

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

RUBENS BEÇAK

LEONEL SEVERO ROCHA

MARCELO TOFFANO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Leonel Severo Rocha; Marcelo Toffano; Rubens Beçak – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-714-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 20 de junho de 2023, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS NA ERA DIGITAL, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores, Rubens Beçak, Marcelo Toffano e Leonel Severo Rocha, que envolveu dezoito artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, “A MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA DE LUÍS ALBERTO WARAT COMO RESPOSTA AOS CONFLITOS NO PERÍODO DE PÓS-PANDEMIA DA COVID-19”, de autoria de Maria Eduarda Granel Copetti e Charlise Paula Colet Gimenez, tem o propósito de apresentar, uma análise, sob a perspectiva da mediação na visão de Luís Alberto Warat, como forma de gestão de conflitos no período de pós-pandemia da covid-19. A mediação transformativa de Warat, parte de um diálogo positivo e consensual em conformidade com uma cultura de paz.

Mario Cesar da Silva Andrade, apresentou o artigo “APONTAMENTOS PARA UMA ANÁLISE ONTOLÓGICA DO DIREITO PÓS-POSITIVISTA”. Este trabalho aborda um estudo da crítica ontológica ao direito, desenvolvida pela filosofia de Karl Marx e György Lukács. Traz, como fundamento, as considerações materialistas e ontológicas do ser social ao fenômeno jurídico, e investiga as potencialidades e limitações do direito, especialmente a partir da contraposição entre os paradigmas jurídicos positivista e pós-positivista.

“AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO GADAMERIANO A HERMENÊUTICA JURÍDICA”, é de autoria de David Freitas Prado, que realiza uma investigação acerca da obra ‘Verdade e Método’ de Hans-Georg Gadamer, retirando preciosas contribuições dos seus ensinamentos a hermenêutica jurídica. Traz a distinção entre a simples interpretação normativa e uma interpretação contextualizada em uma breve análise histórica. Apresenta

também apontamentos sobre a linguagem, o diálogo e a fusão de horizontes, demonstrados a partir do pensamento gadameriano.

“AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL: UM ENSAIO SOBRE A NECROPOLÍTICA”, cujas autoras são Mariana Oliveira de Sá e Lucia Maria de Sousa, analisam como o biopoder exercido pelo Estado, se transforma em uma espécie de necropoder, atuando em uma necropolítica, no contexto das pessoas em situação de rua e a ausência de políticas públicas de contenção da COVID-19 no Brasil.

Os irmãos, Ricardo Evandro Santos Martins e Evandro Borges Martins Bisneto, desenvolveram o estudo sobre “AS PRINCIPAIS CONCEPÇÕES DE BIOPOLÍTICA: DA APORIA À CHAVE INTERPRETATIVA”. Seu objetivo, foi abordar as principais concepções sobre a biopolítica. Tais conceitos são extraídos dos entendimentos de três referenciais da filosofia contemporânea: Roberto Esposito, Michel Foucault e Giorgio Agamben.

“CIBERESPAÇO COMO FOMENTO ÀS INCONGRUÊNCIAS HERMENÊUTICAS E SEUS IMPACTOS (IN)CONSTITUCIONAIS”, apresentado pelas autoras, Ranivia Maria Albuquerque Araújo e Renata Albuquerque Lima, aborda uma investigação sobre a influência das consequências de um ciberespaço ilimitado e suas redes sociais, nas decisões do Poder Judiciário. Analisam, para tal, como as redes sociais, através da comoção social exercida pela grande mídia, podem intervir na formação da convicção dos magistrados, desencadeando graves incongruências hermenêuticas interpretativas.

Michael Lima de Jesus, Carolina Viegas Cavalcante e Leandra Iriane Mattos, apresentaram o trabalho “COSMOVISÃO E CONSENSO: UMA ANÁLISE DO DISCURSO EVANGÉLICO PARLAMENTAR ANTE O CONSENSO SOBREPOSTO DE RAWLS”, que tem o intuito de demonstrar o papel do consenso sobreposto na filosofia política de John Rawls, no contexto de um pluralismo razoável, em face postura da Frente Evangélica do Congresso Nacional. O estudo analisa a possibilidade de um consenso político-jurídico entre correntes políticas liberais e progressistas, com o conservadorismo evangélico.

“DIREITO AFETIVO E O FUTURÍVEL ECOLÓGICO EXPOSTO POR LUIS ALBERTO WARAT”, foi o trabalho demonstrado por suas autoras, Angelica Cerdotes e Marcia Andrea Bühring. A pesquisa teve como objetivo, realizar uma reflexão acerca do do conceito de futurível ecológico, de Warat, em junção com a ética do cuidado, ambos voltados para a preservação do meio ambiente, enquanto compromisso de solidariedade com o futuro.

“DOS BENS COMUNS AO ‘COMUM’: UM DIÁLOGO ENTRE UGO MATTEI E ANTONIO NEGRI” é o trabalho de Tricieli Radaelli Fernandes e Fernando Hoffmam, que desenvolveram um estudo em torno das categorias, bem comum e “comum” a partir das teorias de Ugo Mattei e Antonio Negri. A pesquisa propõe um diálogo entre os dois autores, em busca de uma categoria de bens que se coloca entre o público e o privado. A proposta é repensar a dicotomia público/privado, resultando-se de que há a necessidade de constituir um “regime comum dos bens”.

Florestan Rodrigo do Prado, Valter Foletto Santin e Diogo Ramos Cerbelera Neto, são os autores do trabalho, “JUSTIÇA EM LÉVINAS, PENSANDO O ESTADO E O DIREITO NA ÉTICA DA FILOSOFIA DA ALTERIDADE”, que possui o propósito de estudar as categorias desenvolvidas pelo pensador francês, Emmanuel Lévinas, nas quais, os conceitos e as principais características dos termos Alteridade, Eu, Outro, Rosto e Infinito foram objetos de abordagem sistemática visando a compreensão de sua teoria para o estudo das instituições da Justiça, de Estado e de Direito.

O professor Ronaldo da Costa Formiga, apresentou o trabalho sobre a temática “MARXISMO E FORMA JURÍDICA: DIALÉTICA MATERIALISTA E A RELATIVIDADE HISTÓRICA DO DIREITO”, onde propõe um diálogo acerca dos princípios do materialismo histórico-dialético e o papel do Direito na formulação e manutenção das formas de existência social. Esclarece, dentro do pensamento de Karl Marx, como a estrutura sociológica se estabelece e faz uma contraposição entre o Direito Histórico e o Direito Positivo para definir, a especificidade do primeiro e sua relação com as demandas sociais.

“NOTAS SOBRE O HISTÓRICO DA DECISÃO JUDICIAL: DO MÉTODO À RESPOSTA CORRETA” de autoria de Cristiano Becker Isaia e Higor Lameira Gasparetto, tem por pressuposto, realizar um estudo histórico das teorias da decisão judicial, verificando as principais contribuições de cada corrente em seu momento histórico e a sua relação com o método, culminando com um estudo sobre as condições de possibilidade para se falar em respostas corretas no direito brasileiro.

Claudia Valim Rossi e Marcus Geandré Nakano Ramiro, apresentaram o trabalho com o tema “O DIREITO À INTEGRIDADE CULTURAL: REFLEXÕES À LUZ DA AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE”, em que analisam, dentre vários aspectos, a possibilidade de compreender o direito à identidade cultural dentro dos direitos da personalidade, a possibilidade de sua proteção integrada aos direitos fundamentais e humanos e a forma como o tema é abordado pela UNESCO.

“O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM E O IMPACTO UTILITÁRIO EM DEMANDAS JUDICIAIS”, é o tema da pesquisa de Caroline Lima Ferraz e Bruno Fonseca Gurão, cujo intuito de estudar o utilitarismo definido pelo filósofo britânico Jeremy Bentham, que afirmava que cada objeto é definido por sua capacidade de produzir prazer ou felicidade, e de evitar a dor e o infortúnio. Como resultado, foi verificado que a constante busca de maximizar o bem-estar da sociedade ainda tem aplicação no direito atual.

Priscila e Silva Biandaro e Cesar Bisol, desenvolveram um trabalho acerca do “PLURALISMO JURÍDICO: UM OLHAR SOBRE A ESTRUTURA PLURALISTA IDEAL”. A referida pesquisa infere-se sobre o pluralismo jurídico. A discussão fundamenta-se nas teorias de Victor Muñoz-Fraticelli, que propõe uma estrutura ideal para a argumentação pluralista aplicada a diferentes domínios da razão prática. O estudo estabelece um elo com a pesquisa de Gunther, que investiga o pluralismo jurídico normativo, ressaltando a relevância do pluralismo em múltiplos campos.

Grazielly Alessandra Baggenstoss, apresentou o artigo, “QUAL É A EPISTEMOLOGIA DO DIREITO? REFLEXÕES A PARTIR DAS VIRADAS EPISTEMOLÓGICA E LINGUÍSTICA”, que busca apresentar novos paradigmas, novos direitos, demonstrando que para muitos casos, o ordenamento jurídico brasileiro se mostra insuficiente para solucionar. Do campo das epistemologias humanas e sociais, este estudo consiste na tentativa de revisitar as bases epistemológicas do Direito, em sua linguagem central, localizando-o no campo da filosofia jurídica e da linguagem.

Finalmente, o trabalho “UMA ANÁLISE DA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DO CASO DANIEL SILVEIRA”, dos autores, Felipe Frota Barroso Furtado e Renata Albuquerque Lima, apresentado pelo primeiro, tem como propósito analisar o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em face do ex-deputado, Daniel Silveira, e se a referida interpretação dada pela Corte Maior está de acordo com os métodos próprios da ciência jurídica.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dr. Marcelo Toffano – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM E O IMPACTO UTILITÁRIO EM DEMANDAS JUDICIAIS

JEREMY BENTHAM'S UTILITARISM AND THE UTILITY IMPACT ON LEGAL DEMANDS

**Caroline Lima Ferraz
Bruno Fonseca Gurão**

Resumo

Jeremy Bentham foi filósofo, economista e jurista iluminista que propôs a construção de um sistema de filosofia moral, não apenas formal e especulativa, mas com a preocupação radical de alcançar uma solução a prática exercida pela sociedade de sua época. Defensor de reformas, em seu primeiro livro, afirma que vê no útil o valor supremo da vida. Afirmava que cada objeto é definido por sua capacidade de produzir prazer ou felicidade, e de evitar a dor e o infortúnio. A busca de maximizar o bem-estar da sociedade ainda tem aplicação no direito atual. A teoria utilitarista de Bentham pode ser aplicada à atuação de empresas da aviação civil e de planos de saúde para a maximização dos seus interesses junto ao consumidor. Há uma expectativa de colisão de interesses de maiorias contra direitos das minorias não autoriza o Judiciário de forma geral (e não deveria autorizar os agentes econômicos) a suprimir garantias fundamentais ou direitos garantidos pela legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Teoria do direito, Utilitarismo, Jeremy bentham, Direito do consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

Jeremy Bentham was an Enlightenment philosopher, economist, and jurist who proposed the construction of a system of moral philosophy, not only formal and speculative, but with the radical concern of reaching a solution to the practice exercised by the society of his day. Advocated for reformism, in his first book, he stated that the supreme value of life is the useful. He asserted that each object is defined by its ability to produce pleasure or happiness, and to avoid pain and misfortune. The search to maximize the welfare of society still has application in today's law. Bentham's utilitarian theory can be applied to the actions of civil aviation and health insurance companies to maximize their interests with the consumer. There is an expectation of a collision of majorities against minority rights does not authorize the Judiciary in general (and should not authorize therapeutic agents) to suppress fundamental guarantees or rights guaranteed by infraconstitutional legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of law, Utilitarianism, Jeremy bentham, Consumer law

1. INTRODUÇÃO

Jeremy Bentham pode ser descrito como Filósofo inglês, jurista, economista político, defensor da reforma social e pai do Utilitarismo moderno. Durante sua carreira, auxiliou na formulação de teorias econômicas, no campo do direito, a reforma do sistema penitenciário – e a construção de uma estrutura em constante vigilância, o Panóptico –, a teoria das penas, a separação do direito e moral e a “arte” de legislar, entre outros.

Sua principal contribuição para o direito é a Teoria Utilitarista, em que se prega o domínio de da dor e do prazer na formulação das normas legais. Para ele, o legislador deve buscar o máximo de bem-estar social possível, nem que devam ser aplicadas sanções àquelas que não cumprem as normas em vigor. A Teoria Utilitarista de Bentham pode ser aplicada tanto na filosofia quanto no direito. O campo legal, basear-se-á em cinco princípios que têm como essência e finalidade o bem-estar, valorando uma conduta ética ou moral. Ao analisar o resultado de uma ação (e não sua motivação), repudia-se a produção de dor e mal-estar, e considera-se os atos que produzam tal resultado como ruins, antiéticos e imorais.

Há na concepção utilitária de Bentham um importante deslocamento do centro de gravidade do que se poderia, à época, considerar justo ou injusto: se antes a justiça da ação ou mesmo de um comando legal era compreendida em função de suas virtudes ou valores morais (e, claro, religiosos) com o utilitarismo inaugura-se uma forma bem mais simples e pasteurizada de justiça, que tinha como único critério válido o prazer e bem-estar do maior número possível de pessoas. Poder-se-ia dizer: útil e correto fundem-se como subproduto dessa pasteurização.

O presente trabalho está dividido em partes, organizados da seguinte forma: num primeiro momento, far-se-á uma introdução sobre a vida e a obra de Jeremy Bentham, e o contexto em que o autor estava inserido quando criou sua principal obra, “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”. Posteriormente, apresentar-se-á proposta metodológica do autor e suas ideias para uma análise crítica do direito. Por fim, na conclusão aplicaremos a teoria desenvolvida pelo autor no Direito do Consumidor do Brasil. A metodologia de pesquisa será a análise histórica, por meio de pesquisa bibliográfica, em especial as obras de Jeremy Bentham.

2. JEREMY BENTHAM E A NECESSIDADE DE UM SISTEMA EM CONSTANTE REFORMA

O século XVIII ficou conhecido como o “Século das Luzes”, quando autores como Locke, Montesquieu, David Hume, Adam Smith, Cesare Beccaria, Voltaire, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant defendiam teorias em diversos campos da vida social e do Direito. Nesse contexto, em 15 de fevereiro de 1748, nascia, em Londres, Jeremy Bentham. De família burguesa e de advogados, o pai de Bentham queria que o filho estudasse Direito para ser o próximo *Lord Chancellor of England*.

Bentham, aos 13 anos de idade, ingressou no *Queen’s College*, em Oxford. Quatro anos depois, ingressou na *Lincoln’s Inn* com o objetivo de se qualificar para a prática do Direito (YABUKU, 2011). Por um breve período, exerceu a advocacia, mas influenciado pelos pensadores iluministas, logo passou a se dedicar à filosofia e a criticar as instituições. Estudou matemática, filosofia, direito, economia (MOTA, 2012).

Revelou-se anticonformista e dedicou seus estudos à reforma do sistema de jurisprudência da Inglaterra, tanto do Direito Civil como Penal. Quanto aos estudos penais, Bentham afirmava que “se a ofensa é de molde positivo, então vem a seguinte cadeia de apelações, expressiva dos resultados, cuja produção é de maneiras diferentes, a saber. 1. Emenda ou reforma; 2. Desativação; 3. deterioração; 4. Autodefesa; 5. Autopreservação; 6. Custódia segura; e 7. Restrição” (BENTHAN, 2014). Ao contrário do sistema de *Civil Law*, existente no Brasil e em Portugal, na Inglaterra vigora o *Common Law*, em que o direito costumeiro é elemento central da formação deste sistema. Predomina no *Common Law* a teoria do precedente vinculante ou *Doctrine of Binding Precedent/ Doctrine of Stare Decisis* (CAMPOS, 2019).

Em 1776, lança seu primeiro livro, “Um Fragmento Sobre o Governo”, em que critica o receio inglês em dar novas interpretações às decisões, baseando-se exclusivamente nas decisões tomadas anteriormente. Critica o antirreformismo do sistema jurídico inglês em decorrência do que presenciou como estudante nos tribunais, bem como nas justificativas teóricas descritas no livro “Comentários sobre as Leis da Inglaterra”, do jurista William Blackstone – com quem teria embates por toda sua vida. Essa crítica foi considerada o primeiro passo da “escola utilitarista inglesa” (FRAZÃO, 2019). Para ele, o Direito, “não era mais do que instrumento a serviço da vontade humana. Tal instrumento deveria ser manipulado segundo o princípio da *utilidade*, que propiciaria um padrão democrático para a formulação das leis, tendo em vista o bem-estar do maior número de pessoas” (FRAZÃO, 2019).

Em 1786, Bentham inicia estudo de reforma do sistema penitenciário, até então obsoleto, A intenção de Bentham era criar um edifício destinado a ser a nova prisão modelo. A

ideia surge quando Bentham visitava um irmão engenheiro que morava na Rússia; o irmão era responsável pela construção de um edifício chamado “Casa de Inspeção” ou “Elaboratório”:

Ocorreu-me que o plano de um edifício concebido por meu irmão que, sob o nome de *Casa de inspeção* ou *Elaboratório*, ele está para construir aqui, para propósitos, sob alguns aspectos, similares aos daquela casa, pode proporcionar algumas sugestões para o estabelecimento acima mencionado. Em consequência, obtive alguns desenhos relativos a esse plano, os quais anexo a esta carta. Com efeito, por razões que você logo perceberá, eu o vejo como capaz de aplicações da mais ampla natureza (BENTHAM, 2000, p. 19).

[...]Antes de ver o plano, tenha, em palavras, uma ideia geral dele. O edifício é circular. Os apartamentos dos prisioneiros ocupam a circunferência. Você pode chamá-los, se quiser, de *celas*. Essas celas são separadas entre si e os prisioneiros, dessa forma, impedidos de qualquer comunicação entre eles, por partições, na forma de raios que saem da circunferência em direção ao centro, estendendo-se por tantos pés quantos forem necessários para se obter uma cela maior. O apartamento do inspetor ocupa o centro; você pode chamá-lo, se quiser, de alojamento do inspetor. Será conveniente, na maioria dos casos, senão em todos, ter-se uma área ou um espaço vazio em toda volta, entre esse centro e essa circunferência. Você pode chamá-lo, se quiser, de área intermediária ou anular (BENTHAM, 2000, p. 20-21).

Bentham defendeu seu projeto, o qual nomeou de Panóptico, por vinte e cinco anos, sem nenhum resultado concreto. Também na Rússia, onde permaneceu durante dois anos, escreveu seu primeiro trabalho sobre economia “Defesa da Usura” (1787), na obra, revela ser discípulo do economista e filósofo Adam Smith.

Em “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”, lançado em 1789, mesmo ano da Revolução Francesa, Bentham apresenta sua doutrina filosófica, o “Utilitarismo”, que foi completada com a obra póstuma “Teoria dos Deveres ou Ciência da Moral” (1834), em que afirma ver no útil o valor supremo da vida. Afirmava que cada objeto é “definido por sua capacidade de produzir prazer ou felicidade, e de evitar a dor e o infortúnio. O utilitarismo de Bentham abrangia também a ordem política e jurídica” (FRAZÃO, 2019). Assim, cria e funda a doutrina utilitarista e, entre os maiores defensores dessa teoria, ele foi o mais consistente (SANDEL, 2012).

Bentham defendia integralmente a reforma do direito e de outros campos sociais. Para ele, para que um governo seja estabelecido, seja uma monarquia constitucional ou um modelo federado, como os Estados Unidos, há que se reconhecer um mínimo de utilidade do modelo (BENTHAM, 2001, p. 156). O seu principal objetivo era construir uma ciência da ação humana, tendo tanto a moral quanto a legislação um caráter científico. Para ele, o núcleo de sua metodologia referia-se

[...] ao princípio da utilidade que pode ser interpretado como uma regra que indica que as ações são avaliadas ou julgadas não pela intenção dos agentes

(subjetividade), mas sim pelas consequências dos atos. A abordagem do julgamento das consequências é feita pelo teste empírico dado pela produção de prazer ou de dor. Em outros termos, temos que o autor quer é afirmar que o melhor modo de compreender as ações se dá por meio de suas consequências. Estas consequências estão associadas à produção de elementos empíricos como prazeres e dores. Tendo em vista este fator, pode-se dizer que a criação de seis elementos de métodos de análise das consequências visa a permitir a operacionalização e a facilidade da compreensão dos elementos que geram o prazer e dor (DIAS, 2006, p. 39).

Ele teve consciência de que “as pessoas em geral e os juristas em particular viam o Direito como uma instituição complexa por natureza, incompreensível ao cidadão comum, e que, por isso, não se atreviam a propor mudanças significativas no sistema jurídico – seja no que se refere à elaboração das normas jurídicas, seja no que concerne à sua implementação” (MOTA, 2012, p. 284). Para isso, seu valeu de mecanismo que tentassem “desmistificar” o Direito, denunciando mecanismos utilizados para “tornar o Direito obscuro, e dessa forma garantir a manutenção do *status quo* dos juristas e das instituições jurídicas, livrando-os do entendimento e da crítica da sociedade” (MOTA, 2012, p. 284).

O princípio da “maior felicidade para o maior número de indivíduos”, o qual posteriormente será o cerne do utilitarismo, apresenta-se “como o padrão a ser observado no julgamento das ações e, no caso de Bentham, como um elemento norteador que pode ser aplicado na reforma de toda e qualquer instituição, a saber: o estado, as leis, as prisões, as casas de trabalho (*workhouses*) e as escolas” (MARQUES, 2005, p. 5). Além disso, a ação é o “bem” de acordo com a quantidade de felicidade que gera ou a quantidade de dor que elimina ou reduz, levando em consideração o maior número de pessoas, já que a máxima felicidade é universal (YABIKU, 2011). Do aparato teórico de Bentham, à vista disso, percebe-se que a justiça não é senão o resíduo lógico de uma análise que se pretende quantitativa, ainda que tal análise busque ocultar o axioma (no mínimo questionável) da sobreposição incondicional do prazer sobre a dor.

Além do Direito material, Bentham criticou a pompa em torno da vida jurídica, como seus títulos, togas e demais aparatos que o afastavam da realidade, a “linguagem dos textos de Direito, a qual abusava de jargões e travestia de sentenças descritivas comandos que eram, na verdade, imperativos. Para Bentham, o Direito se expressava mediante comandos, proibições ou permissões – razão pela qual sua doutrina é chamada de positivismo imperativo” (MOTA, 2012, p. 284).

Bentham, em conjunto com outros advogados, trabalhou para a reforma da Constituição inglesa, que somente foi concretizada em 1833, um ano após seu falecimento em Londres. Para

ele, quando a lei irrevogável é criada, ela pode gerar efeitos benéficos, mas, ao longo prazo, esses efeitos começam a ser mitigados (BENTHAM, 1824). Entre seus discípulos estavam James Mill e John Stuart Mill, e suas ideias influenciaram o radicalismo político inglês e constituíram a base da doutrina do “laissez-faire”, do século XIX (FRAZÃO, 2019).

3. O UTILITARISMO BENTHAMIANO

O Utilitarismo de Jeremy Bentham é uma doutrina filosófica, que provém da ideia de que a moral teria sido estabelecida com base na verificação, experiência, repetição e utilidade das ações. Nesse sentido

A natureza colocou o ser humano sob o domínio de dois soberanos mestres, a *dor* e o *prazer*. E somente a eles compete apontar o que deve ser feito, bem como determinar o que devemos fazer. Por um lado, o padrão do certo e do errado, por outro lado, a cadeia de causas e efeitos, são presos ao seu trono. Eles nos governam em tudo o que fazemos, em tudo que dizemos, em tudo o que pensamos: todo esforço que podemos fazer para afastar nossa sujeição, servirá apenas para demonstrar e confirmar. Em palavras, um homem pode fingir abjurar seu império; mas, na realidade, ele permanecerá sujeito para isso o tempo todo (BENTHAM, 2000, p. 14).

Utilidade deve ser entendida como a propriedade do objeto que tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isso no presente caso ocorre a mesma coisa) ou (o que ocorre novamente na mesma coisa) para impedir o acontecimento de danos, dor, maldade ou infelicidade para a parte cujo interesse é considerado. Para Bentham, se essa parte é a comunidade em geral, então a felicidade da comunidade; se é um indivíduo em particular, então a felicidade desse indivíduo (BENTHAM, 2000, p. 15).

É inútil falar do interesse da comunidade sem entender qual é o interesse do indivíduo. Diz-se que uma coisa promove o interesse, ou é do interesse de um indivíduo, quando tende a somar à soma total de seus prazeres: ou, o que acontece à mesma coisa, diminuir a soma total de suas dores. Bentham afirma que “*rearing the fabric of felicity by the hand of reason and law*” e que é necessário maximizar a maior felicidade (bem-estar) de um maior número de pessoas. São quatro as fontes de dor e de prazer: física, política, moral e religiosa (BENTHAM, 2000, p. 14). Cada uma dela pode emprestar a qualquer lei ou regra de conduta uma força obrigatória (BENTHAM, 2000, p. 27).

Prazeres, então, e evitar dores, são os objetivos que o legislador tem em vista; cabe a ele, portanto, entender o valor de cada um deles. Para uma pessoa considerada por si mesma, o valor de um prazer ou a dor considerada por si só será maior ou menor, de acordo com as

quatro seguintes circunstâncias: a sua intensidade, a sua duração; a sua certeza ou incerteza; e a sua proximidade no tempo ou o seu afastamento (BENTHAM, 2000, p. 32). Por suposto, é notável a tentativa do filósofo e jurista inglês de reduzir o ser humano a uma máquina reativa às sensações, isto é, um engenho cujos afetos são universais e pré-estabelecidos.

Para Bentham, essas são as circunstâncias que devem ser consideradas na estimativa de um prazer ou dor considerados cada um deles por si só. Mas quando o valor de qualquer prazer ou dor é considerado com o objetivo de estimar a tendência de qualquer ato pelo qual ele é produzido, há duas outras circunstâncias a serem levadas em consideração, quais sejam:

[...] sua *fecundidade*, ou a chance que tem de ser seguida por sensações do mesmo tipo: ou seja, prazeres, se for um prazer: dores, se for uma dor. [...] sua *pureza* ou a chance de não ser seguida por sensações do tipo oposto: isto é, dores, se for um prazer: prazeres, se for uma dor. (BENTHAM, 2000, p. 32)

Para o autor, dores e prazeres podem ser chamados por uma palavra geral, percepções interessantes, que podem ser simples ou complexas. As percepções simples são aquelas que não podem ser resolvidas; as complexas são aquelas que são resolvidas com diversas percepções simples. Uma percepção interessante e complexa pode, portanto, ser composta de prazeres por si só; das dores sozinhas; ou dos prazeres ou prazeres e dor ou dores juntos. O que determina muito prazer, por exemplo, pode ser considerado como um prazer complexo, e não como diversas percepções simples, é a natureza da causa emocionante. Quaisquer prazeres que sejam excitados de uma só vez pela ação da mesma causa, tendem a ser vistos como constituindo todos juntos, exceto um prazer (BENTHAM, 2000, p. 35).

Ele afirma ainda que os vários prazeres simples dos quais a natureza humana é suscetível podem ser os prazeres dos sentidos; os prazeres da riqueza; os prazeres da habilidade; os prazeres da amizade; os prazeres de um bom nome; os prazeres do poder; os prazeres da piedade; os prazeres da benevolência; os prazeres de malevolência; os prazeres da memória, os prazeres da imaginação; os prazeres da expectativa; os prazeres dependentes da associação; e os prazeres do alívio (BENTHAM, 2000, p. 35).

Quanto às dores simples, traz como exemplo as dores da privação; as dores dos sentidos; as dores do constrangimento, as dores da inimizade, as dores de um mau nome, as dores da piedade, as dores da benevolência, as dores da malevolência, as dores da memória, as dores da imaginação, as dores da expectativa, as dores dependentes da associação (BENTHAM, 2000, p. 36). A felicidade consiste no gozo de prazeres, segurança contra dores. Por fim, a felicidade nada mais é do que um cálculo, um quantum, um conjunto de prazeres que afasta as dores.

As ideias de Bentham são tão simples quanto sedutoras. Ou, quem sabe, são tão sedutoras por serem tão simples: se não passamos de um aparato universal responsivo aos prazeres e dores (da sociedade e das nossas), toda e qualquer ação deve ser interpretada a partir disso. Todavia, entre os vários questionamentos que se poderia fazer a essa interpretação “afeto-mecânica” de Bentham, como a de que a dor, o mal-estar, a angústia não têm um inafastável aspecto pedagógico, possivelmente a mais grave é a que equivale o bem-estar da maioria ao critério válido de justiça social.

A controversa interpretação de Bentham sobre o processo de subjetivação dos indivíduos, portanto, extravasa o campo da moral individual e é aqui que a atenção com as propostas do autor deve ser redobrada. O dever do governo e do legislador seria promover a felicidade da sociedade, punindo e recompensando. A área relacionada ao dever de punir consiste particularmente no objeto de direito penal. A demanda para se punir decorre da proporção em que um ato tende a perturbar a felicidade de forma perniciosa (BENTHAM, 2000, p. 61). Deve-se levar em conta a consequência do ato e sua intenção, que dependem de duas ações: o estado da vontade ou intenção, com relação ao ato em si.; e o estado do entendimento, ou faculdades perceptivas, em relação às circunstâncias em que é, ou pode parecer ser. Para que haja punição, por outro lado, deve-se considerar o ato em si, que é feito; as circunstâncias em que é feito; a intencionalidade do ato; e a consciência, inconsciência ou falsa consciência do ato. Bentham afirma ainda que

Existem também outros dois pontos sobre os quais a tendência geral de um ato depende: e disso, assim como de outras contas, a demanda que ele cria para punição. Estes são: 1. O motivo ou motivos específicos que o deram à luz. 2. A disposição geral que indica o ato (BENTHAM, 2000, p. 62)¹.

Quanto à intencionalidade, Bentham consubstancia a necessidade de se avaliar o ato em si e a sua consequência (BENTHAM, 2000, p. 69). Os atos praticados pelo agente podem ser divididos em Positivos (atos de comissão) e Negativos (atos de omissão); Absolutos (quando importam a negação de todos os aspectos positivos) ou Relativos (quando importam a negação de tal ou qual modo particular, por exemplo, para não atingir uma pessoa ou coisa). A divisão segue para os Externos (atos corporais) ou Internos (atos mentais); Transitivos (quando o movimento é realizado da pessoa do agente a algum corpo estranho, por exemplo, quando um homem corre contra você, ou joga água no seu rosto), ou Intransitivos (quando o movimento é realizado contra si próprio, por exemplo, um homem que corre ou lava a si mesmo).

¹ No original: There are also two other articles on which the general tendency of an act depends: and on that, as well as on other accounts, the demand which it creates for punishment. These are, 1. The particular *motive* or motives which gave birth to it. 2. The general *disposition* which it indicates”.

A classificação dos atos também podem ser em Indivisíveis (são atos meramente imaginários: eles podem ser facilmente concebidos, mas nunca se sabe que seja exemplificado) ou Divisíveis (podem ser atos relacionados à matéria ou ao movimento); Simples (como o ato de golpear, o ato de inclinar-se ou o ato de beber) ou Complexos (consistiu em uma infinidade de atos simples, que, embora numerosas e heterogêneas, derivam uma espécie de unidade de a relação que eles têm com algum objetivo ou fim comum; como o ato de jantar, o ato de manter uma criança, o ato de exibir um triunfo, o ato de portar armas, o ato de manter uma corte e assim por diante) (BENTHAM, 2000, p. 63-68).

As intenções podem ser os próprios atos ou as suas consequências. Se diz respeito ao ato, pode-se dizer que o ato é intencional, assim como suas consequências. Se considerar tanto o ato como as consequências, pode-se dizer que toda a ação é intencional. O ato pode muito facilmente ser intencional sem as consequências; e frequentemente é assim. As consequências de um ato não podem ser intencionais se não houver a intenção em um primeiro momento. Bentham traz o exemplo de um homem que quer machucar outro, correndo contra ele e empurrando-o. Se o homem corre em direção ao outro, mas um segundo homem entra de repente e não é possível parar antes atingir esse segundo homem, que atinge o primeiro (BENTHAM, 2000, p. 70). Assim, como não houve intenção de atingir o segundo homem desde o início, não há que se falar em intenção a ponto de se produzir consequências.

A consequência quando intenção também pode ser Direta/Linear (quando a perspectiva de produzi-la constituir um dos elos da cadeia de causas pelas quais a pessoa estava determinada a fazer o ato) ou Oblíqua/Colateral (quando, embora a consequência estivesse na contemplação e parecesse provável de ocorrer, mas a perspectiva de produzir tal consequência não constituiu um elo na cadeia acima mencionada); Imediata (quando se destaca o último de todos os eventos externos na cadeia de motivos; de modo que haveria a certeza de que o evento ocorreria) ou Mediata (na medida em que a perspectiva de produzir o primeiro ato não teria funcionado como motivo, mas para agiria como tendência para a produção deste último); e Exclusivo (quando nenhum outro senão esse incidente muito individual teria ocasionado o objetivo) ou Não-Exclusivo (quando houve algum outro incidente, cuja perspectiva estava agindo sob a vontade ao mesmo tempo). (BENTHAM, 2000, p. 70)

Quanto ao estado do entendimento, ou faculdades perceptivas, em relação às circunstâncias em que é, ou pode parecer ser, Bentham afirma que o homem, ao realizar determinado ato, pode ter sido consciente, com relação às circunstâncias, ou inconsciente (BENTHAM, 2000, p. 74). Para o autor, é notório que todo tipo de ato seja qual for, e consequentemente, todo tipo de ofensa, é suscetível de assumir um caráter diferente e ser

atendido com efeitos diferentes, de acordo com a natureza do motivo que o origina. Isso torna necessário ter uma visão dos vários motivos pelos quais a conduta humana pode ser influenciada (BENTHAM, 2000, p. 80).

Por motivo, no sentido mais amplo em que a palavra possa ser usada, entende-se qualquer coisa que possa contribuir para a ocorrência ou mesmo impedir qualquer tipo de ação. Agora, as ações de um ser pensante são o ato do corpo ou apenas da mente: e um ato da mente é um ato da faculdade intelectual ou da vontade. Os atos da faculdade intelectual às vezes repousam apenas no entendimento, sem exercer nenhuma influência na produção de quaisquer atos da vontade. Os motivos que não têm natureza de influenciar outros atos que não sejam esses podem ser denominados motivos puramente especulativos, ou motivos repousando na especulação. Mas, quanto a esses atos, eles não exercem influência sobre atos externos ou sobre suas consequências, nem sobre qualquer dor ou prazer que possa estar no número de tais consequências. (BENTHAM, 2000, p. 80)

Bentham dá à norma uma interpretação “teleológica”, com base na teoria moral “consequencialista”, ou seja, que visa às consequências das ações morais em detrimento das próprias ações morais. O que importa, nesse sentido, é o resultado de certa ação, e não a própria ação. Isso significa que o agente moral deve estar sempre atento ao que vai acontecer se fizer algo. Também abre brechas para que o agente moral possa praticar certas ações que foram, muitas vezes, condenadas pela ética, como a mentira. Para ele,

Quando a tendência do ato é ruim, o motivo é semi-social, o amor à reputação. Nesse caso, a disposição que indica é mais ou menos boa ou ruim: em primeiro lugar, conforme a tendência do ato é mais ou menos danosa: em segundo lugar, conforme os ditames da sanção moral, na sociedade em questão, aproxime-se mais ou menos de uma coincidência com as de utilidade. Não parece provável que, em qualquer nação que esteja em estado de civilização tolerável, enfim, em qualquer nação em que regras como essas possam vir a ser consultadas, os ditames da sanção moral até agora retrocedam de uma coincidência com aqueles de utilidade (isto é, de benevolência esclarecida) que a disposição indicada neste caso pode ser diferente de uma boa em geral². (BENTHAM, 2000, p. 112)

Quando a tendência do ato é boa e o motivo (como antes) é o dissocial, temos a má vontade. Nesse caso, o motivo parece não permitir qualquer indicação de ambos os lados. Não

² No original: “Where the tendency of the act is *bad*, and the motive, as before, is a semi-social one, the love of reputation. In this case, the disposition which it indicates is more or less good or bad: in the first place, according as the tendency of the act is more or less mischievous: in the next place according as the dictates of the moral sanction, in the society in question, approach more or less to a coincidence with those of utility. It does not seem probable, that in any nation, which is in a state of tolerable civilization, in short, in any nation in which such rules as these can come to be consulted, the dictates of the moral sanction will so far recede from a coincidence with those of utility (that is, of enlightened benevolence) that the disposition indicated in this case can be otherwise than a good one upon the whole”.

é indicação de uma boa disposição; mas também não indica nenhuma má. Quando a tendência do ato é ruim e o motivo é o dissocial, tem-se a malevolência. Nesse caso, essa disposição que indica é, evidentemente, danosa (BENTHAM, 2000, p. 112).

Para Bentham, há uma distinção entre Direito e moral. Essa afirmação escandalizou seus contemporâneos juristas. Para ele, a existência e a validade do Direito não se sustentavam sobre um conteúdo moral. Ao contrário, o papel da moral residia justamente em avaliar criticamente o Direito posto (MOTA, 2012, p. 285). O objetivo geral de todas as leis é evitar danos e que não há outros meios de fazê-los senão pela punição (BENTHAM, 2000, p. 140). O legislador é, portanto, obrigado a fornecer todo o complemento da punição, pois deve-se deixar de lado a sanção moral. A força da sanção moral é expressamente adotada e modificada pelo poder político. Deve haver ainda limites entre a ética privada e a “arte” de legislar (BENTHAM, 2000, p. 145-224). Embora aqui não seja o local apropriado para o aprofundamento das implicações recíprocas e complexas entre Direito e moral, não se pode deixar de destacar que Bentham considera possível algo, no mínimo, bastante discutível: a eliminação dos valores e inclinações morais dos próprios legisladores quando cumprem seu mister de legislar.

Uma ofensa é um ato proibido, ou (o que acontece com a mesma coisa) um ato cujo direito é ordenado pela lei: e onde é que a lei pode ser empregada para fazer, além de proibir e comandar? Dever-se-á então, de acordo com essa visão do assunto, que se tivéssemos decidido o que seria apropriado a ser feito com relação às ofensas, deveríamos, portanto, ter decidido tudo o que fosse apropriado a ser feito no caminho da lei. Aquele ramo que diz respeito ao método de lidar com ofensas, e que às vezes é chamado de ramo criminoso, às vezes penal, é universalmente entendido como sendo apenas um dentre dois ramos que compõem todo o assunto da “arte” da legislação; aquilo que é chamado de civil é o outro. Entre esses dois ramos, é evidente não pode haver senão uma conexão muito íntima; é tão íntimo que os limites entre eles não são fáceis de distinguir.

O caso é o mesmo em algum grau entre todo o ramo da legislação (ramos cíveis e penais em conjunto) e o da ética privada (BENTHAM, 2000, p. 224). Assim, a teoria do Direito se subdividiu entre duas subteorias. A primeira prevê o *expository jurisprudence*, destinada a conhecer o Direito tal como ele existe. Lei ou a Lei é um termo abstrato e coletivo em que se deve observar a extensão das leis em questão, no ponto de domínio, a qualidade política das pessoas cuja conduta eles se comprometem a regular, o momento de entrada em vigor, a maneira pela qual são expressos e a preocupação que se têm com o artigo da punição (BENTHAM, 2000, p. 234). A segunda subteoria, por sua vez, determina o *censorial*

jurisprudence, cujo objeto consistia em determinar como o Direito deve ser (também chamada de arte da Legislação).

O princípio da utilidade, também denominado princípio da maior felicidade, exerceu função essencial na sua teoria. De acordo com esse princípio, uma ação poderia ser considerada boa ou correta se proporcionasse mais felicidade do que dor, e má ou incorreta se resultasse no contrário; e é inerente ao ser humano, como já criticamente reforçado, buscar sua maior felicidade.

Bentham apresentará assim, o *Cálculo* utilitário. Para ele, o agente moral deve sempre realizar um cálculo para prever o resultado de sua ação. Entre as possibilidades, o agente deve optar pela ação que proporcione a maior quantidade de prazer ao maior número de pessoas possível e pela maior quantidade de tempo. Quando necessária uma quantidade de dor para alguns para que ocorra o maior número de prazer, deve-se reduzir ao máximo os danos possíveis. O problema é saber a quantidade de felicidade (prazer) ou infelicidade (dor) que deve ser levada em consideração para a escolha da ação mais adequada, tanto no nível individual, quanto no coletivo (MARQUES, 2005, p. 6). Por isso, atribui-se a Bentham um utilitarismo quantitativo, pois visa apenas à quantidade de prazer (importante notar que a teoria utilitária ganha contornos também qualitativos apenas com o desenvolvimento das ideias de Stuart Mill). Ele afirma que “essa influência dependerá da natureza do motivo que é a causa da ofensa: o castigo mais subserviente à reforma será o tipo de castigo que é melhor calculado para invalidar a força desse motivo” (BENTHAM, 2000, p. 152)³.

Em sociedade, como indivíduos perseguem objetivos contrapostos, de forma que a maior felicidade de um pode culminar em grande infelicidade para outro, cabe ao legislador equacionar essa diversidade de interesses (MOTA, 2012, p. 286). As leis direcionarão a conduta dos indivíduos, à luz do princípio da utilidade e com vistas a atingir a maior felicidade para o maior número de pessoas – o interesse geral.

Nem é preciso dizer que uma das maiores críticas que se faz ao utilitarismo benthamiano é a desconsideração completa dos direitos fundamentais das minorias. Ora, se o papel do legislador é mitigar os danos que o exercício do interesse legítimo (e justo) da maioria causa às minorias, está-se a admitir, por vias oblíquas, que a supressão de alguns direitos das minorias será, em alguma medida e em certas circunstâncias, inevitável. O problema é justamente a admissão da violação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados que toda

³ No original: “This influence will depend upon the nature of the motive which is the cause of the offence: the punishment most subservient to reformation will be the sort of punishment that is best calculated to invalidate the force of that motive”.

minoria tem em um Estado de Direito. Não se deve esquecer, aliás, que democracia não é sinônimo de ditadura da maioria, seja no que se refere à mera atuação política do Estado, seja no campo da produção e aplicação das leis. Os direitos fundamentais são, por isso, a última barreira jurídica contra a barbárie.

Conforme tal raciocínio, Bentham atribuiu à *censorial jurisprudence* um papel preponderante sobre a *expository jurisprudence*, uma vez que aquela forneceria elementos críticos para a reforma do Direito. E para atingir o máximo de bem-estar, o agente pode aplicar sanções para aqueles que não aplicam as normas. O Utilitarismo também possui outros veios, tais como as teorias mentalistas do bem-estar, o bem-estar como satisfação de preferências e as teorias objetivistas do bem-estar (CARVALHO, 2000, p. 99).

4. O IMPACTO UTILITÁRIO EM DEMANDAS JUDICIAIS

No Direito brasileiro, a Teoria Utilitarista pode ser vista no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. O Código prevê sanções administrativas e civis às empresas que não prezem pelo bem-estar do consumidor. Nesse sentido, o § 1º, do art. 55, do CDC, estabelece que

Art. 55.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, **no interesse** da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e **do bem-estar do consumidor**, baixando as normas que se fizerem necessárias.

No Brasil, por exemplo, as empresas optam pelo pagamento de baixa indenização por danos morais que investir efetivamente em um serviço de qualidade a todos os consumidores. É o caso da aviação civil. Segundo dados da Agência Nacional de Aviação Civil, apenas três em 100 pessoas que sofrem com a ausência de assistência com hospedagens e alimentação, cancelamento ou atraso de voos ou extravio de bagagens acionam judicialmente as empresas (BRASIL, 2018). Assim, as empresas violam o princípio do bem-estar da teoria utilitarista.

Segundo dados da Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) e do Instituto Brasileiro de Direito Aeronáutico (Ibaer) junto ao Conselho Nacional de Justiça, ajuízam-se 8 (oito) processos para cada 100 voos no Brasil. As companhias aéreas foram alvos de mais de 11 mil processos (2020-2021) e gastaram cerca de R\$ 800 milhões por ano em indenizações. O CNJ (2021), com dados fornecidos pela plataforma Consumidor.gov.br, apresentou as principais reclamações dos consumidores entre janeiro e abril de 2021: dificuldade/atraso na

devolução de valores/ reembolso, com 7.488 reclamações; cancelamento de voo, com 3.725 reclamações; SAC – demanda não respondida, com 2.044 reclamações; dificuldade/demora para alterar o contrato de serviço, com 1.962 reclamações; cobrança indevida/abusiva para alterar ou cancelar o contrato, com 1.782 reclamações; e extravio/avaria de bagagem, carga, correspondência (ressarcimento, indenizações), com 637 reclamações. No Brasil existe, em média, uma ação judicial para cada 227 passageiros transportados no ano de 2019. São oito processos a cada 100 voos.

Acredita-se que as empresas estão apenas fazendo um cálculo de custo-benefício em seu favor, isto é, elas estão partindo do pressuposto que o impacto financeiro gerado às companhias na melhoria da prestação de serviços seria maior do que o que elas têm com o pagamento das indenizações. Trata-se essencialmente de um movimento utilitário: se gastar mais, diminuirão os lucros; se diminuir lucros, desagrada-se acionistas; ao se desagradar acionistas, há que se cortar custos, o que significaria, em último caso, demissões etc. Assim, melhor seria aceitar o prejuízo com algumas ações judiciais do que propor uma mudança efetiva na melhoria do serviço.

E não é apenas no ramo da aviação civil que se verifica a atuação utilitária das empresas em detrimento da preservação do interesse do consumidor. Basta pensar nas operadoras de plano de saúde: quanto mais tempo se nega procedimentos e a concessão de medicamentos, inclusive prevendo um certo número de judicializações, maiores são as chances de o paciente falecer ou, alternativamente, custear do próprio bolso aquilo que deveria ser suportado pelo plano de saúde.

O raciocínio é fundamentalmente utilitário na medida em que as prestadoras desse serviço adotam a premissa de que o custo de arcar com todos os pedidos é maior do que o custo daquilo que é judicializado e que resulta em condenação posterior. Estamos, portanto, às voltas com o cálculo de custo-benefício da empresa em detrimento de um certo número de pacientes e famílias, que sofrem, mas que, à luz do utilitarismo, devem suportar bravamente tal sofrimento em prol do benefício da maioria (no caso, funcionários, acionistas, demais consumidores etc). O reflexo dessa ação foram os ajuizamentos de 149 mil processos relativos à saúde suplementar – planos ou seguros de saúde. Desses processos, 42,9% foram julgados procedentes, 20,3%, parcialmente procedentes, e 36,8% foram julgados improcedentes (CNJ, 2022).

Karl Popper (1987, p. 256) sugere a mudança de perspectiva ao encarar o utilitarismo, ou seja, ao propõe a adoção de um único critério para tal corrente: a minimização da dor. Para ele, o princípio da felicidade é capaz de engendrar a formação de ditaduras benevolentes na medida em que o critério para a consecução de políticas públicas é a maior felicidade para todos

e a noção de bem é contingente, ou seja, não há universalidade possível para tal significado — partindo da crítica kantiana à ética teleológica —, o governante a partir de sua concepção de felicidade orienta àquelas políticas de acordo com seu ideal de felicidade aos seus administrados (GERALDO, 2015).

5. CONCLUSÃO

Jeremy Bentham pode ser considerado um reformista. Inserido em um contexto de ideias iluministas e da Revolução Francesa, propunha uma mudança radical no Direito e nas pompas envoltas dos juristas e advogados. Rejeitava a obscuridade, arbitrariedade e imprevisibilidade do sistema *Common Law* e acreditava que o direito deveria ser acessível às pessoas comuns. Nascido em Londres, em 1748, foi educado para assumir cargos importantes do sistema jurídico inglês. Não o fez; optou pelo estudo da filosofia, da economia, da matemática e da transformação do direito e dizia-se discípulo de Adam Smith. Sua luta pela reforma da Constituição inglesa somente ocorreu um ano após sua morte, em 1833.

Durante sua carreira, auxiliou na formulação de teorias econômicas, no campo do direito, a reforma do sistema penitenciário – e a construção de uma estrutura em constante vigilância, o Panóptico –, a teoria das penas, a separação do direito e moral e a “arte” de legislar, entre outros. Para Bentham, o direito natural colocou o ser humano sob o domínio de dois soberanos mestres, a dor e o prazer. São esses elementos que interferirão o legislador – ressaltando que, no caso do Common Law, os juízes também produzem jurisprudências replicadas – no momento de formular as leis e aplicar as sanções devidas. Para atingir o máximo de bem-estar, o agente pode aplicar sanções para aqueles que não respeitam as normas. Os tipos penais são reservados para desencorajar atos que causam muita dor.

Para ele, as normas dão origem a expectativas, pois permite que as pessoas ajam de determinada maneira, sabendo da consequência que sua ação terá. Agir reconhecendo as consequências/ expectativas de seus atos é o ponto central da teoria legal e moral de Bentham. A reforma radical do sistema jurídico pode ocorrer desde que haja compensação àqueles que tiveram interesses mitigados.

A Teoria Utilitarista de Bentham pode ser aplicada tanto na filosofia quando no direito. O campo legal, basear-se-á em cinco princípios que têm como essência e finalidade o bem-estar, valorando uma conduta ética ou moral. Ao analisar o resultado final de uma ação (e não sua motivação), repudia-se a produção de dor e mal-estar, e considera-se os atos que produzam tal resultado como ruins, antiéticos e imorais.

O primeiro princípio é o do Bem-estar, segundo o qual o objetivo de toda ação moral é o bem-estar e a felicidade dos envolvidos. O princípio do consequencialismo prevê que a avaliação de uma conduta para se chegar ao diagnóstico de que essa é moral ou não se pauta na análise das consequências, e não da motivação. Para o Utilitarismo, uma ação moral e boa, será aquela que produz consequências felizes; será imoral e ruim se seu resultado produz infelicidade. O princípio da agregação estabelece que, o que “vale no saldo do cálculo entre bem-estar e mal-estar dos indivíduos afetados pela ação é verificar se aquele ato produziu melhores sensações do que dor, mesmo que, para esse resultado final seja obrigado o sacrifício de uma minoria em detrimento do bem-estar da maioria” (ALEJARRA, 2014).

O princípio da otimização afirma que se busca sempre o máximo de bem-estar possível, ou seja, otimizar o bem-estar produzido. Por fim, o princípio da imparcialidade e universalismo determina que não se deve fazer qualquer valoração quanto aos indivíduos afetados, ou mesmo, às ações, pois todas tem o mesmo peso no cálculo final do bem estar. A teoria utilitarista de Bentham é aplicada pelas empresas aéreas e de plano de saúde complementar ao adotarem a premissa de que o custo de arcar com todos os pedidos é maior do que o custo daquilo que é judicializado e que resulta em condenação posterior

No que tange a aplicação da teoria benthamiana ao Direito, em particular ao sistema jurídico brasileiro, é notável que, por mais que o filósofo defenda a mitigação dos impactos legais das minorias em relação à maioria que tem seu bem-estar otimizado, sempre haverá espaço para alguma vulneração de direitos e garantias fundamentais. Não fosse assim, ter-se-ia que admitir a sobreposição de direitos inalienáveis e irrenunciáveis de certas minorias em dadas circunstâncias sobre a maioria, algo que Bentham rejeita.

Essa dificuldade do utilitarismo fica evidente na medida em que se equivale os adjetivos “útil” a “justo”. Imagine-se sendo aquele ou aquela que tem seu direito suprimido por uma companhia aérea ou plano de saúde para que as empresas protejam um abstrato “interesse da maioria”, quando tal violação ganha contornos subjetivos claros, em que os jurisdicionados deixam de ser números, estatísticas para emergirem como seres únicos e dotados de direitos personalíssimos, o utilitarismo não consegue responder adequadamente aos anseios das pessoas.

Não se está propondo aqui, é claro, a validade prática do pensamento utilitário em dadas circunstâncias, sobretudo quando estamos tratando da saúde financeira de determinadas empresas, sejam companhias aéreas, operadoras de planos de saúde ou outras quaisquer. O ponto central aqui defendido é que a mera expectativa de colisão de interesses de maiorias contra direitos das minorias não autoriza o Judiciário de forma geral (e não deveria autorizar os

agentes econômicos) a suprimir garantias fundamentais ou direitos garantidos pela legislação infraconstitucional.

Assim que, portanto, é indispensável a todo julgador, diante do caso concreto, analisar os fins sociais da norma e o bem comum, como prevê o artigo quinto da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657 de 1942), mas também cuidar de garantir a todo jurisdicionado a garantia de seus direitos básicos, convertidos ou não em valores pecuniários, uma vez que a justiça no Estado Democrático de Direito só se realiza quando a vontade e o bem-estar da maioria não é capaz de suprimir as garantias fundamentais das minorias.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEJARRA, Luis Eduardo Oliveira. Caso concreto de direito do consumidor à luz do utilitarismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3909, 15 mar. 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/26914> >. Acesso em: 30 ago. 2019

BENTHAM, Jeremy. **On the Liberty of the Press, and Public Discussion**. . London : J. and H. L. Hunt. 1821. Disponível em: < https://books.google.com.br/books?id=VWVBAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false > Acesso em: 5 set. 2019.

BENTHAM, Jeremy. **The book of fallacies: from unfinished papers**. London : J. and H. L. Hunt. 1824. Disponível em: < <https://archive.org/details/bookoffallaciesf00bent/page/86> >. Acesso em: 5 set. 2019.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Batoche Books, Kitchner, 2000

BENTHAM, Jeremy. **Déontologie, ou Science de la morale**. Tome 1: Théorie. Paris: Charpentier. John Bowring, Éditeur scientifique. 1834. 394 pages

BENTHAM, Jeremy. **O Panótipo**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000.

BENTHAM, Jeremy. **Plan of Parliamentary Reform, in the Form of a Catechism, with Reasons for Each Article**: With an Introduction, Shewing the Necessity of Radical, and the Inadequacy of Moderate Reform. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2001. 156 pag.

BENTHAM, Jeremy. **Principles of Penal Law**. Adelaide: The University of Adelaide Library. 2014. Disponível em: < https://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/principles_of_penal_law/complete.html > . Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. **Boletim de Acompanhamento do consumidor.gov.br**: Aviação Civil. ANAC. 2019. Disponível em: < <https://www.anac.gov.br/noticias/2019/anac-divulga-dados-de-manifestacoes-de-passageiros-do-transporte->

[aereo/BoletimTrimestraldeMonitoramentodoConsumidorgovbr_3trimestre_2018.pdf](#) >. Acesso em 30 de julho de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre o Código De Defesa do Consumidor. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm >. Acesso em 30 de julho de 2019.

BRUNON-ERNST, Anne. Bentham, **Common Law and Codification**. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/263007800_BENTHAM_COMMON_LAW_AND_CODIFICATION >. Acesso em: 5 set. 2019.

CAMPOS, Fernando Teófilo. **Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes> >. Acesso em: 08 ago 2019.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo. in OLIVEIRA, Manfredo A. de [org.] **Correntes Fundamentais da ética contemporânea**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Setor aéreo: reduzir judicialização favorece o mercado e o próprio consumidor. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/setor-aereo-reduzir-judicializacao-favorece-o-mercado-e-o-proprio-consumidor/> Acesso em: 24 abri. 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ integra debates de soluções para demandas envolvendo planos de saúde. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-integra-debates-de-solucoes-para-demandas-envolvendo-planos-de-saude/#:~:text=Os%20planos%20de%20sa%C3%BAde%20prestam,planos%20ou%20seguro%20de%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 24 abri. 2023

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. **Uma reconstrução racional da concepção utilitarista de Bentham**. 2006. 210 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

FRAZÃO. Dilva. **Biografia de Jeremy Bentham**. Disponível em: < https://www.ebiografia.com/jeremy_bentham/ >. Acesso em: 08 ago 2019.

GERALDO, Pedro Heitor Barros. **O utilitarismo e suas críticas: uma breve revisão**. Manaus: CONPEDI. 2015

KUCZKOWSKI, C. T. D. ; SOARES, F. N. A. **Uma Abordagem Ética da Economia: O Utilitarismo Clássico de Bentham e Mill**. Disponível em: < <https://eventos.ifrs.edu.br/index.php/secbg/sicitbg2016/paper/viewFile/1583/761> >. Acesso em: Acesso em: 5 set. 2019.

MARQUES, Silvio Cesar Moral. **Bentham e a educação: um projeto social**. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2005.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**: Tomo I. trad. Milton Amado. E. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

SANDEL, M. J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

YABIKU, Roger Moko. Ética e Direito no utilitarismo de Jeremy Bentham . , ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3090, 17 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20642>> . Acesso em: 5 set. 2019.