



UFRRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL
DO RIO DE JANEIRO

IEC
INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

RDPCC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ

Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, IEC



RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 01 | Volume nº 01 | Edição Nº 02 | Jul/Dez 2017
Año nº 01 | Volumen nº 01 | Edición Nº 02 | Jul/Dec 2017

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Editores-Chefes | Editores-Jefes:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:

Alberto Raphael Ribeiro Magalhães

Amanda Pinheiro Nascimento

Bruno Teixeira Marcelos

Camila Pontes da Silva

Gabriela Rabelo Vasconcelos

Leonardo Barreto Bastos

Marcos Costa Leite

Renato Barreto Bastos

Diagramação | Diagramación:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.



Revista de Direito Público Contemporâneo

Revista de Derecho Público Contemporáneo

Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional International Editorial Board

Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa.
Sra. Maria de Los Angeles Fernández Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha.
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional National Editorial Board

Sra. Ana Paula de Barcellos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, Niterói.
Sr. Emerson Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, Curitiba.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília.
Sr. Gustavo Binenbojm, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Jane Reis Gonçalves, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. José Ribas Vieira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro.
Sr. Patrícia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, Curitiba.
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.
Sra. Maria de Los Angeles Fernández Scagliusi, Universidad de Sevilla, Espanha.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, Niterói.
Sr. José Ribas Vieira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro.
Sra. Patrícia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, Curitiba.
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria.

Editores-Chefes | Editor-in-Chief

Sr. Emerson Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.

Revista de Direito Público Contemporâneo

Journal of Contemporary Public Law

Sumário:

APRESENTAÇÃO Emerson Affonso da Costa Moura e Alexander Espinoza Rausseo	005
DE VOLTA À TEORIA DA TRIBUTAÇÃO Paulo Corval	006
UM NOVO EFEITO “BUMERANGUE”: O CASO VLADIMIR HERZOG E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos	034
A FELICIDADE COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO EM UM ESTADO SOCIAL Emerson Gabardo	058
RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: DIFICULDADE DE DELIMITAÇÃO DE CONTORNOS E PARÂMETROS NO CONTEXTO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS Paulo Ricardo Schier	111
O JEITINHO BRASILEIRO, O HOMEM CORDIAL E A IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVA: ENCONTROS E DESENCONTROS NA NAVEGAÇÃO DA MÁQUINA PÚBLICA BRASILEIRA Joaquim Leonel de Rezende Alvim e Tiago de García Nunes	120
EL NECESARIO CAMBIO DE CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO ANTE SU ESCASO EMPLEO EN LA PRÁCTICA María de los Ángeles Fernández Scagliusi	141

Resumen:

PRESENTACIÓN Emerson Affonso da Costa Moura y Alexander Espinoza Rausseo	005
DE VUELTA A LA TEORÍA DE LA TRIBUTACIÓN Pablo Corval	006
UN NUEVO EFECTO "BUMERANGUE": EL CASO VLADIMIR HERZOG Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos	034
LA FELICIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DESARROLLO EN UN ESTADO SOCIAL Emerson Gabardo	058
RESERVA DEL POSIBLE Y MÍNIMO EXISTENCIAL: DIFICULTAD DE DELIMITACIÓN DE CONTORNOS Y PARÁMETROS EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Pablo Ricardo Schier	111
EL JEITINHO BRASILEÑO, EL HOMBRE CORDIAL Y LA IMPESOALIDAD ADMINISTRATIVA: ENCUNTROS Y DESENCUNTOS EN LA NAVEGACIÓN DE LA MÁQUINA PÚBLICA BRASILEÑA Joaquín Leonel de Rezende Alvim y Tiago de García Nunes	120
EL NECESARIO CAMBIO DE CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO ANTE SU ESCASO EMPLEO EN LA PRÁCTICA María de los Ángeles Fernández Scagliusi	141

A FELICIDADE COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO EM UM ESTADO SOCIAL

HAPPINESS AS A FOUNDATION OF DEVELOPMENT IN A SOCIAL STATE

Emerson Gabardo²¹

RESUMO: O artigo tem como objetivo a inclusão da ideia de felicidade como fundamento do desenvolvimento humano em um Estado social. Contesta a possibilidade da subsidiariedade poder ser um critério compatível com o ideal desenvolvimentista do Estado social. Analisa o ordenamento jurídico brasileiro e faz algumas considerações a respeito do princípio da subsidiariedade no ambiente europeu. Explica que o constitucionalismo social não pode restringir os deveres do Estado à garantia de dignidade. Diferencia a felicidade subjetiva da felicidade objetiva. Analisa a ideia de felicidade objetiva em duas perspectivas: a jurídica e a política. Conclui que apenas a felicidade objetiva é considerada critério determinante dos fins do Estado social, pois implica a garantia do máximo de bem-estar para as pessoas enquanto a dignidade compreende apenas a garantia do mínimo existencial.

PALAVRAS-CHAVES: Felicidade, Desenvolvimento, Estado social, Interesse público, Subsidiariedade.

ABSTRACT: The article aims to include the idea of happiness as the foundation of human development in a social State. Contradicts the possibility of the subsidiarity as a consistent criterion for the welfare state. It analyzes the Brazilian legal system and it makes some considerations regarding the principle of subsidiarity in the European system. The text explains that the social constitutionalism cannot restrict the duties of the State in the exclusive sense to offer dignity. It differentiates the subjective happiness of the objective happiness. It examines the idea of objective happiness in two perspectives: the law and politics. It concludes that only objective happiness is considered criterion to the purposes of the social State, because it implies the maximum guarantee of well being to the people while the dignity applies only to the existential minimum guarantee.

KEYWORDS: Happiness, Development, Welfare State, Public interest, Subsidiarity.

²¹ Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

1. O DESENVOLVIMENTO COMO FELICIDADE: PARA ALÉM DA SUBSIDIARIEDADE

O Estado subsidiário surge como alternativa ao Estado de bem-estar social, restringindo a atuação do Poder Público sem deixar de reconhecer as mazelas do mundo e procurando uma solução para o problema por intermédio da conscientização da sociedade, entendida como uma composição de indivíduos e pequenos grupos, tais como a família. A ideia nuclear desta proposição resulta de uma forte aproximação do valor “dignidade” ao valor “liberdade pessoal”. Ou seja, é digno quem possui as condições mínimas para ser livre e usa da sua capacidade para o exercício de tal liberdade. Ao Estado caberia, então, somente a garantia desta “dignidade-liberdade”. Silvia Faber Torres resume bem esta perspectiva quando explica que por meio da subsidiariedade “concebe-se a ação do Poder Público não como uma garantia prévia de felicidade a todos”, mas sim como um meio de garantia secundária. Afinal, o Estado somente deve fornecer uma espécie de “ajuda” aos indivíduos para que eles extraiam bons frutos de sua autonomia.²²

Não há como aceitar esta visão restritiva do papel do Estado; ao menos não de um Estado cujo modelo seja o de bem-estar e cujos postulados fundamentais sejam pautados por um conjunto de princípios republicanos. As atividades do Estado, predominantemente as administrativo-prestacionais, não têm por fundamento apenas uma ideia de “auxílio social”.

Ainda que não seja um papel fácil e mesmo tendo que se contrapor a uma realidade muitas vezes refratária às tentativas normatizantes, o dever ético dos operadores do Direito de não olhar o sistema constitucional de forma reducionista é inafastável. Como bem coloca Romeu Felipe Bacellar Filho, o caráter público “do interesse perseguido pela Administração deriva da ideia de República, no sentido de Bodin e Kant, como ‘coisa pública’ e que hoje significa comunidade ou coletividade política”. Cabe, portanto, aos juristas “buscar novos instrumentos de efetivação deste

²² TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 14.

ideal”.²³ Ideal republicano este que ultrapassa os aspectos institucionais. Renato Janine Ribeiro ressalta com adequação que até mesmo “a monarquia diz-se república enquanto alega ter por fim o bem público”. Isso significa que o caráter republicano distingue-se pelos meios e não pelos fins. Trata-se de um modelo que não visa o bem comum sob quaisquer meios. O regime republicano é aquele que se caracteriza pelos “meios republicanos”, tais como igualdade, liberdade e fraternidade, além de consagrar a transparência como uma das suas maiores virtudes.²⁴

Talvez a dificuldade em aceitar um papel ativo e ótimo na realização da “coisa pública”, ao menos no Brasil, decorra da própria “dificuldade brasileira em viver a República”. Do ponto de vista das mentalidades é fácil identificar que os próprios brasileiros se concebem como ótimos indivíduos, mas como maus cidadãos ou governantes.²⁵ E em assim sendo, por um lado não parece ter grande significância a participação política e, por outro, o aumento da estrutura e das atividades ligadas ao Estado é perenemente deslegitimado. Daí a própria desimportância da atividade política, que entendida como um “mal necessário”, passa a ser exigida como mínima, revertendo-se o processo civilizacional que redundou na atribuição aos governantes da tarefa de cumprirem seu encargo como uma “função”, ou seja, como uma atividade de que não possuem disposição e, em assim sendo, pauta-se pelo dever máximo: a felicidade daqueles sob os quais incidirão os efeitos dos atos praticados.

Neste quadro, mais do que novas respostas institucionais; mais do que reformas jurídicas; torna-se necessária uma verdadeira revolução no plano das mentalidades, condicionada pelo reconhecimento de princípios cuja força normativa, se aceita, não pode ser desconsiderada. Reafirmar as tarefas não cumpridas pela modernidade; lembrar as suas promessas. Eis a nova utopia constitutiva do modelo de Estado social contemporâneo e que guarda correspondência com o sistema constitucional estabelecido.

Neste contexto, sem dúvida, os temas da subsidiariedade e do desenvolvimento estão fortemente imbricados (ainda que em relação inversamente

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 46.

²⁴ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 106-107.

²⁵ RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social ...** Op. cit., p. 159.

proporcional). É compreensível a ênfase que foi sido conferida ao seu estudo no final do século XX, tanto em países de estrutura organizativa estatal tradicional (como o Brasil), quanto em entidades supranacionais heterodoxas (como a União Européia). Peculiaridade interessante é que, em regra, estes dois temas centrais do Direito público e da teoria do Estado atuais não são tratados em conjunto. Aliás, é difícil encontrar estudos que promovam uma interligação entre os assuntos; ao menos expressa e deliberadamente, pois de forma ao menos implícita eles compõem um ambiente prático indissociável. Isso ocorre na medida em que, se as organizações políticas contemporâneas tomaram o desenvolvimento (sua conquista ou manutenção) como objetivo político instrumental fundamental, um dos principais meios para a sua realização passou a ser o princípio da subsidiariedade. O que não significa que esta seja realmente a única possibilidade, ou mesmo a melhor; mesmo assim, sem dúvida é a posição recorrentemente aceita pelas comunidades científica, política e jurídica contemporâneas – em que pese certa mudança de perspectiva após a crise de 2008.²⁶

Sendo assim, torna-se interessante, como preliminar de discussão, efetuar uma tentativa de verificação do significado jurídico da ligação entre desenvolvimento e subsidiariedade, pois a doutrina nacional ainda está bastante atrasada na teorização sobre a matéria. Na Europa, esta discussão, que já é antiga e central, na segunda década do século XXI passa a legitimar com mais força um movimento de reação à ação centralizadora da União supranacional – inclusive possibilitando a saída de seus integrantes (o caso Brexit bem demonstra este fenômeno).²⁷

As questões da subsidiariedade e do desenvolvimento são típicas de uma discussão perene na teoria do Estado e que dizem respeito à centralização e à descentralização de competências funcionais e sua eficiência na melhoria das

²⁶ Segundo Onofre A. Batista Júnior, “o neoliberalismo vinha perdendo sua força, mas, em outubro de 2008, entrou em colapso, provocando uma crise financeira gravíssima nos países centrais, em especial, nos EUA”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro lado do Leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 60.

²⁷ Sobre a relação entre Brexit e o critério de subsidiariedade, merece destaque o Artigo de Adrian Pabst. Cf.: PABST, Adrian. **Brexit, Post-liberalism, and the Politics of Paradox**. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/47946122/Brexit__Post-liberalism_and_the_Politics_of_Paradox.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1497835389&Signature=jCUfEKy8X9EGX17aXG5cMQI7gWQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DBrexit_Post-liberalism_and_the_Politics.pdf> Acesso em: 18 jun. 2017.

condições de vida da sociedade destinatária da atuação política institucional – o que implica inevitáveis discussões sobre nacionalismo, relativismo cultural, exclusão social, migração, entre outros temas concernentes. Para tanto se torna interessante abordar a questão ligando-a a outras duas ideias que são importantes para a extração de quaisquer conclusões relevantes: a de dignidade (noção recorrente da atualidade) e a de felicidade (que ainda precisa de uma melhor abordagem a partir de uma teoria dos princípios).

Em estruturas semifederativas como a da União Européia, a questão assume uma importância muito mais elevada que em regimes federativos fracos como é o brasileiro (de forte tendência unitarista). Mas isso não implica que, do ponto de vista do conhecimento teórico subjacente à práxis da relação entre desenvolvimento e subsidiariedade, seja impossível ou inadequado tratar do assunto de maneira uniforme. Ou seja, excluídas por uma questão metodológica as óbvias distinções entre os sistemas políticos nacionais e supranacionais, é possível buscar um núcleo comum de análise da questão. Isso ocorre, principalmente, na temática específica do desenvolvimento,²⁸ que durante o século XX foi pauta constante de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas – ONU, além de compor o cenário de discussão político-econômica mais importante do século passado para todos os Estados nacionais autodeterminados.

Na análise da relação entre subsidiariedade e desenvolvimento, podem-se colocar em pauta duas questões aparentemente distintas, mas que possuem o mesmo objeto: a manutenção do desenvolvimento e a conquista do desenvolvimento (como processo acabado). A implementação de um critério de subsidiariedade seria a melhor forma de as organizações políticas estabelecerem as competências político-jurídicas que lhe cabem, considerando estes dois objetivos? Tal critério é capaz de promover o visado afastamento das condições de desequilíbrio social, instabilidade política, comprometimento da democracia e má distribuição de renda, que são típicos do subdesenvolvimento? A resposta é negativa.

²⁸ Sobre o assunto, merecem destaque dois excelentes artigos: FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, pp. 63-91; e HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

É necessário ser efetuada uma intervenção estatal perene e programada, não só pensando no desenvolvimento como um todo, mas mesmo em questões específicas como a própria inovação (afinal, ao contrário do senso comum, o Estado tem sido fundamental para a evolução científica de impacto no último século).²⁹ Particularmente no Brasil esta é, inclusive, uma exigência do artigo 174 da Constituição Federal. Aquele que alguns autores denominam de “princípio do desenvolvimento”, mas que talvez deva ser mais bem entabulado como um “direito ao desenvolvimento”, justifica-se plenamente apenas quando se tem em vista que se trata de um meio apto à consecução de um objetivo maior: a felicidade. Logo, trata-se de um direito de caráter instrumental, assim como o de greve, por exemplo. Ele não se legitima por si mesmo, tendo natureza interdependente à sua finalidade (esta, sim, de caráter autolegitimado, pois compõe um valor protegido de forma material autônoma). Há uma tendência pós-Revolução Francesa de não considerar a felicidade social como valor máximo de justificação das finalidades do Estado. A partir do século XIX a liberdade acabou assumindo um protagonismo sem precedentes na filosofia política conhecida, ainda que aliada a outros valores, como a própria ideia de solidariedade, que acaba ganhando também um espaço sem precedentes entre os filósofos do século XX, a partir do período pós-guerras.³⁰

Se o desenvolvimento era um equivalente ao mero crescimento no período do liberalismo clássico, ele evolui para um conceito de forte componente socializador a partir do surgimento do Estado de bem-estar social. Isto não significa que há um abandono da ideia de liberdade como o valor maior que justifica o estabelecimento dos fins do Estado nacional. Ao contrário, nos países que adotaram o sistema econômico capitalista, a solidariedade acaba tornando-se um elemento agregado, de caráter complementar, que parece apenas ter justificado um modelo de Estado que foi de caráter excepcional e que a partir do século XXI tende a ser abandonado paulatinamente. Este abandono propicia a confirmação das opiniões dos autores pessimistas, que sempre apontaram o surgimento do *welfare state* apenas como um

²⁹ MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

³⁰ FIGUEIROA, Maximiliano; MICHELINI, Dorando. **Filosofía y solidaridad: estudios sobre Apel, Rawls, Ricouer, Lévinas, Dussel, Derrida, Rorty y Van Parus**. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2007.

instrumento de correção capitalista e proteção anticomunista.³¹ Não como um modelo conquistado pela pressão política de corpos intermédios da sociedade civil, como o operariado e os principais segmentos marginalizados.³²

A grande questão teórica que deve ser destacada neste ponto é justamente a predominância do valor liberdade como condicionante dos fins do Estado, ainda que a partir de variações bastante interessantes e modernizadas, como é a de Amartya Sen. Segundo o autor, talvez o principal teórico da temática, o desenvolvimento tem como escopo a remoção das principais fontes de privação da liberdade, como, por exemplo, “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.³³ Estendendo de forma radical a noção tradicional da expressão “liberdade”, o autor consegue traduzir o desenvolvimento como tal. Por conseguinte, inverte o sentido do desenvolvimento, que passa a ser primordialmente a consequência da liberdade, e não o contrário; ainda que reconheça a condição simultânea de meio e finalidade das liberdades indicadas (que, todavia, não perdem seu caráter fundante instrumental). É por intermédio deste raciocínio que são elencados cinco tipos de liberdades (portanto “liberdades-meio”): as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora.³⁴

É claro que a tese de Amartya Sen é muito importante para o cenário geopolítico típico da década de 1990. Seu enfoque na questão da distribuição de renda e sua recusa à tradição utilitarista anglo-americana acabam sendo (mesmo que inadvertidamente) uma fonte de resistência e contraposição do neoliberalismo típico

³¹ Exemplo de autor tipicamente pessimista é Eros Grau. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27.

³² Sabe-se que se este pessimismo é, por um lado, perfeitamente justificável, por outro, ele acaba traduzindo uma interpretação superficial da realidade, por ignorar ou marginalizar a importância dos movimentos sociais como motores de transformação da realidade. Excepcional trabalho demonstrativo desta importância é o de Maria Glória Gohn. Cf.: GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

³³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

³⁴ Segundo o autor “liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras”. Cf.: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Op. cit., p. 25.

do período.³⁵ Mas também tem o seu preço: a inversão da condição do desenvolvimento (que passa de meio para finalidade); a restrição da fundamentação legitimatória dos fins do Estado, que passa a ser pautada pela noção (ainda que ampliada) de liberdade; o afastamento da ideia de felicidade, o que, de certa forma, é coerente com sua recusa ao utilitarismo e sua incapacidade de aceitar a expressão fora desta tradição acadêmica de pensamento; e, ainda, o prestígio às critérios de oportunidade e igualdade e suas condições autônomas de legitimação dos fins do Estado.

Nesta perspectiva, acaba-se estabelecendo uma limitação tipicamente liberal, na medida em que é reduzido o objeto do desenvolvimento ao ideário da liberdade, cuja essência conceitual repousa em um inafastável aspecto de “negatividade” — afinal, ser livre é não possuir obstáculos à realização das ações desejadas. Ignora-se, assim, a esfera de positividade necessária ao desenvolvimento humano por intermédio de organizações políticas como o Estado nacional ou a União supranacional. Não que a teoria desenvolvimentista de Sen ignore esta perspectiva totalmente em termos materiais, o que pode ser verificado quando inclusa a ideia de “oportunidade” ao conceito de liberdade. Mas esta ressalva apenas afasta um liberalismo radical, admitindo um conteúdo que vem sendo contestado fortemente pela sociologia crítica contemporânea, que efetivamente vem desmascarando a “ideologia da igualdade de oportunidades” ao propor que ela esconde uma mentalidade elitista em que se justificam os privilégios a partir da categorização dos sujeitos como *winner*s ou *loser*s.³⁶ A partir desta representação foi fácil e interessante justificar durante muito tempo que os pobres eram em regra imorais, alcoólatras, corrompidos ou mínimo preguiçosos; agora seriam basicamente estúpidos ou pouco inteligentes — o que deve excluí-los naturalmente a partir da concorrência social.³⁷

Em termos simbólicos, é significativa a opção em ser valorizado o aspecto da

³⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Op. cit., p. 43.

³⁶ Conforme bem coloca Daniel W. Hachem: “Defende-se que ao Estado não incumbe uma função subsidiária nessa seara, limitada a proporcionar uma igualdade de oportunidades entre os indivíduos como ponto de partida; pelo contrário, a ele compete a implementação de políticas públicas de modo planejado, com vistas à redução das desigualdades entre as posições sociais existentes na realidade brasileira.” HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

³⁷ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 60.

liberdade dos homens e não de sua igualdade (ou felicidade). Amartya Sen acaba por refletir uma posição moral que se pauta por uma concepção relevante, porém subsidiária, do Estado em relação à sociedade; uma espécie de liberalismo fraco em que o desenvolvimento acaba muito mais ligado à ideia de que os homens devem possuir “condições mínimas de satisfação” do que “condições máximas de satisfação”. O organismo político desenvolvido acaba sendo aquele que conseguir oferecer o mínimo necessário para que a sociedade exerça plenamente sua liberdade. Em outras palavras, restringe-se o desenvolvimento à ideia de dignidade do homem, o que não é apropriado ao espírito presente no sistema constitucional típico do Estado de bem-estar social, construído no ocidente a partir do século XX e que tem em sua base a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo artigo 22 consagrou direitos que são “indispensáveis para a sua dignidade e livre desenvolvimento da personalidade”.³⁸

A dignidade é o ponto de partida para a justificação dos fins do Estado democrático contemporâneo.³⁹ O ponto de chegada é o “desenvolvimento da personalidade”, que compreende, necessariamente, a felicidade como determinante essencial da atuação do Estado. Um modelo de Estado social que garanta direitos fundamentais precisa superar a noção de dignidade rumo à de felicidade, a partir de uma sobreposição e não de abandono, pois não é possível, do ponto de vista jurídico-político, aceitar a ideia de um ser humano indigno, porém feliz.⁴⁰

Não é apropriada afirmar de que o Estado deve ser subsidiário, muito menos de que deve se restringir à garantia de dignidade (ou seja, do mínimo para ser livre — mesmo que numa concepção elasticada de liberdade). O Estado nacional e os organismos supranacionais devem estabelecer juridicamente seus fins a partir da ideia política de que precisam oferecer o máximo para os indivíduos. E o máximo requer um abandono da subsidiariedade para a incorporação de uma finalidade geral específica que será imposta por intermédio não só da legislação, mas também da

³⁸ ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> >. Acesso em: 18 jun. 2017.

³⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 109 e ss.

⁴⁰ Embora certamente isso seria possível do ponto de vista antropológico e/ou psicológico.

atividade administrativa do Estado.⁴¹

A Constituição Federal de 1988 parece ter feito esta opção de forma clara. Não visa apenas à garantia da liberdade e dignidade, mas sim estabelece um rol de direitos e garantias fundamentais que têm em vista, fundamentalmente, a felicidade do povo. E os homens não são felizes apenas em decorrência da ausência de obstáculos à conquista do que necessitam ou desejam, como em uma relação comensalista na qual o Estado representaria um parceiro neutral. A condição humana implica uma relação simbiótica por conta do obrigatório pertencimento a um sistema social cuja interface estabelece uma relação de troca. Esta relação é alusiva ao recebimento de elementos que comporão a sua esfera individual e social. E mais, sua felicidade também está condicionada aos valores compartilhados e sua maior ou menor realização. Por este motivo é que a felicidade de que ora se trata não coincide com a tradicionalmente defendida pelo utilitarismo ou pelo libertarismo.⁴² É uma felicidade estabelecida por princípio, e não a partir de relações consequenciais.

Além do que, não seria razoável admitir uma análise de “maximização social da riqueza”, a partir de uma média geral de felicidade real (que acaba tornando-se absolutamente fictícia). Conquanto o próprio Posner procure afastar sua teoria da maximização do utilitarismo clássico (e sua posição a respeito da felicidade como valor em si), as críticas de Dworkin são profícuas no afastamento da maximização econômica como um objetivo social digno. É fácil demonstrar que qualquer ganho de riqueza pode ser contrabalanceado por perdas de utilidade, de justiça ou outros elementos. Conclui o autor: “um ganho de riqueza social, considerado por si só e separadamente de seus custos ou de outras consequências, boas ou más, não é absolutamente um ganho”.⁴³

É comum ser ouvida a argumentação de que um indivíduo está em situação melhor se possui mais felicidade ao longo de sua vida, apesar de tê-la em menor intensidade em dias específicos, do que aquele que estivesse na posição inversa. Do mesmo modo, estaria em melhor posição uma sociedade que tivesse mais felicidade

⁴¹ HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

⁴² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Op. cit., p. 85.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 365.

distribuída entre seus membros, apesar de particularmente muitos indivíduos serem menos felizes. Esta forma de percepção não é adequada, e Dworkin a contesta de forma interessante, entre outros, por dois motivos fundamentais: a) alguém certamente poderia preferir um ano inteiro de felicidade plena com a restante de medíocre satisfação a uma vida inteira sem êxtase, mas com um nível superior de felicidade; e b) o relacionamento interno da sociedade não se desenvolve como o indivíduo e suas próprias preferências ou satisfações. A sociedade não é um todo orgânico.⁴⁴ Não há como medir a felicidade a partir destes parâmetros ou analogias, que são importantes tanto à validade do utilitarismo clássico como à da análise econômica do Direito.

A felicidade, mais do que um grau de satisfação verificável empiricamente, deve ser um fim estabelecido por princípio e não por critérios pragmáticos. Outra razão, portanto, que justifica a incompatibilidade entre a ideia de subsidiariedade (ou desenvolvimento como liberdade) e a proposta de desenvolvimento como felicidade. O critério de subsidiariedade depende da verificação de eficiência empírica do sistema. Sendo assim, decorre, em maior ou menor grau, de uma percepção pragmática da realidade e não de um paradigma principiológico (como propõe, corretamente, o sistema constitucional brasileiro).

2. A RELATIVIZAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO EUROPEU

No sistema europeu atual a relação entre subsidiariedade e desenvolvimento não é tão clara como no Brasil, pois o sistema de bem-estar sofre fortes influências do processo de justaposição dos distintos sistemas político-jurídicos presentes na Europa. Ademais, a União Européia é um “processo original”; não é o resultado de um programa definido. A concepção teleológica desta realidade em que “o fim atingido determina o meio a utilizar” resulta para o Direito em uma perspectiva na qual “o fim buscado pelo ordenamento condiciona a interpretação para as regras e princípios

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Op. cit., p. 364.

considerados”.⁴⁵ A princípio, a matéria social, e mais particularmente a laboral, que são intimamente ligadas ao desenvolvimento, é de competência concorrente (embora algumas matérias sejam exclusivas da União, como é o caso do livre trânsito de trabalhadores). A União tem competência para estabelecer regras referentes à igualdade de oportunidades e estabelecer diretivas que afinem a necessidade de intervenção no âmbito do racismo, emprego e ocupação. Também, são comuns as diretivas sobre seguridade social e saúde. E é interessante observar que a maior parte destes instrumentos de fomento ao desenvolvimento não possuem qualquer remissão à subsidiariedade.⁴⁶ Curioso observar que em 1993 foi concluído o “Livro Verde da Política Social Européia”, em que a aplicação do princípio da subsidiariedade também não é clara e nem mesmo um fator de destaque.⁴⁷

Por outro lado, a “Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores” reconheceu expressamente o princípio da subsidiariedade (ainda que de forma muito abstrata, o que, na prática, acaba por favorecer a existência de competência comunitária em muitas matérias, apesar da regra geral contrária). Segundo José Maria M. Boto, embora tenha sido um processo lento e progressivo, já era possível na transição do século XX para o XXI possível ser identificado um “Direito Social Comunitário”, cujos principais objetivos seriam: a) “eliminar na medida do possível as diferenças entre as legislações nacionais que obstaculizem a integração econômica”; b) “criar uma política social que inclua um Fundo Social Europeu”; c) “estabelecer novos direitos sobre questões transnacionais ou fixar um nível mínimo de direitos sem prejuízo de disposições mais favoráveis”.⁴⁸ Como se pode ver, nenhum destes objetivos tem ligação direta com a subsidiariedade, e nem poderia ter, pois sua promoção depende justamente do raciocínio inverso. O problema que se coloca nos últimos dez anos é, infelizmente, o retrocesso nesta busca por centralização comunitária – e na conjuntura da segunda década do século XXI para frente, quanto mais descentralizada forem tais políticas públicas, menos elas tendem

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. União Européia: a esperança de um mundo novo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 31, 1999, p. 70.

⁴⁶ BOTO, José Maria Miranda. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. **Revista del Ministério de Trabajo y asuntos sociales**, nº 7, 2005, p. 122-128.

⁴⁷ PORTUGAL. Conselho Económico e Social. **Debate sobre o Livro Verde da política social europeia**. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1994.

⁴⁸ BOTO, José Maria Miranda. **El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social**. Op. cit., p. 135.

a ser padronizadas e protetivas (ainda que a própria União possa fazer recomendações em prol da austeridade e no sentido de flexibilização).⁴⁹

A subsidiariedade, portanto, não é diretamente relacionada com a ideia de desenvolvimento no contexto da supranacionalização europeia. Ao contrário, aparentemente, a subsidiariedade não combina muito com o processo desenvolvimentista adotado, que prestigia a atuação da União em primeiro plano e dos Estados em segundo plano, para daí partir para as coletividades mais próximas aos cidadãos.⁵⁰ Mais do que a subsidiariedade, a “solidariedade” foi o fiel da balança não somente na perspectiva interestatal, mas também intraestatal. A título ilustrativo pode ser mencionado o caso espanhol. Na década de 80 e 90 foram reduzidas em um ritmo significativo as tradicionais desigualdades regionais, principalmente entre as comunidades autônomas. Conforme os dados apontados por Rafael Lopez Pintor, as diferenças de distribuição do produto nacional entre as regiões é cada vez menor. E embora parte do crédito sem dúvida seja decorrente de um crescimento endógeno, não é possível ignorar o forte impacto da política de compensação interterritorial tanto realizada em nível nacional como por obra da União Européia.⁵¹

Ainda que mediante um mecanismo de estreita colaboração, os fundos para o desenvolvimento utilizados na União Européia nas duas últimas década do século XX (denominados “fundos estruturais”) eram eminentemente centralizados.⁵² O próprio FEDER (Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional), primeira forma de política regional oficial da União Européia, não retrata, ainda, uma efetiva amostra de qualquer regionalização. Pelo contrário, está associado ao alargamento comunitário,

⁴⁹ STOLZ, Sheila; GALIA, Rodrigo Wasem. A proteção sócio-laboral das trabalhadoras e dos trabalhadores a tempo parcial na Espanha Segundo o marco da flexisegurança: garantia efetiva ou ética opaca? **Revista de Direito Brasileira**. Ano 3, v. 5, mai-ago. 2013.

⁵⁰ O que gerou várias críticas à paradoxal “centralização” decorrente da subsidiariedade. A título de exemplo, é interessante a colocação de Adrian Pabst: “*As a result of EU legalism and proceduralism, subsidiarity has become an engine of centralization when it was supposed to be a device for devolving power to people.*” PABST, Adrian. **Brexit, Post-liberalism, and the Politics of Paradox**. Op. cit, p. 09.

⁵¹ PINTOR, Rafael Lopez. Es la sociedad española solidaria? In: LABOA, Juan Maria (Dir.). **Solidariedad y subsidiariedad en la sociedad española**. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas de Madrid, 1993, p. 26.

⁵² Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), Fundo Social Europeu (FSE), Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA) e Instrumento Financeiro de Orientação das Pescas (IFOP). Representaram cerca de um terço do orçamento da União Européia na década de 1990. Cf.: STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: o papel do Comitê das Regiões na União Européia. In: Anais. **3º Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política**. Niterói, 28-31 jul., 2002.

pois fundado no artigo 255º do TCE, que possibilita à estrutura supranacional a criação de competências não previstas expressamente no tratado, desde que sejam para atender objetivos da comunidade. Em 1988 foi instituído o Regulamento de Aplicação dos Fundos, edificado não a partir do princípio da subsidiariedade, mas no “Princípio da Parceria”, que pressupõe a criação de um “triângulo” entre região, Estado e Comunidade.⁵³

A adoção de políticas não subsidiárias não significa a desconsideração da situação concreta das regiões; pelo contrário, este é o critério balizador fundamental das políticas de desenvolvimento da União. Sucede que o fundamento para a adoção deste modelo não é o princípio da subsidiariedade, mas o “Princípio da Coesão Social”.⁵⁴ A desigualdade na Europa ainda é um fator complexo de influência no processo integracional, em razão do que as políticas desenvolvimentistas são de extrema importância, em um primeiro momento tendo como objetivos: a) buscar transformar regiões de escasso desenvolvimento ou de declínio industrial acentuado; b) reduzir a ruralidade e setores de densidade populacional muito baixa; c) controlar a situação de desemprego de longa duração; d) evitar o desemprego associado a mudanças industriais; e, finalmente, e) fomentar a adaptação estrutural da agricultura e da pesca.⁵⁵

Para esta finalidade, e como decorrência direta da pressão dos *Länder* alemães, foi introduzido no Tratado da União Européia o “Comitê das Regiões”, que é uma instituição de representação com caráter consultivo, de acordo com as diferentes estruturas componentes da União. A proposta de criação das regiões não consistiu algo pronto e acabado; foi desenvolvida paulatinamente em nível comunitário, tornando-se uma nova forma de enquadramento intermédio para a indicação de desenvolvimento e planificação. Em resumo, nos anos 70 as regiões não existiam expressamente nos tratados; nos anos 80 até 90 surgem as políticas regionais (notadamente em uma perspectiva territorial e econômica); somente dos anos 90 em

⁵³ PIRES, Francisco Lucas. O Comitê das Regiões e subsidiariedade no Tratado de Maastricht. In: **Conferência Luso-Alemã: as experiências constitucionais face a uma Europa unida**. Lisboa: Fundação Konrad Adenauer, 1994, p. 90.

⁵⁴ STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: o papel do Comitê das Regiões na União Européia. In: Anais. **3º Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política**. Niterói, 28-31 jul. 2002, p. 7.

⁵⁵ STUART, Ana Maria. **Regionalismo e democracia**: ... Op. cit., p. 9.

diante é que, com o Tratado de Maastricht, as regiões são integradas institucionalmente à estrutura política comunitária.⁵⁶

Como não poderia deixar de ser, a tendência clara observada na atuação do Comitê das Regiões é de interpretar o princípio da subsidiariedade como uma cláusula de não intervenção dos Poderes Públicos em geral “quando os cidadãos possam agir de maneira suficiente e eficaz”. Afinal, segundo a sua concepção, a gradação de competências com o prestígio das entidades inferiores redundaria em maior legitimidade democrática, transparência e eficácia das ações.⁵⁷ Na prática, não é bem assim, pois a interferência da União nos assuntos locais tem sido significativa, o que acaba fomentando o ressentimento local em face ao poder central..

No plano internacional, talvez o nível institucional de maior ligação entre desenvolvimento e subsidiariedade são os encontros promovidos pela ONU. A Agenda 21, documento-compromisso firmado no Rio de Janeiro em 1992 no marco da “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento”, ao lado de estabelecer um conceito de atividades sustentáveis a partir do comprometimento entre gerações, estabeleceu três premissas fundamentais: a) a integração dos conceitos de desenvolvimento, bem-estar social e qualidade de vida; b) a exigência de uma melhor distribuição da riqueza tanto entre as gerações presentes como entre as futuras; e c) a proposição de uma efetiva utilização racional dos recursos naturais. Para a realização destes pressupostos a ideia é conferir preferência pela democracia participativa ao invés da representativa, transferindo-se para o nível local boa parte do “protagonismo da cidadania”.⁵⁸

A Seção Terceira do Capítulo 28 do Programa procura tratar do assunto, estabelecendo um plano de ações locais em prol do desenvolvimento ambiental.⁵⁹ Busca-se, assim, a substituição do “governo convencional” para um modelo “multinível e relacional”, no qual sejam ampliadas as possibilidades das administrações locais.

⁵⁶ PIRES, Francisco Lucas. **O Comitê das Regiões e subsidiariedade no Tratado de Maastricht**. Op. cit., p. 83-91.

⁵⁷ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 252.

⁵⁸ ESTARRELAS, Pere J. Brunet; LÓPEZ, Miquel Coll. Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible. **Boletín de la A.G.E.**, nº 39, 2005, p. 425.

⁵⁹ ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)**. Disponível em: <<http://www.ecolnews.com.br/agenda21/index.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Em termos expressos a Agenda 21 é bastante setorializada, não traduzindo uma efetiva regra geral de subsidiariedade. No entanto, parece claro que seu espírito está nas entrelinhas de todo o documento. Por consequência, a estratégia territorial europeia para a prática da sustentabilidade ambiental deve ser realizada desde a escala local. Na Cimeira Mundial de Desenvolvimento Sustentável de Johannesburgo (Rio + 10), ocorrida em 2002, o reconhecimento da subsidiariedade foi mais marcante ao serem reconhecidas as regiões como o primeiro e maior nível de subdivisão política dentro dos Estados individualmente representados na ONU.⁶⁰

De fato, toda esta promoção teórica e simbólica do princípio possui pouco impacto em Estados já descentralizados (isso no tocante ao plano vertical). Na Europa, a ênfase conferida à subsidiariedade nos documentos firmados nestes grandes encontros internacionais acaba refletindo mais uma ansiedade autonômica política e econômica das regiões e cidades do que propriamente um instrumento real de desenvolvimento ambiental (embora os reflexos desta tendência acabem surtindo fruto no sentido de ampliação da proteção e da sustentabilidade).

No plano horizontal é difícil verificar uma real transferência de competências, para além da ampliação da participação consultiva e fiscalizatória. Sem dúvida, nesta seara os documentos institucionais possuem conotação e efeitos prioritariamente simbólicos. Apesar da ampliação das menções expressas à subsidiariedade no contexto não só europeu como também global, talvez fosse mais apropriado pensar em um conceito de “responsabilidade compartilhada”. Esta proposta parece ter sido acolhida pelo Tratado de Amsterdã, além de estar expressamente formulada no “Quinto Programa de Ação Ambiental da União Européia”, de 1993. Francisco Javier Sanz Larruga afirma que se trata de uma ideia muito mais ampla que a de subsidiariedade, pois um princípio de compartilhamento de responsabilidades não estabelece preferências apriorísticas, mas “*una acción concertada por parte de todos los actores implicados, que deberán cooperar entre sí*”. O conceito de responsabilidade compartilhada requer “*no tanto la selección de un determinado nivel en perjuicio de otro, más bien, una intervención mixta de actores e instrumentos en*

⁶⁰ ESTARRELAS, Pere J. Brunet; LÓPEZ, Miquel Coll. **Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible**. Op. cit., p. 429.

los niveles adecuados".⁶¹

Quanto ao particular universo dos Estados ainda em desenvolvimento, é preciso fugir de posições ingênuas a respeito da temática ora tratada. A despeito de toda a consagração no plano do “dever ser”, tanto no plano moral quando propriamente jurídico de direitos ligados ao desenvolvimento, existem obstáculos fáticos relevantes. Isso ocorre, pois embora não exista uma falta de recursos financeiros a Estados como o Brasil,⁶² principalmente considerando-se a incrementação econômica da primeira década deste século, e sem embargo de não haver crise de produção verificável em uma economia de escala mundial, há uma profunda crise de distribuição. No mundo do início do século XXI, cerca de trezentos bilionários têm renda igual a mais de dois bilhões de indivíduos (um terço da população mundial).⁶³ E o Brasil é um dos Estados com maior desigualdade entre os polos da pirâmide social.

Esta conjuntura leva alguns autores a defender que o desenvolvimento é apenas um mito construído nos séculos XIX e XX, a partir de ideias evolucionistas que não teriam elementos reais de sustentação. A “ideologia da felicidade” típica do desenvolvimentismo seria uma construção teórica sem condições efetivas de realização.⁶⁴ Sem deixar de considerar esta importante perspectiva crítica, não é possível imaginar outra posição a não ser a de defesa do “dever ser” consagrado na dogmática constitucional brasileira, que prescreve um modelo de Estado social, a partir de uma moralidade que permeia, influencia e determina a aplicação de tais normas, cuja finalidade é alterar uma realidade com ela incompatível.

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE COMO PONTO DE PARTIDA DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

⁶¹ LARRUGA, Francisco Javier Sanz. El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental. A Coruña: **Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, nº 3, 1999, p. 561.

⁶² Apesar da crise econômica iniciada em 2015, o Brasil terminou 2016 como a nova maior economia do mundo e tende a voltar a ser a oitava em 2017, devendo manter esta posição nos próximos cinco anos pelo menos. PORTAL DO BRASIL. **FMI: Brasil volta ao posto de 8ª maior economia**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/10/fmi-brasil-volta-ao-posto-de-8-maior-economia>. Acesso em 18 jun. 2017.

⁶³ RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI**. Tradução de Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 130.

⁶⁴ RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI**. Op. cit., p. 125.

Os Estados sociais e democráticos do pós-guerra vivenciaram o surgimento de uma teoria de direitos fundamentais que ultrapassa a noção de direito subjetivo rumo a um entendimento objetivo de valores que se tornam exigíveis como base de legitimidade da ordem jurídica; ou seja, independentemente de configurarem ou não um específico direito identificável subjetivamente, os direitos fundamentais passam a ser elementos estruturantes do Estado.⁶⁵ Esta nova visão gerou controvérsia e dificuldade de precisão no tocante à sua determinação de conteúdo, pois alude ao reconhecimento de uma função axiologicamente irradiadora a toda a ordem jurídica.⁶⁶ Função esta que passou a ser identificada por um princípio fundamental condicionador de todo o sistema: o princípio da dignidade humana.⁶⁷ Este princípio acabou por fomentar novas perspectivas para o Direito administrativo do pós-guerra, ainda que demorando a moldar-se no Brasil devido ao lapso inerente ao período ditatorial e à crise econômica que se seguiu ao rápido crescimento dos anos 70. Nestes termos, é possível concluir que o real diálogo entre a função administrativa e os direitos fundamentais ocorreu mesmo somente após a Constituição de 1988 — o que não diminui em nada a força das novas perspectivas.⁶⁸

Para Carlos Ayres Britto a dignidade “não tem outro fato gerador que não a humanidade mesma que mora em cada indivíduo”. Ou seja, deve ser reconhecido que “todo ser humano não é somente parte de algo, mas algo à parte. Não apenas parte de um todo, mas um todo à parte”. Deste modo, cada um é diferente do outro e todos devem receber idêntico respeito, em que pese as substanciais diferenças tipicamente humanas.⁶⁹ Por outro ângulo de análise, Oscar Vilhena Vieira possui uma interessante passagem na qual pondera: “a dignidade humana está, portanto, vinculada à nossa

⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 57.

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. cit., p. 67.

⁶⁷ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89 e ss.

⁶⁸ Sobre o assunto, ver: CASIMIRO, Lígia Maria Melo de. Novas perspectivas para o Direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, nº 30, out./dez., 2007.

⁶⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não nos deixarmos arrastar apenas pelas nossas paixões”.⁷⁰ A digressão dos autores retrata um elemento essencial do conteúdo da dignidade, que é a indisponibilidade com autonomia ou vice-versa.

Conforme Carlos S. Nino, o princípio da dignidade humana compõe um quadro de princípios de caráter moral fundamental, em que também estão presentes os princípios da inviolabilidade da pessoa (ao serem proibidos sacrifícios a um indivíduo somente porque isso beneficia os demais) e da autonomia da vontade (que propugna pela liberdade de planejamento da vida e seus ideais de prazer ou ausência de dor).⁷¹ Destes princípios decorreriam os direitos humanos. A concepção de dignidade do autor é em certa medida restritiva, pois sugere apenas que todos os homens devem ser tratados de acordo com as suas vocações (ou seja, devem poder ter escolhas com liberdade). Genaro Carrió acata a locubração de Nino, complementando-a ao afirmar que há uma ligação de recíprocas restrições entre tais princípios na medida em que a inviolabilidade limita a autonomia, a dignidade limita a inviolabilidade e a autonomia limita a dignidade. Por um lado, a autonomia garante que os indivíduos possam e devam planejar racionalmente suas vidas, excluindo a intimidação, o engano e a ignorância (mediante a busca de um “consenso”); por outro lado, não seria adequado aceitar-se a imposição de sacrifícios a alguns indivíduos pela única razão de que redundam em um benefício aos outros. Neste contexto, a inviolabilidade preconiza que as pessoas devem colocar-se no lugar de cada um dos interlocutores, o que não acarreta a impossibilidade de prevalência do aspecto coletivo. Ao contrário, deve haver uma “preocupação impessoal” até mesmo frente aos próprios interesses (o que não significa o abandono dos interesses, mas uma permanente auto-reflexão sobre eles) e nisso reside à própria igualdade jurídica.⁷²

J. J. Gomes Canotilho também elenca a dignidade como uma das bases do princípio republicano em Estados democráticos de Direito. Ainda, pondera que existe um princípio material subjacente à dignidade. Ele refere-se ao que denomina “princípio

⁷⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65.

⁷¹ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 46.

⁷² CARRIÓ, R. Genaro. **Los derechos humanos y su protección: distintos tipos de problemas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 16 et seq.

antrópico”, que compreenderia a noção de *dignitas-hominis*, construída pelo filósofo humanista Pico della Mirandola e que defende a existência de um homem “conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”.⁷³ Esta ideia de um projeto espiritual é complexa e compreende o entendimento da dignidade como um princípio de caráter moral que, por sua vez, conduz à alocação de um direito de idêntica natureza, não obstante ambos possuam também caráter jurídico, pois a dignidade vem sendo tradicionalmente reconhecida como princípio pelos ordenamentos do recente Estado moderno.

É importante destacar que a noção de dignidade não pode apenas ser fundada na de “autonomia do espírito”. Oscar Vilhena Vieira está entre os autores que tecem sua construção da dignidade como princípio moral a partir do imperativo categórico de Kant: “age de tal forma que trates a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e jamais simplesmente como um meio”. Por intermédio desta premissa a dignidade ultrapassa a mera autonomia ou, ainda, a noção de liberdade, para ressaltar a proposta de “reciprocidade material”, mediante a qual o ser humano reconhece que não pode tratar nem a si nem a seus semelhantes como meio ou instrumento. O ser humano digno é aquele que se reconhece e é reconhecido como fim em si mesmo.

Do ponto de vista eminentemente político (e por que não jurídico), a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo primeiro, estabelece: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. Para a realização desta perspectiva, torna-se necessária a identificação de um rol cada vez mais crescente de direitos fundamentais.⁷⁴ Esta concepção tem redundado em um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que a doutrina defende a vinculação da dignidade ao mínimo existencial (propiciador de autonomia e reciprocidade), promove-se uma interpretação por demais extensiva do conteúdo do princípio, que acaba por englobar todo o plexo de direitos fundamentais e seus direitos

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 225.

⁷⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais ...** Op. cit., p. 67

constitucionais (e até infraconstitucionais) correlatos – notadamente os sociais.⁷⁵

Ana Paula de Barcellos é exemplo desta tendência. A autora estuda o assunto a partir da dignidade como determinante da presença de um mínimo existencial, só que retratado por distintas esferas de proteção jurídica. Para defender seu posicionamento, promove uma análise da sistemática da Constituição Federal de 1988 a partir de quatro níveis: no primeiro estariam dispostos os princípios gerais, “de contornos menos precisos”, como é o caso do *caput* do artigo 170; no segundo nível estariam os subprincípios inerentes à noção, como seria o caso do inciso VII do artigo 170; no terceiro nível estão os direitos sociais como os do artigo 6º; no quarto nível estariam os direitos mais específicos, como seria o caso do artigo 227.⁷⁶

O problema é que no final de seu raciocínio, a autora certamente ultrapassou em muito o “mínimo existencial”. Sua análise é bastante típica dentro da doutrina jusconstitucionalista nacional, ao ampliar de forma quase inconsciente o núcleo ontológico de dignidade mesmo logo após retratá-lo como a garantia de um mínimo aos cidadãos. O raciocínio é perigoso, pois pode banalizar a noção de dignidade fazendo com que o ganho em extensão provoque uma perda em densidade. Ingo Wolfgang Sarlet, ressaltando de forma mais contundente a indivisibilidade da dignidade e, ainda, seu caráter não exclusivo, parece incidir em opinião convergente à de Ana Paula de Barcellos, quando afirma que todo o catálogo constitucional de direitos fundamentais deve ter como base o princípio da dignidade humana.⁷⁷

Não é esta a mais apropriada interpretação da sistemática constitucional brasileira, que elenca a dignidade como condição necessária, mas não suficiente, de realização dos direitos fundamentais. Torna-se imprescindível recorrer à felicidade como princípio-condição suficiente, pois esta sim diz respeito às obrigações do Estado social republicano com o máximo atendimento aos indivíduos e não somente com o mínimo. Como ponderou Jorge Salomoni, é preciso estabelecer uma noção de “bem comum”, fundada no interesse público e que deve ser interpretada necessariamente “*como elemento integrante del orden público en el Estado democrático, cuyo fin*

⁷⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117 e ss.

⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166 et seq.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 115.

principal es la protección de los derechos esenciales del hombre, y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad".⁷⁸

A dignidade é o sustentáculo primário, não o único, dos direitos fundamentais quando se está sob o manto de um modelo de Estado social, cujo regime é marcadamente interventor. Daí que o desenvolvimento é corolário desta perspectiva, que ultrapassa em muito uma noção de dignidade vinculada à proposta de um Estado subsidiário, ou seja, de um organismo político que atende aos indivíduos apenas quando eles não podem se auto-responsabilizar pela sua "existência civilizada". Vital Moreira assevera que "os limites negativos da actividade do Estado têm de deduzir-se de conceitos, normas e princípios constitucionais, nomeadamente, os que garantem os direitos fundamentais [...] ou que impedem o Estado de reservar para si o exclusivo de determinadas esferas sociais". Segundo o autor, isso significa que "há uma reserva de esfera pública (*lato sensu*: estadual) e uma reserva da esfera privada (dos particulares). Entre elas há todo um mundo, cuja partilha entre a esfera pública e a esfera privada cabe ao Estado fazer".⁷⁹

É natural que a dignidade (e não a felicidade) tenha se tornado o princípio estrutural dos direitos fundamentais no pensamento contemporâneo dominante. Os eventos ocorridos até meados do século XX, como as duas guerras mundiais, as experiências nazista e stalinista, além da grave crise capitalista que caracterizou o início do período contribuíram de forma determinante para a mentalidade construtora das ideias atualmente em predomínio. Entrementes, como bem adverte Peter Häberle, não seria correto que a noção se restringisse a esta perspectiva. Se a dignidade como reação "aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial" mereceu ser exaltada, principalmente nas declarações de direitos que lhe seguiram, "também importa destacar a dimensão prospectiva da dignidade apontando para a configuração

⁷⁸ SALOMONI, Jorge L. Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI Jorge L.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Argentina: Ad-Hoc, 2006, p. 25.

⁷⁹ MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 250.

de um futuro compatível com a dignidade da pessoa”.⁸⁰

Como retomar a noção republicana de felicidade, quando não se tem nem liberdade nem dignidade? Por certo que mesmo a tendência social, política e acadêmica geral de defesa da atribuição de condições mínimas a todos em grande medida não ultrapassou o espaço retórico. Sobrevém que a conscientização a respeito da precariedade do nível discursivo não permite concluir pela desimportância da consagração do princípio em declarações de entidades internacionais e nos respectivos ordenamentos internos dos Estados ocidentais. O hábito simbólico é um passo importante, ainda que insuficiente. Ao menos onde o Estado social se realizou, o ideário envolto ao princípio da dignidade foi concretizado, produzindo uma verdadeira possibilidade de autonomia dos espíritos mediante uma integração existencial dos seres humanos que não teve precedentes na história da humanidade.⁸¹ Esta experiência passada deve toar como ensejo de esperança e não o contrário.

O discurso da dignidade efetivamente propiciou resultados positivos com influência formal importante nos ordenamentos nacionais. Destarte, neste início de século XXI é preciso retomar a núcleo fundamental norteador do Estado social, que não deve se limitar à dignidade e realmente não se limita. Veja-se que a Constituição Federal de 1988 é ilustrativa com relação a este assunto. A dignidade é tomada como um dos fundamentos da república federativa, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e livre iniciativa e do pluralismo político. É possível observar ainda como exemplo o próprio texto do artigo 7º, inciso IV, que prevê o estabelecimento de um piso mínimo salarial para todo o país que seja “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Não seria eticamente aceitável que todos estes requisitos pudessem ser compreendidos pelo conteúdo da dignidade. Pelo menos o lazer não é. Em um país como o Brasil, colocar nos mesmos termos elementos como a alimentação e o lazer seria um despropósito. Se for feita uma análise do sistema jurídico europeu, então

⁸⁰ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. Op. cit., p. 91.

⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 194 et seq.

talvez seja possível concluir que lá o lazer compõe a dignidade, pois superado o estágio arendtiano das necessidades. Mas nos Estados ainda não desenvolvidos esta seria uma conclusão por demais elitizada.

A idealização do salário mínimo no Brasil é composta de dois elementos: um mínimo e um máximo. Ou seja, mais do que digno, um sujeito que realmente percebe um salário mínimo nos termos em que a Constituição prevê está apto a ser um sujeito feliz. O que não significa que a ideia constitucional de felicidade limita-se ao disposto no artigo referente ao salário mínimo; nem mesmo a dignidade a ele restringe-se, pois há outros elementos, inclusive meta-econômicos, que compõem o modelo do Estado de bem-estar. Por exemplo, um sujeito que receba tal salário mínimo poderá certamente ter sua dignidade ferida por sofrer algum tipo de discriminação; do mesmo modo, pode ser o ideal de felicidade não realizado em razão de impedimentos à livre iniciativa provocados por uma externalidade negativa produzida pelo mercado.

Peter Häberle reconhece cinco condições que por um critério de “integração pragmática”, ou seja, no plano judicializável, seriam necessárias para a garantia de dignidade: 1. a liberdade do medo, fruto da proteção social típica do Estado social; 2. a igualdade jurídica, só sendo permitidas desigualdades fáticas legítimas; 3. o livre desenvolvimento do espírito das pessoas (em termos de identidade e integridade); 4. a garantia do Estado de Direito e suas limitações em termos interventivos; 5. “o respeito da corporalidade do homem como momento de sua individualidade autônoma e responsável”.⁸²

Outro aspecto importante e que necessariamente integra o conteúdo de uma perspectiva de renovação do conceito de dignidade para o Estado social contemporâneo é a tomada dos direitos fundamentais como trunfos contra-majoritários garantidores da autonomia na ocorrência de intervenções inadequadas. Jorge Reis Novais utiliza-se da metáfora inicialmente elaborada por Ronald Dworkin (que se encontra inserida numa base kantiana) mediante uma correta adaptação, transformando-a a partir de uma perspectiva “não categorial”. Ou seja, as posições jurídicas de cada um devem receber idêntico respeito pelo Estado, servindo como garantias contra qualquer pretensão de ser imposta ao sujeito uma restrição à sua

⁸² HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. Op. cit., p. 122.

liberdade “em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedoras de superior consideração”.⁸³

Segundo Novais, a tese de Dworkin deve ser entendida com ressalvas, prestigiando-se nela a ideia da “indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte da maioria” e não como uma “pretensa possibilidade de contraposição estanque — direitos fundamentais contra fins colectivos de bem comum”. A proposta do autor é de realização do reconhecimento da vocação contramajoritária da Constituição a partir da imposição do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo em relação a um poder que seja democraticamente legitimado para deliberar a respeito do bem comum. O conteúdo forte da dignidade estaria na “insusceptibilidade de tratamento da pessoa como mero objecto do poder estatal, como instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado”. A autonomia garantida com esta perspectiva torna-se um resguardo de potenciais tentativas de interpretação da máxima de felicidade como um instrumento para a opressão e para a relegação a segundo plano do direito de cada um viver conforme seus próprios padrões (ainda que com sérios limites inerentes à parte da vida alusiva à convivência e heterovinculação social).⁸⁴

Esta opção constitucional de serem amalgamadas a dignidade e a felicidade é adequada considerando que tais fundamentos, em conjunto, remetem-se a um princípio ético aglutinador, que é o do humanismo republicano. Isso ocorre porque o poder em uma república tem carácter exclusivamente instrumental, o que exige o máximo, seja dos representantes detentores de mandato, seja daqueles que receberam função pública por intermédio dos outros mecanismos jurídicos de escolha dos agentes estatais.⁸⁵ Não basta que o Estado, por intermédio dos representantes do povo, garanta o mínimo relativo à dignidade de todos, pois isso expressaria apenas um cumprimento parcial das obrigações tipicamente republicanas. Mais do que reconhecer a ideia tipicamente democrática da dignidade, é preciso ressaltar a ideia republicana da felicidade, da qual decorre o princípio de proibição do retrocesso

⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 28-29.

⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais ...** Op. cit., p. 30-31.

⁸⁵ Sobre as funções públicas estatais há muitos estudos na história do Direito administrativo e constitucional. Todavia, merece destaque e indicação a obra recente de Ricardo M. Martins. Cf.: MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-104.

social,⁸⁶ e que embora não mencionada expressamente pelo constituinte, é decorrência inexorável da sistemática constitucional.

4. A FELICIDADE COMO FUNDAMENTO POLÍTICO DO ESTADO

É conhecido o pensamento de Aristóteles quando afirma que todo homem é um animal social, conferindo prioridade à esfera pública; perspectiva esta que é consonante com a mentalidade do período clássico, para quem o cidadão só era assim considerado se exercesse sua liberdade de participação política. Esta condição, tida como fruto do próprio caráter humano, era tomada como o fundamento da capacidade de diferenciar o justo do injusto, o conveniente do inconveniente. Em suma, o homem se caracteriza como tal porque “somente ele tem o sentimento do bem e do mal”, qualidade esta indispensável tanto para sua constituição privada quanto pública. Por conseguinte, “o todo deve ter necessariamente preferência sobre as partes”, pois um homem que não seja capaz de se integrar na cidade não é mais que um selvagem. A contrapartida desta preferência pela comunidade é a identificação da organização pública como efetivo meio de realização da felicidade das pessoas que nela vivem e que, por este motivo, podem ser consideradas cidadãs.⁸⁷

Este estado de cidadania não era somente um bônus atribuído aos sujeitos enquadrados em tal condição. Aqueles que se dedicassem à política adquiriam um conjunto de deveres superiores, entre os quais se destacava como primordial a “coragem pública”, qualidade que se tornou a virtude política por excelência.⁸⁸ A felicidade, sendo uma decorrência do “hábito de praticar ações virtuosas e oriunda da aprendizagem e da experiência, acompanhada pela prudência”,⁸⁹ possui íntima ligação, portanto, à ação política. Para Aristóteles “a finalidade da polis não é somente

⁸⁶ A melhor obra tratando do princípio de proibição do retrocesso social é a de Luísa C. Pinto e Netto (embora a autora não extraia tal princípio da ideia de felicidade, suas considerações são absolutamente compatíveis com os argumentos aqui apresentados). Cf.: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁸⁷ ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Editora da UnB, 1997, p. 15 e 222.

⁸⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 45.

⁸⁹ PICHLER, Nadir Antônio. **A felicidade na ética de Aristóteles**. Passo Fundo: Editora da Universidade de Passo Fundo, 2004, p. 50.

a sobrevivência material do cidadão”. Muito mais do que uma simples união decorrente da conveniência recíproca, a comunidade reunida possui um dever moral e nobre inerente à convivência recíproca. Por este motivo “a dimensão política na polis é a consecução da felicidade, a realização da essência do homem”.⁹⁰

Ainda que noutros contornos, esta “ligação original” entre felicidade e política pode ser encontrada na modernidade. De forma radicalmente distinta, pois a liberdade dos ocidentais modernos não mais permitiria tal prevalência do público sobre o individual, a felicidade passa a ser um fundamento republicano. A diferença nuclear entre os antigos e os modernos neste aspecto, contudo, não reside na oposição entre as ideias de participação ativa e garantia negativa, mas no fato que a felicidade deixa de ser um mero princípio filosófico e passa a ser um objetivo jurídico constitucionalizado.

Talvez nenhuma declaração moderna seja tão simbólica no estabelecimento da relação entre a felicidade e o poder político quanto a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, que afirma no seu parágrafo segundo: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.⁹¹ Esta clássica visão política, apesar de retratar distintas influências filosóficas, destaca claramente uma vertente do utilitarismo para o qual a resultante do discurso filosófico sobre a racionalidade do interesse é o par “virtude-felicidade”. Três teses ou constatações basilares sobre o ser humano e a sociedade estão contidas nesta óptica: 1º o legislador deve concretizar o princípio da maior felicidade para o maior número possível de indivíduos; 2º cada indivíduo age exclusivamente para a satisfação do seu próprio interesse — e isso deve ser tomado como uma obrigação de buscar sua máxima felicidade pessoal; e 3º a maior felicidade de cada um pode não ser alcançada se não houver uma conciliação artificial dos interesses sob o encargo do legislador.⁹²

⁹⁰ PICHLER, Nadir Antônio. **A felicidade na ética de Aristóteles**. Op. cit., p. 83.

⁹¹ EUA. **Declaração da Independência dos EUA**, de 4 de Julho de 1776. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁹² CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 27.

Seguindo vertente radicalmente oposta, uma das famosas proposições sobre a história defendida por Kant trata justamente do vínculo entre racionalidade e felicidade. A terceira proposição é assim descrita: “a natureza quis que o homem tire totalmente de si tudo o que ultrapassa o arranjo mecânico/da sua existência animal, e que não participe de nenhuma outra felicidade ou perfeição exceto a que ele conseguiu para si mesmo, liberto do instinto, através da própria razão”.⁹³ O pensamento kantiano coloca o homem como centro auto-responsável por sua felicidade, refutando uma ideia de felicidade pré-ilustração, derivada de um paradigma teológico. Assim fazendo, a felicidade passa a decorrer de uma evolução (jus)natural rumo à racionalidade moderna. O que não implica qualquer visão utilitarista, pois os princípios pragmáticos de maximização da felicidade defendidos por Jeremy Bentham (inclusive com participação governamental) aceitam facilmente que a felicidade para o maior número possível de indivíduos resulte a infelicidade para o menor. E esta seria uma consequência inaceitável para a filosofia kantiana, para a qual “uma conduta interessada não pode possuir valor moral e a virtude não poderia ter por conteúdo e objetivo a felicidade”. A felicidade, para Kant, não pode ser uma ideia, mas apenas um “ideal” (não um ideal da razão, mas da imaginação), desse modo, trata-se apenas de uma máxima subjetiva fruto do desejo.⁹⁴

Este percurso rumo à felicidade subjetiva tipicamente kantiano é coerente com a noção de desenvolvimento como meio ou instrumento. Ou seja, para que seja feliz, o homem tem que se desenvolver, rumo a uma situação de bem-estar pessoal. Inobstante, é preciso não confundir esta concepção moderna de auto-responsabilidade com a pós-moderna (e que retoma postulados pré-modernos) de uma felicidade pautada na culpa (não mais a culpa de fundo teológico, mas laicizada). A pós-modernidade quebra com todas as barreiras de uma felicidade objetiva, rumo à busca de exemplos para ser feliz. É o que Zygmunt Bauman chama de “Fenômeno Jane Fonda”. A felicidade do homem (assim como o seu corpo) é fruto exclusivo das suas ações. A “salvação” nesse sentido retorna a uma forma análoga pré-moderna fundada na auto-responsabilização do indivíduo isolado e independente da

⁹³ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 24.

⁹⁴ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política** ... Op. cit., p. 28.

coletividade em que está inserido (agora não mais por amor a Deus, mas a si próprio).⁹⁵ Não é sem razão que entre os maiores *bestsellers* da contemporaneidade estão os livros de autoajuda.

Seguramente a compreensão kantiana de desenvolvimento não equivale ao entendimento atual da expressão, embora tenha um núcleo comum, que é a alocação do desenvolvimento como um processo que tem a felicidade como fim. Nesta trilha seguiram muitos pensadores da tradição racional-evolucionista kantiana, pois “no contexto desta ideologia da felicidade pelo progresso material, já no fim do século XVII Adam Smith descrevia as etapas que trariam a riqueza das nações”. Por outro lado, o próprio Karl Marx, “outro grande ideólogo da felicidade da humanidade por meio do progresso material, pensava também com base neste mesmo pendor evolucionista de Smith”, pois acreditava que o progresso material da humanidade decorre de um processo que se inicia com “a passagem do feudalismo para o capitalismo e depois deste para o comunismo, com o qual termina a história e nasce a felicidade perpétua”.⁹⁶ Teorias estas que também foram influenciadas pelo utilitarismo segundo o qual “a verdadeira felicidade implica o aproveitamento de coisas verdadeiramente úteis, e só são verdadeiramente úteis aqueles bens que contribuem à autenticidade da felicidade”.⁹⁷ É comum as grandes correntes economicistas penderem para esta forma de compreensão filosófica da vida.⁹⁸

Kant não aceita que a felicidade possa ser um princípio material de filosofia política. Isso decorre de sua tese de que as diretrizes políticas não devem ser derivadas do bem-estar ou da felicidade geral do povo, por consequência, “não derivam do fim que cada Estado para si estabelece como objecto (do querer), como princípio supremo (mas empírico) da sabedoria política, mas do puro conceito de dever jurídico (da obrigação moral, cujo princípio *a priori* é dado pela razão pura), sejam quais forem as consequências físicas que se pretendam”.⁹⁹ De forma

⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 79.

⁹⁶ RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI**. Op. cit., p. 125.

⁹⁷ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política** ... Op. cit., p. 7

⁹⁸ A respeito de várias destas diferentes correntes de pensamento e suas visões da felicidade, ver: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

⁹⁹ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 162.

aparentemente paradoxal, é possível concordar em parte com esta análise para defender uma teoria da felicidade como princípio, mas que não implique o reconhecimento do utilitarismo, o que Kant afasta radicalmente. Esta perspectiva acomoda-se perfeitamente a uma teoria valorizadora do Estado social-democrático (logo, metapragmático). Cabe apenas destacar-se previamente da base inerente à concepção política kantiana, que se restringe à liberdade, relegando a felicidade para fora da política.

A felicidade tem que ser entendida como um princípio próximo da filosofia prática metafísica (ainda que não mais pautada num racionalismo abstrato e universal, como o kantiano). Deve ser entendida como um *a priori* do “espírito do Estado social” e do próprio caráter do que é republicano (segundo o momento histórico vivenciado). A tarefa própria da atividade política é a consonância com este princípio. Por este motivo é que, a despeito de partir-se da teoria kantiana, não é possível concordar com suas conclusões, destacadamente aquelas que propugnam pela “eliminação de todas as condições empíricas (da teoria da felicidade) enquanto matéria da lei”.¹⁰⁰ A lei seguramente pode ter em vista dispositivos concretos que propugnam pela busca de felicidade. Especialmente a partir do abandono de visões limitadas à simples consideração formal da legalidade. O atual conceito de juridicidade e, portanto, de uma ultrapassagem da legalidade em sentido estrito rumo ao respeito ao Direito como um todo, deve congrega, imprescindivelmente, o aspecto material (de conteúdo).

Não obstante, podem ser identificadas duas espécies de refutações a esta alocação da felicidade como princípio moral/político fundante dos fins do Estado: primeiro, a “contestação subjetivista” de que a realização da felicidade seria *a priori* impossível, devido ao seu caráter eminentemente subjetivo e até mesmo, “psicológico”; segundo, a “contestação pragmatista” de que o Estado em regra não promoveria a felicidade, pelo contrário, muitas vezes é origem de infelicidade concreta dos homens. As duas objeções, embora bastante reais e problemáticas, podem ser afastadas com certa facilidade.

A primeira questão reporta-se à própria condição de possibilidade de existência de um princípio com tal natureza, qual seja, a de imposição de um dever

¹⁰⁰ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Op. cit., p. 171.

ao Estado de promoção da felicidade da sociedade. Eugênio Bulygin afirma categoricamente, e até com certa ironia, que não há sentido em determinar-se que um Estado seja justo ou injusto, que seja rico ou pobre, da mesma forma que seria incongruente prescrever que as “árvores sejam verdes”. Segundo o autor, certamente que é possível existirem Estados justos e injustos, ricos e pobres, assim como as árvores geralmente são verdes; porém estes casos se reportam a um estado de coisas impassível de sofrer prescrição.¹⁰¹

Discorda-se do autor. Não é novidade para as instituições políticas organizadas a aceitação de princípios morais condicionantes da política e do Direito. O ideal de justiça é um deles e, em que pese a contestação de Bulygin, não consiste em tão controvertido escopo político. Sem embargo, é muito mais fácil para a filosofia política aceitar a justiça como *a priori* político do que a felicidade, o que não se justifica do ponto de vista teórico. Kant esclarece a situação de forma satisfatória quando afirma que “a moral é já por si mesma uma prática no sentido objetivo, enquanto totalidade de leis que ordenam incondicionalmente, de acordo com as quais devemos agir, sendo um evidente absurdo alguém, depois de ter admitido a autoridade deste conceito de dever, querer dizer que não se pode realizá-lo”.¹⁰²

O conceito grego de virtude “*areté*” pode ser um bom começo para se compreender o sentido de uma felicidade objetivamente considerada não somente como fim político, mas também como fim jurídico do Estado constitucional contemporâneo. Trata-se de uma palavra que “designa uma excelência que consiste em realizar de maneira ótima aquilo o que se está destinado, quer dizer, o cumprimento o mais perfeito possível da função que a natureza atribui a um ser”. E é com esta excelência que a felicidade mantém relações complexas, porém inafastáveis.¹⁰³ E isso não sugere qualquer legitimação filosófico-utilitarista, restando claro que tal teoria ou presta-se somente a uma análise metajurídica do problema ou,

¹⁰¹ BULYGIN, Eugênio. Alexy y el argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugênio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001, p. 47.

¹⁰² KANT, Immanuel. Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua. In: BUZZI, Arcângelo R.; BOFF, Leonardo (Coord.). **Immanuel Kant: textos seletos**. Tradução de Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 130.

¹⁰³ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política** ... Op. cit., p. 20.

então, a uma consideração meramente instrumental (com o que não é possível concordar, pois o espírito do Estado social exige um conteúdo ético estabelecido por princípio).

Segundo a teoria da escolha racional, fundada nos pressupostos do individualismo metodológico, “nenhum modelo de análise dos fenômenos econômicos e sociais é pertinente se ele não faz de toda ação coletiva a resultante de uma multiplicidade de racionalidades individuais”. Trata-se de uma corrente de pensamento que prestigia a capacidade que os indivíduos têm de hierarquizar suas preferências a partir de uma racionalidade subjetiva e universalizada. Seu ponto fraco é justamente esta visão parcial do ser humano, recusando a influência dos fatores irracionais incidentes sobre o comportamento.¹⁰⁴ Como apontam vários autores, entre os quais Eduardo Giannetti, “não há nada mais irracional do que ignorar os limites da racionalidade”.¹⁰⁵ Relata o autor que de um ponto de vista individualizado, parece fazer sentido cada um tentar separadamente “subir na vida”. Por decorrência, faria sentido haver uma proporção maior de pessoas felizes entre os mais ricos que entre os mais pobres. Todavia, se verificado o resultado global, o efeito produzido por esta “escolha racional” particularizada não é coincidente. Por exemplo, um artigo do *Psychological Science* chegou à conclusão de que conquanto os norte-americanos possuam uma renda *per capita* e condições de bem-estar em 1995 muito melhores que em 1957, eles definitivamente não estão mais felizes que outrora.¹⁰⁶

Uma apreciação que pode ser feita em relação a este paradoxo é que o atendimento de certas necessidades básicas como as nutricionais ou relativas à moradia possuem um forte impacto positivo no bem-estar subjetivo. A partir de certo ponto, quando as necessidades elementares estão satisfeitas o que importa não é mais a renda absoluta, mas a “renda relativa”, ou seja, a situação em que as pessoas estão com relação às demais. O que passa a ser relevante é “como a pessoa se percebe diante dos outros, diante do seu grupo de referência, diante daqueles cujo sentimento e opinião contam para ela”. A felicidade passa a ser medida não mais

¹⁰⁴ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política** ... Op. cit., p. 40.

¹⁰⁵ GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 175.

¹⁰⁶ GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade** ... Op. cit., p. 77.

pelos bens primários, mas pelos “bens posicionais”.¹⁰⁷

Na sociedade de consumo, é esta situação posicional com relação à felicidade que faz com que seja comum os ricos se orgulharem de sua riqueza “mesmo que ela tenha sido obtida por meios pouco ou nada admiráveis, enquanto os pobres se envergonham da sua pobreza, mesmo que não haja nada do que se envergonhar no modo como ganham o pão”. Sem se dar conta, os homens típicos da sociedade moderna acabam por exibir sua riqueza e esconder sua pobreza. Sucede que esta “exigência cultural” típica da mentalidade contemporânea denota características cruéis. Afinal, o sucesso de uns é, por definição, o fracasso da maioria.¹⁰⁸

Este ponto de vista torna extremamente pertinentes as considerações de Michael Walzer sobre a importância de serem estudados os “critérios” de estabelecimento dos fins da justiça distributiva. Os principais seriam três: 1. o livre cambismo; 2. a necessidade; 3. o mérito. O livre cambismo é plural por definição e ilimitado, pois não garante nenhum resultado distributivo em especial (o que permite toda sorte de injustiça, notadamente econômica). A necessidade é particular e limitada, pois significa atribuir a cada um os bens segundo o que efetivamente precisar (o que não deixa de configurar um caráter meramente ideal).¹⁰⁹ O mérito (princípio extremamente exaltado hoje em dia) também é plural e ilimitado, mas não gera uma prerrogativa universal. E exemplifica: um homem pode ser considerado encantador e reconhecido como tal, mas nem por isso há o dever de toda mulher ser encantada por ele (nem seria razoável propor a admissibilidade de uma intervenção externa para obrigar determinada mulher que cedesse aos seus encantos); ou seja, qualquer pessoa pode ser talentosa em negociações e trocas e, por este motivo, acumular bens; e será seu direito possuí-los. Contudo, não deixa de ser estranho imaginar que ela “merecerá” tê-los pelo único motivo de que tem talento. Aliás, seria mais razoável supor que, se estes bens fossem pinturas, mais merecedor de tê-los seria quem possuísse “cultura artística”. Ocorre que, em geral, as pessoas estão francamente mais dispostas a aceitar o primeiro fundamento, e não o segundo, como meio de legitimação, o que resultaria em forte resistência se o Estado pretendesse intervir no

¹⁰⁷ GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade** ... Op. cit., p. 78.

¹⁰⁸ GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade** ... Op. cit., p. 82.

¹⁰⁹ WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25 et seq.

sentido de redistribuição destes bens.¹¹⁰ Todos estes critérios carregam fortes limites na consecução da igualdade e da felicidade, o que não sugere a sua desconsideração pelo modelo de Estado social, cujo foco, para além da distribuição de bens (sejam eles econômicos ou não), deve relevar as diferentes esferas da justiça.

Ronald Dworkin afirma que as dificuldades de comparação do bem-estar entre os indivíduos (e sua felicidade) não torna incoerente ou inútil o princípio em que ele se funda, ou seja, de que “na medida do possível, ninguém deve ter menos bem-estar que qualquer outra pessoa”. Segundo o autor, se tal *a priori* político constituir-se como sólido princípio, “então o ideal de igualdade de bem-estar pode perceptivelmente deixar em aberto o problema prático de como tomar decisões quando a comparação de bem-estar fizer sentido, mas seu resultado não for claro”. Isso justifica o motivo pelo qual a teoria da igualdade deve servir como modelo normativo e não como um mecanismo de “controle de êxito” (ou satisfação).¹¹¹

Considerando todas estas variáveis inerentes ao controle da escassez de bens aptos à satisfação das necessidades, torna-se impossível concordar com a tese da escolha racional, tanto quanto se apresenta inapropriada a tese procedimentalista (que no tocante a este assunto, é bastante próxima da pragmatista). Conjecturar que seria “justo, moral e racional o sistema político, por consequência, necessariamente formal e procedimental, que deixa os indivíduos livres para a realização dos seus próprios fins”¹¹² equivale a levantar um véu tendente ao obscurecimento da vida. Ainda que restrita à ordem privada, esta proposta acaba traduzindo-se num direito fundamental de busca da própria felicidade que acaba por provocar, por uma questão lógica e prática, a necessária infelicidade alheia. Embora mereça subscrição a réplica procedimentalista destinada às teorias fundamentalistas defensoras de uma “vida boa” que seria coletivamente compartilhada, por certo que isto não implica a inexistência de qualquer possibilidade de ser estabelecido um juízo ético sobre o comportamento individual dos sujeitos.

¹¹⁰ WALZER, Michael. **Esferas da justiça** ... Op. cit., p. 26-31.

¹¹¹ A verticalizada análise da igualdade de bem-estar realizada pelo autor implica considerações bem mais complexas do que as aqui expostas e que foram referidas somente para não deixar de mencioná-lo, dada a sua importância. Cf.: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 10 e 17.

¹¹² CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel. (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política** ... Op. cit., p. 43.

5. A FELICIDADE COMO FINALIDADE ÉTICA DO ESTADO SOCIAL CONTEMPORÂNEO

Uma das proposições fundamentais da filosofia política clássica é a de que o fim dos governos é não somente a maior liberdade possível, mas também a maior felicidade possível. Tratando do assunto em conferência proferida na Universidade do Kansas, em 1964, Herbert Marcuse propôs como significado atual desta ideia a superação pelo homem de estados de miséria e medo rumo a uma situação em que predomine uma “vida em paz” segundo a qual se torna imprescindível a vinculação do bem individual ao bem geral; do bem privado ao bem público. Entretanto, questione-se o autor: “quem determina o interesse geral de uma coletividade e, assim sendo, o alcance e os limites da liberdade e da felicidade individuais e os sacrifícios impostos à liberdade e à felicidade individuais em nome e no interesse da coletividade?”¹¹³ Segundo o autor, a resposta a esta pergunta é complexa e, mesmo que se considere como um *a priori* condicionante que a liberdade não seja um assunto exclusivamente individual, mas um elemento determinado pela sociedade e pelo Estado, que se poderia dizer sobre a felicidade? Certamente que sobre este ponto a dúvida denota-se mais intensa, o que não impede que a resposta lhe seja dada: “a posição extrema segundo a qual a felicidade humana seria e deveria permanecer assunto do próprio indivíduo é indefensável, desde que pensemos nela por alguns instantes”.¹¹⁴

Parece correta a conclusão de Marcuse. A proposição de que a felicidade somente pode ser apropriada individualmente e não a partir de uma objetivação ético-jurídica é tão inadequada quanto a afirmação de que a moral é inapreensível a não ser particularmente, como defende Eugenio Bulygin,¹¹⁵ ou mesmo Paolo Comanducci,

¹¹³ MARCUSE, Herbert. *Ética e revolução*. In: MARCUSE, Herbert. **Cultura e sociedade**. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro e Robespierre de Oliveira. São Paulo: Paz e Terra. v. 2, 1998, p. 137.

¹¹⁴ MARCUSE, Herbert. **Ética e revolução**. Op. cit., p. 138.

¹¹⁵ Segundo Paula GAIDO, Bulygin é um cético moral, sendo que seu ceticismo não se refere apenas à impossibilidade de conhecimento (ceticismo cognoscitivo); acredita na própria inexistência de uma verdade moral ontológica (ceticismo ontológico). Cf.: GAIDO, Paula. *Introducción*. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001, p. 47.

por sua vez filiados a autores que discordam da possibilidade de uma “moral objetiva”, alegando a inafastabilidade de uma parcial indeterminação do Direito, por conta da existência de um “pluralismo ético”. Nesta óptica, as decisões democráticas dependeriam apenas de uma adequada “justificação racional”.¹¹⁶ A crítica de Robert Alexy à moral objetiva caminha neste sentido, pois também prestigia a ética discursiva como fundamento para o estabelecimento dos argumentos morais, mas se diferencia sensivelmente quando o autor defende que sua “pretensão de correção” possui uma “dimensão ideal” que escapa ao âmbito da estrita contingência.¹¹⁷

Robert Alexy contesta Bulygin, afirmando que relevar a posição ética não exige o reconhecimento de uma “mesma moral”; bastaria, na realidade, a verificação de uma “moral correta”, no sentido de uma “moral fundamentada” ou justificada.¹¹⁸ Por decorrência, a relação entre Direito e moral não exigiria, então, uma moral objetiva efetivamente compartilhada por todos. As consequências morais da pretensão de justiciabilidade retratariam a necessidade da práxis de uma argumentação racional sobre o que seria moralmente correto e, ainda, a possibilidade de edificar sobre esta base uma racionalidade de índole prática.¹¹⁹

A despeito das críticas apontadas, Ronald Dworkin refuta a visão de que não existem princípios morais objetivamente identificáveis e de que os argumentos morais se encontrariam apenas nas esferas de subjetividade do sujeito (como classe, raça ou gênero). O autor afirma que este “ceticismo moral”, muito na moda, peca por ser inadequado à presente realidade constitucional, cujo sistema é fortemente pautado em princípios ético-jurídicos.¹²⁰ Quando da tomada de decisão a respeito de uma norma constitucional, deve ser respeitada a sua “integridade”, o que afasta a possibilidade de posturas fundadas em uma “moral subjetivista”, ou seja, que são

¹¹⁶ COMANDUCCI, Paolo. **Principios jurídicos e interderminación del derecho**. Op. cit., p. 103.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001, p. 56.

¹¹⁸ GAIDO, Paula. **Introducción**. Op. cit., p. 28.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. **Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin**. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 109.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritaria**. In: KOH, Harold Hongiu; SLYE, Ronald (Org.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Gedisa, 2004, p.119.

lastreadas em convicções particulares.¹²¹ Tanto o raciocínio de Dworkin quanto o de Alexy, ainda que por caminhos diversos, possibilitam o entendimento da felicidade como elemento estruturante de uma ética do Estado e do Direito.

Sopesando-se a controvérsia, há uma questão de fundo preliminar que é comumente deixada de lado, mesmo sendo de alta relevância para a conclusão: possuem os autores efetiva concordância semântica quanto ao uso dos conceitos de “objetividade” e de “subjetividade”? Cabe o esclarecimento de que uma compreensão da felicidade como princípio objetivo (usando-se o sentido mais simples que se possa ter da dicotomia) indica não apenas, mas de forma determinante, que a sua apreensão deve ser justificável; e “uma justificação será objetiva se puder, em princípio, ser submetida à prova e compreendida por todos”. Isso não significa aceitar que o princípio da felicidade permite, sempre, uma justificação ou verificação integral do ponto de vista da esfera do ser. De outra via, é indispensável o controle racional mútuo por meio da discussão crítica. É por intermédio desta característica que pode ser qualificado como público, logo, um princípio meta-subjetivo.

A felicidade subjetiva de cada um é inerente aos seus sentimentos e, portanto, tarefa da psicologia ou da psicanálise.¹²² A provável situação de que um ou mais sujeitos não sejam felizes (e, até mesmo, não sejam feitos felizes pelo Estado — ou, mais do que isso, tornem-se infelizes por obra do Estado) em nada influencia o Direito objetivo. Assumir o fato de que um ou mais católicos não vão à Igreja não faz desaparecer o dever moral de comparecimento, nem o juízo de reprovação de seus pares em face da ausência. E se não é relevante para o entendimento definitivo a felicidade fática, mas sim o dever jurídico de felicidade, então não será relevante qualquer conceito psicológico ou empírico, mas sim o jurídico-ético (que será construído politicamente), sendo irrelevantes quaisquer aferições ou juízos de probabilidade. O católico pode não ser, como não é, obrigado a ir à Igreja, mas

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritaria**. Op. cit., p.109.

¹²² POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira Mota. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 46. Conferir ainda: POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

certamente “tem a obrigação” de ir.¹²³

O princípio da felicidade, na qualidade de um dever do Estado, não ocorre por conta de uma imposição jurídica de consequências negativas (ainda que elas possam existir). A violação do princípio não é somente o fundamento para o vaticínio de que se seguirá uma reação infeliz, mas a própria “razão” para a infelicidade. Ou seja, para o Estado “a felicidade consiste na contínua adaptação dos direitos às necessidades”.¹²⁴ Mas há que se ter cautela com este raciocínio.

É preciso considerar a lúcida advertência de Eduardo Giannetti de que a felicidade é absoluta quanto às necessidades básicas, mas torna-se relativa após estas satisfeitas. Isso significa que o mero desenvolvimento econômico não compra felicidade em países que romperam com a barreira de US\$ 10 mil anuais *per capita*, mas é essencial a ela em comunidades de renda inferior. E ainda que se discorde do parâmetro numérico utilizado, dificilmente pode-se negar o “retorno marginal decrescente” inerente ao desenvolvimento econômico (o que ressalta seu caráter eminentemente instrumental). Daí que a preocupação do Estado social deve ser focada em diferentes níveis e é legitimada por razões distintas que não se restringem a um ponto de vista metafísico ou idealizado. Há razões concretas para que, primeiro, defenda-se o Estado social; e, segundo, atribua-lhe como essencial a felicidade como princípio.

O século XX encerrou-se contemplando uma renda média de cerca de US\$ 26 mil anuais por habitante nos países ricos (América do Norte, União Européia, Oceania e Japão — onde vivem cerca de 900 milhões de indivíduos). Já no resto do planeta (Ásia, África, América Latina e Leste Europeu — onde vivem cerca de 5,1 bilhões de pessoas) a renda *per capita* não passa dos US\$ 3,5 mil ao ano. Isso significa que “o nível de desigualdade entre os países do mundo é maior do que a desigualdade de renda existente dentro de qualquer país do planeta”. Em um resumo direto: “o mundo é um lugar mais desigual do que o mais desigual lugar do mundo”.¹²⁵ O sistema jurídico brasileiro capitaneado pela Constituição de 1988 trata de forma

¹²³ Hart explica com perfeição a diferença entre “a asserção de que alguém *foi obrigado* a fazer algo e a asserção de que essa pessoa tinha a *obrigação* de o fazer”. Cf.: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 92 et seq.

¹²⁴ MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Traduzione di Massimo Tringalli. Milano: Giuffrè, 2003, p. 64.

¹²⁵ GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade ... Op. cit.**, p. 84.

adequada esta questão, não somente do ponto de vista econômico (que é essencial, pois denota uma condição de possibilidade para a vida digna), mas também em outras searas, na medida em que se preocupa com o desenvolvimento geral da personalidade dos cidadãos viventes no seu espaço de interferência.

Mesmo do ponto de vista prático, não se imagina razoável supor que os exemplos concretos de atuação do Estado, no sentido de provocar o que poderia ser entendido como a infelicidade, conduzam ao não reconhecimento da felicidade como princípio. A filosofia kantiana parece também resolver adequadamente o problema: “embora a proposição *a honestidade é a melhor política*, contenha uma teoria que, infelizmente, a prática com muita frequência contradiz, a proposição está infinitamente acima de toda objeção, sendo mesma a condição indispensável da política”.¹²⁶

Um princípio de caráter moral como aquele que impõe como finalidade do Estado a felicidade da sociedade é um imperativo que ordena incondicionalmente o agir (e por se referir ao agir, é essencialmente uma prática); porém, como estipula um dever, sendo irrelevante a capacidade humana de realizá-lo ou não, é, nesse sentido, teórico.¹²⁷ De fato, a sua aceitação como realidade pode até ser enquadrada como uma utopia e, nesse sentido, é contrafactual. Isso não significa que o princípio da felicidade é irreal ou mesmo que não possa ser efetivamente aplicado (e aplicado em uma ordem jurídica). Consiste, portanto, em uma proposta de natureza normativa.¹²⁸ Trata-se este de um modelo regulador da vida e insubstituível quando se tem em vista uma sociedade como a brasileira, ainda carente de um Estado que se realize como social. A inexistência generalizada da felicidade mínima absoluta é justamente um requisito fático para a ampliação da exigibilidade de uma condição normativa mais intensa. Condição esta cuja capacidade de interferência fática será sempre mais limitada do que seu escopo vem a determinar.

Conforme destaca Francisco Laporta, “*basta con que el sistema en cuestión*

¹²⁶ O exemplo busca retratar o argumento metodológico e não de conteúdo, pois certamente que poderia ser contestado do ponto de vista teórico que a honestidade faz parte de política. Bastaria que se mencionasse Maquiavel. KANT, Immanuel. **Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua**. Op. cit., p. 130.

¹²⁷ KANT, Immanuel. **Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua**. Op. cit., p. 131.

¹²⁸ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 108.

considere que lo es o lo suponga aunque no lo experimente así el titular en la realidad".¹²⁹ Por outro lado, isso não significa que seja possível adotar uma posição meramente formal, desvinculada da vida. O raciocínio em questão precisa apenas ser limitado à ideia de que a vinculação ao princípio da felicidade (e aos direitos a ela inerentes) sempre deverá buscar uma específica "satisfação" que ultrapassa a possibilidade de verificação concreta particularizada. O caráter de princípio conferido à felicidade pode ser destruído "se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número)".¹³⁰ Há, portanto, um "dever de produzir felicidade ao homem", que é imposto ao Estado independentemente das condições práticas e simplesmente em decorrência de sua condição de caráter político. O Direito não possui apenas um lado fático ou real, ele possui uma dimensão crítica ou ideal, que não pode ser desconsiderada.¹³¹

Nestes termos, não é aplicável à presente tese a pertinente crítica de Karl Popper de que "de todos os ideais políticos, o de fazer o povo feliz é talvez o mais perigoso".¹³² O sentido de felicidade criticado pelo autor assemelha-se ao utilitarista, além de propugnar por um entendimento subjetivo e até mesmo irracional do termo em que a moral não seria uma questão de razão, mas de sensibilidade;¹³³ ademais, não trata a felicidade como princípio objetivo (segundo o seu próprio conceito de objetividade).

Não se ignora que um sentido subjetivo poderia fomentar a imposição dos valores de quem detivesse o poder (como efetivos tutores da felicidade do povo, julgando o que fosse entendido o melhor para todos). Poderia, ainda, levar à

¹²⁹ LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n° 4, 2005, p. 29.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit. , p. 36.

¹³¹ ALEXY, Robert. **Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral ...** Op. cit., p. 95.

¹³² POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora da USP, 1987, p. 245.

¹³³ Como era o entendimento conservador de Lord Devlin em sua polêmica com Hart, sustentando a existência de uma "cláusula de proteção moral" que poderia ser utilizada quando o bem que ela protege teria valor superior ao bem garantido por um direito humano (por exemplo, a proteção contra a desintegração social seria superior à liberdade de autodeterminação sexual). Sobre o assunto conferir: MALEN, Jorge. De la imposición de la moral por el derecho: la disputa Devlin-Hart. **Revista Isonomía**, Barcelona, n° 04, p. 10.

intolerância (como nas guerras religiosas ou na salvação pela inquisição).¹³⁴ Preocupar-se, nestes termos, com a felicidade alheia é uma faculdade atribuída ao sujeito privado que, todavia, tem sua capacidade interventiva limitada pela ação do Estado. Cabe ao Poder Público justamente exercer uma atividade limitadora das tentativas indevidas de imposição dos valores de cada um aos demais. E apesar deste dever que lhe é inerente, não precisa o Estado se preocupar mais com a conquista da felicidade de cada um do que com quantos cabelos o homem precisa para deixar de ser careca.¹³⁵

O que não significa olvidar que “os seres humanos são únicos” e, sendo assim, “não podem e não devem ser equalizados no que se refere à busca da felicidade”.¹³⁶ A procura pela felicidade privada é inerente à visão negativa de liberdade e deve ser assegurada como um direito fundamental. Porém, isso ocorre somente se esta busca não entrar em choque com outros elementos estruturantes, como as máximas morais integradas ao modelo do Estado social. É preciso ressaltar que a busca subjetiva da felicidade será injusta se permitir qualquer forma de utilização do ser humano exclusivamente como instrumento e não fim (contraria-se, neste caso, a liberdade positiva e a igualdade racional, rompendo com o pressuposto mínimo que é a dignidade).

Por outro lado, ressaltam Agnes Heller e Ferenc Fehér que a felicidade, inobstante seja um princípio político que pode ser intitulado de “formal” (pois não define *a priori* nenhuma meta concreta a ser realizada pelo governo), também deve ser entendida no seu sentido “material”; ou seja, há um direito de “busca da própria felicidade” em público (por meio da participação democrática de todos nos processos políticos). E, mediante esta dupla condição, consagram em sua essência “máximas morais” da democracia tais como: liberdade, justiça, igualdade racional, justeza (compatibilização entre as necessidades humanas e a liberdade, justiça e igualdade) e equidade (apoio dos setores sociais mais seguros aos mais frágeis).¹³⁷ Máximas estas que são comportadas em uma “ética da equidade”, de pressuposto liberal, como

¹³⁴ P OPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Op. cit., p. 245.

¹³⁵ Fazendo uma analogia com o exemplo de Hart. Cf.: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Op. cit., p. 65.

¹³⁶ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 106.

¹³⁷ HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 102-104.

parece defender Dworkin,¹³⁸ porém não necessariamente contratualista (pois é possível escapar desta armadilha privatista). Seria uma espécie de ética da alteridade, a qual, por razões óbvias, é a que mais combina com o Estado social.

6. A FELICIDADE OBJETIVA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO DO ESTADO SOCIAL

Em suma, os únicos valores passíveis de determinar o conteúdo do princípio da felicidade são justamente aqueles objetiváveis no sistema jurídico-constitucional e, mesmo assim, não podendo ser beneficiados por uma legitimidade absoluta apriorística e pressuposta. Sua legitimação irá depender da justificação racional intersubjetiva (ainda que não somente dela). Justificação esta que está imersa e condicionada pela história, pela mentalidade e pela cultura de um determinado povo, segundo o seu atual estágio civilizatório. Para uma correta justificação da moral, ela, além de não se restringir ao indivíduo, deve ter a pretensão de uma “autonomia recíproca” em que cada um confere à vontade de todos um peso tão grande quanto à sua própria.¹³⁹

E note-se que esta situação não se confunde com a de busca por qualquer espécie de consenso procedimental. Sabe-se que não há consenso do ponto de vista das posições de interesse. Por outro lado, se está tratando do reconhecimento de uma “mentalidade”. E as formas de representação das mentalidades passam pelo reconhecimento de situações simbólicas que podem satisfazer o critério de consensualidade. Assim, pode-se concluir que em termos de uma moral objetiva estabelecida constitucionalmente “não existe um *ter de absoluto*, mas apenas um *ter de relativo a um querer* (e isso no final das contas pode significar apenas como nós queremos entender a nós mesmos)”.¹⁴⁰

É pertinente o reconhecimento de um processo de justificação próximo ao de H. L. A. Hart: com uma face externa (um hábito social geralmente regular e uniforme)

¹³⁸ CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e modernidade ...** Op. cit., p. 65.

¹³⁹ TUGENDAHT, Ernst. A controvérsia sobre direitos humanos. In: _____. **Não somos de arame rígido: conferências apresentadas no Brasil em 2001**. Canoas: ULBRA, 2002, p. 36.

¹⁴⁰ TUGENDAHT, Ernst. **A controvérsia sobre direitos humanos**. Op. cit., p. 48.

e outra interna (existência de padrões de comportamento internalizados pelos sujeitos, mas que, todavia, não se confundem com os sentimentos, ainda que possam conviver com eles). É desta relação que surge a possibilidade de fundamentação do agir jurídico estatal, sendo necessário que exista uma atitude política crítica (e autocrítica) e reflexiva (e auto-reflexiva) em relação aos comportamentos sociais e em relação às exigências de conformidade.¹⁴¹ O Estado tem que possuir critérios objetivos para saber a diferença entre o que a Constituição estabelece como sendo um povo feliz e um povo infeliz. E há neste caso uma regra — um dever; não é uma mera constatação ou um hábito. O Poder Público é obrigado a reconhecer dentre suas ações aquelas que, por uma questão ética, e não só pragmática, estão fora do regime estabelecido, sob pena de um juízo de reprovação social (que pode refletir em um juízo de divergência entre os poderes, especialmente em relação ao Judiciário). O equilíbrio entre estes fatores permite uma tentativa de se evitar arbítrios na definição de conteúdo dos princípios (ainda que, no plano da realidade, existam e existirão sempre atos arbitrários ou no mínimo controvertidos, pois esta é uma condição humana inafastável). Princípios estes que, diga-se de passagem, no caso do modelo de bem-estar social são bem conhecidos e, particularmente no caso brasileiro, estabelecidos constitucionalmente.

O conceito de felicidade objetiva, portanto, não vem sugerir nada além do que o modelo do Estado social já propôs, e o constituinte de 1986-1987 reconheceu expressamente, ainda que, na atualidade, a interpretação do modelo tenha que ser feita em conformidade com o seu tempo. Se em meados do século XX (período pós-Primeira Guerra), era factível e necessária uma maior restrição à liberdade (referindo-se à ampliação do intervencionismo econômico direto), na atualidade isso não mais parece ser possível nem necessário (ao menos não nos exatos termos que no momento antecedente). O grande desafio social contemporâneo é conjugar solidariedade, liberdade e alteridade, sem perder de vista a noção de dignidade como ideia-força mínima. Só a partir do reconhecimento de uma imbricação necessária destes elementos é que se poderá conferir um conteúdo jurídico ao dever republicano de felicidade.

A felicidade reporta-se ao “nível ótimo” de vida a partir das reais possibilidades

¹⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Op. cit., p. 66.

do tempo presente, sempre tendo em vista que o homem pode aperfeiçoar-se em busca do autodesenvolvimento e do desenvolvimento da sociedade e do Estado. Mas é bom lembrar que este processo civilizacional de incrementação de novos fatores não é sempre positivo. A história possui demonstrações rigorosas de como o ser humano é capaz de retroceder. Esta circunstância real que denuncia a inexistência de uma linha evolutiva necessariamente progressiva, pois existem sempre pontos positivos e negativos da ação humana no tempo, não pode, nem deve, desestimular as propostas normativas de dignidade e de felicidade como princípios condutores do desenvolvimento humano, principalmente por intermédio do Estado e de sua inafastável priorização do interesse público com supremacia sobre o privado.¹⁴² Afinal, num país desenvolvido o interesse público tenderá a identificar-se consigo mesmo, além de adquirir sua essência a partir de um duplo grau de fundamentação: dignidade (condição necessária ou grau satisfatório) e felicidade (condição satisfatória ou grau ótimo).

A dignidade, ao tempo em que é um princípio, também retrata um “direito à vida digna”.¹⁴³ Do mesmo modo, a felicidade, ao tempo em que é um princípio, comporta um “direito à vida feliz”. O que não conduz imediatamente ao reconhecimento de um direito particular subjetivo passível de ser demandado pelo indivíduo junto ao Estado. Sua natureza é de um “direito subjetivo” *prima facie* que consiste em um “direito originário à prestação” do qual decorrem direitos derivados para os particulares (em geral, somente estes últimos demandáveis).¹⁴⁴ Isso significa que a identificação de um aspecto subjetivo independe de possibilidade de judicialização e exequibilidade direta ou específica (este parece ser o caso dos direitos à segurança pública, ao pleno emprego ou mesmo ao meio ambiente), conforme a lavra de J. J. Gomes Canotilho. E nestes termos, também possuem uma importante

¹⁴² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁴³ Na feliz expressão de Cármen Lúcia A. Rocha. Cf.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

¹⁴⁴ Em sentido diverso defende Celso Antônio Bandeira de Mello, propondo de tais direitos subjetivos públicos além de imediatos possuem caráter direta e concretamente demandável, por si mesmos, ao Poder Judiciário. Exemplifica, entre outras, com a proposição de operatividade concreta do artigo 7º, inciso IV da CF (salário mínimo). Ressalva, todavia, o autor, que tais direitos decorrem de normas jurídicas de três espécies diferentes: as concessivas de poderes jurídicos, as atributivas do direito de fruir benefícios jurídicos concretos e, finalmente, aquelas que apenas apontam finalidades (configurando um direito de oposição). Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56 et seq.

função na interpretação do sistema jurídico.¹⁴⁵

Jorge Reis Novais confirma o caráter jurídico de tais direitos fundamentais ligados a valores e princípios que estão garantidos por uma dimensão objetiva independente da sua subjetivação mediante a possibilidade de invocação concreta.¹⁴⁶ Por consequência, torna-se inescusável que o caráter objetivo do direito à vida feliz consagra um dever de o Estado fazer, não fazer ou se sujeitar; para tanto lhe cabendo obviamente prestar condições materiais em certas ocasiões, mas também, e sobremaneira, propiciando adequadas prestações normativas.¹⁴⁷ Gustavo Henrique Justino de Oliveira chama esta perspectiva de uma “postura pró-ativa” da administração típica do Estado democrático do século XXI.¹⁴⁸ Tais prestações podem ser judiciais, mas devem ser preferentemente realizadas fora do contencioso, garantindo-se a tutela administrativa efetiva como um direito humano típico da cidadania republicana. Como assevera Daniel Wunder Hachem o direito ao desenvolvimento implica um dever do Estado social de maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa.¹⁴⁹ E nesta seara as atividades fim prestacionais do Estado mais relevantes como garantia fundamental, sem dúvida, são os serviços públicos.¹⁵⁰

A mentalidade é a variável mais importante em termos de determinação do critério de razoabilidade e bom senso. E isso é perigoso, tornando-se importante permear as respostas extraídas de imediato por um critério de princípio (critério este que deve consistir numa consciente escolha ética). Entretanto, as escolhas éticas às vezes também acarretam decisões fortemente contrárias à alteridade, à dignidade e, por consequência, à própria noção de felicidade. Mas esta é a condição humana. A ideia arendtiana de um “novo começo”, que na realidade pode redundar numa série

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 465-468.

¹⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. cit., p. 69.

¹⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. cit., p. 82.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 161.

¹⁴⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. Op. cit.

¹⁵⁰ Neste sentido, merece destaque a obra de Adriana Schier. Cf.: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

interminável de começos,¹⁵¹ reporta-se justamente ao reconhecimento da capacidade humana de “criticar, raciocinar e julgar como único recurso disponível à república na sua produção do bem comum”.¹⁵² Nesta perspectiva são impostos limites ao que seria razoável, proporcional ou relativo ao bom senso enquanto decorrências diretas de ideologias específicas ou mesmo do “senso moral comum”. Isso não implica ignorar que a política e o Direito estão à mercê de variações no âmbito das relações humanas. Significa apenas acreditar que a vontade consciente é um elemento indispensável para a autodeterminação do sujeito. A política e o Direito não podem ficar reféns da mentalidade social que é subjacente. Conforme defende Pierre Bourdieu, é preciso conferir sustentabilidade às instituições que demonstrem possuir condições de lutar contra a realidade adversa e, mais que isso, que propugnem pela prevenção contra o retrocesso civilizatório (conceito este que deve ir além da específica involução das garantias jurídicas sociais). A este processo de inibição do retrocesso social, *Regreziionsverbot*, o autor propõe se aplique a denominação “economia da felicidade”.¹⁵³

No mesmo sentido, sublinha Ingo Sarlet que o princípio da proibição do retrocesso assume a importante condição de um mecanismo para a “afirmação efetiva de um Direito constitucional inclusivo, solidário e altruísta”. E é justamente por este motivo que se acompanha o autor no reconhecimento de que o modelo do Estado social estabelece ainda uma proposta adequada em termos de manutenção de um regime forte de direitos fundamentais a partir de uma Constituição dirigente.¹⁵⁴ Um forte motivo justificador para a sustentação da Constituição Federal de 1988 e o regime jurídico que lhe é estruturante; um amálgama republicano entre capitalismo e socialismo gerado num ambiente histórico de forte experimentação democrática, como foi aquele do processo constituinte e cujo resultado foi a consagração de um

¹⁵¹ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 9.

¹⁵² BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 168.

¹⁵³ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal.** Op. cit., p. 57.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 335.

bem construído Estado social na esfera do dever ser.¹⁵⁵

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001.

ALEXY, Robert. **Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin**. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Editora da UnB, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro lado do Leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 168.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOTO, José Maria Miranda. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. **Revista del Ministério de Trabajo y asuntos sociales**, nº 7, 2005, p. 122-128.

¹⁵⁵ Sobre este processo de experimentação democrática característico da constituinte que gestou a CF/88 ver a excelente obra da professora Desiree Salgado. Cf.: SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULYGIN, Eugênio. Alexy y el argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugênio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001.

CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Chistian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRIÓ, R. Genaro. **Los derechos humanos y su protección: distintos tipos de problemas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CASIMIRO, Lígia Maria Melo de. Novas perspectivas para o Direito administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, nº 30, out./dez., 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritarita**. In: KOH, Harold Hongiu; SLYE, Ronald (Org.). Democracia deliberativa y derechos humanos. Barcelona: Gedisa, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 365.

ESTARRELAS, Pere J. Brunet; LÓPEZ, Miquel Coll. Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible. **Boletín de la A.G.E**, nº 39, 2005.

EUA. **Declaração da Independência dos EUA**, de 4 de Julho de 1776. Disponível em:
<<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

FIGUEIROA, Maximiliano; MICHELINI, Dorando. **Filosofía y solidaridad: estudios sobre Apel, Rawls, Ricouer, Lévinas, Dussel, Derrida, Rorty y Van Parus**. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2007.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, pp. 63-91.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GAIDO, Paula. Introducción. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección de derecho (la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral)**. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001.

GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição pós-moderna**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. União Européia: a esperança de um mundo novo. **Revista da faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, v. 12, n. 31, 1999, p. 70.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, Immanuel. Sobre a discordância entre a moral e a política a propósito da paz perpétua. In: BUZZI, Arcângelo R.; BOFF, Leonardo (Coord.). **Immanuel Kant: textos seletos**. Tradução de Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1974.

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n° 4, 2005.

LARRUGA, Francisco Javier Sanz. El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental. A Coruña: **Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n° 3, 1999.

MALEN, Jorge. De la imposición de la moral por el derecho: la disputa Devlin-Hart. **Revista Isonomía**, Barcelona, n° 04.

MARCUSE, Herbert. Ética e revolução. In: MARCUSE, Herbert. **Cultura e sociedade**. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro e Robespierre de Oliveira. São Paulo: Paz e Terra. v. 2, 1998.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Traduzione di Massimo Tringalli. Milano: Giufrè, 2003.

MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)**. Disponível em: <<http://www.ecolnews.com.br/agenda21/index.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

PABST, Adrian. **Brexit, Post-liberalism, and the Politics of Paradox**. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/47946122/Brexit__Post-liberalism_and_the_Politics_of_Paradox.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1497835389&Signature=jCUfEKy8X9EGX17aXG5cMQI7gWQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DBrexit_Post-liberalism_and_the_Politics.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2017.

PICHLER, Nadir Antônio. **A felicidade na ética de Aristóteles**. Passo Fundo: Editora da Universidade de Passo Fundo, 2004.

PINTOR, Rafael Lopez. Es la sociedad española solidaria? In: LABOA, Juan Maria (Dir.). **Solidariedad y subsidiariedad en la sociedad española**. Madrid: Universidade Pontificia Comilas de Madrid, 1993.

PIRES, Francisco Lucas. O Comitê das Regiões e subsidiariedade no Tratado de Maastricht. In: **Conferência Luso-Alemã: as experiências constitucionais face a uma Europa unida**. Lisboa: Fundação Konrad Adenauer, 1994.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira Mota. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 46. Conferir ainda:

POPPE, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora da USP, 1987.

1 PORTAL DO BRASIL. **FMI: BRASIL VOLTA AO POSTO DE 8ª MAIOR ECONOMIA**. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.BRASIL.GOV.BR/ECONOMIA-E-EMPREGO/2016/10/FMI-BRASIL-VOLTA-AO-POSTO-DE-8-MAIOR-ECONOMIA](http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/10/fmi-brasil-volta-ao-posto-de-8-maior-economia). ACESSO EM 18 JUN. 2017.

2

PORTUGAL. Conselho Económico e Social. **Debata sobre o Livro Verde da política social europeia**. Lisboa: Conselho Económico e Social, 1994.

RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

RIVERO, Oswaldo. **O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI**. Tradução de Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALOMONI, Jorge L. Impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI Jorge L.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Argentina: Ad-Hoc, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STOLZ, Sheila; GALIA, Rodrigo Wasem. A proteção sócio-laboral das trabalhadoras e dos trabalhadores a tempo parcial na Espanha Segundo o marco da flexisegurança: garantia efetiva ou ética opaca? **Revista de Direito Brasileira**. Ano 3, v. 5, mai-ago. 2013.

STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: o papel do Comitê das Regiões na União Européia. In: Anais. **3º Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política**. Niterói, 28-31 jul., 2002.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUGENDAHT, Ernst. A controvérsia sobre direitos humanos. In: _____. **Não somos de arame rígido: conferências apresentadas no Brasil em 2001**. Canoas: ULBRA, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.