



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CAIO PRYL OCKÉ**

**A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO UTILITARISTA NA  
OBRA DE ROBERT ALEXY**

Salvador  
2018

**CAIO PRYL OCKÉ**

**A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO UTILITARISTA NA OBRA DE  
ROBERT ALEXY**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito, da Universidade Federal da  
Bahia, como requisito para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Ponciano de  
Carvalho Júnior

Salvador  
2018

**CAIO PRYL OCKÉ**

**A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO UTILITARISTA NA OBRA DE  
ROBERT ALEXY**

Trabalho Acadêmico de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Aprovado em 26 de Fevereiro de 2018.

---

Prof. José Ponciano de Carvalho Junior – Orientador  
Mestre em Direito pela Pontifca Universidade de São Paulo, São Paulo/SP,  
Brasil  
Universidade Federal da Bahia

---

Prof. Homero Chiaraba Gouveia  
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, Brasil

---

Prof. Iuri Mattos de Carvalho  
Mestre em Direito pela Pontifca Universidade de São Paulo, São Paulo/SP,  
Brasil  
Universidade Federal da Bahia

A  
Minha família, em especial  
Minha mãe Bianca  
Meu pai Jamil,  
Meu irmão Eric, e  
Minha saudosa “Bisa” Vera  
Amo todos vocês.

## AGRADECIMENTOS

Esta página é mais do que um agradecimento por um trabalho de conclusão de curso, é um agradecimento por toda uma vida de dedicação, transtornos, “puxões de orelha”, risadas e lágrimas que existiram neste período em que convivi nesse mundo azulado que Deus nos da.

Assim, não há como passar por aqui sem destacar minha família que sempre me apoiou nos momentos de alegria e tristeza durante o período em Ilhéus, e mais tarde em Salvador. O apoio familiar com certeza é uma base que nunca pode ser desconsiderada em nossa vida. Por isso, apenas tenho que dizer e expressar o quanto amo cada familiar presente, principalmente, Jamil, Bianca e Eric, minha avó Elvira, meus avôs Charles e Luzia, tios, tias, primos e primas, bem como aqueles que já se foram, mas ainda tem tanto a nos ensinar, como minha Bisa Vera, Biso Jorge, “Deda” e Vô Zaki.

Aos colegas de escola e faculdade, tanto da Escola Nossa Senhora da Piedade, como aqui na Universidade Federal da Bahia, por terem me mostrado que o aprendizado extrapola as paredes do local de ensino e os limites do conteúdo programático.

Aos colegas de profissão no Ministério Público do Estado da Bahia, especialmente na pessoa de Dr<sup>a</sup> Guacira, e no escritório Patrícia Falcão Advogados Associados, especialmente pela Dr<sup>a</sup> Patrícia, Elizângela, Gil, Indira, Jéssica, Juliana, Noélia e Thiago. Ambos os locais me demonstraram como ser um bom e diferenciado profissional e se destacar no meio de tantos outros ao redor, assim como a importância dos estudos mesmo já estando no meio da prática.

Aos professores que tive ao longo desta trajetória, com destaque ao meu orientador, Prof. Ponciano, que tive o prazer de ser por um breve período seu monitor em Filosofia do Direito, e ali aprendi o prazer de ensinar e aprender com os outros, e ao Prof. Sebastian, com quem compartilhei dores, tristezas e grandes alegrias neste último ano de faculdade. A todos meus sinceros agradecimentos.

Sem estas pessoas, e tantas outras que são até difíceis de nominar, este trabalho e esta etapa da minha vida não seriam completados desta forma, ou sequer concluídos.

Espero que no futuro eu possa compensar o esforço que foi feito direta e indiretamente para que eu estivesse aqui.

Ajajo.

“Descreva a língua de um pica-pau’, ele ordena a si próprio.

Quem é que resolve, um belo dia, sem nenhum motivo aparente, que quer saber como é a língua de um pica-pau?

Para início de conversa, como é que se descobre uma coisa dessas? Não era uma informação que Leonardo precisasse saber para pintar um quadro ou mesmo para entender melhor o voo dos pássaros.

Mas estava lá e, como veremos, há coisas fascinantes para se aprender sobre a língua do pica-pau.

O principal motivo para ele querer saber era por ser Leonardo: curioso, apaixonado e sempre disposto a se surpreender.” (ISAACSON, 2017, fl. 24)

OCKE, Caio Pryn. A influência do pensamento utilitarista na obra de Robert Alexy. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar a influência do pensamento utilitarista nas diversas obras confeccionadas pelo Professor Robert Alexy. A metodologia utilizada foi, ao início, uma breve entrevista com o professor, que culminou com a escolha do pensador Jeremy Bentham como linha de pensamento a ser utilizada como “lupa” para a análise dos textos de Alexy, bem como outros autores utilitaristas que foram considerados pertinentes a análise. Em seguida, foram feitas comparações de ordem ideológica entre o principal livro de Bentham, “Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”, em versões na língua portuguesa e inglesa, e as obras de Alexy. Desta maneira, foram encontradas similitudes na estrutura do conceito de princípios, a possibilidade de utilização de argumentos utilitaristas na argumentação jurídica e a confluência da metodologia utilizada para análise da máxima proporcionalidade para com a análise da melhor conduta a ser adotada para angariar felicidade, conforme pensado por Bentham. Após, enviamos algumas perguntas a diversos professores do Brasil e do exterior, incluindo ainda o próprio Prof. Alexy, sobre suas considerações, e ao final buscamos analisar os resultados obtidos através de nossas considerações.

Palavras-chaves: Utilitarismo. Robert Alexy. Jeremy Bentham. Filosofia do Direito.

OCKE, Caio Pyl. The influence of the utilitarian's think at the Robert Alexy's work. 2018. Essay for Graduation Degree – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## **ABSTRACT**

The presente work wants to analyze the influence of utilitarian's think at the works conceived by Professor Robert Alexy. The methodology utilized, at the beginning, was a short interview with the professor, that culminated with the choice of thinker Jeremy Bentham as a line of thought to be utilized as a "moonglass" to analyze the texts of Alexy, as other utilitarian's authors that were considered pertinente to the analyze. Afterwards, were done several comparisons of ideological order between the Bentham's main book, "Introduction of Principles of Moral and Legislation", in portuguese and english versions, and Alexy's work. Like this, were found several similarities on the structure of the concept of the principles, on the possibility of utilizing utilitarian's arguments on the legal argumentation and the confluence of the methodology utilized to analyze the maximum proportionality and the analyze to be adopted to develop the maximum happiness as Bentham's thoughts. After, we send some questions to some professors in Brazil and other countries, including Professor Alexy, about their consideration in our work, and in the end, we tried to analyze the results obtained with our conclusions.

Key-words: Utilitarianism. Robert Alexy. Jeremy Bentham. Philosophy of Law.



## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2. BIOGRAFIA DE ROBERT ALEXY</b> .....	11
<b>3. ENTREVISTA PRELIMINAR COM ALEXY EM SETEMBRO/2017 EM BRASÍLIA/DF</b> .....	12
<b>4. O QUE É O UTILITARISMO</b> .....	13
4.1. O UTILITARISMO NA OBRA “UMA INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORAL E DA LEGISLAÇÃO” (1789) DE JEREMY BENTHAM .....	15
<b>5. A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO UTILITARISTA NAS OBRAS DE ROBERT ALEXY</b> .....	25
5.1. INFLUÊNCIA DIRETA .....	25
5.2. INFLUÊNCIAS INDIRETAS .....	28
5.2.1. Princípios Jurídicos (comandos a serem otimizados) de Robert Alexy originados do Princípio da Utilidade de Jeremy Bentham .....	28
5.2.2. Da possibilidade de utilização de argumentos utilitaristas na “Teoria da Argumentação Jurídica” de Robert Alexy .....	33
5.2.3. As confluências da metodologia para análise da máxima felicidade de Jeremy Bentham com a estrutura da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy .....	37
<b>6. ENTREVISTAS COM PROFESSORES ESPECIALIZADOS NO TEMA E COM O PROF. ROBERT ALEXY</b> .....	47
<b>7. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RESULTADOS DO TRABALHO</b> .....	49
7.1. DA INEXISTÊNCIA DE CITAÇÕES DIRETAS DE PENSAMENTOS UTILITARISTAS NA OBRA DE ALEXY .....	50
7.2. DA CARGA MORAL QUE ESTÁ INTRINSECAMENTE ASSOCIADA A “MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE” DE ALEXY .....	51
7.3. A FUNDAMENTAÇÃO DA “PROPORCIONALIDADE” É UMA FUNDAMENTAÇÃO DO DISCURSO PRÁTICO GERAL UTILITARISTA .....	55
7.4. AS REGRAS DO DISCURSO RACIONAL DE ALEXY OBRIGAM A INCLUSÃO DA MORALIDADE UTILITÁRIA NO DISCURSO JURÍDICO BRASILEIRO .....	58
<b>9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	62

## 1. INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho surgiu através de diversas leituras efetuadas por este dissertante, principalmente em textos que tratariam de dogmática em ramos do Direito que estaria correlacionados com a tese da proporcionalidade do pensador Robert Alexy.

Durante tais leituras, foi observada uma certa comparação da teoria do alemão com um ramo ético-filosófico conhecido como Utilitarismo, dos quais tomamos como exemplo aquele que diz que haveria um repúdio a tal ramo:

"Dito isto, quadra cristalizar que o princípio da proporcionalidade desponta como um limite à atuação estatal, bem como ao repúdio do utilitarismo, sendo permeado pela afirmação dos princípios diretores e fundamentais do estado de Direito, em especial da supremacia das normas constitucionais." (COUTO, 2005)

Enquanto vemos outro que traz a proporcionalidade como forma de “controlar” o Utilitarismo, como vemos:

“Contudo, o Utilitarismo dessa escolha não seria arbitrário, posto que controlado/administrado pelo “princípio da proporcionalidade”, através do qual o operador do Direito se vincularia ao uso de meios adequados e proporcionais aos objetivos colimados” (CRUZ, 2014, fl. 160)

Além de também encontrarmos o posicionamento que o “princípio da proporcionalidade implica uma forma de utilitarismo”. (KLATT, MEISTER, 2015, fl. 52)

Desta maneira, não há dificuldades em encontrar posicionamentos divergentes sobre um assunto que parece para cada um dos autores algo de senso comum ou ultrapassado.

Ocorre que, encontrar uma semelhança ou uma divergência em um pensamento, especialmente quando tocante a apenas um aspecto de um trabalho de muitas obras, como é o de Alexy, não necessariamente o torna

influenciado ou não por um ramo ético-filosófico, tal como o Utilitarismo. Até em razão do respeito ao trabalho do Autor, uma análise mais pormenorizada se faz necessária e correta para avaliar os encontros e desencontros que este teria com o Utilitarismo, com vistas ao menos a fornecer instrumentos teóricos e pontos de debate para futuros críticos e seguidores de Alexy que por ventura tratem desta possível relação com o Utilitarismo.

Desta maneira, no presente trabalho tentamos nos utilizar de uma metodologia de forma a ler as obras em conjunto buscando qualquer espécie de relação, conexão ou influência do pensamento utilitarista para com a obra de Robert Alexy. Uma das nossas primeiras dificuldades foi definir sob qual pensamento utilitarista nos iríamos utilizar como “lupa” para observarmos as obras do alemão, ele cita diversos autores, muitos deles utilitaristas, como Jeremy Bentham e John Austin, outros apenas influenciados, como Rawls e Hart – que inclusive é o compilador de algumas obras de Bentham que Alexy utiliza como referência. Para nossa surpresa, tivemos a oportunidade de encontrar o Professor Alexy na Universidade de Brasília, na qual pudemos elencar Jeremy Bentham como teórico auxiliador de nosso trabalho, como se verá a frente.

Ademais, dividimos o trabalho em três etapas: primeiramente avaliar as influências, na qual subdividimos entre diretas (onde há expressa menção ao nome de Bentham ou seu pensamento) e indiretas (aquelas em que nos arbitramos como influências, através de nosso olhar e análise), em seguida, enviamos diversos e-mails para alguns pensadores especializados em Robert Alexy, inclusive para o próprio, para que tivéssemos algum pensamento externo sobre nossos resultados, e, por fim, delineamos nossas conclusões sobre todo o exposto ao longo destas páginas.

## **2. BIOGRAFIA DE ROBERT ALEXY**

O Professor Doutor Robert Alexy, nascido em Oldenburg, Alemanha, na data de 09 de Setembro de 1945, é um docente graduado em Direito e Filosofia pela Universidade de Gottingen, na qual em 1976 recebeu seu PhD através da conclusão da obra “Theorie der juristischen Argumentation” (Teoria da

Argumentação Jurídica) e posteriormente em 1984 sua “Habilitation” – uma espécie de autorização concedida por uma Universidade alemã para que o doutor possa lecionar no ensino superior do país – através da obra “Theorie der Grundrechte” (Teoria dos Direitos Fundamentais).

Em 2002 foi indicado para Academia de Ciências e Humanidades da Universidade de Gottingen, e em datas posteriores recebeu o título de “Doutor Honoris Causa” das Universidades de Alicante, Buenos Aires, Bogotá, Tucumán, Antwerp, Lima, Coimbra, UFGRS, UFMG e UFRJ. Por fim, em 2010 foi condecorado com a Ordem do Mérito da República Federativa Alemã.

Atualmente dedica-se a sistematizar os conhecimentos escritos em seus diversos livros em diferentes áreas da Filosofia do Direito.

### **3. ENTREVISTA PRELIMINAR COM ALEXY EM SETEMBRO/2017 EM BRASÍLIA/DF**

Ainda em estágios bem iniciais de nosso trabalho, nem sequer havíamos feito todo o programa de estudos e bibliografias, soubemos da palestra que ocorreria na Universidade de Brasília, que teria como palestrante o Prof. Robert Alexy.

Assim, nos deslocamos para a capital do Brasil, em busca de conseguirmos ao menos um breve momento a sós com o professor para podermos fazer algumas perguntas atinentes ao nosso trabalho, ressaltando que não havíamos ainda elaborado qualquer material ou lido algum livro do professor por completo que nos tornasse capazes de elaborar perguntas técnicas que fizessem jus ao pensamento do alemão.

Infelizmente, a quantidade de professores, alunos e admiradores foi tamanha que conseguir sequer alguns segundos foi extremamente complicado.

Todavia, em meio a sessão de fotos, conseguimos uma ao lado do professor e nessa oportunidade brevemente conversei com ele o questionando

sobre a influência do Utilitarismo em sua obra, em diálogo que segue transcrito brevemente:

Caio: Professor, sorry for interrupting, very quick, could you please tell me if you read any utilitarianism's author to make some of your books?

Alexy: Oh yes, I read Bentham, but was not because he is utilitarianist.

Caio: But you used the concept of Utilitarianism in some part of your work?

Alexy: On proportion, a little bit.

Caio: What about Rawls?

Alexy: Rawls?!?... his early Works.<sup>1</sup>

Infelizmente, não conseguimos aprofundar para sabermos detalhes da auto concepção de Alexy sobre sua obra, porém isto foi o suficiente para iniciarmos nossos trabalhos, agora focados no Utilitarismo concebido por Bentham, por ter sido ele a referência expressa do Prof. Alexy. Ademais, quando questionado sobre Rawls e o seu Utilitarismo, este demonstrou surpresa o que nos leva a crer que não concebia o americano como presente no tronco desse ramo ético.

#### 4. O QUE É O UTILITARISMO

Desde o nascimento do ser humano na história que este vive, busca e batalha por um único fim que é a sua felicidade e dos outros ao seu redor.

Partindo-se desta pequena premissa que os primeiros pensadores do ramo filosófico e ético conhecido como "Utilitarismo", Jeremy Bentham e John Stuart Mill (ABBAGNANO, 2007 fls. 896-897; DRIVER, 2014), delinearam as primeiras linhas do que seria um pensamento marcado pela moralidade e

---

<sup>1</sup> Tradução livre:

Caio: Professor, desculpe por interromper, muito rápido, você poderia me dizer se o senhor leu algum autor utilitarista para fazer alguns de seus livros?

Alexy: Ah sim, eu li Bentham, mas não porque ele era utilitarista

Caio: Mas o senhor usou o conceito de utilitarismo em alguma parte de seu trabalho?

Alexy: Na proporção, um pouco.

Caio: E quanto a Rawls?

Alexy: Rawls?!?...seus escritos iniciais.

política, na busca de atitudes preocupadas com a promoção da felicidade para com toda a população. Um conceito mais completo pode ser visto:

“Poder-se-ia dizer que se trata de uma linhagem de teorias que estimam a qualidade moral de ações, regras ou instituições por suas consequências – favoráveis ou não – para a produção do prazer/satisfação das preferências ou interesses; numa palavra, para a promoção da felicidade não só do agente, mas de todos os indivíduos potencialmente afetáveis – sem perder de vista que o utilitarismo, como se costuma dizer, é uma família de teorias que, se estão de acordo entre si sobre muitos pontos, divergem de vários outros” ( Maria Cecília, fl. 8)

Poder-se-ia dizer que o Utilitarismo é um ramo teleológico, pois delinea um fim a ser seguido, que é a promoção da maior quantidade de felicidade possível para o maior número de pessoas possíveis. Ocorre que o pensamento utilitarista é tão conflituoso entre si, que o próprio conceito de felicidade e suas causas é dificultoso entre seus autores em que temos, por exemplo, Mill afirmando que a felicidade seria “uma existência com dores escassas e transitórias, preenchida por momentos de muitos e variados prazeres” (MILL, GALVÃO, 2005, fl. 54), e depois afirmando que os maiores prazeres em qualidade são aqueles considerados “culturais”, ou seja, aqueles “finos”, “clássicos” e “europeus”.

De outro lado, Greve, um autor mais contemporâneo, entende ser a felicidade “a percepção que cada pessoa tem de sua vida no passado e no presente e de suas expectativas para o futuro” (GREVE, 2012, fl. 76) e ainda em outro momento arremata que “não necessariamente nos tornamos mais felizes por termos uma renda maior” (GREVE, 2012, fl. 62), demonstrando que para ele, estes prazeres “finos” e disponíveis a poucos não seriam importantes para definir uma maior quantidade de felicidade.

O que se entende por felicidade ou a forma de mensuração desta varia de autor para autor, sendo impossível definir com precisão um caráter geral para ambos, principalmente, por este ser um dos critérios que diferencia muitas obras utilitarista clássicas e modernas.

Outro aspecto importante do pensamento utilitarista é sua vinculação ao sentimento de justiça, portanto, sendo considerado também uma das muitas teorias da justiça, como bem exposto por John Rawls, quando diz que seu “objetivo é elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e conseqüentemente a todas as suas versões” (2000, fl. 24), ademais que “o bem se define independentemente do justo, e então, o justo se define como aquilo que maximiza o bem” (RAWLS, 2000, fl. 26), ou por Stuart Mill, que em síntese afirma ser a justiça uma espécie de exigência moral que galga uma posição elevada na escala da utilidade, em citação temos:

“Partindo do que dissemos, podemos concluir que a justiça é um nome para certas exigências morais que, consideradas colectivamente, ocupam um lugar mais elevado na escala da utilidade (e, por isso, têm uma obrigatoriedade mais forte) do que quaisquer outras, ainda que possam ocorrer casos particulares em que outro dever social é tão importante que passa por cima das máximas gerais da justiça” (MILL, GALVÃO, 2005, fl. 104)

Com o exposto acima concluímos que o Utilitarismo é um ramo de pensamento filosófico e ético, que está de certa forma conexo ao sentimento de justiça, que define que as ações tomadas, tanto por indivíduos, como por instituições coletivas, devem ter como objetivo a promoção de felicidade norteado pelo princípio da utilidade, sendo o conceito de felicidade diverso para cada um de seus pensadores, bem como a forma e a melhor maneira de produzir está felicidade.

#### 4.1. O UTILITARISMO NA OBRA “UMA INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORAL E DA LEGISLAÇÃO” (1789) DE JEREMY BENTHAM

Jeremy Bentham nasceu em 15 de Fevereiro de 1748 em Londres, permanecendo ali na quase totalidade de sua vida, ao tempo em que conclui o curso de Direito, e após escreve sua obra mais conhecida e fundadora do Utilitarismo na Inglaterra, bem como precursora de todo o material que seria escrito nos anos posteriores.

A obra, no original, “An introduction of the principles of moral and legislation”, traduzida como “Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação”, foi publicada em 1789 e foi a primeira a tratar expressamente do “princípio da utilidade” ou “princípio da maior felicidade”, como denominado na primeira versão do livro.

Desta maneira, o princípio da utilidade para Bentham é fundado na concepção de que o ser humano é dominado por apenas dois fatores universais: a dor e o prazer. A partir destes que o indivíduo pensa, age e pondera, esta ponderação seria, portanto, medida e racionalizada através do princípio da utilidade que buscaria então aprovar ou desaprovar a escolha de determinada pessoa, ou até mesmo o governo, baseado na produção total de felicidade daquela escolha para o indivíduo ou para a comunidade em geral. (BENTHAM, 1979, fls. 3-4)

Ademais, para Bentham comunidade será o conjunto de indivíduos, com isso, para definir a felicidade da comunidade como um todo, ou melhor, o que faz uma comunidade feliz, deve-se atentar para um único indivíduo – o que lhe faz feliz, como e em que medida – para apenas depois ver o todo comunitário.

O autor tem como base de seu pensamento, de que uma pessoa desejará a felicidade de outra quando for de seu interesse, por este ser o motivo mais adequado, apesar de que também admite que não faltarão motivos diversos a promover a felicidade de *outrem*, como por exemplo, simpatia, amor, benevolência, etc. Desta maneira, ainda arremata de que não é interessante ao Estado obrigar os cidadãos a promover a felicidade de outros ou até sua própria, mas pode, com certeza, impedir que pratiquem dor ou diminuam a felicidade dos demais. (BENTHAM, 1979, fl. 65)

Assim, o princípio da utilidade estará sendo atingido sempre que escolha promover mais felicidade do que dor, ou então promover mais felicidade que uma outra escolha possível. Portanto, a felicidade seria “desfrutar prazeres e estar isento a dores”. (BENTHAM, 1979, fl. 19)



Com os comentários de Rawls, ainda temos que:

“As teorias teleológicas tem um profundo apelo intuitivo porque parecem incorporar a ideia de racionalidade. É natural pensar que a racionalidade consiste em maximizar algo e que, em questões morais, o que deve ser maximizado é o bem.” (sublinhamos) (2000, fl. 26)

“As teorias teleológicas diferem, muito claramente, em seu modo de especificar a concepção de bem. (...) Se for o bem definido como prazer, temos o hedonismo; se for como felicidade temos o eudemonismo, e assim por diante. Tomarei o princípio da utilidade na sua forma clássica como aquele que define o bem como a satisfação do desejo, ou talvez melhor, como a satisfação do desejo racional.” (sublinhamos) (2000, fl. 27)

Assim, podemos concluir, através da análise do trabalho de Bentham e da compreensão de Rawls, que o princípio da utilidade é sim um meio racional que tem como objetivo a concreção de um prazer ou desejo que é também racionalmente firmado.

Essa mensuração da felicidade e da dor seria feita da seguinte forma: haveriam balizadores metodológicos em que Bentham chama de “circunstâncias” que o aplicador do princípio deve seguir para poder determinar qual seria a escolha correta a tomar.

Desta maneira, seriam: (a) Intensidade – Seu conceito expressa-se como a potência e a força que a felicidade ou a dor causaria ao indivíduo; (b) Duração – Bentham não traz um conceito específico, mas presumimos que seja a elasticidade no tempo do prazer ou da dor; (c) Certeza/Incerteza – Seu conceito expressa-se como a certeza da ocorrência do prazer ou da dor; (d) Proximidade no tempo ou a sua Longinquidade – Seu conceito expressa-se como a proximidade ou não do termo inicial do prazer ou da dor; (e) Fecundidade – Seu conceito expressa-se como a probabilidade que o prazer ou a dor tem de produzir sensações de mesma natureza, por exemplo, um prazer que gera mais prazer, ou uma dor que gera mais dor; (f) Pureza – Seu conceito expressa-se como a probabilidade que o prazer ou a dor tem de não produzir sensações de

natureza diversa, por exemplo, um prazer que gera dor, ou uma dor que gera prazer.

Até este último critério, Bentham aconselha que sejam utilizados apenas quando um indivíduo, olhando a si mesmo, determine o grau de felicidade que determinada escolha lhe impõe, sempre levando em conta um prazer específico posto a sua frente, ou seja, tal método não pode ser usado para mensurar prazeres em abstrato. Em seguida, quando se busca determinar a melhor medida para um grupo de pessoas, então ainda deverá ser juntado aos demais critérios também a (g) Extensão, na qual seu conceito expressa-se como a quantidade de pessoas que serão afetadas pelo prazer ou pela dor.

Com isso, Pedro Galvão sintetiza o pensamento de Bentham, afirmando que a metodologia para definir se um ato é valioso ou não é basicamente analisar a intensidade e a duração dos prazeres e das dores, para após verificar qual se sobressai (MILL, GALVÃO, 2005, fl. 15). Não concordamos, a princípio, pois basta verificar o aqui exposto acima e ver que os critérios são mais abrangentes que apenas estes dois, o que leva a entender que a comensurabilidade de cada ato é, ao menos, mais complexa que o pretendido por Galvão.

Em seguida, a obra contempla a análise da ação humana de forma a racionalizar a punição praticada pelo estado conforme a lei penal. Assim, o autor parte a uma explanação sobre a ação sob os seguintes aspectos: o ato praticado, suas circunstâncias, sua intenção (do ato e das consequências), sua consciência, seus motivos e suas disposições.

O ato humano praticado será considerado “pernicioso” – nos dizeres do autor – quando vislumbrarmos suas consequências, portanto, devendo ser feito um cálculo das consequências ocorridas consideradas boas e a diferença com as consequências ocorridas consideradas más. Para Bentham, as consequências apenas podem ser aquelas que denomina de materiais, que produzem prazer ou dor, ou tem influência para promover o prazer ou dor, as consideradas imateriais, seriam, não as que não compõem o mundo sensível,

mas sim aquelas que nada tem de conexo a estes dois fatores. (BENTHAM, 1979, fl. 19).

As circunstâncias dos atos são extremamente importantes, pois influenciam para dizer, sem certeza por óbvio, se tal ato com suas consequências foi “pernicioso” ou não. Isto ocorre pelo fato de que as consequências são “eventos” e estes sempre estão rodeados de circunstâncias que podem alterar a visão sobre determinados eventos. Como o exemplo do próprio autor, o matar uma pessoa pode ser “pernicioso” ou não dependendo das circunstâncias que rodeiam o homicídio. (BENTHAM, 1979, fl. 20)

Após, têm-se as intenções do sujeito com o ato ou suas consequências. As intenções tem como causa os motivos que levam uma pessoa a determinada prática. Para Bentham, tanto o ato quanto suas consequências podem ser intencionais. Todavia, ressalva que é impossível haver um ato não intencional com uma consequência intencional, visto que, por decorrência lógica, não há como compatibilizar tal evento. Assim, uma intenção será boa ou má, quando a pessoa entender que ela produzirá prazer ou dor em suas consequências ou foi originada de um motivo bom ou mal. Ademais, estas são apenas suposições, pois como já dito, as consequências são caracterizadas como boas ou más baseado em suas circunstâncias e estas não podem ser produzidas pelo sujeito (BENTHAM, 1979, fls. 23-24).

De outro lado, a consciência será o poder de percepção do indivíduo sobre estes fatores, em especial a intenção e os motivos (BENTHAM, 1979, fls. 26-27). Por fim, as disposições seriam aqueles elementos “permanentes” que permitem determinar sob qual motivo ou intenção determinada pessoa tomou determinado ato. As disposições que permeiam o íntimo, ou seja, são voltadas ao interno não merecem apreço. Enquanto que aquelas que buscam o prazer ou a dor e afetam outros indivíduos, estas sim deve haver uma análise conjuntamente com todos os outros elementos aqui trazidos.

Assim, a partir deste estudo se buscaria entender, em tese, a aplicação da lei penal sobre as condutas humanas. O presente trabalho não tem este fim

específico de aplicar o utilitarismo no âmbito penal, como fez Bentham ao longo deste livro. Todavia, alguns ensinamentos expostos por ele auxiliam a compreensão do que seria o utilitarismo e como aplicar o que ele chama de “proporcionalidade” no “Capítulo XIV – A proporcionalidade entre as punições e os crimes” de sua obra, especialmente quando ela é trazida por Robert Alexy em seus livros.

Assim, para Bentham, a “proporcionalidade” serve para definir se determinada atitude deve ser tomada ou não baseando-se em quatro objetivos e cinco normas. Os objetivos são:

a) “Evitar, na medida do possível e na medida em que valer a pena, qualquer espécie de ofensa ou crime que seja; em outras palavras, agir de tal forma, que não haja possibilidade de se cometer nenhuma ofensa ou crime” – Ou então, em termos gerais, evitar que determinada prática ocorra; (BENTHAM, 1979, fl. 60)

b) “Se, porém, for inevitável que alguma pessoa cometa alguma espécie de crime, o próximo objetivo será induzi-la a cometer um crime *menos* pernicioso, *de preferência* a uma crime *mais* pernicioso; em outros termos, a escolher sempre o crime *menos* prejudicial, dos dois que servem a finalidade almejada pelo criminoso” (itálico no original) – Ou então, em termos gerais, caso tal prática ocorra, que ao menos ocorra de forma menos lesiva que atinja a mesma finalidade; (BENTHAM, 1979, fl. 60)

c) “(...) o próximo objetivo é lograr que *não* produza *maior* prejuízo do que o que for necessário para atingir a sua finalidade; em outras palavras, induzi-lo a causara aquele mínimo de prejuízo que é indispensável para alcançar o benefício que espera do crime” (itálico no original) – Ou então, em termos gerais, que determinada prática ocorra causando o menor prejuízo possível; (BENTHAM, 1979, fl. 60)

d) “(...) qualquer que seja o prejuízo que o legislador se proponha a evitar, será evita-lo da maneira *menos dispendiosa* que seja possível” (itálico no original) – Ou então, em termos gerais, que esse prejuízo seja evitado gastando-se o menos possível (BENTHAM, 1979, fl. 60)

De tais objetivos, percebe-se que são mais descritivos do que prescritivos. De outra forma são as normas, ou regras, elaboradas por Bentham:

a) “O valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime”; (BENTHAM, 1979, fl. 62).

b) “Quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço em que pode valer a pena pagar no caminho da punição”; (BENTHAM, 1979, fl. 62).

Assim, entende-se que a atuação do Estado não deve ser mais lesiva ou de maior intensidade do que a prática abolida.

c) “Quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor”; (BENTHAM, 1979, fl. 62).

d) “A punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la” (BENTHAM, 1979, fl. 62).

Com estas normas, busca-se que a atuação do Estado seja “inteligente”, de forma que estimule o particular a praticar uma conduta menos lesiva ou de menor valor, bem como que cada etapa desta conduta haja um desestímulo ao prosseguimento.

Para estas quatro primeiras normas, Bentham comenta que são para “demarcar os limites do lado da diminuição do castigo, ou seja, os limites *abaixo* dos quais não se deve diminuir uma punição” (itálico no original) (BENTHAM, 1979, fl. 62). Ainda temos:

e) “A punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas aqui indicadas” (BENTHAM, 1979, fl. 62)

Basicamente, esta norma é o mesmo objetivo das duas primeiras, em que se busca a atuação do Estado de forma comedida e com base na gravidade e no valor da prática em concreto que se busca desestimular. Bentham comenta que esta norma “visa demarcar os limites do lado do aumento, ou seja, os limites *acima* dos quais o castigo não deve ser *umentado*” (itálico no original) (1979, fl. 62). Em seguida há:

f) “Para que a quantidade de punição realmente infligida a cada criminoso possa corresponder à quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração às várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um” (BENTHAM, 1979, fls. 61-62)

Por último, a sexta norma visa que a atuação do Estado sempre esteja atento as circunstâncias que, como já demonstrado acima, são alheias a vontade do indivíduo por não ser produzido por ele, mas que determinam quando uma consequência será boa ou ruim sob o ponto de vista da valoração estatal. Bentham comenta esta norma afirmando que “as cinco primeiras servem para guiar o legislador, ao passo que a sexta, embora se destine também, até certo ponto, a ele, se destina sobretudo ao juiz, a fim de orientá-lo no seu esforço de agir, para os dois lados, em conformidade com as intenções do legislador.

Uma ressalva se traz presente, pois no trabalho traduzido de Bentham e aqui utilizado como referencial teórico, não encontramos mais regras. Todavia, ao consultarmos a obra em inglês, portanto, no original, encontramos mais algumas regras que agora passamos a expor.

As regras seguintes são justificadas por Bentham, pois entende que, além dos elementos “certeza” e “proximidade”, deve também integrar o cálculo da punição a “magnitude”. Assim dita que:

g) Para permitir que o valor da punição seja superior ao valor da remuneração da ofensa, deve ser aumentado, ao ponto da magnitude, em proporção até o ponto da certeza. (BENTHAM, 1838, fl. 257).

h) A punição deve ser aumentada ao ponto da “magnitude” em proporção até o ponto da proximidade (BENTHAM, 1838, fl. 257).

Assim, em resumo, deve a “certeza” e a “proximidade” ser usadas como balizadores para a “magnitude”.

Após, têm-se que Bentham afirma ser necessário incluir na punição individualizada da conduta, não apenas a conduta em si, mas as condutas

possivelmente praticadas por aquela pessoa e que muito dificilmente serão punidas pelo Estado. Com isso, a próxima regra seria:

i) Quando um ato for considerado um indicativo de hábito, deve haver um aumento na punição de forma a superar a remuneração ganha não apenas da ofensa individualizada, mas também as demais ofensas que provavelmente foram cometidas pelo mesmo infrator e encontram-se impunes (BENTHAM, 1838, fl. 257).

Ademais, Bentham admite que as próximas regras são de difícil averiguação e constatação, mas elenca como:

j) Quando uma punição, em questão de “qualidade” está muito bem calculada a sua intenção, não pode existir sem certa dose de “quantidade”, será necessário as vezes, pelo bem de sua aplicabilidade, aumentar um pouco mais a “quantidade”, que em outros casos, seria a estritamente necessária. (BENTHAM, 1838, fl. 257)

k) Particularmente, isto poderá ser o caso, onde a punição proposta é de tal natureza particularmente calculada para responder ao propósito de uma lição moral. (BENTHAM, 1838, fl. 257)

Por fim, o autor ensina que as regras expostas acima versam sobre o melhor cálculo da punição, e as a seguir versam sobre a possibilidade de diminuição:

l) Ao ajustar o *quantum* da punição, as circunstâncias, na qual todas as punição seriam consideradas não lucrativas/não rentáveis, devem ser atendidas.

m)Dentre as provisões designadas para perfeccionar a proporção entre punição e ofensas, se em qualquer uma ocorrer que, por seus bons efeitos particulares, não farão jus ao dano causado de sua adição a complexidade do Código, elas devem ser omitidas. (BENTHAM, 1838, fl. 258)

Assim, temos que todas as circunstâncias que diminuiriam as punições devem ser observadas em qualquer caso, e qualquer das circunstâncias que ajudem a proporcionalizar a punição com a ofensa que sejam inadequadas a lógica estabelecida no Código, ou ordenamento jurídico caso se prefira pensar, não devem ser aplicadas, pois não valem o dano ao sistema.

A todo o exposto acima, Luís Alberto Peluso, filósofo especializado em Utilitarismo, comenta que, em síntese do elaborado pelo inglês, o Utilitarismo seria uma forma de “trava” para com que o legislador deveria sempre se atentar de forma a não buscar interferir na vida do cidadão de forma desnecessária e prejudicial sem um motivo racional, como vemos:

“A teorias das punições legais, conforme apresentada por Bentham no *The principles of morals and legislation*, consiste numa receita minuciosa do procedimento do legislador. Primeiramente indica os casos em que o legislador não deve infligir punição, sob pena de não ser fiel ao princípio de economia de sofrimento. Isto é, quando não existir qualquer meio de evitar o prejuízo, o legislador não deve punir por não valer a pena. Assim, evidentemente, o legislador não deve impingir punição quando não houver motivo para a punição, isto é, quando não houver prejuízo a evitar, ou o ato em seu conjunto não contribuir para a diminuição da felicidade da coletividade. (...)” (PELUSO, 2007, fl. 26-27)

“Portanto, a teoria utilitarista das punições legais implica que a punição tem um custo, não somente por causa da imposição de penas em casos particulares e do aparato que é necessário para administrar um sistema de punições legais, mas também porque a determinação de penas para certos atos limita as decisões das pessoas e expõe cada indivíduo ao risco de punição. Dessa forma, a punição não pode ser justificada em bases utilitaristas, a menos que os benefícios que ela produz sejam maiores que os seus custos.” (PELUSO, 2007, fl. 28)

Ao final, se descreve as propriedades da ofensa, da punição e dos demais elementos que a circundam.

De propriedade da Ofensa teríamos (a) remuneração, (b) prejuízo, (c) remuneração e prejuízo de outras ofensas menores ou maiores que o sujeito poderia ter escolhido, e (d) remuneração e prejuízo de outras ofensas que o sujeito pode ter cometido e ainda não foi punido.

De propriedade da Punição teríamos (a) sua magnitude (duração + intensidade), (b) deficiência sob o aspecto da certeza e da proximidade, (c) qualidade da punição, (d) a acidental vantagem sob o aspecto da qualidade da



punição, não necessária sob o ponto da quantidade, (e) o uso da punição de determinada qualidade, em atenção a uma lição moral.

De propriedade do Ofensor teríamos (a) a responsabilidade de uma classe de pessoas que são ofendidas, (b) a sensibilidade de cada ofensor, (c) os méritos e qualidades de cada ofensor que serão perdidos no benefício da comunidade, que serão perdidos com sua punição, e (d) a multidão de ofensores em cada ocasião particular.

De propriedade do Público/Opinião Pública teríamos que (a) a inclinação da população a favor ou contra a quantidade ou modo de punição, e (b) a inclinação dos países estrangeiros em mesmo sentido.

De propriedade das Leis teríamos apenas a necessidade de realizar pequenos sacrifícios, em atenção a proporcionalidade, de forma a atender a simplicidade. (BENTHAM, 1979, fl. 259-260)

## **5. A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO UTILITARISTA NAS OBRAS DE ROBERT ALEXY**

Cumprе ressaltar que a análise aqui confeccionada pressupõe o conhecimento do leitor sobre o material escrito e traduzido de Robert Alexy. Assim, recomenda-se a leitura de suas obras ou outros materiais previamente.

Desta maneira, a metodologia utilizada foi de, em primeiro lugar, localizar “geograficamente” em cada obra onde se encontravam as citações a materiais utilitaristas, em especial Bentham e Rawls, pois aqui estariam as possíveis influências diretas e premeditadas de Alexy, enquanto que após se preocupou-se a encontrar as influências implícitas ou teóricas, de forma que não haveria qualquer citação ou menção a trabalhos elaborados por utilitaristas.

### **5.1. INFLUÊNCIA DIRETA**

Na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” encontramos citações a 04 obras elaboradas por Jeremy Bentham, estas seriam: Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação, “Of Laws in General”, “Works of Jeremy Bentham, v. 3” e “The limits of Jurisprudence Defined”. Além disso, também encontramos menção a obra elaborada por Herbert Hart, “Bentham on Legal Rights”

Todas as citações diretas podem ser encontradas ao longo do Capítulo 04 da obra, denominado “Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos”.

Bem como, na obra “Direito, Razão e Discurso: Estudos para Filosofia do Direito”, encontramos apenas uma citação a Bentham e sua obra “Of Laws in General”, no capítulo 10 – “Direitos Individuais e bens coletivos”.

Assim, vemos que a obra de Bentham foi utilizada em especial para dividir a teoria analítica do Direito em três, baseando-se na divisão utilizada pelo inglês – “rights to service”, “liberties”, e “powers” – algo que se entende por questão eminentemente jurídica e nada tem em relação com a teoria utilitarista. (ALEXY, 2011b, fl. 193; 2010, fl. 178)

Em seguida, Alexy confere a obra de Bentham o *status* de material utilizado para firmar a lógica deôntica. (ALEXY, 2011b, fl. 204) Não tivemos acesso a obra do trabalho de Bentham utilizada por Alexy, a edição de Hart, do ano de 1970, para verificar qual exatamente foi o local mencionado, mas podemos, através de versões em inglês da mesma obra, estabelecer que seja o referente ao início do “Capítulo XVII – The limits of the Penal Branch of Jurisprudence”, em que Bentham afirma que não há outro comando que seja possível a lei a não ser obrigar ou proibir.

Em outro momento, Alexy, ao comentar sobre as relações jurídicas modernas e seus estudos, afirma que, em nota de rodapé:

“Bentham é superior a Hohfeld em um ponto decisivo: ele baseia sua análise em um sistema de lógica deôntica, o qual,

em um ponto decisivo: ele se baseia sua análise em um sistema de lógica deôntica, o qual, em muitos pontos, pode ser considerado como precursor dos modernos sistemas (...) O fato de de que aqui se tenha escolhido a análise de Hohfeld como ponto de partida é justificado (...) também porque, de um lado, supera em simplicidade e clareza as análises de Bentham (...)” (ALEXY, 2011b, fl. 210)

Concluimos neste tocante, que Alexy configura Bentham como um precursor da deôntica, especialmente no Direito.

Isto é importante pelo fato de que adiante o próprio Alexy entende que existem dois tipos de normas, as deontológicas, que seriam as regras e os princípios, e as valorativas, que seriam as regras de valoração e critérios de valoração, em que as regras e regras de valoração seriam aquelas que não necessitariam de sopesamentos para sua definição, enquanto que os princípios e os critérios de valoração apenas podem ser definidos por sopesamentos. (ALEXY, 2011b, fls. 150/151). Além disso, ainda conclui o motivo de ter sido o modelo de princípios o escolhido para o pensar da ponderação, mesmo sendo o modelo de valores igualmente cabível:

“Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido (...) No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação e que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir um modelo de princípios. Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê preferência ao modelo de princípios.” (ALEXY, 2011b, fl. 153)

Com isso, se conclui que Alexy estudou Bentham como um precursor da deontologia, e, admite que tanto o âmbito dos valores e o âmbito da deontologia permitem que haja ponderações/sopesamentos, tendo Alexy escolhido o modelo de princípios por entender que nele o “caráter deontológico do direito se

expressa claramente”, como visto acima, mas nada impedindo que se utilizasse um modelo de valores para pensar o Direito, inclusive, sendo isto o feito pelo inglês quando pensou diversos códigos jurídicos baseando-se na concepção utilitarista.

As menções restantes, resguardam-se a utilizar Bentham como exemplo de autor que trouxe formulações sobre algum tema, sempre em conjunto com outros autores, o que retira o protagonismo de seu pensamento nesta parcela do texto de Alexy, assim, entendemos não ser importante a discussão destas passagens por sua intenção meramente classificatória e exemplificativa. (2011b, fls. 226-227 e 235).

Por fim, um outro ponto interessante da possível influência de Bentham sobre Robert Alexy é em seu estilo de escrita, em especial no tocante as conclusões dos pensamentos de cada um que sempre são expostas sob a espécie de normas, quase regras, que são expostas de forma destacada e alheia ao parágrafo em questão, de forma a facilitar que o leitor entenda ou replique em outro ambiente, como se pode ver em Teoria da Argumentação Jurídica, onde temos diversas regras de discursos, e na própria obra de Jeremy Bentham que, como já trazemos acima, é rica em regras de proporcionalidade e características de determinados conceitos, que são explicitadas também em separado do texto-parágrafo, como uma espécie de comando.

## 5.2. INFLUÊNCIAS INDIRETAS

### **5.2.1. Princípios Jurídicos (comandos a serem otimizados) de Robert Alexy originados do Princípio da Utilidade de Jeremy Bentham**

Apesar das breves citações ao texto de Bentham, encontramos diversas relações que podem muito bem ser utilizadas como comprovação da influências que este autor teve ao pensamento de Alexy.

Apenas de forma a orientar o leitor, Alexy determina que normas fundamentais são “todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2011b, fl. 76).

Bem como, defende que o sistema jurídico deve ser orientado através de uma sistemática de regras e princípios (ALEXY, 2011b, fl. 135)

Sob o conceito de princípio já temos uma clara influência do Utilitarismo, pois Alexy os caracteriza como “mandamentos de otimização”, em que ordena que algo “seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2011b, fl. 90). Ao avaliarmos esta passagem, vemos que o pensamento de Alexy, aparentemente se basearia em Dworkin, por estar citando em nota de rodapé o trabalho “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, que no Brasil encontra-se na obra Teoria Discursiva do Direito (ALEXY, 2015b, fls. 163-198).

Nesta obra, vê-se que poderia ser Dworkin a base do trabalho de Alexy em parcela dos princípios, porém para Alexy seria meramente um “candidato auspicioso” a tanto (ALEXY, 2015b, fl. 188), visto que para Dworkin os princípios “comandam, proíbem, ou permitem algo que pode ser mais ou menos cumprido”. (2015b, fl. 189)

Ocorre que para Alexy, os princípios são dotados de “dever ser ideal”, ou seja, seria aquele que “não prevê que aquilo que é devido é possível fática e juridicamente em toda sua extensão, mas que exige porém seu cumprimento o mais amplo ou aproximativo possível” (ALEXY, 2015b, fl. 190). Além disso, Alexy entende que os princípios são “comandos a serem otimizados”, diferentemente das regras que são “comandos de otimização”. (ALEXY, 2015b, fl. 200). Ainda encontramos outro conceito de princípios quando o alemão diz que “são enunciados normativos de um alto nível de generalidade que, normalmente, não podem ser aplicados sem agregar premissas normativas adicionais e, muitas vezes, experimentam limitações por meio de outros princípios” (ALEXY, 2011a, fl. 255). Assim, sistematicamente pensando as obras de Alexy, a ponderação seria a utilização destes comandos de otimização para que os tornem fático e juridicamente possíveis.

Com isso, o próprio Alexy afirmou que seu trabalho era diferente do de Dworkin, em entrevista a Manuel Atienza, disse que:

“(…) Há na verdade, vários pontos comuns, mas as duas teorias empregam estruturas conceituais consideravelmente distintas. Talvez se poderia até mesmo dizer que as duas teorias são materialmente relativamente parecidas, mas formalmente consideravelmente distintas. Contudo há também diferenças materiais. Assim o conceito de princípio jurídico possui um papel em ambas as teorias, mas é empregado de modos distintos de cada uma. Segundo a minha concepção os princípios possuem o caráter de comandos de otimização. Além disso também bens coletivos podem ser objetos de princípios. Isso significa que a máxima da proporcionalidade e com a ela a ponderação possuem um papel central na resposta à questão sobre se um direito fundamental foi violado. Na visão de direito como trunfos (*trumps*), de Dworkin, é diferente. Eu considero a liberdade e a igualdade como princípios de graus fundamentalmente iguais, que podem colidir. (...)” (ALEXY, 2015b, fl. 329)

Todavia, observando o trabalho de Bentham, de início se percebe que ele também possui a lógica da otimização para um fim, aqui no claro sentido do fim de buscar a felicidade ou para evitar a dor, o que seria chamado também de “princípio”, o “princípio da utilidade”, ou máxima felicidade. (BENTHAM, 1979, fls. 3-4).

Cabe apenas definir se a otimização de Bentham estaria sendo uma precursora do “dever ser ideal” de Alexy, exclusivo dos princípios.

Assim, deve-se avaliar, o “princípio da utilidade/máxima felicidade” seria um comando de otimização, portanto, um dever ser definitivo, que pode ou não ser preenchido de forma categórica sem analisar as circunstâncias do caso concreto? Entendemos que não, pois, de pronto, percebe-se que Bentham utiliza as “circunstâncias” do caso concreto como elemento essencial para analisar a conduta humana e as punições ou benefícios aplicáveis a esta conduta, enquanto que define diversos basiladores para auxiliar a encontrar aquela medida que produzirá maior felicidade na concepção do indivíduo ou do Estado, portanto, analisável apenas no caso concreto.

Ademais disso, vê-se que o princípio proposto pelo inglês encontra-se em uma área cinzenta entre o deontológico e o valorativo, pelo fato de que

apesar de ser claramente um aspecto ético, trata-se do que é bom fazer, uma característica intrínseca é sempre buscar atingir a máxima felicidade possível no caso concreto, ou seja, algo devido, um aspecto deontológico. Inclusive, isto é o que permitiu que Bentham utilizasse sua teoria para pensar o direito, elaborar códigos jurídicos por inteiros e ter sido um precursor da deontica, algo assumido pelo próprio Alexy.

Além disso, a influência do utilitarismo para confecção do conceito de princípios para Alexy pode ter extrapolado o pensamento de Bentham. Temos a obra de John Austin que foi um dos primeiros juristas, claramente influenciado pelo utilitarismo ressaltou-se (ARÁUJO, 2007, fl. 56), que teve a norma como ideia de “comando”, associando-o a deveres o que não é feito por Alexy, no qual extraímos o trecho: “Taken with the largest signification which can be given to the term properly, *laws* are a species of *commands*.” (Itálico no original) (AUSTIN, 1832, fl. 21).<sup>2</sup>

Adiante com o pensamento de Austin podemos ver ainda menção a existência de princípios como “comandos” que são “regras” e “princípios” associados aos sentimentos morais do agente, como se vê em seus dizeres:

“Speaking, then, generally, human conduct is inevitably guided by *rules*, or by *principles* or *maxims*. The human conduct which is subject to the Divine commands, is not only guided by *rules*, but also by *moral sentiments* associated with those rules” (Itálico no original) (AUSTIN, 1832, fl. 51).<sup>3</sup>

Como um utilitarista, Austin sempre faz menção ao princípio da utilidade trazido por Bentham, afirmando que a conduta do ser humano é ajustada por tal princípio, mas não determinada por ele. Assim, o princípio da utilidade de Bentham serviria como um “cálculo” da conduta, enquanto que o sentimento moral seria o que determinaria se a conduta seria produzida ou não, como vemos:

---

<sup>2</sup> Tradução livre: “Tomando o significado mais largo que pode ser dado para o termo próprio, leis são espécies de comandos.”

<sup>3</sup> Tradução livre: “Falando, então, geralmente, a conduta humana é inevitavelmente guiada pelas regras, ou por princípios ou máximas. A conduta humana é sujeita aos comandos do divino, não é apenas guiada por regras, mas também pelo sentimento moral associado a essas regras.”

“Now, if the reason in which my belief originated be the useful or pernicious tendency of acts of the class, my conduct is truly adjusted to the principle of general utility, but my conduct is not determined by a direct resort to it. It is directly determined by a sentiment associated with acts of the class, and with the rule which I have inferred from their tendency. If my conduct be truly adjusted to the principle of general utility, my conduct is guided remotely by calculation. But, immediately, at the moment of action, my conduct is determined by sentiment. I am swayed by sentiment as imperiously as I should be swayed by it, supposing I were utterly unable to produce a reason for my conduct, and were ruled by the capricious feelings which are styled the moral sense.” (AUSTIN, 1832, fl. 51-52)<sup>4</sup>

Assim, o pensamento de Austin na questão de também confeccionar princípios como “comandos” ou “máximas”, é possível ver uma menção a sua obra no livro “Conceito de Validade do Direito” de Alexy, em que se lê:

“Um exemplo clássico de um conceito de direito orientado para a normatização é o de John Austin. Segundo ele, o direito compõe-se de comandos (...) Um comando é definido pelo fato de ser reforçado por sanções (...) Nem todo comando é direito, somente aquele de uma instância politicamente superior (...) Resumindo-se, pode-se dizer que Austin define o direito como a totalidade de comandos de um soberano que são reforçados por sanções. É praticamente impossível existir uma orientação para a normatização mais forte que essa. Todavia, os elementos da eficácia também não deixam de ter um papel importante na teoria de Austin, que, assim, combina o elemento da normatização com aquele da eficácia ao definir o soberano como alguém a quem costumeiramente se obedece (...)” (ALEXY, 2009, fl. 20-21)

Desta maneira, temos que o comando a ser otimizado, ou, princípio, proposto por Alexy, é uma adaptação das características do princípio da utilidade de Bentham, e mais tarde Austin, apenas substituindo-se o seu fim, que para Alexy deve ser um fim proposto na norma-princípio, e Bentham, numa área ainda cinzenta entre o valorativo e o deontológico, pensando sobre o aspecto geral de

---

<sup>4</sup> Tradução livre: “Agora, se a razão na qual minha crença for originada do útil ou pernicioso tendência dos atos da classe, minha conduta é realmente ajustada ao princípio da utilidade, mas minha conduta não é determinada de maneira direta a ele. Ela é determinada diretamente pelo sentimento associado aos atos de classe, e pela regra que eu inferi de sua tendência. Se minha conduta realmente estiver ajustada ao princípio da utilidade, minha conduta é guiada por cálculo. Porém, imediatamente, ou no momento da ação, minha conduta é determinada por sentimento. Eu estou cheio de sentimento como eu deveria estar cheio dele, supondo que eu fosse incapaz de produzir uma razão para minha conduta, e fosse dominado por sentimento de capricho na forma de senso moral.



todas as condutas humanas sob o espectro ético, entende como a busca da felicidade e o afastamento da dor.

### **5.2.2. Da possibilidade de utilização de argumentos utilitaristas na “Teoria da Argumentação Jurídica” de Robert Alexy**

Como a obra “Teoria da Argumentação Jurídica” de Robert Alexy é considerada por muitos, e até pelo próprio autor, como centro de seu pensamento. Entendemos como viável, a princípio, verificar se é possível ou não, utilizando-se de sua teoria ali apresentada, introduzir argumentos utilitaristas na fundamentação das decisões, bem como investigar se há alguma citação positiva ou negativa a isso.

Desta maneira, Alexy inicia seu livro afirmando que toda decisão parte de um juízo de valor sobre qual seria a melhor situação em algum sentido (ALEXY, 2011a, fl. 23), bem como de que toda fundamentação parte de valorações “relevantes moralmente”, já que como mesmo afirma:

“(1) toda decisão jurídica toca nos interesses de pelo menos uma pessoa e (2) a questão de se a limitação aos interesses de uma pessoa é justificada também pode ser sempre apresentada como uma questão moral” (ALEXY, 2011a, fl. 26)

Ademais, admite que muitas vezes a lei escrita não é justa, então estaria a cargo da decisão judicial trazer este conceito de justiça através de critérios da razão prática e as “concepção gerais de justiça consolidadas na coletividade” (ALEXY, 2011a, fl. 40).

Foi encontrada passagem que remeteria ao Utilitarismo, quando Alexy, define o que seria uma fundamentação técnica afirmando que seria a composto por regras técnicas do discurso ou “regras que prescrevem os meios para determinados fins”. (ALEXY, 2011a, fl. 180).

Em seguida, ele promove duas objeções a esse tipo de fundamentação afirmando que deve ser fundamentado também o fim a ser perseguido, algo

impossível visto as regras seriam todas fundamentadas pelo fim, e a segunda objeção que dita que:

“(…) um fim que pudesse fundamentar o cumprimento de *todas* as regras do discurso teria de ser: ou tão geral que normas incompatíveis entre si poderiam ser propostas como meio para dito fim – isto serve, por exemplo, para fins como a felicidade ou a dignidade humana -, ou o estado de coisas apontado como fim é definido, todavia, pelo próprio cumprimento destas normas” (sublinhado nosso) (ALEXY, 2011a, fl. 181)

Desta maneira, na ótica de Alexy, estaria o Utilitarismo no rol de fundamentações técnicas, e estes tipos de fundamentação “(…) devem-se pressupor fins não justificados. Além do mais, há sempre o perigo de que os fins sejam demasiadamente abstratos ou que já contenham as regras a fundamentar.” (ALEXY, 2011a, fl. 185)

Com isso, Alexy afirma, em conclusão, que seria esse tipo de fundamentação incompatível para determinar todas as regras do discurso, porém “para a fundamentação de regras concretas por meio de fins delimitados é indispensável. Estes fins, porém, têm, por sua vez, de ser justificados” (ALEXY, 2011a, fl. 182)

Nessa mesma linha, Alexy, ao contrário do que pensava este dissertante, entende que o Utilitarismo não seria condizente com a categoria de fundamentações empíricas, nas quais a prática da sociedade demonstraria uma incompatibilidade com a regra normativa, ou um “caso especial da derivação de um dever-ser a partir de um ser” (ALEXY, 2011a, fl. 182).

Outrossim, pode-se entender que Alexy coloca o Utilitarismo como um argumento teleológico, visto que:

“Os fins de que se trata na interpretação teleológica não são por isso fins que se determinem empiricamente, mas fins caracterizados normativamente. Por fim caracterizado normativamente devem entender-se aqui um estado de coisas prescrito ou um fato prescrito.” (ALEXY, 2011a, fl. 238/239)

“Assim, a forma de argumento teleológico discutida (J.5) pode ser vista como uma variante do argumento consequencialista geral (4.3)” (ALEXY, 2011a, fl. 282)

Além disso, relaciona esse argumento teleológico com o argumento empírico, quando afirma que sempre haverá dois argumentos, o teleológico que estipula um fim/objetivo a ser alcançado, e o empírico que é composto de um “lei empírica” não querida pelo discurso. Assim, para validar um argumento empírico, deve-se ter como premissa válida um argumento teleológico, assim, “os argumentos teleológico remetem por isso a argumentações empíricas” (ALEXY, 2011a, fl. 239).

Inclusive é possível que uma argumentação teleológica torne-se argumentação a partir de princípios, desde que o fim a ser atendido não possa ser fundamentado por questões exclusivamente empíricas, portanto regido por um estado de coisas que tem sua validade fundamentada em uma conjunto de normas gerais, chamadas de princípios (ALEXY, 2011a, fl. 240-241), o que entendemos como uma situação em que o estado de coisas seria “não natural”.

Ademais, caso se compreenda que Alexy entende ser a concepção utilitarista também uma das muitas regras morais existentes, já que seriam “(...) aquelas que servem às concepções morais do falante (...)” (ALEXY, 2011a, fl. 202), então, encontra-se compatibilidade na argumentação utilitarista com teoria de Alexy quando ele permite que regras morais sejam utilizadas na fundamentação do discurso desde que resistam a sua gênese histórico-crítica, ou seja, que possam continuar sendo utilizadas sem contradizer-se com a realidade do praticante que a justificariam.

Com isso, o Utilitarismo também passa pelo filtro de que todos os discursos práticos devem ser utilizados para resolver questões práticas, o que Alexy chama de “realizabilidade”. Assim, permitindo que seja utilizado para fundamentar soluções de casos práticos e não meramente teóricos.

Além disso, Alexy afirma ser as formas teleológicas uma abertura para o discurso prático geral (2011a, fl. 243) e tendo ainda adiante, considerado que as

formulações de princípios são sim enunciados dogmáticos (ALEXY, 2011a, fl. 255) e que “a argumentação prática geral constitui a base da argumentação dogmática” (ALEXY, 2011a, fl. 259), faz com que o discurso prático geral seja passível de utilização da fundamentação dogmática impura (ALEXY, 2011a, fl. 256), assim, abrindo a possibilidade de que o Utilitarismo seja utilizado para lastrear interpretações/fundamentações dogmáticas, inclusive Alexy vincula necessariamente as argumentações dogmáticas, dentre eles os princípios, que são postas em dúvida com argumentos práticos-gerais que devem justificá-las, como vemos:

“A dependência da dogmática em relação à argumentação prática geral evidencia que os enunciados da dogmática não são, de modo algum, irrefutáveis. Não são dogmas no sentido geral (...) (J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático geral” (ALEXY, 2011a, fl. 260).

Inclusive, o Robert Alexy tem afirmação no sentido que o uso “puro” do argumento dogmático de forma autônoma ou com vistas a encobrir seu verdadeiro motivo é errado e irracional, arrematando ao final que a argumentação dogmática considerada racional, será aquela que, nos casos ditos duvidosos, apenas quando remeter-se também aos argumentos da prática geral. Transcreveremos para melhor elucidação:

“O caráter racional do uso da dogmática deixa de existir quando não é utilizado como ‘instrumento para a determinação do Direito no campo da razão prática e da moral’. Isso ocorre, sobretudo, quando a dogmática é usada para encobrir os verdadeiros motivos de decisão ou quando é aplicada como modelo autônomo hipotético de decisão (...) A argumentação dogmática é racional na medida em que remonta à argumentação prática geral. Remonta a esta se, nos casos duvidosos, fundamentam-se enunciados dogmáticos que devem ser usados na argumentação dogmática. Em tais fundamentações podem-se aplicar de novos enunciados dogmáticos; mas em última instância são necessários, como se indicou, argumentos práticos de tipo geral.” (ALEXY, 2011a, fl. 266)

Isto nos leva a crer, por exemplo, que caso alguém pusesse em dúvida o método da proporcionalidade, ou a aplicação simples de princípio, então um

argumento utilitarista poderia ser utilizado como forma de fundamentar a posição tomada. O que acreditamos ser o que acontece com aqueles que se utilizam destes métodos, especialmente o primeiro, quando deve defender, após a dúvida, o motivo de ter dado preferência a este ou aquele princípio.

Em conclusão, a teoria de Alexy elenca o Utilitarismo como uma fundamentação técnica, apresentando isto como um problema para justificar todas as fundamentações do discurso, pois seu fim deveria ser fundamentado, algo que o Utilitarismo sozinho não conseguiria realizar. Todavia, não se obsta em utilizar a fundamentação utilitarista cumulada com outras fundamentações, ou com a justificação do seu fim – a felicidade – desde que também passe pelos outros filtros, ou regras de fundamentação que lhe seriam condizentes, como a gênese histórico-crítica das regras morais e em questões práticas. Ademais, abre-se ainda a possibilidade de haver fundamentação teleológica que perpassa por princípios, que são considerados enunciados dogmáticos pelo alemão, bem como que a argumentação teleológica/utilitarista também seja utilizada na fundamentação da dogmática impura na forma do discurso prático geral, quando posta em dúvida a proporcionalidade, por exemplo.

### **5.2.3. As confluências da metodologia para análise da máxima felicidade de Jeremy Bentham com a estrutura da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy**

Avançando, Alexy entende que a própria natureza dos princípios decorre logicamente a “máxima proporcionalidade”, que possui três máximas parciais bastante conhecidas: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2011b, fl. 116/117). Após, na última máxima parcial, Alexy ainda a subdivide em mais três passos que trataremos adiante. (ALEXY, 2015a, fl. 83)

Com isso, entende que os princípios (comandos a serem otimizados) são “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”, assim, a máxima da proporcionalidade seria uma busca de analisar qual a melhor decisão a ser tomada através do aspecto empírico-fático e jurídico.

Suspeitamos que tal estrutura seja semelhante a proposta por Bentham como aquela a solucionar sob qual melhor conduta/decisão a ser tomada para prover uma maior quantidade de felicidade e menor dor. Assim, iremos analisar de forma gradativa a máxima da proporcionalidade buscando seu correlativo na obra de Bentham.

Em primeiro lugar, iremos estabelecer o “campo casual” em que a máxima da proporcionalidade deve ter. Assim, deve haver ao menos o objetivo de ponderar e achar o princípio que prevalecerá e dois princípios em colisão (que trataremos como  $Pr^1$  e  $Pr^2$ ) que buscam a persecução de suas determinadas otimizações.

No pensamento de Bentham podemos definir através de diversas parcelas do pensamento que o objetivo também é ponderar mas aqui para que haja produção de maior felicidade e menor dor – em momentos posterior da obra se pensa em como punir de forma racional, inverte-se um o objetivo, mas a estrutura permanece. O método de Bentham é extremamente direto: avaliar qual atitude atinge o objetivo pretendido utilizando-se das circunstâncias presentes no caso.

Uma das primeiras diferenças que teremos entre os dois é que, enquanto que para Alexy os princípios refere-se a “ações e situações não quantificáveis” (ALEXY, 2011b, 99), Bentham busca quantificar qualquer variável, com isto, entende que a Felicidade pode ser racionalmente pensada e contada. Todavia, o pensamento do alemão esbarra em si próprio quando chega ao ponto de construir fórmulas para estabelecer a ponderação, inclusive atribuindo valores em números naturais como exemplificação do método e determinando uma escala de importância do princípio tendo como escalas “leve”, “médio” e “grave”, o que caracteriza, ao menos sutilmente, uma tendência a quantificar sim os princípios. (ALEXY, 2015a, fl. 139-153)

Assim, para comparar a teoria de Bentham com a proporcionalidade, teremos que conceber um método semelhante em estrutura de Alexy, porém partindo do arcabouço teórico trazido pelo inglês. Desta maneira, deve-se definir

aqui de que forma pensaremos esse método no tocante aos princípios que serão sopesados, se os substituiremos por duas atitudes que uma pessoa deseja decidir de forma definir se são aptas a atingir o objetivo de máxima felicidade, ou então, se os substituiremos por duas pessoas para definirmos qual atitude tomar para deixa-las felizes. Entendemos que o correto seria substituir por duas pessoas, isto pelo simples fato de que, se escolhêssemos as “atitudes” já estaríamos ultrapassando o primeiro passo da proporcionalidade, que é a “adequação”. Com isso, o problema a ser enfrentado pelo Utilitarismo já estaria defasado junto a proporcionalidade, visto que a atitude lhe seria imposta. Ademias disso, veremos que utilizar “atitudes” será um entrave pelo motivo de que as duas “atitudes” buscarão o mesmo objetivo a ser otimizado, que é a felicidade de uma mesma pessoa. Enquanto que, quando escolhemos duas pessoas cada uma em busca de sua felicidade, ao menos encontramos objetivos contrapostos que é o problema que a proporcionalidade se dispõe como solução que é a colisão de princípios (ALEXY, 2011b, fl. 93);

Com isso, quanto aos princípios eles serão substituídos aqui por duas ou mais pessoas que desejam cada uma sua felicidade, que trataremos como  $Fe^1$  e  $Fe^2$ .

Começa-se então o procedimento da proporcionalidade com a máxima parcial da “adequação”, nela será iniciado o processo de escolha das medidas adequadas para o objetivo. Aqui se pensa, de todas as medidas possíveis no mundo concreto, quais são aquelas que podem atingir o objetivo pretendido de maneira satisfatória. (ALEXY, 2011b, fls. 120 e 588-589)

Sob o aspecto do Utilitarismo de Bentham, temos então que seria a escolha de todas as medidas possíveis aquelas que produzem mais felicidade e menos dor aos envolvidos, aqui, por exemplo, já seriam excluídos todas as atitudes que não produzem felicidade, que geram apenas dor, que geram mais dor que felicidade ou que nada produzem, portanto, são indiferentes aos interessados.

Quanto ao aspecto da máxima parcial da “necessidade”, temos que ela seria, das medidas consideradas adequadas, então devemos eleger aquela em que deve ser eleita como um “meio que intervém menos e é igualmente adequado” (ALEXY, 2011b, 591), ou “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo” (ALEXY, 2011b, fl. 119). O alemão admite que o legislador não estipula com precisão como se deve determinar que tal meio é menos ou mais lesivo que o outro. (ALEXY, 2011b, fl. 591).

Enquanto isto, no utilitarismo benthaniano temos diversos meios para o elenco de qual seria o meio que causa maior felicidade e menos dor. Arriscamos a dizer que basicamente toda a obra exposta acima é quase se baseando unicamente nisto. Para determinar a maior felicidade temos os conceitos de *intensidade, duração, certeza, proximidade, fecundidade e extensão*, enquanto que para afastar a dor podemos dizer que seria o aspecto da *pureza* e também a *fecundidade*.

Assim, a proporcionalidade de Alexy esgota o campo das possibilidades fáticas, caso os métodos sejam igualmente adequados e necessários, resta ao aplicador da máxima da proporcionalidade que se desloque a última fase que seria a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito e analise a partir do campo das possibilidades jurídicas.

Com isso, temos a proporcionalidade em sentido estrito, que Alexy define como idêntica a lei do sopesamento ou ponderação, conceituada da seguinte forma: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011b, fl. 593).

Desta maneira, Alexy entende que é possível subdividi-la em três passos:

“Essa fórmula deixa reconhecer que a ponderação compõe-se de três passos. Em um primeiro passo, deve ser



comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Isto é, quando se trata da dimensão de defesa, a intensidade da intervenção. A isso tem de seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo, finalmente deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro” (ALEXY, 2015a, fl. 83)

Com isso, temos então que em primeiro lugar deve-se avaliar quanto Pr<sup>1</sup> não está sendo cumprido, qual seu prejuízo, portanto qual seria a medida da intervenção a ser tomada. Depois, deve-se avaliar qual a importância de Pr<sup>2</sup>, em que medida ele deve ser preservado em sua integridade ou em sua parcialidade. Por fim, o intérprete deve concluir se o cumprimento de Pr<sup>2</sup> é mais importante que o prejuízo que esteja sendo sofrido por Pr<sup>1</sup>.

Estipula-se ainda que haja dois pesos a serem levados em consideração na análise que seriam os pesos abstratos dos princípios e os pesos concretos do caso em apreço. Os pesos abstratos seriam aqueles que os princípios possuem relação aos demais, independente das condições, com isso, por exemplo, dois direitos fundamentais presentes na Constituição teriam o mesmo peso abstrato (ALEXY, 2015a, fl. 95 e 139). De outro lado os pesos concretos seriam medidos através de cada uma das circunstâncias delineadas no caso posto em tela para a proporcionalidade, chama isto de “importância concreta” do princípio (ALEXY, 2015a, fl. 140-141).

Na ótica de Bentham, a terceira máxima parcial da proporcionalidade é um tanto dificultosa. De forma parcial ela pode ser vista na proporcionalidade para aplicação da punição apresentada pelo próprio Bentham em seu livro.

Desta maneira, a ideia de que se deve determinar a intensidade da intervenção em Pr<sup>1</sup> ou Fe<sup>1</sup> no exemplo aqui, pode ser vista em que elenca como métodos para seleção da punição correta a de que “o valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for *suficiente* para superar o valor do benefício da ofensa ou crime”, “quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto *maior será o preço* em que pode *valer a pena pagar* no caminho

da punição” ou ainda “a punição não deve em caso algum ser maior do que for *necessário* para que esta seja conforme às normas aqui indicadas” (itálico nosso) (BENTHAM, 1979, fls. 60-62).

A não compatibilidade entre os dois teóricos é encontrada no que segue. Definir a importância de  $Pr^2$  ou  $Fe^2$  é completamente desnecessário para Bentham, pois ele não proferia juízo de valor sob a qualidade da felicidade de cada indivíduo. O máximo que fez foi, ao discutir sobre atitudes que fossem afetar mais de uma pessoa, que se levasse em conta quantas destas pessoas ficariam felizes, ou o que chamaria de circunstância da “extensão”. De mesma forma, não há como dizer qual a felicidade que seria mais importante ao ponto de justificar uma intervenção na relação.<sup>5</sup> De outro lado, se tomássemos o exemplo de uma pessoa com duas atitudes possíveis a serem tomadas, haveria certa similitude, pois esta escolheria qual das duas causaria maior felicidade, mas ainda sim, lembramos que estaríamos pensando em um mesmo fim que é a felicidade e na proporcionalidade há necessariamente dois fins conflitantes.

Assim, em Alexy, cada princípio traria um objetivo diferente e caberia ao intérprete definir qual destes é mais ou menos importante (ALEXY, 2011b, fl. 169). Por exemplo, haveria colisão do direito fundamental a saúde e o direito fundamental a segurança, assim, a ponderação seria uma análise de qual dos dois é mais importante no caso concreto.

Nisso, sob a teoria de Bentham, não há como precisar um peso abstrato ou concreto (este que não a quantificação da felicidade e dor gerada) por não conseguir precisar qual felicidade é melhor que a outra, ou seja, ambos os sujeitos devem ter sua felicidade considerada importante em igual monta, bem como o entrave de que ambas determinam a mesma quantidade de prazer no caso concreto, estaria sendo promovido um empate na ponderação. Todavia, , há que se ressaltar que a ponderação necessariamente ocorrerá quando os

---

<sup>5</sup> Apenas para fim didático isto seria mais ou menos de forma resumida em primeiro verificar qual a intensidade da diminuição de  $Fe^1$  (novamente, felicidade da primeira pessoa). Em seguida, determinar a importância de  $Fe^2$ . Por fim, determinar se é cabível a intervenção em  $Fe^1$  com a perda de  $Fe^2$  baseando-se na importância dada pelo intérprete.

pesos abstratos empatarem, sendo importante apenas para definir a “competência” do tribunal do julgador, como se vê:

“Em casos de empate, a ponderação não determina nenhum resultado. O caso reside em um espaço de ponderação, e precisamente, em um espaço de ponderação estrutural. Esse espaço de ponderação é, para a delimitação das competências do tribunal constitucional, por um lado, e do dador de leis e dos tribunais especializados, por outro, de grande importância, o que aqui, todavia não pode ser mais perseguido” (ALEXY, 2015a, fl. 143)

Ademais, apesar de Bentham não dar uma resposta satisfatória a esta etapa, ou seja, lhe seria inviável determinar o peso abstrato de uma felicidade para com outra, o utilitarismo como todo pode fazer, no tocante a pesos abstratos, agora na pessoa de Stuart Mill, quando ele afirma que:

É totalmente compatível com o princípio da utilidade reconhecer o facto de que alguns tipos de prazer são mais desejáveis e valiosos do que outros. Seria absurdo supor que, enquanto que na avaliação de todas as outras coisas se considera tanto a qualidade como a quantidade, a avaliação dos prazeres dependesse apenas da quantidade. (MILL, GALVÃO, 2005, fl. 49)

Além disso, quanto ao peso concreto pode-se falar ainda no pensamento de Mill quando entende que a felicidade não deve ser apenas individual, mas uma felicidade global como um todo, sendo esta a única forma de atingir uma “sociedade de iguais” (MILL, GALVÃO, 2005, fls. 52-53 e 72) e ainda fala em um sacrifício pessoal que deve ser feito para aumentar a felicidade dos demais, como abaixo transcrito:

“A moralidade utilitarista reconhece nos seres humanos o poder de sacrifício em o seu próprio maior bem pelo bem de outros. Só se recusa a admitir que o próprio sacrifício seja um bem. Para ela, um sacrifício que não aumenta nem tende a aumentar o total de felicidade é um desperdício. A única renúncia pessoal que aplaude é a devoção à felicidade - ou a alguns meios para a felicidade - dos outros, seja da humanidade considerada colectivamente ou de alguns indivíduos dentro dos limites impostos pelos interesses colectivos da humanidade. Só se recusa a admitir que o próprio sacrifício seja um bem. Para ela, um sacrifício que não

aumenta nem tende a aumentar o total de felicidade é um desperdício.” (MILL, GALVÃO, 2005, fl. 57)

Estes pensamentos podem levar a crer que seja possível continuar os dois passos seguintes da ponderação, determinando a importância concreta ou abstrata de uma determinada felicidade e ainda sacrificar uma em detrimento da outra. Apenas fazemos um adendo de que a obra de Alexy não traz referências a Mill nem diretas ou indiretas, mas não poderíamos deixar de dizer que base teórica do utilitarismo possui correlação nessa parcela da proporcionalidade.

Além disso, Alexy analisa o primeiro passo da forma que “quanto mais grave pesa uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a *certeza* das premissas apoiadoras da intervenção” (itálico nosso) (ALEXY, 2015a, fl. 91)

Em mesmo sentido, Bentham também fala de certeza quando diz que a “certeza/incerteza” do prazer ou da dor é uma das circunstâncias para avaliar qual a melhor atitude a ser tomada, bem como a circunstância da “pureza” que preza que determinada atitude não tenda a provocar o oposto pretendido, e por fim de quando a punição deve ser superior a remuneração da ofensa até atingir o ponto da certeza da punição.

Assim, também o caráter de certeza da atitude a ser tomada está no âmbito de preocupação de Bentham assim como em Alexy, para que as consequências que serão causadas não provoquem efeitos em sentido contrário ao pretendido.

Por fim, um dos elementos que o método da proporcionalidade possui, que a teoria de Bentham carece, é a de promover uma “cláusula de reserva”, ou seja, estabelecer em quais condições  $Pr^1$  prevaleceria sobre  $Pr^2$  para orientar casos futuros e semelhantes. O utilitarista não pensa dessa forma, pois entende que cada pessoa busca a felicidade e entende a felicidade de maneira diferente que a outra, assim, lhe sendo impossível estabelecer requisitos específicos para prevalência de tanto.

Todavia, apesar de Bentham ou Mill não falarem ou se preocuparem com a cláusula de reserva, John Austin o fez, algo, inclusive, exposto por Alexy:

“Como afirma Hart, todo direito positivo tem uma estrutura aberta (open texture). Existem várias razões para tanto. Especialmente importantes são o caráter vago da linguagem do direito, a possibilidade de contradições entre as normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa ser apoiada e a possibilidade de decidir até mesmo contra o enunciado de uma norma em casos especiais. Nesse sentido, pode-se falar num “âmbito de abertura” do direito positivo, que pode ser mais ou menos amplo, mas que existe em todos os sistemas jurídicos. Um caso que se enquadre no âmbito deve ser caracterizado como “caso duvidoso”. Por definição, no campo da abertura do direito positivo não se pode decidir com base no direito positivo, pois, se isso fosse possível, não se estaria no campo da abertura. Como somente o direito positivo é direito, o juiz deve decidir no campo de abertura, ou seja, em todos os casos duvidosos, com a ajuda de critérios não jurídicos ou extrajurídicos. Nesse sentido, ele está autorizado pelo direito positivo a criar um direito novo, fundamentalmente da mesma forma que um legislador, com base em critérios extrajurídicos. Há mais de cem anos, John Austin formulou essa ideia com as seguintes palavras: ‘So far as the judge’s arbitrium extends, there is no law at all’” (ALEXY, 2009, fl. 84)

E nós adicionamos ainda um outro trecho do trabalho de Austin que acreditamos ser ainda mais claro em sua ideia de “abertura” e ainda vinculado explicitamente ao princípio da utilidade:

“There certainly are cases (of comparatively rare occurrence) wherein the specific considerations balance or outweigh the general cases which (in the language of Bacon) are ‘immersed in matter’: cases perplexed with peculiarities from which our attention would be directed, if we were true to our presiding principle. It were mischievous to depart from a rule which regarded any of these cases; since every departure from a rule tends to weaken its authority. But so important were the specific consequences which would follow our resolves, that the evil of observing the rule, it were absurd to think it inflexible. We should, therefore, dismiss the rule; resort directly to the principle upon which our rules were fashioned; and calculate specific consequences to the best of our knowledge and ability.” (AUSTIN, 1832, fls. 53-54)<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Tradução livre: “Há certamente casos (comparativamente de rara ocorrência) no quais específicas considerações balanceiam ou extrapolam os casos gerais (que na linguagem de Bacon) são ‘imersos na matéria’: casos com perplexas peculiaridades que nossa atenção deve ser dirigida, se formos verdadeiros para com nosso principal princípio. Seria leviano se afastar

Com isso, há ainda que se dizer que o utilitarismo, através de Austin, conseguiu também criar uma “cláusula de reserva”, denominada “cláusula de abertura” por Hart, em que é possível criar uma espécie de precedente e, portanto, um novo direito pela decisão do juiz.

Por fim, concluímos que Alexy utiliza sim uma matiz metodológica plenamente compatível com o proposto por Bentham, não inovando no aspecto das máximas parciais da “adequação” e “necessidade”, quando estas são amplamente vistas de forma explícita ou implícita na obra de Bentham, bem como sendo espelho da proporcionalidade para aplicação da punição apresentada por Bentham quando o alemão trata do primeiro passo da ponderação, e inovando no aspecto dos dois passos seguintes que são indiferentes para Bentham pelo fato de que não admite que se dê importância maior ou menor a felicidade de determinada pessoa de forma abstrata, ou de forma concreta que não seja a quantificação já feita anteriormente. Ressaltando-se alguns aspectos que seriam: (a) Bentham admite que tudo pode ser quantificável, enquanto que Alexy fala que os princípios são ponderáveis por não serem quantificáveis, sendo que quantifica os princípios ao final da ponderação através de fórmulas com inclusão de números naturais e escalas tríades de importância de princípios que variam de leve a grave, (b) no final a teoria de Bentham encontraria uma empate na ponderação, algo aceito e considerado possível por Alexy, (c) o Utilitarismo na pessoa de Stuart Mill conseguiria determinar pesos abstratos e concretos de determinadas felicidades em detrimento de outras, apesar de Alexy não mencionar direta ou indiretamente este autor, e (d) a proporcionalidade proposta por Alexy gera ao final uma cláusula de reserva de princípios que formariam então as condições em que um determinado princípio prevaleceria sobre outro, de forma a construir um “precedente” a ser aplicado em casos semelhantes e futuros, algo que Bentham

---

da “regras” em algum desses casos; pois cada afastamento de uma “regra” tende a enfraquecer sua autoridade. Mas também são importantes as consequências específicas que seriam causadas caso as seguissem, o mal de observar a regra, seria absurdo pensa-la como inflexível. Nós devemos, a propósito, afastar a regra; recorrer diretamente ao princípio no qual as regras são confeccionadas; e calcular suas consequências específicas para o melhor de nosso conhecimento e habilidade.

ou Mill não constroem, porém é possível ver na obra de Austin, algo percebido pelo próprio Alexy e Hebert Hart.

## **6. ENTREVISTAS COM PROFESSORES ESPECIALIZADOS NO TEMA E COM O PROF. ROBERT ALEXY**

Com a conclusão das considerações centrais do tema aqui pretendido, tomamos a liberdade de enviar algumas perguntas para diversos pensadores brasileiros e do exterior, incluindo também o próprio Robert Alexy, sobre o trabalho do professor e hipóteses que construímos ao longo do trabalho aqui delineado.

Havíamos entrado em contato com o Prof. Vírgilio Afonso da Silva em momento bem inicial do nosso trabalho, no qual pedimos que nos ajudasse com bibliografias sobre o Utilitarismo e o que ele achava sobre a influência utilitarista no pensamento de Alexy, se Alexy seria um utilitarista. Tivemos a seguinte resposta:

“Prezado Caio,  
Obrigado pelo email. Não sei exatamente como posso ajudá-lo, porque não teria uma indicação bibliográfica nesse sentido. Como você mesmo disse e sabe, Alexy não é um utilitarista. Mas se você vê influências do "modo de pensar" utilitarista na obra dele, não acho que isso seja problemático, mas você teria que demonstrar isso. Não sei, contudo, que indicação bibliográfica poderia auxiliá-lo nisso.”

Após, realizamos 05 (cinco) perguntas a diversos professores que consideramos especializados no tema aqui delineado quais seja: Prof<sup>a</sup> Cláudia Rosane Roesler, Prof. Ino Augsberg, novamente o Prof. Virgílio Afonso da Silva, e o Prof. Martin Borowski, além do próprio Prof. Robert Alexy. O texto de cada uma das perguntas se alterou um pouco quanto dirigidas ao Professor Alexy, visto ser ele o objeto de análise desse trabalho, então elas foram confeccionadas de uma forma mais simples e direta para que permitisse uma amplitude maior em sua resposta. Além disso, uma das perguntas foi feita exclusivamente ao professor, e remete a sua declaração de Setembro de 2017 buscando que ele

explicasse melhor em que ponto o trabalho de Jeremy Bentham influenciou sua tese da proporcionalidade.

Assim temos os seguintes questionamentos:

Pergunta 01 – Foi questionado se o entrevistado considerava que o pensamento de Robert Alexy teria sido influenciado pelo Utilitarismo, em especial o pensamento de Jeremy Bentham.

(Exclusiva ao Prof. Alexy) Pergunta 02 – Foi questionado em que medida o trabalho de Jeremy Bentham influenciou o seu pensamento na proporcionalidade. O que ele via de similar e o que via de diferente e não recebeu qualquer influência do inglês.

Pergunta 03 – Foi questionado ao entrevistado se ele conseguiria perceber alguma similitude ou diferença entre o conceito de “princípio” de Robert Alexy e o “princípio da utilidade” de Jeremy Bentham. Foi adicionado a pergunta, em caráter informativo, que Jeremy Bentham também levava em consideração o contexto fático para aplicação do seu princípio da mesma forma que o pensado por Alexy.

Pergunta 04 – Foi questionado ao entrevistado se ele consideraria possível, sob a ótica de Robert Alexy, que o Direito fosse concebido por um modelo de valores, em especial um modelo de valores utilitaristas. Foi adicionado a pergunta, em caráter informativo, as justificativas dadas por Alexy para escolher um modelo de princípios ao contrário de um de valores.

Pergunta 05 – Foi questionado ao entrevistado se ele consideraria o argumento utilitarista – como argumento prático geral – que sempre justificaria a proporcionalidade quando esta fosse posta em dúvida, na medida em que pensa sobre a felicidade e o bem em que se está fazendo com o sopesamentos. Foi adicionado a pergunta, em caráter informativo, o trecho em que Robert Alexy traz a afirmativa de que todo argumento dogmático deve ser justificado por um prático geral.



Apesar de enviarmos o total de cinco perguntas, o Prof. Robert Alexy nos respondeu com apenas um parágrafo do qual transcrevemos abaixo:

“The list of your questions show that you are already deep in your theme. It would take more time than I have in the moment to answer them. Therefore only one point. Utility, as economic optimization, is a necessary condition of practical rationality. But it is not a sufficient criterion. Elements of universalizability have to be added. I have tried to make this explicit in my 28 rules and forms general practical discourse in my Theory of Legal Argumentation.”<sup>7</sup>

Respeitamos a posição do Professor Robert Alexy, porém entendemos que a utilidade pode ser sim universalizada, tanto que Bentham assim o fez, e, como já demonstramos, o trabalho de Alexy está conexo a diversas generalizações concebidas pelo inglês em suas obras.

Assim, como até o fechamento do trabalho não tivemos futuras considerações dos demais professores contatados, infelizmente restamos por não lograr total êxito em nossas entrevistas, sendo apenas possível analisar esta pequena contribuição do professor Alexy.

## **7. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RESULTADOS DO TRABALHO**

Após o exposto acima, resolvemos por concluir e também sintetizar algumas de nossas constatações.

Em primeiro ponto, é nítido perceber que Alexy sim foi influenciado por pensamentos utilitaristas, em principal, das obras de Jeremy Bentham e John Austin. Nossas comprovações disto são: (a) a resposta dada por Alexy em nossa primeira entrevista com ele em Setembro/2017, (b) suas citações diretas dos trabalhos de Bentham e Austin, (c) a semelhança do conceito de “princípios”

---

<sup>7</sup> Tradução Livre: “A lista de suas perguntas demonstrar que você já está profundo em seu tema. Levaria mais tempo do que tenho no momento para responde-las. Todavia, apenas um ponto. Utilidade, como uma otimização econômica, é uma condição necessária para prática racional. Porém, não é um critério suficiente. Elementos de universalização devem ser incluídos. Eu tentei deixar isto mais explícito em minhas 28 regras e formas do discurso prático geral no meu “Teoria da Argumentação Jurídica”.

adotados por Alexy, e o conceito de “princípios” adotado por Bentham e Austin, (d) o modelo da máxima proporcionalidade proposto por Alexy, que é compatível com os pensamentos utilitarista, podendo ser referenciado em todas as suas etapas, inclusive a cláusula de reserva, caso utilizemos diversos autores, como Bentham, Mill e Austin, (e) a possibilidade de utilizarmos argumentações utilitaristas na fundamentação jurídica, conforme teoria de Alexy, tendo este apenas ressalvado a questão de fundamentar o “fim” a ser atingido, em seu livro, e de que deve haver universalização no momento da fundamentação, em e-mail que nos foi enviado, e (f), talvez a constatação mais fraca, que seria a leve semelhança na escrita entre Bentham e Alexy, no estilo de concluir seus pensamentos através da confecção de “normas” durante o texto.

Após isto, é de certa forma imperioso que nos saíamos um pouco da “imparcialidade” que tentou se adotada neste trabalho e argumentemos um pouco quanto aos achados.

#### 7.1.DA INEXISTÊNCIA DE CITAÇÕES DIRETAS DE PENSAMENTOS UTILITARISTAS NA OBRA DE ALEXY

Algo que salta os olhos deste dissertante é a ausência de citações diretas de autores utilitaristas ao longo das obras de Alexy.

Isto decorre, pois, não haveria problema algum o alemão ter sido influenciado de certa forma por pensamentos deste gênero. Todavia, consideramos um clara forma de acobertamento desta característica, quando, por exemplo, é afirmado ter sido Bentham um dos influenciadores da “máxima da proporcionalidade”, porém neste trecho em específico da obra não há qualquer menção ao autor.

Enquanto isto, Bentham é utilizado em outras partes do livro, como um autor de uma categoria de pensamento – precursor da deontologia – citado juntamente a diversas, quase que de forma enciclopédica e sem o destaque ideológico devido a não ser uma breve nota de rodapé.

Assim, de forma a delinear e explicar melhor as fundações de seu pensamento, recomendamos ao autor que ele faça as referências devidas ao pensamento de Bentham, especialmente no tocante a “máxima da proporcionalidade”.

## 7.2. DA CARGA MORAL QUE ESTÁ INTRINSECAMENTE ASSOCIADA A “MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE” DE ALEXY

Em seguida, é possível delinear algumas críticas a máxima da proporcionalidade adotada por Alexy, seja utilizando de críticas próprias contra o utilitarismo, seja da constatação de problemas “naturais” de uma proporcionalidade jurídica com viés utilitarista.

Nisso, uma crítica ao Utilitarismo, por exemplo, é sua incapacidade de precisar que os seres humanos detém relações pessoais que irão, inevitavelmente, influenciar em suas escolhas do que seria a conduta geradora de “maior felicidade”, visto que poderia buscar favorecer um familiar ou um amigo próximo. Desta maneira, seria impossível dizer quando um determinado indivíduo estaria atuando de forma realmente imparcial e escolhendo a conduta correta, conforme o utilitarismo, e quando estaria favorecendo uma pessoa que tenha afeto (RACHEL, 2003, fl. 110). Em síntese, o Utilitarismo pode ser “maculado” com as características pessoais de cada intérprete de forma a pender a decisão ou conduta a uma opção que não seria a mais correta sob sua teoria.

Esta crítica é deveras contundente quando o conceito de princípio de Alexy está vinculado ao pensamento de Bentham e Austin. Assim, o primeiro delineou as linhas preliminares do conceito de princípio vinculado a uma máxima, a da felicidade, que é seguido por Austin, este pensando especificamente o Direito, ao afirmar que toda regra ou princípio possui sentimentos morais por detrás no momento em que um determinado sujeito buscar adequar sua conduta a eles. Com isso, todas as pessoas, até mesmo quando estão seguindo uma regra imperativa do Estado são norteadas por alguma fração da moral, por menor que ela seja. Ademais, a utilização da moral no discurso não é algo

completamente rechaçado por Alexy, inclusive podendo-se utilizar fundamentações a partir de “regras morais” que serviriam a concepção moral do falante. (ALEXY, 2011a, fl. 202)

Desta maneira, há que se pensar se é correto confiarmos demasiadamente na metodologia desta “máxima” para alcançarmos um resultado satisfatório da colisão de princípios, pois, por mais que se diga que há um distanciamento do julgador ao caso concreto, não há como afastá-lo de suas convicções morais e preferências pessoais que norteariam inevitavelmente sua interpretação de qual seria o conceito deste ou aquele princípio.

Assim, entende este dissertante que a influência velada do utilitarismo nessa máxima é uma forma de tentar atingir uma metodologia precisa ou juridicamente confiável, quando em verdade está profundamente associada a sentimentos morais e de justiça próprios de qualquer ser humano, ainda sem filtro metodológico adequado de forma ao menos dirimir estes ainda buscando em inovar em aspectos que a própria linha de pensamento utilitarista desenvolve a muitos anos através de diversos autores, enquanto que a proporcionalidade é deveras recente na história da intelectualidade.

Um exemplo da forma como o Utilitarismo teria já avançado além da proporcionalidade e pensado em como dirimir as questões morais no julgamento foi com o pensamento do autor Peter Singer, um australiano utilitarista moderno. Este autor firmou em seu pensamento que o utilitarismo deve ser um utilitarismo baseado na ética e na ponderação de interesses para as partes envolvidas. Assim, para ele, um pensamento ético e utilitarista deve ser aquele que ultrapassa as opiniões pessoas de cada um, e se presta a pensar o melhor para a comunidade como um todo, mas não visando a maior felicidade, e sim aquela consequência que atenda melhor os interesses dos indivíduos. (SINGER, 1999, fls. 11-13).

Com isso, o pensamento de Singer faz com que ele dê um passo adiante no utilitarismo, pois compreende o problema das questões morais que uma tomada de decisões utilitarista possui, e tenta solucioná-los ao afastar-se do

conceito de máxima felicidade e aproximar-se de atender os melhores interesses dos indivíduos, assim, se diferenciando da moral que seria basicamente pensar em apenas os seus interesses e aproximando-se da ética, que para o australiano reporta-se a um observador imparcial que busca ver os conflitos de interesse de isonômica e inteligente, com fito de encontrar a resposta que melhor satisfaça tais interesses. (SINGER, 1999, fl. 14).

Obviamente que isto não resolve o problema de falta de imparcialidade como um todo desse pensamento, mas já é um grande passo em relação a Bentham e Mill, por exemplo, que entendiam que o ser humano seria “naturalmente” assim avido a ajudar os outros e pensar sempre de maneira democrática e justa.

Esta carga moral obscura que a proporcionalidade carrega já produziu alguns julgados brasileiros a decisões evidentemente morais – aqui nem refletindo e pontuando a ausência de metodologia do julgado que por si já demonstraria uma incoerência na utilização do pensamento de Alexy – como pode ser visto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.096 do Supremo Tribunal Federal, em que vemos que há controle de proporcionalidade das leis para buscar o que seria mais “justo” a ser feito e não um controle de constitucionalidade, como é o caso da argumentação vinculante do instrumento eleito:

“Claro que o diploma não é proporcional nessa alteração (...) A minha tentativa de salvar era para beneficiar exatamente o idoso (...) mas a lei não é proporcional, a meu ver, no que admite com uma largueza maior, por exemplo, a transação (...) aparentemente, sem razão justificável e, portanto, sem razoabilidade, porque, com o intuito de proteger a vítima, que é idoso, está beneficiando o infrator! (...) Aí está a falta de proporcionalidade, de razoabilidade.” (BRASIL, 2010, fls. 21-25)

Ademais, houve até uma ressalva do Ministro Eros Grau a época sobre o perigo causada por tal “controle de proporcionalidade”, o que entendemos aqui é uma abertura ao controle moral das leis, ou controle do “justo”:

“Senhor Presidente, estou convencido de que a esta Corte incumbe o controle da constitucionalidade das leis e não da razoabilidade ou proporcionalidade das leis. O que se pretende aqui é discutir se a lei é boa ou má. Não há nenhum preceito constitucional que esteja sendo apontado como violado (...) Eu gostaria de insistir – nessa minha quase insistência de idoso – que nós não temos legitimidade para exercer o controle da razoabilidade e da proporcionalidade das leis. Se chegarmos a esse ponto, vamos correr o risco, muito grande, de ir além dos sapatos, como diz o velho ditado” (BRASIL, 2010, fl. 32)

Esta conduta tomada por nosso tribunal maior é uma conduta utilitarista quando pensa em como agradar a maior parte da população através de uma lei, e nessa premissa faz um controle utilitário da lei através do que chama de proporcionalidade/razoabilidade. Ocorre que, novamente Singer, se pensássemos no pensamento utilitário moderno, uma lei pode ser considerada inadequada realmente aos preceitos da maioria da população e deve ser descumprida, todavia, essa lógica é aplicável apenas a “desobediência civil”, em que um indivíduo deixa de seguir a lei para chamar atenção das autoridades competentes ao problema e solucioná-lo, bem como preservar os valores que a lei está transgredindo desde que aceite as penalidades previstas na norma.

Dessa forma, Singer não autoriza que as autoridades da Justiça, por exemplo, deixem de seguir a lei, pois, por óbvio não são elas as competentes para tomar tal decisão sem uma fundamentação de controle de constitucionalidade. Com isso, a atitude tomada pelo nosso tribunal não foi de acordo nem com o método de Alexy, nem tampouco do pensamento utilitarista mais moderno. Assim, há que se chamar a atenção pela utilização da proporcionalidade como forma que preencher o sistema do Direito com cargas morais/de justiça que não lhe seriam próprias, cargas estas muitas vezes utilitaristas ou pensadas sob uma ótica utilitarista, visto a proximidade desta teoria da justiça para com a metodologia proposta por Alexy.

Com isso, caso a “máxima da proporcionalidade” assumisse seu caráter de influenciada pelo utilitarismo, traria maior segurança ao intérprete-julgador que saberia o “terreno” ideológico que pisa, assim, poderia acessar mais de duzentos anos de reflexões filosóficas a favor e contra tal ideologia, com diversas

metodologias próprias e evoluções conceituais recentes, como vimos com Singer, e não traria a confusão de interpretações sob o caráter deste postulado como foi visto no primeiro capítulo deste trabalho e no julgado aqui exposto.

### 7.3. A FUNDAMENTAÇÃO DA “PROPORCIONALIDADE” É UMA FUNDAMENTAÇÃO DO DISCURSO PRÁTICO GERAL UTILITARISTA

Seguindo nossas considerações, pode-se notar que a fundamentação jurídica que fosse apresentada para justificar a aplicação da proporcionalidade em um caso concreto deverá perpassar por uma fundamentação não jurídica utilitarista.

Esta afirmação nossa decorre das etapas em que a proporcionalidade necessariamente percorre. A adequação, a necessidade e a mensuração de pesos concretos na proporcionalidade em sentido estrito são todas determinadas por argumentos não jurídicos.

Há que se ver primeiro a adequação, o juiz teria de determinar quais medidas seriam possíveis de serem adotadas para atingir o fim pretendido, assim, se questiona, qual seria seu critério? O Direito auxiliaria o magistrado apenas em definir o que seria legal ou ilegal, porém no âmbito da legalidade há incontáveis formas de atingir o fim pretendido e invariavelmente o critério a ser adotado pelo magistrado será arbitrado por si mesmo e sob a esteira de um fundamento não jurídico, como por exemplo, uma conduta viável economicamente para as partes.

Na etapa da necessidade, das medidas elencadas pelo magistrado deve-se agora definir quais medidas intervém menos, desta maneira, há um outro critério não jurídico a preponderar sob a argumentação do juiz que deverá definir que espécie de intervenção será esta e que critério será utilizado para determinar que ela é “menor” para uma medida do que para outra.

Ademais, ainda se tem a mais problemática das etapas que é aquela para definir o peso concreto dos princípios no caso que estiver em apreço.

Observa-se que Alexy traça uma linha de perguntas que devem ser respondidas, mas ainda assim não estipula qualquer forma de metodologia específica para responder estas perguntas. Desta maneira, o intérprete-julgador deve se incumbir de ao final definir a importância dos princípios em colisão e o grau de intervenção máxima que o princípio pode suportar. Mais uma vez, fica a cargo da fundamentação não jurídica responder a todas estas perguntas, visto que o Direito apenas conseguirá definir o que é legal e o que é ilegal fazer, e como o caso que é posto sob a proporcionalidade geralmente é um caso que este binômio é imprestável, o sistema jurídico nada aqui serve.

Assim, percebe-se que a fundamentação que predominará em toda a metodologia será estritamente não jurídica, e com a ausência de basiladores por Alexy, resta a cada intérprete buscar argumentos diversos de forma a convencer seus interlocutores também diversos.

Acreditamos estar aqui o núcleo do problema da “máxima da proporcionalidade” influenciada de forma velada pelo utilitarismo. Isto se justifica pois, ausente qualquer substrato jurídico nas fundamentações desta máxima, então resta ao intérprete apelar a fundamentações parecidas ou ao menos adequadas a metodologia proposta. Nesse compasso, utilizar-se de teorias da justiça para fundamentar o que seria justo fazer em determinado caso já é um caminho comum no pensamento jurídico e como demonstramos aqui, tendo o pensamento utilitarista influenciado a proporcionalidade, acreditamos que o julgador optará por uma fundamentação utilitarista, que é uma teoria da justiça, mesmo que de forma inconsciente.

Dessa maneira, com a propagação da proporcionalidade e a fundamentação não jurídica que a acompanha, especialmente nos casos complexos que esta associada, temos que as decisões jurídicas tendem a ser um emaranhado de argumentos que tem como única segurança o senso comum ou ponto de concordância em que os intérpretes se “agarram” de forma a construir um discurso que convença o restante da sociedade. Ocorre que, as experiências de vida e pontos de vista de cada ser humano faz com que nem sempre toda fundamentação não jurídica convença, assim, levando a um



sentimento de que o julgador está agindo de maneira arbitral ou em preferência a determinada parte por feição moral ou pessoal, algo que pode ou não acontecer, mas que invariavelmente tem como constante tal sentimento em alguma parcela da sociedade.

Essa confusão da “máxima da proporcionalidade” com o Utilitarismo é constante no Superior Tribunal de Justiça, quando vemos que nas decisões de Habeas Corpus a constante menção a teoria de Alexy associada a prisão preventiva, vejamos:

“Como se vê, o Juiz, no decreto prisional, apontou a quantidade de droga apreendida para fundamentar a custódia cautelar, contudo, trata-se de quantidade que não é relevante para justificar a cautelar penal, pois consta da denúncia a apreensão de 26 invólucros contendo cocaína, com peso líquido de 16,1 gramas (fl. 46). O exame de proporcionalidade stricto sensu, questão perceptível na concepção da lei do sopesamentos, de Alexy, pela limitação mínima e justificável na realização de outro princípio (direito) concretamente prevalente, encontra suporte legal expresso (art. 282, incisos I e II, do CPP) e merece intervenção de Corte Recursal apenas quando flagrante a desproporção. Ademais, cumpre observar que o decreto prisional nada fala acerca da existência de eventual histórico delitivo em desfavor do recorrente, ou mesmo outras circunstâncias gravosas que pudessem justificar a segregação, o que permite a conclusão de que não foi apresentada fundamentação idônea para a prisão preventiva.” (BRASIL, 2017, fl. 6)

Os dispositivos legais mencionados são:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:  
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;  
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.” (sublinhamos) (BRASIL, 1941)

Nisso, como já visto, estes dois dispositivos legais mencionados que estão sendo associados a Alexy, são normas derivadas diretamente do pensamento de Bentham (1838, fl. 238; 1979, fl. 62), atestando ainda mais a

confusão entre os dois pensadores no Judiciário brasileiro e a influência do pensamento de Bentham sob o alemão.

Tal constatação nossa pode ser comprovada com a própria metodologia adotada por Alexy em seu “Tratado da Argumentação Jurídica”, em que se lê que toda fundamentação jurídica quando posta em dúvida deve ser atestada por uma fundamentação não jurídica (ALEXY, 2011a, fl. 260). Pois bem, basta verificar uma fundamentação que se propõe ao método da “máxima proporcionalidade” e se perceberá que quando posta em dúvida não há mudança no estilo de argumentação. Veja o caso acima apresentado, mencionar a quantidade de droga é uma visão pessoal do magistrado, que nesse caso entendeu como pequena, enquanto que a análise do histórico também é algo subjetivo e não jurídico, a concepção de maus antecedentes variam de cada um.

A argumentação utilizada para firmar a decisão em um primeiro momento já era não jurídica, bem como sua justificativa também será não jurídica e, ao menos que o discursante opte por ramos científicos e persuasivos do conhecimento não jurídico, tais como economia, estatística, ciências exatas, biológicas, e tantas outras, sua justificativa será fraca frente as dúvidas de um terceiro, especialmente aquele que não compartilha mesmo pontos de vista ou experiências de vida que ele.

#### 7.4. AS REGRAS DO DISCURSO RACIONAL DE ALEXY OBRIGAM A INCLUSÃO DA MORALIDADE UTILITÁRIA NO DISCURSO JURÍDICO BRASILEIRO

Como se pode ver na obra de Robert Alexy, ele afirma que todas as sentenças judiciais devem se vincular necessariamente as “regras do argumentar razoável”:

“Não basta, em sentenças judiciais, citar um fundamento decisivo, que apoia o resultado considerado como correto, ao contrário, todos os pontos de vista em ligação com decisões anteriores e os estabelecimentos de normas do dador de leis, sob inclusão dos resultados de investigação científico-jurídica, devem ser considerados segundo as regras do

argumentar jurídico razoável, cuja base são as regras do argumentar prático geral razoável. Sob esse aspecto, decisões judiciais têm caráter de discurso” (ALEXY, 2010, fl. 43)

Ocorre que, algumas de suas regras são dotadas de cargas extremamente morais e que apenas contribuem para que o discursante, especialmente aquele que está vinculado a um sistema jurídico, realize um “filtro moral” de seu discurso que muitas vezes leva a considerações e decisões que se afastam do “correto juridicamente” apenas por não estarem no núcleo de interesses do discursante, como vemos:

“(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos” (ALEXY, 2011a, fl. 289)

Desta maneira, para que a “racionalidade” esteja presente, o discursante jurídico deve apenas argumentar baseando-se naquilo que “acredita” ou naquilo que lhe é considerado “correto” moralmente. Isto, mais uma vez, leva a crer que para Alexy o discursante deva ter uma noção de justiça e utilize essa noção de forma implícita ou explícita. Assim, têm-se a questão, primeiro, de saber então qual é a noção de justiça utilizada no momento do discurso, segundo, se o discursante é obrigado a afirmar tal posição no momento de seu discurso e terceiro se é possível contrapor tal afirmação, já que é algo do íntimo do discursante, visto que para Alexy “todos podem problematizar qualquer asserção” (ALEXY, 2011a, fl. 288) e ele apenas nos permite fazer o que chama de filtro da “gênese histórico crítica” e de “formação histórica individual” nas regras morais utilizadas (ALEXY, 2011a, fl. 289).

Para facilitar nossa análise trazemos trecho de uma decisão da 1º Vara do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca de Ilhéus/BA, em que se lê:

Em apertada síntese o autor alega que em 29/05/2012, comprou materiais de construção no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) tendo quitado a quantia de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Fora acordado um prazo de entrega para o dia 04/06/2012. Porém até a presente data não houve a entrega dos materiais como combinado. Diante deste fato requer a restituição do valor pago, devidamente corrigido e indenização por danos morais. (...) Como não houve a entrega dos produtos a ré deverá restituir os valores pagos devidamente corrigidos. A frustração do não recebimento da mercadoria adquirida no prazo estipulado retira a condição de mero transtorno e remete para o desconforto, preocupação e ansiedade psicológica, que configura o dano moral indenizável. Ante a responsabilidade objetiva, a ré, deverá arcar com a indenização ora imputada. Assim, como é inviável mensurar-se, com exatidão, os efetivos prejuízos experimentados pelo lesado, deve-se evitar que este venha enriquecer à custa do agente, deferindo-lhe indenizações exorbitantes e incomuns. Por outro lado, não pode ser em valor insignificante, pois deve servir de reprimenda para evitar a repetição da conduta abusiva. Para aferir a indenização levo em conta também o fato do consumidor em questão ser uma pessoa idosa. Diante do exposto, é o parecer desta Juíza Leiga, seja JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar a ré a pagar à parte autora a quantia de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a título de danos morais, acrescido de correção monetária a partir do arbitramento e juros de 1% (um por cento) a partir do evento danoso em 04/06/2012. E ainda restituir ao autor o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) (...)" (sublinhamos) (BAHIA, 2012, fl. 18)

Afirmar qual será a noção de justiça que imperará nos discursos jurídicos ditos “racionais” é um dever extremamente complicado. Porém, somos levados a crer que a noção de justiça que imperará na maioria dos casos é o Utilitarismo devido o binômio prazer/dor que é intuitivo, pela sua natural característica de lidar com conflitos e por aceitar que cada discursante terá a sua justiça utilitária moldada conforme os interesses seus ou daqueles que esteja buscando atender. Dito isto, a maleabilidade do Utilitarismo, levado a uma zona ética fora de preconceitos a interesses de qualquer estrato social são um campo fértil que ele brote no “livre convencimento” dos magistrados nesta abertura moral das regras morais do discurso de Alexy.

Assim, no caso acima, vemos no trecho sublinhado em destaque, que a juíza leiga ao caso buscava evitar que houvesse um enriquecimento através de “indenizações exorbitantes e incomuns”, bem como “deve servir de reprimenda

para evitar a repetição da conduta abusiva”. Pois bem, estas características são levadas em conta na obra de Bentham (1979, fls. 60-62), o que atesta o dito acima.

Em novo passo, Alexy não menciona se a regra moral deve necessariamente ser atestada pelo magistrado. No caso concreto acima, a juíza leiga deveria ter dito que aceitaria esta indenização nas condições do réu, do contrário seu discurso seria imoral, portanto, irracional e inaceitável em condições jurídicas. Assim, levar “à risca” o pensamento de Alexy faria com que esta decisão fosse considerada acertada caso a juíza fosse “sensível” ao réu, e incorreta caso seja uma juíza apenas adstrita a norma, sem levar em conta que esta situação possa acontecer consigo. Nisso, com a noção de justiça sendo utilitarista, temos que a juíza deve ser utilitária para que considere sua decisão como acertada e racional no pensamento do alemão. Há de se questionar o inquestionável em um processo judicial, que é se a juíza leiga estaria satisfeita com a indenização da monta apresentada, o que consideráramos completamente inadequado em um instrumento recursal, por exemplo.

Com isso, o controle destas regras morais proposto por Alexy é muito inseguro. A moral é uma concepção própria do falante, censurar ou tentar filtrá-la é o mesmo que fazer com que se deseje que altere as convicções pessoais de cada um. Porém, para Alexy podemos verificar se o falante está sendo racional ou não caso ele possa justificar tais convicções de forma racional no momento do discurso, o que chama de filtro “gênese histórico crítica”, e que tal convicção se deu com base em condições de socialização justificáveis, o que chama de filtro da “formação histórico individual”. Ambos são extremamente subjetivos.

Em verdade, o que se busca aqui é justificar uma noção de justiça do discursante. Para se verificar se a argumentação apresentada se adequa a noção de justiça que o discursante segue, deve ser analisada a teoria correspondente, o que retira qualquer característica de jurídico do discurso, levando a crer estar o discurso à mercê de uma fundamentação de teoria de justiça, ou aqui ao caso, utilitária. Além disso, deve verificar se tal regra

moral/noção de justiça é justificável na sociedade, o que para o Utilitarismo é quase que desnecessário, visto que, ao menos para Bentham, se adequa aos interesses de cada indivíduo que o usa, não tendo como estar em desacordo com o meio que esteja inserido. No caso em apreço, a juíza leiga se utilizou-se de um método específico de Bentham para mensurar uma “punição adequada”, tendo como “norte” expresso apenas a condição de idoso do réu.

Assim, vemos em realidade que, pelo menos nesta decisão que há sim uma carga moral/justiça no discurso judicial, esta carga não é detalhada corretamente em suas decisões, ela não consegue ser corretamente justificada, pois a discursante não teria como justifica-la pois perpassa por suas convicções pessoais, nem algum discursante que tente questioná-la o conseguira, já que teria que também contrapor com suas convicções pessoais, para um terceiro que também julgará baseado em suas convicções pessoais, e, ao final, tudo seria desnecessário e temerário, pois o Utilitarismo acreditaria que todos estariam certos por se preocupar com os interesses de cada um de forma individualizada.

Nisso, esta abertura moral que o discurso prático geral que Alexy traz tenta tornar racional o que muitas vezes não o é e não pode ser provado que não é sem perpassar por uma teoria da justiça ou convicções morais do discursante, algo certamente pouco racional em um discurso que se tem como objetivo exatamente o oposto.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bossi. 5 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011b.

\_\_\_\_\_. et al. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

\_\_\_\_\_. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015b.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Londres: John Murray, 1832.

ARAÚJO, Marcelo de. Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin. In: \_\_\_\_\_. **O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007. Cap. 2. fls. 39-72.

BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham, vol. 1 (Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law)**. Edinburgh: Ed. William Tait, [1838]. 1 v.

\_\_\_\_\_. **Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de Luís João Baraúna. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Processo nº 0007635-82.2012.8.05.0103**. Ilhéus, 2012. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acessado em 11 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 3.689. **Código de Processo Penal do Brasil**. Brasília, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acessado em 11 de fevereiro de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.096**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613876>>. Acessado em 04 de fevereiro de 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 407855/2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num\\_registro=201701693761&dt\\_publicacao=06/09/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201701693761&dt_publicacao=06/09/2017)>. Acessado em 11 de fevereiro de 2018.

COUTO, Alessandro Ribeiro. **Princípio da proporcionalidade e sua aplicação no Direito Tributário**. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7673/principio-da-proporcionalidade-e-sua-aplicacao-no-direito-tributario>>. Acessado em 01 de fevereiro de 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

DRIVER, Julia. **The History of Utilitarianism**. 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>. Acessado em 01 de fevereiro de 2018.

GREVE, Bent. **Felicidade**. Tradução de Pedro Barros. São Paulo: Editora da UNESP, 2012.

ISAACSON, Walter. **Leonardo da Vinci**. Tradução de André Czarnobai. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **A proporcionalidade como princípio constitucional universal**. Tradução de Philippe Seyfarth de Souza Porto. Revista Publicum. Rio de Janeiro, n. 1, fl. 30-70, 2015.

MILL, John Stuart; GALVÃO, Pedro; **Utilitarismo de John Stuart Mill**. Porto: Ed. Porto, 2005.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. 2 ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2007.

PELUSO, L. A. A propósito dos fundamentos de uma ética da recompensa. In: \_\_\_\_\_. **O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007. Cap. 1. fls. 13-38.

RACHEL, James. **The Elements of a Moral Philosophy**. 4 ed. Nova Iorque: McGraw Hills, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Piseta. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SINGER, Peter. **Practical Ethics**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.