida no exame justamente da modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade de um texto normativo, surgindo, assim, as dificuldades acima elencadas na problemática da retroatividade ou não de tais decisões. De plano, deixamos clara nossa posição: entendemos que a conjunção de técnicas de sentenças aditivas não legislativas com as possibilidades de calibração dos efeitos temporais entre as hipóteses clássicas de retroatividade plena (*ex tunc)*, retroatividade parcial (*ex tunc* temperado*)* e prospectividade (*ex nunc)* são técnicas decisionais mais do que suficientes para os trabalhos do Supremo Tribunal Federal.[162] Elas evitam o utilitarismo, que viola o código binário do direito, e, simultaneamente, evitam a alopoise do sistema jurídico, de modo a garantir a legitimidade e eficácia de suas decisões. Com isso, trazem ainda um efeito colateral importante para a preservação da democracia.

É preciso esclarecer que o utilitarismo está intimamente ligado à decisão de modulação temporal de efeitos prospectivos do tipo *pro futuro.* Talvez por isso, o Supremo Tribunal Federal tenha utilizado de forma tão parcimoniosa o efeito *pro futuro,* pois, até o ano de 2008, de 21 ações declaratórias de constitucionalidade, em nenhuma se deu a aplicação desse efeito.[163] Da mesma maneira, de em torno de 120 arguições de descumprimento de preceito fundamental julgadas, nenhuma delas se utilizou desse efeito. Das 2.735 ações diretas de inconstitucionalidade, desde a Constituição de 1988, em apenas 12, ter-se-ia utilizado da possibilidade da chamada modulação de efeitos temporais[164] em casos de problemas de segurança jurídica e de interesse social, em que a ponderação de princípio de Alexy remete a um cálculo utilitarista.

Entre esses processos, reconheceram-se, em um, a incidência do efeito *ex tunc* mitigado, em 7, ações do efeito ex nunc e, em 5, ações do efeito pro futuro*.* A despeito tanto da parcimônia dos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto do elevado quórum para a aprovação da medida, continuamos a pensar que nenhum

---

[162] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 483.

[163] LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Phronesis: Revista do Curso de Direito da FEAD**, Belo Horizonte, n. 5, p. 105-119, jan./dez. 2009.

[164] LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Phronesis: Revista do Curso de Direito da FEAD**, Belo Horizonte, n. 5, p. 105-119, jan./dez. 2009.

poder pode atribuir, seja por meio de fundamentos utilitaristas, seja por outro qualquer, esse tipo de competência ao Supremo Tribunal Federal ou a qualquer outro órgão estatal, pois a “Supremacia da Constituição” compõe o Estado Democrático de Direito e é impertinente e ilegítima uma ponderação de cunho Alexyano, cujo resultado necessariamente perpassa por um cálculo utilitarista no qual a “supremacia da constituição é relativizada, assim sendo tratada como status de princípio”.

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal se utilizou de modulação temporal no julgamento de recursos extraordinários, transferindo o controle difuso à aplicação de um dispositivo voltado legalmente para o controle concentrado. Isso se deu pela força de fundamentos utilitaristas na modulação temporal, e, assim, por necessidade dessa “maior margem de discricionariedade”, os seus ministros se auto-outorgaram o poder de utilizar a modulação temporal, perfazendo um cálculo de custo benefício, face ao controle difuso.

Nos casos que seguem, a incidência da argumentação “utilitarista” na aplicação do efeito *pro futuro* se caracterizou de fato. Neles, existem situações concretas que, muitas vezes, colocam-nos em dificuldade e precisam ser também analisadas à luz do pensamento utilitarista. Uma delas está no julgamento comum das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 875/DF, n° 1.987/DF, nº 2.727/DF e nº 3.243/DF[165]. A decisão possui mais de um elemento que nos chama a atenção.

Fala-se desses elementos, primeiramente, porque a Suprema Corte entendeu haver, como caso concreto, uma fungibilidade das ações diretas de inconstitucionalidade genérica e por omissão, em razão de conexão, fenômeno que determinou seu julgamento conjunto. Em seguida, a decisão chama a atenção pelos interesses em jogo e pelas partes, na medida em que, nestas, havia pretensões díspares, das quais se depreendeu tanto pedidos de inconstitucionalidade por ação quanto por omissão, entendendo o tribunal que ambos acabariam por possuir idêntico objeto, qual seja, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.[166] Isso porque o legislador teria elaborado norma legal que atendeu à maioria - mas não a todas – das exigências constitucionais, configurando uma

[165] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações diretas de inconstitucionalidade nº 875/DF, 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/DF**. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 fev. 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2020.

[166] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 487.

omissão parcial. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, sustentou que a *questio júris* dos casos era, de fato, uma omissão parcial diante da inobservância de um dever constitucional de legislar, eis que a legislação não se desincumbiu integramente de sua obrigação constitucional. Por se tratar de "função fronteiriça" entre o controle por omissão e firme no precedente da ADI-MC nº 150/RO[167], da relatoria do Ministro Moreira Alves, determinaram os julgamentos conjunto de todas elas.

O voto decisivo sobre o tema da modulação de efeitos temporais veio da lavra do Ministro Gilmar Mendes. A questão circunscrevia o fato de que a lei Complementar nº 62/1989, que estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle de deliberações dos recursos dos Fundos de Participação a fim de promover o equilíbrio socioeconômico entre dos Estados e do Distrito Federal (DF), deixou de estabelecer os critérios de rateio desse fundo de modo a promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos, descumprindo determinação expressa do artigo 161, inciso II, da Constituição Federal. Essencialmente, os requerentes sustentavam não haver definição de critérios, partindo a lei complementar diretamente para a distribuição dos coeficientes, fazendo-o de forma política econômica, ou seja, fazendo um cálculo utilitarista face aos interesses em jogo.

Ademais, nenhuma mudança teria ocorrido de forma a adaptar a legislação às alterações circunstanciais e utilitaristas que seguiram nas duas décadas seguintes à Constituição de 1988. Isso ocorria porque o artigo 39 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determinou que o Congresso regulamentasse o artigo 161, inciso II, da Carta, no prazo de 12 meses, o que ocasionou a edição da Lei Complementar 62/1989, que, por sua vez, fixou que os coeficientes de participação dos Estados deveriam vigorar apenas nos exercícios de 1990 e 1991 e, a partir de então, lei específica determinaria os critérios. Contudo, essa legislação específica jamais foi editada, definindo-se tal participação por acordo entre os entes federativos formalizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Entretanto, era precisa uma atualização dos dados estatísticos para que o objetivo de redução de desigualdades perseguidos pela Constituição fosse

[167] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 150**. Relator Ministro Moreira Alves. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Brasília, 30 nov. 1989. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2020.

atingido, pois valores percentuais tornaram-se fixos desde então.

Tendo como precedente a ADI nº 3.682/MT,[168] o Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelos demais pares, entendeu que a declaração da inconstitucionalidade da lei acarretaria "[...] incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por exemplo as transferências de recurso [...]"[169] do Fundo de Participação dos Estados (FPE), ao entender que a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial exigiria a suspensão de aplicação dos dispositivos impugnados. Dessa forma, empregou uma tese utilitarista na medida que incorreu no cálculo de custos e benefícios para justificar a manutenção da eficácia da lei complementar nº 62/89 até 31 de dezembro de 2012, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade da norma.

A rigor, a tese sustentada encontra abrigo em argumento doutrinário. Em sua argumentação utilitarista, o Ministro Gilmar Mendes lembra a hipótese de que julgássemos inconstitucional a lei do salário-mínimo por não atender ao desconsiderado artigo 7º, inciso IV, da Constituição. Nesse caso, o trabalhador ficaria descoberto de qualquer proteção, um exemplo típico já trabalhado em seu livro *Jurisdição Democrática*.[170]

Todavia, sabemos que o utilitarismo desconsidera a tessitura deontológica do direito para definir exclusivamente as expectativas de comportamento social a partir de critérios não jurídicos. Dessa forma, a finalidade da corte não seria mais reconhecer e garantir direitos fundamentais, e sim zelar pela governança administrativa e pelo equilíbrio orçamentário. Razões de fundo político e econômico passam a dominar a lógica do Supremo Tribunal Federal, instrumentalizado por fundamentos utilitaristas convencionados em suas decisões.

Por certo, qualquer órgão jurisdicional deve pautar suas decisões pela análise fática e também analisar as consequências de seu provimento. Cremos que

---

[168] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.682/MT**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 09 maio 2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2020.

[169] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 150**. Relator Ministro Moreira Alves. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Brasília, 30 nov. 1989. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2020.

[170] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

nenhuma corrente de pensamento jurídico poderia opor-se a isso. Entretanto, tais considerações não têm o condão de afastar a lógica binária do direito de modo a determinar o provimento jurisdicional por razões exclusivamente não jurídicas como prescreve o pensamento utilitarista de Jeremy Bentham.

## 10.1 Direitos fundamentais: a presunção de inocência face ao utilitarismo

É inegável a centralidade dos direitos fundamentais[171] tanto no constitucionalismo contemporâneo quanto no direito como um todo. Desde a segunda metade do século XX, particularmente, após os horrores do holocausto, os direitos fundamentais assumiram o principal foco de interesse, tanto da hermenêutica da Corte Americana e Alemã quanto da Corte Internacional de Diretos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as quais atestam com clareza nosso argumento.

No Brasil, a centralidade dos direitos humanos é reforçada por três aspectos. O primeiro, no plano da normatividade, justifica-se pelos *topos* dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Percebe-se que o constituinte pretendeu marcar a diferença notável na localização dos direitos fundamentais na carta emergente se comparada à carta autoritária de 1967. Se, no período do arbítrio, os direitos fundamentais eram praticamente um apêndice da organização do Estado, surgindo apenas no artigo 153 daquele texto, agora, na carta atual, os direitos fundamentais abrem a Constituição já no seu artigo 5°.

O segundo aspecto, por sua vez, advém do ideário do “constitucionalismo da efetividade social”, movimento da Academia Brasileira, encabeçada, entre outros, pelos juristas, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Clémerson Cléve e Luís Roberto Barroso, que passou a entender a Constituição como um instrumento de redução das desigualdades econômicas e regionais existentes no Brasil. O direito passou a ser visto como um mecanismo de inclusão social de pessoas carentes.

Já o último aspecto advém da nossa história recente, em razão do esforço de superação dos traumas vividos pelo país durante os 21 anos de ditadura civil militar. Os recentes trabalhos da Comissão Nacional da Verdade (CNV) não apenas

[171] Adotamos aqui a clássica distinção que nomeia os “direitos fundamentais” aqueles previstos no ordenamento jurídico interno, particularmente na Constituição e “Direitos Humanos” bem como aqueles previstos no ordenamento jurídico interacional, por meio de tratados e convenções.

atestam aos horrores daquele período como também sugerem que os elevados índices de violência policial se justificam pelo desconhecimento das pessoas desse respectivo período histórico.

Contudo, este trabalho não tem a intenção nem a ousadia de tratar todos os aspectos dos direitos fundamentais bem como sua relação com o grau deficitário do índice democrático que atravessamos em pleno século XXI. Por conseguinte, o que pinçaremos será o princípio da presunção da inocência, que, além de toda sua essência e força constitucional e internacional, conforme já citado, refere-se à estrutura e conceituação no que tange à verticalidade dos direitos humanos em uma correlação com o utilitarismo.

Os direitos fundamentais nascem historicamente no seio de uma relação de antagonismo entre indivíduos e instituições estatais. Se fizermos um levantamento histórico sobre os principais documentos que registram conquistas para o reconhecimento e para a efetivação desses direitos, particularmente no paradigma do Estado Liberal de Direito, será possível verificar essa relação de desigualdade entre os cidadãos/súditos e os Estados.

É exatamente essa desigualdade que torna vertical a relação dos direitos humanos entre os cidadãos e o Estado. Não se pode, de fato, naturalizar a perspectiva de que, nesse período de tempo, esses direitos assumiram caráter marcadamente negativo, ou seja, apresentando-se como limites à ação do arbítrio estatal contra a ação da autonomia privada. Esse período liberal, por sua vez, marca a transição de justificativas teocêntricas do poder divino dos reis para a legitimidade antropocêntrica da razão humana e marca também a transição de uma concepção comunitarista do Estado frente à proposta de natureza individualista de governo.

Nesse sentido, a perspectiva de fragilidade do indivíduo face à potência do Estado e ao reconhecimento do desequilíbrio de forças entre eles permite que compreendamos a origem dos direitos humanos num plano de verticalidade, ou seja, no plano de uma relação marcada pela sua desigualdade entre o Estado e o indivíduo isolado.

A história inglesa é rica em fornecer documentos atestadores dessa relação de verticalidade. A Magna Carta de 1215/1225, por sua vez, destaca a fixação de limites do poder real frente aos direitos estamentais, marcadamente dos direitos do alto clero e da nobreza saxã e normanda. O rei João Sem Terra reconhecia a incapacidade real de impor tributos sem o consentimento dos súditos e a

impossibilidade de limitar a liberdade e a propriedade alheia sem o devido processo legal.

A Inglaterra do século XVII é pródiga em tais documentos. O primeiro deles é o *Petition of Rights* de 1628, que obrigava o rei a reconhecer os direitos da Magna Carta, ampliando-os pelo reconhecimento do direito de petição dos súditos ao Parlamento em razão de ameaça ou de violação de seus direitos. Em 1679, surge o segundo deles, o *Habeas Corpus Act*, por meio do qual o Parlamento arrogava a si o poder de libertar qualquer indivíduo que considerasse ter sido preso por ordem real sem a observância do devido processo legal. Finalmente, em 1689, o *Bill of Rights* foi um documento redigido pelo Parlamento inglês e endereçado aos reis Guilherme Orange e Maria ll. O ato não apenas impôs o reconhecimento de todos os direitos constituídos pelos documentos anteriores, mas também definia a sucessão da coroa e lançava bases e fundamentos para o parlamentarismo britânico.

Todavia, mesmo com os avanços dos documentos citados e de outros, como a Constituição Francesa de 1791 e a Americana de 1787, a verticalidade dos direitos humanos persiste nos dias atuais, mesmo sob a égide de Estados Democráticos de Direito.

Com a mudança na estrutura do Estado, que após os referidos documentos, passou a ser liberal, adotando a teoria de Montesquieu da tripartição de poderes, os direitos fundamentais se reduziram a um pequeno rol, liberdade igualdade e propriedade. Em seguida, após a queda do Estado Social, pós-segunda guerra mundial, na metade do século XX, o mundo se viu frente às atrocidades do holocausto e a uma necessidade de garantir direitos humanos, o que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. No entanto, o reverberar dos acontecimentos históricos junto à positivação dos direitos humanos não foram um sinônimo da sua concretização.

Analisando o caso brasileiro, na contemporaneidade e com suas particularidades, cabe salientar dois aspectos que deslocam os direitos fundamentais para o centro não só do ordenamento, como já citado, mas também das discussões mais relevantes do país. Com a adoção da tripartição dos poderes e com o fenômeno do neoconstitucionalismo e com o advento da Constituição de 1988, cria-se um estado de possibilidades para os direitos humanos, uma vez que os referidos abrem a Carta Magna em seu artigo 5°.

Entretanto, o que decorreu na prática foi a falência dos poderes executivos e

legislativos de efetivar os direitos nascentes com a Constituição de 1988. Dessa forma, a judicialização foi o único caminho encontrado pelo cidadão em busca de seus direitos fundamentais, o que, todavia, provocou uma hipertrofia do judiciário, pondo a teoria de Montesquieu em cheque. Assim, esse último poder se coloca de forma consciente como preponderante, principalmente no que tange a direitos fundamentais, com atuação marcante do Supremo Tribunal Federal, sob a argumentação de ser o guardião da Carta Magna e de seus respectivos ministros serem intérpretes autênticos e legitimados da concretização do texto constitucional.

Com temas relevantes a serem decididos, como o princípio da presunção da inocência, o direito à saúde e suas controvérsias e a judicialização da política, o Supremo Tribunal Federal alcançou um patamar de importância e notoriedade nunca antes percebido. Muitos cidadãos conhecem todos os ministros, e os que não conhecem sabem da força da nossa Corte Suprema. A alta exposição dos ministros, que estão na mídia com frequência, dando entrevistas na televisão, rádio, palestras, além do próprio canal TV Justiça, tornou-os celebridades poderosas.

Assim, nesse contexto, os direitos fundamentais estão em um jogo no qual a visibilidade dos ministros é muito alta e, em seus escaninhos, além de demandas por direitos fundamentais, também se aguardam ações de graduados representantes dos poderes executivo e legislativo, que, além disso, são impactadas pela força da opinião pública em suas decisões. Dessa maneira, faz-se um terreno fértil para que, por meio de critérios utilitaristas de oportunidade e conveniência, escamoteiam-se direitos fundamentais conforme interesses.

Infere-se que, mesmo face a direitos fundamentais por meio de seu órgão maior, o judiciário atua de forma utilitarista de acordo com o pensamento de Jeremy Bentham. Nesse sentido, não atua na concretização a partir de critérios hermenêuticos no limite do sistema jurídico. O Supremo Tribunal Federal, formado por seus onze poderosos ministros, conhecidos pelo livre trânsito político ao passo que, simultaneamente, decidem sobre matéria envolvendo interesse econômico, sobre questões políticas que afetam a União e também sobre matérias penais envolvendo as mais variadas autoridades dos demais poderes da República, passa a exercer a jurisdição constitucional. Assim, dá-se concretização ao texto da constituição de acordo com seus interesses, ainda que, no caso concreto, seus interesses coincidam com os a maioria, pois atuam de forma subjetiva analisando sempre o contexto político e os seus interesses pessoais.

Para melhor visualização dessa relação entre utilitarismo e direitos fundamentais, analisaremos as últimas e recentes decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal no que tange ao princípio da presunção da inocência, artigo 5°, inciso LVII, da Carta Magna.

A primeira grande mudança recente à concretização do princípio da presunção veio em 05.02.2009 no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 84.078. A Corte Excelsa reformulou o entendimento vigente – autorização de início de cumprimento da pena após confirmação em segunda estância – por maioria de 7 votos a 4 sob relatoria do Ministro Eros Graus, firmando o entendimento que o início do comprimento da pena se dá com o trânsito em julgado.

Quando analisamos o contexto econômico e político do período da decisão, podemos inferir alguns aspectos. O primeiro destes, o objetivo, situa-se em um contexto no qual o presidente Lula havia nomeado quatro ministros, que, por serem recentes, ainda guardavam estreita relação com o presidente. Lula, como chefe do executivo federal, não queria gastar o orçamento da União com os presidiários. Além disso, sua base eleitoral era repleta de movimentos sociais e sindicatos que eram contra a jurisprudência vigente na época. O segundo aspecto, referindo-se à questão econômica, perfaz-se no país e no mundo por uma grande crise provocada pelo sistema financeiro dos Estados Unidos. O terceiro aspecto concerne ao foco de os três poderes estarem em crise, que não se restringia a eles, mas abrangia a população, o que fez o julgado ficar fora do foco da opinião pública.

Dessa forma podemos afirmar que o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu de forma utilitarista em matéria de direitos fundamentais, uma vez que através do cálculo de custo benefício optou por julgar de acordo com os interesses do Governo Federal pujante à época. Toda via esse não é o entendimento atual, dessa forma passemos a analisar a decisão que revogou a interpretação do Supremo Tribunal Federal de fevereiro de 2009, que prescrevia o trânsito em julgado para início de comprimento de pena.

Em 05 de outubro de 2016, o plenário, agora com formato diferente, decidiu por rever sua jurisprudência no que tange ao princípio da presunção da inocência no HC 126292, sob relatoria do ministro Marco Aurélio. Decidiu-se que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impediria o início da execução da pena após a confirmação de segunda instância. Quando analisamos esse julgado à luz do contexto brasileiro da época e dos interesses palacianos em jogo, podemos inferir

alguns aspectos em comum com a decisão de 2009, embora em sentido contrário.

Nesse contexto, o Brasil vivia uma crise interna, que não só atingia a economia, mas também a política e abarcava a opinião pública sem precedentes. Em 2016, vivia-se uma revolta da opinião pública face ao escândalo do denominado “petrolão”, impulsionado pelas mídias socias, ao mesmo passo que a então presidente Dilma travava uma queda de braço com o Congresso Nacional, representado pela figura de Eduardo Cunha.

Analisando essa conjuntura, que ainda passa pelo impedimento de Lula de ser Ministro da Fazenda por decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes e por divulgações de conversas telefônicas da então presidente Dilma, num momento em que vários deputados e senadores estavam implicados em escândalos de corrupção, podemos inferir alguns elementos. Primeiro, a relação de Dilma não estava bem com o Congresso Nacional, com a opinião pública e, consequentemente, com o Supremo Tribunal Federal, o que a fez perder poder de influenciar decisões na Suprema Corte. Por outro lado, o descontentamento do Congresso Nacional, aliado à opinião pública, criou um terreno fértil para que o Supremo Tribunal Federal pudesse, em uma mesma matéria de direitos fundamentais, decidir de forma utilitarista, fazendo-o assim para atender a seus interesses.

Sob a justificativa de o governo, na época, não ser “viável” e sob forte influência da somatória individual da população, a Corte resolveu reformar a decisão de 2009 para atender aos interesses individuais da maioria que clava por uma justiça célere e que não concedesse “benefícios” a deputados, senadores e envolvidos no escândalo de corrupção, além do fato de essa decisão afetar Lula, alvo da maioria da população.

Assim, pela maioria do plenário, o Supremo Tribunal Federal reformou seu entendimento de 2009 e passou a autorizar a execução da pena após condenação em segunda estância. Cabe salientar que os ministros decidiram de forma utilitarista, ou seja, analisaram o contexto, os custos e benefícios e, utilizando-se de critérios de oportunidade e conveniência, decidiram sobre os direitos fundamentais, escamoteando-os, para atingir ao seu fim subjetivo. Cabe ainda ressaltar que, face à mesma matéria de direito fundamental, o sistema jurídico foi manobrado por meio do pensamento utilitarista, o que resultou na concretização do texto constitucional de forma a atender seus próprios interesses, mesmo que estes coincidam, em alguns casos, com o interesse individual da somatória da população. Em outras palavras,

uma atividade criativa pautada pelo utilitarismo por intermédio.

## 10.2 O julgamento de Zé Bebelo e o utilitarismo

João Guimarães Rosa, nasceu em Cordisburgo, no dia 27 de junho de 1908, falecendo no Rio de Janeiro em 19 de novembro de 1967. Foi um escritor, diplomata, novelista, romancista, contista e médico brasileiro, considerado por muitos, como Graciliano Ramos, o maior escritor brasileiro do século XX e um dos maiores de todos os tempos. Entre sua vasta obra uma se destaca na opinião de críticos e leitores, “O Grande Sertão: Veredas”.

A partir da monumental obra de Guimarães Rosa e do raro artigo “A concepção de justiça no Grande sertão: veredas – o julgamento de Zé Bebelo”, de José de Oliveira Baracho Junior, buscaremos fazer uma análise jurídico-teórica acerca do julgamento de Zé Bebelo.

Dessa forma utilizaremos o arcabouço literário para a compreensão jurídica bem como destacaremos suas interações e importância de tal fenômeno na construção da identidade de uma sociedade.

As perspectivas de conexão entre direito e literatura são várias. De acordo com François Ost, a literatura é o nascedouro do direito e esse caráter, ainda que se mostre atualmente menos latente, devido ao positivismo jurídico não perdeu seu potencial de criatividade.[172]

A literatura fornece ao direito um lugar dotado de prova, de degustação experimental, onde há plúrimas oportunidades de persecução empírica. A particularidade do que é fatídico proporciona um arcabouço de multiplicidade perene da linguagem. O direito, por sua vez, fornece à literatura a vivência jurídica e sua experiência na busca por justiça bem como seu poder de coerção impar e transformador da realidade.[173]

Segundo François Ost, as conexões podem se apresentar através de estruturas reflexivas, cuja as mais importante são: o direito na literatura, demonstra uma visão marcada pelo afastamento, uma narrativa sobre o outro; o direito da

[172] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

[173] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

literatura, que tem a finalidade de organizar e pensar o ordenamento jurídico como um todo que versam sobre a literatura, que perpassam por direitos autorais, direito à imagem, direito à reprodução de obra e outros; Finalizando Ost traz a luz teorias que revelam o direito como literatura, como exemplo podemos citar a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, na medida que afirma o método de interpretação literária como adequado para interpretação do direito e também quando anuncia ser o direito norte-americano o resultado de um romance em cadeia. O sistema jurídico anglo-americano se perfaz principalmente pela releitura infinita se sua história onde os eventos pretéritos são lidos e relidos como meio de fundamentar a coerção.[174]

Ressaltada a importância da literatura no direito, bem como o direito na literatura e suas múltiplas conexões, passaremos a uma modesta contextualização dos personagens e da parte da história que circunda o julgamento de Zé Bebelo.

Medeiro Vaz é de família afortunada, descende de grande fazendeiros, no entanto ateia fogo na sede da fazenda, lavoura e destrói o cemitério de seus antepassados e sai a fazer justiça com as próprias mãos( a bala) no sertão. Toda via sua empreitada é frustrada e seu projeto de chefe jagunço que rompe com o estado enfraquecido.[175]

Joca Ramiro, é quem sucede Medeiro Vaz na busca pela instalação da ordem no sertão e assim visa dar prosseguimento ao seu projeto. Joca Ramiro é um líder nato, consegue ter uma ligação paternal com seus subordinados ao passo que é respeitado e exaltado em sua jornada de reestruturação do poder no sertão, onde busca uma separação entre o público e o privado. A divisão entre a coisa pública e o mundo privado, entre sociedade civil e estado é a característica mais marcante de Joca Ramiro.[176]

Joca Ramiro é morto por aqueles que almejavam que a ordem de poder no sertão permanece como sempre foi, ditada pela violência dos bandos jagunços. O assassinato de Joca Ramiro se perfaz por uma traição de alguns de seus

---

[174] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

[175] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

[176] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

subordinados de maior estima.

Contudo analisaremos agora um dos personagens centrais do “O Grande Sertão: Veredas” principalmente pelo julgamento enfrenta quando fora capturado pelo bando de Joca Ramiro.

Zé Bebelo é o padrinho de Riobaldo na jagunçagem, foi por intermédio dele que Riobaldo entra para o bando. Riobaldo era muito importante ao mesmo passo que era raro entre os jagunços, pois ele era alfabetizado. Dessa forma, Zé Bebelo, em uma relação de troca da a Riobaldo proteção e em contra partida recebe alfabetização[177]

Zé Bebelo se assemelha a políticos brasileiros pelas figuras da demagogia e retórica presentes em seus atos. Todavia conseguia ludibriar o povo pobre do sertão, que o exaltava. Tinha como objetivo torna-se deputado e nessa esteira vai buscar uma formação de advogado. Zé Bebelo possuía uma estreita relação com fazendeiros o que lhe garantia mantimentos para si e para seu bando. Seu bando era um instrumento, um negócio ou seja um caminho para que conseguisse alcançar seus objetivos políticos.[178]

Devido a Diadorim, Riobaldo deixa o bando de Zé Bebelo para se tornar um Medeiro Vaz, logo em seguida um Joca Ramiro. A narrativa fica complexa quando o bando de Joca Ramiro vence o bando de Zé Bebelo e o aprisiona. Para surpresa dos jagunços se instaura uma corte no sertão, ou seja, Zé Bebelo não vai ser sumariamente assinado como de costume, mas sim julgado.[179]

Riobaldo é quem tem a ideia do julgamento que é prontamente acatada pelo chefe Joca Ramiro, gerando estranheza entre os subordinados. Zé Bebelo não apenas será julgado pelos chefes de bandos de jagunços, como também lhe é assegurado um processo de defesa. Também é de se ressaltar que Joca Ramiro assegura a Zé Bebelo e a seus subordinados o direito de manifestação. O julgamento transcorre e por maioria dos chefes jagunços, Zé Bebelo é absolvido da pena de morte, porém banido do sertão.

---

[177] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

[178] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

[179] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

O julgamento do chefe de bando de jagunços, Zé Bebelo possibilita uma grande gama de interpretações, sejam jurídicas, políticas ou filosóficas.

Na cátedra de Bolle o julgamento não é uma expressão fundadora como a de Medeiro Vaz e seus ecos sobre a realidade, mas sim um pacto entre chefes, que se esconde através de um teatro onde seu ápice se perfaz pelo julgamento de Zé Bebelo. A encenação na visão de Bolle não advém do julgamento em si, mas sim na forma que é instrumentalizado para ludibriar. A real instituição forjada no julgamento de Zé Bebelo é a continuidade da ordem de dominação no sertão, que traz como uma "jurisprudência" que somente líderes de bandos teriam direito a um julgamento e jamais um jagunço raso.[180]

Se analisarmos o julgamento de Zé Bebelo, na "Suprema Corte do Sertão" a luz da doutrina utilitarista de Jeremy Bhenthan, podemos afirmar categoricamente que os líderes de bando tomaram uma decisão utilitarista. Eles atuaram de forma a calcular o custo benéfico objetivando a conduta que melhor satisfaze-se seus fins, seus interesses. Dessa forma quando é facultado a Zé Bebelo(chefe de bando) direito a julgamento, ao invés de execução sumária, quando lhe é dado direito de defesa e quando lhe é aplicada uma pena branda para os costumes do sertão, os líderes estão criando uma "jurisprudência" da qual poderão se utilizar se um dia forem capturados.

Percebe-se uma forte presença do princípio da utilidade, que prescreve a capacidade de produzir vantagens ou prazer, possuindo sua existência nas coisas, o que a classifica como pertencente ao mundo objetivo e lhe confere existência sem correlação moral. Nesse sentido sem moral, ética e rompendo com os costumes vigentes no sertão o lideres chefes decidiram não pautados na conduta de Zé Bebelo, mas sim de acordo com seus interesses, fazendo um cálculo de custo benefício, onde de um lado estaria uma morte sangrenta e de outro uma "imunidade do sertão"

Contudo por intermédio da monumental obra de Guimarães Rosa[181], " O Grande Sertão: Veredas" podemos estabelecer um paralelo entre a "Suprema Corte do Sertão e a Suprema Corte do país, pois ambas ao decidir se utilizam de

---

[180] BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

[181] ROSA, João Guimarães. **O grande sertão**: veredas. 22. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

fundamentos utilitarista, procedem mediante a cálculo de custo benefício ponderando interesses políticos, econômicos e pessoais.

## 11 POR UMA VISÃO ALÉM DO UTILITARISMO

Tendo como marco a modernidade ocidental, é possível inferir que o utilitarismo nasce de forma sistematizada no pensamento de Jeremy Bentham no século XVIII. Sendo uma teoria simples – talvez esse seja o fato de ser tão disseminada –, na qual suas escolhas são guiadas apenas pelo resultado que trouxer maior benefício, confunde-se o que é útil ao ser e ao maior número de pessoas envolvidas. Como demonstrado, trata-se de uma espécie de ciência da conduta humana norteada pelas ciências exatas.

Os argumentos de Joshua Greene sobre uma metamoralidade utilitarista são importantes. Contudo, não são definitivos por, pelo menos, duas razões. A primeira deriva dele próprio, posto que, apesar de o ser humano ter seu aparato cerebral "utilitarista", é possível afastar o cálculo do custo/benefício, como no caso da passarela. Nosso aparato intuitivo automático segue alternativas distintas desse mecanismo. Greene sustenta que ainda assim seríamos utilitários. Porém, o argumento não convence, pelo contrário, parece sugerir que nosso "maquinário cerebral" busca saídas distintas e que se sustentam em outros padrões éticos. De fato, se isso é possível, as críticas filosóficas ao utilitarismo se mantêm de pé, sendo nessa trilha argumentativa que o nosso segundo argumento e que o presente texto seguirão.

O utilitarismo trata de forjar parâmetros que sirvam de suporte ao cálculo que segue o resultado, ou seja, o somatório das ações humanas que gerem benefícios ou prejuízos. A opção tem uma variante fixa, qual seja, a ação humana deve orientar-se à conduta que trouxer o maior grau de benefício e, consequentemente, o maior grau de felicidade para os envolvidos. Dessa forma, um utilitarista sempre se orienta pelo resultado.

> [...] os adeptos do utilitarismo divergem acerca da forma de valorar os resultados de uma ação, sendo que tal discordância permite a identificação de diferentes correntes: o utilitarismo hedonista realiza cálculos em termos de prazer(felicidade) e dor; já o utilitarismo não hedonista propõe a inclusão de outros bens ou males que possam ser preservados ou destruídos pelos atos, além do prazer, tendo em vista os interesses em jogo em cada situação. Os utilitaristas do ato fazem o cálculo de benefícios de cada conduta valorada e os utilitaristas da regra calculam os benefícios de prejuízos sobre o princípio que subjaz atrás dos atos. Sendo que no fundo dessas diferenças remanesce o critério comum de que as condutas não são eticamente boas ou más em si mesmas, mas, sim, que a maldade ou a bondade dessas depende do cálculo de consequências em termos de

> benefícios e prejuízos dos prazeres, bens ou interesses em jogo, realizando, desse modo, um cálculo de bens ou elementos 'pré morais'.[182]

Dessa forma, o utilitarismo se reveste de um caráter heteronômico de moralidade uma vez que seu fim não é forjar razões universais aptas a qualquer ocorrência concreta, como assevera Kant face a seus imperativos categóricos.

Bem como a moral, o direito tem o propósito sistematizar as ações do homem e, para isso, utiliza-se da estabilização das expectativas sociais de comportamento, diferenciando condutas que estão dentro do âmbito normativo e condutas que estão fora (ou contra) o âmbito normativo. Dessa maneira, o pensamento utilitarista pode ser visto como um modelo justificador clássico para o direito, contudo, a proibição normativa de certas ações tem como objetivo a maximização da felicidade. Quando a lei, com sua característica de "generalidade", delimita as ações de todos os participantes, ela o faz de modo a viabilizar uma relação harmônica entre os indivíduos e os outros, entre estes, o Estado.

É sob a visão utilitarista de Hobbes que é forjada sua teoria de Estado. No estado de natureza, o homem tem plena liberdade, pode fazer o que quiser possui direito a tudo. Todavia, essa liberdade é mera ilusão, visto que, face à falta de deveres, não há motivação para que se respeite a sua posse e a alheia, o que geraria o caos e a guerra de todos contra todos. Nessa situação de beligerância, devemos fazer a opção pelo bem real, que é a segurança, e, dessa forma, elaborar a celebração do contrato social. Na feitura desse pacto, os homens abrem mão de seus direitos, com exceção do direito à segurança de suas vidas, bem como dos instrumentos necessários para defesa e preservação da vida. Frente ao acordo que se perfaz como condição *sine qua non* para que se crie um ambiente em que exista ordem, a liberdade é auferida pela imposição de deveres, uma vez que se restringem direitos, sendo justificativa de um mal menor para assegurar seus próprios direitos.[183]

Conforme o exposto, a razão utilitarista perpassa pelo Leviatã de Hobbes, pois impõe um mandado positivista de necessária fuga dos horrores impostos pelo estado da natureza, para que, assim, seja alcançada a paz e para que, desse jeito, a felicidade seja construída por intermédio de um sistema contratual firmado. Dessa

---

[182] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 52.

[183] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 53.

forma, no estado de natureza, não há laços socias entre os seres humanos, mas uma mera coexistência conflituosa frente ao choque de aspirações de cada ser humano que normalmente querem tudo. Então, com a concepção do pacto social, que se caminha a uma fase de convivência, há a subsequente criação de leis e de deveres para o progresso e a preservação dos indivíduos. No nosso cotidiano, a razão prática toma posições de fundo utilitário: é melhor ir ao médico e tratar a dor ou ir viajar no feriado. Saúde ou lazer? Essas decisões que são processadas por hipóteses que visam a maximizar nossa felicidade, isto é, de cada ser humano.

No nosso cotidiano, é repetitiva a escolha utilitarista, além de seus apelos claros. Estamos falando de um princípio natural que pode se adaptar a circunstâncias aleatórias além de a sua praticidade facilitar a sua aplicação. Além disso, moralmente, propõe-se como princípio, a priori, a igualdade de todos, pois assim todos têm a condição de maximizar sua própria felicidade.

De outro ângulo, no plano filosófico, o utilitarismo está longe de ser uma unanimidade. Pelo oposto, as desconfianças são várias, recorrentes e até dispares face a correntes filosóficas a respeito do utilitarismo e de sua classificação. Essas desconfianças, na maioria das vezes, têm vínculo com os problemas da incerteza e da infinitude.

Em relação à incerteza, a primeira crítica, o *causalismo*, perpassa o cálculo utilitarista, pois, nessa linha de pensamento, não seria possível aferir quais os resultados reais de uma ação. Dessa forma, o grau de desordem no sistema social seria esquecido pelo raciocínio utilitarista, que sempre têm fé no poder de perceber qual o resultado de uma ação. De outra forma, o utilitarismo estaria posto num conceito de ciência que advém da previsibilidade das circunstâncias por relação com a ideia de causalidade.

São possíveis de encontrar, nesse mesmo sentido, as críticas de Dworkin face aos argumentos de Richard Posner no conhecido caso da apuração de votos pelo Estado da Flórida em 2002, nos Estados Unidos, entre os candidatos Bush e Gore. O embaraço face ao resultado naquele Estado gerava uma apreensão em toda sociedade americana, que, naquela altura, ainda não tinha condições de saber quem seria seu chefe de Estado. Posner, de seu lado, alegava que a autonomia da Suprema Corte possuía o mérito de findar a celeuma, que tinha potencial de colocar em risco a integridade das instituições da democracia americana. O demorar da formulação das decisões teria um caráter irreparável para a legitimidade do

judiciário, e a morosidade na tomada de decisões seria sempre pior do que uma decisão negativa.[184]

> Portanto, a pergunta que persiste do consequencialista teria sido se, caso se tivesse permitido a recontagem da Suprema Corte da Flórida prosseguisse na forma originalmente determinada por essa Corte, livre de qualquer espécie de interferência, ela teria terminado a tempo de a Flórida declarar um vencedor em 12 de dezembro ou, de qualquer maneira, por volta de 18 de outubro. Se assim fosse – e não há nenhum motivo para duvidar -, então o resto do 'pior cenário é irrelevante. Esta falácia não está presente na argumentação de Posner, mas na argumentação mais informal e amplamente aceita, de que a Corte nos fez um favor ao evitar uma crise'. Todos esses argumentos ignoram o fato de que a Corte aumentou incomensuravelmente os riscos antes de tê-los evitado. Se a corte se queimou por nós, ela também acendeu a fogueira.[185]

Quanto ao *argumento da infinitude*, trata-se de outra vertente e se liga ao Trilema de Munchhausen: o retorno ao infinito. Certamente, os resultados formam uma cadeia causal, de modo que o resultado de um ato será o início de outro, como uma fileira de dominós que começa a cair pela queda do primeiro dominó frente ao segundo e, assim, sucessivamente. Dessa forma, como analisar os resultados de um determinado ato quando não podemos mais afirmar, com segurança, o que o causou? Os antigos dogmas penais referentes à causa, concausa, causa primária, causa secundária foram afastados por levar a inúmeros becos sem saída.

Todavia, mesmo com veementes objeções, tem-se aumentado o número de seguidores do utilitarismo no Direito e, principalmente, sob diversas formas e vieses. Dessa forma, é possível considerar tanto a análise econômica do Direito quanto o pragmatismo como teorias da justiça prenhes desse raciocínio, o que torna cada vez mais urgente a formulação das seguintes perguntas: poderá o utilitarismo ser reconhecido como um modelo de interpretação do Direito? Será que o utilitarismo pode funcionar como variável de justificação de certas opções normativas em um Estado Democrático?

*A priori*, se a resposta se limitasse às possibilidades criadas pela razão prática, é coerente afirmar que é bastante comum o emprego de razoes utilitarista no cotidiano e em relação à prática do Direito[186], mais especificamente à justiça

---

[184] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 54.

[185] DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 139.

[186] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25.

brasileira, na figura do Supremo Tribunal Federal, com sua maneira peculiar de empregar a técnica de ponderação de princípios do pensador Alexy.

Ao perquirir a máxima felicidade face ao maior número de indivíduos, o utilitarismo traz pra si uma posição de simetria entre várias ideias de que é bom. Ele pode, assim, ser relevante (a seus adeptos) como uma metodologia artificialmente formal e "neutra", uma vez que não acredita, *a priori*, que as escolhas de condutas possam ser elencadas entre si, definindo quais são as melhores. Ou seja, não se parte aqui de um conceito prévio de quais ações seriam conflituosas sem antes passar pela variável de evidência da equação do pensamento utilitarista, qual seja, o princípio da utilidade, máxima felicidade, presente em todos vieses e autores apresentados até aqui. Assim, perfaz-se o ideal de igualdade e de contentamento da maior parte de uma comunidade.

Além disso, o utilitarismo é muito atrativo para o Direito, uma vez que fala a língua das massas e entrega algo sedutor ao senso comum ao propor um raciocínio de custo/benefício, por exemplo: faça atividade durante sua vida e terá uma velhice saudável, poupe hoje para ter uma aposentadoria mais confortável. Contudo, esses argumentos atuam obscurecendo a outra face do utilitarismo, que coincide com a indispensável analogia entre utilidade individual e a utilidade pública, em outras palavras, a reprodução de opções individuais em escala de comunidade.

Dessa forma, cumpre trazer a esse contexto as objeções de Alexy[187] sobre a conjectura utilizada por Hare quando apresenta a premissa de que todos têm direitos a igual apreço: como é plausível mensurar interesses, necessidades e inclinações de um indivíduo particular para outros diferentes? Uma felicidade igual, porém, incompleta, todos optam pela satisfação completa da maioria às montas da minoria? É simples aferir necessidades superiores e inferiores? Ou, para dar um exemplo, devemos usar sem limite e ao máximo o que pudermos sem nos preocupar com as consequências de longo prazo, que talvez não possam afetar a nós agora, mas muito as gerações futuras?

Indaga-se: a razão prática utilizada nas opções individuais pode ser executada no âmbito de uma comunidade? Devemos caçar as minorias como foi feito pelo nazismo e também pela inquisição, pelo mero fato de não concordarem ou partilharem de valores da maioria da sociedade? Assim, será, nesse pensamento,

[187] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 80.

justificável a extirpação de velhos que não são mais úteis ou rentáveis para a comunidade ou é possível pensar diferente sem a viseira da utilidade com valores que permeiam a vida? Será admissível a tortura de um terrorista capturado para descobrir onde está escondida uma bomba que está prestes a explodir no centro de uma grande cidade? Ou se deveria extirpar de uma vez por todas as práticas de tortura como um lastro para o Estado Democrático de Direito?

> Tenho que reconhecer que a mentalidade utilitarista me é simpática não só por sentido realista, mas também porque, bem observada, constitui uma grande ajuda na condução individual e social. Não obstante, a banalização dessa mentalidade e sua colocação radical a serviço da ideologia do benefício, doa a quem doer, permite que a consideramos com a ideologia do sucesso, desde o mais requintado ao mais rude. O utilitarismo se quer tenta resolver o problema moral; ao contrário, girando sobre o próprio eixo, limita-se a exaltar a felicidade. No entanto, a qual felicidade devemos fazer referência, a felicidade externa e prazerosa ou à felicidade profunda? É evidente que todos os homens querem ser felizes, mas também é certo que a forma de entender a felicidade é díspar quanto a forma de entender a moral. O problema está em saber qual é a felicidade que nós, homens, *deveríamos* perseguir, sendo essa felicidade única e verdadeira.[188]

Todavia, o anseio de uma comunidade democrática acarreta a verificação de que o Direito, para ser genuíno, não pode atuar partindo de uma pretensão de anseios e preferências da maioria:

> [...] o utilitarismo tende a ver a sociedade como um corpo, no qual é possível sacrificar algumas partes em virtude das restantes. E essa operação pode ser tachada de ilegítima porque desconhece (o que Rawls denomina) a independência e dissociabilidade entre as pessoas: o fato de que cada indivíduo deve ser respeitado como ser autônomo, distintos dos demais e tão digno quanto eles.[189]

Dessa forma, o anseio pela construção de um direito que se faça legítimo tem a obrigatoriedade de resguardar e respeitar as minorias bem como de garantir seus direitos fundamentais como condição *sine qua non*. Justifica-se tal asserção por sermos seres únicos no mundo e, simultaneamente, pela compreensão de que não existe homem algum mais importante que outro, assim como nenhum indivíduo é digno de um privilégio que o outro não tenha. Contudo, caso se pretenda a fundação de um Estado Democrático, ela passa ao largo de uma ditadura da maioria, uma vez

---

[188] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 57.

[189] GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 7-8.

que a pluralidade de concepções de vida boa, de felicidade enseja o respeito à diversidade e não está unicamente ligada a um bem-estar mediano das maiorias.

Dessa forma, entende-se que o utilitarismo possa ser usado como um instrumento na violação de direitos fundamentais de uma determinada minoria, o que surge como grande ameaça para a democracia e para o pluralismo, a que, nessas circunstâncias, o Direito se exime de garantir a jurisdição e cumprir seu papel de limite às ações de maiorias de Platão. Nesse sentido, é indispensável afirmar que os direitos fundamentais, desde o século XVIII, podem ser vistos como limites ao Poder de Legislar e também a determinadas atuações do Judiciário e do Executivo, o que gera um instrumento por meio do qual essas minorias ficam sub-rogadas à vontade da maioria, que, em várias circunstâncias, consideram-se autônomas para determinar o destino daqueles que sejam merecedores de um caminho de exclusão e, consequentemente, de marginalização de bens e de interesses de uma comunidade.

Outrossim, analisa-se que, em várias circunstâncias, a maioria tem o poder de se intitular legítima e qualificada para elaborar um padrão de comunidade e de comportamentos sociais. Tais padrões partem de sua respectiva visão e anseio de comunidade, a fim de alcançar igualmente seus únicos e privativos interesses, deixando a minoria numa situação de limbo, pois está fora do cenário político e fora da vida pública.

Outro problema do utilitarismo se dá no que tange à sua interpretação do Direito, precisamente quando se faz uso de uma razão instrumental para definição de escolhas. A razão instrumental, presente no pensamento utilitarista, perfaz-se quando este afirma que somente as condutas que maximizarem a felicidade geral, ou seja, apenas as condutas que se subscreverem a esse fim devem ser praticadas, não importando os meios utilizados para alcançar o fim desejado.

Dessa maneira, a felicidade geral é elaborada como uma variável que se deve alcançar de qualquer maneira, não importando a legitimidade das ações que visam a atingir determinado fim. Os questionamentos sobre uma lógica maquiavélica se mostram como reais e possíveis, pois os fins, mesmo iníquos, vão justificar os meios se o fundamento for de alcançar a felicidade da maioria. Com esse ponto de vista, será “compreensível e legítimo” assistirmos às carnificinas ocorridas no Brasil, em

seu sistema carcerário, que, desde 2017, contabiliza 200 mortos[190], sendo 57 no presídio de Altamira. É como se voltássemos a Roma Antiga quando o pão e circo eram regados a sangue de excluídos da comunidade.

> Todavia, como acontece com todos os outros preceitos, os da justiça deveriam do único objetivo que é o de atingir o saldo máximo de satisfações. Assim em princípio não a razão para que os benefícios maiores de alguns não devam compensar as perdas menores de outros; ou, mais importante, para que a violação da liberdade de alguns não possa ser justificadas por um bem maior partilhado por muitos. Simplesmente acontece que em muitíssimas situações, pelo menos um estágio razoavelmente avançado da civilização, a maior soma de vantagens não é obtida desse modo.[191]

Podendo ser exemplificada pelo ditado “todo mundo tem um preço”, em outras palavras, qualquer pessoa possui a capacidade de cometer ações corruptas, ilegais e imorais. Para isso, basta ter um benefício, normalmente monetário, para fazer que ela abandone seus valores morais. É de Cícero o pensamento de que não há uma fortaleza necessariamente forte que se sustente face às investidas cada vez mais altas do capital, que, de certa forma, impõe o modo capitalista que confunde sucesso e felicidade ao tamanho de capital acumulado.

Assim, o meio pelo qual se atinge o resultado, seja imoral, seja ilegal, não tem valor algum para o utilitarismo, está fora de sua equação, desde que, contudo, o resultado almejado seja alcançado. Pode-se exemplificar que pessoas comuns rotineiramente praticam ações utilitarista, por exemplo no consumo de produtos piratas, que carregam consigo uma mancha de exploração social, como no caso dos produtos da China, sendo o que importa é somente pagar mais barato, auferindo benefício. De fato, não entra em nenhuma variável de escolha o fato de o artigo ser fruto das péssimas condições de vida a que são submetidas os seus produtores, nem o fato de que a arrecadação fiscal, por intermédio de impostos, visa à sua recuperar a sua respectiva carga tributária, que possui a finalidade de ser reinvestida para o coletivo da comunidade.

Defensores do utilitarismo poderiam responder à crítica dizendo que a proibição de compra de produtos piratas teria fundamento utilitário, porquanto a arrecadação de tributos financiaria ações estatais para, por exemplo, saúde,

---

[190] Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br. Acesso em: 06 out. 2020.

[191] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

educação e segurança e geraria um saldo positivo no cálculo de custo/benefício. O altruísmo social seria uma das variáveis do utilitarismo de Stuart Mill.

Desse modo, seguir a “lei” teria fundamento utilitário. Porém, inegavelmente, descumprir a lei teria também fundamentos utilitários, logo, nada escaparia do cálculo de custo/benefício. No entanto, esse paradoxo parece ruir diante da maximização da felicidade. A “tribo moral libertária” seria contra qualquer tributo, vaticinando o “anarcocapitalismo”. De outro lado, a “tribo moral comunista” veria valor no tributo maior do que no ganho individual da compra de produtos “piratas”. Sendo assim, a proposta de Greene sobre uma metamoralidade parece soçobrar.

Nesse sentido, a razão instrumental inebria a face do outro que está diante de si. A razão instrumental atua ferramental que viabiliza a desconsideração em relação ao outro, alheia ao coletivo e a responsabilidade para com o próximo. Levando em conta o prazer, o benefício, a vantagem (quase sempre pecuniária no capitalismo) como o único valor a ser levado em questão, o utilitarismo coloca fora de questionamento que os aspectos morais e bens econômico não possuam a mesma escala de medida.[192]

> Os dois conceitos principais de ética são os do justo e de bem; creio que deles deriva o conceito de uma pessoa moralmente digna. Então a estrutura de uma teoria ética é em grande parte determinada pelo modo com que ela define e interliga essas duas noções básicas. Ora, parece que a maneira mais simples de as relacionar é a praticada pelas teorias teleológicas: o bem se define independentemente do justo, e então o justo se define como aquilo que maximiza o bem [...]. Isso significa duas coisas. Primeiro, a teoria considera nossas avaliações acerca do que constitui o bem (nossos julgamentos de valor) como uma espécie das avaliações e que se pode operar intuitivamente pelo senso comum, e depois propõe a hipótese de que o justo maximiza o bem como algo definido anteriormente. Segundo a teoria possibilita que alguém julgue o bem em cada caso sem indagar se corresponde ao que é justo. Por exemplo, se dizemos que o prazer é o único bem, então é possível presumir que os prazeres podem ser reconhecidos e classificados pelo seu valor mediante a critérios que não pressupõe nenhum padrão do que é justo ou do que normalmente julgaríamos como tal. Ao passo que, se a distribuição de bens for também considerada como um bem, talvez a um bem de ordem superior, e se a teoria nos orienta a produzir o máximo de benefícios (incluindo-se entre eles os outros o bem da distribuição de bens), já não temos uma visão teleológica no sentido clássico. O problema da distribuição é abarcado pelo conceito de justo como entendemos intuitivamente, e assim a teoria não tem uma definição independente do bem. A clareza e simplicidade das teorias teleológicas clássicas derivam em grande parte do fato de que elas decompõem nossos juízos morais em dois tipos de classes, sendo caracterizado separadamente, enquanto o outro é depois vinculado ao

[192] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 59.

primeiro por um princípio de maximização.[193]

Ao contrário do utilitarismo, o direito não é forjado pela prática da razão instrumental, e sim no uso da razão prática, comunicativa. O modelo binário do direito se perfaz em apenas duas possibilidades: a decisão face às condutas lícitas ou ilícitas, não havendo a possibilidade de construir uma medida de graduação, escalonamento na subsunção da norma ao caso concreto que seja legítima.

## 11.1 STF, ponderação de princípios e suas consequências

É inegável que o Supremo Tribunal Federal tenha assumido o papel de protagonista nos últimos anos, por meio de suas onze “ilhas”, que ora individualmente ora de forma colegiada produzem direito ao decidir face a questões constitucionais. Também é notório que, como técnica decisória, a Suprema Corte se utiliza de forma recorrente da ponderação de princípios, técnica alemã, do autor Robert Alexy, que merece nossa análise face à sua aplicação e resultados.

Dessa forma, pontuamos uma crítica em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade, que, ao considerar os princípios como mandatos de otimização, acabam admitindo critérios utilitaristas em seu subprincípio da necessidade. Apesar das inúmeras e aprofundadas críticas já feitas em trabalhos anteriores, ainda cabe o retorno a essa temática diante da presença do utilitarismo nos trabalhos de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, como O Outro e o Direito e Jurisdição Constitucional Democrática.

A resposta dada a conflitos entre princípios, por Alexy, faz uso da máxima da proporcionalidade como ferramental metodológico, sendo que essa dinâmica se perfaz em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiramente, a máxima da adequação, que também pode ser chamada de idoneidade ou conformidade, visa somente às questões de ordem fática. Essa submáxima não atua analisando comparativamente as medidas estatais prováveis de serem aplicadas, mas ressalta dois aspectos: a legitimidade da medida e se, ao

[193] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 26-27.

mesmo tempo, é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido.[194]

Em relação à máxima da necessidade ou da exigibilidade, verifica-se que o objetivo colimado não pode ser igualmente concretizado por intermédio de outra medida menos gravosa ao indivíduo.[195] Ou seja, deixa-se expresso que a escala de Vilfredo Pareto se perfaz como padrão de escolha de duas medidas, em outras palavras, em uma escala de gravosidade, é fundamental para a escolha de qual das medidas em jogo deve prevalecer. Assim, um exame comparativo entre as medidas disponíveis é feito, sendo consideradas duas variáveis para sua verificação: a eficiência e o grau de restrição, sendo que a importância maior é aferida pelo grau de eficiência. Contudo, Alexy nota que, nesse viés, a multiplicidade de padrões comparativos por ele propostos complica a análise, fazendo múltiplas leituras sobre a licitude ou não medida. Dessa forma, ele termina por adotar uma versão fraca dessa máxima, que acaba simplesmente por servir tão somente a eliminar condutas teratológicas.[196]

Aferida pela submáxima da necessidade, o derradeiro teste pelo qual deve passar a medida analisada é a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, a qual se aferem apenas as probabilidades jurídicas de prevalência, que é elaborada pela seguinte lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior terá a importância da satisfação do outro.”[197].

Humberto Ávila, ao examinar a primeira máxima do “princípio da proporcionalidade”, qual seja, a verificação da adequação, suporta não apenas a aferição de legitimidade do objetivo, como também a obrigatoriedade de investigar a fundo a relação empírica entre meio e fim.[198] Ou seja, é preciso “que o administrador se muna de um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) colabore para a promoção gradual do fim”, sendo que um meio pode ser verificado em relação à concretude de um fim pela análise de três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza).

---

[194] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 60.

[195] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 119.

[196] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 60.

[197] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167.

[198] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177.

Com a finalidade de expor tais aspectos, que devem se orientar pela opção do Administrador, Ávila apresenta o exemplo: qual vacina deve ser escolhida?[199] A que acaba com os sintomas de uma doença (superior em termos qualitativos), mas que não tem sua eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos), ou uma outra vacina que apenas cura os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativo) e que já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos)?

Frente a múltiplas variáveis, riscos e ônus, Ávila chega à conclusão de que a Administração possui o dever de optar por um meio que simplesmente fere o fim, eis que sua atividade ficaria inviabilizada se tivesse que verificar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim.[200] Além disso, verifica-se que aqui a noção de entropia trazida pela ciência contemporânea, ou seja, a impossibilidade de determinar e prever, de maneira absoluta e racional, os resultados de uma dada medida escolhida não poderia simplesmente paralisar uma decisão.

Empiricamente, uma investigação utilitarista estrita nos levaria a um beco sem saída. Levando-se em conta os padrões diversos, tais como o probabilístico, o quantitativo e o qualitativo, simplesmente não existiria um critério comum que atuasse pautando qual conduta seria menos gravosa e qual seria a mais vantajosa. Rendendo-se, então, a essa evidencia supracitada, a proposta de Alexy é de conceber a submáxima da necessidade por intermédio de sua versão fraca, uma vez que seria pouco produtivo nesse caso esforçar-se por investigar qual seria a melhor vacina. Dessa forma, em seu sentido, qualquer vacina (medida) que minimamente fosse eficaz contra o vírus (fim) poderia ser considerada lícita. Nesse viés, a submáxima da necessidade apenas teria sentido para eliminar medidas claramente teratológicas.[201]

Ora, se concebermos que a investigação das situações importantes no caso concreto deve analisar padrões deontológicos e se concebermos a necessária busca da resolução certa em contraposição à ideia da discricionariedade administrativa, a análise da indispensabilidade deve ter outro padrão de interpretação, afastando-se o pensamento utilitarista. *A priori*, para que a referida seja coerente, é necessário que

---

[199] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 178.

[200] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 178

[201] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.

a lei irrefutavelmente prescreva uma ordem hierárquica face aos critérios (máximas) supracitados, mostrando quais seriam os mais relevantes para o Administrador. Uma lei sem tais padrões estritamente definidos, a nosso ver, é inconstitucional por não possuir eficácia no balizamento da Administração, o que caracteriza o recorrente caso de proibição por insuficiência.

As opções por hierarquia dos critérios é função típica do legislador, que normalmente volta sua atenção às variáveis técnicas e econômicas das ações. No entanto, agora estipulados os critérios, a opção da medida pela Administração assumirá figuras deontológicas uma vez que, em virtude da contrariedade, a opção da escala prescrita na lei apontará sérios indícios de ilicitude, que irão ser apreciados pelo Judiciário sob igual prisma deontológico. A resposta do Poder Judiciário factualmente prescindirá de valoração de custo/benefício e, consequentemente, de uma investigação para a adequação da necessidade, embutida nas perspectivas de situações relevantes ao caso concreto, que se resumirá de forma redundante em mais uma perspectiva deontológica.

Porém, como seria se na hipótese de o Administrador se deparar face a uma questão de emergência na qual não exista uma norma específica para balizar a medida? *A priori*, questões envolvendo anomia normalmente são solucionadas por argumentos analógicos. Em casos assemelhados, existia alguma norma que tratava matéria “semelhante”, que ditasse os critérios de preferência para o administrador? Quais casos? Qual analogia? De que forma o administrador concebeu ou afastou esses critérios?

Pode parecer uma impossibilidade a resposta correta em situações como essas, mas vislumbramos sempre que qualquer aplicação do Direito em si já é uma “im-possibilidade” derridiana. Por mais difícil que seja, será possível sempre averiguar a conduta de alguém e significá-la à prevenção e à precaução adotada, à entropia de efeitos colaterais não previstos, trazidos à baila pelas partes para a decisão. Assim, mesmo em tais circunstâncias, a necessidade será admitida em sua versão forte, e não como uma muleta utilitária tal qual preconizada por Alexy.[202]

Sendo assim colocado, analisa-se que a axiologia está no corpo da obra de Alexy quando ele deduz que os direitos sejam efetivados em uma escala gradual de otimização, provocando uma reação que acabaria fazendo com que os limites da

[202] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.

função judicial sejam fortemente elastecidos, tornando o Judiciário uma esfera patentemente política, desdiferenciando o sistema judicial brasileiro, principalmente na figura da Suprema Corte, pelos códigos poder/não poder, que são de natureza política e de lucro/prejuízo próprios da Economia. Dessa forma, a quem se incube aplicar a norma, não se perfaz uma escala de preferências de medidas, seja entre a medida que lhe é posta para julgamento, seja entre as medidas alternativas, sendo que essas últimas sequer passaram pelo crivo da argumentação e da fundamentação, que é o lugar adequado para a decisão em vez do que uma comunidade entende medianamente por bom. Dessa forma, afere-se que, na aplicação da submáxima da necessidade, o responsável pela aplicação consequentemente acaba por usar argumentos utilitaristas, na medida em que elege o que é menos danoso seguindo apenas suas orientações pessoais.

Nesse viés, entende-se que o responsável pela aplicação do Direito não é facultado à análise da efetivação da finalidade de conduta apta ao legislativo ou à atuação de forma a detectar um meio menos danoso, como ocorre na máxima da necessidade nos padrões propostos por Alexy. Em nossa visão, por exemplo, a variável da necessidade poderia atuar como um padrão que autorize o exame de fraudes, em casos de patente dolo pelo administrador. Em outras palavras, a violação do administrador das balizas forjadas pelo legislador, que já fez a opção pelos meios menos danosos, são passíveis de avaliação pelo standard da necessidade para que, dessa forma, possa-se inferir a ilicitude e a improbidade dos atos.

Nesse sentido, é necessário diferenciar que o responsável pela aplicação do Direito é dado a decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da medida por intermédio de uma argumentação que vise às diferenças existentes entre os diversos tipos de argumentos, que têm a capacidade de ser legitimamente empregados nos debates de fundamentação e de efetivação do Direito.

Para isso, é preciso diferenciar as diferentes possibilidades de argumentação nos discursos de aplicação e de fundamentação do direito. Ainda que o discurso de fundamentação seja relativamente aberto a argumentos morais, pragmáticos e econômicos de cunho utilitarista e a lidar com a questão de validade dos textos normativos, o discurso de aplicação lida com a questão da adequação da norma para a solução de um dado caso concreto. Assim, as escolhas que se norteiam pelo custo/benefício do legislador, na medida em que não colidam com a Constituição,

não podem ser alvo de mudanças pelo poder Judiciário. Nesse sentido, o discurso da aplicação não encontra terreno para criar novos argumentos de interpretação para solucionar o caso concreto, todavia, abre caminho para reconstruir os argumentos já apresentados no discurso de fundamentação, o que implica o caráter de complementaridade entre esses dois discursos. Sendo assim, enquanto o discurso de fundamentação conecta-se mais a argumentos de cunho axiológicos, o discurso de aplicação se conecta ao plano da deontologia.[203]

Contudo, ainda que exista margem a variados tipos de argumentação nos respectivos discursos de fundamentação e aplicação, a franca distinção entre estes reconhece-os como variáveis que se completam. Tem-se, ainda, a presença principal de fundamentos utilitaristas, que não podem ser usados de maneira pessoal para se alcançar um dado fim na fundamentação, sob pena de incorrer na concretização de juízos estritamente (ou majoritariamente) políticos, que atuam em uma relação promíscua com o legislativo – uma maioria que se forma no parlamento e barganha com o Judiciário –, que é beneficiado em questões pessoais e partidárias. Ademais, essa maioria não tem nenhum apego ou compromisso em relação às minorias, às suas demandas e aos seus direitos fundamentais, sendo elas renegadas e consideradas "supérfluas" ou não dignas.

No viés supracitado, a face "conservadora" que o país atravessa fica mais nítida de se "ver". Temos um Poder Legislativo que formou um grande bloco compostos por ruralistas, evangélicos, bancada da bala e outras "raposas" mais antigas, que atuam visando aos seus próprios interesses, a qualquer custo – utilizando-se de desinformação, *fake news* e o que for necessário para maximizar seus benefícios – e sempre com apelo populista. Juntando-se a esse quadro, temos um Executivo que paradoxalmente é acéfalo e propulsor das mais variadas barbarias e uma Suprema Corte encurralada ora pelas demandas do legislativo, ora do Executivo e agora com a pressão da população devido à grande exposição dos Ministros.

Somando todos esses fatores, podemos inferir que as intuições e principalmente o Supremo Tribunal Federal, que, durante esse período de pós-Constituição de 1988, têm ficado com a última palavra em matérias de grande controvérsia e envolvendo direitos fundamentais, além das questões constitucionais,

---

[203] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p.

atuam de forma utilitarista. Nessa esteira, basta a lição da história, quando, por exemplo, perseguiam-se hereges sob a alcunha da Inquisição ou durante o holocausto, quando foram dizimados judeus, ciganos, homossexuais, deficientes físicos, entre muitos outros, sob justificativa de uma ideologia nazista apoiada pela maioria. Ainda podemos citar o regime de escravidão vivido no Brasil e nos Estados Unidos, o apartheid na África do Sul, a segregação dos negros nos Estados Unidos, a casta de intocáveis na Índia ou o tratamento dado aos indígenas e mestiços na América Espanhola, entre tantas outras violações a direitos. Estas foram, e ainda são, respaldadas pela lei e pela maioria utilitarista que se encontra nos poderes estatais e que silencia pessoas, que acreditam não terem nem vez nem voz.[204]

Dessa maneira, por mais que se considere que os provimentos legislativos encontrem-se “abertos” à força da doutrina utilitarista, eles devem ser empregados com prudência, uma vez que a legitimidade das condutas em uma democracia não se realiza somente pela aferição da maioria numérica em uma votação, pelo contrário, ela é legitimada quando se abarcam todos aqueles que, em sua condição humana, serão atingidos.

> Desse modo, as respectivas ressalvadas, deve-se estar atento para o fato de que, enquanto o Poder Legislativo se abre para o emprego de argumentos utilitaristas basta pensar nas inúmeras necessidades sócias da população e a restrição orçamentária que faz com que o Estado faça escolhas que não atenderão a totalidade da população, ao Judiciário não é dada a mesma abertura de razões, eis que a aplicação do direito só se entre as alternativas: a avaliação da ilicitude ou licitude das condutas postas em julgamento.[205]

Cumpre salientar que a divisão em termos fracos entre os discursos de justificação e de aplicação traz subentendida a si própria uma concepção de universalismo fraco. Em outras palavras, o operador do direito, para refleti-los quando da sua aplicação, não pode furtar-se das circunstâncias no caso concreto.

> A adoção de um consequencialismo fraco leva à opção do concretismo jurídico, ou seja, o discurso de aplicação impõe o exame do conjunto de provas e fatos alegados, devendo o magistrado perceber que o exame exclusivo das consequências de sua decisão não pode determinar o contudo de suas decisões. Ou seja, o necessário exame das consequências de uma decisão judicial não pode jamais suprimir o caráter deontológico do

[204] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 64.
[205] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 64.

> provimento judicial.[206]

Dessa maneira, pode-se distinguir aqueles que optam por um consequencialismo forte, como fazem o pragmatismo jurídico, o minimalismo constitucional da escola de Chicago, a ponderação de valores, *a Critical Legal Studies* e a intepretação econômica do direito, para demonstrar alguns exemplos, daqueles que acreditam que o direito pode ser dito em razão de seus resultados, e razão de suas consequências que o julgamento das condutas pode acarretar para as partes e para comunidade.[207]

Assim, o consequencialismo forte, que perpassa o utilitarismo, abre espaço para decisões judiciais que se afastam da deontologia normativa e que gerem, por meio do poder de escolha, a decisão mais "conveniente", mais benéfica sob o viés econômico, político, social e moral para a sociedade. Em outras palavras, abre-se um espaço para que decisões de um Poder se coloquem acima dos demais e acima da sociedade. Assim, esse decisor está convicto da sua autoridade e legitimação para refutar razões fundamentais da Constituição e, dessa forma, desconsiderar o Outro, pensando que sempre será mais eficaz ouvir o que ele próprio diz sobre qualquer assunto e, por conseguinte, dar a última palavra.

Nesse sentido, o que se compreende por lícito ou ilícito não se perfaz simplesmente pela análise dos resultados de uma outra opção decisional. Resultados que se unem às contingências e o direito não podem ser como uma folha de árvore que, a cada instante, pode seguir por múltiplas direções, conforme o vento sopra. É certo, por sua vez, que não se ignoram a noção de entropia, que advém da ciência contemporânea, e a ideia de que não existe uma causalidade absoluta, no entanto, o que se pode inferir é que, para a ideia de segurança jurídica e para a estabilização das condutas sociais por meio do direito, faz-se necessário um mínimo de coerência em sua aplicação e na preservação da "supremacia da constituição", o que se perfaz em distinção de fundamentos utilitaristas.

> Isso, no entanto, não significa que o juiz jamais deva refletir sobre as consequências de suas decisões, mas o exame das consequências de uma decisão judicial não pode jamais suprir o caráter deontológico do provimento jurisdicional.

---

[206] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 64.

[207] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 64.

> Ademais, o utilitarismo não serve como critério para interpretação do direito na medida em que sua pretensa neutralidade e possibilidade de consideração igualitária entre as diferentes possibilidades de escolha se desfazem através de um exame mais apurado.[208]

A junção entre os bens colocados em concurso – como exemplo, pode-se citar a proteção física de um indivíduo que está prestes a ser torturado versus a proteção da segurança nacional – por si já corrobora uma decisão valorativa do intérprete e uma antecipação do resultado escamoteado no sentido que é desejado, ou seja, a felicidade geral originada pela segurança encontra morada uma vez que é maior que o mal realizado a uma única pessoa. Dessa forma, o exemplo supracitado, em que um indivíduo se encontra prestes a ser torturado, pode ser entendido sob a concorrência entre lesão corporal e psíquica versus a indenização que deve ser paga pelo Estado em virtude da lesão causada. Eis que a felicidade geral será alcançada por meio da supressão de direitos individuais em favor da somatória de interesses individuais de uma comunidade. “Logo, o utilitarismo se apresenta como um argumento encantador, mas que ao contrário do que sustentam seus defensores, nada tem de objetivo, formal ou neutro.”[209].

Nessa esteira, o utilitarismo apresenta-se como uma doutrina passível de várias críticas na compreensão do direito, tanto no momento da criação legislativa quanto na subsunção do caso concreto à norma realizada pelo juiz. Chegando a esse caminho imbricado, o que devemos fazer?

Tal questão perpassa pela perturbação da crença positivista e do seu modo de compreender as ciências e o Direito, sobre os quais somos majoritariamente educados nos bancos das escolas, por intermédio de fórmulas prontas e estanques, que passam ao largo das múltiplas possibilidades da compreensão humana. “Porém se não acreditamos em fórmulas mágicas ou receitas para aprender o direito, entendemos que a ética da alteridade pode trazer algumas contribuições.”[210].

Um dos patentes problemas da doutrina utilitarista é a permissão – ora escolha deliberada – de maximizar a felicidade da maior parte (soma individual de interesses em comum) em detrimento da subtração da felicidade de alguns.

---

[208] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 65.

[209] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 65.

[210] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 65.

Todavia, o pensamento utilitarista subverte a sua real intenção quando não revela qual felicidade é analisada em seu respectivo raciocínio. Para essa teoria, o meu interesse individual condiz automaticamente com os interesses da maioria, que prega que isso deve ser buscado custe o que custar, doa a quem doer. Desse modo, a equação custo-benefício será imposta por uma simples maioria numérica.

Nesse panorama, esse discurso não possui legitimidade dentro de um Estado Democrático, uma vez que não dispõe, exclusivamente, do cidadão como elemento basilar para seu pensamento, nem compreende que, em um pretenso Estado Democrático, as minorias e seus interesses têm que ser ouvidos e respeitados, não se devendo ter como elemento único apenas a prevalência do ideal coletivo – como no pensamento utilitarista, assim surge como alternativa viável ao centrar a ipseidade humana na abertura para o outro.

Em uma interpretação, é condição *sine qua non* uma escolha de posição, ou seja, uma parte de si, uma pressuposição de si sobre alguma questão imbricada. Assim, a adestração do profissional do direito não dispensará jamais a sua face de criação na acepção que lhe impulsionará às razões universais face ao caso concreto. Essa acepção, que pode ser entendida como hipótese estética do ato de conhecer, desvenda que a compreensão do Direito nunca se performará pela ação da razão pura, como forjaram em seu pensamento Kant, Kelsen e outros de seus sucessores. No entanto, esse “mito” iluminista persiste duramente e insiste em continuar para os que pensam que a hermenêutica se findou em Carlos Maximiliano e que o Direito acabou depois da Escola da Exegese.

Entender nossa contingência no tempo e no espaço é necessário. De quem? Daquele que nos chama a sermos! E, para sermos, necessitamos de arcar com essa responsabilidade de atender ao apelo do Outro. A interpretação é em si arte e ética, e, nesse sentido, o cognitivismo racional demanda do intérprete o “controle” daquilo que lhe é posto a ver, daquilo que o nosso “si” pode conhecer. Então, sobre “consciência e razão”, “consciência e afecção” e “consciência e ética”, necessita-se, no presente, que alteremos os sentidos semânticos das palavras “razão” e “consciência”. Consciência do seu inconsciente. Consciência da responsabilidade de ser por uma ética primeira de inspiração levinasiana. Responsabilidade que lança nos nossos rostos à obrigação da Resposta Correta. Responsabilidade que prescreve a rejeição de fundamentos utilitarista que permeiam o campo judicial de aplicação do Direito. Responsabilidade que consequentemente necessita da

humildade para rever posições para dialogar. Humildade que renega a onisciência, a crença de tudo saber e, dessa forma, tudo poder. Responsabilidade de entender que o discurso político abre margens para argumentos utilitários em grande parte. Entender que as escolhas do Administrador Público também se abrem ao enfoque do custo/benefício, principalmente diante da escassez de recursos e da proliferação de reclamos. E, se tais escolhas não resultaram em fraudes, o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública não podem pretender trocá-las por novas acepções de custo/benefício. Responsabilidade que veda o acesso a argumentos utilitaristas e que consequentemente implique um resgate ético da teoria da tripartição dos poderes![211]

Não se está apenas discorrendo sobre a procura de limites entre as formas de argumentação que estão as mãos da legislação e da jurisdição; não reduz apenas ao empenho da defesa da deontologia e da não desdiferenciação do arcabouço jurídico no sentido de racionalidades díspares e características dos sistemas Político e/ou Econômico. Procede-se agora, fundamentalmente, do controle que se atua como responsabilidade, que advém do chamado entendido na ética primeira de Lévinas, isto é, de responder à necessidade do Outro, ao apelo do Outro. A busca pelo caminho correto não se apresenta apenas pela conformação transcendental da presença da necessidade pelo certo.

> Não se trata apenas da manifestação de nossa mundanidade como 'pretensão de correção', como abertura *ek-sistencial.* É tudo isso, mas fundamentalmente sabemos que **Il y a** mais! É algo que transborda qualquer tentativa de conceituação, que sobrepõe a ditadura da razão totalizante ditada pela ontologia, seja ela clássica ou fundamental (heideggeiriana). Um além que se impõe como epifania: uma imposição de defesa do Outro que implica a rejeição de qualquer forma argumentativa que permite a negação do humano, do indivíduo, e com isso, de justiça.[212]

É necessário ressaltar que não se está dizendo de refutar a possibilidade ligada de forma *sine qua non* aos discursos de aplicação, de emprego de argumentos utilitaristas pela razão prática. O minimalismo constitucional, a interpretação econômica do Direito e as diversas formas de consequencialismo forte, entre as quais está a ponderação de valores de matriz alexyano, permeiam nosso

---

[211] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 67.

[212] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 67.

sistema jurídico provando tal possibilidade. Assim, temos de compreender que seu emprego deve ser paulatinamente suprimido quando se passa do provimento legiferante para o provimento jurisdicional, tratando-se de alcançar limites em defesa do humano. Busca-se, aqui, por uma hipótese que, na esfera da possibilidade, esteja sempre aberta a outro fundamento que não seja de cunho utilitário, ainda que o resultado (a decisão) não se altere uma vez que mais importante que o resultado é construção do caminho.

Dessa maneira, ainda que abra a possibilidade de utilização de fundamentos utilitaristas, de custo/benefício para a prolação de uma decisão, assim como acontece no sistema político, muito comuns nas deliberações de provimentos legislativos, tal formulação não deve ser elaborada em razão dos meus interesses, nem nos nossos interesses. Pelo contrário, deve ser elaborada por intermédio do Outro, que se mostra como uma variedade de demandas múltiplas e genuínas, que não devem ser analisadas tão somente à luz de parâmetros de interesses de uma coletividade, nem daqueles definidos de modo individual por aquele que está no Poder, mas sim diante do reconhecimento da face do Outro, que se revela como diferente e, ao mesmo tempo, igual, em sua humanidade àqueles que decidem.

> Aliás os regimes totalitários nada mais fazem do que considera o homem em sua utilidade para o Estado. Ou seja. Judeus, ciganos, homossexuais, deficientes, idosos, a oposição, os inimigos são vistos como a escória da sociedade, que representam a mazela, a contaminação que deve ser exterminada para a promoção do bem-estar do Estado.[213]

Dessa maneira, o viés instrumental do utilitarismo afasta o que há de humano no Outro. Assim, como aquele objeto que não cumpre mais a função para a qual foi concebida deve ser refutado, aquele que não se dá aos papéis de comunidade propostos como bons e devidos deve ser descartado da comunidade.

> Entretanto, o que a ética da alteridade nos traz é a possibilidade de transcender o critério da utilidade para poder enxergar o valor de cada ser humano em si mesmo sem se preocupar com os benefícios, vantagens, prejuízos ou desvantagens que cada um trará para sociedade, para o Estado e para suas próprias relações pessoais.[214]

---

[213] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 68.

[214] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 68.

Dessa maneira, talvez, no fundo possa-se inferir que o que se apresenta como cerne, como o que resta é o julgamento dos outros e de nós mesmos, que se forja em dignidade humana – a qual deve ser tida em todo tempo em nossas relações interpessoais –, mas está presente desde sempre, ao retirar o filtro da utilidade, compreendido como aspecto de razão teleológica, de maneira que se perfaz. Em outras palavras, ao conceber que, quando consideramos que o Outro é e que nós somos incapazes de servir e de forjar aquilo que tradicionalmente se deseja de um indivíduo – ou até o que cada um quer de si mesmo –, a pergunta que se impõe é se somos merecedores de respeito e de consideração, ainda que "tenhamos em nossa rotina de 'utilidade'" essa etiqueta perdida.

Se a perda for ocasionada pela passagem inexorável do tempo que atinge a todos, que, como resultado, envelhecem, têm deficiência físicas e mentais, por não alcançarem os critérios socialmente dominante, ou seja, por serem diferentes e, ao mesmo tempo, semelhantes à nossa condição humana.

> Assim, o que a utilidade faz é reduzir o prisma de possibilidades da vida humana em uma única função, em um único valor, o que obscurece a infinitude a 'ser' humano, e, portanto, a multiplicidades de valores e significados e significados novos e igualmente paralelos que possuímos.[215]

Sendo assim, diante de nossas falhas cotidianas e rotineiras, resultado da presença de fundamentos utilitarista, nossa valoração como pessoa humana permanece sem, ainda que não exista a perda de seu valor intrínseco, e isso de alguma maneira para compreensão do direito.

É irrefutável a negação de que o princípio da utilidade seja aplicado como questão de fundo na prática forense atual, bastando, para isso, fazer uma reflexão dos primeiros anos de academia de direito, que tem como objetivo administrar as condutas humanas visando à promoção da paz e da estabilidade social como um todo. Nesse sentido, as normas (regras e princípios) se traduzem em, por exemplo, proibições de matar e de roubar, são forjadas politicamente e atuam de forma a reprimir a conduta individual com objetivo de promover o todo, ou seja, uma coexistência em uma comunidade coesa, organizada, na qual o caminho se perfaz pela máxima utilitarista da maximização da felicidade.

Nesse viés, pensamos que a função jurisdicional também só tende a ganhar

[215] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 69.

legitimidade quando balizada por um controle argumentativo, nos parâmetros do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, vislumbramos que, em determinadas situações, as razões normativas universalizáveis se transformam em normas que serão aplicadas à sociedade e, consequentemente, à função jurisdicional, prescrevendo comportamentos e restrições ao humano, e que é passível sempre utilizar argumentos diferentes e com correlação a preservar a dignidade humana. De outra forma, podemos analisar que o custo/benefício, o cerne do pensamento utilitarista, não de ser utilizado na função jurisdicional, tampouco no Direito, ao passo que isso não implique a rejeição da adoção de um consequencialismo fraco, condição *sine qua non* a qualquer zetética concretista.

Diante disso, uma série de casos nos quais o argumento utilitarista sobressai aparentemente como fundamento "natural" da decisão judicial será analisada partindo de pressupostos diferentes, de modo a observar a deontologia. Ao invés de um "eu cognocente" que resolve por meio da razão pura, buscaremos, neste momento, uma hermenêutica do si, de um sujeito que justifica sua decisão como um narrador que confirma o que passou no "ser da decisão", mas que, ao mesmo passo, observa que sua narrativa pode contribuir para alterá-la.

Dessa forma, apesar de o direito e de a função jurisdicional, representada principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, serem forjadas argumentativamente e com bases utilitaristas, crê-se numa reformulação desse paradigma. Nesse encalço, o caminho passa pela percepção de que a fundamentação da decisão não traduz a realidade, não descreve o que foi a decisão, uma vez que a manifestação do seu "ser" jamais será o "ser em si", e sim uma entificação, que é, todavia, forjada em bases iluministas de demonstração neutra do que já passou, mas como uma narrativa histórica e ficcional do que pode ser sempre previsto.[216]

Analisamos que as próprias demandas por exigência de previsibilidade e de estabilidade que permeiam a noção de segurança do sistema jurídico, para além da ontologia clássica, que está arraigada no princípio da eficiência processual, na maioria das vezes, são fundamentadas a partir de pensamentos utilitaristas da Política do Judiciário, principalmente no que tange à matéria constitucional ao encargo do Supremo Tribunal Federal. Assim, as demandas por resultados

[216] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 70.

aritméticos face à economia processual, à coerência argumentativa e à força gravitacional dos precedentes se pautam pela lógica do custo/benefício face à análise de um “caminhão” de demandas repetitivas, no que se denomina de jurisdição de massa, sobre a qual também se recai a palavra final ao Supremo Tribunal Federal.

No entanto, esse argumento depende de “tradução” para a deontologia quando da aplicação do direito em sua respectiva função jurisdicional, que, dessa forma, não poderá impedir ações que contenham alegação de analogia contrária ao *distinguishing,* a interpretação conforme ou mesmo a *overruling.* Em outras palavras, nossa narrativa pode, de maneira simples, compreender determinadas práticas do conceito dworquiano de “Integridade do Direito” sem que essas afastem a oferta de instrumentos que viabilizem a superação do entendimento jurisdicional face ao caso concreto.

## 12 CONCLUSÃO

Perpassamos pelas mais diversas matizes do utilitarismo, desde as primeiras concepções dos gregos, como Platão e sua virtude, até, posteriormente, filósofos modernos como Hobbes e Locke e suas respectivas teorias do contrato social. Porém, a filosofia utilitarista só foi fundada e sistematizada por Jeremy Bentham no final do século XVIII e início do XIX, quando surgira a escola dos utilitaristas com diversos nomes e vertentes, tais como: Sidgwick e seu utilitarismo teológico; Hare e o prescritivismo; Paley e suas premissas transcendentais; Stuart Mill e sua máxima da felicidade; Singer e seu prescritivismo universal; e o refinado pensamento de Joshua Greene na construção de sua metamoralidade.

Dessa forma, apesar de diversas correntes do utilitarismo, é possível inferir que uma matriz permeia e prepondera face as demais, qual seja, o utilitarismo de Jeremy Bentham. Os filósofos utilitaristas, desde o discípulo de Bentham, Stuart Mill, ao recente Joshua Greene, equivocam-se e repetem as lições de Bentham na medida em que não afastam o princípio da utilidade, reproduzindo a máxima de que a melhor conduta e a eticamente correta são as que maximizam o prazer e diminuem a dor. Além disso, também se equivocam quanto à máxima da felicidade da sociedade, uma vez que, reproduzindo Bentham, compreendem a somatória dos interesses individuais como um ideal de sociedade. Percorremos todo esse percurso para inferir que os fundamentos utilitaristas, presentes na Suprema Corte do país, são de matiz Benthaniana, ou seja, sua finalidade é maximizar o prazer e se afastar da dor, sendo que, para isso, é passível a utilização de qualquer meio e o eticamente correto é a ação que gerar maior benefício.

Dessa forma, a atividade interpretativa da Constituição afeta os onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, além de sua própria atividade judicante, permeada por tamanha discricionariedade, são um terreno fértil para a instrumentalização de fundamentos utilitarista para alcançar um dado interesse.

Após a Constituição de 1988, o judiciário brasileiro, em especial, o Supremo Tribunal Federal, viu-se no centro das demandas da população referentes a direitos fundamentais, conflitantes com interesses econômicos e políticos. Os onze ministros se tornaram pessoas muito poderosas, sem nenhum voto, e foram chamados a decidir sob as demandas mais importantes da sociedade. Todavia, infere-se que as decisões tomadas pelos Ministros da Suprema Corte são permeadas por uma

análise política e econômica do caso concreto. Ou seja, cada Ministro atua em sua decisão fazendo um juízo de oportunidade e de conveniência mediante aos interesses em jogo, incorrendo-se, dessa maneira, no cálculo de custo e de benefício, forjando uma decisão utilitarista em linha com o seu próprio interesse.

Contudo, seja face à interpretação da Constituição, seja face ao controle de constitucionalidade, seja face a um *Habeas Corpus*, o Supremo Tribunal Federal não atua de forma a atender aos princípios de uma jurisdição constitucional democrática, isto é, o princípio da legalidade e o sistema jurídico. Ele atua de forma utilitarista fazendo um cálculo de custos e de benefícios de acordo com seus interesses e as circunstâncias em jogo, procede instrumentalizando fundamentos utilitaristas por meio de sua discricionariedade e de sua atividade criativa, oportunizando um juízo de oportunidade e conveniência.

De fato, pode-se citar vários exemplos desse fenômeno, como as várias interpretações do princípio da presunção da inocência. Em 05/09/2009, face ao HC n° 84.078, por 7 votos a 4, sob relatoria do Ministro Eros Grau, entendeu-se rever a jurisprudência da Suprema Corte vedando a prisão em segunda instância. Todavia, essa decisão só foi concretizada porque os interesses em jogo contribuíam para tal decisão, ou seja, o Presidente, na época, acabara de nomear quatro ministros e tinha interesses políticos e orçamentários na causa, em que seu prestígio prevaleceu sobre a Suprema Corte, que fez um cálculo de custo benefício face à alta popularidade do então Presidente Lula. Não foi o que aconteceu no dia 05/10/2016, no HC nº 126.292, no qual o Supremo Tribunal Federal por maioria decidiu que o artigo 283 do Código Penal não impedia a execução da pena após condenação de segunda estância, entende-se que as circunstâncias são inversas, a então Presidente Dilma vivia uma crise no poder, estava isolada e perdeu todo seu poder de influência ao mesmo passo que a população se indignava com tamanha roubalheira. Então, o Supremo Tribunal Federal, mirando nos principais agentes, reformulou sua jurisprudência face às circunstâncias e aos interesses em jogo.

No entanto, a posição atual deve mudar, pois o Ministro Gilmar Mendes, em franca posição utilitarista e em defesas de grandes empresários que “representa”, anunciou que vai mudar seu voto. Com Lula preso e agora solto em situações precárias, resta a Gilmar Mendes soltar seus “parceiros”.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a Suprema Corte do país, decidindo mediante a fundamentos utilitaristas, tem-se tornado uma Corte Jurídico-Política,

que julga de acordo com os interesses em pauta, ao mesmo passo que exerce grande poder. A teoria de Montesquieu, por sua vez, está em xeque, o Supremo Tribunal Federal jamais conheceu tamanha notoriedade e prestígio. Com o papel de interprete da Constituição e ainda podendo modular os feitos de suas decisões, faz-se um terreno fértil para instrumentalização de fundamentos utilitarista nas decisões dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal.

# REFERÊNCIAS


ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO JUNIOR, José de Oliveira. A concepção de justiça no Grande sertão: veredas: o julgamento de Zé Bebelo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 71-78, jan. 2007.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Ed. Abril, 1979.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.682/MT**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 09 maio 2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações diretas de inconstitucionalidade nº 875/DF, 1.987/DF, 2.727/DF e 3.243/DF**. Requerentes: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 fev. 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 150**. Relator Ministro Moreira Alves. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Brasília, 30 nov. 1989. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2020.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre o conceito de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: A moralidade derivada das respectivas noções de natureza humana. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 19, n. 32, p. 483-506, 14 jul. 2015.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GREENE, Joshua. Perfil. **Fronteiras do Pensamento**, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.fronteiras.com/saopaulo/conferencia/joshua-greene. Acesso em: 30 jul. 2020.

GREENE, Joshua. **Tribos morais**. Rio de Janeiro: Record, 2018.

GUIZAN, Esperanza. Utilitarismo. *In*: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed.). **Enciclopedia iberoamericana de filosofia:** concepciones de la ética. Madrid: Trota, 1992. v. 2, p. 269-296.

HARE, Richard Mervyn. **Ética**: problemas e propostas. São Paulo: Ed. UNESP, 2003.

HARE, Richard Mervyn. The structure of ethics and morals. *In*: HARE, Richard Mervyn. **Essays in ethical theory**. Oxford: Clarendon Press, 1993. p. 175-190.

HOAG, Robert W. Mill on conflicting moral obligations. **Analysis**, Oxford, v. 43, n. 1, p. 49-54, 1983.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Phronesis: Revista do Curso de Direito da FEAD**, Belo Horizonte, n. 5, p. 105-119, jan./dez. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILL, John Stuart. **A liberdade**. Lisboa: Viúva Bertrand & C. Sucessores Carvalho, 1984.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo (1861)**. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PALEY, Willian. **The principles of moral and political philosophy**. London: R. Faulder, 1978.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 3. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2019. Disponível em: www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em: 25 jan. 2021.

POSNER, Richard A. **Breaking the deadlock**: the 2000 election, the Constitution, and courts. Princeton: Princeton University Press, 2001.

POSNER, Richard A. Bush v. Gore as a pragmatist adjudication. *In*: DWORKIN, Ronald (org.). **A badly flawed election**: debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and american democracy. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 143.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSA, João Guimarães. **O grande sertão**: veredas. 22. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCARIOT, Juliane; SIDGWICK, Henry. **História da ética**. São Paulo: Ícone, 2010.

SINGER, Peter. **A ética prática**. 3. ed. Tradução de Jefferson Luiz de Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

SINGER, Peter. **Como havemos de viver?** A ética numa época de individualismo. Tradução de Fátima St. Aubyn. Lisboa: Dinalivro, 2006b.

SINGER, Peter. Ethics and institutions. **The Journal of Ethics**, Amsterdã, v. 9, p. 331-352, 2005. Disponível em: https://www.utilitarian.net/singer/by/200510--.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

SINGER, Peter. **The expanding circle**: ethics, evolution, and moral progress. Princeton: Princeton University Press, 2011.

SINGER, Peter. **Uma izquierda darwvina**: política, evolucion y cooperacion. Tradução de A. J. Desmonts. Barcelona: Crítica, 2000.

SKORUPSKI, John. **John Stuart Mill**. London: Routledge, 1989.

SORLEY, William Richiet. **História de la filosofia inglesa**. Buenos Aires: Losada, 1951.

SUSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism at the Supreme Cort. Cambridge: Harvard University Press, 1999.