

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HUMBERTO HORST BEZUSKA

ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS
KANTIANO E UTILITARISTA NA SOLUÇÃO DE DILEMAS JURÍDICOS

CURITIBA
2015

HUMBERTO HORST BEZUSKA

ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS
KANTIANO E UTILITARISTA NA SOLUÇÃO DE DILEMAS JURÍDICOS

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel do Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal do Paraná.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

CURITIBA
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

HUMBERTO HORST BEZUSKA

ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS KANTIANO E UTILITARISTA NA SOLUÇÃO DE DILEMAS JURÍDICOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CELSO LUIZ LUDWIG
Orientador

Coorientador



CESAR ANTONIO SERBENA
Primeiro Membro



JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL - Direito Civil e
Processual Civil
Segundo Membro

RESUMO

Com a alteração de valores sociais e o surgimento de temáticas que suscitam significativo dissenso ético-jurídico, cabe aos Poderes Legislativo e Judiciário dispor sobre a legalidade de novas condutas. Nesse diapasão, as éticas kantiana e utilitarista, ao enunciarem concepções distintas acerca do justo e do Direito, servem de pressupostos filosóficos, ainda que implícitos, à prolação de sentenças a respeito de tais condutas. O objetivo desta pesquisa de abordagem qualitativa foi o exame do papel dos pressupostos filosóficos kantiano e utilitarista na fundamentação de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal sobre temas que suscitaram questionamentos ético-jurídicos, nomeadamente (i) a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, apreciada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF; e (ii) a pesquisa com células-tronco embrionárias, julgada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54/DF. A análise da jurisprudência revelou que a linha argumentativa relativa à primeira ação alinhou-se, precipuamente, à filosofia utilitarista; ao passo que a fundamentação da sobredita arguição alicerçou-se, predominantemente, na ética kantiana. Com esse conjunto de informações, atestou-se que o Direito não está alheio a influências filosóficas; pelo contrário, essas servem de pressupostos para a prolação de sentenças acerca de fenômenos jurídicos cujas bases estritamente legais são insuficientes para a sua resolução.

Palavras-Chave. Filosofia do Direito. Direito e Moral. Ética Kantiana. Ética Utilitarista.

ABSTRACT

With changing social values and the emergence of issues that raise significant ethical and legal dissent, Legislative and Judiciary must decide on the legality of new conducts. In this vein, the Kantian and Utilitarian ethics enunciate different conceptions about fairness and Law and, thus, they serve as philosophical assumptions, albeit implicit, to the delivery of judgments regarding the aforementioned conducts. The aim of this qualitative analysis was the examination of the role of Kantian and Utilitarian philosophical assumptions in decisions of the Supreme Federal Court about subjects that raise ethical and legal questions, namely (i) the pregnancy termination for anencephalic fetuses, appreciated in the Direct Unconstitutionality Action no. 3510/DF and (ii) the embryonic stem cell research, judged in the Claim of Non-compliance with a Fundamental Precept no. 54/DF. The analysis of the case law has shown that the line of argument relating to the former action lined up, predominantly, the utilitarian philosophy; by contrast the reasons for the aforesaid claim lined up, prevalently, Kantian ethics. With this set of information, it was attested that Law is not exempt from philosophical influences; conversely, these assumptions serve for the delivery of judgments about legal phenomena, whose strictly legal grounds are insufficient to resolve.

Keywords. Philosophy of Law. Law and Morality. Kantian Ethics. Utilitarian Ethics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. DA ÉTICA KANTIANA	13
1.1. DOS FUNDAMENTOS DA ÉTICA KANTIANA	13
1.1.1. Do Imperativo Categórico	18
1.1.2. Da Fórmula da Lei Universal	20
1.1.3. Do Princípio da Humanidade	22
1.1.4. Da Fórmula da Autonomia	24
1.2. DA LIBERDADE	27
1.3. DO DIREITO SEGUNDO A FILOSOFIA KANTIANA	31
1.3.1. Do Conceito de Direito.....	36
2. DA ÉTICA UTILITARISTA	39
2.1. DOS FUNDAMENTOS DA ÉTICA UTILITARISTA	39
2.1.1. Do Princípio da Utilidade	41
2.1.2. Do Princípio do Consequencialismo	52
2.2. DA LIBERDADE	57
2.3. DO DIREITO SEGUNDO A FILOSOFIA UTILITARISTA	61
3. DA APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS KANTIANO E UTILITARISTA NA SOLUÇÃO DE DILEMAS JURÍDICOS.....	69
3.1. DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS	70
3.2. DA INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCEFÁLICOS..	91
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

O Direito e a Moral estão intimamente relacionados, vez que ambos determinam deveres aos quais as ações humanas devem se adequar. Com efeito, ambos se desenvolvem como respostas aos problemas que exsurtem das relações humanas.

Todavia, conquanto o Direito e a Moral regulamentem as relações humanas por meio de normas, o campo e o modo de incidência da Moral são distintos daquele primeiro. A Moral alcança, potencialmente, todas as relações em sociedade, ainda que não reguladas juridicamente, pois o Direito se ocupa tão somente das relações mais vitais para o Estado.

Desse modo, com a alteração de valores sociais e o surgimento de novas temáticas relevantes para a sociedade, cabe aos Poderes Legislativo e Judiciário disporem a respeito da legalidade de novas condutas. Neste diapasão, conquanto o direito positivo não dê conta de regular por completo tais questões, a Filosofia, especialmente por meio de teorias acerca da Justiça, constitui importante instrumental crítico para guiar a solução desses temas.

Assim, o presente estudo, ao explorar as concepções filosóficas kantiana e utilitarista, mostra-se relevante, vez que procura demonstrar que a adoção de uma dessas correntes conduz a resultados jurídicos distintos, assinalando a profunda inter-relação entre Direito e Filosofia. Dessa forma, reafirma-se a proposição de que o Direito não está alheio a influências filosóficas; pelo contrário, estas servem de pressupostos, ainda que implícitos, para a elaboração de leis e para a prolação de sentenças.

Nesta toada, justifica-se o estudo das éticas kantiana e utilitarista vez que estas, ao enunciarem concepções distintas a respeito do justo e do Direito, permitem que se identifique, criticamente, o fundamento filosófico sobre o qual se assentam as normas jurídicas, bem como fornecem subsídios para a tomada de decisão segundo determinado pressuposto filosófico. Com isso, torna-se possível uma compreensão mais aprofundada a respeito de fenômenos jurídicos, especialmente no tocante a casos cujo Direito positivado é insuficiente para a sua resolução, dependendo, pois, de uma argumentação alicerçada na Filosofia do Direito.

Assim, o presente estudo tem como escopo (i) identificar as concepções filosóficas kantiana e utilitarista acerca do justo e do Direito; (ii) relacionar essas

correntes filosóficas a temas que provocam questionamentos ético-jurídicos, quais sejam a pesquisa com células-tronco embrionárias e a interrupção da gestação de fetos anencefálicos; (iii) analisar os posicionamentos jurisprudenciais a respeito de tais temáticas, especialmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.510/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n°. 54/DF, examinando os argumentos filosóficos que embasam a proibição ou não de referidas condutas; e (iv) demonstrar que a adoção de um desses pressupostos filosóficos conduz a resultados jurídicos distintos. Dessa forma, ressalta-se que o valor do presente estudo consiste em demonstrar que, para além da norma positivada e da jurisprudência, subjazem concepções filosóficas no Direito, cujos posicionamentos a respeito do que é justo, notadamente em relação a temas sensíveis, implicam em orientações e decisões díspares.

Para se atingir os objetivos apontados anteriormente, a presente monografia estrutura-se em três capítulos. No primeiro, analisam-se as concepções basilares da ética kantiana, apresentando o raciocínio esposado pelo filósofo prussiano Immanuel Kant (1724-1804), na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, para se determinar o princípio supremo da moralidade. Com efeito, os conceitos versados nesse escrito apresentam expressiva aplicabilidade no âmbito da ética, do Direito e da política.

Reflete-se, primeiramente, acerca dos fundamentos da ética kantiana, que, estando alicerçada em um pressuposto epistemológico dedutivo, determina que a moral esteja depurada de elemento empírico ou sensível. Sob esse enfoque, reconhece-se a preponderância da conformidade ao dever sobre as determinações externas e às eventuais consequências deletérias de certa conduta.

Nessa linha de raciocínio, examina-se a distinção entre os atos realizados por dever, os quais se expressam por meio do imperativo categórico, e os demais, os quais se apresentam sob a forma de imperativo hipotético. A partir dessa reflexão, exploram-se as três enunciações do imperativo categórico, quais sejam a fórmula da lei universal, o princípio da humanidade e a fórmula da autonomia. Estas fórmulas permitem a compreensão da noção de dignidade, a qual será, amplamente, utilizada na análise jurisprudencial do terceiro capítulo, haja vista a centralidade da influência do pensamento kantiano na ordem jurídica brasileira. Com fulcro nessas

considerações, clarifica-se o conceito de liberdade, a fim de se demonstrar que, para Kant, essa é uma “exigência racional da possibilidade de eticidade do homem”.¹

Isto posto, cumpre perscrutar as implicações das teorizações kantianas no Direito, especialmente a partir da obra *Metafísica dos Costumes*, esclarecendo a definição do que é o Direito (*qui iuris*). Exploram-se os aspectos que diferenciam a legalidade e a moralidade, porquanto, embora a Ética e a Doutrina do Direito contribuam ao pensamento moral e jurídico contemporâneo e tenham como finalidade última a Justiça, a delimitação precisa daquelas permite uma compreensão aprofundada a respeito da moralidade de determinada conduta.

No segundo capítulo, examinam-se os fundamentos da ética utilitarista e as suas características, diferenciando-a de outras propostas éticas. Apresenta-se a filosofia utilitarista como uma tradição viva, cuja importância não se reduz a um “interesse meramente histórico ou a um conjunto não histórico de princípios abstratos”², mas que serve, contemporaneamente, de pressuposto filosófico tanto à determinação da conduta moral dos sujeitos quanto à elaboração de leis e prolação de sentenças.

Analisa-se, o postulado fundamental da ética utilitarista, nomeadamente o princípio da utilidade, por meio do qual a moralidade, a política e o Direito podem ser avaliados. Nesse sentido, explora-se que referida concepção foi desenvolvida pelos utilitaristas clássicos, a exemplo dos filósofos ingleses Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873), os quais associam a utilidade ao hedonismo. Demonstra-se, contudo, que as modalidades atuais do utilitarismo, propugnadas especialmente pelo inglês Richard Hare (1919-2002) e pelo húngaro-americano John Harsanyi (1920-2000), não se perfilam ao utilitarismo clássico, tendo introduzido categorias conceituais inexistentes nas primeiras teorizações utilitaristas, a exemplo da satisfação de preferências reais e do utilitarismo em dois níveis.

Procura-se investigar, outrossim, outro postulado basilar da filosofia utilitarista, qual seja o consequencialismo. A partir desse aspecto, constata-se que a ética utilitarista, ao salientar os resultados dos atos, opõe-se à teoria deontológica da norma kantiana, em que se deve levar em consideração a intenção e não apenas os efeitos da ação. Desse modo, a ênfase no aspecto teleológico da filosofia utilitarista

¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. Ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 2.

² MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. 2. Ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 9.

fornece subsídios para contrabalancear as concepções kantianas demonstrando que o Direito se deve ater às consequências das soluções adotadas na resolução de dilemas jurídicos.

Ademais, impende ressaltar as teorizações utilitaristas a respeito da liberdade, apontando que, por meio dessa, pode-se delimitar o âmbito de incidência de Direito. Nesse sentido, com fulcro no pensamento de Bentham, minudenciam-se as hipóteses em que, de acordo o princípio da utilidade, não deve haver o sancionamento de determinadas condutas pelo Direito, sob pena de se adentrar, indevidamente, no âmbito da esfera privada dos indivíduos.

Por fim, inventariam-se algumas críticas à possibilidade de aplicação da filosofia utilitarista no Direito, salientando as dificuldades de conformar essa tradição de investigação ética à ordem jurídica brasileira.

À luz das considerações supra, examinam-se, no terceiro capítulo, temas que provocam um significativo dissenso ético-jurídico. Com efeito, vicejam, em um contexto de um Estado Democrático de Direito, uma pluralidade valores e de visões do mundo. Nesse sentido, cumpre observar como a Filosofia do Direito informa e contribui para o Direito, a fim de que esse seja consentâneo aos seus princípios e objetivos, dentre os quais está a Justiça.

Sob esta perspectiva, analisa-se, criticamente, em que medida as contribuições dos pressupostos filosóficos kantiano e utilitarista embasam as decisões judiciais referentes a temas que suscitam questionamentos ético-jurídicos, nomeadamente (i) a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, apreciada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF e (ii) a pesquisa com células-tronco embrionárias, julgada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54/DF.

Impera ressaltar que, conquanto essas decisões possam ser analisadas sob o enfoque das concepções bioéticas acerca do momento inicial da vida, o presente estudo, dada a complexidade do tema, não examinará quando se iniciam as atividades vitais dos seres humanos, haja vista a inexistência de consenso científico a respeito da temática.³ Tal omissão, evidentemente, não retira a importância dessas

³ No mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou que “Como ficou demonstrado nos autos e nos debates, nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida. E creio que a eventual definição desse momento biológico, por si só, não seria suficiente para solucionar adequadamente a importante questão posta nos autos, que se restringe à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas

teorias; pelo contrário, enseja o compromisso de que em uma próxima obra se desenvolva com maior profundidade crítica e técnica o assunto.

Sendo assim, esta monografia explora como as éticas kantiana e utilitarista fornecem subsídios para a tomada de decisões referentes a temáticas em que o Supremo Tribunal Federal não delibera tão somente “em função das determinações da lei positiva, mas em relação a interlocutores que são responsáveis, portanto, seres morais, como autores e destinatários de direitos.”⁴

científicas no Brasil.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.510 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008. p. 461. O inteiro teor do acórdão encontra-se disponível, sob o endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> Acesso em: 06/07/2015.) O Ministro Marco Aurélio corroborou as proposições supra, dispondo que “No tocante à questão do início da vida, não existe balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa. É possível adotar vários enfoques [...]” (*Ibid.*, p. 541.) Em linha argumentativa semelhante a desses Ministros, a Ministra Ellen Gracie consignou que se buscaram “neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.” (*Ibid.*, p. 214). Ademais, o Ministro Gilmar Mendes aludiu à desnecessidade de se definir o momento inicial da vida, para a resolução da temática, *in verbis*: “[...] questão específica posta em julgamento, a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, e para decidi-la não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica. São questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais e que nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso. Ciência, religião e filosofia construíram sua própria história em torno de conceitos e concepções sobre o que é a vida, quando ela começa e como deve ser ela protegida. Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular. Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infindável debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões.” (*Ibid.*, p. 600-601.)

⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo; MOTA, Maurício. **Por que estudar Filosofia do Direito?** Aplicações da Filosofia do Direito nas decisões judiciais. Brasília: ENFAM, 2011. v. 1, p. 33.

1. DA ÉTICA KANTIANA

1.1. DOS FUNDAMENTOS DA ÉTICA KANTIANA

A *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (no original “*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*”), publicada em 1784, é, certamente, o ponto de partida para o estudo da ética kantiana.⁵ Nesta, Immanuel Kant busca determinar o princípio supremo da moralidade, a partir do qual se podem compreender as noções de Bem, Justiça e Direito.

Conforme aponta Schneewind⁶, o pensamento moral kantiano, estruturado sobretudo a partir da referida obra, inaugurou uma nova forma de se pensar a moralidade no Ocidente. Com efeito, a grande vitalidade de sua teoria moral, a qual encontra adeptos até hoje, entre filósofos e juristas, quer por meio de apropriação imediata de suas ideias quer por meio de uma releitura de sua obra, a exemplo dos neokantistas, se deve à sua originalidade.

Deveras, Kant refuta as tentativas filosóficas anteriores de se examinar a moral, desenvolvendo uma consistente base ética, sobre a qual repousa parte significativa do pensamento hodierno sobre Justiça e Direito. Assim, o filósofo prussiano apresenta os fundamentos de uma visão distinta acerca da moralidade, a qual foi examinada, também, na *Metafísica dos Costumes*, publicada em 1797.

Segundo Galvão⁷, Kant, em sintonia com a Ilustração do século XVIII, opõe-se a uma moralidade fundada em Deus ou em costumes sociais, pois sustenta que a moral não pode estar alicerçada em uma autoridade exterior aos indivíduos. Cumpre ressaltar que Kant rejeita, também, a ética hobbesiana, segundo a qual os seres

⁵ Cumpre observar que, embora a presente pesquisa tenha investigado a temática da moralidade, precipuamente, a partir da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant, também, analisa a filosofia moral em outras obras, notadamente a *Crítica da Razão Prática*, a qual foi publicada em 1788. (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. 9. Ed. Lisboa: Edições 70, 2011.) Neste escrito, o filósofo prussiano examina a razão em seu uso prático, relativo ao âmbito do agir moral, e não em seu uso especulativo, tal como fizera na *Crítica da Razão Pura* (1781). Ainda que não se analise a *Crítica da Razão Prática*, far-se-á, ao longo deste estudo, referência à noção de razão prática. Para tanto, utilizar-se-á o conceito apresentado por Salgado, segundo o qual “a razão prática, como razão que age, e que doa finalidade a si e às coisas, se dirige ao conhecimento das coisas, enquanto princípio de ação, determina o que deve acontecer e se expressa por uma relação de obrigatoriedade, não de necessidade.” (SALGADO, Joaquim Carlos, *op. cit.*, p. 169).

⁶ SCHNEEWIND, Jerome B. Why study Kant's ethics. In: WOOD, Allen W. **Groundwork for the Metaphysics of the Morals**: Immanuel Kant. New Haven e Londres: Yale University Press, 2002, p. 83.

⁷ GALVÃO, Pedro. Introdução. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2011, p. I – II.

humanos, motivados pelo interesse pessoal, realizam um acordo, no qual se comprometem a respeitar determinadas regras. Refuta esta concepção ética, vez que a existência de um contrato social mutuamente vantajoso não se coaduna com a moralidade.

Posto isto, conforme aponta Salgado⁸, a compreensão da ética kantiana vincula-se estreitamente à noção de liberdade. Com efeito, Kant assinala que a Ética se ocupa das “leis da liberdade”⁹, subdividindo-se em *Metafísica da Moral* ou *Metafísica dos Costumes* e a *Antropologia Prática*. De acordo com Kant, aquela primeira é, essencialmente, racional, assentando-se sobre um único princípio supremo *a priori*, do qual derivariam os deveres; ao passo que esta se refere à aplicação empírica da Ética¹⁰.

Por esta razão, exorta Kant que o estudo da *Metafísica dos Costumes*, distintamente da *Antropologia Prática*, deve estar depurado de todo elemento empírico, haja vista que as leis morais somente podem ser concebidas universalmente, como decorrência da razão pura, e jamais por inclinações, as quais são contingentes e incertas e, portanto, não podem alicerçar com solidez as leis morais. Assim, concebe-se a possibilidade de uma Filosofia Moral pura, isto é, uma *Metafísica dos Costumes*, alheia a toda empiricidade e que tem como escopo a “fixação do princípio supremo da moralidade.”¹¹

Feitas estas considerações, cumpre observar que o ponto de partida da argumentação kantiana, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, centra-se na noção de que somente a boa vontade poderia ser considerada como boa em si mesma sem qualquer restrição, vez que os sentimentos ou inclinações, tais como a coragem e a argúcia de espírito, ainda que sejam considerados comumente como “qualidades do temperamento”¹², podem se tornar deletérios conforme as circunstâncias e a vontade do agente.

A boa vontade, diferentemente das inclinações, que possuem mero valor instrumental, reputa-se intrínseca e incondicionalmente valiosa. Kant a considera

⁸ SALGADO, Joaquim Carlos, *op. cit.*, p. 2.

⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2011, p. 13.

¹⁰ SCHÖNECKER, Dieter; WOOD, Allen W. **A “Fundamentação da Metafísica dos Costumes de Kant”**: um comentário introdutório. Tradução: Robinson dos Santos, Gerson Neumann. - São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 34.

¹¹ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 19.

¹² *Ibid.*, p. 22.

como boa em si mesma “tão somente pelo querer”¹³ e não em virtude de suas finalidades ou daquilo “que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se se quiser, da soma de todas as inclinações”.¹⁴

Assim, conforme expõe Galvão¹⁵, “uma pessoa dotada de boa vontade se caracteriza sobretudo por ter um compromisso firme com a ação moral: ela quer resolutamente fazer o que é correto em todas as circunstâncias.” Ainda nesta linha de intelecção, Galvão¹⁶ observa que o pensamento moral kantiano distingue-se das concepções de filósofos antigos, pois, conquanto esses reconheçam “o valor incondicional a certos traços do caráter”, denominados de virtudes, Kant ressalta que estas, se utilizadas na consecução de fins imorais, perdem o seu valor moral.

Desse modo, a boa vontade, apresentada como “estimável em si mesmo” e independente de “qualquer intenção ulterior”¹⁷, é de fundamental importância para a teorização de Kant a respeito da ética, uma vez que se vincula estreitamente ao conceito de dever. Segundo Kant, as ações morais, assim como a boa vontade, não levam em consideração as inclinações; pelo contrário, são praticadas por dever, isto é, por respeito à lei moral.

Segundo Oliveira Naves¹⁸, há duas possibilidades de realizar esse dever: agir “conforme o dever” e agir “por dever”. A ação praticada por dever é intrinsecamente moral; ao passo que aquela primeira pode cumular inclinações e razões morais.

Todavia, Galvão¹⁹ ressalva que não se pode atribuir valor moral *ipso facto* às ações morais realizadas conforme o dever, pois, em que pese se verifique a referida conformidade, há que se perquirir quanto aos motivos. Nesta toada, Sandel²⁰ afirma que há de se reputar moral tão somente a ação realizada por dever, em razão do motivo certo.

Cumprе destacar que, frequentemente, indivíduos, se comportam sob a aparência de conformidade com o dever; quando, em realidade, realizaram

¹³ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴ *Ibid.*, p. 22.

¹⁵ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. XXV.

¹⁶ *Ibid.*, p. XXVI.

¹⁷ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito civil pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e Teoria do fato jurídico na pós-modernidade**. Belo Horizonte, MG: Escola Superior Dom Hélder Câmara, 2010, p. 53.

¹⁹ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. XXVII.

²⁰ SANDEL, Michael J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 144.

determinada ação em razão da prudência ou de cálculo egoístico. Kant ilustra esta situação com o exemplo do indivíduo que cogita praticar suicídio.

Nesse caso, se este decide não retirar a sua vida, em virtude do medo, ainda que a conservação da vida seja um dever, trata-se de ação uma fundada majoritariamente em inclinação. Por conseguinte, conforme aponta Oliveira Naves²¹, esta hipótese de conservação da vida não possui qualquer valor intrínseco, pois se age conforme o dever e não por dever, em outras palavras, dir-se-ia que se age pelo motivo errado.

Por outro lado, se, este mesmo indivíduo, ainda que desejando a morte, não pratica o suicídio, em virtude do dever, ou seja, respeita a lei prática, “então a sua máxima tem um conteúdo moral.”²²

Nessa linha de pensamento, observa-se que Kant atribui autêntico valor moral tão somente às ações praticadas exclusivamente por dever e pelos motivos corretos; portanto desprovidas de qualquer inclinação ou interesse ulterior, os quais, conforme explanado previamente, são contingentes.

Para melhor esclarecer o exposto acima, apresenta-se ainda o exemplo do misantropo moral. Inicialmente, cumpre atentar que Kant constata que certas pessoas agem de forma altruística para com os demais, em razão da compaixão e do prazer de assistir os outros. Entretanto, em que pese Kant considere louvável estas ações, atribui valor moral ao altruísmo somente quando realizado por dever, a despeito da compaixão e do prazer advindo daquelas condutas.

Sob esta ótica, Kant considera o exemplo do misantropo moral, que embora destituído de compaixão, sobrepuja sua indiferença e pratica a beneficência em prol de outrem por dever. *In casu*, Galvão²³ sugere que, para o pensamento kantiano, o misantropo realiza uma ação moral, vez que estaria imbuído de boa vontade e desempenharia o dever, em função de uma motivação racional.

Ainda em análise deste caso, Oliveira Naves salienta a existência de um confronto entre vontade e sensibilidade, asseverando que o “Agir por dever é guiar-se pela vontade, é uma escolha da razão. Agir conforme o dever, por uma inclinação natural, é deixar-se levar pela sensibilidade.”²⁴

²¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *op. cit.*, p. 53.

²² KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 28.

²³ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. XXIX.

²⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *op. cit.*, p. 53.

Por esta razão, Kant afirma que “uma ação praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina”²⁵. Assim sendo, de acordo com o pensamento kantiano, o valor moral de uma ação independe do objeto ou do efeito esperado desta, vez que estes são sempre determinados *a posteriori*. Com isso, uma ação, para que se repute moral, prescinde “de todos os objetos da faculdade de desejar pelo qual foi praticada.”²⁶ O valor moral de uma conduta é alheio aos fins e reside no princípio da vontade, o qual é formal e, portanto, se coloca *a priori*.

Nesse sentido, Kant sustenta que o “Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei.”²⁷, pois, se não o fosse por mero respeito, sê-lo-ia por inclinações, as quais, conforme já explicado, são contingenciais. Desse modo, a ação realizada por dever, uma vez eliminada toda a influência da inclinação, determina-se objetivamente, mas também subjetivamente, haja vista que se pratica determinada ação somente por respeito ao dever, ainda que realizada em detrimento das inclinações. O corolário desta proposição é de que o valor moral da ação reside tão somente na “representação da lei em si mesma”²⁸ e não em seu efeito.

Deste modo, quando se age moralmente, está-se em conformidade com o dever, isto é, uma lei boa em si mesma, a despeito das consequências da ação. Observa-se, pois, que o agir moral é distinto da ação praticada por inclinações, pois, neste caso, leva-se em consideração os efeitos da conduta²⁹

Nesse sentido, Kant sustenta que, sendo a lei moral independente das consequências, a máxima que a prescreve deve se colocar *a priori* e ser válida a todos os seres racionais, haja vista a sua aptidão para se tornar lei universal. Nesse contexto, Kant frisa que o valor moral reside nos “princípios íntimos que não se vêem”³⁰ e não nas ações visíveis. Com efeito, somente considerando a máxima válida para todos os seres humanos, pode-se afirmar que vige absoluta e necessariamente.³¹

Observa-se que Kant enfatiza que a moralidade tem origem *a priori* na razão, haja vista a impossibilidade de se assentar, em dados empíricos, o princípio prático

²⁵ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 31.

²⁶ *Id.*, p. 31.

²⁷ *Ibid.*, p. 31-32.

²⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁹ *Ibid.*, p. 34.

³⁰ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 42.

³¹ Kant afirma que “torna-se então evidente que nenhuma experiência pode dar motivo para concluir sequer a possibilidade de tais leis apodícticas.” (*Ibid.*, p. 42.)

supremo, válido a todos os seres racionais. Assim, reconhece-se a capacidade dos seres racionais de escolher segundo a representação das leis formuladas pela própria razão, independentemente da inclinação, aquilo que se “reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom.”³²

Em síntese, pode-se afirmar, consoante Siegal³³, que a teoria moral kantiana é deontológica, vez que se reputa moral somente o ato realizado por dever, com a intenção correta. Por conseguinte, remanesce o valor moral de certa ação, ainda que tenham ocorrido resultados não previstos ou que se tenha falhado em realizar o fim a que se destinava.

1.1.1. Do Imperativo Categórico

Segundo Oliveira Naves³⁴, pode-se inferir princípios morais da razão pura prática, os quais se separam em imperativos e máximas. Estas constituem o princípio subjetivo da vontade, cuja validade se restringe àquele que a formula. Ao passo que os primeiros, ao assinalar “a relação de uma lei objectiva da razão para uma vontade”³⁵, denominam-se mandamentos e se expressam sob a fórmula de Imperativo.

Todavia, em que pese os imperativos obriguem uma vontade, há que se diferenciar, entre aqueles que são objetivamente “válidos para todo ser racional”³⁶ e aqueles que, por dependerem da sensibilidade e das inclinações, não podem constituir uma lei universal.

Kant denomina estes últimos de imperativos hipotéticos ou analíticos, pois “representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer.”³⁷ Referem-se a ações que não se reputam como intrinsecamente boas, mas que são instrumentalmente necessárias para se atingir determinado propósito.

³² *Ibid.*, p. 50.

³³ SIEGAL, Laura V. **Philosophy and Ethics: New Research**. Nova Iorque: Nova Scientia, 2006, p. 256.

³⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *op. cit.*, p. 54.

³⁵ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 51.

³⁶ *Id.*, p. 51.

³⁷ *Ibid.*, p. 52.

Dessa forma, determinada ação praticada sob a égide de imperativos hipotéticos considera quais são as ações necessárias, ou seja, os meios, para se alcançar determinado fim. Oliveira Naves apresenta o imperativo hipotético na sentença: “Se quiseres atingir tal fim, age deste modo.”³⁸

Nesse sentido, poder-se-ia ilustrar que, para o pensamento moral kantiano, as regras que um médico observa para tratar a doença de um paciente possuem igual valor às de um envenenador que objetiva matar uma pessoa, visto que, em ambas as situações, o imperativo hipotético prescreve como necessária a realização de uma ação, para se alcançar certo objetivo.

No entanto, com base nessas considerações, Agostini³⁹ ressalta que o imperativo hipotético não pode alicerçar a moral, haja vista que se trata “de mera adequação do meio ao fim proposto – independentemente da natureza deste último.”

De outro vértice, o imperativo categórico representa uma ação objetivamente necessária, que não se sujeita ou se refere a qualquer propósito ou fim. Trata-se de uma ação boa em si, independentemente de qualquer inclinação ou finalidade, haja vista que não se vincula ao objeto ou ao efeito da ação, mas sim à “forma e o princípio de que ela mesma deriva”⁴⁰, constituindo, portanto, o imperativo da moralidade.

Segundo Kant, deve-se associar os imperativos categóricos à lei moral, visto que trazem consigo o “conceito de uma necessidade incondicional, objectiva e consequentemente de validade geral”⁴¹, devendo ser seguidos ainda que contra a inclinação. Ressalta-se que esses imperativos, ao enunciarem uma lei objetivamente necessária, podem ser considerados ainda a expressão do dever, isto é de uma “necessidade prática-incondicionada da acção”⁴², válida a todos os seres humanos, vez que, ao invés de derivarem de disposições particulares, as quais são contingentes, decorrem da vontade dos seres racionais.

Ademais, de acordo com Schönecker e Wood⁴³, o imperativo categórico expressa-se por meio de uma proposição sintético-prática *a priori*, em contraposição aos imperativos hipotéticos, os quais, ao se apoiarem em fins materiais ou subjetivos

³⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *op. cit.*, p. 54.

³⁹ AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia**: Fundamento da dignidade em Kant. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 31.

⁴⁰ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 55.

⁴¹ *Ibid.*, p. 55.

⁴² *Ibid.*, p. 68.

⁴³ SCHÖNECKER, Dieter; WOOD, Allen W. A., *op. cit.*, p. 102.

possuem valor apenas relativo, não podendo “fornecer princípios universais para todos os seres racionais, que sejam também válidos e necessários para todo o querer, isto é leis práticas.”⁴⁴

A partir do exposto, pode-se sustentar, com fulcro no pensamento kantiano, que somente o imperativo categórico pode servir como lei moral, haja vista que “tem o carácter de uma lei prática necessária, a qual não faculta ao arbítrio a escolha do que preceitua o dever”⁴⁵, ordenando absolutamente a realização de determinada ação, a despeito de fins subjetivos e de dados empíricos.

1.1.2. Da Fórmula da Lei Universal

À luz das considerações expendidas, verifica-se que Kant postula que os indivíduos racionais podem agir em conformidade com deveres morais, reconhecendo a existência de imperativos categóricos. Contudo, observa-se que esta noção carece de um conteúdo mais preciso. Assim, Kant, por meio de diversas formulações acerca do imperativo categórico, procura esclarecer a essência deste.

Nesse sentido, Oliveira Naves⁴⁶, em atenção ao pensamento kantiano, ressalta que, conquanto o imperativo categórico seja único, há diferentes formas de enunciá-lo e, dessa forma, não se verifica um conteúdo definido, pois “determiná-lo seria submetê-lo às coisas e, portanto, às leis da natureza, o que retiraria seu carácter *a priori* e sua validade universal.”⁴⁷

Entretanto, em que pese a ausência de um conteúdo material determinado para o imperativo categórico, trata-se somente de uma ausência relativa, vez que, ainda que o conteúdo moral não seja determinado *a priori*, é determinável em conformidade com uma lei universal.

Com efeito, Oliveira Naves afirma que o imperativo categórico refere-se a um mero preceito racional formal, o qual pode ser enunciado pelo seguinte princípio: “Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza.”⁴⁸

⁴⁴ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 57.

⁴⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 62.

Essa enunciação corresponde à fórmula da lei universal, a qual, nas palavras de Kant, consiste em “proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal.”⁴⁹

Galvão⁵⁰ observa que essa fórmula se coaduna com o exposto anteriormente acerca do imperativo categórico, pois, sendo a lei moral determinada objetivamente e sem referência a qualquer objetivo ulterior ou desejo, deve ter validade para todos os seres racionais. É precisamente esta ausência de aspectos subjetivos, que permite que uma máxima formulada por um indivíduo racional possa ser considerada como uma regra válida a todos.

Assim, delimitada a fórmula da lei universal, cumpre demonstrar a sua aplicabilidade por meio de dois exemplos apresentados por Kant. Primeiramente, cabe destacar que cada uma das situações referir-se-á a um dever distinto.

Kant diferencia os deveres perfeitos dos deveres imperfeitos. Aqueles determinam deveres para com o próprio indivíduo, consistindo em restrições a determinadas ações. Por sua vez, os últimos estabelecem deveres para com outrem, preceituando certos fins, sem que, no entanto, delimite os meios de atingi-los.

No tocante à primeira categoria de deveres, Kant explora novamente o caso do indivíduo que pretende suicidar-se, em razão de interesses pessoais. Todavia, desta vez, Kant vale-se de argumentação distinta, nomeadamente a partir da fórmula da lei universal.

Kant pondera que a máxima do indivíduo que intenciona encurtar a sua vida não se coaduna com essa fórmula, pois uma lei que objetiva retirar a vida não poderia ser universalizada. Observa-se, portanto, que, *in casu*, Kant considera, novamente, o suicídio contrário à moral, porém recorre a uma argumentação distinta. Não se trata mais do dualismo entre dever e inclinação, mas sim de submeter uma máxima ao teste da universalização, a fim de se verificar se está apta a colmatar o conteúdo do imperativo categórico.

A outra situação apresentada diz respeito a não fazer promessas enganadoras, quando o mutuante, conquanto necessitando de recursos financeiros, não tenciona cumpri-la. Caso se submetesse a máxima de que “Sempre que uma pessoa estiver realmente necessitada de dinheiro, ela deve pedir um empréstimo

⁴⁹ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁰ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. XL.

com a promessa de quitá-lo, mesmo sabendo que isso será impossível”⁵¹ ao teste da universalização, incorrer-se-ia em uma contradição, vez que, se se fizessem habitualmente promessas falsas, não haveria mais quem acreditasse nestas, derruindo o instituto da promessa. *In casu*, constata-se que estas promessas, ao não serem passíveis de universalização, estão em contrariedade com o imperativo categórico.

Em suma, conforme aponta Galvão⁵², a apreciação de máximas sob a ótica da fórmula da lei universal, deve levar em consideração a possibilidade de determinada máxima ser universalizada, sem que entre em contradição com si mesma, porém devendo estar em conformidade com o dever.

1.1.3. Do Princípio da Humanidade

Após ter esclarecido a fórmula da lei universal, Kant procede a uma análise da matéria do imperativo categórico, centrando-se no estudo do seu fundamento.

Kant procura identificar um fim objetivo, isto é, um valor absoluto que possa fundamentar o imperativo categórico, a despeito dos interesses e objetivos particulares dos indivíduos. Sustenta Kant que somente a humanidade, como natureza racional, “existe como fim em si mesmo e não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”^{53 54}

Assim, Kant depreende dessa proposição um segundo enunciado a respeito do imperativo categórico, qual seja “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”⁵⁵

Observa-se que, para o pensamento moral kantiano, todas as ações dirigidas ao homem devem considerá-lo sempre como fim, não podendo ser

⁵¹ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 153.

⁵² *Ibid.*, p. XLV.

⁵³ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁴ Allen Wood afirma que “Rational nature is described as an end – an end in itself. Kant calls it a ‘self-sufficient’, ‘independent’, or ‘self-standing’ end, in contrast to an ‘end to be produced’. It is an end in the sense of something for the sake of which we act. Every moral action must have an end to be produced, but such actions must be grounded on a ‘self-standing’ end”. (WOOD, Allen W. **Kantian Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 85.)

⁵⁵ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 73.

empregado como simples meio, haja vista que é objeto de respeito, face ao qual o arbítrio deve ser limitado.

Não obstante isto, ressalta Wood⁵⁶ que o sentido de natureza racional para Kant é assaz singular, haja vista que é o reconhecimento de algo que já existe, em função do qual se age racionalmente, refreando os fins subjetivos incompatíveis com o princípio da humanidade.

Nesta linha de intelecção, Kant assevera que o ser humano tem um valor absoluto em si, pois, caso se considerasse condicional o valor deste, o homem seria apenas um meio para o atendimento das inclinações, as quais, conforme apontado, não podem embasar objetivamente a lei moral. Desse modo, reafirma-se a proposição de que o fundamento do imperativo categórico e do princípio prático supremo é a natureza racional humana, pois somente esta é considerada como um fim em si mesma.

Insta destacar ainda que Kant revisita os exemplos apresentados no tópico a respeito da fórmula da lei universal, demonstrando que a fórmula da humanidade, embora seja distinta da fórmula da lei universal, conduz ao mesmo veredito sobre o valor moral das ações já analisadas.⁵⁷

No que tange ao suicídio, Kant considera que o indivíduo que retira a sua própria vida serve de meio para a consecução de determinado fim, afrontando a noção de humanidade que lhe é inerente. Por esta razão, Sandel⁵⁸ observa que, conquanto o suicídio seja usualmente reputado como distinto do homicídio, ambos violam o imperativo categórico, ao instrumentalizar a humanidade e não a respeitar como um fim em si mesma.

No concernente à promessa enganadora, Kant concebe que o mutuante, quando contrai um empréstimo, sabendo da impossibilidade de quitá-lo, considera o mutuário como um simples meio para se obter certa quantia. *In casu*, oblitera-se a humanidade deste último, ao não o tratar como um fim em si mesmo.

Assim, o pensamento kantiano, ao enfatizar o respeito ínsito à humanidade, é frequentemente, associado à proteção dos direitos humanos. Conforme assevera Kant:

⁵⁶ WOOD, Allen W. The Supreme Principle of Morality. In: GUYER, Paul. (Org.). **The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 353.

⁵⁷ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. XLVII.

⁵⁸ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 155.

é evidente que o violador dos direitos dos homens tenciona servir-se das pessoas dos outros simplesmente como meios, sem considerar que eles, como seres racionais, devem ser sempre tratados ao mesmo tempo como fins, isto é, unicamente como seres que devem poder conter também em si o fim desta mesma ação.⁵⁹

À luz desta passagem, constata-se que Kant preconiza o respeito pelos seres humanos, como fins em si mesmos, haja vista a sua natureza racional.

Precisamente em virtude do seu aspecto racional, Kant considera os seres humanos como dotados de dignidade, em oposição às coisas, as quais possuem preço. Com efeito, Kant sustenta que a dignidade se refere a um valor intrínseco e absoluto dos seres humanos, haja vista que estes, por serem racionais, são capazes de obediência ao imperativo categórico.

Cumpramos ressaltar que a dignidade “está acima de todo o preço”⁶⁰, o que sobreleva o aspecto de que os seres humanos, ao serem considerados como fins em si mesmos, são igualmente valiosos. Com isso, a dignidade de um criminoso é idêntica à de uma pessoa de reputação ilibada, visto que ambos são seres racionais e, como tal, possuem a aptidão de potencialmente agirem de acordo com a moral, isto é, de conformarem suas condutas ao imperativo categórico.

De outra quadra, observa-se que as coisas possuem um preço venal, que pode ser mensurado segundo condições empíricas, tais como a abundância, a demanda e a importância que outros seres lhes atribui. Destaca-se, portanto, que as coisas, diferentemente dos seres humanos, não apresentam qualquer valor intrínseco e, desse modo, são passíveis de substituição por outras equivalentes.

Em síntese, Kant sustenta que os seres humanos podem agir moralmente, segundo um imperativo categórico que os considera como fins em si mesmos, de modo a não desmerecer o respeito nem menosprezar a dignidade que lhes é intrínseca.

1.1.4. Da Fórmula da Autonomia

Alinhando as formulações precedentes, Kant deduz uma terceira fórmula do imperativo categórico, qual seja “a ideia da vontade de todo o ser racional

⁵⁹ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 75.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 82.

concebida como vontade legisladora universal.”⁶¹ Com efeito, conforme expõe Galvão⁶², a vontade para o pensamento moral kantiano se submete não somente à lei moral universal, como também é autônoma para legislar a respeito dessa lei.

Assim, em atenção à fórmula da autonomia, reputam-se morais as máximas que postuladas pela vontade do indivíduo possuem a potencialidade de se tornarem universais. Galvão⁶³ ressalta que é precisamente, em razão da autonomia da vontade, isto é, da possibilidade do indivíduo de impor a si mesmo uma máxima universalizável, que se atribui aos seres racionais um valor absoluto, conforme identificado na fórmula da humanidade.

Explica-se tal proposição pelo fato de que, sendo a legislação universal derivada da própria autonomia da vontade, não se funda em nenhum interesse ou inclinação e, portanto, há de se reputar incondicional. Frise-se, conforme exposto previamente, que essa possibilidade está adstrita aos seres racionais, os quais são os únicos capazes de formular leis válidas universalmente. Argumenta Kant

que tudo se faça em obediência à máxima de uma vontade que simultaneamente se possa ter a si mesma por objeto como legisladora universal; pois só então é que o princípio prático e o imperativo a que obedece podem ser incondicionais, porque não têm interesse algum sobre que se fundem.⁶⁴

Desta forma, verifica-se que, para o pensamento kantiano, o princípio da legislação moral apresenta tanto um aspecto objetivo, qual seja a possibilidade de determinada máxima se tornar uma lei universal, quanto um aspecto subjetivo, vez que uma lei, conquanto formulada pelo indivíduo, deve ser válida para todos os seres racionais, respeitando-os como fins em si mesmos.⁶⁵

À luz dessas considerações, Oliveira Naves⁶⁶ destaca que Kant, ao enfatizar a autonomia do agir moral, se diferencia dos filósofos que o precederam, pois estes consideravam a autonomia incompatível com o princípio da moralidade. A este respeito, observe-se a seguinte passagem:

⁶¹ *Ibid.*, p. 77.

⁶² GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. XLVIII.

⁶³ *Id.*, p. XLVIII.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 79.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, *op. cit.*, p. 57.

Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas não vinha à ideia de ninguém que ele estava sujeito só à sua própria legislação, embora esta legislação seja universal, e que ele estava somente obrigado a agir conforme a sua própria vontade, mas que, segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal.⁶⁷

Antagônicos ao pensamento kantiano, os filósofos anteriores a Kant atrelavam a vontade a um objeto exterior, de modo que o que se obtinha “não era nunca o dever, mas sim a necessidade da ação partindo de um determinado interesse”⁶⁸, isto é, de um condicionamento externo, o qual não pode servir como mandamento moral.

Assim, com o desiderato de melhor explicar a distinção entre uma teoria moral baseada em objetos externos de outra fundada na noção de autonomia, Kant associa aquela primeira ao conceito de heteronomia, contrapondo-a à autonomia da vontade.

De acordo com o filósofo, a heteronomia diz respeito a determinações exteriores, que agem sobre a vontade. Por esta razão, Kant atrela a heteronomia aos imperativos hipotéticos, os quais prescrevem que se deve fazer algo porque se quer qualquer outra coisa.⁶⁹ Neste caso, observa-se que “a vontade não se dá a lei a si mesma”⁷⁰, razão pela qual não pode servir como regra prática apodíctica.

De outro vértice, a autonomia consiste em “escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.”⁷¹ Age-se de modo, a desconsiderar os objetivos ulteriores, abstraindo “todo o objeto, até ao ponto de este não ter nenhuma influência sobre a vontade, para que a razão prática (vontade) não seja uma mera administradora de interesse alheio, mas que demonstre a sua própria autoridade imperativa como legislação suprema.”⁷²

Tendo em vista esse conceito, pode-se dizer que a autonomia elide a possibilidade de determinações exteriores, uma vez que estas, ao não decorrerem da vontade racional do indivíduo, a exemplo das inclinações e das leis, tolhem o valor moral de certa ação. Desse modo, conforme sugere Agostini⁷³, a ação, para

⁶⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 75.

⁶⁹ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 91.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 96.

⁷¹ *Ibid.*, p. 90.

⁷² *Ibid.*, p. 92.

⁷³ AGOSTINI, Leonardo, *op. cit.*, p. 57.

que seja moralmente valiosa, deve decorrer de uma vontade “cuja causa não é outra senão ela mesma”.

Neste diapasão, observa-se, que a ética kantiana vincula estreitamente a autonomia da vontade à moralidade, vez que a vontade, ao postular máximas que podem ser convertidas em legislação universal, determina quais ações estão moralmente corretas. Com efeito, as ações devem estar em conformidade com a autonomia, para que se reputeem morais, pois não se sujeitam a qualquer objeto externo, mas tão somente à boa vontade, isto é, a um dever objetivamente necessário. Caso contrário, se se refutasse a autonomia da vontade, as ações não possuiriam qualquer valor moral, vez que estariam atreladas a interesses empíricos, os quais são contingentes e não ensejam leis universais.

Kant assinala que, em virtude da autonomia da vontade, isto é, da aptidão de agir sob a égide de leis universais postuladas pelo próprio indivíduo, que os indivíduos tornam-se dignos de respeito. Afirmo o filósofo prussiano que **“a dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que com a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação.”**⁷⁴

Com base nesta passagem, constata-se que o indivíduo possui dignidade, na medida em que é autônomo para legislar, de modo a se submeter e a sujeitar os demais à lei moral. Destaca-se que essa proposição mostra-se coerente com o pensamento moral kantiano, vez que apenas o ser humano, como ser racional dotado de dignidade, pode estipular leis universalmente válidas a outros seres humanos igualmente dignos.

1.2. DA LIBERDADE

A liberdade é um conceito-chave no pensamento moral kantiano, em especial quando se busca compreender a autonomia e a dignidade humana. Essa noção, segundo Agostini⁷⁵, é uma pressuposição indispensável nos seres racionais, haja vista que contém a condição pela qual estes podem estabelecer leis morais a partir de sua própria vontade.

⁷⁴ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 90, grifos do autor.

⁷⁵ AGOSTINI, Leonardo, *op. cit.*, p. 54.

No entanto, não obstante a centralidade dessa noção, cumpre ressaltar que a concepção kantiana de liberdade é distinta das formulações elaboradas por filósofos que o precederam, à exceção de Rousseau.

Aristóteles apresenta, na *Metafísica*⁷⁶, a definição de que é livre “o homem que tem a si mesmo como fim e não o outro”, noção esta que foi minudenciada, na *Ética a Nicômaco*⁷⁷, como a possibilidade de escolha do homem livre. Apesar de certa similitude com a autonomia e a fórmula da humanidade no sentido kantiano, o conceito aristotélico não diz respeito a uma ideia universal, fundada na razão e aplicável a todos os seres humanos, mas sim à empiricidade, isto é, à realidade grega, em que não se atribuía a liberdade moral a todos os indivíduos, a exemplo dos escravos.

A liberdade kantiana tampouco se coaduna com o livre-arbítrio formulado por Santo Agostinho, segundo o qual os seres humanos teriam a faculdade de escolha entre o bem ou o mal. Nesse sentido, a concepção agostiniana não se conforma ao pensamento de Kant, vez que, para o filósofo medieval, somente é livre quem opta pelo bem, ou seja, por “algo externo e transcendente à razão”.⁷⁸

Pode-se ainda afirmar que a conceituação da liberdade postulada por Montesquieu como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”⁷⁹ não se conforma à definição kantiana, a qual é mais abrangente, haja vista que esta não vincula a possibilidade de ser livre ao direito positivado.

Distintamente dos sobreditos filósofos, Kant assimila o pensamento rousseauiano, segundo o qual a liberdade se manifesta, por meio da vontade, “que é livre em si e para si, incondicionada, enquanto querer universal, que só a si mesma pode ter como objeto e que por isso é auto-determinação”.⁸⁰ Com isso, a partir da influência de Rousseau, Kant examina o conceito de liberdade e o incorpora ao sistema ético, atrelando-o às noções de imperativo categórico, dignidade e autonomia.

Feitas estas considerações, cumpre observar que, para se elucidar o conceito de liberdade kantiano, há que se distinguir, inicialmente, conforme

⁷⁶ ARISTÓTELES. *Metafísica* (I e II). Trad. Marcelo Perine, da versão italiana de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2002. v. 1, p. 13.

⁷⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*: Aristoteles, texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2001.

⁷⁸ SALGADO, Joaquim Carlos, *op. cit.*, p. 229.

⁷⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963. Livro II, p. 179.

⁸⁰ SALGADO, Joaquim Carlos, *op. cit.*, p. 231.

apresentado na *Crítica da Razão Pura*⁸¹, entre o *arbitrium brutum* e o *arbitrium liberum*. O primeiro se refere ao arbítrio dos animais, o qual se determina por impulsos sensíveis. Por sua vez, o arbítrio humano ou *arbitrium liberum* diferencia-se daquele outro, haja vista a possibilidade de ser estabelecido pela razão pura prática, a qual é livre.

Entretanto, conforme ressalta Pires⁸², ainda que o arbítrio humano possa ser influenciado pela sensibilidade, não é determinado por esta. Caso se aventasse a hipótese de que o arbítrio estivesse jungido exclusivamente a móveis sensíveis, não se poderia sustentar a existência de um ato livre concreto e tampouco seria possível o agir da razão pura prática.

Segue-se do considerado que tão somente os seres humanos são capazes de agir em conformidade com leis alicerçadas unicamente na razão prática e que, portanto, suas ações não são determinadas por condições empíricas. Assim, os seres humanos, precisamente por pertencerem ao mundo inteligível e possuírem uma faculdade pura prática, pensam a causalidade de sua vontade sob a ideia de liberdade.⁸³ Neste diapasão, Leite assinala que a liberdade não é “um querer arbitrário, isto é um querer sensível”⁸⁴, mas sim um conceito puro da razão, reconhecível *a priori* e que, portanto, não pode ser demonstrado por nenhuma experiência.

A partir do exposto, cumpre destacar que, para Kant, a liberdade ora se apresenta como negatividade ora é concebida em um sentido positivo, como autonomia. Na *Crítica da Razão Pura*, Kant, em atenção à noção de *arbitrium liberum*, considera a primeira acepção como “independência com relação às condições empíricas”⁸⁵. No concernente à segunda, a qual foi explorada na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant relaciona a liberdade à autonomia, uma vez que se atribui aos seres racionais a capacidade de obedecer a leis impostas a si mesmos. Desse modo, a condição de existência da liberdade reside na possibilidade de os seres humanos serem determinados pela legislação moral universal advinda de sua própria faculdade racional.

⁸¹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

⁸² PIRES, Teresinha Inês Teles. **O primado da razão prática em Kant**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 36.

⁸³ KANT, Immanuel. *op. cit.*, p. 102.

⁸⁴ LEITE, Flamarion Tavares. **O conceito de direito em Kant: (na metafísica dos costumes)**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 47.

⁸⁵ SALGADO, Joaquim Carlos, *op. cit.*, p. 243.

Nesta toada, cumpre salientar que, conquanto se associe comumente a liberdade à ausência de leis⁸⁶, a segunda acepção de liberdade demonstra que esta não é incompatível com a existência de uma legislação. Pelo contrário, observa-se que a liberdade reside na noção de que os seres humanos, ao formularem leis morais para si e para outrem, agem autonomamente. A respeito do tema, Agostini⁸⁷ sustenta a compatibilidade entre a liberdade e as leis, afirmando que, os seres humanos, ao enunciarem leis morais aplicáveis a si próprios e a toda humanidade, como decorrência da vontade racional, são livres, isto é, são autônomos, vez que suas ações se conformam objetivamente ao dever.

Nas palavras de Agostini,

A autonomia consiste, assim, na capacidade da vontade de produzir efeitos cuja causa não é outra senão ela mesma. É essa capacidade que eliminar qualquer possibilidade de determinação do exterior (heteronomia) para que a ação tenha mérito moral. Nesse sentido, uma ação praticada por alguma determinação empírica pode estar de acordo com a lei, isto é, ser legal, mas não tem valor moral.⁸⁸

Deveras, a partir da passagem acima, verifica-se que, segundo o pensamento moral kantiano, os seres humanos podem agir autonomamente, e, como tal, são livres para praticar ações que prescindam de determinações heterônomas. Essa proposição tem como corolário o reconhecimento de que os seres humanos, por serem livres e autônomos moralmente, são intrinsecamente dignos, isto é, merecedores de respeito pela humanidade que lhes é ínsita.

À luz destas considerações, observa-se que a liberdade, como independência de determinação por impulsos sensíveis constitui a base da ética kantiana, num sentido negativo, ao apartar os seres humanos da causalidade natural⁸⁹ e, de outro lado, numa acepção positiva, significa a “capacidade da vontade de ser lei para si mesma.”⁹⁰ Por conseguinte, a partir deste segundo sentido, reconhece-se a dignidade dos seres humanos, visto que são capazes de agir moralmente por meio da autolegislação.

⁸⁶ SANDEL, Michael, *op. cit.*, p. 149.

⁸⁷ AGOSTINI, Leonardo, *op. cit.*, p. 56.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 67.

⁸⁹ LEITE, Flamarion Tavares, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁰ PIRES, Teresinha Inês Teles, *op. cit.*, p. 39.

1.3. DO DIREITO SEGUNDO A FILOSOFIA KANTIANA

A filosofia kantiana é de fundamental importância para o estudo do Estado Democrático de Direito contemporâneo, em virtude da ênfase que atribui à complementaridade entre a moral e o Direito⁹¹. Com efeito, Kant, ao examinar a filosofia do Direito, especialmente a partir da obra *Metafísica dos Costumes*, tem como escopo definir as bases que fundamentam o Direito e o Estado, valendo-se de conceitos *a priori*, os quais decorrem da razão jurídico-prática pura.

De acordo com Barretto⁹², Kant enfatiza a necessidade de que o conhecimento filosófico do Direito deve se assentar em bases racionais puras, pois tão somente desse modo poder-se-ia sustentar uma análise crítica da realidade jurídica. Com isso, observa-se que a filosofia kantiana distancia-se de outras correntes filosóficas, a exemplo do pragmatismo e do utilitarismo, vez que estas, ao realçarem a importância da experiência concreta, estariam circunscritas a fenômenos contingenciais, a partir dos quais não é possível examinar os fundamentos racionais do Direito.

Tendo em vista o exposto, Kant procura, na *Metafísica dos Costumes*, responder à questão *qui iuris*, isto é, o que é o Direito, almejando, por meio dessa indagação, apresentar “uma resposta à problematização ‘crítica’ do universo jurídico.”⁹³ Ressalta-se que não se trata de definir o que está de acordo com o direito positivado (*quid sit iuris*), isto é, se determinado ato é lícito ou ilícito frente a um determinado ordenamento jurídico, mas sim, de, por meio da razão, elucidar o que é o Direito, definindo o que pode ser reputado como justo, segundo um princípio universal. Por esta razão, Kant assinala que, para o reconhecimento do certo e do errado (*iustum et iniustum*) no âmbito do Direito, o qual deve ser a base para a edição de leis positivas, deve-se evitar os princípios empíricos, devendo-se, em realidade, perquirir quanto às “fontes desses juízos exclusivamente na razão”.⁹⁴

Com isso, constata-se que a Teoria da Justiça kantiana relaciona-se tanto à moral e quanto ao Direito, apesar das diferenças entre estes, pois ambos têm como desiderato, por meio de critérios racionalmente deduzíveis, “assegurar a liberdade

⁹¹ BARRETTO, Vicente de Paulo; MOTA, Maurício, *op. cit.*, p. 79.

⁹² *Ibid.*, p. 83.

⁹³ *Id.*, p. 83.

⁹⁴ WEBER, Thadeu. Direito e justiça em Kant. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, p. 38-47, Jan./ Jun. 2013, p. 53.

do homem, impedindo que este possa ser rebaixado à condição de simples meio.”⁹⁵ Nesse sentido, compreende-se o fato de a *Metafísica dos Costumes* estar dividida em duas partes – a Doutrina do Direito (*Rechtslehre*) e a Doutrina da Virtude (*Tugendlehre*), vez que se trata, em última análise, de se examinar a ética aplicada às suas duas vertentes.⁹⁶ Tavares⁹⁷ ainda aponta que a reunião de ambas as doutrinas sob a égide da *Metafísica dos Costumes* se justifica, em razão de os conceitos de dever e de obrigação serem comuns às duas.

Insta salientar que essa obra, ao examinar as ações humanas, sob o ponto de vista jurídico e moral, objetiva demonstrar a complementariedade entre estes âmbitos, até porque ambos se assentam sob a razão prática. Assim sendo, tanto as leis éticas quanto as leis jurídicas possuem um fundamento comum, vez que são subclasses da Ética⁹⁸, compreendida em sentido amplo como leis da liberdade, na medida em que ambas “dizem respeito à autolegislação da razão e enunciam o que deve ser.”⁹⁹

Feitas estas considerações aproximativas entre Direito e Ética, dado que estes se fundamentam na razão e na liberdade e têm como finalidade última a Justiça, cumpre explorar seus traços distintivos, a fim de se esclarecer o conceito de Direito, o qual se associa estreitamente à noção do que é justo para Kant.

Primeiramente, cabe assinalar que a conformidade de determinada ação com as leis morais e leis jurídicas é distinta no que se refere ao móbil da ação, pois, se esse se conforma às leis éticas, trata-se de moralidade; ao passo que, se se realiza determinada ação em conformidade com as leis jurídicas, verifica-se a legalidade. Kant sustenta ainda que a legislação ética faz do dever o motivo da ação; distintamente a legislação jurídica admite um motivo diverso da noção de dever.

Observa-se que Kant já, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, discorre acerca do móbil da ação moral. Todavia, a confrontação do móbil da ação moral com o móbil da ação jurídica, a fim de distingui-los, é evidenciada na *Metafísica dos Costumes*. Em realidade, é nesta obra que Kant especifica a

⁹⁵ LEITE, Flamarion Tavares, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 47.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁹⁸ Salgado ressalta que Kant utiliza o termo “Ética” com dois significados, um estrito e outro amplo. Em sentido lato, designa as leis da liberdade e, em sentido restrito, refere-se à lei moral fundada em um motivo interno, em contraposição ao Direito. (SALGADO, Joaquim Carlos, *op. cit.*, p. 153).

⁹⁹ WEBER, Thadeu, *op. cit.*, p. 39.

distinção entre legalidade e moralidade, apresentada implicitamente na *Fundamentação*.

Nesse contexto, cumpre ilustrar a diferenciação entre o motivo das ações moral e jurídica, por meio de exemplo exposto na *Fundamentação*. Kant alude, hipoteticamente, a um comerciante que deseja aumentar os preços de um produto para um comprador inexperiente, porém não o faz, com o intuito de não perder a clientela. Neste caso, ainda que o mercador aja em conformidade com a legalidade que estipula o preço, isto não conduz *ipso facto* à conclusão de que tenha agido moralmente. Com efeito, conquanto tenha agido legalmente, isto é, o móbil de sua ação seja a correspondência com as leis jurídicas, *in casu* não se pode concluir que sua ação tenha valor moral, vez que não se trata de ação realizada por respeito ao dever, mas sim, em função de móbil externo.

Deveras, Bobbio, ao analisar a *Metafísica dos Costumes*, aprofunda a distinção entre Direito e Moral, apresentando outros aspectos distintivos entre esses no que se refere (i) à forma de obrigação; (ii) às esferas de liberdade externa e liberdade interna; e (iii) à determinação da vontade.

No tocante ao primeiro critério, Kant afirma que a lei moral é cumprida tão somente por respeito ao dever, o qual é determinado pela vontade e não por qualquer inclinação ou uma finalidade. De outro vértice, observa-se a legalidade quando “a ação é cumprida segundo alguma inclinação ou interesse diferente do puro respeito ao dever”¹⁰⁰, em outras palavras, dir-se-ia que o respeito ao dever moral não é o ponto fulcral da legalidade.

Tavares¹⁰¹, ao revisitar o exemplo do mutuante, que promete pagar determinada promessa, conquanto saiba que não possa cumpri-la, aponta que, se esta é cumprida por respeito ao dever, nota-se uma obrigação moral, que vincula *in foro interno*; por outro lado, se se trata de manter uma promessa consignada em um contrato, afigura-se uma obrigação jurídica, que obriga *in foro externo*. Por conseguinte, constata-se que, para o pensamento kantiano, existem obrigações e deveres tanto para a Doutrina do Direito quanto para a Doutrina da Virtude, diferenciando-se quanto aos atributos interno e externo.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000, p. 88

¹⁰¹ LEITE, Flamarion Tavares, *op. cit.*, p. 44.

Nesta linha de pensamento, Bobbio¹⁰² afirma que a moralidade se refere a uma “adesão íntima às suas próprias leis”, bem como ao motivo da ação; ao passo que a legalidade diz respeito a uma adesão exterior “que vale independentemente da pureza da intenção com a qual é cumprida”¹⁰³. Há que se ressaltar que a intenção da ação não carece, por completo, de importância para a legalidade. Entretanto, esta somente é juridicamente relevante quando se manifesta externamente, em afronta à liberdade de outrem.¹⁰⁴

Observa-se, portanto, que, conquanto as leis éticas e jurídicas apresentem um fundamento moral em comum, o que as distingue, segundo o critério formal, diz respeito apenas ao modo pelo qual se cumpre ação, nomeadamente ao móbil do agir, que, se externo, concerne à legalidade, e, se vinculado ao momento interno da ação, relaciona-se à moralidade.

Posto isto, constata-se ainda um segundo critério distintivo entre direito e moral, o qual se refere à liberdade. Segundo Kant, a liberdade moral diz respeito à conformidade das leis postuladas pela razão em relação ao próprio indivíduo. Consiste na faculdade de se eliminar os óbices da vontade, a exemplo das inclinações ou interesses, permitindo ao indivíduo que formule leis morais, aplicáveis a si próprio e aos demais seres racionais, haja vista o aspecto de universalidade. Bobbio¹⁰⁵ ressalta que a liberdade moral não se “refere unicamente a uma ação com relação a mim mesmo”, mas consiste em atribuir a responsabilidade por determinada ação ao próprio indivíduo, isto é, à sua consciência moral.

Por outro lado, a liberdade jurídica consiste na “faculdade de agirmos no mundo externo, não sendo impedidos pela liberdade igual dos demais seres humanos”.¹⁰⁶ Essa proposição tem como o corolário lógico a noção de que os indivíduos são responsáveis por suas ações frente aos demais e não somente frente à sua consciência, o que significa, sob a perspectiva da liberdade jurídica, que poderão ser demandados, legalmente, para que respeitem a liberdade da coletividade.

Estabelece-se, portanto, uma relação intersubjetiva entre os seres humanos, haja vista que “à obrigação ou dever de quem se adapta à lei corresponde, no outro

¹⁰² BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰³ *Id.*, p. 92.

¹⁰⁴ LEITE, Flamarion Tavares, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 96.

ou nos outros, um poder coercitivo pelo qual tenho de cumprir a ação, e esse poder é o que comumente se chama direito em sentido subjetivo”¹⁰⁷. Com isso, Kant indica a existência de uma relação jurídica entre seres humanos, pois a cada direito corresponde um dever.

Tendo sido explicitado o critério que distingue o Direito da moral segundo os atributos da liberdade, cumpre apresentar uma terceira distinção, já apontada por Kant na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, entre autonomia e heteronomia. Segundo Kant, a autonomia consiste na faculdade de a vontade prescrever leis para si mesma. Em contraposição a essa, o Direito refere-se a uma vontade heterônoma, pela qual se cumpre a lei jurídica não por respeito à lei, mas em virtude da coação.

Observa Kant que o caráter de obrigatoriedade e de possibilidade de cumprimento por meio da coação é comum às diversas espécies de leis jurídicas, pois, do contrário, não se poderia distinguir entre as ações legais e aquelas motivadas pela benevolência, dado que essas não são motivadas por um dever jurídico e, portanto, não se pode compelir o indivíduo ao seu cumprimento.

Nesse diapasão, Kant apresenta as diferentes categorias de leis jurídicas, as quais se subdividem em leis externas em geral; leis naturais, vez que são aprioristicamente deduzíveis pela razão; e as leis positivas, haja vista que obrigam tão somente, em razão de haver uma legislação externa.¹⁰⁸ Não obstante essa classificação, todas as leis devem ser obrigatoriedade observadas, sob pena de se imputar consequências jurídicas, quando do seu descumprimento.¹⁰⁹ Nesse último caso, o efeito legal da inobservância do dever jurídico é a punição.

De outro vértice, os deveres morais, não obstante a imperatividade de sua observância, não podem ser cumpridos coativamente, mas tão somente por boa vontade, isto é, por respeito ao dever. Com efeito, Kant denomina o cumprimento destes deveres de feito meritório, vez que, se age, a despeito daquilo que a legislação externa pode constranger a praticar. Não se pode imputar juridicamente ao sujeito os bons ou maus resultados de uma ação moral, haja vista que está fulcrada em deveres morais, cujo cumprimento não pode ser controlado pelo juiz.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 98.

¹⁰⁸ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, v. 8, p. 47.

¹⁰⁹ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 49.

Nesse sentido, Kant reconhece o valor de ações altruísticas, as quais são realizadas, a despeito da existência de leis exteriores e de uma coação externa apta a efetivá-la. A respeito do tema, o Kant sugere que “tanto maior será o mérito da boa ação, como, por exemplo, com considerável autossacrifício salvo um completo estranho de um grande perigo.”¹¹⁰ Desse modo, ressalta-se que os deveres morais são cumpridos, simplesmente, por serem deveres pertencentes à ética¹¹¹, independentemente de qualquer constrangimento externo, pois, se este houvesse, suprimir-se-ia o valor moral de uma ação realizada, livre e autonomamente, tão somente por respeito ao dever.

Em suma, Kant estabelece uma articulação entre leis e deveres jurídicos e morais, de modo que ambos compõem a *Metafísica dos Costumes*, vez que possuem os mesmos fundamentos, quais sejam a razão prática e a autonomia da vontade, assegurando que os seres humanos sejam fins em si mesmos.¹¹²

1.3.1 Do Conceito de Direito

Estabelecidas as distinções entre moralidade e legalidade, cumpre examinar, a partir do pensamento kantiano, o conceito de Direito, o qual, segundo Weber¹¹³, está estreitamente relacionado à noção de Justiça. Entretanto, há que salientar, conforme exposto anteriormente, que esse conceito não pode ser extraído do direito positivo, vez que este determina tão somente se determinada regra é lícita ou ilícita conforme certa ordem jurídica.

Assim, Kant exorta que o estudo do Direito, com vistas a se determinar o que é justo, não deve considerar elementos empíricos; do contrário não se poderia estabelecer um fundamento racional para o Direito, a partir do qual se pode avaliar o direito positivo. Em realidade, Kant sugere que se deve recorrer à razão, a fim de se estabelecer um critério de Justiça para o Direito, alicerçado em princípios racionais *a priori*, derivados da razão prática.¹¹⁴

¹¹⁰ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 49 – 50.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 50.

¹¹² TERRA, Ricardo. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 16.

¹¹³ WEBER, Thadeu, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 109.

Expendidas estas considerações, cumpre analisar os elementos que compõem o conceito de Direito. Em primeiro lugar, Kant sugere que o Direito refere-se à relação externa entre indivíduos, haja vista a indiferença desse em relação às motivações internas. Todavia, conforme afirma Bobbio, a existência de uma relação externa ou intersubjetiva não caracteriza *ipso facto* o Direito, pois há deveres, como os de beneficência, que, também importam numa relação externa. A partir desta observação, sustenta-se que a exteriorização da ação não é suficiente para caracterizar o Direito, mas faz-se necessário que o agir humano defronte-se com o livre arbítrio de outro ser humano.

Segue-se do considerado que o Direito constitui uma relação entre arbítrios, vez que, para que se estabeleça uma relação jurídica, é necessário “a relação de capacidades conscientes, de alcançar o objeto desejado”¹¹⁵. Essa proposição permite distinguir o Direito dos desejos, pois estes, diferentemente daquele, não dependem da exteriorização, podendo coexistir uns com os outros, sem tolher a liberdade de outrem.¹¹⁶

Ademais, cabe acrescentar, consoante Ludwig¹¹⁷, que o Direito considera “somente a forma na relação dos dois arbítrios”, não sendo relevante os interesses ou fins subjetivos. Assim, quando se regula um instituto jurídico, a exemplo da compra e venda, busca-se estabelecer as condições formais, pelas quais se deve cumprir o contrato e não quais as intenções ou finalidades o indivíduo possui quando realiza certa transação econômica. Assim, em alusão a este exemplo, Kant afirma que o Direito não deve levar em consideração a matéria de referida compra e venda tampouco o benefício que uma das partes almeja com a transação.

Nesse sentido, Tavares postula que: “Tudo que está em questão é a forma na relação de escolha por parte de ambos, porquanto a escolha é considerada meramente como livre e se a ação de alguém pode ser unida com a liberdade de outrem em conformidade com uma lei universal”.¹¹⁸

Tendo em vista os elementos apresentados, Kant conceitua o Direito como “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de

¹¹⁵ WEBER, Thadeu, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁶ HOFFE, Otfried. **Principes du droit**. Paris: Editions du Cerf, 1993, p. 95.

¹¹⁷ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. [Florianópolis, SC]: Conceito, [2006], p. 68.

¹¹⁸ LEITE, Flamarion Tavares, *op. cit.*, p. 54.

outrem de acordo com uma lei universal da liberdade.”¹¹⁹ Observa-se que nesta definição compreende-se a coexistência das liberdades individuais, de tal modo que os indivíduos possam realizar seus interesses particulares, sem restringir, injustamente, a liberdade de outrem.

A partir dessa definição, Kant enuncia, em paralelismo à fórmula da autonomia moral, a lei universal do Direito, qual seja: “Age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”.¹²⁰ Dessa forma, verifica-se que o Direito estabelece condições para a coexistência ou limitação mútua entre arbítrios, de modo tal a preservar a liberdade de cada um.

Uma vez estabelecido que o Direito refere-se às relações exteriores entre os arbítrios e que não tem como móbil o respeito ao dever, faz-se necessária a existência de uma coerção exterior, a fim de que se cumpra determinado dever jurídico. Pode-se ilustrar essa proposição com o exemplo do mutuário que não adimple certo contrato. Conquanto, no plano da moralidade, haja a imperatividade de se cumprir o que fora avençado, somente se pode constranger o devedor a adimplir o débito, por meio da coerção legal ou exterior.

¹¹⁹ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 54.

2. DA ÉTICA UTILITARISTA

2.1. DOS FUNDAMENTOS DA ÉTICA UTILITARISTA

A reflexão filosófica utilitarista desenvolveu-se, no século XVIII, na Grã-Bretanha, “como a primeira escola de pensamento filosófico do mundo anglo-americano”.¹²¹ Diferentemente de outros filósofos anglófonos, como Bacon, Hobbes e Locke, os utilitaristas, reunidos em torno de Jeremy Bentham, formularam um conjunto de teses, nomeadamente o princípio da utilidade e o consequencialismo, os quais constituem o cerne do pensamento utilitarista.

Conforme assinala Peluso¹²², conquanto haja um núcleo de princípios relativamente aceito pelos utilitaristas clássicos e que foi reinterpretado pelos utilitaristas contemporâneos, não há que se considerar o pensamento utilitarista como homogêneo, sendo mais apropriado designá-lo como teorias utilitaristas, haja vista os diferentes matizes que diferenciam o pensamento dos filósofos utilitaristas.

Com efeito, estes, por meio de uma ética, fundamentada na utilidade, têm como desiderato determinar o bem moral, discernindo a ação moralmente valiosa. Precisamente, a partir da definição apresentada pelos pensadores utilitaristas do que é útil, podem-se compreender as noções de Direito, Bem e Justiça.

Nesse diapasão, segundo West¹²³, o utilitarismo consiste na teoria filosófica segundo a qual as ações, as políticas e o direito são avaliados por sua utilidade, na medida em que esses produzem as melhores consequências em face de suas alternativas. Constata-se que a ética utilitarista procura determinar quais consequências são moralmente valiosas, visto que as “ações ou modos de ação devem ser avaliados a partir dos resultados (ou mesmo das consequências) que deles se seguem”.¹²⁴

Desse modo, conforme enuncia Vázquez¹²⁵, o utilitarismo, ao vincular a obrigação moral aos resultados da ação que trazem vantagem à comunidade, constitui uma ética teleológica, vez que todas as ações são realizadas em função de

¹²¹ PELUSO, Luis Alberto. Utilitarismo e Ação Social. In: _____. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998, p. 15.

¹²² *Ibid.*, p. 16.

¹²³ WEST, Henry. **An Introduction to Mill's Utilitarian Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 1.

¹²⁴ SCHÖNECKER, Dieter; WOOD, Allen W., *op. cit.*, p. 49.

¹²⁵ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 198.

um fim. Nesse sentido, verifica-se que é, por meio da utilidade, que se pode afirmar o valor moral de uma ação.

No entanto, cumpre aclarar que a ética utilitarista, ao enfatizar as finalidades e os efeitos do agir do humano, diferencia-se de outras teorias teleológicas da obrigação moral, a exemplo das éticas egoísta e altruísta. Segundo aquela, os indivíduos, em virtude de sua natureza egoística, devem “agir de acordo com o seu interesse pessoal, promovendo, portanto, aquilo que é bom ou vantajoso para si.”¹²⁶. Com isso, a ética egoísta consideraria útil o que contribui para o bem-estar de determinado indivíduo, independentemente das consequências que possam advir desta ação para outras pessoas.¹²⁷

Tampouco o utilitarismo se coaduna com o altruísmo ético, o qual enfatiza a necessidade de que o comportamento individual traga vantagens à comunidade, a despeito de a ação que promove o maior bem-estar não se coadunar com as preferências de certo indivíduo. Em realidade, a ética utilitarista não exclui *ipso facto* o interesse pessoal, considerando determinada ação como moral, na medida em que suas consequências sirvam ao interesse geral da coletividade, visto que é útil o ato que promove o bem da humanidade, independentemente da intenção que o ensejou.

A partir dessas considerações, observa-se que, para as teorias utilitaristas, o valor moral das ações deve ser avaliado concretamente, em face das consequências e não segundo um dever objetivamente válido, deduzível a partir da razão. Desse modo, o sistema de ética utilitarista não exige que “o único motivo do que fazemos seja o sentimento do dever”¹²⁸; pelo contrário, Mill constata, empiricamente, que a maioria das ações são realizadas por outros motivos, sem que, por isso, essas prescindam de valor moral.

Assim, verifica-se que a ética utilitarista tem como pressuposto epistemológico o empirismo, segundo o qual conhecimento adviria da observação e das experiências, refutando a existência de um conhecimento *a priori*, decorrente logicamente a partir de alguns princípios. A utilidade e as consequências das ações somente podem ser avaliadas concretamente por meio da investigação empírica.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 199.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 168.

¹²⁸ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Porto Editora, 2005, p. 59.

Nesta toada, Braga¹²⁹ afirma que a ética utilitarista, ao priorizar a dimensão empírica e prática da vida em sociedade opõe-se às teorias do bem, que postulam a existência deste em termos abstratos ou metafísicos, isto é, de algo bom *de per si*, a despeito de sua utilidade prática na realidade concreta. Pode-se aclarar este antagonismo entre as teorias utilitaristas e as teorias deontológicas, caracterizando aquelas primeiras por sustentarem que o bem se refere àquilo que é bom para as pessoas envolvidas concretamente e estas últimas por sustentarem a possibilidade de que o bem seja algo bom em si mesmo.¹³⁰

Diante do exposto, verifica-se que as teorias utilitaristas constituem uma ética teleológica, cujos princípios norteadores são a utilidade e o consequencialismo.

2.1.1. Do Princípio da Utilidade

A ética utilitarista, conforme apontado anteriormente, encontra-se fulcrada no princípio da utilidade. Assim, uma vez constatada a centralidade desse princípio para o pensamento utilitarista, calha examinar os diferentes matizes que ele apresenta para os utilitaristas clássicos, notadamente Jeremy Bentham e John Stuart Mill, bem como para os utilitaristas contemporâneos, especialmente Richard Hare e John Harsanyi.

Bentham apresenta, na obra *A Fragment on a Government*, o axioma fundamental das teorias utilitaristas, qual seja o princípio da utilidade ou o princípio da máxima felicidade. De acordo com Crimmins¹³¹, o filósofo aprofunda o exame desse princípio, na *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, escrito em que Bentham concebe a possibilidade de a moral e a legislação estarem alicerçados no princípio da utilidade.

Consoante assevera Bentham, o referido princípio:

[...] aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência de

¹²⁹ BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. **Kant, Rawls e o utilitarismo**: justiça e bem na filosofia política contemporânea. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 210 – 211.

¹³⁰ *Id.*, p. 210-211.

¹³¹ CRIMMINS, James. E. Bentham and the utilitarianism in the early nineteenth century. In: EGGLESTON, Ben; MILLER, Dale E. (Orgs.). **The Cambridge companion to utilitarianism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 39.

promover ou comprometer a referida felicidade. Eu digo qualquer ação, com que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo.¹³²

A partir dessa passagem, observa-se que esse princípio constitui tanto um guia de ação, pelo qual os indivíduos, orientados pelos sentimentos de prazer e dor, devem promover a felicidade geral quanto um referencial para se analisar a moralidade de determinada ação, segundo os prazeres e dores acarretados pelo ato em apreço.¹³³ Nesse sentido, Ávila¹³⁴ ressalta que, conquanto não haja identidade entre o princípio da utilidade e a felicidade, estes estão estreitamente vinculados, haja vista que aquele é condição ou norma instrumental à promoção da felicidade.

Expendidas essas considerações iniciais, cumpre minudenciar o exame do princípio da utilidade. Em primeiro lugar, o pensamento de Bentham tem como premissa a noção de que se prefere o prazer à dor. Nessa linha de raciocínio, o filósofo inglês qualifica como certas as ações que objetivam a maximização da felicidade, compreendida como prazer e ausência de dor. Por outro lado, considera moralmente erradas as ações que produzem a infelicidade, isto é, a dor e a privação de prazer. Com efeito, os utilitaristas clássicos concebem que

[...] o prazer e a isenção de dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e de que todas as coisas desejáveis (que são tão numerosas no esquema utilitarista como em qualquer outro) são desejáveis ou pelo prazer inerente em si mesmas ou enquanto meios para a promoção do prazer e da prevenção da dor.¹³⁵

Nesse sentido, Bentham sustenta que as ações são motivadas pelas expectativas de prazer ou dor, conquanto as experiências pretéritas influenciem as expectativas futuras. Com isso, Bentham considera implausível a existência de uma motivação desinteressada, haja vista que os indivíduos agem em conformidade com os prazeres ou dores esperados, objetivando a maximização destes. Por esta razão,

¹³² BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 4.

¹³³ Brito consigna que, conquanto os termos bem-estar (*welfare*) e felicidade (*happiness*) não sejam sinônimos perfeitos, Bentham, frequentemente, relativiza essa distinção, considerando que o último termo designa um composto de prazeres e dores. Por esta razão a presente monografia não distinguirá os supracitados vocábulos. (BRITO, José de Souza e. É o princípio da utilidade racional? In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998, p. 69.)

¹³⁴ ÁVILA, José Manuel Bermudo. Bentham: a ciência do legislador. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998, p. 91.

¹³⁵ MILL, John Stuart, *op. cit.*, p. 48.

sugere que, até mesmo, as ações de benevolência e de altruísmo são fundamentadas em sentimentos.

Para tanto, os utilitaristas clássicos pressupõem a existência de uma simpatia de interesses entre os indivíduos, ou seja, o prazer e a dor têm o mesmo significado para estes, embora a causa desses sentimentos possa ser distinta. Calha ressaltar, de acordo com Peluso¹³⁶, que o utilitarismo de Bentham associa o prazer particular ao bem público, na medida em que se almeja a felicidade alheia porque está relacionada à felicidade do próprio indivíduo. A respeito da temática, Peluso¹³⁷ afirma que:

[...] há um certo prazer que decorre do prazer do outro. O sofrimento do outro está associado, de alguma forma, ao sofrimento do sujeito que o provoca. Nesse sentido, o prazer máximo é pensado num contexto de sofrimento mínimo. O prazer somente pode ser total num contexto onde não exista a constatação de que desse prazer se segue o sofrimento para outro ser capaz de sentir.

Desse modo, havendo a convergência entre o interesse individual e o interesse coletivo, observa-se que Bentham relaciona o bem-estar geral à moralidade. Reputa-se moralmente correto o que é útil ao interesse geral, isto é, a ação que a promove a utilidade, com o intuito de maximizar o prazer ou minimizar o sofrimento alheio, para o maior número de pessoas, dentre os quais se inclui o próprio indivíduo.

Assim, uma vez verificado que as ações podem incrementar a felicidade total, Bentham postula ainda que os indivíduos têm o compromisso moral de minimizar a dor de outrem. Referida proposição aplica-se especialmente aos legisladores, os quais, por meio da edição de leis, devem realizar reformas sociais, visando à maximização da felicidade da comunidade em geral.¹³⁸

Tendo em vista o exposto, Bentham sustenta que o legislador, ao verificar as preferências dos indivíduos, deve promover aquela que possa “incrementar” a felicidade de um maior número de pessoas. Segundo Mulgan¹³⁹, essa proposição pode ser interpretada de duas formas distintas, quais sejam (i) os interesses da maioria “sem poder” devem prevalecer sobre os interesses de uma minoria poderosa

¹³⁶ PELUSO, Luis Alberto, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁸ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 48.

¹³⁹ MULGAN, Tim, *op. cit.*, p. 19.

ou (ii) não sendo possível estender certo benefício à totalidade dos indivíduos, deve-se possibilitar que o maior número de indivíduos tenha acesso a esse.

Segue-se do considerado que, para se determinar o valor de uma ação, deve-se ter como base a quantificação, a agregação e o cômputo geral da felicidade¹⁴⁰. Com isso, Bentham admite a possibilidade de se mensurar o prazer por meio de um cálculo hedônico, o qual leva em consideração sete fatores de igual valor, quais sejam a intensidade, a duração, a certeza ou a incerteza, a proximidade ou afastamento, a fecundidade, a pureza e a extensão.

A realização desse cálculo é, frequentemente, objeto de críticas, que sustentam a impossibilidade de mensuração do prazer. Afirma-se que o cálculo hedônico carece de praticidade, haja vista a dificuldade de se determinar, objetivamente, as variáveis que compõem o prazer decorrente de uma ação, que afeta um grande número de indivíduos. Todavia, Peluso¹⁴¹ ressalta que Bentham não está alheio às limitações à realização dessa aritmética moral, considerando, em realidade, que se trata de um “ideal a ser aproximado, como uma agenda a ser cumprida, na medida do possível.”

Tendo em vista o cálculo hedônico e considerando que todos os prazeres são igualmente valiosos, Bentham sugere que os legisladores devem editar normas, em observância às preferências que maximizem a felicidade da coletividade. Pode-se ilustrar essa proposição com o exemplo de determinada lei que prevê a compulsoriedade da apresentação dos reservistas ao exército em caso de guerra.

In casu, verifica-se que, conquanto o interesse individual se refira à conservação da vida, este, segundo a ótica utilitarista, deve ser sacrificado em benefício da maximização da felicidade ou da minimização da infelicidade da coletividade, o que supõe a participação dos indivíduos no combate contra o invasor. Esta hipótese ilustra a possibilidade de o interesse individual estar em desacordo com o interesse geral, vez que nem sempre aquele conduz à promoção da felicidade para um maior número de pessoas.

A partir dessa hipótese, observa-se que Bentham sustenta a possibilidade de comensurabilidade do prazer, o que, de acordo com Galvão, corresponde a uma

¹⁴⁰ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴¹ PELUSO, Luis Alberto, *op. cit.*, p. 21.

visão “puramente quantitativa do bem-estar”.¹⁴² Por esta razão, associa-se, com frequência, o cálculo utilitarista ao raciocínio econômico contemporâneo, em que se analisam os custos e os benefícios da tomada de decisões, por meio de termos monetários.

Essa asserção pode ser melhor esclarecida por meio de exemplo apresentado por Sandel. Durante a década de 70, a Ford Motor Company produzia um modelo de veículo que explodia quando da colisão traseira com outro automóvel. Embora a empresa tivesse conhecimento desse risco, optou por não instalar um dispositivo de segurança que impedisse as explosões, vez que os custos de instalação dessa medida eram superiores ao valor da indenização média pela morte de um indivíduo.

A partir da situação descrita, Sandel¹⁴³ aponta semelhança entre as escolhas econômicas e a ética utilitarista, na medida em que ambas efetuam uma análise comparativa das diversas escolhas possíveis. No entanto, cumpre destacar que ambas não se confundem, vez que as teorias utilitaristas não estão reduzidas a um cálculo econômico. Por meio deste, não se pode determinar, necessariamente, a ação que melhor atenda ao princípio da utilidade, isto é, à maximização da felicidade, vez que a mensuração da utilidade, conforme exposto anteriormente, deve observar fatores que não coincidem, imperiosamente, com a quantificação econômica.

Não obstante a situação aventada, poder-se-ia objetar o princípio da utilidade, sustentando que este conduz a conclusões espúrias, a exemplo da situação em que se aprovaria a escravidão, desde que se considerasse que esta instituição incrementa a felicidade dos escravos. Entretanto, conforme sugere Mulgan¹⁴⁴, essa objeção não prospera sob a ótica do pensamento de Bentham, vez que este afirma que ninguém se sujeitaria voluntariamente à escravidão e, desse modo, não se poderia considerar os escravos felizes.

Em suma, Bentham sustenta, com fulcro no princípio da utilidade, que os seres humanos, orientados pelos sentimentos de dor e de prazer, realizam ações plenamente éticas, na medida em que estas resultam na maior felicidade possível

¹⁴² GALVÃO, Pedro. Introdução. In: MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Porto Editora, 2005, p. 15.

¹⁴³ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 55-56.

¹⁴⁴ MULGAN, Tim, *op. cit.*, p. 11.

para o maior número possível de indivíduos.¹⁴⁵ Desse modo, o filósofo inglês postula um utilitarismo hedonista, cujo estatuto moral de certa ação é determinado, a partir dos estados mentais de dor e prazer.

Explanados os pontos centrais da teoria utilitarista de Jeremy Bentham, cumpre explorar o pensamento de John Stuart Mill, o qual sofisticou a ética utilitarista, objetivando conciliá-la com os direitos do indivíduo. Com efeito, Mill, na obra *Utilitarismo*, analisa a temática da moralidade e da justiça, sob a ótica do princípio da utilidade.

Mill postula que os indivíduos devem almejar a consecução não apenas de sua felicidade, mas a de “todos aqueles cujo bem-estar poderá ser afectado pela nossa conduta”.¹⁴⁶ Nesse sentido, o preceito orientador da moralidade diz respeito à promoção imparcial da felicidade, a qual se encontra consignada no princípio da utilidade, observe-se:

O credo que aceita utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as acções estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade.¹⁴⁷

A partir dessa passagem, constata-se que Mill, ao elevar o Princípio da Felicidade ou da Utilidade à condição de alicerce da moralidade, apresenta, assim como Bentham, uma perspectiva filosófica hedonista, na medida em que deve haver “um predomínio das experiências aprazíveis sobre as experiências dolorosas.”¹⁴⁸ Cumpre salientar, portanto, que a concepção de hedonismo adotada pelos sobreditos filósofos refere-se à maximização das experiências aprazíveis.

Entretanto, o pensamento desses filósofos não se confunde, visto que Mill sofisticou a teoria de Bentham, objetivando provar a existência do princípio da utilidade. Partindo de uma epistemologia moral fundamentada no empirismo, Mill refuta a possibilidade de evidenciar o supracitado princípio, por meio da dedução, a partir de outros princípios *a priori*.

Assim, com amparo na observação empírica, Mill argumenta que os indivíduos, ao desejarem algo, objetivam a obtenção da felicidade, vez que esta é o

¹⁴⁵ PELUSO, Luis Alberto, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁶ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁷ MILL, John Stuart, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁸ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. 15.

fim último da moralidade. Desse modo, aquilo que se deseja ora é parte da felicidade ora é um meio para a consecução dessa.

Uma vez examinado que tanto a teoria moral de Bentham quanto o utilitarismo de Mill objetivam a felicidade, cumpre distinguir o pensamento dos sobreditos filósofos. Mill, em atenção à objeção de críticos como o conservador Thomas Carlyle, para quem o utilitarismo poderia ser igualmente aplicado a seres humanos e animais, afrontando a dignidade humana, acrescenta ao cálculo hedônico benthaminiano a possibilidade de se distinguir os prazeres segundo a sua qualidade. Desse modo, Mill sustenta que há prazeres intrinsecamente superiores a outros, vez que aqueles empregariam as faculdades superiores da razão, as quais são exclusivas dos seres humanos.

O supracitado filósofo utilitarista justifica a superioridade de certos prazeres a outros, com base no argumento de que os juízos competentes, isto é, aqueles que já se submeteram a ambas as espécies de prazer reputam que os desejos que empregam as faculdades superiores são mais elevados. Cabe frisar, entretanto, que a alusão ao veredito dos juízos não define a qualidade dos prazeres; pelo contrário, consiste em uma evidência empírica e, assim sendo, admite-se que novos dados concretos podem alterar o entendimento acerca do que promove um prazer mais elevado.

Nesse sentido, insta destacar, conforme sugere Mulgan¹⁴⁹, que a alteração na avaliação moral não prejudica a proposição de que há prazeres superiores, mas tão somente reconfigura a distinção dos prazeres segundo a sua qualidade.

Dessa forma, ao considerar o aspecto qualitativo dos prazeres, observa-se que o utilitarismo de Mill conduz a resultados distintos do pensamento de Bentham. Pode-se ilustrar esta diferenciação com a hipótese de que é facultado a alguém optar entre realizar (i) a ação A, cujo prazer, embora inferior a outros, é mais intenso; e a (ii) ação B, cujo prazer é superior em relação ao anterior, conquanto seja menos intenso do que aquele.

De acordo o pensamento de Bentham, dever-se-ia levar “em consideração todas as preferências, independentemente de seu valor, ao determinar como a lei deveria ser.”¹⁵⁰ Assim, tendo em vista as escolhas individuais, a sociedade deveria

¹⁴⁹ MULGAN, Tim, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁰ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 68.

promover a ação A, visto que o prazer advindo dessa é mais intenso para um maior número de pessoas, quando comparado ao da ação B.

De outra quadra, Mill, procurando salvaguardar o utilitarismo da crítica de que este “reduz todos os valores a uma única escala”¹⁵¹, apresenta conclusão diversa, postulando que se deve considerar a qualidade dos prazeres e não somente a intensidade destes. *In casu*, eleger-se-ia a ação B, vez que essa promove os prazeres superiores, a despeito de sua intensidade. Assim sendo, Galvão¹⁵² ressalta que, ainda que houvesse “uma quantidade idêntica ou mesmo maior de prazeres inferiores” em relação a prazeres superiores, dever-se-ia optar por estes em detrimento daqueles, haja vista a sua primazia.

Face ao exposto, constata-se que, conquanto Mill tenha sofisticado a teoria utilitarista formulada por Bentham, ao introduzir uma diferenciação entre os prazeres, conforme a sua qualidade, o utilitarismo de ambos os autores é hedonista, visto que atribui valor moral à ação que maximiza o bem-estar ou a felicidade dos indivíduos. Trata-se de uma concepção ética que, segundo Savaris¹⁵³, define a utilidade social e “as funções de utilidade individual em termos de sentimentos de prazer e de dor”.

Todavia, a ética hedonista dos utilitaristas clássicos é criticada por Parfit¹⁵⁴ e Griffin¹⁵⁵, os quais argumentam que o utilitarismo hedonista associa, equivocadamente, o prazer e a dor a estados mentais. Os sobreditos autores destacam que as ações e experiências prazerosas e dolorosas são vivenciadas, distinta e subjetivamente, pelos indivíduos. Desse modo, ao constatarem que o prazer e a dor estão jungidos a aspectos subjetivos dos indivíduos, postulam que não é possível a comparação da utilidade dessas experiências.

Ademais, conforme expõe Farrell¹⁵⁶, o utilitarismo hedonista ou de estados mentais atribui igual valor moral a uma ação que promova a felicidade ou que faça que outrem acredite que a felicidade está sendo promovida, porquanto ambos os

¹⁵¹ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵² GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵³ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 31.

¹⁵⁴ PARFIT, Derek. **Reasons and Persons**. Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 493-494.

¹⁵⁵ GRIFFIN, James. **Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance**. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 7-8.

¹⁵⁶ FARRELL, Martin Diego. Os utilitarismos possíveis e a máquina da felicidade. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998, p. 192.

atos apresentam as mesmas consequências, ou seja, os mesmos estados mentais. Desse modo, o utilitarismo clássico desconsidera o vínculo com a realidade, na valoração moral dos atos.

Em atenção a essa crítica, Robert Nozick¹⁵⁷ apresenta outra objeção ao hedonismo, aludindo a uma máquina de realidade virtual, capaz de oferecer quaisquer experiências aprazíveis. *In casu*, o autor sugere que, ainda que os indivíduos pudessem ter uma vida mais aprazível, quando conectados à máquina, prefeririam ter uma vida genuína. Nozick¹⁵⁸ afirma que “We want to do certain things, and not just have the experiences of doing them. In the case of certain experiences, it is only because first we want to do the actions that we want the experiences of doing them or thinking we’ve done them.”

Assim, uma vez demonstradas as fragilidades da teoria utilitarista hedonista de Jeremy Bentham e Stuart Mill, os utilitaristas contemporâneos, sobretudo Richard Hare e John Harsanyi, desenvolveram o utilitarismo de preferências. De acordo com este, o móbil moral das ações humanas consiste na satisfação de preferências, as quais não se limitam aos impulsos sensuais mais imediatos.¹⁵⁹

Segundo Farrell¹⁶⁰, o princípio da utilidade, na acepção do utilitarismo das preferências, determina que certo ato é moralmente correto na medida em que é preferível em relação aos demais, ou seja, corresponde à maior quantidade possível de preferências. Dessarte, observa-se que o bem-estar está atrelado à satisfação das preferências, carecendo de uma vinculação necessária aos estados sensoriais do indivíduo, os quais, conforme apontado anteriormente, são assaz subjetivos, não permitindo que sejam comparados, em uma escala de utilidade.

Nessa linha de raciocínio, o filósofo inglês Richard Hare¹⁶¹ sustenta que a ação moralmente correta, segundo o princípio da utilidade, é aquela que satisfaz as preferências ou desejos mais intensos. Segundo Simões¹⁶², a teoria utilitarista desenvolvida por referido filósofo associa o intuicionismo¹⁶³ ao utilitarismo.

¹⁵⁷ NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. Oxford: Basil Blackwell, 1974, p. 42-45.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 43. Em tradução livre: “queremos fazer certas coisas, e não apenas ter a experiência de as fazer. No caso de certas experiências, queremos a experiência de realizar as ações ou de pensar que as realizamos somente porque, primeiramente, queremos realizar essas ações.”

¹⁵⁹ BRAGA, Antônio Frederico Saturnino, *op. cit.*, p. 213.

¹⁶⁰ FARRELL, Martin Diego, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶¹ HARE, R.. **Moral Thinking**. Its Levels, Method and Point. Oxford: Oxford University Press, 1981.

¹⁶² SIMÕES, Mauro Cardoso. Hare's preference utilitarianism: an overview and critique. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 36, n. 2, p. 123-134, Aug. 2013. p. 123.

¹⁶³ Consoante Mulgan, o intuicionismo consiste na avaliação do valor moral de certa ação, conforme um senso moral. (MULGAN, TIM, *op. cit.*, p. 32).

Deveras, Hare postula que a moralidade possui dois níveis, quais sejam o nível intuitivo e o nível crítico. Naquele âmbito, os indivíduos agiriam moralmente conforme intuições morais ou princípios *prima facie*, os quais derivariam das experiências pretéritas vivenciadas pelos indivíduos, a exemplo da socialização e da aprendizagem.

Os agentes, após repetidas experiências, determinariam, de acordo com a utilidade, a moralidade de situações simples e usuais. No entanto, conforme observa Hare, embora os princípios *prima facie* estejam arraigados na mentalidade das pessoas e sejam úteis à avaliação moral de casos simples, estes não são suficientes para se determinar a moralidade de situações complexas, em que os princípios *prima facie* podem conflitar entre si.

Assim, Hare alude ao âmbito crítico da moralidade, o qual se refere às preferências individuais. Nessa esteira, o bem consiste naquilo que, subjetivamente, os indivíduos preferem, desejam ou querem.¹⁶⁴ Essa proposição tem como corolário a noção de ação moralmente correta é aquela que satisfaz as preferências mais intensas dos agentes. Desse modo, o princípio da utilidade, defendido por Hare, difere-se do utilitarismo clássico, segundo o qual é correta a ação, cujas consequências maximizam o bem-estar ou a felicidade, na medida em que a utilidade é aferida pela maximização da satisfação de preferências e não pela promoção de estados mentais de prazer ou felicidade.

De acordo com Hare, o nível crítico da moralidade é importante, especialmente no que se refere aos chamados *unusual cases* ou complexas situações morais, em que as regras morais, do nível intuitivo, ora não existem ora conflitam entre si. Dessa forma, o filósofo sugere que, no âmbito crítico, se avaliem os pontos positivos e negativos de cada preferência.

Com efeito, Simões¹⁶⁵ aponta três razões para se considerar que o utilitarismo das preferências é superior ao hedonismo das teorias utilitaristas clássicas. Em primeiro, a abordagem utilitarista proposta por Hare evita que se perquiram os estados mentais dos indivíduos, cujas concepções acerca do prazer e da dor são assaz variáveis e dependentes de experiências pessoais.

Em segundo lugar, o utilitarismo das preferências resguarda-se das objeções de que o utilitarismo clássico careceria de mecanismos, para se quantificar

¹⁶⁴ SIMÕES, Mauro Cardoso, *op. cit.*, p. 124.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 128.

a utilidade. Deveras, conforme postula Simões¹⁶⁶, a teorização de Hare não incorre nas dificuldades de se diferenciar entre prazeres superiores ou inferiores, visto que permite a determinação e a mensuração das preferências dos indivíduos, de modo análogo ao procedimento adotado em questionários estatísticos (*surveys*) e eleições.

Ademais, a teoria utilitarista de Hare, ao considerar que a moralidade se apresenta em dois níveis, evita as críticas de que o utilitarismo seria, essencialmente, imoral, ao desconsiderar ou menosprezar os direitos humanos e morais, não atribuindo a devida importância aos deveres e obrigações dos indivíduos.

No entanto, a teorização de Hare não esgota todas as faces do utilitarismo de preferências. Com efeito, o filósofo húngaro-americano John Harsanyi¹⁶⁷ propõe que a utilidade social seja definida em termos das utilidades individuais e que estas, por sua vez, sejam estabelecidas, a partir das preferências pessoais. Sustenta o filósofo que as preferências antissociais e as não razoáveis não devem ser consideradas, a fim de se determinar a utilidade, haja vista que não se coadunam com as noções plausíveis de justiça.

Harsanyi considera antissociais as preferências “de natureza discriminatória e/ou cuja satisfação (sempre tendo por foco as decisões de política pública) causa dano à vida, à dignidade humana ou à liberdade de outros”.¹⁶⁸ Nesse sentido, o filósofo alude a um espetáculo, no qual um número de sádicos contempla a tortura de um indivíduo, maximizando a utilidade social. Harsanyi afirma que, conquanto haja uma promoção da utilidade, as preferências antissociais, a exemplo do sadismo e da malícia, não poderão integrar o cálculo da utilidade social, haja vista que, de acordo com a ética utilitarista, a moralidade está fundamentada na compaixão humana e na boa vontade.

O referido filósofo assevera que:

Parece-me que a exclusão das preferências malévolas é completamente consistente com os princípios básicos do utilitarismo. A base do utilitarismo é a “benevolência” para todos os seres humanos. Se X é um utilitarista,

¹⁶⁶ *Id.*, p. 128.

¹⁶⁷ HARSANYI, J. Morality and the theory of rational behavior. In: SEM, A.; WILLIAMS, B. (Orgs.). **Utilitarianism and beyond**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 54.

¹⁶⁸ VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000, p. 154.

então seria inconsistente com sua atitude benevolente ajudar a uma pessoa Y para prejudicar outra pessoa Z.¹⁶⁹

Diante do exposto, constata-se que as teorias utilitaristas clássicas tanto em suas vertentes clássicas quanto nas análises contemporâneas alicerçam-se no princípio da utilidade. A partir desse, pode-se determinar o valor moral de certa ação, o qual, (i) segundo o utilitarismo de Bentham e Mill, corresponde à maximização dos estados mentais de prazer ou, (ii) consoante o utilitarismo de preferências, de Hare e Harsanyi, diz respeito à satisfação das preferências mais intensas de um maior número de indivíduos.

2.1.2. Do Princípio do Consequencialismo

De acordo com Galvão¹⁷⁰, a ética utilitarista constitui uma teoria da obrigação, vez que determina, por meio de princípios, o valor moral dos atos. Com efeito, o ponto fulcral das teorias utilitaristas diz respeito ao consequencialismo.

Segundo essa ética, o estatuto moral de determinada ação pode ser determinado a partir de suas consequências, eis que a ação, consentânea com a utilidade, é aquela que produz os melhores resultados.

Nessa ótica, constata-se que, para as teorias utilitaristas, o valor moral dos atos depende de suas consequências, que, se maximizadoras da utilidade, podem ser reputadas como moralmente corretas. Essa proposição tem como corolário a noção de que as consequências devem, ser valoradas, isto é, quantificadas, em cada uma das circunstâncias.

Expendidas essas considerações iniciais, cumpre diferenciar, a partir da importância atribuída ao consequencialismo, as teorias utilitaristas das teorias deontológicas. Estas sustentam que o estatuto moral de determinada ação não reside em seus resultados, haja vista a existência de limitações éticas “àquilo que é permissível fazer em função do maior bem.”¹⁷¹

¹⁶⁹ GUISÁN, Esperanza. Utilitarismo, Justiça e Felicidade. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998, p. 133 *apud* BARCON, Jaime; BARRAGAN, Julia; GRIFFIN, James; HARSANYI, John. **Ética y política de la decisión pública**. Caracas: Ed. Angria, 1993, p. 139-140.

¹⁷⁰ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. 18

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 19.

Noutra quadra, a ética utilitarista enfatiza que “a apreciação de uma ação depende de se os fins de ação que foram intencionados com ela (as intenções) realmente foram realizados.”¹⁷² Nesse sentido, Farrell¹⁷³ destaca que as teorias utilitaristas enunciam a prioridade do bom sobre o correto. Assim, uma vez definido o bom, reputam-se corretas as ações, cujas consequências promovam aquele.

Com esses esclarecimentos em vista, as diferenciações entre as correntes filosóficas utilitaristas e deontológicas podem ser melhor aclaradas, por meio do exemplo da tortura. Sandel¹⁷⁴ alude à hipótese de um suspeito de terrorismo, que se abstém de confirmar que é um terrorista e de indicar onde está certa bomba-relógio. *In casu*, poder-se-ia argumentar favoravelmente à tortura, com fulcro em um cálculo utilitarista: a dor e o sofrimento impostos ao suspeito, conquanto reduzam o bem-estar desse, impediriam que a felicidade de muitos inocentes fosse tolhida.

De outro vértice, segundo a ótica deontológica, poder-se-ia condenar a utilização de meios que impliquem a aflição de sofrimento psicológico e físico ao indivíduo, sob o argumento de que este “tem certos direitos morais básicos (como o direito a não ser maltratado) que nem sempre podem ser violados com a justificação de que a sua violação é necessária para produzir um maior bem social.”¹⁷⁵ Consoante Kant, poder-se-ia aduzir ainda que os seres humanos são intrinsecamente dignos, de modo que o valor destes não poderia ser mensurado segundo a noção de utilidade.

Entretanto, não se pode inferir que a ética utilitarista conduz *ipso facto* à violação dos direitos dos indivíduos. Segundo o cálculo utilitarista, poder-se-ia, inclusive, sustentar que a tortura é moralmente errada, ao não incrementar a utilidade coletiva, vez que as informações obtidas nessas condições não são necessariamente verdadeiras, o que não conduz a uma maior segurança da coletividade. Desse modo, verifica-se que, para a ética utilitarista, distintamente do que estatuem as teorias deontológicas, essa prática não é insitamente equivocada, mas deve-se avaliar, circunstancialmente, se a utilização desse método maximiza a utilidade.

Dessarte, cabe destacar que os pensadores utilitaristas, ao sustentarem o consequencialismo, tecem objeções à concepção kantiana de ação realizada (i) por

¹⁷² *Id.*, p. 19.

¹⁷³ FARRELL, Martin Diego, *op. cit.*, p. 190.

¹⁷⁴ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 52.

¹⁷⁵ GALVÃO, Pedro, *op. cit.*, p. 19.

respeito ao dever; (ii) em razão dos motivos certos, (iii) uma vez observada a fórmula da lei universal.

No concernente à primeira crítica, os filósofos utilitaristas sustentam que não se pode atribuir valor moral a determinada ação, porquanto realizada em conformidade com o dever. Pode-se ilustrar essa proposição, com o exemplo do indivíduo, que por respeito ao dever, emprega toda a diligência possível em determinada ação e, no entanto, não produz os efeitos almejados por circunstâncias alheias à sua vontade. Segundo a teorização kantiana, esse ato, ainda que não tenha aportado as consequências esperadas, não deixa de ser moralmente valioso.¹⁷⁶

De outro vértice, o utilitarismo sustenta, em atenção ao consequencialismo, que as consequências dos atos permitem avaliar o estatuto moral da ação. Assim, segundo esta corrente filosófica, se, *in casu*, não há a consecução da maximização da felicidade ou do bem-estar geral, o ato está destituído de relevância moral, ainda que o indivíduo tenha agido em conformidade ao dever.

Nesse sentido, os filósofos utilitaristas criticam a proposição kantiana segundo a qual se reputa moral uma ação realizada pelos motivos corretos. Deveras, a ética utilitarista considera que a intenção do agente carece de importância, para se avaliar a moralidade da ação, haja vista que o valor moral desta relaciona-se, em realidade, às suas consequências. Nesta toada, Mill¹⁷⁷ alude à hipótese em que um indivíduo salva outro de se afogar. *In casu*, essa ação é moralmente certa quer o motivo seja o dever quer seja a esperança de ser pago pelo incômodo, visto que se minimiza o sofrimento de outrem, independentemente do motivo que ensejou o ato.

Não obstante isto, os utilitaristas clássicos, em especial Mill¹⁷⁸, apresentam uma terceira objeção ao pensamento kantiano, refutando a fórmula da lei universal, segundo a qual se deve agir, conforme uma regra que possa ser adotada universalmente. Os filósofos utilitaristas postulam que os indivíduos, concretamente, não observam essa fórmula, e, se assim o fazem, não é porque a reputam correta, mas sim, em razão das consequências benéficas que adviriam da adoção de referida fórmula. Com isso, para os supracitados pensadores, a observância da

¹⁷⁶ SCHÖNECKER, Dieter; WOOD, Allen W., *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁷ MILL, John Stuart, *op. cit.*, p. 59.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 44.

fórmula universal estaria jungida, em verdade, aos efeitos, maximizantes da felicidade ou do bem-estar, quando da universalização de determinada norma.

Uma vez verificado que as teorias utilitaristas e as teorias deontológicas, notadamente a kantiana, diferem-se no tocante à relevância atribuída às consequências, cumpre destacar que o consequencialismo adotado pelas teorias utilitaristas não é homogêneo. Com efeito, as distintas concepções de consequencialismo conduzem a uma classificação da ética utilitarista em utilitarismo dos atos e utilitarismo das regras, conforme o valor atribuído às consequências.

De acordo com o utilitarismo dos atos, as ações são moralmente corretas, na medida em que determinado ato produz as consequências que maximizam a felicidade ou o bem-estar geral. Cabe ao indivíduo, por meio de cálculos utilitaristas, comparar como as consequências das diferentes ações afetariam o bem-estar geral, isto é, como atos específicos poderiam maximizar a soma das utilidades.¹⁷⁹ Segundo Santos¹⁸⁰, sob a ótica do utilitarismo dos atos, as regras possuem importância apenas secundária e consultiva, pois, não se deve optar por estas se, concretamente, o descumprimento de uma norma maximizar o bem-estar geral.

Nesse sentido, Santos¹⁸¹ tece críticas ao utilitarismo dos atos, visto que esse, ao enfatizar as finalidades e consequências dos atos, (i) seria incompatível com os direitos, (ii) não atribuiria a estes um *status* diferente de outras regras morais e (iii) não poderia ser adotado concretamente por instituições políticas.

No tocante à primeira objeção, os direitos não desempenhariam papel significativo na determinação do valor dos atos, pois aqueles teriam apenas a função de regra consultiva. Assim, haveria a legitimação de ações reputadas comumente como contrárias ao Direito e à moral, a exemplo da prática de atrocidades, com fulcro nos benefícios que seriam alcançados, haja vista que se consideraria a prevalência da maximização da utilidade para um maior número de pessoas “sobre princípios de justiça e do direito.” Com efeito, segundo Savaris¹⁸², a ética utilitarista, especialmente o utilitarismo dos atos, consideraria os direitos instrumentalmente à consecução da maximização do bem-estar geral.

¹⁷⁹ SAVARIS, José Antonio, *op. cit.*, p.33.

¹⁸⁰ SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves. **Utilitarismo e justiça distributiva**. Uma defesa da tese de J. S. Mill. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013, p. 21.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 31

¹⁸² SAVARIS, José Antonio, *op. cit.*, p. 32.

No concernente à segunda crítica, os direitos poderiam ser violados, concretamente, sob a justificativa de promoção do bem-estar geral, vez que aqueles teriam o mesmo *status* das regras morais, sendo destituídos de observância obrigatória e, por conseguinte, não seriam fundamentais. Dessarte, o respeito ao Direito restaria fragilizado, incrementando a insegurança jurídica.

Ademais, o utilitarismo dos atos careceria de aplicabilidade prática pelas instituições políticas, as quais não seriam capazes de avaliar todas as circunstâncias, a fim de se implementar a ação, que maximize o bem-estar geral.

Por outro lado, segundo Mulgan¹⁸³, o utilitarismo das regras sugere a observância, por parte de todos, de um conjunto de normas, o qual aporta as melhores consequências em face de qualquer outro conjunto normativo. Maximiza-se o bem-estar, vez que o cumprimento de regras, ao permitir que se preveja o comportamento de outrem, incrementa a utilidade, produzindo as melhores consequências para a coletividade. Com isso, avaliam-se os atos indiretamente, na medida em que se conformam ao código de regras que melhor promove o bem-estar geral, a despeito da realização de cálculos referentes à utilidade de atos específicos.

De acordo com Santos¹⁸⁴, as regras que embasam essa teoria utilitarista podem ser modificadas, desconsideradas ou inobservadas, quando (i) não estiverem de acordo com o princípio da utilidade, não mais maximizando o bem-estar ou (ii) quando conflitarem entre si, momento em que se deve recorrer ao princípio da utilidade, a fim de se determinar qual deverá prevalecer.

Constata-se que o utilitarismo das regras apresenta um forte apelo intuitivo, vez que postula que a observância, por todos, de regras morais do senso comum maximiza o bem-estar geral, se comparada com a sua violação. Desse modo, evita-se a defesa de práticas ‘contra-intuitivas’, a exemplo do caso em que se tortura a filha inocente de um terrorista, a fim de se obstar um ataque a uma multidão.¹⁸⁵

Ademais, a classificação da ética utilitarista, segundo a perspectiva consequencialista pode ser melhor aclarada, aludindo-se à hipótese de um indivíduo que, ao descumprir uma promessa, poderia gerar mais bem-estar do que ao mantê-la. Consoante o utilitarismo do ato, é permissível a inobservância dessa promessa, uma vez que incrementaria o bem-estar geral. De outro vértice, segundo a ótica do

¹⁸³ MULGAN, Tim, *op. cit.*, p. 168.

¹⁸⁴ SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁵ De acordo com Savaris, no utilitarismo das regras, é “a adesão geral a essas normas que tem o efeito de maximizar o total líquido de felicidade”. (SAVARIS, José Antonio, *op. cit.*, p. 34.)

utilitarismo das regras, a conclusão seria diversa, pois se sustenta que a observância das regras, a qual, *in casu*, corresponde a não quebrar promessas, otimizaria a utilidade.

Nessa linha de intelecção, salienta Brito¹⁸⁶, que as teorizações de Hare albergam tanto o utilitarismo dos atos quanto o utilitarismo das regras. De acordo com o filósofo inglês, no âmbito intuitivo da moralidade, aplicar-se-ia o utilitarismo das regras, haja vista que, concretamente, não é possível sopesar a utilidade de todas as ações possíveis. Nesses casos, Hare sugere que se observem as intuições já formadas, isto é, os princípios *prima facie*, os quais constituem regras práticas e, desse modo, coadunam-se ao utilitarismo das regras. Por outro lado, Brito aponta que, o nível crítico da moralidade, conforma-se ao utilitarismo dos atos, visto que se decide, circunstancialmente, qual regra do âmbito intuitivo maximiza a utilidade.

Diante do exposto, constata Tasset¹⁸⁷, que o pensamento utilitarista consiste em uma ética consequencialista, segundo a qual a moralidade das ações é aferida em virtude de suas consequências. Classificam-se as éticas utilitaristas, conforme a compreensão do consequencialismo, em (i) utilitarismo do ato, quando se busca, calculadamente, a maximização do bem-estar, e em (ii) utilitarismo das regras, quando a observância de um conjunto de regras aporta as melhores consequências do que qualquer outro conjunto normativo.¹⁸⁸ Inobstante as diferentes abordagens a respeito do consequencialismo, esta característica é de grande importância para o estudo da Filosofia do Direito, na medida em que releva, na avaliação moral, os resultados dos atos.

2.2. DA LIBERDADE

De acordo com Mulgan¹⁸⁹, a liberdade desempenha um relevante papel nas teorias utilitaristas, visto que se atribui àquela um valor instrumental na maximização do bem-estar. Reputa-se que, na esfera de liberdade, isto é, quando o ato for

¹⁸⁶ BRITO, José de Souza. Right, duty and utility: from Bentham to Kant and from Mill to Aristotle. **Τελος Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas**, Santiago de Compostela, vol. XVII, n. 2, p. 91-105, 2010, p. 97.

¹⁸⁷ TASSET, José Luis. Hume e o utilitarismo: convergências e discrepâncias. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998, p. 33.

¹⁸⁸ MULGAN, Tim, *op. cit.*, p. 168.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 42.

autorreferente, afetando tão somente o próprio indivíduo, as decisões morais devem ser tomadas individualmente, sem que haja a imposição externa de um código de regras.

Com efeito, a concepção de liberdade, para o utilitarismo, foi explorada por Mill, na obra *Da Liberdade (On Liberty)*, escrito que tem como escopo apresentar uma defesa do indivíduo contra a “tirania da maioria”, bem como sustentar a liberdade deste, nos âmbitos moral e econômico, em face do Estado. Deveras, o filósofo inglês defende a existência do princípio da liberdade, segundo o qual o poder somente pode ser legalmente exercido, a fim de evitar que os indivíduos façam mal aos outros.

Referido princípio, nas palavras de Mill¹⁹⁰, é

[...] o de que a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar dano aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente.

Nesse sentido, o âmbito de interferência da sociedade na liberdade de outrem limitar-se-ia a prevenir danos a terceiros. Assim sendo, derrui-se a justificativa paternalista de que a atuação da sociedade é necessária para o bem do próprio indivíduo. Desse modo, deve-se garantir a liberdade, na medida em que não haja dano a outrem. Santos, em análise da liberdade milliana, afirma que:¹⁹¹

Não poderíamos, segundo Mill, interferir na vida pessoal de um indivíduo dizendo o que ele deve ou não fazer, escolher, sentir, se relacionar, pensar, opinar, expressar, desde que ele não prejudique um terceiro. A individualidade e a autonomia são completamente protegidas da ‘moralizadora’ interferência externa. O indivíduo é (e deve ser) completamente livre no que diz respeito à sua esfera privada desde que não cause mal aos outros.

Mill sustenta referida proposição mesmo na hipótese de que a interferência da sociedade aumente a felicidade total. Observa-se que, a partir desse raciocínio, há um aparente conflito entre os princípios da liberdade e da utilidade. Todavia, de

¹⁹⁰ MILL, John Stuart. **A Liberdade/Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 17.

¹⁹¹ SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves, *op. cit.*, p. 77.

acordo com Simões¹⁹², a liberdade não é alheia ao princípio da utilidade; pelo contrário, encontra-se fulcrada no utilitarismo. Mill assevera que o princípio da utilidade deve alicerçar toda a moralidade, afirmando que

É oportuno declarar que renuncio a qualquer vantagem que se pudesse obter da ideia de direito abstrato como independente da utilidade. Considero a utilidade como a solução última de todas as questões éticas, devendo-se empregá-la, porém, em seu sentido amplo, a saber, a utilidade fundamentada nos interesses permanentes do homem como um ser de progresso.¹⁹³

Com efeito, Mill procura demonstrar que a liberdade individual pode promover a felicidade geral. O filósofo inglês sustenta essa proposição, defendendo a liberdade de ação, bem como se insurgindo contra a intolerância de opinião da maioria sobre as minorias. Segundo o Mill¹⁹⁴, a sociedade, diferentemente do indivíduo, possui interesse tão somente indireto na esfera da liberdade de consciência, a qual engloba liberdade de pensamento, sentimento e opinião.

Neste contexto, Sandel¹⁹⁵ consigna que Mill salienta a necessidade de se defender a liberdade individual, vez que uma opinião dissidente ou de uma minoria pode “se provar verdadeira, ou parcialmente verdadeira, representando, assim uma correção da opinião da maioria.” Nesta quadra, cabe destacar que, ainda que a opinião não seja verdadeira, a liberdade de discussão impede que determinadas concepções tornem-se dogmas ou preconceitos, reduzindo o efeito positivo das opiniões sobre o caráter e a ação.

Nesse sentido, Mill observa que a liberdade individual é um elemento do bem-estar geral¹⁹⁶, haja vista que a garantia de liberdade promoveria o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, incrementando a felicidade global. Sandel¹⁹⁷ afirma que, de acordo com Mill,

[...] o respeito à liberdade individual levará à máxima felicidade humana. Permitir que a maioria se imponha ao dissidentes ou censure os livre-pensadores pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior – e menos feliz – no longo prazo.

¹⁹² SIMÕES, Mauro Cardoso. John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo. **Revista Veritas**, Porto Alegre, v. 58, n. 1, p. 174-189, Jan./ Abr. 2013, p. 188.

¹⁹³ MILL, John Stuart, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 21.

¹⁹⁵ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹⁶ MULGAN, Tim, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁷ SANDEL, Michael J, *op. cit.*, p. 65.

A partir do exposto, verifica-se que a defesa da liberdade se coaduna com o princípio da utilidade, haja vista que, segundo Mill, o desenvolvimento da individualidade, por meio do respeito à liberdade individual, é componente imprescindível da felicidade humana, o qual contribui para o progresso individual e social. A possibilidade de os indivíduos fazerem escolhas autônomas a respeito de suas crenças e de modos de vida torna as pessoas mais “felizes e valorosas tanto para elas mesmas quanto para outros”¹⁹⁸, promovendo a maximização da felicidade.

Mill assevera que seria pouco provável que houvesse a maximização da felicidade em uma sociedade que não se garantisse a individualidade e a autonomia dos agentes, pois é precisamente, a partir desse espaço de liberdade individual, que se torna possível a promoção do maior bem-estar, por meio do desenvolvimento pessoal e social.¹⁹⁹

Dessa forma, Simões²⁰⁰ afirma que o princípio da liberdade relaciona-se indiretamente ao princípio da utilidade, vez que o exercício da liberdade permitiria, potencialmente, a promoção da felicidade geral e, por conseguinte, o incremento da utilidade. Em análise a respeito da temática, Mulgan²⁰¹ aponta que, para Mill, ainda que a liberdade não seja intrinsecamente um bem, constitui o melhor meio de promover a maximização do bem-estar.

Cumpra aduzir, consoante Esperanza Guisán²⁰², que embora Mill sustente a liberdade individual, isso não implica que o filósofo inglês defenda “uma conduta de moral pré-convencional, em que cada um age conforme tenha vontade, ou uma conduta pós-convencional, onde as pessoas se pautem por princípios eleitos livremente, inclusive dialogicamente, como postulará Habermas”, haja vista que a liberdade deve estar instrumentalizada à promoção da utilidade.

Diante do exposto, constata-se que, para a ética utilitarista, especialmente para Mill, a liberdade consiste em atos autorreferentes que não afetam, negativamente, outrem. Por esta razão, segundo o pensamento de Mill, não compete à sociedade, ao Direito ou ao Estado interferir nessa esfera de liberdade,

¹⁹⁸ SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves, *op. cit.*, p. 113.

¹⁹⁹ Segundo Esperanza Guisán, Mill é considerado um pensador liberal, ao sustentar, um amplo espaço de liberdade individual, especialmente no que concerne ao modo de vida dos indivíduos, a exemplo da sexualidade. (GUISÁN, Esperanza, *op. cit.*, p. 128).

²⁰⁰ SIMÕES, Mauro Cardoso, *op. cit.*, p. 186.

²⁰¹ MULGAN, Tim, *op. cit.*, p. 42.

²⁰² GUISÁN, Esperanza, *op. cit.*, p. 128.

eis que esta constitui verdadeiro meio para a consecução da felicidade e do progresso e, como tal, coaduna-se com o princípio da utilidade.

2.3. DO DIREITO SEGUNDO A FILOSOFIA UTILITARISTA

A ética utilitarista apresenta importante repercussão na compreensão do Direito, especialmente a partir do pensamento de Bentham, que, na obra *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, fixou os limites entre a ética privada e o Direito. No capítulo 3, a delimitação do âmbito de atuação normativa do Estado em face da ética privada permitirá que se analise a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Bentham define a ética “como a arte de dirigir as ações dos homens para a produção da maior quantidade possível de felicidade para aqueles cujos interesses estão em jogo”.²⁰³ Consoante o filósofo, essa subdividir-se-ia entre a “ética privada” ou “arte do autogoverno” e a “ética pública” ou “arte da legislação”.

O filósofo inglês considera que ambos os domínios éticos estão fulcrados no princípio da utilidade, haja vista a impossibilidade de que sentimentos individuais, isoladamente considerados possam servir como base para a legislação e para a moralidade, pois, se assim se considerasse, essas seriam despóticas ou caóticas. Desse modo, uma vez observado que ambas as éticas estão alicerçadas no aludido princípio e dirigem a conduta dos indivíduos, visando à maximização do bem-estar, cumpre distingui-las quanto à natureza das sanções, aos métodos de ação e ao campo de aplicação.

De acordo com o filósofo em estudo, a “ética privada” aplicar-se-ia às ações sociais; ao passo que a “arte da legislação” referir-se-ia à política ou, mais restritivamente, ao âmbito legislativo. Assim, constata-se que as leis jurídicas não podem ser convertidas, necessariamente, em normas morais, haja vista que as obrigações morais pertencem a um âmbito mais amplo que o legislativo.

Com base nessas considerações, Bentham postula que o legislador, objetivando à maximização da felicidade, deve editar leis, cujo descumprimento importe em sanções legais, até um certo limite. De acordo com Ávila²⁰⁴, as normas

²⁰³ ÁVILA, José Manuel Bermudo, *op. cit.*, p. 85.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 87.

jurídicas devem ser limitadas, “porque há uma esfera na qual a sanção legal não pode cumprir o princípio da utilidade”.

A arte da legislação apresenta como âmbito de incidência “até onde lhe é possível atuar com eficácia, deixando assim um campo exclusivo para a ética privada, não por outra consideração, mas por sua eficácia.”²⁰⁵ Assim sendo, observa-se que é precisamente o critério de utilidade que delimita a incidência entre os domínios da ética privada e da arte da legislação. Dessa forma, Bentham, ao realizar essa demarcação, tem como escopo evitar que as leis se imiscuem nos deveres morais, tolhendo a liberdade dos sujeitos e impondo sanções legais despiciendas.

Tendo em vistas esses esclarecimentos, Ávila²⁰⁶ observa que o utilitarismo benthaminiano apresenta duas faces: uma positiva, pela qual se objetiva à maximização da felicidade; e outra negativa, pela qual o legislador deve, por meio da edição de normas, dirimir a dor, eliminando aquilo que provoca dano. Bentham afirma que:

O objeto geral que toda lei tem ou deveria ter em comum é o de aumentar o total da felicidade da comunidade e, portanto, em primeiro lugar, eliminar, na medida do possível, tudo aquilo que tende a decrescer esta felicidade; em outras palavras excluir qualquer dano.²⁰⁷

Desse modo, segundo o aspecto negativo, o legislador deve estabelecer sanções legais às condutas que importem em um acréscimo da dor ou redução da felicidade, haja vista que, embora o castigo constitua *per se* um mal, evita a produção de um mal ainda maior. Nesse diapasão, frisa-se que a restrição à liberdade imposta por uma lei deve ser, adequadamente, justificada, de acordo com o princípio da utilidade, a fim de que a dor provocada pela aplicação desse dispositivo legal resulte em prazeres de maior magnitude.

Dias²⁰⁸ sustenta que a sanção, para Bentham, assemelha-se à noção de proporcionalidade entre crime e punição. Assim sendo, o sofrimento resultante da punição deve ser o suficiente, para se desencorajar os indivíduos da prática de

²⁰⁵ *Id.*, p. 87.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 95.

²⁰⁷ JEREMY, Bentham, *op. cit.*, p. 59.

²⁰⁸ DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. **Uma reconstrução racional da concepção utilitarista de Bentham**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 175.

crimes, desde que essa sanção seja vantajosa à sociedade; do contrário, não se coadunará com o princípio da utilidade a aplicação de determinada lei ou castigo.

Nessa linha de intelecção, cumpre ressaltar, conforme explicita Dias, que a demarcação do âmbito de aplicação da lei ou da punição é deveras relevante, vez que fornece “respostas sobre a limitação do raio de ação da legislação e sobre a abrangência da atuação da ética, no que diz respeito à interação entre indivíduos, de forma negativa.”²⁰⁹

Com base nesses esclarecimentos, cabe, de acordo com a supracitada delimitação entre os domínios éticos, examinar as hipóteses em que a sanção legal não deve ser aplicada, em razão do princípio da utilidade. Com efeito, a análise das situações, em que não há aplicabilidade de punições legais, permite avaliar concretamente, segundo a ótica utilitarista, os limites da interferência do Direito no âmbito da ética privada e da liberdade do indivíduo.

Primeiramente, Bentham alude à hipótese em que não há fundamento para a punição, haja vista que o ato praticado não ocasionou qualquer mal ou, se foi prejudicial a outrem, a pessoa afligida pela conduta consentiu com a ocorrência desse. Segundo o filósofo inglês, não deve haver interferência legal nessa última hipótese, visto que é o próprio indivíduo afetado pelo ato e não o legislador o melhor juiz acerca do que provoca prazer ou dor.

A respeito da temática, Bentham afirma que:

This consent, provided it be free, and fairly obtained, is the best proof that can be produced, that, to the person who gives it, no mischief, upon the whole, is done. For no men can be so good a judge as the man himself, what it is gives him pleasure or displeasure.²¹⁰

Ademais, tampouco há fundamento para a aplicação de uma punição legal, quando o mal praticado é necessário para que se produza um benefício de maior valor, a exemplo dos males decorrentes dos poderes estabelecidos em uma sociedade, quais sejam o judicial, o militar e o supremo.²¹¹

²⁰⁹ *Id.*, p. 175.

²¹⁰ “Este consentimento, desde que seja livre e claramente obtido, é a melhor prova que pode ser produzida, que, para a pessoa que lhe dá, nenhum prejuízo no todo é feito. Nenhum homem pode ser um juiz tão bom como o próprio homem a respeito do que é lhe dá prazer ou desprazer.” (BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **The classical utilitarians: Bentham and Mill**. Introdução de John Troyer. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2003, p. 27, tradução nossa).

²¹¹ *Id.*, p. 27.

Em segundo lugar, Bentham refere-se às hipóteses de ineficácia das sanções legais, haja vista que as consequências jurídicas não impedirão a prática do ato. O filósofo inglês alude, por exemplo, às situações em que o indivíduo comete determinado ato pernicioso, sem a intenção ou acreditando que as consequências que dele adviriam seriam superiores ao mal produzido. Nesses casos, é descabida a intervenção legislativa, visto que a pena não evitaria a ocorrência do ato ofensivo.

Ademais, considera uma terceira hipótese em que a imposição de uma sanção legal não é proveitosa, sendo prejudicial à felicidade geral, pois “o mal derivado do castigo se apresenta como superior ao do ato que pretende corrigir, quando o mal da pena exceda o da ofensa.”²¹²

Por fim, afirma que determinada punição pode ser desnecessária, vez que o mal poderia ser cessado sem a imposição de uma sanção legal, isto é, há outros mecanismos que podem coibir o ato de modo menos custoso à sociedade. *In casu*, Bentham²¹³ sugere que o governo não deve se valer da punição.

O estudo das hipóteses apontadas é relevante, na medida em que delimita a ética privada e a legislação, justificando, de acordo com o princípio da utilidade, o sancionamento ou não de determinadas condutas pelo Direito. Pode-se ilustrar a importância da demarcação entre esses domínios, com referência ao caso em que a aplicação de uma sanção é infundada, em virtude do consentimento da parte. Nesta hipótese, não cabe ao Direito adentrar na esfera da ética privada, punindo determinada conduta com a qual o indivíduo consentiu, por entendê-la moralmente adequada, e que tampouco acarreta impactos negativos sobre a comunidade ou reduz o bem-estar geral desta, violando o princípio da utilidade.

Destarte, pode-se aprofundar esse raciocínio, definindo, também, o campo de incidência da legislação, conforme os tipos de ação que os indivíduos realizam. Bentham classifica os supracitados tipos em: (i) ações de prudência; (ii) ações de beneficência; e (iii) ações de probidade.

No concernente ao primeiro ramo ético, Bentham considera que as ações de prudência não atingem os outros indivíduos, mas tão somente aquele que realizou determinado ato, incrementando o seu prazer. Uma vez que as consequências do ato não afetam outrem, Dias²¹⁴ assevera que o legislador não deve editar normas

²¹² ÁVILA, José Manuel Bermudo, *op. cit.*, p. 89.

²¹³ BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart, *op. cit.*, p. 31.

²¹⁴ DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso, *op. cit.*, p. 165.

referentes a essas ações, visto que o bem-estar da comunidade não é reduzido com a realização de atos de prudência.

Calha ressaltar que, ainda que se considerasse que o ato pernicioso do indivíduo em face de si próprio diminui a felicidade geral, não se deve coibi-lo por meio de leis, haja vista que “é o próprio indivíduo que possui mais informações sobre si.”²¹⁵ Ademais, Bentham aduz que, nessa hipótese, a coação legal poderia implicar um sentimento de intolerância em face dos costumes sociais, censurando, indevidamente, o hábito dos indivíduos.

Entretanto, cumpre salientar que, embora a legislação não deva regular as ações de prudência, essas devem ser orientadas pela ética privada, por meio de um balanço entre prazer e dor, consoante o princípio da utilidade.

No tocante às ações de beneficência, em que o ato do indivíduo acarreta consequências positivas a outrem, Dias²¹⁶ afirma que este âmbito está circunscrito à ética privada. Com efeito, o prazer advindo do ato somente é possível, em virtude da livre disposição do indivíduo de não ser compelido pelas leis. Essas se aplicariam somente às hipóteses em que o agente assiste outrem em perigo, sem se colocar em risco. Constata-se, *in casu*, que a atuação legal é limitada às hipóteses em que o balanço entre prazer e dor é favorável à intervenção jurídica.

Distintamente, a legislação deve incidir nas ações de probidade, a fim de coibir que a realização de determinado ato gere dor para outrem. É, precisamente, neste âmbito que as leis, por meio da coerção e da punição legais, são o mecanismo mais eficaz para evitar a ocorrência de danos. Insta destacar, todavia, que, até mesmo no campo das ações de probidade, poder-se-ia aplicar a ética privada, quando esta for mais benéfica em relação à legislação, na hipótese de que a punição não é proveitosa.

Com base no exposto, observa-se que, embora a ética privada e a ética pública tenham como escopo a promoção do bem-estar geral, a distinção entre o âmbito de incidência desses domínios éticos é determinada pelo princípio da utilidade.

Uma vez estabelecida a esfera de incidência da legislação, cumpre aprofundar a reflexão acerca das repercussões da ética utilitarista no Direito,

²¹⁵ *Id.*, p. 165.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 200.

reportando-se às críticas de que as teorias utilitaristas não se harmonizariam com a proteção dos direitos.

Crítica-se que, sob a ótica utilitarista, os direitos morais individuais não estariam suficientemente protegidos, visto que a ética utilitarista, ao preceituar a maximização da utilidade, privilegiaria o interesse geral em face dos interesses individuais. Desse modo, não se daria a importância devida à pessoa humana e tampouco haveria um instrumental teórico capaz de proteger os direitos, a exemplo da preservação da vida e do tratamento imparcial, quando esses estivessem em dissonância com o bem-estar geral. Com isso, “os deveres correlativos a tais direitos resultariam fragilizadas em uma teoria de talhe utilitarista.”²¹⁷

Com efeito, Carvalho²¹⁸ reconhece que a dificuldade em se proteger os direitos e deveres individuais, sob a perspectiva utilitarista, deve-se ao aspecto teleológico dessa, segundo o qual a maximização da utilidade conduziria à precedência do coletivo sobre o individual. Objetar-se-ia que a salvaguarda dos direitos fundamentais seria possível tão somente, se não houvesse uma incompatibilidade com o princípio da utilidade.

Face a estas críticas, Carvalho sugere que os utilitaristas clássicos apresentam, argumentos de ordem indireta, para se sustentar a proteção aos direitos fundamentais. Em alusão à proibição de matar, Carvalho postula que uma sociedade que não determinasse a proteção à vida seria infeliz, visto que, se não houvesse essa proibição os indivíduos estariam continuamente preocupados com a possibilidade de serem mortos, de modo que ora o bem-estar não seria promovido ora não se reduziria a dor. Dessa feita, referida proibição coaduna-se com o princípio da utilidade, vez que essa vedação é pressuposto para que se possa maximizar a felicidade.

Nas palavras de Carvalho:

Se alguém sabe que a qualquer momento pode ser despossuído de seus bens, de sua vida, de sua dignidade, que pode ser manipulado por razões sociais ou do bem comum, não é possível que sua existência possa ser muito feliz.²¹⁹

²¹⁷ CARVALHO, Maria Cecília M. de. O utilitarismo, os direitos e os deveres morais. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998, p. 227.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 229.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 233.

Consoante essa passagem, proibir-se-ia o homicídio em razão de seu efeito colateral em outrem e não em atenção à dignidade humana e ao respeito à vida. Esta proposição, segundo Peter Singer, destoa das justificativas jusfilosóficas usuais acerca da proibição desta conduta, na medida em que

Sem dúvida, é um tanto estranho opor-se ao assassinato não por causa do mal feito à vítima, mas devido ao efeito que o assassinato vai ter sobre terceiros. Para permanecer impassível diante dessa estranheza, é preciso ser um utilitarista clássico e irredutível.²²⁰

Além disso, derrui-se o supracitado argumento de ordem indireta, quando se aventa a hipótese da realização de homicídios de modo indolor e em sigilo, em afronta às intuições morais e ao sistema jurídico.

Nessa mesma linha de críticas, o utilitarismo de preferências tampouco apresenta argumentos robustos, para fundamentar, moralmente, a vedação ao homicídio, haja vista que

Ele não tem como selecionar qualitativamente entre as múltiplas preferências em jogo, não podendo por conseguinte falar em preferências fundamentais, indisponíveis ao cálculo. Em havendo conflito entre as preferências de diversos indivíduos, o critério que decidirá acerca de quais devem ser priorizadas guiar-se-á pela intensidade de cada preferência e pelo número de pessoas que compartilham de um mesmo número de preferências. Na ausência de um parâmetro para se avaliar qualitativa e substantivamente as diversas preferências em choque, resultará decisiva aquela que for mais interessante e compartilhada pela maioria.²²¹

Conquanto o utilitarismo não apresente argumentos jurídicos e filosóficos convincentes para a proteção da vida, Williams²²² demonstra que a aplicabilidade das teorias utilitaristas ao Direito não deve ser olvidada. O autor alude à hipótese em que um pesquisador estrangeiro é requisitado por um chefe local a retirar a vida de um indígena, sob o fundamento de que sua abstenção importaria o homicídio de outros dezenove indígenas inocentes. No caso em apreço, a ética utilitarista preceitua a minimização das violações ao direito à vida, de modo que, na situação aventada, deve-se preferir pela manutenção da vida do maior número de indígenas.

²²⁰ SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 101.

²²¹ CARVALHO, Maria Cecília M. de, *op. cit.*, p. 234.

²²² SMART, J. J. C.; WILLIAMS, Bernard. **Utilitarianism for & against**. Cambridge: Cambridge University Press, 1973, p. 78.

Finalmente, calha destacar que as hipóteses aventadas corroboram a distinção formulada por Hare entre os dois níveis da moralidade. Observa-se que, no âmbito intuitivo, isto é, em situações simples, a exemplo da vedação ao homicídio, o utilitarismo das regras e a moral do senso comum conduzem a conclusões semelhantes, refutando a possibilidade de se executar um ser humano.

Ainda que se adotasse o utilitarismo dos atos para casos simples, poder-se-ia sustentar a proibição do homicídio, porém esta não estaria secundada na observância das normas que, usualmente, maximizam a utilidade, mas em razão de fundamentos secundários, a exemplo das consequências colaterais daquele.

Por outro lado, em nível crítico, ou seja, em circunstâncias extremas, denominadas por Hare como situações morais complexas ou *unusual cases*, a exemplo da hipótese aventada por Williams, parece plausível recorrer ao utilitarismo dos atos, segundo o qual se deve fazer um julgamento do prazer e da dor advindos da morte de um indígena em benefício de outros dezenove.

In casu, havendo a colisão do direito à vida de um indivíduo com o de outros, a supracitada teoria utilitarista proporia que se minimizassem as violações a esse direito. A partir dessa hipótese, constata-se que na ética utilitarista, especialmente na acepção do utilitarismo dos atos, o direito à vida não apresenta um lugar destacado na hierarquia dos direitos morais e tampouco é absoluto.

Diante do exposto, destaca-se a importância do utilitarismo de Bentham na delimitação dos âmbitos da ética privada e da legislação, na medida em que essa diferenciação permite determinar quais condutas podem ser sancionadas pelo Direito. Ademais, observa-se, consoante a teorização de Hare, que, (i) em casos simples, o utilitarismo das regras e a moralidade comum conduzem a conclusões semelhantes; ao passo que, (ii) em complexas situações morais, a ética utilitarista, sobretudo o utilitarismo dos atos, não apresentam argumentos robustos para a salvaguarda de direitos fundamentais.

3. DA APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS KANTIANO E UTILITARISTA NA SOLUÇÃO DE DILEMAS JURÍDICOS

Face a alteração de valores sociais e o surgimento de novas temáticas relevantes para a sociedade, cabe aos Poderes Legislativo e Judiciário disporem a respeito da legalidade de novas condutas. Neste diapasão, conquanto o direito positivo não dê conta de regular, por completo, dessas questões, a Filosofia, especialmente por meio de teorias filosóficas acerca da Justiça, constitui importante instrumental crítico para guiar a solução de sobreditos temas.

Conforme preleciona Barretto²²³,

a filosofia do direito deve servir para identificar os diferentes parâmetros culturais ou filosóficos que justificam o Direito e a Lei. É através da filosofia do direito que iremos analisar as diferentes concepções sobre as relações entre o direito e a moral, entre a sociedade e o indivíduo, a responsabilidade dos indivíduos, como agentes morais e jurídicos, as diferentes concepções de justiça e outros topos do mesmo gênero.

Desse modo, havendo uma profunda inter-relação entre Direito e Filosofia, dado que as concepções filosóficas servem de fundamentos, ainda que implícitos, para a elaboração de leis e para a prolação de sentenças, cumpre demonstrar que a adoção ora dos pressupostos filosóficos kantianos ora das teorias filosóficas utilitaristas pode conduzir a resultados jurídicos distintos.

Nesse sentido, calha examinar, criticamente, em que medida essas concepções filosóficas embasam as decisões judiciais concernentes a temas que provocam questionamentos ético-jurídicos, nomeadamente (i) a pesquisa com células-tronco embrionárias, julgada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n°. 3.510/DF e (ii) a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, analisada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°. 54/DF. Observa-se que os fundamentos dessas deliberações apresentam argumentação alicerçada na Filosofia do Direito, haja vista a insuficiência dos fundamentos estritamente legais para sua resolução.

A partir da análise dessas deliberações, explora-se como as éticas kantiana e utilitarista fornecem subsídios para a tomada de decisões referentes a temáticas em que o Supremo Tribunal Federal não delibera tão somente “em função das

²²³ BARRETTO, Vicente de Paulo; MOTA, Maurício, *op. cit.*, p. 32.

determinações da lei positiva, mas em relação a interlocutores que são responsáveis, portanto, seres morais, como autores e destinatários de direitos.”²²⁴

3.1. DA PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

O Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, totalmente improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.510/DF²²⁵, na qual o Procurador-Geral da República Cláudio Lemos visava à declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n°. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança)²²⁶, sob o fundamento de que a pesquisa com células-tronco embrionárias violaria o direito à vida. Com essa decisão, atestou-se a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, reputando lícita a pesquisa com essas células, desde que inviáveis ou congeladas há mais de três anos.

O relator Ministro Carlos Ayres Britto, cujo voto foi vencedor e condutor do acórdão, declarou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Constata-se que a sua argumentação se alicerça em diversos fundamentos filosóficos.

Em primeiro lugar, segundo o relator, essa Lei apresenta um sentido instrumental ou utilitário, ao autorizar a pesquisa com células-troncos embrionárias,

²²⁴ *Ibid.*, p. 33.

²²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008. O inteiro teor do acórdão encontra-se disponível, sob o endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> Acesso em: 06/07/2015.

²²⁶ O Art. 5º da Lei 11.105/2005 dispõe que:
 “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
 I – sejam embriões inviáveis; ou
 II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
 § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
 § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
 § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n° 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

visto que estas são totipotentes²²⁷, o que as permite, potencialmente, formar todos os tecidos do organismo. Esta aptidão para a diferenciação celular não ocorre, na mesma intensidade, nas células-tronco adultas. Em razão da plasticidade das células-tronco provenientes do embrião, estas se apresentam mais atrativas e eficientes em relação àquelas, especialmente para as pesquisas de novos tratamentos de patologias.

Face à maior versatilidade de referidas células na recomposição de órgãos e sistemas dos indivíduos, Ayres Britto criticou que os pedidos formulados na ADI n°. 3.510/DF desconsideram os benefícios advindos da utilização dessa tipologia celular, constituindo verdadeira reação à ideia de que esta “acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes”²²⁸.

Observa-se, a partir dessa passagem, que a fundamentação do relator se pauta por pressupostos filosóficos utilitaristas, uma vez que aduz ao caráter instrumental da Lei de Biossegurança, na medida em que esta autoriza a utilização de células-tronco embrionárias por serem mais versáteis em relação àquelas já adultas.

Verifica-se que, conquanto o relator não esmiúce à qual corrente utilitarista se refere, haja vista a heterogeneidade da ética utilitarista, a ausência de menção expressa a determinada teoria não obsta que se depreenda, a partir da leitura de seu voto, a opção por um utilitarismo hedonista. De acordo este, o valor moral “tem sua origem na maximização da felicidade e na minimização do sofrimento”.²²⁹

Nesse sentido, infere-se, a partir do voto do relator que, face à existência de patologias que provocam um agudo sofrimento em uma significativa parcela da população, a utilidade das pesquisas com células-tronco embrionárias expressa-se pela maior possibilidade de minimização das experiências dolorosas em relação às células-tronco adultas. Trata-se de, na linha de intelecção do utilitarismo clássico, visar à redução dos estados mentais de sofrimento, por meio de manipulações científicas.

²²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 179 *apud* COVAS, Dimas Tadeu; ZAGO, Marco Antonio. **Células-tronco, a nova fronteira da medicina**. São Paulo: Atheneu, 2006, p. 3-4.

²²⁸ *Ibid.*, p. 161.

²²⁹ DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética**. São Paulo: Loyola, 2003, p. 278.

O caráter utilitarista da solução apresentada pelo Ministro realça-se no que se refere a evitar o desperdício dos embriões. Com efeito, apontou que Lei de Biossegurança, ao autorizar a pesquisa com células-tronco embrionárias não implicaria um desprezo pelo embrião, mas sim possibilitou a intervenção científica, com vistas ao enfrentamento e à cura “de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e, não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional”.²³⁰

Constata-se que a argumentação de Ayres Britto se coaduna ao aspecto teleológico da ética utilitarista, vez que o estatuto moral de certa ação é determinado, em razão de um fim a ser atingido, qual seja a redução do sofrimento alheio. Nesse ponto, a fundamentação adotada pelo relator dissente da ética deontológica kantiana, porquanto não atribuiu um valor intrínseco e abstrato ao embrião, independentemente de sua utilidade em situações concretas.

Impende salientar que o relator inclusive teceu críticas ao fato de a ação ter sido postulada, visto que essa, ao se alinhar às teorias filosóficas deontológicas²³¹, desconsideraria os possíveis benefícios advindos da pesquisa com células-tronco embrionárias.

Ademais, o relator assinalou que o artigo impugnado, ao invés de ferir o direito à vida, garante o direito fundamental a uma vida digna, na medida em que a utilização das células-tronco embrionárias pode conduzir a uma redução do infortúnio de outrem. Essa minimização do sofrimento alheio, condizente com um matiz utilitarista, foi justificada ainda com base em um constitucionalismo fraternal, em que prevalece a solidariedade em prol da saúde dos indivíduos enfermos.

Aludindo ao Ministro Celso de Mello, Ayres Britto²³² expôs que em um

[...] Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões ‘in vitro’, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração

²³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 135.

²³¹ A respeito do deontologismo, Braga afirma que “Para as teorias deontológicas, em contrapartida, o critério de correção das ações obrigatórias não pode ser identificado ao globalmente bom; isto significa que a correção (justiça), tomada como qualidade a ser priorizada na deliberação moral, mantém-se como algo de independente (e prioritário) em relação ao fato de a ação ser globalmente boa (maximizadora do bem privado).” (BRAGA, Antonio Saturnino Frederico, *op. cit.*, p. 62.)

²³² *Ibid.*, p. 136.

solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.

Verifica-se, pois, que a alusão a uma vida digna não foi empregada em estrita conformidade com a filosofia kantiana, segundo a qual a dignidade dos seres humanos implica tratar esses tão somente como fins em si mesmos e jamais como meio, haja vista a natureza racional daqueles. Não obstante isto, poder-se-ia afirmar que referida passagem conformar-se-ia, tangencialmente, à noção de dignidade kantiana, na medida em que o relator enfatizou que não haveria menoscabo pela eventual vida do embrião.

Entretanto, observa-se, *in casu*, que a vida digna, a qual se refere o relator aproxima-se mais da noção utilitarista de promoção do bem-estar geral, por meio da minimização da dor. Frisa-se o aspecto de redução do sofrimento alheio e não o aspecto da não instrumentalização do indivíduo. Assim sendo, sobressai o enfoque utilitarista, na medida em que se visa à produção do bem-estar, por meio da minoração do sofrimento da coletividade, conquanto possa-se afirmar que a fundamentação tangencia a perspectiva filosófica kantiana, ao consignar que não se está a ferir a vida.

Lickiss e Malpas²³³ asseveram que, para o utilitarismo, a dignidade não constitui uma qualidade intrínseca dos seres humanos; pelo contrário, trata-se de aspecto contingente e relativo, o qual deverá ser observado, casuisticamente, se promover a maximização da utilidade ou a redução da dor para uma maior quantidade possível de indivíduos. Com efeito, a decisão do relator alinha-se, precipuamente, à concepção utilitarista a respeito da dignidade, ao ter justificado que essa deve ser, concretamente, observada, uma vez que reduz o infortúnio alheio e não porque se atribui ao ser humano um valor intrínseco.

Face aos argumentos apresentados, Ayres Britto atestou a constitucionalidade do dispositivo impugnado, vez que a pesquisa com células-tronco se coadunaria à promoção do “direito à saúde e à livre expressão da atividade científica”²³⁴.

Em consonância com a fundamentação ético-legal do relator, a Ministra Ellen Gracie julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade,

²³³ LICKISS, Norelle; MALPAS, Jeff. **Perspectives on Human Dignity: A Conversation**. Doordrecht, Holanda: Springer, 2007, p. 151.

²³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 207.

consignando a aplicação da ética utilitarista ao caso. Nesse sentido, consignou a diferenciação entre pré-embriões, conjunto de células indiferenciadas até o décimo quarto dia, e embriões, os quais estão implantados no útero e já se iniciou um processo de individuação de suas células. Com fulcro nessa distinção, asseverou que aos pré-embriões não se aplicam as garantias da dignidade da pessoa humana e de inviolabilidade da vida, uma vez que não estão acolhidos no útero e, portanto, não podem ser considerados como seres humanos.

Ademais, Ellen Gracie declarou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, o qual prevê o uso, em atividades de pesquisa e de terapia, de células-tronco não utilizadas na reprodução humana assistida, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos, visto que se visa a uma destinação mais útil em relação ao descarte.

Consoante a Ministra²³⁵, há a

[...] plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.

Constatados o consentimento expresso dos genitores, a improbabilidade da utilização de células-tronco embrionárias na reprodução assistida e a possibilidade de sua utilização no tratamento de patologias, reputou inaplicável a alegação de que haveria violação ao direito à vida.

Observa-se que a Ministra, assim como o relator, adotou a perspectiva do utilitarismo clássico e hedonista. Cabe destacar que a fundamentação de Ellen Gracie centra-se na ideia de que inadmitir a manipulação científica privaria um grande contingente populacional de ser beneficiado com a evolução dos tratamentos de patologias, visto que o princípio do consequencialismo estatui a imperatividade de se optar pelas melhores consequências em face de suas alternativas.

Em atenção ao enfoque consequencialista, a Ministra, a fim de evitar o descarte dos embriões, concedeu primazia à minoração do sofrimento da

²³⁵ *Ibid.*, p. 265.

coletividade, por meio da utilização dos embriões em pesquisas, sobre um eventual valor ínsito dos embriões.²³⁶

Além disso, percebe-se que a referência à distinção entre os pré-embriões e os embriões corrobora os argumentos de matiz utilitarista, haja vista que aqueles, ao não possuírem diferenciação celular, sequer apresentam um sistema neurológico desenvolvido capaz de ter emoções ou estados mentais de felicidade ou sofrimento. Desse modo, o pré-embrião estaria privado do elemento dor-sofrimento, reforçando a noção de que, ao se ponderar o infortúnio de indivíduos portadores de patologias e os embriões, ou seja, ao se efetuar um cálculo hedônico, deve prevalecer a possibilidade da aludida pesquisa, “visando gerar a máxima felicidade para um enorme número de pessoas doentes, com grande esperança de cura nesta terapia promissora”.²³⁷

Na linha de inteligência dos votos anteriores, a Ministra Cármen Lúcia julgou improcedente a ação, arguindo que a disposição das células-tronco embrionárias para pesquisa não afronta a dignidade humana, mas, antes, a valoriza, uma vez que referidas pesquisas contribuiriam para dignificar a própria vida, reduzindo o sofrimento de milhares de indivíduos. Segue-se do considerado que o raciocínio esposado pela Ministra é semelhante aos argumentos utilitaristas apresentados pela Ministra Ellen Gracie, observe-se:

²³⁶ Conquanto o Ministro Marco Aurélio não tenha se perfilado, explicitamente, à filosofia utilitarista, a linha argumentativa esposada coaduna-se a essa corrente filosófica, aproximando-se dos fundamentos utilitaristas apresentados pela Ministra Ellen Gracie. Nesse sentido, julgou improcedente o pedido formulado, tendo consignado que “quer pela passagem do tempo sob o estado de congelados, quer considerada a decisão dos que forneceram o material, os embriões jamais virão a se desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento.” (*Ibid.*, p. 545.) Face ao exposto, afirmou que cumpre “definir o destino dos óvulos fecundados, que fatalmente seriam destruídos e que podem – e devem ser – aproveitados na tentativa, sempre inesgotável, de progresso da humanidade.” (*Ibid.*, p. 547.) Assim, concluiu que, ante o descarte do material biológico e a possibilidade do desenvolvimento de novos tratamentos medicinais, “a conclusão sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º em análise prejudicará, justamente, aqueles que não têm condições de buscar, em outro centro no qual verificado o sucesso de pesquisas com células-tronco, o tratamento necessário.” (*Ibid.*, p. 549.) Calha destacar, outrossim, o voto do Ministro Joaquim Barbosa que julgou totalmente improcedente o pedido. Embora não tenha feito referência à filosofia utilitarista, apresentou certos argumentos, cujos pressupostos filosóficos são utilitaristas, assemelhando-se aos propugnados pelos Ministros referidos anteriormente, *in verbis*: “A proibição *tout court* da pesquisa, no presente caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele podem advir”. (*Ibid.*, p. 474.) Nessa linha de inteligência, o Ministro Joaquim Barbosa aduziu que “Nessa ponderação de valores referentes ao mesmo princípio – inviolabilidade da vida -, o legislador brasileiro deu primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas.” (*Ibid.*, p. 464.)

²³⁷ REIS, Sérgio Neeser Nogueira. **Limitações jurídicas às pesquisas em células-tronco embrionárias**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 59.

[...] Se a célula-tronco embrionária, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não vieram a ser implantadas no útero de uma mulher, serão elas descartadas. Dito de forma direta e objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida.²³⁸

Cármen Lúcia aduz que a maior utilidade da utilização das células-tronco embrionárias diz respeito (i) ao aspecto totipotente destas, de modo que o seu estudo poderia ensejar novos tratamentos contra patologias; (ii) aos maiores benefícios que a manipulação científica dessas poderia trazer em relação ao seu descarte; (iii) à inexistência de dados científicos que atestem que as células-tronco adultas podem ser utilizadas para o tratamento de qualquer tipologia celular.²³⁹

Conquanto a passagem denote uma fundamentação de cunho utilitarista, Cármen Lúcia aduz à filosofia kantiana, na qual se distingue o valor absoluto e intrínseco da dignidade em contraposição ao preço. Nesse sentido, dispôs que a concretização da dignidade (e não do preço) da célula-tronco embrionária consistiria na própria pesquisa científica, haja vista que esta é “o único fim agora para ela vislumbrada, não implantável no útero como se terá tornado.”²⁴⁰

No entanto, cumpre destacar que, conquanto Cármen Lúcia refira-se, neste ponto, à filosofia kantiana, a conclusão apresentada, qual seja a de que, não sendo o embrião utilizado para a reprodução assistida, a concretização de sua dignidade consistiria em usá-lo em pesquisa, a qual seria o único fim possível, assemelha-se às proposições utilitaristas.

De acordo com o princípio kantiano da humanidade, expresso pela segunda formulação do imperativo categórico (“age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”), o único fim em si mesmo, o qual deve prescindir de uso arbitrário, consiste na própria humanidade.²⁴¹ Allen Wood²⁴² afirma

²³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 351.

²³⁹ *Ibid.*, p. 338.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 353.

²⁴¹ Jens G. Reich corrobora com o exposto, asseverando que a fórmula da humanidade “excludes categorically any instrumentalization of a human being for means other than its own existence, thus prohibiting procreation of human embryo solely for scientific or medical proposes. (REICH, Jens. G. Embryonic stem cells. The debate in Germany. **Science**, Nova Iorque, v. 296, p. 265-265, 2002.)

²⁴² WOOD, Allen W., *op. cit.*, p. 85.

que se trata de um fim “autossuficiente” ou “independente”, em contraposição a um “fim a ser produzido”.

Desse modo, verifica-se que a alusão à pesquisa como o único fim possível para os embriões está em dissonância com a filosofia kantiana, vez que, conforme exposto anteriormente, tão somente a humanidade constitui um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada.

Por outro lado, estando a ética utilitarista alicerçada em um pressuposto epistemológico empírico, as finalidades, em função das quais as ações podem ser instrumentalizadas, não podem ser apreendidas abstratamente, mas dependem da observação das circunstâncias concretas. Destarte, a inocorrência de determinada condição pode ensejar que a finalidade seja alterada.

Nesse sentido, constata-se que a conclusão de Cármen Lúcia, ao considerar que o único fim dos embriões não utilizados é a pesquisa, conquanto se reporte à filosofia kantiana, em realidade, aproxima-se da ética utilitarista, em que a finalidade pode ser diversa da humanidade, podendo ser modificada, quando da alteração das circunstâncias empíricas, para se incrementar o bem-estar geral, a exemplo da utilização em pesquisas de embriões, que não serão aproveitados para a reprodução assistida.

Ademais, segundo a Ministra, a Lei de Biossegurança, ao autorizar, em hipóteses determinadas as pesquisas com as células-tronco embrionárias, densifica o direito constitucional à liberdade de expressão científica, na medida em que se compatibiliza com o dever estatal, previsto no artigo 218 do Texto Constitucional, de promoção e de incentivo ao desenvolvimento científico, a fim de melhorar as condições de vida dos indivíduos.

Propugnou que a pesquisa científica, orientada pela responsabilidade ética, não pode ser obstaculizada, haja vista a possibilidade de benefício à humanidade, na medida em que se melhorariam as condições de vida. Por esta razão, a Ministra Cármen Lúcia enunciou os princípios que devem nortear as pesquisas científicas, quais sejam: (i) o princípio da necessidade, segundo o qual “deve haver comprovação real de que o experimento científico a se realizado no material genético humano é necessário para o conhecimento, a saúde e a qualidade de vidas humanas”²⁴³; (ii) o princípio da integridade do patrimônio genético; (iii) o princípio da

²⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 346.

avaliação prévia dos potenciais e benefícios a serem alcançados; e (iv) o princípio do conhecimento informado, pelo qual as pessoas envolvidas devem manifestar livre e espontaneamente a sua vontade, devendo ser informadas quanto às consequências da manipulação científica.

Constata-se que a Ministra, ao arrolar os princípios orientadores das manipulações científicas, conjugou aspectos das éticas kantiana e utilitarista. De um lado, os princípios da necessidade e da avaliação prévia dos potenciais e benefícios estão em consonância com a ética utilitarista.

Aquele primeiro aproxima-se da noção ‘utilitarista de certeza’, a qual, segundo Bentham, é um dos fatores que integram o cálculo hedônico. No caso em comento, faz-se necessária a comprovação de que a pesquisa científica poderia contribuir para o desenvolvimento da ciência, ou seja, havendo uma grande probabilidade ou até mesmo certeza de que certa intervenção científica possibilitaria um avanço no tratamento de patologias, as pesquisas com células-tronco embrionárias apresentariam uma maior utilidade, haja vista uma maior certeza dos resultados benéficos advindos daquelas.

Ao seu turno, a ‘avaliação prévia dos potenciais e benefícios’ conforma-se ao princípio utilitarista do consequencialismo, segundo o qual a utilidade deve ser avaliada por meio das consequências de determinada conduta. No caso em tela, faz-se mister que os resultados atingidos pelas pesquisas com células-tronco embrionárias sejam mais úteis em relação às demais alternativas possíveis, a exemplo da impossibilidade absoluta de disposição das células do embrião.

Por outro lado, o postulado do conhecimento informado aproxima-se das teorizações kantianas. Observar o consentimento dos genitores significa o reconhecimento desses como sujeitos morais, os quais, devido à capacidade racional e à autonomia, não podem ter a sua vontade desconsiderada; caso contrário, seriam instrumentalizados, em afronta a sua dignidade.

Por sua vez, o princípio da integridade do patrimônio genético não se amolda quer aos pressupostos filosóficos kantiano quer às teorias utilitaristas. De acordo com estas, refuta-se a possibilidade de se conferir valor intrínseco ao patrimônio genético. A proteção da integridade genética poderia ser moralmente relevante, em razão de suas consequências para o bem-estar geral e não em virtude de seu valor ínsito. Tampouco a filosofia kantiana sustenta o referido postulado, vez que, conquanto Kant reconheça que o valor moral de uma ação independe de suas

consequências, tão somente os seres humanos são considerados fins em si mesmos.

Com base nos argumentos expostos anteriormente, Cármen Lúcia julgou improcedente a ação, haja vista que a utilização das células-tronco embrionárias, desde que observada a ética constitucional, não viola o direito à vida, tornando “parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para o que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida.”²⁴⁴

Por sua vez, o Ministro Eros Grau acompanhou o voto do relator, declarando a constitucionalidade do dispositivo impugnado. Argumentou que a vida se trata de movimento, de modo que, estando os embriões congelados ou sendo inviáveis, não há atividade vital a ser tutelada ou dignidade a lhes ser atribuída. Em linha argumentativa semelhante à da Ministra Cármen Lúcia, afirmou que, conquanto o embrião fora do útero esteja destituído de dignidade, esta pode ser aplicada ao caso, na medida em que, havendo o consentimento dos pais, a utilização das células-tronco embrionárias, ao permitir o desenvolvimento de tratamentos médicos, com o consequentemente aprimoramento da qualidade de vida do ser humano, efetivaria o princípio da dignidade.

Calha destacar que o voto do Ministro Eros Grau igualmente alinha-se aos pressupostos filosóficos utilitaristas, uma vez que autoriza as intervenções científicas, com fulcro nas possíveis consequências benéficas que adviriam do desenvolvimento da ciência para o combate ou tratamento de enfermidades, que provocam sofrimento a considerável parcela da população.

No tocante à aplicação da dignidade humana, é oportuno reiterar as observações feitas ao voto do Ministro Ayres Britto, vez que a referência àquela não se deu em estrita conformidade com a filosofia kantiana. Deveras, o Ministro, ao ter enfatizado a minoração do sofrimento de outrem, destoou da ética kantiana, segundo a qual é aplicável o postulado da dignidade, em razão do valor intrínseco dos seres humanos, prescindindo da avaliação de que aquela promova a redução do infortúnio alheio. Com isso, a alusão à dignidade assemelhou-se ao utilitarismo clássico, no qual os indivíduos têm o compromisso moral de minimizar a dor. Desse modo, constata-se que o argumento da dignidade alinha-se, em realidade, aos

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 367.

pressupostos filosóficos utilitaristas, porquanto se visa ao incremento do bem-estar geral, por meio da redução do sofrimento de milhares de indivíduos.

Cabe destacar que o Ministro Celso de Mello confirmou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, sustentando a possibilidade de realização de ponderação entre o direito à vida e os interesses existenciais titularizados pelos indivíduos acometidos de patologias graves, “cuja superação pode ser conseguida com a liberação – que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico – das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias”²⁴⁵.

Nesse sentido, a fundamentação do Ministro assemelha-se à argumentação de matiz utilitarista dos outros julgadores, pois postulou que a admissibilidade das pesquisas científicas com embriões implicaria a proteção do direito à busca da felicidade e da dignidade de indivíduos enfermos.

Ao seu turno, o Ministro Ricardo Lewandowski julgou, parcialmente, procedente a ação, conferindo interpretação, em consonância com a Constituição, aos dispositivos impugnados. Consignou a admissibilidade das pesquisas com embriões humanos congelados “desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido”²⁴⁶, sustentando que, de acordo com a ordem constitucional e a filosofia kantiana, a temática não pode ser avaliada tão somente por critérios de utilidade ou de resultados.

Referindo-se ao argumento kantiano, segundo o qual “o valor moral de uma ação não reside no efeito que dela se espera’, mas num ‘bem supremo e incondicionado’ para o qual a vontade de um ser racional deve convergir”²⁴⁷, asseverou que o homem, diferentemente das coisas, não é predicado pela utilidade, mas constitui fim em si mesmo, de forma que aquele não pode se sujeitar ao arbítrio de outrem como meio. Destarte, atribuiu ao artigo 5º, inciso II da Lei de Biossegurança a interpretação, segundo a qual as pesquisas científicas não podem comprometer o potencial de desenvolvimento dos embriões.

Constatado que o arbítrio humano, conforme a ética kantiana, não deve coisificar os seres humanos, considerou que a adequação da referida Lei ao postulado da dignidade humana depende, além do não comprometimento vital do embrião, do consentimento livre e informado dos genitores. Desse modo, atende-se

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 587.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 448.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 440 apud KANT, Immanuel. **Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals**. New York: Dover Publications, 2005, p. 27.

aos princípios da liberdade e da autonomia humanas, a fim de que os pais, livres de constrangimentos de quaisquer naturezas, estejam cientes das questões “éticas, jurídicas, sociais e materiais que dele decorrerão, bem como das possíveis alternativas”²⁴⁸.

À luz destas considerações, observa-se que a fundamentação do Ministro Lewandowski alicerça-se em uma teoria deontológica, porquanto a qualidade ético-legal da pesquisa com células-tronco embrionárias não está respaldada, precipuamente, nas eventuais consequências benéficas à redução do sofrimento alheio, tal como consignaram os Ministros referidos anteriormente.

No entanto, cumpre ressaltar que não se trata de um deontologismo rigoroso²⁴⁹, no qual se refutaria em absoluto a obtenção dessas células, pois Lewandowski reconheceu a possibilidade de pesquisa, desde que se atendesse à condição de preservação da vida e do desenvolvimento do embrião, a fim de que esse não fosse instrumentalizado a um fim determinado e indigno.

Desse modo, observa-se que a argumentação esposada pelo Ministro harmoniza-se aos pressupostos filosóficos kantianos, uma vez que atrela a dignidade humana às noções de autonomia e liberdade. Nesse diapasão, salienta-se que a adoção por Lewandowski desses pressupostos conduz a consequências importantes, vez que,

segundo a concepção kantiana, infringir o princípio da autonomia consiste em violar substancialmente a própria pessoa, ao passo que para a concepção utilitarista infringir o princípio da autonomia pode ser justificado tendo em conta outros objetivos desejáveis e, portanto, úteis à própria pessoa. Assim, a deontologia kantiana é muito mais intransigente que o utilitarismo.²⁵⁰

A partir dessa passagem, verifica-se que a observância do consentimento dos genitores, o qual deverá estar livre de constrangimentos, ou seja, de determinações heterônomas, para as intervenções científicas amolda-se ao

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 442.

²⁴⁹ Braga assevera que uma deontologia rigorista “deve desconsiderar as consequências, deve sustentar que correção e incorreção são qualidades vinculadas ao ‘em si mesmo’, independentemente de qualquer relação com suas consequências no mundo, quer estas últimas devam ser julgadas como boas, quer como más.” (BRAGA, Antonio Frederico Saturnino, *op. cit.*, p. 63.)

²⁵⁰ SCHRAMM, Fermin R.; SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 6, nº 1, p. 15-23, 1998.

postulado kantiano da autonomia, segundo o qual, ao se agir livre e autonomamente, respeita-se a dignidade que é ínsita aos seres humanos.

Distinto do exposto seria a hipótese em que as clínicas de reprodução assistida, após o transcurso de mais de três anos, utilizariam as células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, a despeito do consentimento dos pais. Nesse caso, afrontar-se-iam os princípios da autonomia e da dignidade, vez que a inexistência de consentimento dos genitores importaria no menoscabo da natureza racional desses, utilizando-os como meio à consecução de um determinado fim.

Nessa linha de raciocínio, tendo em vista ainda a limitação ao arbítrio do ser humano, Lewandowski sustentou que os projetos de pesquisa e de terapias com as células-tronco embrionárias não podem ser aprovados apenas “pelos comitês de ética das próprias instituições e serviços de saúde responsáveis por sua realização”²⁵¹. Postulou, outrossim, que não é suficiente que “os próprios interessados nas pesquisas tomem todas as decisões nessa importante área da ciência, segundo os seus próprios desígnios, sem a fiscalização das autoridades públicas e de representantes da comunidade.”²⁵²

Cumpre salientar que nesta passagem, ao se exarar a necessidade de um controle externo sobre as instituições de pesquisa, pode-se denotar a insuficiência da moralidade na regulação de referidos projetos. Deveras, o excerto harmoniza-se ao conceito kantiano de legalidade. Com efeito, Kant postula que essa, em contraposição aos atos morais, consiste em uma adesão exterior a leis jurídicas, segundo a qual os indivíduos são responsáveis por suas ações frente aos demais e não somente face à sua consciência, podendo, inclusive, serem demandados legalmente.

Nesse sentido, o Ministro Lewandowski, ao consignar a imperatividade de fiscalização das autoridades públicas, considerou que as pesquisas não podem acarretar tão somente a responsabilidade perante a própria consciência do indivíduo, hipótese esta em que se observaria a moralidade. Em realidade, o cumprimento de certa conduta, em razão de um constrangimento externo, a exemplo de fiscalização por entidades estatais, conforma-se à legalidade, pois se cumpre a lei não por respeito a esta, ou seja, por motivações internas, mas em virtude da coação.

²⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 444.

²⁵² *Ibid.*, p. 446-447.

De outro vértice, o posicionamento do Ministro Menezes Direito, conquanto tenha julgado parcialmente procedente a ação, esteia-se, também, argumentos filosóficos. De acordo com o Ministro, o ponto fulcral da temática refere-se à possibilidade ético-legal de se admitir a obtenção de células-tronco, por meio da destruição do embrião.

Primeiramente, dispôs que as pesquisas científicas não podem estar alheias aos problemas éticos, devendo-se pautar pela dignidade do ser humano e por valores éticos. Nesse sentido, consignou que “estes valores devem prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica.”²⁵³

Observa-se, a partir dessa passagem, que Menezes Direito associa o utilitarismo a uma liberdade científica irrestrita. Esta concepção foi sintetizada por Gehringer e Von Zuben²⁵⁴ como

liberdade absoluta para desenvolver seu trabalho; tendo como única obrigação manter-se fiel ao esquema operatório da ciência, ou seja, formular hipóteses e verificá-las com o máximo de rigor possível. Isso significa que, na visão utilitarista, não pode haver nenhuma limitação extracientífica, pois a interferência, de, por exemplo, normas éticas e morais significariam restrições inaceitáveis.

Todavia, a noção apresentada tanto no voto do Ministro Menezes Direito quanto no excerto supra não se coaduna com a ética utilitarista, pois, conforme exposto no segundo capítulo, o âmbito da liberdade está restrito a atos autorreferentes, os quais afetam tão somente o próprio indivíduo. Em outras palavras, há a liberdade, desde que não ocorram danos a terceiros.

À luz dessas considerações, cumpre destacar que, diferentemente do que consignou o Ministro, a liberdade, segundo o enfoque utilitarista, limita-se à inexistência de atos que afetem negativamente outrem. Destarte, não se amolda às proposições utilitaristas a afirmação de que, de acordo com estas, não haveria quaisquer balizas à pesquisa científica.

Outrossim, imperioso salientar que a afirmação de que a dignidade humana e os valores éticos devem sobrelevar os argumentos de cariz utilitarista não se

²⁵³ *Ibid.*, p. 265.

²⁵⁴ GEHRINGER, Renato Maltoni; VON ZUBEN, Newton Aquiles. **Bioética e Células Tronco**. Disponível em: https://www.puc-campinas.edu.br/websist/portal/pesquisa/ic/pic2010/resumos/2010917_10516_305556111_resESU.pdf Acesso em 07/07/2015.

compatibiliza com a Filosofia do Direito, uma vez que, consoante expõe Vázquez²⁵⁵, a ética pode se apresentar tanto (i) sob o aspecto de teorias da obrigação moral deontológicas, como a kantiana, quanto (ii) sob o cariz de teorias da obrigação moral teleológicas, a exemplo do utilitarismo. Dessa forma, não há uma incompatibilidade entre a ética e o utilitarismo, sendo, em verdade, este uma espécie²⁵⁶ daquela.

No concernente à dignidade, conforme explanado em relação ao voto do Ministro Ayres Britto, não há uma incompatibilidade *de per se* entre referido postulado e as teorias utilitaristas, o que se observa, contudo, é que essas atribuem à dignidade um aspecto contingencial e relativo, em contraste às teorizações de Kant.

Feitas estas observações, cumpre assinalar que o Ministro Menezes Direito exarou ainda, com fulcro na filosofia kantiana, que a moralidade que deve reger as relações entre a ética e a ciência não deve estar fundamentadas na empiricidade, “porque esta apenas nos fornece o ser, jamais o dever-ser.”²⁵⁷

Com efeito, a compreensão do Ministro a respeito das sobreditas relações harmoniza-se à filosofia kantiana, vez que, de acordo com Kant, a moralidade tem origem *a priori* na razão. Do contrário, não seria possível assentar, em dados empíricos, o dever ou o princípio prático supremo, válido a todos os seres racionais. Assim, compreende-se que, para a filosofia kantiana, a ética somente poderia determinar deveres à ciência, quando esses fossem formulados pela própria razão, independentemente dos dados sensíveis, vez que, a partir da empiricidade, não se pode prescrever um dever moral, aplicável universalmente.

Nesta toada, Menezes Direito expôs, em atenção à *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que a moralidade é uma exigência racional da vontade humana livre, a qual independe de experiências concretas. Por esta razão, asseverou a inaplicabilidade da filosofia utilitarista na determinação das relações entre ética e ciência, exemplificando a impropriedade da utilização dessa corrente filosófica no âmbito científico, com a alusão a

[...] um cenário onde a totalidade da comunidade concordasse, por exemplo, com práticas segregacionistas baseadas na raça, uma única pessoa que se manifestasse contra poderia estar representando a exigência racional, mesmo se opondo à totalidade da evidência factual. Uma verdade

²⁵⁵ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez, *op. cit.*, p. 190-191.

²⁵⁶ *Id.*, p. 190-191.

²⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 266.

epistêmica ou uma certeza moral não dependem do clamor unânime das comunidades empíricas por mais insistente que tal clamor possa ser.²⁵⁸

Verifica-se que a objeção do Ministro Menezes Direito à aplicação das teorias utilitaristas no domínio científico alicerça-se em pressupostos filosóficos kantianos, os quais apresentam um aspecto deontológico, segundo o qual o “dever em cada caso particular deve ser determinado por normas que são válidas independentemente das consequências de sua aplicação”.²⁵⁹ Dessa forma, consoante a teoria kantiana, enfatiza-se que a ética não deve ser meramente teleológica, tal como ocorre nas teorias utilitaristas, mas deve-se ater, também, aos meios empregados, pois não se pode justificar uma pesquisa que, conquanto aporte benefício aos indivíduos, seja realizada, por meio da violação da dignidade humana.

Ademais, calha destacar que a crítica do Ministro ao utilitarismo não se conforma à compreensão contemporânea a respeito dessa corrente filosófica, especialmente, a partir da teoria utilitarista de John Harsanyi. Segundo este, as preferências antissociais ou de natureza discriminatória, a exemplo das práticas segregacionistas, conquanto possam promover a utilidade ou o bem-estar de uma maioria, não podem integrar o cálculo da utilidade social, vez que Harsanyi afirma que a “benevolência” e a compaixão humana são os fundamentos da ética utilitarista.

Outrossim, frisa-se que a manifestação de um único indivíduo contra uma prática discriminatória não seria coibida pela ética utilitarista. Mill, na obra *Da Liberdade*, alude à liberdade de pensamento, sustentando a importância da existência de opiniões dissidentes da maioria, pois (i) pode-se verificar que estas, efetivamente, são corretas, corrigindo a opinião da maioria e, (ii) ainda que aquelas não sejam verdadeiras, evita-se que certas concepções tornem-se dogmas ou preconceitos.

Feitas estas considerações, Menezes Direito destacou que a filosofia kantiana deveria ser levada em consideração, a fim de que os seres humanos sejam apreciados em razão de seu valor intrínseco e não apenas por meio de argumentos técnicos, haja vista a prevalência, no âmbito científico, de “éticas utilitaristas, instrumentalistas e de resultados”.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 266.

²⁵⁹ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez, *op. cit.*, p. 193.

Observa-se, a partir desta ilação, uma crítica aos valores sobre os quais se assenta o raciocínio científico, quais sejam a busca de uma maior utilidade e de melhores resultados. Desse modo, apontou que as limitações às pesquisas não devem estar adstritas a uma ponderação de riscos e benefícios, tal como ocorre nas teorias utilitaristas; pelo contrário, deve decorrer de uma “escolha ética, livre e responsável, consciente da nossa imperfeição”²⁶⁰, em que a busca científica não deve avançar contra a proteção da vida.

Nesse sentido, postulou a necessidade de se realizar uma valoração ético-legal do embrião, porquanto, se a este não é atribuído um valor ínsito ou especial, distinto das demais células, não haveria óbices éticos; por outro lado, se o embrião possui um valor equivalente ao de um ser humano, podem-se suscitar questionamentos quanto à eticidade e à legalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias.

Em atenção a essa questão, o Ministro afirmou (i) que o embrião é um ser humano desde a fecundação, não havendo diferença ontológica entre essa incipiente fase de desenvolvimento e as posteriores; (ii) o direito à vida, encartado no artigo 5º da Constituição Federal alberga a proteção do embrião; (iii) a permissão contida no artigo 5º, inciso II da Lei nº. 11.105/2005, segundo a qual há a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias humanas, desde que estas estejam congeladas há mais de três é inconstitucional, vez que o decurso do tempo não retira dos embriões a qualidade de vida.

Impende destacar que o Ministro Menezes Direito, ao considerar os embriões seres humanos desde a fecundação, tornou possível a aplicação da filosofia kantiana. Conquanto Kant não tenha examinado, explicitamente, esta temática, a atribuição aos embriões da condição humana pelo Ministro permite que sua fundamentação se afaste das teorias utilitaristas, reconhecendo que aqueles devem ser protegidos em razão de seu valor intrínseco.

Assim, Menezes Direito, embasado na teoria kantiana, objetou a concepção de que o embrião possuiria “vida ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida”²⁶¹. Consignou que essa concepção conduz à noção espúria de que o embrião se submeteria a “um estatuto intermediário,

²⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 264.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 278.

fundado em uma dignidade também intermediária, geralmente associada à ausência de capacidade moral ou racional.”²⁶²

Segundo o Ministro, a ética kantiana teria sido deturpada, haja vista que os defensores da pesquisa com células-tronco embrionárias, dada a ausência de uma definição precisa a respeito do que seria a humanidade, precisamente em relação à segunda formulação do imperativo categórico, afirmam que os embriões estariam destituídos de racionalidade, de modo que a inexistência desta impossibilitaria que agissem moralmente e, conseqüentemente, fossem dignos.

Menezes Direito expôs que atrelado a isto, interpretou-se, de modo análogo, o fim da vida ao início desta. Uma vez que a atividade cerebral delimita o término da vida, implicando “uma dignidade reduzida, que protege o corpo, o nome e outros atributos da pessoa humana, mas não impede sua violação em casos específicos”²⁶³; o embrião, analogamente, deveria ter uma proteção, também, diminuta, visto que não teria desenvolvido uma capacidade racional mínima. Nessa linha de raciocínio, consoante o estatuto intermediário do embrião, o cadáver ou o nome do morto estariam revestidos de dignidade, vez que haveria um transbordamento de efeitos, isto é, a pessoa possuiria dignidade, enquanto era viva, e esta sobejaria em alguns efeitos após a morte.

O Ministro assinalou que a concepção do estatuto intermédio do embrião, postulada, sobretudo, pelos filósofos dos países da Common Law, conduz a uma contradição, pois, se o reconhecimento da dignidade depende da vida racional, ainda que prévia, sendo o embrião destituído desta, não se protegeria a sua dignidade. Assim, afirmou que “não me parece razoável afirmar que a vida sem personalidade não é vida humana, como se a personalidade é que atribuisse a condição de vida e não que fosse um atributo dela.”²⁶⁴

Constata-se que a crítica à graduação da dignidade se coaduna à filosofia kantiana, dado que a dignidade é “valor absoluto, intrínseco, inviolável e insubstituível”²⁶⁵. Caso houvesse uma “dignidade reduzida” ou “graduada”, estaria

²⁶² *Id.*, p. 278.

²⁶³ *Ibid.*, p. 279.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 280.

²⁶⁵ AGOSTINI, Leonardo, *op. cit.*, p. 91.

essa despidia do valor absoluto, que torna imperativa a sua observância em todas as situações. Conforme preleciona Kant²⁶⁶ na *Metafísica dos Costumes*:

[...] o homem, considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral, está acima de todo o preço; pois, enquanto tal (*homo noumenon*), não se pode valorar só como meio para fins alheios, e até para os seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, possui uma dignidade (um valor interno absoluto), graças à qual força ao respeito para com ele todos os demais seres racionais do mundo, e se pode medir com qualquer outro desta classe e apreciar-se em pé de igualdade.

Ademais, refutou o argumento utilitarista, segundo o qual a não utilização de embriões congelados obstaculizaria o desenvolvimento de pesquisas científicas e de tratamento para patologias, sob o fundamento de que as manipulações científicas, ao não estarem jungidas exclusivamente ao instrumentalismo, devem considerar os valores éticos de proteção à vida, a fim de que as pesquisas não acarretem a morte do embrião. Conforme expôs:

Não merecem consideração, portanto, os argumentos utilitaristas que se assentam no aproveitamento de embriões fertilizados *in vitro* e que serão descartados. E desse modo entendo pela simples razão de que não há de se sacrificar o meio para privilegiar o fim. Todas as vezes que a humanidade fica cega na busca de resultados, resvala para a deformidade. [Grifos do autor]²⁶⁷

A partir dessa passagem, observa-se crítica expressa às teorias utilitaristas, vez que afirmou que as consequências ou fins benéficos não justificam quaisquer meios. Adotar a fundamentação utilitarista importaria no menoscabo da dignidade humana, porquanto não se sustenta salvar uma vida, desguarnecendo a vida do embrião.²⁶⁸ Segue-se do considerado que as manipulações científicas não podem, em hipótese alguma, importar no sacrifício da natureza humana ou na mercantilização desta, visto que não se pode atentar contra a vida do embrião.

Nesta ordem de ideias, considerou que

Os cientistas, sejam os da área médica, sejam os da área biológica, sejam os da área jurídica, não podem, diante de seus compromissos com o futuro

²⁶⁶ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes parte II**: Princípios metafísicos da doutrina da virtude. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 73.

²⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 286.

²⁶⁸ Nesse mesmo sentido, Menezes Direito asseverou que “A extração de um blastômero para fins de produção de uma linhagem de células-tronco não deixaria de constituir uma utilização do embrião como meio para o atingimento de um fim, o que faz lembrar a censura de Kant.” (*Ibid.*, p. 290.)

da humanidade, cair no abismo do utilitarismo. As opções que fazemos no mundo científico não serão exitosas pelos resultados que alcançamos se esses resultados ferirem valores éticos que não são contingentes. Para viver com esses valores será necessário muitas vezes morrer por eles. Assim, para sermos dignos da vida, devemos valorizar a vida.²⁶⁹

Ressaltado o valor primacial da preservação da vida e da dignidade humana, da qual não está privado o embrião, Menezes Direito propôs um controle da atividade das atividades das clínicas de reprodução assistida, isto é, o estabelecimento de um padrão ético que “não pode, sob nenhum pretexto, resvalar para o absoluto sem a preservação da vida.”²⁷⁰ Nesse sentido, as pesquisas não devem ser obstadas; no entanto faz-se necessário observar os limites éticos e legais, para que não haja a destruição do embrião, o qual, conforme exposto anteriormente, encontra-se protegido pela Constituição Federal.

No tocante à inviabilidade dos embriões, dispôs que esta consiste na insubsistência dos embriões por si mesmos, isto é, esses, ontologicamente, deixaram de ser, sendo comparáveis à retirada de um órgão de um ser humano morto. Todavia, ressaltou que

A inviolabilidade do direito à vida não admite que a possibilidade de alguns embriões tornarem-se inviáveis justifique o sacrifício dos demais. A inviolabilidade do direito à vida não admite nem mesmo que a possibilidade de muitos deles se tornarem inviáveis justifique o sacrifício dos remanescentes.²⁷¹

Em suma, Menezes Direito, cuja linha argumentativa denota a prevalência dos pressupostos filosóficos kantianos, declarou a constitucionalidade do artigo 5º, inciso I da Lei de Biossegurança, pelo qual se admite a disposição de células-tronco inviáveis, sem que haja, todavia, a redução do texto, “para que a expressão ‘embriões inviáveis’ seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos.”²⁷²

Ao seu turno, o Ministro Gilmar Mendes julgou improcedente a ação. No entanto, não apresentou fundamentação alicerçada, substancialmente, nos pressupostos filosóficos kantiano e utilitarista. Exarou que a lei em questão viola o princípio da proporcionalidade, na medida em que aquela deixa de “instituir um

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 286-287.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 300.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 293.

²⁷² *Ibid.*, p. 305.

órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano”.²⁷³

Neste contexto, consignou que a Lei de Biossegurança deve ser interpretada, a fim de que seja consentânea com a Constituição, em especial com o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), no sentido de que as pesquisas sejam “condicionadas à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde”.²⁷⁴

Desse modo, constata-se que, embora o Ministro Gilmar Mendes tenha julgado procedente o pedido, o ponto fulcral de sua argumentação não diz respeito às éticas kantianas e utilitaristas, mas sim a evitar uma proteção deficiente dos embriões, por meio da autorização do referido Comitê.

Ademais, o Ministro Cezar Peluso tampouco reputou procedente a ação direta de inconstitucionalidade. Cumpre destacar, entretanto, que o seu voto não se conformou, precipuamente, aos pressupostos filosóficos kantiano e utilitarista, tendo ressaltado, na linha de raciocínio do Ministro Gilmar Mendes, a necessidade de que as pesquisas estejam submetidas ao crivo da fiscalização estatal.²⁷⁵ Afirmou que a imperatividade de se editar legislação que, severamente, incrimine os responsáveis por não observar as disposições da Lei de Biossegurança.²⁷⁶

Diante do exposto, conclui-se que, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº. 3.510/DF, a linha argumentativa utilizada tanto pelo voto vencedor e condutor do acórdão da lavra do Ministro Ayres Britto quanto pelos votos das Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia alicerça-se, precipuamente, em pressupostos filosóficos utilitaristas, vez que consignaram a admissibilidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, sob o fundamento de que a utilização das células-tronco embrionárias aportaria melhores consequências no desenvolvimento de tratamentos médicos em relação às células-tronco adultas. Desse modo, referidos ministros consideraram que são preferíveis as intervenções científicas, cujos potenciais avanços médicos reduziriam o sofrimento de milhares indivíduos, ao mero descarte.

²⁷³ *Ibid.*, p. 629.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 630.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 524.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 522.

No mesmo sentido, os votos dos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Eros Grau, embora não se refiram explicitam à filosofia utilitarista, coadunam-se às principais concepções filosóficas dessa, em especial à noção de que se deve minorar o sofrimento de outrem. Neste contexto, o reconhecimento de que as aludidas pesquisas poderiam ser proveitosas ao desenvolvimento de tratamentos de patologias está em conformidade com a ideia utilitarista de minimização da dor de outrem.

Expendidas essas considerações, insta salientar que, diferentemente dos referidos Ministros, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, conquanto tenham julgado procedente a ação, fundamentaram seus votos, prevalentemente, em proposições filosóficas kantianas. Aquele primeiro aduziu à imperatividade do consentimento dos pais para a realização das pesquisas com células-tronco embrionárias, a fim de que não se afrontem os princípios kantianos da liberdade, autonomia e dignidade, sob pena de se coisificar os seres humanos. Ao passo que este último considerou que, sendo os embriões dotados de vida humana, faz-se necessário que as pesquisas, para que se conformem à teorização kantiana, não importem na morte ou comprometimento do desenvolvimento do embrião.

Por fim, verifica-se que os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso não se alinham aos pressupostos filosóficos kantianos ou utilitaristas. Referidos Ministros, conquanto tenham julgado improcedente o pedido, ressaltaram que as pesquisas com células-tronco embrionárias devem estar submetidas ao crivo e ao controle da fiscalização estatal.

3.2. DA INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCEFÁLICOS

O Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54/DF²⁷⁷, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, na qual se declarou inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gestação de feto anencefálico constituiria conduta tipificada como aborto, nos termos dos artigos 124,

²⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/04/2012. O inteiro teor do acórdão encontra-se disponível, no repositório oficial, sob o endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em 07/07/2015.

126 e 128, incisos I e II do Código Penal.²⁷⁸ Desse modo, reconheceu-se a possibilidade de a gestante, nesta hipótese, submeter-se à interrupção da gravidez, independentemente de autorização judicial.

O Ministro Marco Aurélio, cujo voto foi vencedor e condutor do acórdão, consignou que a anencefalia consiste em uma anomalia ou malformação do tubo neural caracterizada pela ausência de atividade cortical. Assim, carecendo o feto das funções superiores do sistema nervoso responsáveis “pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade”²⁷⁹, afirmou que o feto anencefálico é um natimorto neurológico.

Em analogia à definição médico-legal de morte, ou seja, a inexistência de atividades encefálicas, o relator asseverou que o feto anencefálico não se tornará pessoa, sequer potencial, haja vista que se trata de “morte segura”²⁸⁰. Por esta razão, entendeu que o feto anencefálico não pode ser considerado portador de deficiência, vez que esta permite estar no mundo; ao passo que a anencefalia é inconsistente com a vida extrauterina. Uma vez que não há expectativa de vida extrauterina, sustentou que não há de se cogitar em violação ao direito à vida.

A inviabilidade ou a ausência de potencialidade de vida elide a possibilidade de que o feto anencefálico seja tutelado juridicamente e de que a interrupção da gestação implique o crime de aborto. Destarte, postulou que, *in casu*, há tão somente a aparência de conflito de direitos fundamentais, haja vista que não sendo o feto anencefálico indivíduo-pessoa, não é destinatário de quaisquer direitos fundamentais.

²⁷⁸ O Código Penal tipifica nos artigos 124, 126 e 128 as seguintes condutas, *in verbis*:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

[...]

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

[...]

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 44.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 46.

Nesse diapasão, cumpre salientar a compatibilidade dessa passagem à ética kantiana, porquanto, segundo essa, faz-se mister respeitar os indivíduos, em razão de sua capacidade racional de se determinar, em conformidade às representações do imperativo categórico. Nessa linha de raciocínio, a proposição de que os fetos anencefálicos não possuem vida tem como corolário o reconhecimento de que estes, ao não disporem de autonomia moral, não devem ser protegidos.²⁸¹

Outrossim, o relator referindo-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF, aduziu que o direito à vida não é absoluto, admitindo, em realidade, diversas gradações. Atestou que, ainda que fosse atribuído o direito à vida aos anencéfalos, a despeito da argumentação exposta supra, a tutela jurídica referente a esses fetos deveria ser menos intensa, em comparação, aos fetos saudáveis e às pessoas.

De acordo com o Ministro Marco Aurélio²⁸²,

Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.

No tocante à doação de órgãos de anencéfalos, o relator apresentou duas razões para a sua vedação. A primeira consiste em evitar a coisificação da mulher e, por conseguinte, a negação de sua dignidade, se aquela fosse compelida à manutenção da gestação para o tão-só fim de doar os órgãos do feto. A segunda refere-se à impossibilidade fática do aproveitamento desses órgãos. O Ministro consignou que a segunda razão corrobora com a primeira, em oposição à ética utilitarista, pois “se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula”.²⁸³

A partir dessa passagem, constata-se crítica, amiúde, oposta ao utilitarismo, qual seja a de que a ética utilitarista, ao preceituar a maximização da utilidade, privilegiaria o interesse geral em face dos interesses individuais, ainda que houvesse

²⁸¹ FAGOT-LARGEAUT, Anne. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 227- 245, Aug. 2004.

²⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 60.

²⁸³ *Ibid.*, p. 52.

um incremento mínimo no bem-estar da coletividade. *In casu*, o relator consignou que os interesses e direitos fundamentais da mulher, por meio de sua instrumentalização, seriam violados em prol da doação dos órgãos dos fetos anencefálicos, conquanto haja uma diminuta chance de êxito no aproveitamento desses órgãos.

Carvalho²⁸⁴ assevera que se tornou usual afirmar, a partir da obra de Ronald Dworkin *Taking Rights Seriously*, que os direitos não podem ser delimitados pela noção de bem-estar, mormente “quando incrementos mínimos de bem-estar conflitam com o respeito a direitos, os quais não poderiam – sob hipótese alguma – ser preteridos em nome da utilidade social.”

Nesse sentido, destaca-se que a fundamentação do Ministro Marco Aurélio se coaduna à objeção de que os direitos são incompatíveis com o utilitarismo, ao afirmar que a utilidade imediata, ou seja, uma chance de êxito mínimo, a exemplo da doação dos órgãos dos fetos anencefálicos, não poderia justificar a instrumentalização da mulher, sob pena de se afrontar os direitos fundamentais dessa.

Ademais, o relator, aludindo à filosofia kantiana, especialmente à obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, afirmou que, sendo a mulher um ser racional, deve ser considerada como um fim em si mesma, não podendo ser-lhe atribuída um valor relativo ou ser arbitrariamente utilizada como meio. Dessa forma, reforçou a crítica de que, sob o prisma utilitarista, a mulher seria instrumentalizada à geração de órgãos e à consequente doação.

Com efeito, insta salientar que a argumentação do Ministro Marco Aurélio está em consonância com os pressupostos filosóficos kantianos. De acordo com Kant, os seres humanos, em virtude de sua capacidade racional de obediência ao imperativo categórico são dotados de dignidade, em oposição às coisas, as quais possuem preço. Assim, possuindo os seres humanos um valor intrínseco e absoluto, devem ser considerados como fins em si mesmos, não podendo ser instrumentalizados ao atingimento de determinado fim.

²⁸⁴ CARVALHO, Maria Cecília M. de. Levando J. S. Mill a sério: direitos e deveres em uma sociedade feliz. In: ALMEIDA, Custódio; CIRNE-LIMA, Carlos (Orgs.). **Nós e o Absoluto**. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 307.

Em conformidade com essa linha de raciocínio, o relator asseverou que a mulher é um fim em si mesma, não devendo ser utilizada à consecução de um arbítrio, a exemplo da doação de órgãos de fetos anencefálicos.

Não obstante a consistência da fundamentação com a teorização kantiana, pode-se objetar a afirmação de que, sob o enfoque utilitarista, a gestante seria, necessariamente, compelida à gestação de órgãos para a doação. Conforme apontado no capítulo 2, a ética utilitarista não atribui, abstratamente, valor moral à determinada ação; pelo contrário, essa somente é moralmente admissível, se, concretamente, incrementar a utilidade, por meio das melhores consequências possíveis.

Assim, sob esta perspectiva, a instrumentalização da mulher somente justificar-se-ia se se incrementasse o bem-estar geral. No entanto, conforme apontado pelo próprio relator, sendo a chance de êxito da doação de fetos anencefálicos mínima, dificilmente, a ética utilitarista sustentaria a manutenção da gestação de fetos anencefálicos. Difere-se, portanto, da filosofia kantiana, em que a instrumentalização de um indivíduo é, intrinsecamente, reprovável, ou seja, independe de quaisquer contingências.

Posto isto, o relator considerou que, ainda que os órgãos dos anencéfalos pudessem ser utilizados para salvar a vida de outrem, “não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar a adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição humana”²⁸⁵. Nesse sentido, dispôs que, sendo a doação insitamente voluntária e espontânea, determinar a obrigatoriedade desta obliteraria a magnitude do ato.

Percebe-se que, neste ponto, a argumentação do relator conforma-se à distinção kantiana entre autonomia e heteronomia. Segundo Kant, esta se expressa por meio de imperativos hipotéticos, os quais se referem a ações que não são intrinsecamente boas, mas que são instrumentalmente necessárias para se atingir determinado propósito.

Por outro lado, a autonomia, distintamente da heteronomia, possui valor moral, estando atrelada ao imperativo categórico, isto é, à possibilidade de a

²⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 52.

vontade determinar máximas a si mesma que podem ser convertidas em legislação universal, a despeito de objetivos ulteriores.

Verifica-se que a fundamentação do relator é consentânea com o exposto anteriormente, visto que autorizar que a gestante escolha entre interromper ou não a gestação implica o reconhecimento da mulher como sujeito moral, potencialmente capaz de enunciar imperativos categóricos. Nesse mesmo sentido, de acordo com a filosofia kantiana, a doação de órgãos e os demais atos altruísticos somente possuem valor moral quando realizados por dever, isto é, em conformidade com a fórmula da autonomia.

Caso a mulher fosse compelida à manutenção da gravidez ou à doação dos órgãos do anencéfalo, estas condutas estariam destituídas de valor moral, vez que se instrumentalizaria a mulher à consecução de fins diversos do dever, os quais, portanto, não são universalizáveis. Deveras, é, precisamente, a decisão da própria mulher em relação à interrupção ou não e a doação dos sobreditos órgãos que implicam na autonomia do ato.

Uma vez constatadas a necessidade de se observar os postulados kantianos e a impossibilidade fática da doação de órgãos de anencéfalos, o relator reputou descabida a argumentação de que a manutenção compulsória se esteiaria na solidariedade, pois, se assim o fosse, violar-se-iam, também, os

princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.²⁸⁶

Consoante o exposto, exarou que a imposição da manutenção da gravidez importaria em uma violação à dignidade, à liberdade e à autonomia da mulher. Segundo o relator, referida imposição implicaria graves danos psicológicos à mulher e à sua família, haja vista que, na gravidez do feto anencefálico, “reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito”.²⁸⁷ Assemelhar-se-ia a uma tortura, eis que a mulher estaria submetida “a uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo”²⁸⁸.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 68.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 63.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 68.

Considerou que, além do sofrimento psicológico vivenciado pela mulher, a gestação do anencéfalo apresenta riscos superiores à vida da gestante em relação a uma gravidez comum. Desse modo, Marco Aurélio consignou que, estando a vida e a saúde da gestante de feto anencefálico em risco, não cabe ao Estado impor a manutenção da gravidez; pelo contrário, atestou que a decisão pela interrupção da gestação encontra-se no âmbito da esfera privada, cabendo à gestante a liberdade de escolha pela interrupção da gravidez.

Frisou, portanto, a necessidade de que a decisão pela manutenção ou não da gravidez seja da própria gestante, visto que o sofrimento advindo da sobredita gestação “é um acontecimento no corpo dela”²⁸⁹. Nesse sentido, aduziu ao depoimento, em audiência pública, prestado pelo Procurador Mário Ghisi, segundo o qual

é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam.²⁹⁰

Diante do exposto, admitiu a possibilidade de a gestante optar pela interrupção da gestação de feto anencefálico, sem que tal conduta configure o crime de aborto, vez que se trata de medida para aliviá-la de um sofrimento maior, salvaguardando o direito à vida e à saúde a respeito de temática que se encontra no âmbito da liberdade e da autonomia da própria mulher.

Impende salientar que, conquanto a linha argumentativa do relator denote consonância aos pressupostos filosóficos kantianos, alguns trechos de sua fundamentação, também, poderiam estar alicerçados na ética utilitarista. Pode-se exemplificar essa proposição, aludindo à afirmação de que, sendo a gravidez um acontecimento no corpo da mulher, essa deveria decidir a respeito da interrupção, sem que haja a imposição ou o sancionamento de determinada conduta pelo Estado.

Bentham delimita o âmbito de incidência da ética privada e da legislação (ética pública), justificando, de acordo com o princípio da utilidade, o sancionamento de determinadas condutas pelo Direito, quando essas importarem danos a terceiros.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 64, *apud* BRICHAL, Telma; FRIAS, Lincoln. Aborto de fetos anencéfalos, in **Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral**, Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19-30, Jun. 2009.

²⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 67.

Caso certa conduta seja uma ação de prudência, isto é, quando o ato afetou tão somente o próprio indivíduo, Bentham afirma que não deve haver interferência legal nessa hipótese, visto que é o próprio indivíduo afetado pelo ato e não o legislador o melhor juiz acerca do que lhe provoca prazer ou dor.

Nessa linha de ideias utilitaristas, o depoimento do Procurador Mário Ghisi, o qual contribuiu ao embasamento da decisão, é consentâneo ao exposto supra, visto que, sendo a gestante quem vivencia e melhor compreende o seu sofrimento, não cabe ao Estado impor à gestante certa conduta. Em outras palavras, sendo a gravidez de feto anencefálico acontecimento no corpo da mulher, isto é, no âmbito da esfera privada, não há, de acordo com a ética utilitarista, fundamento para o sancionamento legal.

Segue-se do considerado, conforme relatou o Ministro Marco Aurélio, que obrigar a gestante à manutenção da gravidez, além de adentrar a esfera privada da mulher, impor-lhe-ia sofrimento comparável à tortura. A compulsoriedade na manutenção da gestação discrepa da filosofia utilitarista, segundo a qual a legislação não deve incidir sobre a ética privada, mormente quando implicar a redução do bem-estar geral, a exemplo da hipótese em que se incrementaria o sofrimento das gestantes de fetos anencefálicos.

Desse modo, demonstra-se que parte dos argumentos sustentados pelo relator, também, poderiam ser justificados, com fulcro na ética utilitarista, especialmente, a partir da delimitação entre os âmbitos da ética privada e da legislação, a fim de se demonstrar, com fulcro no princípio da utilidade, a impropriedade do sancionamento legal da interrupção da gestação de anencéfalo.

Feitas essas considerações, constata-se que a Ministra Rosa Weber, em conformidade com a fundamentação filosófico-legal adotada pelo relator, julgou, igualmente, procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Destacou que esta tem como questão fulcral a delimitação do âmbito de liberdade da mulher, isto é, a possibilidade de a gestante realizar as escolhas a respeito da sua própria forma de vida, em conformidade com seus valores. Nesse diapasão, relatou que a alegria e a realização das gestantes de fetos anencefálicos advêm da faculdade de exercer “suas *escolhas* morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas”²⁹¹

²⁹¹ *Ibid.*, p. 135.

Uma vez apontada a centralidade da liberdade de escolha para a resolução da temática, Rosa Weber salientou que a proteção do feto, por meio de postura interventiva do Estado, viola (i) a liberdade; (ii) a integridade da mulher, haja vista os riscos gestacionais e os danos psicológicos; e (iii) a dignidade, na medida em que se promove a tortura em razão da inobservância das crenças da gestante.

Assim, ao se ponderar a proteção de um fenômeno biológico acerca do qual recaem dúvidas a respeito da tutela jurídica e o direito à não interferência do Estado na escolha da gestante, sob pena de se violarem os supracitados postulados, deve-se reconhecer a “autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la”.²⁹² Em outras palavras, expôs que “os direitos somados das gestantes não podem ser suprimidos em prol de uma vida precária”.²⁹³

Ademais, destacou que o sancionamento criminal da gravidez de feto anencefálico descabido, visto que a criminalização, além de medida extrema, é inócua, ou seja, não é “meio útil para resolver o problema social”²⁹⁴, não atendendo ao princípio da racionalidade, pelo qual se comparam “os benefícios e os custos sociais decorrentes da criminalização”.²⁹⁵ Consignou ainda que o Direito deve salvaguardar a liberdade dos indivíduos contra liberdade dos demais membros da sociedade, a fim de que aqueles possam escolher seus modos de vida e valores, sem que haja a supressão ou menoscabo da liberdade e dos valores de outrem.

Constata-se que a argumentação esposada pela Ministra se alicerça em pressupostos filosóficos kantianos, na medida em que enfatiza que, para a resolução da temática, faz-se necessária a observância dos valores da liberdade e dignidade.²⁹⁶ Estes, conforme exposto anteriormente, são centrais para a

²⁹² *Ibid.*, p. 136.

²⁹³ *Ibid.*, p. 124.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 134.

²⁹⁵ *Id.*, p. 134.

²⁹⁶ Na mesma linha argumentativa da Min. Rosa Weber, os Ministros Joaquim Barbosa e Ayres Britto julgaram procedente o pedido formulado na ADPF n°. 54/DF. Conquanto estes últimos não tenham feito referência explícita à filosofia kantiana, esposaram argumentos semelhantes aos da sobredita Ministra, os quais demonstram a consonância aos pressupostos filosóficos kantianos. O Min. Joaquim Barbosa consignou que, “ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal”. (*Ibid.*, p. 149.) Ademais, Ayres Britto, corroborando o voto do relator, ressaltou a imperatividade de se observar a decisão da mulher respeito da manutenção ou não da supracitada gravidez, a fim de que se respeitem os postulados da liberdade e da autonomia. Dispôs que “[...] é o reconhecimento da autonomia de vontade da

compreensão do pensamento kantiano, permitindo que se realce a racionalidade dos seres humanos em face dos demais seres vivos.

Kant reconhece a dignidade dos indivíduos em virtude de estes poderem, por meio da racionalidade, abstrair as condições empíricas, enunciando a si próprios uma legislação moral universalizável. Nesse sentido, a Ministra, ao considerar que, para a proteção da dignidade, as gestantes teriam a faculdade de realizar as suas escolhas morais, harmoniza-se à ética kantiana, uma vez que, atestando a capacidade das gestantes de obedecer aos seus próprios valores morais, reconhecem-se as gestantes como sujeitos morais, qualificadas pela dignidade.

Ad argumentandum, poder-se-ia afirmar que obrigar a manutenção da gravidez privaria, por completo, o valor moral de se gestar um feto anencefálico, visto que, segundo Kant, a ação realizada unicamente por inclinação ou interesse ulterior, tal como o respeito à ordem jurídica prescinde de relevância moral. A liberdade moral, distintamente da liberdade jurídica, consiste na faculdade de formular leis morais a si mesmo, em conformidade ao dever.

Segue-se do considerado que, se o móbil da ação está adstrito a evitar a imputação do crime de aborto, isto é, a observância da legalidade, a decisão da gestante de feto anencefálico careceria de valor moral. Por outro lado, se, não havendo a incriminação da interrupção da gestação, como consignou a Ministra Rosa Weber, a decisão da mulher conformasse, exclusivamente, à moralidade, atribuir-se-ia à ação um estatuto moral.

Cumprе ressaltar que, se a decisão estiver jungida apenas a sentimentos ou inclinações, não se reputará moral a escolha, visto que os dados sensíveis são contingentes e subjetivos, não permitindo que, a partir desses, se alicerce a ética. Com efeito, o fundamento da ética kantiana consiste em uma boa vontade, apartada das determinações sensíveis, que se expressa sob a forma de um imperativo categórico.

No tocante à criminalização da interrupção da gestação de feto anencefálico, a fundamentação da Ministra Rosa Weber conjuga argumentos das éticas utilitarista

mulher gestante possa decidir sobre a interrupção de sua gestação, quando lhe parecer que essa gestação não passa de um arremedo de gravidez" (*Ibid.*, p. 254.) Considerou, outrossim, assemelhando-se à noção kantiana de autonomia, que a sobredita escolha compete à mulher, pois "[...] ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir: o martírio é voluntário. Quem quiser assumir sua gravidez até às últimas consequências, mesmo sabendo portador de um feto anencéfalo, que o faça. Ninguém está proibindo. O Ministro Marco Aurélio não votou pela proibição. É opcional." (*Ibid.*, p. 265.)

e kantiana²⁹⁷. Em relação àquela, verifica-se que a alegação de que a criminalização não é meio útil à inibição da supracitada conduta, quando analisados os benefícios e os custos do sancionamento legal, conforma-se à compreensão utilitarista a respeito do Direito.

Deveras, Bentham afirma que o âmbito de incidência do ordenamento jurídico deve se harmonizar ao princípio da utilidade. Desse modo, o filósofo inglês postula que é despicienda a sanção legal, quando essa não for proveitosa, sendo prejudicial à felicidade geral, vez que o “mal derivado do castigo se apresenta como superior ao do ato que pretende corrigir”.²⁹⁸ Assim, Rosa Weber, ao ponderar que a criminalização da interrupção importaria em custos sociais superiores aos benefícios de se proteger o feto, ou seja, o sancionamento reduziria o bem-estar geral, alinhou-se, sob este ângulo, à filosofia utilitarista.

De outro vértice, a Ministra consignou que, *in casu*, o Direito deve preservar a liberdade dos indivíduos de escolher seus valores, a fim de que aquela não seja tolhida pelo arbítrio de outrem. Constata-se que este fundamento conforma-se à filosofia kantiana, em especial à lei universal do Direito (“Age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”), visto que cumpre às normas jurídicas permitir que o agir humano não seja sobrepujado pelo livre arbítrio de outrem.

Nesse diapasão, destaca-se que a afirmação de que cumpre ao Direito garantir a liberdade de crença e de valores da mulher a respeito da temática, ou seja, a coexistência entre arbítrios, coaduna-se à compreensão kantiana a respeito do Direito.

Ao seu turno, a Ministra Cármen Lúcia julgou, igualmente, procedente a ADPF, alinhando-se aos fundamentos ético-legais expostos pelos Ministros anteriores. Observou que a escolha pela interrupção da gravidez de feto anencefálico não é isenta de dor. Trata-se, em realidade de escolher qual a menor a dor entre gestar um feto inviável e realizar um procedimento interruptivo, a fim de se

²⁹⁷ Nesse mesmo sentido, decidiu Joaquim Barbosa, observe-se: “[...] nos casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez nos casos previstos no Código Penal.” (*Ibid.*, p. 149.)

²⁹⁸ ÁVILA, José Manuel Bermudo, *op. cit.*, p. 89.

preservar a dignidade tanto da mulher quanto dos demais membros da família afetados pelo acontecimento.

Conforme expôs a Ministra, o sofrimento a que é submetida a mulher decorre da obrigatoriedade de “manter-se grávida, mesmo contra sua vontade, após o diagnóstico da inviabilidade fetal”.²⁹⁹ Consignou que consiste em verdadeira injustiça a vedação legal à interrupção da gestação nesta hipótese.

Assim, assinalou que não cabe ao Direito “exigir que ela converta o sofrimento involuntário em uma experiência mística de sublimação de si e do luto pelo futuro filho”.³⁰⁰ Nesse sentido, declarou que, não havendo recursos médicos capazes de tratar a condição física do feto, deveria o Estado preservar a saúde das gestantes, autorizando a interrupção da gestação.

Não obstante isto, frisou que o magistrado não pode estar alheio à dor vivenciada pela gestação. Conforme expôs a Ministra:

[...] A despeito da unanimidade da ciência médica quanto à impossibilidade de vida extra-uterina, é certo que toda pessoa tem o direito a suas crenças e convicções pessoais, a serem respeitadas. Entretanto, o magistrado, a despeito de seus credos e ideais, tem obrigação de entender a angústia experimentada pela gestante que opta pela interrupção da gravidez, por chegar ao limite humano e psíquico.³⁰¹

Ademais, semelhante à linha de raciocínio esposada pelo relator, afirmou que, por ser o sofrimento suportado pela própria mulher, cabe a esta, em conformidade com suas crenças, optar pela manutenção ou não da gestação. Conforme preleciona Cármen Lúcia, embasada na ética kantiana, autonomia e liberdade, estão estreitamente vinculadas à dignidade humana. Por esta razão, afirmou que a mulher, como ser racional, é livre e digna na medida em que faz suas próprias escolhas, fulcradas em princípios, sem que se torne meio para a consecução de determinado fim.

Nessa linha de inteligência, a Ministra alude a estudo, desenvolvido por Eduardo Rabenhorst³⁰², a respeito da estreita relação entre dignidade e liberdade na teorização kantiana, observe-se:

²⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 189.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 190.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 221.

³⁰² *Ibid.*, p. 224 *apud* RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 33-34.

Já para Kant, a dignidade se alicerça na própria autonomia do sujeito, isto é, na capacidade humana de se submeter às leis oriundas de sua própria potência legisladora e de formular um projeto de vida de forma consciente e deliberada. E é essa autonomia, escreve Ferry o ‘motivo do respeito e o conceito fundador da humanidade.

A partir dessa passagem, constata-se que Cármen Lúcia acentuou a imperatividade de se observar a escolha da mulher a respeito da interrupção ou não da gestação, pois, desse modo, respeitar-se-ia, também, o postulado da dignidade humana. Em suma, consignou a impossibilidade ético-jurídico de se impor a continuidade da gravidez de feto anencefálico, privando a gestante da escolha.

Constata-se que a fundamentação da Min. Cármen Lúcia alinha-se, precipuamente, aos pressupostos filosóficos kantianos, visto que associa a liberdade de escolha da mulher a respeito da interrupção da gravidez aos princípios da autonomia, liberdade e dignidade.³⁰³ Deveras, conforme se depreende do voto da Ministra, estes conceitos estão estreitamente vinculados, uma vez que a dignidade da gestante, isto é, a possibilidade de que essa seja considerada como um fim em si mesma, conforme estatui a segunda formulação do imperativo categórico, decorre da faculdade de a mulher ser autônoma, decidindo conforme a razão prática. Por sua vez, a autonomia se coaduna à noção de liberdade em sentido positivo, ou seja, “como a capacidade de autolegislação e autodeterminação que, em outras palavras, consiste na capacidade que um sujeito tem de exercer sua capacidade de moralidade”, que, *in casu*, se refere à escolha ou não pela interrupção da gestação.

Não obstante a linha argumentativa de Cármen Lúcia esteja alinhada à filosofia kantiana, constata-se, secundariamente, a utilização de fundamentos de matiz utilitarista, a exemplo da afirmação de que tanto a interrupção quanto a manutenção da gestação importariam em sofrimento, sendo necessário optar por aquele que resulta em menor dor.

Com efeito, o utilitarismo hedonista propõe a realização de um cálculo hedônico, segundo o qual o estatuto moral de determinada conduta está jungido à maximização da felicidade ou minimização do sofrimento. Nesse sentido, verifica-se

³⁰³ Nesse mesmo sentido, no voto do Min. Celso de Mello, no qual se reputou procedente o pedido, predominaram argumentos que remetem à filosofia kantiana, a exemplo da “centralidade ética da pessoa humana e da dignidade”. (*Ibid.*, p. 326-327.) Consignou, ademais, a estreita associação entre estas e a liberdade, referindo-se à existência “interesses existenciais titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, cuja superação pode ser conseguida com a liberação – que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico – da interrupção da gestação” (*Ibid.*, p. 352.)

que a fundamentação da Ministra, ao se referir à minoração do sofrimento da gestante, tangenciou a ética utilitarista.

De outra quadra, o Min. Ricardo Lewandowski julgou improcedente o pedido, sustentando a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal elaborar norma abstrata, que autorize o aborto eugênico na hipótese de anencefalia fetal, sob pena de se violar a competência do Congresso Nacional.

Diferentemente dos demais Ministros, Lewandowski não se perfilou aos pressupostos filosóficos kantiano ou à ética utilitarista, tendo fundamentado o seu voto, em realidade, na ilicitude de se criar “normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana.”³⁰⁴, destacando a impossibilidade de se realizar, *in casu*, interpretação conforme a Constituição.

Assim, não sendo cabível a interpretação dos dispositivos que incriminam o aborto de feto anencefálico, a fim de que essa conduta não seja imputada penalmente, o Ministro não dispôs a respeito da aplicabilidade do princípio dignidade humana, o qual poderia denotar a corrente filosófica utilizada na fundamentação.

O Min. Gilmar Mendes tampouco apresentou fundamentação alicerçada, substancialmente, nos pressupostos filosóficos kantiano e utilitarista. Exarou a impropriedade de se analisar a temática, sob o enfoque da ponderação entre “a dignidade humana da mulher em detrimento do feto”³⁰⁵, visto que considerou que esse postulado não é apto “a desconstruir uma opção política do legislador que, *prima facie*, contempla esses mesmos valores, todavia, em perspectiva distinta da veiculada na inicial.”³⁰⁶

Com efeito, a linha argumentativa adotada pelo Ministro pauta-se por uma interpretação evolutiva do Código Penal, segundo a qual a anencefalia é causa excludente da ilicitude do aborto, haja vista a impossibilidade do legislador de 1940 tê-la previsto. Subsidiariamente, aludiu à necessidade de o Ministério da Saúde regulamentar, adequadamente, o reconhecimento da anencefalia, a fim de que as gestantes de fetos anencefálicos possam fazer “boa utilização da autonomia da vontade individual, com o intuito de permitir que tomem, com consciência e segurança, qualquer decisão sobre o tema tão delicado.”³⁰⁷

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 245.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 289.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 290.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 297.

Desse modo, constata-se que, embora o Min. Gilmar Mendes tenha julgado procedente o pedido, o ponto fulcral de sua argumentação não diz respeito às éticas kantianas e utilitaristas, mas sim à possibilidade de se interpretar o Código Penal à luz dos avanços científicos que permitem o reconhecimento da anencefalia.

Por sua vez, o Min. Cezar Peluso julgou improcedente a ação, referindo-se, precipuamente à vedação legal à legitimação do aborto de feto anencefálico. Consignou que, havendo proibição jurídico-normativa, não se pode arguir quanto à aplicabilidade da liberdade e da autonomia da gestante, *in verbis*:

Não há como nem por onde cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, de resguardo à autonomia da vontade, quando esta se preordena ao indisfarçável cometimento de um crime. Não se concebe nem entende, em termos técnico-jurídicos, únicos apropriados ao caso, direito subjetivo de escolha, *contra legem*, de comportamento funestamente danoso à vida ou à incolumidade física alheia, e como tal, tido por criminoso.³⁰⁸

Nessa linha de raciocínio, considerou que, também, não há substrato legal ao pleito, haja vista que a totalidade das hipóteses, em que se permite o aborto, em razão de risco à gestante, já estão dispostas no Código Penal.

Secundariamente à argumentação dogmática, o relator dispôs que a vida deve ser protegida, a despeito do nível de desenvolvimento encefálico, sofrimento ou proximidade da morte. Sustentou que

[...] A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum aspecto, razão válida para obstar-lhe à continuidade. A ausência dessa perfeição ou potência, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta.³⁰⁹

Asseverou que a vida humana e a dignidade não podem ser relativizadas, devendo esses postulados serem aplicados, plenamente, aos fetos anencefálicos tão somente pelo fato de estarem vivos, independentemente da qualidade ou da duração de sua existência. A proteção a lhes ser concedida deve ser a mesma de qualquer outro ser humano. Desse modo, postulou que a disposição do feto

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 383.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 392.

importaria desconsiderar a sua condição de ser humano, tornando-o coisa e não sujeito de direito.³¹⁰

Exarou ainda a impropriedade de se realizar analogia do sofrimento da mulher à tortura, visto que o sofrimento adviria de “falha biológica na constituição do feto”³¹¹ e não de “inflicção proposital de sofrimento”³¹². Dessa forma, reputou egocêntrica a solução alvitada pelos demais Ministros, pois se “sobreporia ao sentido ético de respeito”³¹³ e degradaria a dignidade.

Face ao exposto, cumpre examinar, criticamente, o voto do Min. Cezar Peluso. Em primeiro lugar, observa-se que, conquanto não haja referência explícita a qualquer corrente filosófica, poder-se-ia afirmar *prima facie* que a fundamentação se coaduna à ética kantiana, em virtude dos argumentos que se remetem à dignidade humana.

Entretanto, calha destacar que a mera menção à dignidade humana não é suficiente para caracterizar determinado voto como consentâneo à filosofia kantiana. Kant, embora não tenha examinado a temática dos fetos anencefálicos, propugna a aplicação da fórmula da humanidade aos seres racionais, que tenham a capacidade de enunciar leis morais universalizáveis.

Desse modo, consoante interpreta Manninen³¹⁴, a supracitada fórmula, na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, não é extensível *ipso facto* a todos os indivíduos da espécie, mas tão somente àqueles que, por terem faculdades racionais, são capazes de agir em conformidade ao dever, sendo, portanto, fins em si mesmos.

Kant, na obra *Metafísica dos Costumes*, considera que o atributo “pessoa” refere-se à possibilidade de um ser racional ser livre, conquanto esteja submetido a leis morais. Allen Wood³¹⁵ afirma que Kant associa a personalidade à autonomia, na medida em que alguém tem a faculdade de enunciar leis morais, por meio da razão, a qual é o fundamento da dignidade.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 390.

³¹¹ *Ibid.*, p. 406.

³¹² *Ibid.*, p. 404.

³¹³ *Ibid.*, p. 406.

³¹⁴ MANNINEN, Bertha Alvarez. Are Human Embryos Kantian Persons?: Kantian Considerations in Favor of Embryonic Stem Cell Research. **Philosophy, ethics, and humanities in medicine**: Londres, v. 4, n. 3, Seção Especial p. 1-16, Jan. 2008. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2263072/> Acesso em: 07/07/2015.

³¹⁵ WOOD, A. **Kant's Ethical Thought**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p. 240.

Nesse sentido, Manninen³¹⁶ conclui que

[...] According to Kant, 'humanity' is also a predisposition or a capacity, rather than a species denotation, and it refers to the rational faculties of a person, the ability that persons possess to follow self-imposed ends. [...] the reason why it is *humanity* that must be treated as an end in itself is because Kant emphasizes that it is rational nature *simpliciter*, not rational nature being exercised in a certain manner, that must be respected.

De acordo com essa interpretação da teoria kantiana, o pertencimento à espécie humana não é suficiente para atribuir a dignidade, mas sim a capacidade racional, ainda que não essa seja exercida.

A partir dessas considerações, verifica-se que a alusão à dignidade como ínsita à vida dos seres humanos, a despeito de quaisquer considerações qualitativas, não se conforma à ética kantiana, em que o ser deve, ao menos potencialmente, ter a faculdade racional. Dessa forma, constata-se, após um exame aprofundado, que a associação *sic et simpliciter* entre vida e dignidade realizada pelo Ministro Cezar Peluso é estranha à filosofia kantiana, na medida em que se exige do indivíduo a capacidade racional; do contrário estaria destituído da possibilidade de discernir a moralidade dos atos.

Diante do exposto, conclui-se que, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n°. 54/DF, a linha argumentativa utilizada tanto pelo voto vencedor e condutor do acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio quanto pelos votos das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia alicerça-se, precípua e explicitamente, em pressupostos filosóficos kantianos, vez que consignaram a admissibilidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, sob o fundamento de que respeitar a decisão da mulher acerca da manutenção ou não da gravidez importa no reconhecimento da autonomia, liberdade e dignidade da gestante. Caso esta fosse compelida à continuidade da gravidez ou à doação dos órgãos dos fetos anencefálicos, poder-se-ia inferir que a conduta da mulher estaria privada de qualquer valor moral, haja vista que aquela agiria, prevalentemente, em

³¹⁶ MANNINEN, Bertha Alvarez, *op. cit.*, p. 2. Em tradução livre: “[...] De acordo com Kant, ‘a humanidade’ é, também, uma pré-disposição ou capacidade, antes de uma qualidade da espécie e se refere às faculdades racionais de uma pessoa, à faculdade que as pessoas possuem de observar fins impostos a si mesmas. [...] a razão, pela qual é a humanidade que deve ser tratada como um fim em si mesma é porque Kant enfatiza que é a natureza racional *simpliciter*, não a natureza racional exercida de certo modo que deve ser respeitada.”

conformidade com a heteronomia, isto é, de acordo com imperativos hipotéticos, a exemplo de se evitar o sancionamento da conduta.

Os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Celso de Mello, embora não se refiram explicitamente à filosofia kantiana, coadunam-se às principais concepções filosóficas dessa, quais sejam o reconhecimento da liberdade, autonomia e dignidade dos seres racionais, o que, *in casu*, implicou a possibilidade de a gestante, *sponte propria*, optar pela interrupção da gravidez de feto anencefálico, sem a necessidade de autorização dessa conduta pelo Poder Judiciário.

De outro vértice, os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes não se alinham aos pressupostos filosóficos kantianos ou utilitaristas, na medida em que consideraram que a temática deve ser resolvida, primacialmente, sob o enfoque estritamente legal.

Aquele primeiro reputou improcedente a ADPF, aludindo à impossibilidade de que o Supremo Tribunal Federal inove a ordem jurídica, criando *ex novo* causa excludente de ilicitude, quando, em realidade, o Congresso deveria tê-lo feito. Ao passo que Gilmar Mendes, conquanto tenha julgado procedente a arguição, pautou-se, prevalentemente, pela possibilidade de interpretação evolutiva dos dispositivos do Código Penal à luz dos avanços científicos.

Por fim, o Ministro Cezar Peluso considerou improcedente a ADPF, tendo arguido a impossibilidade de o Diploma Penal ser interpretado, consoante à autonomia da vontade. Secundariamente, consignou que o feto anencefálico faz jus à proteção do direito à vida e da dignidade, não obstante a qualidade ou duração de sua existência.

Conforme se observou, a supracitada argumentação, conquanto se refira à dignidade, não é consentânea com a interpretação da filosofia kantiana, segundo a qual se faz necessário que o indivíduo apresente desenvolvimento racional mínimo, a fim de que possa ser considerado sujeito moral e, por conseguinte, seja reconhecida a sua dignidade intrínseca, visto que o mero pertencimento à espécie não é suficiente para que o ser humano seja reputado como fim em si mesmo.

CONCLUSÃO

Esta monografia foi desenvolvida com o escopo de examinar o papel dos pressupostos filosóficos kantiano e utilitarista na fundamentação de decisões judiciais sobre temas que suscitaram questionamentos ético-jurídicos.

Para se alcançar esse objetivo, analisou-se, no primeiro capítulo, a concepção kantiana acerca do justo e do Direito. Observou-se que, segundo Immanuel Kant, a moralidade de certa conduta consiste em praticar determinada ação exclusivamente por dever e pelos motivos corretos, sem que se considere qualquer inclinação ou interesse ulterior, visto que esses, ao serem contingentes, não se coadunariam ao imperativo categórico.

Frisou-se o aspecto deontológico da ética kantiana, segundo o qual o valor moral de um ato independe de suas consequências, porquanto praticado conforme o dever. Deveras, os atos em conformidade com a moralidade podem ser expressos por imperativos categóricos, os quais são (i) aplicáveis a todos os indivíduos, isto é, são universalizáveis; (ii) podem ser enunciados pelos próprios indivíduos, em atenção à sua autonomia; e (iii) devem reputar os seres humanos como fins em si mesmos.

A partir dessas observações, constatou-se que o ser humano possui um valor absoluto, vez que é intrinsecamente digno, em razão de sua capacidade racional de, abstraindo os dados sensíveis, enunciar leis morais aplicáveis a todos os indivíduos. Nesse contexto, elucidou-se que a liberdade kantiana significa a capacidade de agir moralmente por meio de autolegislação.

Esclareceu-se que, segundo a filosofia kantiana, o Direito, em paralelismo à fórmula da autonomia moral, pode ser conceituado a partir de uma lei universal, segundo a qual cabe ao Direito estabelecer as condições para a coexistência ou limitação mútua entre arbítrios, de modo tal a preservar a liberdade de cada um. Examinou-se, outrossim, que, conquanto o Direito e a moralidade visem a assegurar a liberdade e a concretizar a justiça, distinguem-se, *inter alia*, no tocante ao móbil da ação e à forma da obrigação.

Isto posto, analisou-se, no segundo capítulo, o utilitarismo, como um conjunto heterogêneo de teorias alicerçadas no princípio da utilidade. Verificou-se que, sob a concepção utilitarista clássica de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, aquela estaria relacionada ao hedonismo; ao passo que, contemporaneamente,

John Harsanyi e Richard Hare postulam que a utilidade corresponde à satisfação das preferências dos indivíduos.

Enfatizou-se que a ética utilitarista apresenta um aspecto teleológico, na medida em que valora, moralmente, as ações, conforme as suas consequências, ou seja, não possuem importância moral *in abstracto*, devendo os atos, segundo o princípio do consequencialismo, serem avaliados de acordo com a utilidade dos resultados de determinada conduta.

Investigou-se que a concepção de liberdade consiste em praticar atos que afetem tão somente o próprio indivíduo. Neste contexto, destacou-se que o Direito deve se pautar pelo postulado da utilidade, sancionando apenas as condutas que importem danos a terceiros. Para tanto, enfatizou-se a classificação em ações de prudência, ações de beneficência e ações de proibidade, salientando que aquelas duas primeiras modalidades, ao não importarem em prejuízo a outrem, quando muito ao próprio indivíduo, não devem ser restringidas pelas normas jurídicas.

Inventariaram-se, ademais, as críticas de que a ética utilitarista, ao preceituar a maximização da utilidade, seria inaplicável no âmbito jurídico, em razão da inexistência de um instrumental teórico capaz de proteger os direitos e da diminuta importância atribuída à dignidade humana. Face a essas objeções, ressaltou-se, consoante Hare, que, em casos simples, o utilitarismo das regras e a moralidade comum conduzem a conclusões semelhantes; ao passo que, em complexas situações morais, a ética utilitarista, sobretudo o utilitarismo dos atos, não apresentaria argumentos robustos para a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Com fulcro nas considerações expendidas nos capítulos anteriores, impende destacar, à guisa de conclusão, os pressupostos filosóficos predominantes nas decisões relativas à pesquisa com células-tronco embrionárias e à interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Calha ressaltar, todavia, que a prevalência de determinado pressuposto não exclui a existência de outros, os quais podem ter sido adotados, em menor grau de importância, ou apenas terem sido tangenciados.

Constatou-se que, no julgamento da ADI nº. 3.510/DF, a linha argumentativa utilizada tanto pelo voto vencedor e condutor do acórdão da lavra do Ministro Ayres Britto quanto pelos votos das Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia alicerçou-se, precipuamente, em pressupostos utilitaristas, reputando improcedente o pedido.

As concepções utilitaristas respaldaram o raciocínio de que a utilização das células-tronco em experimentos científicos maximizaria o bem-estar geral (princípio

da utilidade), promovendo as melhores consequências em face de suas alternativas (princípio do consequencialismo), na medida em que, (i) devido ao aspecto totipotente dessa tipologia celular, o seu estudo poderia ensejar novos tratamentos contra patologias e, por conseguinte, a minoração do sofrimento de milhares de indivíduos; (ii) a manipulação científica das sobreditas células seria mais útil em relação ao seu descarte; (iii) os embriões (ou pré-embriões, de acordo com a exposição da Min. Ellen Gracie) estariam privados do elemento dor-sofrimento, em contraposição ao infortúnio de indivíduos portadores de enfermidades; e (iv) as células-tronco embrionárias não apresentariam um valor intrínseco, mas relacionado, circunstancialmente, ao fim a que se destinam.

A partir destes fundamentos, percebe-se que a jurisprudência limitou-se a fundamentos consentâneos com o utilitarismo clássico, sem que, no entanto, fizesse referências às modalidades contemporâneas da filosofia utilitarista, a exemplo do utilitarismo das preferências, nas quais não mais se adota uma perspectiva hedonista, haja vista a impossibilidade de mensuração dos estados sensoriais dos indivíduos, a exemplo do sofrimento. Com efeito, critica-se, hodiernamente, a possibilidade de comparação em uma escala de utilidade de estados mentais, a exemplo do sofrimento advindo de patologias.

Os votos dos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Eros Grau, embora não tenham se referido explicitamente à filosofia utilitarista, coadunaram-se às principais concepções filosóficas dessa, em especial à noção de que se deve minorar o sofrimento de outrem. Neste contexto, o reconhecimento de que as pesquisas com células-tronco embrionárias poderiam ser proveitosas ao desenvolvimento de tratamentos de patologias está em conformidade com a referida ideia utilitarista.

Salienta-se que a prevalência de determinados pressupostos filosóficos em um voto não exclui a existência de outros, mas, antes, demonstra a existência de uma pluralidade de valores, própria de um Estado Democrático de Direito, a respeito de temática que enseja questionamentos ético-jurídicos. Pode-se exemplificar essa proposição, referindo-se ao voto da Ministra Cármen Lúcia, cuja fundamentação conjugou aspectos das éticas utilitarista e kantiana, notadamente ao enunciar os princípios que devem nortear as pesquisas científicas.

Ademais, calha destacar que a simples menção ou referência a determinado conceito específico de uma tradição do pensamento não conduz, necessariamente,

à conclusão de que a decisão se pauta pelo pressuposto filosófico respectivo. Deveras, o uso de determinada noção pode não ter sido empregado em conformidade e com a devida precisão à corrente filosófica a que se faz referência. Pode-se exemplificar essa assertiva com a alusão ao voto da Ministra Cármen Lúcia, em que, conquanto tenha consignado, referindo-se à ética kantiana, que a dignidade da célula-tronco embrionária consistiria na própria pesquisa, esse argumento não condiz com a sobredita corrente filosófica.

Verificou-se que a adoção de pressupostos filosóficos kantianos, conforme se depreendeu a partir dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, também poderia conduzir à improcedência da ação, conquanto tenham feito algumas ressalvas, no que se refere a permitir as pesquisas científicas, desde que não importassem na morte ou no comprometimento do desenvolvimento do embrião.

Observou-se ainda a existência de imprecisões conceituais, em especialmente em relação ao voto do Ministro Menezes Direito, o qual dispôs que a filosofia utilitarista não deve se sobrepor aos valores éticos e que seria incompatível com a dignidade humana. Essas proposições, hauridas do senso comum, não se compatibilizam à Filosofia do Direito, segundo a qual as correntes utilitaristas (i) não se contrapõem à ética, mas consistem em uma espécie dessa, possuindo concepções próprias acerca do justo e do Direito e (ii) não refutam, abstratamente, a dignidade, podendo admiti-la, em situações concretas, quando essa promover um incremento da utilidade ou do bem-estar geral.

Isto posto, verificou-se que, no julgamento da ADPF n.º. 54/DF, a linha argumentativa utilizada tanto pelo voto vencedor e condutor do acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio quanto pelos votos das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia alinhou-se, precipuamente, aos pressupostos filosóficos kantianos. Com efeito, constatou-se que estes Ministros inclusive transcreveram trechos relativos à respectiva tradição filosófica, demonstrando uma maior familiaridade do Supremo Tribunal Federal com a filosofia kantiana, quando comparada ao julgado anterior, em que, embora prevalecesse a ética utilitarista em diversos votos, não se fez referência a qualquer autor ou obra dessa tradição do pensamento.

As concepções kantianas respaldaram que os sobreditos Ministros reputassem procedente a ação, na medida em que se consignou que (i) se respeita a decisão da gestante acerca da manutenção ou não da gravidez, a fim de que essa não seja instrumentalizada, mas seja reconhecida como fim em si mesma, haja vista

a sua autonomia, a liberdade e a dignidade; (ii) o feto anencefálico, ao estar destituído de atividades cognitivas e racionais, não é capaz de enunciar leis morais ou discernir a moralidade dos atos, de modo que não se lhe aplica o postulado da dignidade ou a fórmula da humanidade; (iii) compelir a gestante à manutenção da gravidez, a fim de doar os órgãos, coisificaria a mulher, visto que seria instrumentalizada à consecução de um fim alheio ao dever; e (iv) o Direito, consoante a fórmula kantiana da lei universal, deve preservar a liberdade dos indivíduos de escolher seus valores, para que o agir humano não seja sobrepujado pelo livre arbítrio de outrem.

Os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Celso de Mello, embora não se refiram explicitamente à filosofia kantiana, coadunaram-se às principais concepções filosóficas dessa, quais sejam o reconhecimento da liberdade, autonomia e dignidade dos seres racionais, o que, *in casu*, implicou a possibilidade de a gestante, *sponte propria*, optar pela interrupção da gravidez de feto anencefálico, sem a necessidade de autorização dessa conduta pelo Poder Judiciário.

Não obstante os supracitados votos tenham se coadunado à filosofia kantiana, observou-se, secundariamente, a existência de argumentos que poderiam esteiar-se na ética utilitarista, quais sejam (i) o Ministro Marco Aurélio asseverou que, sendo a gravidez um acontecimento no corpo da mulher, essa deveria decidir a respeito da interrupção, sem que haja a imposição ou o sancionamento de determinada conduta pelo Estado, fundamentação esta que se aproxima da delimitação benthaminiana entre os âmbitos da legislação e da ética privada; (ii) a Ministra Cármen Lúcia exarou que tanto a interrupção quanto a manutenção da gestação importariam em sofrimento, sendo necessário optar por aquele que resulta em menor dor, argumento este em que subjaz a ideia de cálculo hedônico; e (iii) a Ministra Rosa Weber exarou que a criminalização da interrupção da gestação de feto anencefálico deve observar os benefícios e os custos decorrentes do sancionamento legal, raciocínio este que se aproxima do pensamento de Bentham, segundo o qual é despicienda a sanção legal, quando essa não for proveitosa, mas prejudicial à felicidade geral.

Impende ressaltar que, em ambas as decisões, parte dos argumentos fulcrados na dignidade humana não se conformaram à teorização kantiana. Embora Kant tenha contribuído ao desenvolvimento desse conceito filosófico, buscou-se

demonstrar que nem todas as referências à dignidade estariam baseadas no pressuposto filosófico kantiano. Deveras, a afirmação da Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI nº. 3.510/DF, de que o único fim possível às células tronco-embrionárias, quando não mais destinadas à fertilização, é a pesquisa destoa da ética kantiana. Tampouco a inteligência do Ministro Cezar Peluso, o qual considerou improcedente a ADPF nº. 54/DF, sob o fundamento de que o feto anencefálico faz jus à proteção do direito à vida e da dignidade, não obstante a qualidade, a duração ou capacidade racional do feto, se harmoniza à filosofia kantiana.

Cumpra advertir, por fim, que os julgados em comento não apresentaram tão somente argumentos de ordem filosófica; entretanto, tendo em vista o escopo da presente monografia, ressaltaram-se, quando existentes, os fundamentos que se esteiaram na Filosofia do Direito. Com efeito, em relação à ADI nº. 3.510/DF, os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, conquanto tenham reputado improcedente o pedido, não destacaram argumentos de ordem filosófica. No concernente à ADPF nº. 54/DF, os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski tampouco se alicerçaram, substancialmente, em fundamentações filosóficas, tendo aquele primeiro julgado procedente o pedido, diferentemente deste último. Com isso, verifica-se que apenas minoritariamente a resolução dos referidos temas sensíveis pautou-se estritamente pela dogmática, prescindindo de embasamento filosófico.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia**: Fundamento da dignidade em Kant. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: Aristoteles, texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ARISTÓTELES. **Metafísica** (I e II). Trad. Marcelo Perine, da versão italiana de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2002. v. 1.

ÁVILA, José Manuel Bermudo. Bentham: a ciência do legislador. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

BARCON, Jaime; BARRAGAN, Julia; GRIFFIN, James; HARSANYI, John. **Ética y política de la decisión pública**. Caracas: Ed. Angria, 1993.

BARRETTO, Vicente de Paulo; MOTA, Maurício. **Por que estudar Filosofia do Direito?** Aplicações da Filosofia do Direito nas decisões judiciais. Brasília: ENFAM, 2011. v. 1.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **The classical utilitarians**: Bentham and Mill. Introdução de John Troyer. Indianopolis: Hackett Publishing Company, 2003.

BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. **Kant, Rawls e o utilitarismo**: justiça e bem na filosofia política contemporânea. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 29/05/2008. O inteiro teor do acórdão encontra-se disponível, sob o endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> Acesso em: 06/07/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/04/2012. O inteiro teor do acórdão encontra-se disponível, no repositório oficial, sob o endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>
Acesso em 07/07/2015.

BRICHAL, Telma; FRIAS, Lincoln. Aborto de fetos anencéfalos. **Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral**, Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19-30, Jun. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. Ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BRITO, José de Souza e. É o princípio da utilidade racional? In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

BRITO, José de Souza. Right, duty and utility: from Bentham to Kant and from Mill to Aristotle. **Τελος Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas**, Santiago de Compostela, vol. XVII, n. 2, p. 91-105, 2010.

CARVALHO, Maria Cecília M. de. Levando J. S. Mill a sério: direitos e deveres em uma sociedade feliz. In: ALMEIDA, Custódio; CIRNE-LIMA, Carlos (Orgs.). **Nós e o Absoluto**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

CARVALHO, Maria Cecília M. de. O utilitarismo, os direitos e os deveres morais. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

CRIMMINS, James. E. Bentham and the utilitarianism in the early nineteenth century. In: EGGLESTON, Ben; MILLER, Dale E. (Orgs.). **The Cambridge companion to utilitarianism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

COVAS, Dimas Tadeu; ZAGO, Marco Antonio. **Células-tronco, a nova fronteira da medicina**. São Paulo: Atheneu, 2006.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. **Uma reconstrução racional da concepção utilitarista de Bentham**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética**. São Paulo: Loyola, 2003.

FAGOT-LARGEAUT, Anne. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 227-245, Aug. 2004.

FARRELL, Martin Diego. Os utilitarismos possíveis e a máquina da felicidade. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

GALVÃO, Pedro. Introdução. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2011.

GALVÃO, Pedro. Introdução. In: MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Porto Editora, 2005.

GEHRINGER, Renato Maltoni; VON ZUBEN, Newton Aquiles. **Bioética e Células Tronco**. Disponível em: https://www.puc-campinas.edu.br/websist/portal/pesquisa/ic/pic2010/resumos/2010917_10516_305556111_resESU.pdf Acesso em 07/07/2015.

GRIFFIN, James. **Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

GUISÁN, Esperanza. Utilitarismo, Justiça e Felicidade. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

GUYER, Paul. (Org.). **The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HARE, R.. **Moral Thinking**. Its Levels, Method and Point. Oxford: Oxford University Press, 1981.

HARSANYI, J. Morality and the theory of rational behavior. In: SEM, A.; WILLIAMS, B. (Orgs.). **Utilitarianism and beyond**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982

HOFFE, Otfried. **Principes du droit**. Paris: Editions du Cerf, 1993.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, v. 8.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. 9. ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals**. New York: Dover Publications, 2005.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes parte II**: Princípios metafísicos da doutrina da virtude. Lisboa: Edições 70, 2004.

LEITE, Flamarion Tavares. **O conceito de direito em Kant**: (na metafísica dos costumes). São Paulo: Icone, 1996.

LICKISS, Norelle; MALPAS, Jeff. **Perspectives on Human Dignity**: A Conversation. Doordrecht, Holanda: Springer, 2007.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. [Florianópolis, SC]: Conceito, [2006].

MANNINEN, Bertha Alvarez. Are Human Embryos Kantian Persons?: Kantian Considerations in Favor of Embryonic Stem Cell Research. **Philosophy, ethics, and humanities in medicine**: Londres, v. 4, n. 3, Seção Especial p. 1-16, Jan. 2008. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2263072/> Acesso em: 07/07/2015.

MILL, John Stuart. **A Liberdade/Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Lisboa: Porto Editora, 2005.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963. Livro II.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. 2. Ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito civil pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e Teoria do fato jurídico na pós-modernidade.** Belo Horizonte, MG: Escola Superior Dom Hélder Câmara, 2010.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia.** Oxford: Basil Blackwell, 1974.

PARFIT, Derek. **Reasons and Persons.** Oxford: Clarendon Press, 1984.

PELUSO, Luis Alberto. (Org.). **Ética e Utilitarismo.** Campinas: Alínea, 1998.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **O primado da razão prática em Kant.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REICH, Jens. G. Embryonic stem cells. The debate in Germany. **Science**, Nova Iorque, v. 296, p. 265-265, 2002.

REIS, Sérgio Neeser Nogueira. **Limitações jurídicas às pesquisas em células-tronco embrionárias.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade.** 2. Ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa.** 6ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves. **Utilitarismo e justiça distributiva.** Uma defesa da tese de J. S. Mill. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista.** Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SCHNEEWIND, Jerome B. Why study Kant's ethics. In: WOOD, Allen W. **Groundwork for the Metaphysics of the Morals**: Immanuel Kant. New Haven e Londres: Yale University Press, 2002.

SCHÖNECKER, Dieter; WOOD, Allen W. **A “Fundamentação da Metafísica dos Costumes de Kant”**: um comentário introdutório. Tradução: Robinson dos Santos, Gerson Neumann. - São Paulo: Edições Loyola, 2014.

SCHRAMM, Fermin R.; SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 6, nº 1, p. 15-23, 1998.

SEM, A.; WILLIAMS, B. (Orgs.). **Utilitarianism and beyond**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SIEGAL, Laura V. **Philosophy and Ethics: New Research**. Nova Iorque: Nova Scientia, 2006.

SIMÕES, Mauro Cardoso. Hare's preference utilitarianism: an overview and critique. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 36, n. 2, p. 123-134, Aug. 2013.

SIMÕES, Mauro Cardoso. John Stuart Mill: utilitarismo e liberalismo. **Revista Veritas**, Porto Alegre, v. 58, n. 1, p. 174-189, Jan./ Abr. 2013.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

SMART, J. J. C.; WILLIAMS, Bernard. **Utilitarianism for & against**. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

TASSET, José Luis. Hume e o utilitarismo: convergências e discrepâncias. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

TERRA, Ricardo. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

VITA, A. de. **A Justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000.

WEBER, Thadeu. Direito e justiça em Kant. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, p. 38-47, Jan./Jun. 2013

WEST, Henry. **An Introduction to Mill's Utilitarian Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

WOOD, Allen W. **Groundwork for the Metaphysics of the Morals**: Immanuel Kant. New Haven e Londres: Yale University Press, 2002.

WOOD, Allen W. **Kantian Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

WOOD, Allen W. **Kant's Ethical Thought**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

WOOD, Allen W. The Supreme Principle of Morality. In: GUYER, Paul. (Org.). **The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.