

Abstract

The article addresses the utilitarian view in judicial decisions, which can affect fundamental rights. This is because, in utilitarianism, the objective is collective satisfaction and well-being, a claim that, however, may clash with the interests and rights of an individual. Furthermore, the article indicates the evolution and importance of human or fundamental rights, even when their protection seems to confront apparently greater interests. It approaches that the judicial decision can constitute a mirror of this trend, considering that the judge is also sensitive to the circumstances that surround him. Finally, there is an articulation of the need to leave the bonds of the utilitarian view, in order to make the protection of the human rights flag prevail.

Keywords: Fundamental rights. Ethic. Utilitarianism. Judicial decisions. Collective well-being.

Introdução

O que verdadeiramente importa quando de uma decisão judicial? Seria a base normativa prevista para a subsunção ao fato ou os fins e consequências que determinado julgamento pode gerar no cotidiano de uma sociedade, a citar, dentre outros fatores, aqueles que dizem respeito ao orçamento público e ao sistema socioeconômico? De modo que o presente artigo tem o escopo, pois, de tratar sobre as circunstâncias que podem influenciar a decisão judicial, sejam aquelas que importam apenas à pessoa cuja tarefa é julgar sejam também e principalmente aquelas que interessam à sociedade como um todo e que, se consideradas, determinam o resultado do que se está a concluir.

Nesse cenário, então, há direitos individuais e fundamentais possíveis de serem afetados por conta da interferência de tais fatores ou, então, da preponderância dos interesses da sociedade em sua maioria ou da preservação do chamado bem-estar coletivo. E, diante desse horizonte, a celeuma que se estabelece deriva de perguntas diversas, tais como até que ponto aqueles direitos devam ser desconsiderados em favor de um interesse maior e quais sacrifícios individuais possam ser sacrificados em nome de uma pluralidade maior de pessoas. Ademais, em sendo possível essa via de pensamento, haveria o julgador de encontrar parâmetros ou um método que pudessem fazer com que a tomada de

decisão fosse justa, ou que direitos fundamentais não fossem atropelados por conta de um possível cenário de conservação do bem-estar coletivo, mas sim obedecendo a princípios concretos de fundamento a tais decisões.

O artigo está dividido, pois, em três itens. No primeiro, será abordada a importância da visão do método para aplicação da ciência jurídica, desde o jusnaturalismo, passando pelo direito positivo e, depois, com o emprego da teoria utilitarista, que propriamente interessa ao presente estudo. No segundo item, serão investigados os fatores ou aspectos que podem levar à tomada de diferentes decisões e em que contexto essas circunstâncias extra-autos devem ser analisadas ou sopesadas. Por fim, no terceiro item, importa ao artigo indicar até que ponto é possível admitir o não atendimento a um direito fundamental, individual, contrariamente a uma garantia que lhe seria devida por conta de elementos que escapam ao âmbito da norma legal.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação², foi utilizado o Método Indutivo³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁴, e o Relatório dos Resultados expresso é composto na base lógica indutiva.

Registra-se, por fim, que, nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

1 Do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico à Teoria do Utilitarismo nas Ciências Jurídicas

A ciência jurídica, por longo período de tempo, foi regida, em especial, por dois paradigmas, quais sejam: o jusnaturalismo e o juspositivismo. O primeiro deles foi o que teve maior duração, prevalecendo desde a antiguidade clássica até o

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. (PASOLD, 2015. p. 87).

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. (PASOLD, 2015, p. 91).

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE (2001, p. 22-26).

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, 2015.p. 58).

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, 2015. p. 27).

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. (PASOLD, 2015, p. 39)

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, 2015. p. 215).

advento e consolidação do positivismo jurídico, que se deu em meados do século XIX. A característica marcante do jusnaturalismo foi "afirmar a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão" (ZANON JUNIOR, 2015, p. 38-39). Assim, o direito natural se colocaria numa posição pré-existente e superior à legislação, sendo a fonte desta, calhando tão-somente à razão o seu reconhecimento (jusnaturalismo contemporâneo), para fins de incorporação ao sistema legal e sancionatório. O direito natural, devido à sua posição de superioridade, poderia suplantar o direito positivo, escrito, formal, cuja validade se circunscreve a determinado código de normas e, ademais, mutável sob o ponto de vista histórico no qual incluído. E isso porque a lei natural, alcançável pela razão justa, serviria como guia do direito positivo, além de o validar para fins de obediência pelo senso comum.

Contudo, segundo ZANON JUNIOR (2015, p. 40-41), há deficiências no jusnaturalismo, que fizeram com que cedesse espaço ao juspositivismo, apontando, pois, críticas que se estabeleceram em relação àquela linha de pensamento, tais como a dificuldade de definir sobre os direitos havidos como superiores e que independeriam do direito posto e que seriam esclarecidos unicamente pela razão do homem. Existiria, pois assim, um grau de imprecisão e ambiguidade na fonte axiológica desse direito. Ademais, a tese de que o direito superior (natural) não dependeria de uma ordem jurídica também não convenceu, uma vez que sua eficácia dependeria do reconhecimento dele no ordenamento jurídico (caso contrário, o direito poderia ser reconhecido pela razão, porém, não seria eficaz). De maneira que os Estados passaram a tomar para si a potestade da produção legislativa, organizando a sociedade e fazendo com que tais normas prevalecessem nas relações individuais. Foi dessa forma, então, que o jusnaturalismo passou a ceder espaço para uma construção teórica diversa, consubstanciada no chamado juspositivismo, tendo a "unicidade da regra positiva" lastreada como "padrão de julgamento" (nesse sentido, em parte de sua obra, o autor faz referência aos estudos de Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart). De tal modo que as condutas passaram a ser positivadas

pela norma e, com a subsunção dos fatos a esta, superou-se, inclusive, a crítica anterior da baixa "sindicabilidade das decisões judiciais"⁹.

A propósito, curial trazer a lume o ensinamento de BOBBIO (2004, p. 38-39), quando afirma que não se pode chamar de direitos "a maior parte das exigências ou pretensões validadas doutrinariamente, ou até mesmo apoiadas por uma forte e autorizada opinião pública, enquanto elas não forem acolhidas num ordenamento jurídico positivo". Para tanto, o prestigiado teórico traz alguns exemplos, citando a ausência de sentido no reconhecimento do direito ao aborto se este não for acolhido por uma norma jurídica. Não se trata, pois, de um direito, mas sim de uma pretensão, ainda que esteja validada em um contexto histórico ou social.

Por outro lado, quanto trata do positivismo jurídico, indica que esse fenômeno ou teoria nasceu com o esforço de transformar o estudo do direito em ciência e, para tanto, utilizou-se de sua característica fundamental, que é avaliativa, ou seja, a exclusão dos juízos de valor do campo científico, valendo-se tão-somente dos juízos de fato. Assim, o positivista passou a estudar o direito como fato e não como valor; não se questionando sobre a adequação do direito, se bom ou mal, mas sim com a conclusão de que é derivado de uma realidade histórico-social. Sequer cogita, portanto, um direito ideal (ou natural), mas se contenta com o "direito real" (BOBBIO, 2004, p. 135-136).

Curial expor que o direito positivo (formal, escrito), representado na forma de uma lei (ainda que avaliativa), está vinculado ao Estado e às pessoas que são seus membros, as quais se obrigam à sua obediência e respeito, porquanto, tal como já ensinava HOBBS (2014, p. 211), "[...] não é uma ordem dada por qualquer um a qualquer um, pois é dada por aquele que se dirige a alguém já anteriormente obrigado a obedecer-lhe". A esse alguém, o teórico político aponta que a lei o apresenta como sendo o Estado. Interessante registrar que esse conceito extraído de meados do século 17 ainda pode ser atual para explicar o positivismo, só que agora aplicado a um Estado transnacional, moldado pelo estreitamento das relações interpessoais e envolvido pelo novo cenário da globalização. Tudo isso a fazer, na lição de BECK (1999, p. 190-192), que os Estados atuem abraçados numa comunidade cosmopolita e de cooperação. Para tanto, também o direito aplicado

⁹ Expressão que representa a qualidade daquilo que é sindicável, com a submissão de decisões judiciais a espécies diversas de controle. A crítica que se apresenta no texto referido é de que, no curso da lógica do jusnaturalismo, havia um diminuto controle ou uma débil "sindicabilidade das decisões judiciais", panorama que passou a ser alterado a partir da subsunção dos fatos à norma como fator preponderante de julgamento, por conta da adoção do juspositivismo.

ultrapassará as barreiras fronteiriças dos países, já consideradas como meras ficções.

A propósito, tratando da importância da dogmática, KELSEN (2003, p. 22-23) explica que o objeto da Teoria Pura do Direito se encontra na tradição da ciência jurídica, tomada como direito positivo, mas que, no entanto, possui regras ou prescrições, citando que elas devam ser impostas pelos seres humanos, por atos de vontades explícitos ou por costumes. Ainda, estabelecidas ou destinadas para os seres humanos e, além disso, com o desiderato de constituir um sistema efetivo de regras, para que tal sistema seja cumprido de forma geral. Por fim, esclarece que "o modo pelo qual essas regras devem ser entendidas é o da dogmática, isto é, elas deverão ser vistas como normas".

Assim, para que interfiram, de fato, na sociedade, as pessoas devem reconhecer a legitimidade e a validade das normas jurídicas, bem como vinculando-se em obediência a elas como próprias e eficientes para tratar da adequação e resolução dos seus mais diversos problemas.

Veja-se que, ao tratar sobre o estudo ou teoria da dogmática, o autor introduz uma "questão filosófica prévia da Teoria Pura do Direito", ou seja, restringe-se a explicação das coisas do mundo tão-somente na *esfera do ser*, mas seria importante reconhecer "a diferença entre o mundo do ser e o mundo do dever ser e aceitar o bom senso das normas, inclusive das normas jurídicas, no mundo do dever ser" (KELSEN, 2003. p. 22). Quando se introduz elementos outros à dogmática jurídica para aferição da validade da norma, constata-se a inadequação do sistema formal e positivista.

Desafiante refletir, entretanto, que, mesmo para KELSEN (1963, p. 169), para fora do próprio sistema positivo estaria o fundamento da validação deste último, representado por uma norma fundamental, que não se confundiria com uma norma de direito positivo, mas sim se aproximaria com o jusnaturalismo. É a norma fundamental que dá juridicidade à base de edificação da ordem positiva (não ao seu conteúdo), situando-se, ainda assim, fora do seu sistema. "Não é uma norma estabelecida através do acto de vontade de uma autoridade jurídica, isto é, uma norma positiva, mas uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico" (KELSEN, 1963, p. 170). Diante disso, então, é que o autor aponta pela existência e diferenciação entre a teoria do direito natural e a teoria pura do direito, uma vez que, para a primeira, dualista, teria como pressuposto a existência de dois direitos, o natural e o positivo; enquanto a segunda (teoria pura do direito) laboraria com uma

ideia monista, da existência de um único direito (o positivo), que teria como pressuposto lógico de validade a norma fundamental, de "caráter teórico-gnoseológico" (KELSEN, 1963, p. 172). Por tudo isso, chega-se ao entendimento que as imperfeições do conteúdo da norma positiva não abalam o direito natural que a ela entregou seu fundamento, porquanto este é um direito diferente, natural, pressuposto do direito positivo. Com atrevimento se diz, então, que a criatura não poderia superar o criador.

Nesse ponto específico e ultrapassada a distinção de conceitos proposta nos parágrafos anteriores, cumpre observar que, além do direito positivo ou do juspositivismo, toma espaço na linha de definição do direito a ser aplicado na solução das demandas jurídicas a teoria moral utilitarista quando, por sua vez, agrega um juízo de valor à decisão judicial, ou, a critério dos seus defensores, um juízo de bom senso a ela, uma vez que leva o julgador a ponderar sobre as consequências do *decisium* (o consequencialismo sobre a decisão judicial). Nessa trilha, valiosa é a lição de SAVARIS (2011, p. 24-25), que, por intermédio de sua tese de doutoramento junto à Faculdade de Direito da USP, ensina que a essência da teoria moral utilitarista se encontra na adoção de ações ou condutas que apontem para a "maximização do bem ou utilidades". Não se tem em consideração a avaliação moral de uma prática humana no seu sentido intrínseco, mas sim a preocupação de quais consequências ou obstáculos irá produzir para a felicidade geral ou utilidade social. Porém, quando o ser humano traz a moral do utilitarismo à ação individual, assim o faz egoisticamente, no sentido de maximizar suas vantagens, ainda que lhe esteja a exigir "etapas de dor ou privação", mas que, segundo seu julgamento, poderá levá-lo a uma superior vantagem. Ocorre que o mesmo se dá com a sociedade, pois, assim como o indivíduo, ela (sociedade) também se rearranja de modo a obter a máxima felicidade ou utilidade, ainda que realizando sacrifícios individuais, ou seja, não acolhendo direitos que seriam legitimamente plausíveis ou razoáveis em sua essência (afastando-se do positivismo ou do direito natural que o pressupõe). Daí, portanto, se pode concluir que a moral utilitarista possa ir de encontro, até mesmo, ao reconhecimento e garantia dos mais mezinhos direitos fundamentais.

Ademais, SAVARIS (2011, p. 26) sustenta que o movimento do utilitarismo surgiu como uma crítica aos privilégios da tradicional sociedade inglesa e foi motivado pelas razões iluministas dos séculos XVII e XVIII, podendo-se asseverar que, a partir de então, o reconhecimento e pleno gozo dos direitos passou

a se dar quando as ações dos indivíduos também estivessem apontadas para o bem-estar de todos. Tratou-se, então, de um movimento derivado da racionalidade humana, no seio de uma visão iluminista ou humanista daquela época. Ocorre que, seguindo essa pegada de entendimento, se pode entregar um valor relevante aos fins, de modo a autorizar ações de cunho repugnante em relação aos meios, o que não deixa de ser perigoso à segurança da estrutura da própria sociedade.

Discorre o autor, outrossim, que o utilitarismo, em sua forma clássica, constituir-se-ia pela combinação de dois princípios importantes, quais sejam, o primeiro deles consequencialista, que se entende havido quando a correção ou o erro de determinada ação é acompanhada pela bondade ou maldade dos seus resultados; e o princípio hedonista, em relação ao qual se entende que existam tão-somente a dor (única coisa ruim) e o prazer (única coisa boa), de modo que a busca pela felicidade seria a perseguição da soma dos prazeres. Ainda nesse trecho de sua obra, indica que um dos principais representantes do utilitarismo clássico foi J.Bentham (além de outros como J.S.Mill e H.Sidgwick), defendendo o princípio da utilidade, com a busca da felicidade a ser entregue ao maior número de pessoas, seja nas ações individuais seja também naquelas sociais (SAVARIS, 2011, p. 27-28).

Percebe-se, dessarte, a superação dos modelos até então concebidos, uma vez que, para as decisões políticas e/ou jurídicas, exigia-se um algo a mais do que o acolhimento de um direito natural (jusnaturalismo) ou, enfim, a subsunção de um fato à adequação da norma preestabelecida (juspositivismo). Passou-se a entender, pois, que também as consequências da decisão precisavam ser consideradas a quem fosse entregue a autoridade de julgar um fato jurídico, a fim de ponderar se os resultados decorrentes seriam favoráveis ao bem-estar coletivo. Tratou-se, pois, de uma reação ao modelo tido como formalista e até então conhecido, fazendo valer a ponderação entre os direitos, para fins de proteção a determinados bens jurídicos (um juízo de proporcionalidade utilitarista, em que, por vezes, se fizesse necessário o sacrifício de um direito fundamental).

2 Dos fatores de influência de uma decisão judicial numa visão pós-juspositivista

Pode-se afirmar que, partindo de um sistema juspositivista, o julgador se encontra subordinado ao ordenamento jurídico legal, cabendo-lhe o dever de aplicar fiel e mecanicamente as normas aos fatos da vida. Ocorre que, na lição de BOBBIO

(2006, p. 170-171), dentro desse paradigma, ainda que o poder judiciário não constitua uma fonte primária ou principal do direito, o juiz não deixa de ser uma fonte subordinada ou delegada, em que adota um juízo de equidade quando da aplicação das normas jurídicas e positivas. Entrementes, esse juízo de equidade é exercido tão-somente se autorizado pela lei e não em conflito com ela. Para exemplificar, o autor traz à baila o disposto no artigo 114 do Código de Processo Civil Italiano, que autoriza o juiz a decidir com equidade sobre o mérito da causa nas hipóteses de direitos disponíveis e quando as partes assim lhe fizerem o pedido.

BOBBIO (2006, p. 173) dispõe, então, que existem três tipos de equidade, que podem ser objeto de decisão por um juiz, a saber, a equidade substitutiva, para suprir a falta de uma norma legislativa; a equidade integrativa, para completar uma norma genérica ou imprecisa; e, finalmente, a equidade interpretativa, quando existe uma norma completa, mas o juiz define o seu conteúdo, com espede em critérios equitativos. Esta última, contudo, não seria aceita pela doutrina juspositivista, uma vez que entende que poderia servir de instrumento de derrogação da lei.

Nesse processo interpretativo da norma legal e aplicando um juízo equitativo, o juiz encontra-se sujeito a elementos que podem influenciar a decisão, sejam eles intrínsecos ou extrínsecos, incluindo-se aqui o viés da ética moral utilitarista. Os fatos da vida são, por vezes, extremamente complexos e produzem consequências que extrapolam o âmbito individual e particular do ser humano. Por vezes, é muito mais fácil criar um padrão de julgamento fundamentado num modo próximo ao utilitarismo, com a prevalência de uma percepção do bem-estar geral, levando indiretamente à ruína ou sacrifício de um direito individual. Mas será que, nesse caso, se está fazendo justiça? Acompanhando a lição de MORAIS DA ROSA (2017, p. 145-146), o ser humano, de modo geral, não tem capacidade para "estudar, inventariar, refletir e decidir em cada situação do mundo da vida (jurídica)", motivo pelo qual é levado à criação de "atalhos mentais", chamados de heurísticas, caminhos simplificados para os julgamentos, que se tornam simplórios, desprovidos de uma acurada reflexão. Destarte, esses atalhos levam à criação de vieses - ou erros sistemáticos de julgamentos. Reduz-se o esforço mental, com decisões pré-prontas, fundamentadas em casos repetitivos, porém, que podem causar desvios na tutela jurisdicional requerida por direito.

Nesses termos, então, é possível questionar se a teoria da moral utilitarista também não poderia constituir uma "armadilha" ao julgador, desviando-o

da aplicação do direito devido a determinado indivíduo, sob o viés de que esse direito não lhe seria correspondente (em que pese disposto e protegido pela norma), com um hipotético argumento de salvaguardar a um interesse maior da sociedade (mas um argumento pronto e sem integrar um crivo de análise crítica e de reflexão). Nesse caso, a visão utilitarista poderia constituir um atalho mental, que simplificaria os termos de uma decisão, mas, em muitos casos, não levaria àquele julgamento mais justo ou correto.

Dentro desse processo interpretativo e de equidade, pode-se afirmar que tudo decorre da ruína do positivismo jurídico. ALEXY (2009, p. 4-5) explica que, mesmo para os não positivistas, do conceito de direito também não podem ser excluídos "os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social". Segundo o autor, são passíveis as mais diversas interpretações ou ponderações quando da aplicação do direito, não se orientando apenas pelos fatos reais, mas também pelos elementos morais.

Percebe-se, assim, que, em uma decisão judicial, não se trata tão-somente de aplicar o fato à norma, mas também de considerar todos os fatores que podem influenciar a decisão (aspectos ligados ao próprio operador, além de outros de interpretação e ponderação dos direitos, incluindo fatores que dizem respeito à moral). Ainda aproveitando a lição de ALEXY (2009, p. 15), este indica que o conceito de direito pode ser encontrado se a sua percepção estiver focada na legalidade, na eficácia social ou na correção material. Numa visão jusnaturalista, importa apenas esta última (correção material), enquanto numa visão juspositivista, vale-se de um dos dois primeiros elementos ou de ambos (legalidade e/ou eficácia social).

Entretanto, quando se tem em foco um horizonte utilitarista, os princípios consequentialista e hedonista passam a ser considerados, deixando de se entregar maior importância aos direitos fundamentais, mas sim fazendo prevalecer os prazeres ou a maximização da felicidade geral sob tais pressupostos.

Ocorre que, ainda quando se leva em consideração o utilitarismo, em sua forma pura, reconhece-se que haveria um radicalismo injustificável. Exemplificando, os problemas morais dessa tese, segundo KOLM (2000, p. 511, apud SAVARIS, 2011, p. 32), poderiam ser identificados "pela possível defesa utilitarista da tortura de uma criança na frente de milhões de espectadores suficientemente sádicos". Trata-se, manifestamente, de uma hipótese repugnante que, a olhos vistos, constituiria algo cruel e desarrazoado. Porém, numa ótica utilitarista, considerando a

satisfação de uma maioria (de "sádicos"), tal hipótese (ainda que inimaginável num mundo racional) poderia, sob olhos perplexos, ser apresentada e defendida.

Com efeito, objetivando, pois, corrigir o viés descrito no parágrafo anterior, faz-se a distinção entre o utilitarismo de atos (direto), que pode levar a essas distorções ou situações incompreensíveis, do utilitarismo de regras (indireto ou restrito). De acordo com SAVARIS (2011, p. 33), sob esta última perspectiva, defende-se que não se deva avaliar a maximização da soma das utilidades de atos ou fatos específicos, mas sim as utilidades das regras; diferentemente do utilitarismo direto, a ideia de maximizar a utilidade ingressa apenas indiretamente na avaliação de determinado fato. Para melhor explicitar a diferenciação entre os dois pontos de vista (da teoria utilitarista), apresenta o seguinte exemplo: o não cumprimento de promessas pode trazer vantagens imediatas e diretas para o indivíduo; contudo, a prática continuada e reiterada do não cumprimento de promessas poderia levar a um indesejado estado de insegurança, quebrando a confiança entre as pessoas na realização de tratativas, negócios ou acordos e, conseqüentemente, prejudicando uma interação socioeconômica antes mais ativa. Sob esse prisma (do utilitarismo de regras), na análise das decisões, o conteúdo da moralidade não fica limitado ao princípio da utilidade, mas sim "por princípios e normas morais substantivos". De maneira que regras como o respeito aos direitos fundamentais, a proibição de culpa aos inocentes, dentre outras, passam a ser consideradas, porquanto se tem a percepção que, seguindo esse caminho, levarão ao estabelecimento de um grau maior de felicidade à coletividade.

Ainda conforme SAVARIS (2011, p. 36-38), outra forte crítica ao utilitarismo puro se deu com a teoria da "justiça como equidade", apresentada por John Rawls, de 1971, fazendo com que a ética utilitarista, até então prevalente, fosse perdendo seu espaço (tal como ocorreu com o jusnaturalismo e o juspositivismo). De acordo com essa nova teoria, que se pretendia estabelecer, não se levava a sério a distinção que haveria de ter entre as pessoas e, ademais, numa hipótese de escolha, a quem o autor denomina de "posição original", os princípios utilitaristas não seriam aceitos, uma vez que se exigiriam sacrifícios de alguns ou determinados indivíduos em prol da maximização de uma satisfação agregada. Haveria, enfim, que saber respeitar os diferentes planos de vida e aspirações. Ocorre que esse cuidado ou respeito com a distinção entre as pessoas e os direitos individuais parece não constituir um ponto fundamental para a teoria utilitarista. Há, além disso, uma forte objeção ao utilitarismo direto no que diz respeito à justiça

distributiva, uma vez que o princípio da utilidade não seria aquele escolhido pelas partes racionais na chamada "posição original", considerando, pois, que a maximização do bem-estar não tem por preocupação a desigualdade que gera, concluindo-se, assim, que o indivíduo representativo das classes menos favorecidas poderia ser esquecido. Para a decisão utilitária, não importa como se dará a distribuição da soma das satisfações, tampouco se existam obrigações especiais a serem cumpridas, desde que a satisfação seja atingida em sua maximização.

Percebe-se, diante do que foi até agora exposto, como um julgador, em seguindo os passos da ética do utilitarismo, estará vinculado a fatores outros que não seja a apenas o aspecto normativo para a decisão, o que pode representar um risco, caso considerarmos as críticas e todos os argumentos já dispostos alhures, inclusive no que concerne ao risco de ruína a determinados direitos fundamentais.

3 Do descompasso entre uma decisão judicial fundamentada na teoria utilitarista com a preservação dos direitos fundamentais

"Supranacionais, os direitos e liberdades fundamentais são ainda intranacionais: tendem a penetrar todas as esferas da ordem jurídica interna, independentemente da sua natureza pública ou privada [...]". QUEIROZ (2002, p. 14-15), além de trazer essa importante assertiva sobre os direitos humanos, esclarece que os direitos e liberdades fundamentais vinham sendo concebidos apenas como obrigação de intangibilidade pelos poderes do Estado (obrigação de *non facere*), de tal modo que o Poder Público haveria de não interferir na liberdade individual, respeitando-a. Nesse rumo, cita a autora, pois, as disposições do *Bill of Rights*, de 1689 (Inglaterra), ou, ainda, a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e as Constituições portuguesas de 1822 e 1838. Documentos que impunham aos Estados essa obrigação negativa, de não interferir em domínios ou interesses relacionados em tais escritos. Ocorre que se entende que os direitos fundamentais alcançaram uma dimensão diferente, impondo, também, obrigações positivas por parte dos Estados, em proveito dos governados, num novo caminho, dessa vez de solidariedade (direitos sociais).

Seguindo as lições de PIOVESAN (2018, p. 242), o reconhecimento dos direitos fundamentais atinge um valor comum entre os Estados, num sentido universal, consagrando-os como um parâmetro mínimo para as normas internas dos países, de maneira que em favor da proteção dos direitos humanos os Estados devem se curvar, tornando-se, pois, mais abertos e fraternos no plano internacional

para a prossecução desse desiderato comunitário, mesmo que se tenha a alteração e conseqüente fragilização do conceito tradicional de soberania. Complementa a autora (PIOVESAN, 2018, p. 244-245) que esse viés universalista é claramente percebido nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, bastando proceder à leitura do disposto, por exemplo, nos artigos 2º e 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com efeito, no primeiro dispositivo, leia-se que, independentemente de qualquer tipo de distinção, "todo ser humano" possui capacidade para gozar os direitos e liberdades que nela forem instituídos; enquanto no referido artigo 5º se lê que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante". De tal modo que a defesa dos direitos humanos (no plano universal, internacional) ou dos direitos fundamentais (no âmbito dos diversos Estados nacionais) não pode ser mitigada ou apequenada, mas sim, ao contrário, robustecida e colocada como um pressuposto básico ou mínimo para a tomada de qualquer decisão, seja na seara política ou judicial.

Importa não olvidar, a título de exemplo, que a garantia da liberdade foi reconhecida dentre os primeiros direitos fundamentais do indivíduo, com a edificação dos chamados direitos civis e políticos (primeira geração dos direitos humanos), inspirando um constitucionalismo forjado ao atendimento desse pressuposto. CRUZ (2012, p. 154) explica que o pensamento constitucionalista que serviu de pano de fundo para as revoluções francesa e norte-americana, assim também para a evolução do sistema britânico (sec. XVIII), teve por fundamento dois princípios, o primeiro deles de que há direitos do ser humano que independem de contratos ou de ordenamentos jurídicos; o segundo de que tais direitos são afetos a todos os integrantes de uma comunidade (não obstante os privilégios havidos a grupos específicos, tais como burguesia, clero, nobreza, os direitos inalienáveis deveriam ser entregues a todos, indistintamente).

E, nessa parte da obra, discorre o autor:

Por isto, a ideia de igualdade é inseparável, no Constitucionalismo, da ideia de liberdade. A liberdade garantida pela Constituição faz sentido enquanto liberdade para todos, ou seja, enquanto os direitos nela reconhecidos estejam abertos a todos os cidadãos, independentemente de pertencer a uma determinada classe social. Isto supõe que, para o Direito, não existem cidadãos mais livres do que outros ou, em outras palavras, que determinadas categorias de cidadãos não podem ampliar sua liberdade às custas da liberdade dos demais. A liberdade aparece, portanto, vinculada à pessoa enquanto tal, abstraída qualquer outra consideração. (CRUZ, 2012, p. 154).

Ainda, a inclusão dos direitos do homem nos textos constitucionais faz com que, o que antes eram princípios filosóficos, agora fossem transformados em normas jurídicas vinculantes (direitos fundamentais). Passa-se, então, de um conceito jusnaturalista para um conceito positivo de regras, harmônico àquele. Conclui, ademais, que os direitos fundamentais, dada a base de garantia constitucional e, também, porque reconhecidos e inspirados no seio da comunidade política, "[...] servem para definir os valores e fins da estrutura política constitucional." De tal modo que, assim, possuem "[...] uma finalidade individual e uma finalidade coletiva." (CRUZ, 2012, p. 155-156).

Na medida em que transportados para as Constituições dos Estados nacionais, os direitos fundamentais assumem, por conseguinte, um caráter cogente, de maneira que, quando há violação desses direitos, afetando a esfera de proteção de um indivíduo, o juízo de apreciação pelo poder judiciário haveria de ser, de acordo com o que foi apontado acima, não mais de valor, mas sim de fato, uma vez que o direito já se encontra posto e definido, havendo simplesmente de se constatar a subsunção do fato, da conduta, à norma garantidora do direito. Ocorre que não é tão simples assim. Também conforme disposto alhures, há fatores que influenciam a tomada da decisão, sejam eles tatuados à própria pessoa do julgador, sejam também e, principalmente, fatores externos (interpretativos e ligados ao consequencialismo), como é a hipótese tratada quando se aplicam à ciência jurídica as lições da moral utilitarista, que leva em consideração, repita-se, as consequências das decisões adotadas em um caso individual, a fim de somente convalidá-las se perceptíveis os frutos em prol do bem-estar coletivo imaginado.

Não se pode olvidar, entretanto, que direitos fundamentais são previstos e instituídos não apenas para o resguardo do indivíduo das ações comissivas ou de omissão do Estado que governa o território em que viva, mas também como porto de segurança das manifestações de vontade das chamadas maiorias. A propósito, para DWORKIN (2002, p. 314), os direitos fundamentais representam a promessa que as minorias receberam das maiorias de preservação da dignidade, igualdade e das liberdades de um modo geral. Num alargamento dessa lição, pode-se concluir que o utilitarismo, por vezes, possa representar um rompimento dessa promessa, em situações tais em que a justificativa por um interesse maior acaba comprometendo direitos básicos individuais.

Pois bem, definida a importância de não se apequenar os direitos fundamentais enquanto valores comuns num sistema universal, mister registrar

exemplos de como a teoria utilitarista é observada em julgados pelo Estado brasileiro. Para tanto, necessário, de pronto, atentar-se novamente à tese de doutorado de SAVARIS (2011, p. 123), quando apresenta a preocupação existente à austeridade do sistema previdenciário brasileiro, que, de tempos em tempos, em suas sucessivas reformas, faz com que direitos sociais sejam restringidos. Essa austeridade, então, também se transmite numa "análise judicial mais restritiva", uma vez que ocorre uma "alteração na racionalidade que orienta a interpretação ou aplicação do Direito na Previdência Social".

Em decisões do Supremo Tribunal Federal, percebeu o jurista que esse quadro de austeridade, reforçado pela crise econômica e de responsabilidade fiscal, fez com que a corte superior fosse levada a apresentar soluções nas demandas que lhe eram entregues naquele momento de desequilíbrio nas contas da Seguridade Social. Ainda que tais alternativas de decisões pudessem causar "constrangimentos constitucionais". A propósito, destaca que a própria legislação brasileira permite e legitima essa prática judicial, isto é, quando autoriza a modulação dos efeitos temporais de uma lei ou ato normativo reconhecido e declarado inconstitucional (conforme Leis ns. 9.868 e 9.882, ambas de 1999). Ou, também, a previsão do artigo 543-A do Código de Processo Civil (CPC), acrescentado pela Lei n. 11.418/06, que determinou o conhecimento do recurso extraordinário tão-somente quando houvesse a demonstração da repercussão geral, considerada como tal em "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses jurídicos da causa" (art. 543-A, § 1º, inciso I, CPC). Nesses termos, pois, os ensinamentos de SAVARIS (2011, p. 125).

Como exemplo de aplicação da ética utilitarista pelo Supremo Tribunal Federal, SAVARIS (2011, p. 130-131) trata sobre o julgamento das Suspensões de Segurança ns. 471-9/DF e 472-7/DF. Melhor explicando, havia ações coletivas ajuizadas por aposentados e pensionistas em que se postulava pela aplicação do índice de 147% para reajuste das prestações previdenciárias. O mérito para autorizar o reajuste referia-se aos artigos 58 e 59 do ADCT, os quais impunham a equivalência salarial dos benefícios ao tempo da Magna Carta de 1988 até o advento dos novos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social. Pois bem, no Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se pela manutenção da ordem provisória, com a observância do referido índice, determinando-se, inclusive, a execução da sentença. Ocorre que, perante a corte máxima (Supremo Tribunal Federal), a tese acabou sendo rechaçada, sob o argumento de que ela poderia

causar uma "possível desestabilização das finanças da Previdência Social, em detrimento de todos os trabalhadores ativos e inativos, do presente e do futuro", conforme decidido nas referidas Suspensões de Segurança, que foram julgadas em 13.4.1992, DJ 4.6.1992.

Sem embargo dos casos julgados na seara do Direito Previdenciário, pode-se afirmar que similar preocupação seria possível de ser estendida às ações individuais de medicamentos não padronizados e com custo elevado (direito à saúde). Sob uma ótica utilitarista, também se daria margem a questionar sobre a concessão judicial de relevante direito, ainda que a saúde, como é de conhecimento geral, constitua direito fundamental de todo ser humano, conforme reconhecido pela norma constitucional.

Destarte, cria-se, em tais circunstâncias, um imbróglio ou impasse. De um lado, existe a percepção do reconhecimento de um direito fundamental (que pode ser algum benefício atrelado ao sistema previdenciário ou providência Estatal que deva amparar o direito à saúde do indivíduo, dentre outras hipóteses diversas); de outra perspectiva, contudo, há a necessidade de se conservar o bem-estar coletivo ou geral, mediante a preservação das finanças, que possibilitem o uso de recursos públicos para o atendimento de um número maior de pessoas, com a maximização dos recursos para tais fins – sociais, como nos exemplos trazidos a lume. Eis o impasse.

No que concerne aos casos afetos à judicialização do direito à saúde no Estado brasileiro, questiona-se, pois, se a concessão do direito à saúde a uma parcela distinta da população constituiria privilégio em detrimento a uma política que deveria ser distributiva (e não comutativa). Nos julgados que levam tal argumento em consideração, pondera-se pela preservação do orçamento público para evitar a concessão de prestações sociais a poucos indivíduos, sem um critério de justiça pré-estabelecido. Parece que, para a hipótese em apreço, o julgador, assim decidindo, estará levando em consideração o bem-coletivo, ou seja, o direito de a coletividade ter indistintamente o acesso ao mesmo direito, maximizando a felicidade de um grupo maior (aplicação da teoria da ética do utilitarismo, ainda que indireto). De outra parte, especialmente no direito nacional, existe a percepção da necessidade de uma maior participação do Poder Judiciário na concessão e garantia dos direitos fundamentais, considerando-os como tais quando constatada a omissão de parte dos órgãos governamentais (LEITE, 2014, p. 161). De maneira que, havendo a violação de um direito fundamental, reconhecido como tal na Lei

Maior do país (inclusive no Título II da Constituição da República de 1988, que trata sobre os direitos e garantias fundamentais), não haveria outro caminho que não fosse compelir o Poder Judiciário a realizar meios para implementá-lo.

Assim, conclui o autor:

De fato, o modelo brasileiro de realização dos direitos sociais prestacionais é único, peculiar, no qual o Poder Judiciário é chamado a intervir em favor da cidadania e em garantia da própria Constituição Federal de 1988, por meio da concessão judicial de prestações de direito social e diante da inércia inconstitucional dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação das necessárias políticas públicas sociais. Ocorre que esse protagonismo judicial é bastante criticado por parte da doutrina nacional e estrangeira, além de setores do próprio Poder Judiciário brasileiro, sob a pecha de configurar verdadeiro ativismo judicial. Todavia, em verdade, trata-se apenas de um reflexo da judicialização dos direitos fundamentais a prestações em decorrência da indeclinável obrigação de decidir por parte do Judiciário em cumprimento de suas funções estatais, bem como a pedido dos indivíduos ou dos órgãos jurídicos de proteção do indivíduo e da sociedade, quando os casos levados a juízo configuram verdadeiros direitos subjetivos ou refletem prestações do mínimo existencial (LEITE, 2014, p. 170).

E, também conforme defendido por SARLET (2002, p. 335), o direito ao acesso à boa saúde constitui um direito fundamental, ainda que seja tão questionada sua aplicação, tal como ocorre a mesma dificuldade com outros direitos sociais (educação, assistência social, previdência social). O questionamento acontece, porque são direitos que, para serem eficazes, dependem de investimentos financeiros, de estrutura apropriada, e, enfim, de um aporte maior de recursos materiais e humanos. Observa o autor que, diversamente, o mesmo questionamento não aconteceu com outros direitos fundamentais (a propriedade, por exemplo), em que inexistente a dependência para tais investimentos pelo Estado.

Essa visão circunstanciada para a aplicação desses direitos (saúde e previdência social) pode, inevitavelmente, interferir quando do reconhecimento de uma tutela jurisdicional, mormente se aplicada em uma visão utilitarista e não criteriosa.

Importa registrar, destarte, que, tanto nas decisões que dizem respeito a assuntos da ordem previdenciária, quanto no que toca à judicialização do direito à saúde (para citar apenas esses dois exemplos), é perceptível que tão-somente o direito, em sua legalidade, não se basta, porquanto fatores exógenos de interferência também exercem um toque direto no resultado dos julgamentos. Mister, todavia, ter a certeza de que tais fatores sejam razoáveis e, de fato, justificáveis.

4 Considerações finais

Assim sendo, com o presente artigo, objetivou-se delinear como a ciência do direito perpassou por etapas diversas, como o jusnaturalismo e, inclusive, o juspositivismo jurídico, até chegar à conclusão de que, ainda hoje, também a teoria utilitarista exerce uma carga de sobrepeso nas decisões judiciais que lidam, ainda que indiretamente, sobre os direitos fundamentais dos indivíduos. De maneira que não se trata tão simplesmente de reconhecer direitos (sejam naturais ou positivados), mas de agregar valor à decisão, inclusive no plano de suas consequências. São, assim, fatores diversos, históricos, que influenciam a tarefa do hermeneuta, levando à criação de prejuízos ou "pré-conceitos" e pré-concepções na análise do intérprete.

Para tanto, fez-se necessário abordar a teoria ética utilitarista na realização do direito, com a interpretação da lei voltada à resolução dos problemas jurídicos que estejam fundamentados naquela. Esse desiderato torna-se, então, refletido em diversas decisões judiciais (exemplificando-se, no artigo, o que se percebe em decisões no direito previdenciário e, também, em julgados afetos ao direito à saúde, em que se constata a utilização de um peso maior a ser considerado na esfera da influência da decisão no que se refere ao orçamento público ou finanças do Estado).

Foi possível compreender, ademais, que esse fenômeno da prevalência da ética utilitarista ocorreu por conta de uma reação à ideia formalista ou legalista de aplicação do direito como simples subsunção da norma ao fato. Quando da colisão de direitos fundamentais (constitucionais), existe a ponderação para proteção de determinados bens jurídicos, contudo, o problema surge quando se percebe que, dentro de tal análise, prevalece um juízo de proporcionalidade utilitarista, em que sobressai o interesse coletivo, com o sacrifício dos direitos fundamentais, numa medida desproporcionada. Sangra-se um direito fundamental, sob um argumento pré-concebido e geral de prejuízo ao bem-coletivo.

Daí, pois, a polemização entre a teoria política utilitarista e a preservação dos direitos fundamentais, isso porque aquela tem seu significado na maximização do bem-coletivo e em suas utilidades, não se entregando relevância, na busca do resultado, para a avaliação moral da conduta. A ação do indivíduo somente será considerada como adequada se interessar ao todo. Desse modo e sob esse viés, a violação dos direitos fundamentais de alguns poderia ser justificada pela maximização da felicidade e do bem-estar em proveito de uma maioria. Tudo isso

porque esse constitui o princípio da utilidade, ou seja, a maximização do resultado em favor do coletivo, ainda que se tenha o confronto com direitos fundamentais.

Dentro dessa visão para a aplicação da ciência jurídica, pode ser questionado se, de acordo com o utilitarismo, não se estaria entregando uma relevância aos fins, preservando o bem-estar de todos frente às ações dos indivíduos, e, dessa forma, autorizando ações indevidas no que se refere aos meios. Respondendo a esse questionamento, tivemos a oportunidade de saber, então, sobre a proposição de substituir o chamado "utilitarismo de atos" pelo "utilitarismo de regras", no qual, conforme visto, é avaliado se determinados atos serão efetivamente benéficos ao todo, isso a médio ou a longo prazos.

Convém registrar que, pelo fato de não entregar a importância merecida aos direitos fundamentais (cuja notabilidade histórica também foi abordada neste artigo), e sob o argumento de se buscar, pois, a maximização da felicidade geral, dispõe a justiça utilitarista de instrumentos como a lei, para, de pronto, fazer ou permitir que direitos individuais sejam violados para servir ao coletivo. Por vezes, a própria lei acaba sendo limitadora dos direitos fundamentais em prol de interesses maiores e/ou coletivos; e, por vezes, essa missão é entregue ao poder judiciário.

Destarte, quando do advento de uma decisão judicial, certamente que suas consequências devam ser sopesadas. Entrementes, não há como olvidar do pressuposto de que elas façam sentido ao mundo (dos fatos e das normas). Conforme foi apreendido na lição de SAVARIS (2011, p. 265), a decisão deverá sustentar-se em princípios (ainda que estes estejam fundamentados em argumentos políticos) e, portanto, sedimentada no direito. Ao juiz, finalmente, caberá a missão de refletir sobre quais consequências são minimamente aceitáveis por conta de uma decisão.

REFERÊNCIAS DA FONTES CITADAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Laffer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 314.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. [tradução Rosina D'Angina]. São Paulo: Martins Claret, 2014.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile** (Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940). Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>. Acesso em: 23 mar. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **A Justiça e o direito natural**. Coimbra: Editora Armênio Amado, 1963.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à Saúde. Efetividade, Reserva do Possível e o Mínimo Existencial**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ONU. Nações Unidas. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 25 mar. 2020.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Direito e Democracia, vol. 3, n. 1. Canoas, 2002. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433/1659>. Acesso em: 25 mar. 2020.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2011.

ZANON, JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015.