XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

FILOSOFIA DO DIREITO I

FERNANDO GALINDO AYUDA

LEONEL SEVERO ROCHA

RENATO CÉSAR CARDOSO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-106-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

Buscar a unidade na multiplicidade, o universal no concreto: este sempre foi o escopo de parte considerável dos esforços filosóficos que se empreendem desde o mundo helênico. Entre Tales e Parmênides, Platão e Espinosa, Hegel e Schopenhauer, para citar alguns, definir a questão filosófica por excelência não era objeto de controvérsia. Nunca, no entanto, contou com aceitação geral ou pacífica tal projeto de filosofia: quimera inalcançável, diziam alguns, projeto irrealizável, natimorto, fadado ao fracasso, alardeavam outros tantos.

O livro que agora apresentamos, longe de contribuir na resolução do problema, só faz agravá-lo: não obstante sua indiscutível unidade e coerência enquanto obra de sólida Filosofia do Direito, que se note de imediato a multiplicidade de temas, perspectivas, autores, abordagens e "filosofias" que desfila. A tensão e a dialeticidade do um e do múltiplo, do particular e do universal, parecem aqui espelhadas na própria tessitura e natureza mesma deste livro.

A ÉTICA UTILITARISTA E O FUNCIONALISMO SOCIOLÓGICO COMO EIXOS GENEALÓGICOS DO DECISIONISMO

LA ÉTICA UTILITÁRIA Y LO FUNCIONALISMO SOCIOLÓGICO COMO AXIS GENEALÓGICOS DEL DECISIONISMO

Adalberto Antonio Batista Arcelo
Vinicius Silva Bonfim

Resumo

Busca-se realizar uma genealogia do decisionismo jurídico a partir da ética utilitarista e do funcionalismo sociológico. Defende-se que tais construções se afirmaram historicamente como processos de redução de complexidade em prol da segurança e estabilidade da vida em sociedade, levando as condições de possibilidade do direito a uma retração delimitada pela racionalidade técnico-instrumental. A síntese crítica kantiana será o eixo de fundo de toda a reflexão, considerando-se a complexidade da razão moderna subjacente ao conceito de Aufklärung. Para a realização de tal mister, servimo-nos do método analítico-genealógico de Foucault para mostrar que poderes-saberes hegemônicos, a partir de uma apreensão unilateral e limitada do conceito de Aufklärung, têm inviabilizado o projeto de justiça como imparcialidade, derivado do construtivismo kantiano.

Palavras-chave: Aufklärung, Decisionismo, Ética utilitarista, Funcionalismo sociológico, Genealogia

Abstract/Resumen/Résumé

El objetivo es llevar a cabo una genealogía de decisionismo judicial del funcionalismo ético y sociológico utilitario. Se argumenta que tales construcciones se dice históricamente como los procesos de reducción de la complejidad de la seguridad y la estabilidad de la sociedad, lo que lleva las condiciones de posibilidad del derecho a una retracción definido por la racionalidad técnica instrumental. Síntesis crítica de Kant será el eje inferior de toda la reflexión, teniendo en cuenta la complejidad de la razón moderna que subyace en el concepto de la Aufklärung. Para llevar a cabo tal tarea, empleamos el método de análisis genealógico de Foucault para demostrar que potencias hegemónicas de conocimiento , desde una comprensión unilateral y limitada del concepto de Aufklärung, han hecho imposible el proyecto de justicia como imparcialidad, derivado del constructivismo kantiana .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Aufklärung, Decisionismo, La ética utilitaria, Funcionalismo sociológico, Genealogía

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende realizar um encontro entre construções teórico-metodológicas emergentes na Europa do século XIX – especificamente o utilitarismo e o funcionalismo – para localizar ali a gestação do que vamos chamar de paradigma decisionista, que vai tomar de assalto a dinâmica jurídica no século XX, seja como discurso de justificação do direito ou como discurso de aplicação do direito.

O referencial teórico-metodológico é o conceito de *Aufklärung*[1] segundo Kant (2003), que descortina dois eixos de reflexão: por um lado, a teoria da justiça de Rawls (1971) como uma construção tributária do construtivismo kantiano e que pretende oferecer um contraponto ao caldo de cultura utilitarista hegemônico na dinâmica político-jurídica atual. O segundo eixo do mesmo referencial é o método genealógico utilizado por Foucault (2008), que localiza os aspectos prático-discursivos da reprodução de relações de saber e de poder que fabricam verdades e subjetividades.

O decisionismo jurídico, neste contexto, simboliza o avesso de uma dinâmica jurídica moderna, posto tratar-se de um artifício para burlar a universalidade, ou seja, o próprio parâmetro de racionalidade do direito. A generalização e até mesmo a hegemonização do decisionismo na dinâmica político-jurídica das sociedades (pretensamente) modernas dá mostras de um descontrole do controle. Com o Estado reproduzindo a dinâmica do mercado (WEBER, 2009), a orientação técnica em prol da redução de complexidade ganha mais expressão. Neste contexto a dinâmica jurídica se torna refém do aparato burocrático-estatal, posto que o Estado assume a função de administrar a vida maximizando a felicidade. Percebe-se que o Estado e demais instituições reguladoras empreendem um processo de objetivação da subjetividade, isso porque a cultura política utilitarista/funcionalista pressupõe um tipo particular de sujeito que essa mesma cultura pretende universalizar, apoiando-se, para tanto, no aparato estatal e no mercado como instituições viabilizadoras da maior felicidade e da complexa teia de interdependência caracterizadora da solidariedade orgânica.

Depois de uma genealogia do decisionismo a partir das estruturas de pensamento utilitarista e funcionalista, acusamos nas referências a Kelsen fotografias desse cenário. O

[1] Utilizamos a expressão Aufklärung na perspectiva kantiana (KANT, 2003), ou seja, trata-se de um novo tempo, um momento de corte em que o sujeito se emancipa, ancorado na ousadia, na coragem de pensar e agir por si próprio e fazendo um uso público da razão. Por tal perspectiva, a Aufklarung emerge como um projeto de sociedade compromissado com a dignidade da pessoa humana.

diagnóstico da absoluta impotência da ciência do direito frente ao poder de decisão das autoridades estatais (KELSEN, 2009) evidencia as proporções alcançadas pela apreensão unilateral da *Aufklärung*.

Assim vamos explorar a complexidade do pensamento kantiano também em nossa hipótese, posto que o viés crítico e interdisciplinar de nossa pesquisa nos leva à consideração de que utilitarismo e funcionalismo, enquanto estruturas de racionalidade ou sistemas de pensamento, materializam uma apreensão unilateral quanto à recepção das lições de Kant, o que levou a um progressivo processo de redução da complexidade da razão e da subjetividade que repercutiu na redução de complexidade do processo de construção social da normatividade jurídica e, finalmente, na identificação das decisões jurídicas com atos de vontade de autoridades do Estado.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 *Aufklärung* e complexidade da razão

Kant talvez tenha sido um dos mais hábeis intelectuais quando se tratou de sintetizar as condições de possibilidade do conhecimento científico, dos comportamentos enquanto ações morais e jurídicas, e do sentimento do belo. Kant mostrou que a razão se desmembra em razão pura, razão prática e razão estética, ou seja, o parâmetro de racionalidade do conhecimento científico (teórico-abstrato) tem uma estrutura própria, não se confundindo com o parâmetro de racionalidade dos comportamentos (a moral e o direito). Nenhum desses parâmetros se identificam com a estrutura da razão estética, que trata da universalização do sentimento do belo. Sustentamos que Kant, por tal perspectiva, sintetizou toda a complexidade de um projeto racional de sociedade moderna, dando visibilidade a essas três faces da razão que, obviamente, devem se integrar no âmbito existencial do sujeito que vive em sociedade.

Esquematicamente, podemos dizer que na perspectiva crítica kantiana o projeto de uma sociedade moderna é sintetizado pelo conceito de *Aufklärung* (KANT, 2003), que remete a um novo tempo, um momento de ruptura com o passado e de afirmação da razão pela emancipação dos sujeitos. Fica claro que a articulação entre *Aufklärung* e as três críticas – crítica da razão pura, crítica da razão prática e crítica da razão estética – é um indicativo da

complexidade das configurações sociais pretensamente modernas. Neste cenário Kant sustenta que a tarefa de definir o direito é infinita, considerando que o fundamento do direito moderno é a promoção e a garantia da liberdade, mas considerando também que o que distingue o direito de uma série de fenômenos de regulação da vida em sociedade é a constrição, ou seja, o poder de restringir a liberdade dos sujeitos. Eis um bom indicativo da complexidade que envolve toda a dinâmica jurídica moderna, considerando-se a produção, a interpretação e a aplicação do direito.

A síntese kantiana, inserida em um contexto de corte que colocava em evidência a subjetividade, como o demonstram as próprias lições de Kant em torno da dignidade e da autonomia do sujeito racional, remete à imensa complexidade de um projeto de sociedade engajado na universalização da liberdade, da igualdade e da solidariedade. É possível considerar que tão grande pretensão acarretou alguma desorientação e muita frustração, posto que para a realização da emancipação individual e social seria necessária a articulação entre a racionalidade técnico-instrumental (razão pura), a racionalidade moral-prática e a racionalidade estética.

Contudo, se a quebra por trás das revoluções político-jurídicas que lançaram as bases de um Estado Constitucional de Direito centrado na universalização da dignidade da pessoa humana trouxe alguma angústia existencial refletida no âmbito da produção científica, normativa e estética, essa angústia logo seria superada por outra quebra que marca a hegemonia da razão pura em relação às outras faces da razão. Com a industrialização o processo de modernização passa a ganhar contornos específicos. A estabilização de uma dinâmica social pautada na eficiência, ou seja, na produção de resultados derivados da observação empírica e do cálculo, traz uma reconfiguração do projeto de sociedade moderna.

Em termos analíticos, considerando o esquema kantiano sintetizador da complexidade da estrutura de racionalidade moderna, percebe-se, a partir da primeira metade do século XIX, um desprezo generalizado em relação à razão prática e à razão estética. É o panorama decorrente do sucesso da filosofia positiva proposta por Comte, em que o pensamento positivo é identificado com o raciocínio lógico-matemático e com a ideia de ordem e progresso.

Neste contexto a dinâmica social é assimilada a uma dinâmica fisicalista, considerando-se a influência das teorias naturalistas-evolucionistas no pensamento positivista emergente. Isso porque o cálculo desponta, neste cenário, como a alavanca para o desenvolvimento individual e social. Sustentamos que o utilitarismo filosófico e o funcionalismo sociológico se afirmam como reflexos dessa estrutura de pensamento redutora

da complexidade da razão e da sociedade modernas. As construções teórico-metodológicas do utilitarismo e do funcionalismo impulsionam tal redução de complexidade do fenômeno jurídico que é possível visualizar, neste contexto histórico-social, a identificação do direito com os objetivos do Estado soberano. A partir desta identificação legitima-se o decisionismo como ato de vontade objetivo do Estado.

2.2 A ética utilitária, o funcionalismo sociológico e o giro para o decisionismo como derrota da ciência do direito

O utilitarismo será aqui apresentado com o subsídio de três grandes clássicos representantes da corrente filosófica moral: Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1873) e Henry Sidgwick (1838 – 1900).[2]

O fato de o utilitarismo não recorrer a nenhuma entidade metafísica e, também, por determinar a aplicação do princípio da utilidade de maneira teleológica, de forma a aumentar o saldo líquido das felicidades sociais, torna-o mais atraente dentro do cenário filosófico de sua criação e, por isso, ele passa a ser adotado por grande parte de pensadores de sua época.

O utilitarismo clássico é representado por um importante filósofo moral inglês chamado Jeremy Bentham que, ao escrever sobre ética, defendeu que a conduta correta da pessoa ou das instituições sociais deveria ser aquela pautada pela maximização da felicidade, do bem-estar social.

A teoria de Bentham tem característica teleológica que se aplica tanto na relação governamental, no âmbito da sociedade em geral, quanto nas questões da ética individual, nas práticas individuais das pessoas morais (BENTHAM, 1989).

O autor utiliza a distinção entre dor e prazer para mostrar que é sob a égide desses dois sentimentos que as pessoas agem. Para ele, esses dois impulsos básicos que dominam a vida humana devem ser aplicados na prática de políticas públicas, portanto, para além das ações individuais.

Ressalte-se que essa ética oferece concepção filosófica para as relações políticas na dimensão individual e na social. Em ambas as dimensões, é preciso efetivar em máxima

[2] Têm-se também outros grandes nomes de autores utilitários, como David Hume (1711-1776) e Adam Smith (1723-1790), mas, neste estudo, restringe-se tão somente aos três autores clássicos do utilitarismo por serem, em grande parte, citados por Rawls e contrapostos à filosofia liberal igualitária.

medida a felicidade individual e da sociedade em geral. Em *Principles of moral and legislation* (1989), Bentham expõe:

> A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, dor e prazer. Somente eles apontam o que nós devemos fazer, bem como determinam o que faremos. Por um lado, o padrão de certo e errado, de outro, a corrente de causas e efeitos são presas ao seu trono. Eles nos governam em tudo o que fazemos, em tudo que falamos, em tudo o que pensamos: todo o esforço que podemos fazer para nos livrarmos de nossa sujeição servirá apenas para demonstrá-la e confirmá-la. Nas palavras um homem pode fingir abjurar seu império: mas na realidade ele permanecerá sujeito a ele o tempo todo. O princípio da utilidade reconhece essa sujeição e o assume como a base desse sistema, cujo objeto é erguer o tecido da felicidade pelas mãos da razão e do direito. Sistemas que tentam questioná-la, lidam com sons em vez de sentido, com capricho em vez da razão, com a escuridão em vez de luz. (1989, p. 14, tradução nossa).[3]

Para Bentham, o impulso básico das ações humanas, o prazer, deve governar a atitude correta nos casos práticos. Enquanto impulso que dirige a pessoa individual na realização dos seus desejos, o prazer deve ser considerado como fundamento da ação correta no ato de tomada de decisão pelos legisladores. Estes, seguindo o princípio da utilidade, deveriam criar políticas e leis que maximizassem a felicidade de toda a sociedade.

A doutrina utilitária tem como característica intrínseca a sua aplicação na vida prática e social, já que a dor e o prazer são os soberanos que dominam todos os seres humanos. É em virtude dessa abrangência que essa corrente mostra sua amplitude na resolução de questões básicas da vida individual e coletiva de uma sociedade.

O utilitarismo de Bentham não distingue os prazeres na sociedade, ou seja, não discerne os mais e os menos preferíveis. O autor, diferentemente do que ocorrerá em Mill, não julga o valor moral desses impulsos.

Em Bentham, não se pode presumir que um valor seja preferível a outro, não há uma hierarquia de valores preferíveis, a não ser quando se utiliza do método quantitativo, cujo cálculo pode estabelecer critérios de medida para sua escolha. Isso significa que quanto mais pessoas preferirem um valor mais deve ser ele aplicado na sociedade.

Sob o fundamento de se saber qual será o saldo líquido mais positivo dentre as ações desejáveis nas relações individuais e sociais é que a ética utilitária se guia pelo

[3] Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality he will remain. Subject to it all the while. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law. Systems which attempt to question it, deal in sounds instead of sense, in caprice instead of reason, in darkness instead of light.

consequencialismo. As ações individuais e institucionais sempre devem ser guiadas para a aplicação do princípio da utilidade e, consequentemente, para aumentar o bem-estar social (BENTHAM, 1989).

O utilitarismo tem por característica ser teleológico. Ele estabelece previamente um fim a ser alcançado e adapta o meio a esse fim para que se alcance o escopo desejado. Dessa forma, a partir da perspectiva da ética utilitária, seriam justificáveis decisões que envolvam o sacrifício de parte do corpo social para que se maximize a felicidade da maioria da sociedade.

O utilitarismo, por ser teleológico, determina o que é o bem social antes mesmo de se estabelecer o que seria o justo. A concepção de bem é pré-constituída independentemente de qualquer concepção individual de direito ou de justiça que se tenha na sociedade. A realização da justiça, a partir da concepção utilitária, ocorreria pela aplicação do princípio da utilidade que, na tomada da dianteira das ações políticas e jurídicas nos atos decisórios pessoais e institucionais, elevaria a sociedade a um saldo líquido maior de satisfação.

No utilitarismo, as instituições públicas são valoradas de acordo com sua propensão em promover a felicidade social. Nessa corrente ética, há somente uma única opção para o ajuste dos pesos entre os princípios, que é a efetividade da felicidade. Conforme diz Ricoeur: "Com efeito, o utilitarismo é uma doutrina teleológica, na medida em que define a justiça como a maximização do bem para o maior número de indivíduos" (RICOEUR, 1995, p. 64). Ou, ainda, como o próprio Rawls afirma:

> [...] o utilitarismo é uma teoria teleológica ao passo que a justiça como imparcialidade não o é. Por definição, portanto, a segunda é uma teoria **deontológica**, que ou não especifica o bem independentemente do justo, ou não interpreta o justo como maximizador do bem. (RAWLS, 1971, p. 30, tradução nossa).[4]

A filosofia moral utilitária, ao atribuir prioridade à concepção de bem-estar social, aceita sacrifícios e violação de direitos individuais para alcançar sua finalidade última. A ideia de bem é dominante e acaba por realizar uma interpretação que estende a visão de um único indivíduo para aplicá-la a toda a sociedade. Para que a maximização da felicidade ocorra e para que essa extensão funcione, o utilitarismo "funde" todas as pessoas da sociedade em atos de um "indivíduo imparcial", em busca de uma maior efetividade. Para Rawls, "o utilitarismo não leva a sério a distinção entre pessoas." (RAWLS, 1971, p. 27, tradução nossa).[5]

---

[4] That utilitarianism is a teleological theory whereas justice as fairness is not. By definition, then, the latter is a deontological theory, one that either does not specify the good independently from the right, or does not interpret the right as maximizing the good.

[5] Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons.

John Stuart Mill (1773-1836), filho do também filósofo James Mill, foi além dos questionamentos de Bentham, desenvolvendo sua própria versão utilitária da ética aplicada às práticas sociais e institucionais. Ressalte-se, porém, de antemão, que também ele fica preso às questões discricionárias, teleológicas e da justiça majoritária presentes no utilitarismo anterior.

Mill foi um dos grandes ícones do utilitarismo clássico do século XIX. Exibe uma das primeiras considerações a respeito do que se considera democracia liberal e tenta, em grande parte do seu trabalho, trazer soluções para o uso do poder contra as forças governamentais paternalistas e tirânicas.

Ele foi um dos primeiros a pensar a separação entre as esferas pública e privada e a listar algumas liberdades mais importantes, como, por exemplo, a liberdade de pensamento, consciência, opinião e o direito de definição pelo indivíduo de seu próprio projeto de vida (CUNNINGHAM, 2009). Sua preocupação é de que houvesse um governo que, em sua maior medida, fosse democrático e representativo do povo.

Na obra *On Liberty* (1859), ele disserta sobre a liberdade individual, defendendo a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade das pessoas para realizarem suas próprias vontades e a não intervenção do governo nas vidas individuais.

O autor questiona como em uma democracia liberal ocorreriam políticas públicas favoráveis à igualdade social. Ele trata, basicamente, da liberdade moderna, quer dizer, da liberdade civil e social, "a natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo" (MILL, 2011, p. 19, tradução nossa).[6]

Mill faz um ajuste teórico quanto à prática da independência individual e do controle social na gestão coletiva para pôr fim a qualquer poder soberano que não seja o popular. A liberdade é para ele o estímulo para o desenvolvimento humano por possibilitar a discussão contínua e a correção dos erros pela experiência.

Poucos anos depois, com o livro *Utilitarism* (1863), em seu 5º capítulo, "On the connation between justice and utility", tenta dissolver as críticas ao utilitarismo e mostrar que a justiça pode ser aplicada no campo da utilidade social. Nessa obra, busca poupar essa corrente das objeções dos críticos e mostrar que não é só a distinção pura e simples entre prazer e dor que deve guiar o utilitarismo, como defendeu Bentham.

[6] The nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual.

Para Mill, há prazeres que podem ser mais desejáveis, portanto, de aplicação preferencial. Assim, segundo ele, seria possível conferir valores aos prazeres, como um rol valorativo prioritário da efetividade desses prazeres:

> Se me perguntarem o que entendo pela diferença qualitativa de prazeres, ou o que faz um prazer mais valioso que outro, simplesmente enquanto prazer e não por ser maior em quantidade, só há uma resposta possível. De dois prazeres, se houver um ao qual todos ou quase todos aqueles que tiveram a experiência de ambos derem uma preferência decidida, independentemente de sentirem qualquer obrigação moral para o preferir, então será esse o prazer mais desejável. Se um dos dois for colocado por aqueles que estão competentemente familiarizados com ambos tão acima do outro que o preferem, mesmo sabendo que é acompanhado de um maior descontentamento, e se não abdicariam dele por qualquer quantidade do outro prazer acessível à sua natureza, então, teremos razão para atribuir ao deleite preferido uma superioridade em qualidade que ultrapassa de tal modo a quantidade que esta se torna, por comparação, pouco importante (MILL, 2011, p. 50, tradução nossa).[7]

A teoria utilitária de Mill cria, pois, uma ordem valorativa dos prazeres que deverão guiar as ações individuais e coletivas. Mas ela acaba também por ter, como prerrogativa de validade das ações, a maximização da felicidade pautada na qualificação dos desejos preferenciais.

Assim como em Bentham, em Mill também é possível sacrificar alguns poucos indivíduos para favorecer muitos outros, ou pode-se abdicar de efetivar algumas liberdades básicas de pessoas ou grupos sociais minoritários para beneficiar uma maioria de outras pessoas. O utilitarismo acaba por tratar as pessoas como utilidade, uma vez que são utilizadas como meio para se alcançar um objetivo maior, um bem maior, que é o maior saldo líquido de felicidade social. Em outras palavras, para os defensores dessa corrente, as pessoas somente são reconhecidas como tais se forem úteis para se alcançar o bem, a maximização da felicidade e do bem-estar social.

O desenvolvimento desse pensamento filosófico acaba por desconsiderar, ou melhor, não se interessar por qualquer possibilidade de reconhecimento do conceito de "*pessoa*" que não seja aquela pessoa "*portadora de utilidade*" (VITA, 1992, p. 6).

O resultado da influência do utilitarismo, à sua época, parece ter levado toda a estrutura social à adoção de uma única possibilidade de atitude ética. A partir do momento de

---

[7] If I am asked, what I mean by difference of quality in pleasures, or what makes one pleasure more valuable than another, merely as a pleasure, except its being great in amount, there is but one possible answer. Of two pleasures, if there be one to which all or almost all who have experience of both give a decided preference, irrespective of any feeling of moral obligation to prefer it, that is the more desirable pleasure. Of the two is, by those who are competently acquainted with both, placed so far above the other that they prefer it, even though knowing it to be attended with a greater amount of discontent, and would not resign it for any quantity of the other pleasure which their nature is capable of, we are justified in ascribing to the preferred enjoyment a superiority in quality, so far outweighing quantity as to render it, in comparison, of small account.

seu surgimento, a teoria utilitária passou a ser, em virtude de todo o contexto histórico, político, econômico e social, a estrutura de pensamento das políticas públicas e governamentais que maximizam a felicidade e a utilidade social.

O método de Henry Sidgwick, o terceiro e último dos clássicos utilitaristas visitado, decorre do seu conhecimento dos autores e das tradições centrais da ética filosófica para realização de comparações entre eles. Na obra denominada A História da Ética (Outlines of history of ethics for english readers), de 1886, o autor percorre os principais autores da filosofia clássica até os principais nomes da filosofia de seu tempo, no século XIX.

Em seu trabalho principal, Os Métodos da Ética (The Methods of Ethics), de1874, trata do caminho para a obtenção das convicções fundamentadas quanto ao que se deve fazer ao aplicar um ou mais princípios éticos. Essa obra é importante por se dedicar à tarefa de prover a comparação sistemática das concepções morais significativas do mundo filosófico. Ela foi dividida em quatro livros: no primeiro, expõe os limites da ética e sua relação com a política; no segundo, trata do hedonismo egoísta; no terceiro, dispõe a respeito do intuicionismo e, por último, no livro IV, discorre sobre o utilitarismo.

O autor entende o utilitarismo como teoria ética que "em qualquer circunstância a coisa certa a se fazer objetivamente é o que vai produzir a maior quantidade de felicidade em geral" (SIDGWICK, 1877, p 379).[8] O utilitarismo de Sidgwick também tem como escopo último alcançar o bem-estar social, a maximização da felicidade. Assim, mostra-se com os pés fincados na estrutura teórica teleológica.

A ideia principal do autor é de que a sociedade está organizada de maneira correta, de forma que suas instituições estão aptas a alcançar o maior nível de satisfação de todos os indivíduos. Mas, ressalte-se, é no modo como essa satisfação será concretizada que reside um dos problemas da ética utilitária.

O mérito das filosofias utilitárias, e com Sidgwick não é diferente, está na clareza e facilidade de indicar a prioridade dos direitos que serão aplicados em uma sociedade que se pretende com um saldo máximo de felicidade.

O utilitarismo clássico de Sidgwick também evita fazer apelo à intuição e atribui à concepção de princípio da utilidade a posição de único e supremo critério para o ajuste de pesos em uma sociedade. Para o autor, o único princípio que não precisa de uma justificação especial para sua aplicação é o de utilidade, já que ele é razoável para aplicação por qualquer

[8] In any given circumstances the objectively right thing to do is what will produce the greatest amount of happiness on the whole.

pessoa, em qualquer situação, não havendo, pois, razão para tratá-lo de maneira diferente (SIDGWICK, 1877).

Será o princípio da utilidade que realizará o papel determinante para a escolha do que seria o correto a se fazer? Será ele que satisfará os juízos morais? A posição de Sidgwick em relação à racionalidade está voltada exclusivamente para a aplicação do princípio da utilidade e, portanto, para a maximização da felicidade. Sidgwick afirma que o prazer deve ser o único fim racional a orientar as ações corretas a serem tomadas.

O utilitarismo de Sidgwick acaba por fundamentar sua teoria como os demais utilitaristas, quer dizer, apesar de haver vários princípios a serem aplicados como motivos de uma ação, o da utilidade sempre será o governante para que as ações humanas sejam fundamentadas.

O método do autor é um tanto subjetivo e não aponta para uma construção objetiva da normatividade, uma vez que os prazeres e as dores são impulsos particulares e sempre serão eles a dirigir as ações utilitárias. Em suma, Sidgwick impossibilita a criação de um procedimento normativo ou de um método único e objetivo de escolha dos princípios por defender sempre, em última análise, o princípio da utilidade.

Pelo exposto, as práticas utilitárias seguem a máxima de se aumentar o saldo líquido de felicidade na sociedade. Tanto as teorias de Bentham e Mill quanto os métodos da ética de Sidgwick estão embasados no princípio da utilidade. E todos eles pretendem apresentar uma resposta satisfatória para as práticas individuais e institucionais no ato de tomada de decisão.

Pelo fato de atribuírem essas teorias uma finalidade às condutas humanas de modo a maximizarem a felicidade social, independentemente de qualquer outro direito ou princípio que venha a ser defendido, conferem ao princípio da utilidade valoração diferenciada dos demais princípios.

A finalidade do princípio da utilidade e, consequentemente, das teorias éticas que nele se fundamentam, é aumentar o saldo líquido de felicidade sem que se pense em um procedimento de construção normativa, possibilitando, assim, os ajustes dos meios aos fins para alcançar o escopo pretendido.

Basicamente todos os autores dessa corrente aqui apresentados estão em busca de um bom governo, de uma boa aplicação da política na sociedade para que esta se torne mais feliz e, portanto, mais justa. A ética utilitária tem seu fundamento na filosofia moral. Os utilitários, em busca de conquistar um bom governo, aplicam sua ética filosófica à política, de tal forma que todas as ações institucionais, sejam elas políticas ou jurídicas, devam ser pautadas e fundamentadas na maximização do prazer.

As teorias éticas são teleológicas ao determinarem uma finalidade ética a ser alcançada antes mesmo de estabelecerem um procedimento que possibilite a melhor escolha de princípios a serem adotados.

O fato de já saberem os autores utilitaristas qual a melhor resposta perante as decisões institucionais – qual seja, aquela que aplica o princípio da utilidade, que aumenta o saldo líquido de satisfação – não possibilita que o procedimento de construção normativa tome a dianteira como base para se encontrar a melhor decisão. Ao contrário, a ética moral utilitária não possui dúvidas quanto à aplicação dos princípios, ela adapta seu meio ao fim já que a decisão é previamente estabelecida.

Desse modo, ao não adotarem o procedimento de construção normativa na base da estrutura das instituições, os utilitaristas determinam o papel do agente público como o de aplicador do princípio da utilidade. A partir do momento em que se predetermina a concepção de justiça de uma sociedade, as instituições passam a agir de maneira delegada para alcançarem esse escopo. Mas ao se determinar uma finalidade prévia às instituições públicas, sob o fundamento de se efetivar o princípio da utilidade, acaba-se promovendo-se instituições que agem sozinhas na construção de decisões ou de pseudo-procedimentos de construção normativa, muitas vezes até mesmo substituindo o papel do legislador no ato de regulamentar assuntos que são de interesse público.

Com as bases do método funcionalista de análise social, considerando as principais contribuições de Durkheim para pensamento social emergente, damos prosseguimento à genealogia do decisionismo.

A grande chave do método funcionalista está em viabilizar o projeto já idealizado por Comte. Para tanto Durkheim se aplica em precauções metodológicas que, em apertada síntese, consistem em abstrair a subjetividade de sua análise social: tratar os fatos sociais como coisa, ou seja, focar a análise científica da sociedade nas instituições, posto que estas estruturas estáveis regulam a vida dos indivíduos viabilizando a coesão social por meio da padronização dos comportamentos. A ênfase nas instituições justificam o pressuposto de uma sociedade anterior e exterior aos indivíduos, ou seja, uma sociedade autônoma e independente dos sujeitos que a compõem (DURKHEIM, 2007).

Percebe-se na arquitetura analítica trazida por Durkheim (2008) evidentes elementos de uma apreensão unilateral e limitada da razão moderna. Por isso consideramos que o autor, possivelmente vítima das limitações metodológicas e analíticas reproduzidas pelas instituições de pesquisa do seu tempo, contribuiu para a cultura decisionista no âmbito do direito e do Estado contemporâneos.

Para o funcionalismo sociológico o Estado, o direito, a escola, a divisão social do trabalho – apenas alguns exemplos de instituições referenciais nas sociedades complexas – têm a função de garantir o funcionamento estável da sociedade. Para tanto essas instituições estabilizam os comportamentos, gerando assim previsibilidade e a sensação de segurança social.

Especialmente interessante é o panorama de solidariedade subjacente à dinâmica social (DURKHEIM, 2007). No caso das sociedades complexas típicas do mundo moderno a solidariedade orgânica, decorrente da estabilização institucional, promoveria uma moral coletiva materializada em uma rede de interdependências que reproduz a harmonia social. Durkheim não se percebe inserido em um contexto liberal-burguês em que apenas esse sujeito burguês pode colher os frutos daquela "interdependência".

Neste cenário a dinâmica jurídica reproduz uma ilusão de solidariedade, enquanto os que não se adequam às prescrições jurídico-normativas abstratas e gerais vão compor o limbo social do sistema carcerário. Num contexto em que os Estados "liberais" assumiam sua população como sua riqueza em potencial, era preciso otimizar a utilidade econômica dos corpos e das sociedades (FOUCAULT, 2008). As instituições jurídico-estatais, geridas à margem da dinâmica social, reproduziram o mesmo perfil autoritário com práticas decisionistas viabilizadoras dos projetos do Estado, deixando à margem significativa parcela da sociedade.

O funcionalismo sociológico chegou a ser encampado por políticas sociais públicas realizadas por Estados que conviviam com fenômenos de extrema urbanização. Neste contexto, o funcionalismo realizou uma função de controle e de gestão social, visando ao atingimento de metas definidas pelo próprio Estado.

Por essa análise sociológica que estranhamente difunde uma abordagem apologética do direito, o judiciário, o legislativo e o executivo atuariam sob o crivo da razão, promovendo a maior felicidade para o maior número de pessoas, quer dizer, promovendo a solidariedade materializada em uma vasta rede de interdependência.

No âmbito da transição paradigmática entre o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito, momento histórico que coincide com a produção intelectual de Durkheim, percebe-se a conveniência do Estado em expansão adotar métodos eficazes de controle social.

O Estado Social demanda uma maior permeabilidade social, posto que o Estado está comprometido com a otimização da felicidade da sociedade. Neste cenário apontamos a guinada para o decisionismo no âmbito da teoria pura do direito (KELSEN, 2009), uma teoria

que a princípio pode ser considerada uma rigorosa aplicação dos princípios subjacentes ao funcionalismo sociológico.

A dinâmica jurídica kelseniana é talvez a mais poderosa construção de um sistema jurídico autorreferencial. A norma fundamental como pressuposto lógico-transcendental, demarcando os limites do conhecimento do jurídico (KELSEN, 2009), apresenta-se como uma muito sagaz aplicação do processo de redução de complexidade do fenômeno jurídico, o que por tal perspectiva certamente elimina qualquer risco de dilemas insolúveis no âmbito da dinâmica jurídica, ou seja, no processo de construção, interpretação e aplicação do direito. Aliás a função da dinâmica jurídica segundo o princípio dinâmico (KELSEN, 2009) está em apreender cientificamente o direito apenas considerando-se as relações internas entre as normas sistematicamente ordenadas.

A dinâmica jurídica kelseniana é o reflexo do olhar utilitarista/funcionalista ao mostrar, inicialmente, um sistema autorreferente de normas válidas que funciona a partir de um corte arbitrário. Num segundo momento, Kelsen percebe que a estrutura da norma jurídica não pode ser tão simplificada, mantendo-se o *status* de axioma inequívoco materializado em lei. O autor indica que as normas jurídicas são polissêmicas, logo ao menos relativamente indeterminadas. Por tal perspectiva Kelsen aponta que a função de definir o significado último das normas jurídicas é do intérprete autêntico, ou seja, dos agentes estatais autorizados pelo próprio Estado a tomar uma decisão.

Kelsen, com o giro para o decisionismo, deixou um legado de crise para a filosofia do direito. O autor simboliza o paradigma decisionista que evidencia a impotência da razão pura. Neste contexto o direito, bem como as demais instituições reguladoras da vida em sociedade, se reduzem a um projeto imposto de governo e de sociedade que subverte o Estado de Direito.

2.3 O construtivismo kantiano como alternativa contrária às éticas utilitárias

Para Rawls, os utilitaristas estão presos a uma mistura desordenada de princípios incoerentes que não possibilitam pensar a distribuição de direitos e liberdades justas na sociedade. O autor reage contrariamente a essas teorias adotando a concepção kantiana de pessoa que surge como um contraponto à ética utilitária.

A teoria da justiça como imparcialidade de Rawls tem como característica a aceitação dos diferentes projetos de vida que, para ele, são igualmente válidos. Isso alude à defesa de que não há uma finalidade última (teleológica) que não seja o respeito às pessoas como livres e iguais a todas as demais.

Rawls parte de uma visão construtivista de justiça para apresentar um método de justificação dos argumentos que serão a base da justiça como imparcialidade. Pode-se dizer que a concepção particular de pessoa em Kant é o eixo gravitacional do procedimento de construção normativa para a qual Rawls busca fundamento.

Por construtivismo, deve-se entender um modelo de abordagem de questões morais que tem o intuito de explicitar, organizar e tornar coerentes os pressupostos de preceitos e valores que regem o procedimento, com o objetivo de argumentar sobre a validade desses preceitos e valores. Trata-se de uma visão de análise que busca um modelo de justificação procedimental.

> Em um sentido estrito, a visão construtivista apenas propõe procedimentos que os agentes podem usar para estabelecer princípios para guiar a ação, enquanto que, no sentido amplo, tem-se ainda que justificar aqueles procedimentos e fundamentar juízos normativos objetivos (O'NEIL, 2003, p. 355-356, tradução nossa).[9]

Ou seja, a visão construtivista pretende relacionar um modelo de análise com um modelo de justificação, pois o próprio procedimento necessita ser justificado, visto que, na medida em que isso ocorre, os princípios que dele resultam também o são.

Rawls parte da ideia de que, para uma concepção ser chamada de construtivista, exige-se a elaboração de um procedimento baseado em uma noção de pessoa bastante complexa: a pessoa como um fim em si mesmo.

Essa pessoa possui as características de livre, igual e racional, e, portanto, capaz de fornecer as bases para o procedimento de justificação que deve reger as deliberações ocorridas no procedimento de construção das ideias norteadoras da justiça como imparcialidade.

> Na *Crítica da Razão Prática*, Kant demonstrou ser impossível construirmos uma moral universal a partir do conceito de felicidade, uma vez que "aquilo em que cada um coloca sua felicidade tem a ver com seu sentimento particular de prazer ou de desprazer (...), que em sujeitos diferentes pode, e tem que ser, muito diferente". Em outros termos: aquilo que me causa felicidade depende do que me causa prazer, e o que causa prazer em um homem é diferente do que causa prazer em outro homem, ou seja: é determinado empiricamente, e portanto não pode ser universalizado. Exatamente por isso é preciso que o fundamento da moral seja apenas formal e

[9] In limits sense that they propose procedures which agents can use to establish principles to guide action but not in the fuller sense of justifying those procedures and grounding objective normative judgments.

> racional, tal como Kant demonstrou na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Na moral, é possível se determinar racionalmente, e *a priori*, como o homem deve agir, independentemente de toda inclinação e de toda situação ou condição empírica. (GALUPPO, no prelo).

Ao conceber a pessoa como racional e autônoma, que age através de suas finalidades e seus deveres, o construtivismo kantiano atribui à pessoa o reino dos fins e obrigações. Reconhecer que a pessoa é um fim em si mesmo significa dizer que ela é detentora de dignidade, não podendo ser utilizada como um meio, a não ser um meio restritivo para todos os fins possíveis. Kant afirma nesse sentido:

> Uma pessoa é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. A personalidade moral não é, portanto, mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais. Disto resulta que uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma (ou isoladamente ou, ao menos, juntamente com os outros). (KANT, 2003, p. 66).

O construtivismo kantiano se caracteriza pela argumentação (construção) dos pressupostos de validade e utilização dos preceitos morais que irão ser abraçados em respeito à lei moral. Para Kant, "o princípio supremo da doutrina dos costumes é, portanto: age com base em máxima que pode também ter validade como uma lei universal. Qualquer máxima que não seja assim qualificada é contrária à moral." (2003, p. 68).

Para o filósofo de Königsberg, os princípios morais escolhidos pelas pessoas "definem a lei moral que os homens racionalmente podem desejar para dirigir sua conduta numa comunidade ética". (RAWLS, 1971, p. 251, tradução nossa).[10] Esses princípios morais de uma comunidade ética estabelecem o reino dos fins. Assim, não só devem ser aceitos por todos como também devem ser públicos.

> Uma vez que Kant atribui à moral uma pretensão de universalidade, ele estabelece um procedimento puramente formal para descobrir o conteúdo da norma moral para cada ação concreta. Esse requisito é satisfeito com a formulação do imperativo categórico, que permite reconhecer o dever em cada circunstância. (GALUPPO, no prelo).

A defesa desse argumento em Kant é possível porque ele entende que as condições que levam as pessoas a acatarem a legislação moral é o fato de estarem em um mesmo nível de liberdade.

O que possibilita a ideia do construtivismo kantiano é a concepção de pessoa livre e igual, senhora de si mesma, que define o trajeto das suas leis morais, portanto, quais são suas

[10] Define the moral law that men can rationally will to govern their conduct in an ethical commonwealth.

obrigações e deveres perante as outras pessoas e a sociedade. A obrigação em Kant "é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão." (KANT, 2003, p. 68).

> Um imperativo é uma regra prática pela qual uma ação em si mesma contingente é tornada necessária. Um imperativo difere de uma lei prática em que uma lei efetivamente representa uma ação como necessária, mas não considera se esta ação já é inerente por força de uma necessidade interna ao sujeito agente (como num *ser* santo) ou se é contingente (como no ser humano), pois quando ocorre o primeiro desses casos não há imperativo. Por conseguinte, um imperativo é uma regra cuja representação torna necessária uma ação que é subjetivamente contingente e assim representa o sujeito como aquele que tem que ser constrangido (compelido) a conformar-se à regra. Um imperativo categórico (incondicional) é aquele que representa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária não indiretamente através da representação de algum fim que se pode ser atingido pela ação, mas através da mera representação dessa própria ação (sua forma) e, por conseguinte, diretamente. Nenhuma outra doutrina prática é capaz de fornecer exemplos de tais imperativos, exceto aquela que prescreve obrigação (a doutrina dos costumes). [...] O fundamento da possibilidade dos imperativos categóricos é o seguinte: não se referem a nenhuma outra propriedade da escolha [...], salvo simplesmente a sua liberdade. (KANT, 2003, p. 65).

Se a responsabilidade das ações legais advém da relação entre as pessoas, a realidade que está posta é fruto da racionalidade humana que se coloca como legisladora institucional, universal.

A teoria da justiça como imparcialidade adota uma estrutura filosófica deontológica, em contraponto à estrutura de justificação dos argumentos do utilitarismo, que é teleológica. Kant possibilita a construção normativa por via da concepção de pessoa que, no uso de sua liberdade, atribui-se obrigações.

A pessoa em Kant é um fim absoluto, não relativo. Afirmar que a pessoa é dotada de autonomia também quer dizer que ela determina suas próprias leis morais em liberdade. A pessoa deve ter sua dignidade assegurada, não podendo ser utilizada simplesmente para este ou aquele querer, para essa ou aquela utilidade. Ela deve ser considerada como legisladora de si, um legislador universal. Segundo Rawls:

> Assim, respeitar as pessoas é reconhecer que elas possuem uma inviolabilidade fundada na justiça, que não pode ser sobrepujada nem mesmo pelo bem-estar da sociedade como um todo. É afirmar que a perda de liberdade por parte de alguns não pode ser justificada pelo bem-estar da sociedade como um todo. As prioridades lexicais da justiça representam o valor das pessoas que, segundo Kant, estão acima de qualquer preço (RAWLS, 1971, p. 587, tradução nossa).[11]

[11] Thus to respect persons is to recognize that they possess an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. It is to affirm that the loss of freedom for some is not made right by a greater welfare enjoyed by others. They lexical priorities of justice represent the value of persons that Kant says is beyond all price.

Para Kant, a pessoa não pode ser instrumento ou objeto utilitário, ela é o valor supremo e incondicionado que deve ser respeitado. Esta noção de pessoa acaba por levar à ideia de igualdade fundamental entre as pessoas, o que se contrapõe à ideia do utilitarismo que permite o sacrifício de um membro da sociedade em prol do corpo coletivo: "Porque é livre, o homem não pode nunca ser considerado simplesmente meio, mas fim em si mesmo ou pessoa" (SALGADO, 2012, p. 258).

O que distingue o construtivismo kantiano dos outros tipos de construtivismo é a concepção de pessoa, dotada de razão, sendo assim considerada como fonte autônoma dos seus princípios.

> Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros quer por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como fim. É precisamente nisso que sua dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as coisas. (KANT, 2003, p. 306).

É o conceito de pessoa moral, que busca realizar o conteúdo da máxima da ação moral, que se contrapõe ao fundamento utilitarista de maximizar o saldo líquido da felicidade, possibilitando verificar sob quais bases o construtivismo é defendido, se ele é kantiano ou não.

O construtivismo kantiano é utilizado por Rawls por lhe possibilitar uma oposição aos modelos filosóficos morais do utilitarismo. Rawls parte desse pressuposto teórico para a criação dos seus princípios de justiça, o que torna fundamental o bom entendimento do que seja o construtivismo.

Rawls defende a teoria deontológica e inverte a ordem da prioridade utilitária. Com Kant, o justo deve ter prioridade diante da ideia de bem. Em suma, ao trabalhar a estabilidade (*stability*) e legitimidade das instituições públicas, o autor nega que deva haver a perda de liberdade por parte da pessoa para que se possa alcançar um bem maior que proporcione a todos a felicidade: a maximização do bem-estar social, como sustentava o utilitarismo.

A justiça como imparcialidade nega a violação da liberdade individual para legitimar a ação estatal consequencialista e que possui uma concepção de bem independentemente do que venha a ser o justo. As instituições, na perspectiva da justiça como imparcialidade, devem respeitar a concepção de pessoa como fim em si mesmo, como elemento central e estruturante de uma sociedade justa e democrática.

Na obra A *Theory of Justice* - TJ, com o método do construtivismo kantiano, Rawls elabora o caminho para a criação de princípios de justiça que sejam possibilitadores de uma sociedade bem-ordenada e que contenha instituições justas e eficientes. Para o autor, uma sociedade justa seria aquela em que as pessoas determinariam os princípios pelos quais elas e as instituições seriam guiadas.

A base da imparcialidade desse procedimento de construção, nos moldes rawlsianos, é feita através do dispositivo de representação chamado de véu da ignorância, que possibilita a deliberação dos sujeitos de forma razoável, o que lhes permite abdicar de motivações morais, levando a um raciocínio prático que busca relacionar a razoabilidade e a racionalidade de forma a satisfazer não apenas um benefício mútuo como também, e principalmente, a perspectiva de imparcialidade.

A concepção de pessoa a partir da base kantiana é determinante para que Rawls elabore uma alternativa viável fora das concepções utilitárias, como assevera em *Uma Teoria da Justiça*.[12]

3 CONCLUSÃO

A genealogia do decisionismo, tendo como substrato a ética utilitarista e o funcionalismo sociológico, mostrou que o imediatismo por trás da euforia em torno da razão pura levou à hegemonização de um plano de atuação redutor da complexidade da vida. Esse plano, de base positivista/utilitarista/funcionalista, atingiu a política, o direito e até mesmo a filosofia. Atingiu, fundamentalmente, o processo de livre afirmação identitária, vez que o direito contribuiu com o aparato institucional neutralizador/normalizador, redutor da complexidade social em prol da eficiência no atingimento de objetivos públicos que marginalizam e excluem.

Por tal perspectiva a subjetividade é um mero objeto de políticas públicas, logo justifica-se a manutenção de uma orientação decisionista no âmbito da dinâmica jurídica, vez que as autoridades estatais, únicos agentes credenciados a tomar decisões no processo de

[12] Na virada da obra TJ para o LP, Rawls não mais adota uma concepção de pessoa moral como aqui em Kant é trazida, se vincula, a partir de então, a uma concepção de pessoa política, dando nova vestimenta ao construtivismo, tornando-o político.

produção, interpretação e aplicação do direito, ainda projetam o perfil carismático e secretamente autoritário dos tradicionais agentes jurídicos do Estado.

A referência a Kant a partir das três críticas e do conceito de *Aufklärung* indica alternativas mais complexas que foram deixadas de lado com o desenrolar das relações estratégicas de saber-poder que caracterizam uma dinâmica social. Rawls e sua teoria da justiça como imparcialidade sugere um desses caminhos alternativos e críticos. Resta saber se as instituições consolidadas – como aquelas que compõem o aparato jurídico-judiciário – estão dispostas a contribuir para uma dinâmica social democrática e atenta à universalidade da dignidade humana.

Referências

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação.** São Paulo: Nova Cultura, 1989. xii, 255 p. (Os pensadores ;).

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia:** uma introdução crítica. Porto Alegre: Artmed, 2009. 285 p.: (Biblioteca Artmed. Filosofia).

DURKHEIM, Émile. **Fato social e divisão do trabalho.** São Paulo: Ática, 2007. 77 p. (Ensaios comentados) ISBN 9788508110940

DURKHEIM, Émile. **A educação moral.** Petrópolis: Vozes, 2008. 270 p. (Coleção sociologia) ISBN 9788532636683

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica:** curso no Collège de France, (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O direito como substituição da moral**: um estudo kantiano. Texto no prelo.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política** : fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado / Otfried Höffe ; tradução Ernildo Stein. 3º ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. – (justiça e direito).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos:** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** São Paulo: Escala, [2006]. 191p. (Grandes obras do pensamento universal ; 62).

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes:** contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. 2. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2008. 335 p. (Série clássicos Edipro) ISBN 9788572836111

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** / Hans Kelsen ; tradução joão Baptista Machado. – 8º edição – São Paulo : editora WMF Martins Fontes, 2009.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. USA: Simon & Brown, c2011. 116 p. ISBN 9781936041954.

O'NEIL,Onora. Constructivism in Rawls and Kant. In: The Cambridge Companion to Rawls. New York: Cambridge University Press, 2003.

RAWLS, John, 1921 - ***Political liberalism***. / John Rawls.- Expanded ed. P. cm.- (Columbia classics in philosophy). 2005.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971.

RICOEUR, Paul. **O justo:** ou a essência da justiça. Ed. Instituto Piaget. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa. 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant:** seu fundamento na liberdade e na igualdade. Ed. Del Rey. 2012. 296 p.

SCHNEEWIND, Jerome B. **Sidgwick's Ethics and Victorian Moral Philosophy.** Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York.

SCHULTZ, Barton, "**Henry Sidgwick**", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/sidgwick/>.

SIDGWICK, Henry. **The Methods of Ethics**. London: Macmillan. 1877.
RAWLS, John. **Justice as Fairness***: A Restatement.* Edited by Erin Kelly. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2001.

SIDGWICK, Henry. **The Methods of Ethics**. London: Macmillan. 1877.

VITA, Álvaro de. **A tarefa prática da filosofia política em John Rawls**. Lua Nova. nº 25. 1992. p. 5 – 24.

VITA, Alvaro de. **O liberalismo igualitário** : sociedade democrática e justiça internacional / Álvaro de Vita. – São Paulo : WMF Martins Fontes, 2008b.